



San José, 6 de setiembre de 2017
DH-DAEC-0878-2017

Licenciado
Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, Presidente
Consejo Directivo, Superintendencia de Telecomunicaciones
Correo-e: gestiondocumental@sutel.go.cr
Su Despacho

Estimado señor:

Aprovecho la oportunidad para brindarle un cordial saludo y a la vez presentar ante el Consejo Directivo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), el criterio de la Defensoría de los Habitantes en relación con la propuesta de declaración de competencia efectiva en el mercado de telefonía móvil, contenida en el expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017, donde se tramita la "*Definición del Mercado relevante Minorista de Telecomunicaciones Móviles*"; según la convocatoria a consulta pública realizada el día 16 de agosto de 2017.

La propuesta de declaración de competencia efectiva en el mercado de telefonía móvil utiliza como fundamento técnico el informe: "*Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores*", oficio No. 05971-SUTEL-DGM-2017 de fecha 21 de julio de 2017, elaborado por la SUTEL.

Según la información contenida en el informe indicado, la SUTEL define el "*Servicio minorista de telecomunicaciones móviles*" con base en lo establecido en la resolución RCS-307-2009 e integrando en un único mercado los siguientes cuatro servicios: Acceso a la red pública de telecomunicaciones desde una ubicación móvil (Mercado 4), Comunicaciones de voz con origen en una ubicación móvil y destino nacional (Mercado 5), Comunicaciones de mensajería corta (Mercado 7) y Transferencia de datos a través de redes móviles (Mercado 10).

En relación con esta nueva definición del servicio minorista de telecomunicaciones móviles, la SUTEL realizó el análisis sobre las condiciones de mercado y el grado de competencia prevaleciente con base en la "*Metodología para el análisis del grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones*", aprobada por el Consejo de la SUTEL mediante la resolución No. RCS-082-2015 del 13 de mayo de 2015.

En el análisis de la propuesta de SUTEL, la Defensoría de los Habitantes es consciente que la teoría económica neoliberal sostiene que la presencia de competencia efectiva en un mercado particular constituye un medio eficaz para lograr condiciones óptimas en el suministro de bienes y servicios a los consumidores finales. De acuerdo con esta hipótesis, un mercado competitivo provee incentivos a los oferentes para disminuir los precios de los bienes y servicios que ofertan, mejorar la calidad y brinda incentivos a la inversión para innovación y desarrollo para mejorar los productos actuales y la creación de nuevos bienes y servicios. Todo esto redundará en beneficios para los usuarios finales o consumidores.

Por tanto, desde el punto de vista del bienestar de las y los habitantes del país, la Defensoría considera justificado el interés de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), en buscar y asegurar la competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones y, en particular, en el mercado de minorista de telecomunicaciones móviles. Sin embargo, la Defensoría advierte a la SUTEL que no debe confundirse los medios con los fines, de manera que la competencia no es una finalidad en sí misma, sino que constituye un medio para incrementar el bienestar de los usuarios finales de estos servicios. La confusión entre medios y fines puede resultar en desafortunadas políticas regulatorias que podrían disminuir el bienestar de los usuarios en este mercado de telecomunicaciones.

Debido a lo anterior, la Defensoría de los Habitantes, ha realizado una revisión del informe técnico presentado por la SUTEL como respaldo para la propuesta de declaración de competencia efectiva en el mercado minorista de telefonía móvil, sometida a consulta pública para comprobar si se justifica la desregulación y eliminación de la fijación tarifaria en este mercado con base en la presencia de competencia efectiva, considerando la preocupación que esta propuesta ha ocasionado en la opinión pública y para verificar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Sobre el grado de competencia en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, según lo analizado en el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 de la SUTEL.

I) Estructura de mercado.

1) Participantes del mercado.

En el Informe de SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) se identifican tres operadores móviles de red (OMR): 1) Claro CR Telecomunicaciones S.A., 2) Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y, 3) Telefónica de Costa Rica TC S.A. (Movistar). Además, se identifican dos operadores móviles virtuales (OMV): 1) Radiográfica Costarricense S.A. y 2) Televisora de Costa Rica. En total, la SUTEL identifica cinco empresas participantes en el mercado.

En relación con el número de participantes en el mercado, la resolución No. RCS-082-2015¹, hace referencia al criterio expresado por la Canadian Radio-Television and Telecommunications: "*la competencia efectiva requiere la existencia de múltiples proveedores*", pero se acota que, para este tipo de servicios, la cantidad de empresas participantes no suele ser muy extenso. (p. 13).

Asimismo, para este caso, el Consejo de la SUTEL resolvió que a efectos de hallar "indicios de competencia" se debe considerar que: "*Entre mayor sea la cantidad de participantes, se estima que el mercado es más competitivo*". Debido a esto, la Defensoría considera que la existencia de tres operadores OMR que acaparan el 99% del mercado y dos operadores virtuales (OMV) con el 1% del mercado no es un indicador suficiente de que el mercado sea competitivo, sino que la estructura que

¹ Resolución que contiene el marco metodológico aprobado por el Consejo de SUTEL para análisis de las condiciones y competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, como se indicó antes.

presenta es de tipo oligopólico y requiere de regulación para evitar posibles prácticas monopolísticas en detrimento de los derechos e intereses de los usuarios.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "*Participantes del mercado*" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

2) Participación de mercado.

El informe de la SUTEL indica que a partir del año 2010 se ha presentado una recomposición de las cuotas de mercado del servicio de telecomunicaciones móviles, de forma que el principal operador, el ICE, pasó de tener el 100% en el año 2010 al 58% en el año 2015 y de 53% en el año 2016. Para el año 2016, la cuota de Claro es del 20%, la cuota de Movistar es del 26% y la cuota de los OMV, en conjunto, suman 1% del mercado. Con base en esta información, concluye la SUTEL que: "*La disminución en la cuota de participación de mercado del operador histórico es un elemento positivo para la competencia de mercado, no sólo porque disminuye la posibilidad de que un agente de gran tamaño afecte los precios y el nivel de calidad de mercado en perjuicio de los usuarios; sino también, porque equilibra el poder de los diferentes agentes del mercado haciendo la competencia más intensa*". (05971-SUTEL-DGM-2017, Folio 000152).

A pesar de lo indicado por la SUTEL, en relación con las cuotas de mercado, la metodología aprobada por el Consejo de la SUTEL (Resolución RCS-082-2015) hace referencia a la Comisión Europea² donde se indica que empresas con cuotas inferiores al 25% no es probable que ocupen una posición dominante (individual) en el mercado y que la inquietud por una posición dominante individual sólo puede plantearse en el caso de empresas con cuotas de mercado superiores al 40% y que: "*según jurisprudencia reiterada [en la Unión Europea], la cuotas de mercado extraordinariamente elevadas –superiores al 50%– atestiguan por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, la existencia de una posición dominante*". (Resolución RCS-082-2015, p.14).

Por tanto, en la resolución RCS-082-2015, en lo referente al parámetro "Participación de mercado", el Consejo Directivo de la SUTEL resolvió que a efectos de hallar "indicios de competencia" se deben valorar dos situaciones: La homogeneidad en las cuotas de mercado y la tendencia decreciente de la cuota del operador más grande. En este caso, el informe de la SUTEL destaca la tendencia decreciente de la cuota del operador más grande, pero al año 2016 dicho operador aún mantiene una cuota superior al 40% referida por la SUTEL cuando hace referencia a la Comisión Europea, incluso la cuota del operador mayor en el 2016 es superior al 53%, lo cual se considera extraordinariamente elevada y que atestigua por sí misma una posición dominante, según lo reseñado por el Consejo de la SUTEL en la Metodología aprobada (RCS-082-2015).

² Comisión Europea. (2002). *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*. Diario Oficial, 2002/C 165/03/02.

Asimismo, en criterio de la Defensoría no se observa la homogeneidad en las cuotas de mercado requerida por la metodología para hallar indicios de competencia efectiva. En este caso, para el año 2016, dos OMV en conjunto, sólo llegan al 1% de cuota del mercado, un OMR mantiene el 20%, otro OMR el 26% y el más OMR grande acapara el 53% del mercado.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "*Participación de mercado*" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

3) Concentración de mercado.

Para medir la concentración del mercado, se utiliza el índice Herfindahl-Hirschman (HHI) que se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de cada una de las empresas que conforman el mercado, siendo que dicho índice puede alcanzar valores entre cero y 10.000 puntos.

Según el informe de SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) este índice para el año 2016 alcanza el valor de 3.891 puntos, y se indica que, por primera vez desde el año 2010, este indicador está por debajo de los 4.000 puntos. Asimismo, señala la SUTEL que se debe tener presente que, para este el mercado relevante, el nivel mínimo que podría alcanzar el índice es de 3.333 puntos y que desde el año 2010, el mercado ha presentado una significativa desconcentración, de manera que: "*se puede afirmar que el nivel de concentración de este mercado muestra una tendencia hacia la baja, ubicándose en un nivel cercano o incluso inferior al de otros países comparables que cuentan con muchos más años de haber llevado a cabo la apertura del sector telecomunicaciones, lo cual constituye una señal positiva del nivel de rivalidad competitiva del mercado.*" (Folio 000154).

En relación con este indicador, en la resolución metodológica RCS-082-2015, se indican los límites establecidos por diversas autoridades de competencia para calificar el nivel de competitividad de un mercado, estos límites son los siguientes:³

- HHI < 1.500: mercado no concentrado.
- 1.500 < HHI < 2.500: mercado moderadamente concentrado.
- HHI > 2.500: mercado concentrado.

Además, la resolución RCS-082-2015, en lo referente al parámetro "Concentración de mercado", el Consejo Directivo de la SUTEL resolvió que, a efectos de hallar "indicios de competencia" el HHI debe ser menor que 1.500 y si el HHI es superior a 3.000 se presume que el mercado está muy concentrado (p.19). En ningún momento la metodología establece que la tendencia decreciente del IHH es un elemento de indicio de competencia.

³ Metodología para el análisis del grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones. Resolución RCS-082-2015 del 13 de mayo de 2015. P. 14.

Considerando lo anterior, el hecho de que el HHI del mercado relevante para el año 2016 sea de 3.891 (superior a 3000), es un claro indicador de **un mercado altamente concentrado y, por tanto, que no es un mercado competitivo**. Asimismo, la afirmación de que el nivel mínimo que podría alcanzar dicho indicador sería de 3.333 puntos debido a la existencia de sólo tres operadores no es congruente con lo establecido en el apartado (1) sobre participantes del mercado. En esa sección, la SUTEL indicó la presencia de cinco operadores, tres OMR (Claro, ICE y Movistar) y dos OMV (Full Móvil y Tuyo Móvil), de esta forma, considerando los cinco operadores, el valor mínimo al que podría llegar el HHI sería de 2.000, indicando que a lo podría aspirarse, si no aumenta el número de operadores, sería a un mercado moderadamente concentrado.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "*Concentración de mercado*" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles. Por el contrario, según la metodología aprobada, **el mercado se encuentra altamente concentrado**.

4) Comportamiento reciente de los participantes del mercado.

a) Rivalidad del mercado a nivel de precio.

En relación con el indicador "rivalidad en el mercado a nivel de precio", en el informe de la SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) se manifiesta un cambio en las conclusiones externadas en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 de noviembre del año pasado. En el informe anterior la SUTEL indicó que la rivalidad a nivel de precio era difícil de determinar, especialmente en el segmento de post-pago, porque los operadores cambiaban constantemente los planes que ofrecían a los usuarios. Para superar esta limitación se implementó una metodología atribuida a la OCDE que analiza canastas de precios de servicios. Con base en los resultados obtenidos al aplicar esa metodología, la SUTEL concluyó que a pesar de que los precios de las canastas se reducían entre 2011 y 2015, dicha tendencia no se explicaba por factores competitivos, de manera que durante esos años no se había dado disminución en el precio del servicio postpago.

En el informe actual de SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) se repite el análisis anterior y los resultados obtenidos, resumidos en la gráfica 7 del informe de noviembre del año pasado (RSC-265-2016, p.23), que en el nuevo informe corresponde a la gráfica 5 (folio 156). Ambas gráficas presentan los mismos datos sobre la evolución de los precios mínimos en dólares americanos corregidos por la paridad de poder de compra (US\$PPA). Sin embargo, en este nuevo informe la conclusión es diferente a la del informe del año 2016, de forma que SUTEL solo observa el comportamiento de los precios y concluye que entre los años 2011 y 2015 los precios de los planes con un consumo inferior a las 300 llamadas por mes (569 minutos) han tendido a disminuir. Además, señala que es: "*Particularmente relevante es la disminución en el precio de la canasta de menor consumo considerada*".

En relación con esta contradicción entre las conclusiones de dos informes, cuya diferencia temporal es de un año y que utilizan exactamente los mismos datos para referirse a un mismo fenómeno, la

Defensoría llama la atención de la SUTEL en cuanto la omisión en el segundo informe de los párrafos que justificaban la conclusión a la que se llegó en el año 2016:

“Es importante tener en cuenta que la baja en el costo de cada canasta de consumo obedece principalmente a que en 2011 los planes ofrecidos por los operadores, a excepción de la marca Movistar, no incluían una conexión a internet, la cual se debía adquirir por separado, lo que daba como resultado que incluso los planes mínimos de consumo resultaban bastante caros si se querían adquirir con una conexión a internet.

[aquí se incluye un cuadro con la evolución de los precios de la conexión de internet móvil según velocidad por operador]

La situación detallada de previo sea el hecho de que la baja en el precio de las canastas de consumo está impulsada por una disminución en el precio de las conexiones a internet móvil, se refuerza si sólo se considera la evolución de los precios de las canastas que no incluyen el servicio de internet, sino que sólo incluyen llamadas y SMS. Al analizar esta circunstancia se observa que entre 2011 y 2015 prácticamente no se ha dado ninguna variación de precios para los niveles más bajos de consumo, mientras que para los niveles más altos de consumo se han presentado pequeñas disminuciones en el precio.” (RSC-265-2016, pp.23- 24).

En relación con lo anterior, la Defensoría no comprende por qué, sin justificación alguna, se omitió la información anterior en el nuevo informe, dado que la misma es crucial para determinar si existen indicios de competencia en el mercado. Considerando la información omitida, la conclusión a la que se llega es que no existen indicios de competencia, dado que los precios para el segmento postpago no han presentado disminución en el período analizado.

Por otra parte, en el Informe actual de SUTEL, se incluyen otros datos sobre precios con la finalidad de demostrar que sí ha habido una mejora en este caso para el usuario. En este sentido, se presenta el precio efectivo promedio pagado por el usuario por el servicio de llamadas en colones por minuto, siendo que para el año 2010 el precio por minuto era de 31,4 colones y para el 2016 es de 26,2 colones. Esta reducción representa una disminución del 16,56% en un lapso de siete años.

La información sobre el precio efectivo promedio pagado (en colones por minuto) por el usuario en el año 2016 se presenta desagregada por prepago y postpago. En el primer caso, el precio pagado en prepago es de 25 colones siendo el tope regulado de 40 colones y, en el caso de postpago, el tope regulado y el precio promedio son idénticos 30 colones.

Por último, se presenta una gráfica que compara el precio efectivo promedio (en colones por megabyte) pagado por el usuario por el servicio de datos el cual pasa de 5,2 colones en el año 2014, a 4,8 colones en el año 2015 y 4,2 colones en el año 2016; observándose que el precio desde 2014 a 2016 se redujo en un colón.

Con base en la información presentada, la SUTEL concluye en este nuevo informe (05971-SUTEL-DGM-2017), que “ha habido una evolución favorable del mercado móvil”, en términos de menores precios



ofrecidos al usuario final (folio 000159) y que gracias a la información recibida en el marco de la consulta pública del informe 6419-SUTEL-DGM-2016, ha logrado *"una visión más completa del mercado y analizar su conclusión anterior, en el sentido de que todos los usuarios del servicio de telecomunicaciones móviles, y no sólo los usuarios postpago, se han visto beneficiados de la apertura del sector mediante el ofrecimiento de menores precios"* (folio 000160)

La Defensoría manifiesta su desacuerdo con esta conclusión pues la evidencia presentada de la tendencia decreciente de los precios del servicio minorista de telecomunicaciones móviles no es concluyente. El principal indicio, que era la reducción en los precios mínimos en dólares americanos corregidos por la paridad de poder de compra (US\$PPA) ofrecidos para las canastas de consumo definidas por la OCDE, se debió a factores ajenos a la competencia tal como lo explicó en su momento la SUTEL en el Informe 6419-SUTEL-DGM-2016. Asimismo, los datos complementarios de la evolución de precios medios para los servicios de llamadas y de datos, muestran reducciones pequeñas para un período de siete años. En este sentido, la SUTEL no especifica qué metodología estadística le permite concluir que esas pequeñas reducciones de precios medios son significativas, para indicar que existen indicios de competencia. Por el contrario, la información parece indicar que este mercado, en materia de precios, se encuentra estancado.

Por otra parte, indica la SUTEL que una de sus preocupaciones en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 era que la dinámica competitiva del mercado parecía estar en gran medida definida por el ICE y que no había evidencia clara de que las acciones de Claro y Movistar pudieran actuar como contrapeso de un eventual aumento injustificado de precios, de manera que estos operadores se limitarían a seguir la política de la empresa líder. Sin embargo, señala la SUTEL que de cara a la política comercial más reciente de los operadores móviles no se han vuelto a presentar situaciones en las cuales Claro y Movistar actúen como meros seguidores de Kölbi, sino por el contrario estos operadores han aprovechado una serie de cambios llevados a cabo por este operador para posicionarse en el mercado. (05971-SUTEL-DGM-2017, folio 160)

Para apoyar este cambio de criterio, la SUTEL hace referencia a la política comercial seguida por los operadores durante el año 2016 y manifiesta que: *"pese a que Kölbi ha llevado una serie de ajustes en su política comercial, los operadores Claro y Movistar no se han limitado a 'seguir' simplemente dicha política, sino que han mantenido una política comercial independiente"*. (05971-SUTEL-DGM-2017, folio 160-161).

A pesar de lo indicado por SUTEL, en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016, esa misma superintendencia indicaba que era *"importante destacar que la cantidad de promociones que realizan los operadores se han mantenido estables entre los años 2012 y 2015, lo que evidencia que la dinámica competitiva del mercado se ha mantenido estable durante el período de análisis"* (RCS-265-2016, p. 27). Sin embargo, en nuevo informe, con las observaciones realizadas para el año 2016, la SUTEL indica que el mercado ha superado el estancamiento en la dinámica competitiva presentado en el período 2012-2015.

Debido a esta situación, la Defensoría considera aventurada y prematura esta conclusión de la SUTEL, pues se considera necesaria una evaluación de más largo plazo para poder comprobar la existencia

cambios estructurales en las políticas de promoción consistentes con una mayor dinámica competitiva, dado que los cambios observados para un solo año podrían obedecer a otros objetivos, tales como la segmentación del mercado y la búsqueda de nichos por parte de los operadores, prácticas que, por el contrario, podrían limitar la competitividad deseada.

Por tanto, la Defensoría considera que la observación de los cambios de la política comercial de los operadores con base en un solo año no puede considerarse un indicio de competencia en procura de una mayor competencia efectiva en el mercado, pues las evaluaciones de las prácticas comerciales deben realizarse en un período mayor a un año pues pueden corresponder a objetivos no congruentes con la competencia efectiva como se indicó en el párrafo anterior.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "*Rivalidad del mercado a nivel de precio*" no presenta información suficiente y consistente para concluir que hay indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

b) Rivalidad del mercado en factores no relacionados con el precio.

En relación con la rivalidad por factores no relacionados con el precio, la SUTEL indica que se mantienen las conclusiones emitidas en el informe anterior 6419-SUTEL-DGM-2016 en cuanto a la diversificación de la oferta en la modalidad postpago desde el año 2010 cuando se ejecutó la apertura del sector de telecomunicaciones. En relación con el segmento de prepago señala que la nueva evidencia muestra ahora una mayor diversificación de la oferta. Asimismo, la información presentada por SUTEL muestra una mayor concentración del mercado por el operador más grande tanto en prepago como en postpago. En el caso de prepago, el ICE concentra el 49,2% del mercado y en postpago concentra el 67,5%.

Por otra parte, indica SUTEL que en este parámetro se presentan "enfoques competitivos diferenciados" en cuanto al servicio que ofrecen en las redes disponibles. Según el informe, la empresa Kölbi realiza un esfuerzo por mejorar los parámetros del servicio de 4G. Por su parte Movistar revela una preocupación por mantener el nivel de cumplimiento de la velocidad ofrecida a los usuarios en sus redes 3G y 4G. Mientras que Claro presenta un deterioro de este indicador para sus redes 3G y 4G. Con base en esta situación, concluye la SUTEL que, independientemente de que se deban exigir mejoras a nivel de calidad de las redes, la información presentada evidencia una importante diferenciación en términos de la política de calidad de las redes de los operadores.

En la resolución RCS-082-2015, en lo referente a este parámetro, el Consejo Directivo de la SUTEL resolvió que, a efectos de hallar "indicios de competencia" las redes de distribución deben ser homogéneas entre operadores y, además, que debe presentarse homogeneidad en el acceso y en la cobertura. Sin embargo, SUTEL plantea que existen "enfoques competitivos diferenciados" entre los operadores como indicio de competencia, criterio que no es considerado como indicio en la metodología aprobada. En este caso lo que debió valorar SUTEL es el grado de homogeneidad alcanzado por las redes en el mercado, de manera que entre más homogéneas sean las redes se puede indicar que

existen indicios de competencia, según establece la metodología. Pero esto no lo hace la SUTEL y realiza su análisis indicando que la política de ventas del mercado se basa en “enfoques competitivos diferenciados”, lo cual, a criterio de la Defensoría, aleja a los operadores del proceso de homogeneidad en redes solicitado en este indicador. Baste observar que Kölbi, como mayor operador del mercado, invierte para mejorar su servicio de 4G, mientras que Movistar invierte para mantener la calidad ofrecida a los usuarios en sus redes 3G y 4G y, la empresa Claro, por el contrario, presenta un deterioro del servicio en sus redes 3G y 4G.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro *“Rivalidad del mercado en factores no relacionados con el precio”* no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

c) Denuncias por prácticas monopolísticas.

Según la resolución RCS-082-2015, en lo referente a este parámetro, el Consejo Directivo de la SUTEL resolvió que a efectos de hallar “indicios de competencia” se deben registrar pocas denuncias o investigaciones por prácticas monopólicas tramitadas por la SUTEL. En este sentido, tanto el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 como el 05971-SUTEL-DGM-2017 indican que se han presentado 7 denuncias, indicando que el número de denuncias no ha sido desproporcionado.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro *“Denuncias por prácticas monopolísticas”* proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

5) Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos.

Señala en Informe de SUTEL que en la revisión del mercado relevante hecha en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016, se había detectado una limitante de competencia en el mercado móvil lo que podría estar constituyendo el cargo de terminación móvil, que no se había ajustado desde el año 2010. Por tanto, el Consejo Directivo de la SUTEL, mediante resolución RCS-244-2016 actualizó el monto del cargo de terminación móvil en la oferta de interconexión del ICE estableciendo una rebaja del mismo de 13,33 colones en enero de 2017, 8,71 colones en enero de 2018 y 4,09 colones para enero de 2019. Con ello, se ha buscado otorgar a los operadores móviles, Claro y Movistar, un mayor margen para competir a nivel de precios en el servicio de llamadas nacionales. Concluye la SUTEL indicando que dicha *“decisión regulatoria tomada por el Consejo de la SUTEL en noviembre de 2016 vino a solucionar uno de los problemas competitivos encontrados en el análisis de mercado de telecomunicaciones móviles llevado a cabo el año anterior”*. (05971-SUTEL-DGM-2017, folio 184)

En relación con lo indicado por la SUTEL en este aspecto, considera la Defensoría que se requiere de más información y recopilación de datos para establecer si la medida tomada por la SUTEL solucionó el

problema competitivo indicado, dado que la misma inició su aplicación el 1 de enero del presente año y se extiende hasta el 1 de enero del año 2019.

En lo referente a los aspectos a considerar en este parámetro, el Consejo Directivo de la SUTEL en la resolución RCS-082-2015, resolvió que a efectos de hallar "indicios de competencia" se deben valorar los siguientes aspectos: cantidad de solicitudes de intervención de acceso e interconexión presentadas, tramitadas y resueltas, tiempo promedio para resolver las solicitudes de interconexión, margen entre precios minoristas y los cargos mayoristas. Sin embargo, la información contenida en ese apartado no considera los datos requeridos para valorar este parámetro, según la metodología aprobada por el Consejo de SUTEL.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "*Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos*" no considera los indicadores establecidos en la metodología, por lo cual no se presenta información suficientemente robusta para poder concluir que, en este aspecto, el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles presenta indicios de competencia.

6) Poder compensatorio de la demanda.

En el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 se llegó a la conclusión de que, debido a las características de la mayor parte de los usuarios del servicio, el poder compensatorio de la demanda que existe en este mercado es bajo. Esta conclusión se mantiene en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017.

La resolución RCS-082-2015, a efectos de hallar "indicios de competencia", establece que los usuarios deben poseer un elevado poder compensatorio frente a los proveedores de los servicios, lo cual sería un indicador de ausencia de poder de mercado y la posible existencia de competencia efectiva. Por tanto, al ser bajo el poder compensatorio de los usuarios en este mercado, este parámetro revela la ausencia de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "*Poder compensatorio de la demanda*" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

7) Costos de cambio de operador (switching cost)

En relación con este parámetro, la SUTEL indica que, con la implementación de la portabilidad numérica en el año 2013, se eliminó uno de los mayores costos que enfrentan los usuarios para cambiar libremente de proveedor. Asimismo, en el segmento prepago no existen requisitos para que el usuario finalice relación comercial con un determinado proveedor, con lo cual los costos de cambio de operador son inexistentes. En la modalidad postpago, el proceso de homologación de los contratos disminuye la posibilidad de que los operadores establezcan cláusulas que limiten la salida de los usuarios y el cambio hacia otro operador. Adicionalmente, con la resolución RCS-253-2016 del 15 de noviembre de 2016, la



SUTEL prohibió a los operadores la imposición de cláusulas de permanencia mínima a los usuarios por tarifas preferenciales. No obstante, debe indicarse que los usuarios que cuentan con contratos que poseen cláusulas de permanencia mínima por subsidio al terminal sí enfrentan costos de cambio de operador mayores que otros usuarios. En este aspecto, valora la SUTEL que tanto en la modalidad prepago como para la modalidad postpago los costos de cambio de operador son bajos.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "*Costos de cambio de operador*" proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

8) Rentabilidad.

En relación con la rentabilidad, los informes 6419-SUTEL-DGM-2016 y 05971-SUTEL-DGM-2017 son consistentes al establecer que la rentabilidad del mercado de telecomunicaciones es baja y similar a la de otros países comparables con Costa Rica, y concluyen que no existen indicios de que algún operador obtenga una rentabilidad desproporcionada que sea evidencia de eventuales abusos.

De acuerdo con la resolución RCS-082-2017 la valoración de este parámetro advierte que la "Rentabilidad excesiva puede ser una señal de poder de mercado". En este caso la rentabilidad "Se refiere al nivel de lucro por encima o debajo de un nivel razonable". Sin embargo, debe indicarse que la valoración de este indicador la realiza la SUTEL con una comparación de rentabilidades con otros países y no considera la rentabilidad de esta actividad con respecto al mercado interno y la rentabilidad de las actividades del sector de servicios.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "*Rentabilidad*" proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

II) Barreras de entrada al mercado.

La resolución RCS-082-2015 indica que el tema de barreras de entrada es particularmente relevante en el sentido de que es la existencia de este tipo de barreras las que determinan la facilidad o no del ingreso de nuevos operadores y proveedores al mercado, de manera que entre menos barreras efectivas existan, se favorece el desarrollo de un ambiente más competitivo en el mercado. (p. 16).

1) Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución.

En relación con los costos financieros para desarrollar canales alternativos de producción o distribución, los informes 6419-SUTEL-DGM-2016 y 05971-SUTEL-DGM-2017 son congruentes al establecer que si bien, la inversión para desplegar una red de telecomunicaciones es alta, las empresas actuales en el mercado son grandes y consolidadas y poseen acceso a financiamiento adecuado para sus inversiones. Se concluye que el acceso a fuentes de financiamiento no es una barrera para la expansión de los operadores actuales.

A pesar de lo anterior, la Defensoría considera que los costos financieros calificados como altos por la SUTEL, sí constituye una limitante relevante para el ingreso de nuevos competidores al mercado. Si bien, los actuales operadores sí cuentan con fuentes financieras para cubrir sus inversiones, esta situación puede consolidar la concentración del mercado en los tres OMR actuales.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

2) Economías de escala y de alcance.

En el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 se indicaba que el hecho de que las redes móviles poseen economías de escala y alcance, representa una ventaja significativa para los operadores ya establecidos del mercado, de tal manera que esto constituye una alta barrera de entrada para nuevos operadores. El informe advertía que las altas economías de escala podrían llegar a desincentivar la entrada de nuevos operadores virtuales que, por ofrecer un servicio en una escala inferior, dejan de percibir las ventajas que tienen los actuales OMR del mercado. (RCS-265-2016, folio 0048). Estas consideraciones son recogidas en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017; sin embargo, se señala adicionalmente, que las economías de escala y alcance no constituyen una ventaja significativa entre los operadores ya establecidos.

A pesar de lo indicado por la SUTEL en su nuevo informe, en el sentido de que las economías de escala y alcance no representan ventajas para los actuales proveedores, considerando lo indicado en la metodología aprobada por la SUTEL (RCS-082-2015), sí constituyen serias barreras que limitan la incursión nuevos operadores y proveedores en el mercado, sean éstos OMR o OMV. Por tanto, la evaluación de este parámetro no apoya la presencia de indicios de competencia efectiva en el mercado minorista de telecomunicaciones móviles.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Economías de escala y de alcance" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

3) Monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida.

El informe de SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) reconoce que los altos costos de despliegue de red y elementos asociados constituyen una barrera de entrada al mercado: *"ya que las inversiones necesarias para ingresar al mercado solo pueden ser enfrentadas por empresas con alta capacidad financiera que les permita emprender un proyecto de gran envergadura"* (Folio 000189). Asimismo, en el Informe 6419-SUTEL-DGM-2016 se había indicado que la red de producción, distribución y ventas representa

una variable importante para la expansión y crecimiento de los operadores por lo que representa una de las barreras de entrada que debe ser tomada en consideración por excelencia.

A pesar de lo anterior, en el informe en discusión (05971-SUTEL-DGM-2017), la SUTEL concluye que *"pese a los altos costos asociados al despliegue, expansión y mejora de las redes móviles, este elemento no ha representado una barrera para la competencia de los actuales operadores del mercado, siendo que los tres han continuado haciendo las inversiones necesarias para el mejoramiento de sus redes"*. (Folio 000190).

En relación con la conclusión a la que llega SUTEL en este nuevo informe, la Defensoría debe señalar que la resolución metodológica RCS-082-2015 es clara al establecer que la valoración de las barreras de entrada se hace en función de la facilidad de ingreso de **nuevos** operadores y proveedores al mercado para favorecer el desarrollo de un ambiente más competitivo en el mercado. Específicamente, en relación con este parámetro el Consejo de SUTEL estableció que los indicios de competencia deben considerar que mientras mayores sean estas barreras, más difícil será para un entrante competir con un operador establecido (o grupo de éstos). (p. 21).

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

4) Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos.

De acuerdo con la SUTEL el acceso a espectro radioeléctrico constituye una de las barreras de entrada más importantes para prestar el servicio de telecomunicaciones móviles. Señala SUTEL que en la última subasta de 70 MHz del espectro radioeléctrico realizada en el mes de julio de 2017 sólo participaron dos de los tres operadores OMR, logrando adquirir estos derechos. Debido a esta situación, indica SUTEL, que *"en el corto plazo no podrá ingresar ningún operador móvil de red al nuevo mercado"*. No obstante, para SUTEL esta situación *"también implica que la cantidad de espectro en los operadores móviles alcanzará una distribución más equitativa"*. (folio 191). Finaliza el análisis indicando que la implementación futura de la televisión digital se liberará espectro "lo cual permitirá realizar nuevos concursos para la asignación de espectro para servicios móviles, bien sea para ingreso de nuevos operadores o para las necesidades futuras de los actuales operadores del mercado." (folio 000192).

En el informe de noviembre del año pasado (6419-SUTEL-DGM-2016), al analizar la distribución del espectro radioeléctrico, la SUTEL llegó a la conclusión que *"el ingreso de nuevos OMR en este mercado cuenta con barreras de entrada que podrían considerarse absolutas"* (RCS-265-2016, p.47). Después de analizar la información dada por la SUTEL para este indicador, la Defensoría concluye que esta conclusión se mantiene.

Cabe indicar que en el caso de la subasta realizada para asignar los 70 Megahercios (MHz) de espectro radioeléctrico para telefonía móvil sobrante del proceso de 2011, realizada en julio de 2017, tal como

manifiesta la SUTEL sólo participaron Claro y Movistar. En el proceso, estas empresas no superaron el precio base fijado por la SUTEL de \$43 millones para los siete bloques puestos en puja, de forma de que la subasta que estaba prevista para múltiples rondas, sólo se realizó la primera. Este hecho muestra la falta de competitividad que existe en este mercado, dado que cada empresa adquirió los bloques de su interés, sin que la otra empresa forzara a una segunda ronda con un precio mayor al precio base establecido.

Por otra parte, en los aspectos po considerar en este parámetro, según se establece en la resolución RCS-082-2015, el Consejo Directivo de la SUTEL, resolvió que los indicios de competencia se presentan entre mayor cantidad de títulos habilitantes de **nuevos proveedores** se otorguen y entre **mayor sea el número de empresas que efectivamente han logrado empezar a operar** en el mercado. Sin embargo, tal como señaló la SUTEL en su momento, la asignación del total del espectro radioeléctrico entre los tres OMR constituye una barrera absoluta que impide el ingreso de nuevos OMR.

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "*Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos*" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

5) Inversión en publicidad.

En el análisis para este parámetro de noviembre del año pasado (6419-SUTEL-DGM-2016), la SUTEL indicó que el gasto en publicidad en telecomunicaciones es muy alto, tanto en términos del monto total invertido, como en los términos del porcentaje que representa ese gasto dentro del balance total de las empresas. Asimismo, se indicaba que dicho gasto más la alta lealtad de los usuarios con un determinado operador, obligaba a un nuevo entrante a realizar fuertes inversiones en publicidad para poder posicionar su marca, competir en el mercado y erosionar la lealtad de los clientes hacia otras marcas. De forma que todos estos elementos constituyen una alta barrera de entrada al mercado, de manera que se concluyó que el gasto en publicidad representa una alta barrera de entrada en este mercado.

El anterior análisis se mantiene en el Informe que se analiza (05971-SUTEL-DGM-2017), sin embargo, la conclusión a la que ahora llega SUTEL se realiza en función de los actuales participantes en el mercado y no considerando competencia potencial. Al respecto señala la SUTEL: "*Sin embargo, es necesario considerar que, pese al costo que representa la publicidad, los tres operadores móviles de red mantienen presencia en medios de comunicación, redes sociales y patrocinios, la cual muestra una rivalidad competitiva importante en relación con este rubro, con lo cual se puede concluir que este elemento no ha representado una barrera para la competencia de los actuales operadores*" (folio 000192).

En relación con la conclusión de SUTEL, la Defensoría vuelve a indicar que la resolución metodológica RCS-082-2015 establece la valoración de las barreras de entrada en función de la facilidad de ingreso de **nuevos operadores y proveedores al mercado** y en ningún momento se refiere a la

competencia comercial entre los operadores ya instalados o existentes. Específicamente, en relación con este parámetro el Consejo de SUTEL estableció que los indicios de competencia se observan en dos aspectos: *"Entre menor sea el gasto en publicidad, se estima que menores son las barreras de entrada al mercado"* y *"Entre más homogéneo sea el valor de la inversión anual en publicidad se estima que mayor es la competencia del mercado."* (p. 21).

Sin embargo, tal como señaló la SUTEL en ambos estudios, el gasto en publicidad es significativamente alto y constituye una barrera de entrada para eventuales nuevos operadores interesados en el mercado. Asimismo, según los datos brindados por SUTEL en este informe, los gastos que realizan Movistar, Claro y el ICE son del orden del 3%; 8% y 18% de sus costos totales, respectivamente; de manera que **tampoco se cumple el segundo criterio de homogeneidad** para hallar indicios de competencia efectiva en este mercado.

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro *"Inversión en publicidad"* no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

6) Limitaciones de la competencia en los mercados internacionales.

En relación con este parámetro el informe de SUTEL sólo indica lo siguiente: *"Según la información proporcionada por los operadores del servicio de telecomunicaciones móviles, estos no enfrentan limitaciones a la competencia en los mercados internacionales, por lo cual se concluye que este elemento no representa una barrera de entrada al mercado"*. (05971-SUTEL-DGM-2017, p. 79)

En relación con este parámetro, la resolución RCS-082-2017, establece que se refiere: *"al acceso de los proveedores locales a ciertos recursos internacionales indispensables para la prestación adecuada del servicio local"*. Para lo cual la resolución definen como indicadores los siguientes elementos: *"Consulta a los operadores sobre facilidad de negociar acuerdos de corresponsalía internacional, carriers internacionales, acuerdos de terminación internacional, acceso a capacidad de banda ancha internacional, acceso a contenidos internacionales, entre otros"*. En este caso, los indicios de competencia se determinan bajo la siguiente consideración: *"Entre menores sean las dificultades que tengan los operadores locales para acceder a los recursos internacionales que requieren, se estima que las barreras de entrada son menores"*. (p. 21)

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la información proporcionada en el Informe para valorar el parámetro *"Limitaciones de la competencia en los mercados internacionales,"* no considera los indicadores establecidos en la metodología y no proporciona información suficientemente para poder concluir si existen o no indicios de competencia.

7) Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores.

El informe de la SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) se señala que tres de los cinco operadores del mercado han denunciado actos de autoridades estatales o municipales que discriminan entre operadores, entre los que se señalan los siguientes: procesos de contratación administrativa de instituciones estatales, distribución no equitativa del espectro radioeléctrico, problemas para el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, proyectos especiales desarrollados por instituciones estatales.

Señala SUTEL que no sólo en el mercado se han presentado en el pasado situaciones que han puesto en desventaja competitiva a algunos operadores móviles del mercado, sino que actualmente siguen presentándose actos de instituciones que tratan de manera desigual a los distintos tipos de operadores de telecomunicaciones. Indica SUTEL que esta situación afecta a los operadores ya establecidos y podría afectar a nuevos operadores que quisieran ingresar al mercado.

Según lo establecido en la metodología aprobada por la SUTEL (RCS-082-2015), para que existan indicios de competencia con base en este parámetro, se requiere de: "*La no existencia de trato discriminatorio por parte de las instituciones gubernamentales*" (pp. 21-22). Por tanto, este parámetro no revela indicios de competencia efectiva para este mercado.

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "*Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores*" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

III) Beneficios obtenidos por los usuarios.

La resolución RCS-082-2015 establece que cuando el mercado se encuentra en competencia, los usuarios de los servicios de telecomunicaciones obtienen beneficios de ese proceso competitivo, como mejores precios y una oferta más amplia, entre otros. (p. 17).

1) Acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones.

Indica la SUTEL que el reglamento de protección al usuario final del servicio de telecomunicaciones obliga a que los operadores pongan a disposición del usuario final toda la información que sea necesaria para que, de manera efectiva, puedan tomar una decisión razonada sobre qué servicio adquirir y a cuál oferente. Sin embargo, en el estudio del año anterior, 6419-SUTEL-DGM-2016, se identificaron una serie de elementos que dificultaban un adecuado uso de la información por parte de los usuarios y que afectaban la elección final de estos.



Para corregir la anterior situación, la SUTEL está en proceso de desarrollo de un sistema que permita al consumidor comparar la oferta comercial ofrecida por todos los operadores. La elaboración de este sistema fue adjudicada en el mes de junio de 2017 y la SUTEL espera contar con el mismo a partir de diciembre de 2017.

Con base en lo anterior, la SUTEL concluye que actualmente los usuarios tienen a disposición la información de la oferta disponible y el nuevo sistema vendría a resolver los problemas de comparación de oferta que actualmente afectan las decisiones de contratación de los usuarios.

Según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro se establece con base en el siguiente criterio: Los beneficios obtenidos por los usuarios son mayores, entre más información y detalle, más fácil de acceder y más amigable sea la información que pone el proveedor a su disposición. En este caso, si bien, a criterio de SUTEL, la oferta de información comercial no es un problema para los usuarios, la misma no es amigable pues impide la comparación de ofertas para la toma de decisiones de consumo inteligentes.

La SUTEL considera que la eliminación de esta desventaja para el usuario, se logrará una vez que el próximo año opere un nuevo sistema que permitirá la comparación de ofertas de los proveedores. Consecuentemente, la Defensoría considera que al día de hoy, los problemas de información persisten y que la adecuación de la medida tomada por SUTEL para resolver dicho problema, sólo podrá evaluarse a partir del próximo año, conforme entre en operación la solución planteada. Por tanto, en la evaluación realizada del mercado relevante, el hecho es que el problema persiste y solamente existe una expectativa de solución futura.

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "*Acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones*" no proporciona a la fecha del estudio indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

2) Accesibilidad de los precios.

En el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 de SUTEL, se indica que los precios en Costa Rica son accesibles con base en comparaciones internacionales de precios. Por ejemplo, se indica que la UIT ha colocado al país en el top cinco de países de América con los precios del servicio móvil más barato y con la más alta penetración de banda ancha móvil, ubicado sólo después de los Estados Unidos de América. Asimismo, los precios de estos países representan menos del uno por ciento de sus PIB per cápita. Asimismo, que la CEPAL indicó que entre 2014 y 2015 el servicio de banda ancha móvil más terminal para planes básicos en Costa Rica, se encontraba por debajo el umbral de asequibilidad de 5%. Además, se indica que los precios de este servicio no representan más del 5% del ingreso disponible de las personas. Con base en esta información, la SUTEL concluye que los precios son asequibles.

Según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro se determina a través de las tendencias decrecientes de los precios, pues ésta es un indicador de mayores beneficios para los usuarios. Esta tendencia debe evaluarse con tres indicadores: Tendencias de precios (precios promedio), Canasta de precios y Comparación internacional (benchmarking). Sin embargo, la Defensoría observa que este tipo de análisis no se realiza en este apartado del estudio de SUTEL en análisis.

Por tanto, para evaluar la tendencia de los precios, se puede hacer referencia a lo indicado en el parámetro de "Rivalidad del mercado a nivel de precio", donde SUTEL manifestó en el año 2016 que entre 2011 y 2015 prácticamente no se había dado variación de precios para los niveles más bajos de consumo, mientras que para los niveles más altos de consumo se había presentado pequeñas disminuciones en el precio. (RSC-265-2016, pp. 23- 24).

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "*Accesibilidad de los precios*" no proporciona a la fecha del estudio, indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

3) Oferta disponible de servicios.

El Informe de SUTEL en estudio señala que la oferta comercial actual de los operadores para los servicios postpago y prepago está diversificada. Se indica que la oferta de prepago se diversificó a partir del año 2016 cuando las empresas lanzaron planes más asequibles para prepago. Concluye SUTEL en este apartado que para el mercado, la oferta comercial es diversificada y ajustada al consumo real de los distintos nichos de usuarios, logrando para el usuario un mayor acceso a los servicios de telecomunicaciones.

Según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro se determina bajo el criterio de que "*Mayor diversidad de oferta de servicios disponibles al público implica mayores beneficios para el usuario*" (p. 22). En este sentido, según la información brindada por la SUTEL en su estudio, este parámetro muestra indicios de competencia.

4) Satisfacción de los clientes con los servicios.

Indica la SUTEL que los datos de la "Encuesta de percepción de calidad de los servicios" muestran un cumplimiento de expectativas de calidad y servicio diferente entre operadores: Movistar, Claro y Tuyo Móvil; cumplieron más del 70% de los casos de expectativas de provisión del servicio. Full Movil se ubica en un 66% y Kölbi, el operador más grande (53% del mercado) cumplió las expectativas de calidad y servicio en un 35% de los casos. A pesar de esta información, la SUTEL concluye que la mayoría de los usuarios de cuatro de cinco operadores, están completamente satisfechos con el servicio que reciben (folio 000207).

De forma adicional a lo anterior, señala SUTEL que la encuesta de percepción reveló lo siguiente:

- Un 57,1% del total de usuarios encuestados desconocen la velocidad contratada para el servicio de internet móvil.
- Un 85,88% de los usuarios encuestados desconocen las áreas de cobertura que su respectivo operador/proveedor tiene publicadas en su página web.
- Un 89,62% de los usuarios encuestados indica desconocer los mapas de velocidad de datos que tiene su operador/proveedor publicadas en su página web.

Debido a estos resultados, indica la SUTEL que se evidencia la necesidad de impulsar el conocimiento de este tipo de información entre los usuarios, ya que su conocimiento permitirá a éstos tomar decisiones de consumo informadas.

En relación con los niveles de satisfacción de los usuarios, la Defensoría difiere de la conclusión extraída por la SUTEL de la información presentada. Esto por cuanto, al evaluar el nivel de satisfacción para todo el mercado, la Defensoría observa que, en conjunto, los operadores cumplieron las expectativas de calidad y servicio de los usuarios del mercado en un 51,67% de los casos.⁴ Este porcentaje está por debajo del 70%. Esta baja calificación se conjunta de forma adversa con las deficiencias de conocimiento, antes indicadas, por parte de los usuarios identificadas por la SUTEL. Por tanto, al considerar la Defensoría que en la resolución RCS-082-2015, el parámetro de "*Satisfacción de los clientes con los servicios*" establece la existencia de indicios de competencia cuando los niveles elevados de satisfacción implican un beneficio para los usuarios, se considera que este indicador no muestra indicios de competencia.

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "*Satisfacción de los clientes con los servicios*" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

IV) Análisis prospectivo del mercado.

La resolución RCS-082-2015 indica que el estudio prospectivo del mercado es un factor relevante para evaluar el grado de competencia efectiva del mercado y, posee particular importancia en mercados muy dinámicos y caracterizados por una continua innovación, como podrían ser los mercados de telecomunicaciones. (p. 17).

1) Cambios tecnológicos previsibles.

El Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 de la SUTEL no reseña cambios tecnológicos mayores en el mercado de telecomunicaciones móviles; se indica que en el corto plazo se espera un mayor desarrollo

⁴ El dato se obtiene al ponderar el nivel de satisfacción logrado por operador (35% Kölbi, 70% Claro, 71% Movistar y 66% Full Móvil) con las participaciones de mercado de cada operador (53% Kölbi, 20% claro, 26% Movistar y 1% Full Móvil).

de la red 4G que permitiría ofrecer conexiones de internet más veloces. Para el año 2020 SUTEL espera que inicie el desarrollo de la red 5G, de manera que los operadores actuales, una vez que finalicen el despliegue de sus redes 4G tendrán que enfrentar la siguiente evolución tecnológica móvil. Por tanto, la SUTEL no espera que ocurran cambios tecnológicos significativos en el mercado en el mediano plazo. Con base en lo indicado, la SUTEL concluye que *"el cambio tecnológico de este servicio se mantendrá constante, no solo en el corto plazo, sino incluso para los próximos 10 años"*. (Folio 000210).

En los aspectos a considerar en este parámetro, según se establece en la resolución RCS-082-2015, el Consejo de la SUTEL, resolvió que los indicios de competencia se presentan cuando "La aparición de una nueva tecnología podría a venir a debilitar o consolidar una eventual posición de dominio por parte de un operador, dependiendo si ésta puede ser implementada por todos los proveedores o bien sólo por alguno o algunos de ellos" (p. 22) Sin embargo, esa no es la situación prevista por la SUTEL para este mercado, dado que espera que el mismo se mantenga sin cambios tecnológicos hasta los próximos 10 años.

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro *"Cambios tecnológicos previsibles"* no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

2) Tendencias del mercado.

a) Anuncios del ingreso o salida de operadores del mercado y de fusiones y adquisiciones.

En la valoración de este parámetro, el informe de la SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) indica que no se tienen indicios de que en el corto plazo se puedan dar, ni el ingreso, ni la salida de operadores en el mercado de telecomunicaciones móviles. Asimismo, se señala que no se vislumbran fusiones ni adquisiciones que pudieran tener lugar entre operadores móviles del mercado. Por tanto, la SUTEL concluyó que *"no se anticipa que la dinámica competitiva pueda mejorar o empeorar en el corto plazo producto de una circunstancia de esa naturaleza"* (folio 000210).

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro *"Anuncios del ingreso o salida de operadores del mercado y de fusiones y adquisiciones"* no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

b) Evolución probable de ofertas comerciales.

En este aspecto, el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017, señala que se espera la evolución de las ofertas comerciales apunte hacia planes en los cuales el acceso a internet sea el elemento relevante, ofreciendo mayores velocidades que logren satisfacer la mayor demanda de datos de los usuarios.

La valoración de este parámetro, según la metodología aprobada en la resolución RCS-082-2017 utiliza como indicador la evolución probable de ofertas comerciales y tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores. En este caso, la valoración de indicios de competencia requiere contar con *"Información sobre las tendencias comerciales y de consumo"*, la cual *"podría evidenciar si un cambio significativo de mercado está en proceso e impactará la competencia en el corto plazo"*. (p. 23). Sin embargo, observa la Defensoría que esta información está ausente en la valoración que realiza SUTEL de este parámetro, y se limita a exponer una expectativa de evolución de la oferta comercial sin presentar sustento técnico que la respalde.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la información proporcionada en el Informe para valorar el parámetro *"Evolución probable de ofertas comerciales"* no considera los indicadores establecidos en la metodología y no proporciona información suficientemente para poder concluir si existen o no indicios de competencia.

c) Tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores.

De acuerdo con el Informe de la SUTEL en análisis, los consumidores se inclinan por un aumento en el consumo de datos móviles y un menor consumo de servicios más tradicionales como la voz.

A pesar de lo indicado por SUTEL, según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la información proporcionada en el Informe para valorar el parámetro *"Tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores"* no es suficientemente para poder concluir si existen o no indicios de competencia.

d) Tendencias históricas de los indicadores relevantes.

Este parámetro es evaluado por la SUTEL mediante los cambios en las cuotas de mercado de los tres OMR, indicando que se espera que la cuota de mercado del ICE continúe disminuyendo en el tiempo y que, a la vez, se reduzca el nivel de concentración del mercado con cuotas de participación más equilibradas para los próximos dos años.

A pesar de lo anterior, el aspecto a considerar en este parámetro, para evaluar si existen indicios de competencia, según la resolución RCS-082-2015, es la *"información sobre las tendencias comerciales y de consumo que pueden evidenciar si un cambio significativo de mercado está en proceso e impactará la competencia en el corto o mediano plazo."* (p. 23). La SUTEL no realizó ese análisis en esta sección.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro *"Tendencias históricas de los indicadores relevantes"* no presenta información suficiente para concluir que hay indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

e) Asignación de concesiones adicionales de espectro.

En la valoración de este parámetro, el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 hace referencia al proceso de adjudicación de espectro radioeléctrico realizada en el mes de julio de 2017, donde únicamente participaron dos de los tres operadores OMR. Luego, agrega que la adquisición por parte de los operadores Claro y Movistar vendría a dinamizar la competencia en el mercado de telecomunicaciones, permitiendo a estos operadores no solo equilibrar su cantidad de espectro con respecto al ICE y ofrecer mejores servicios al usuario.

A pesar de lo indicado por SUTEL, uno de los aspectos a considerar en la valoración de este parámetro se refiere a la posibilidad de ofrecimiento de nuevas concesiones de espectro, lo cual podría romper con situaciones de poder para los actuales y potenciales operadores, según se establece en la resolución RCS-082-2015. Sin embargo, en la situación vigente este escenario no es factible en el corto plazo, por tanto, como se indica en los indicios de competencia para este parámetro: *"la falta de disponibilidad de espectro puede llevar a que se consoliden eventuales situaciones de poder de mercado"* (p. 23).

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro *"Asignación de concesiones adicionales de espectro"* no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

f) Acciones regulatorias.

En el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, la SUTEL indica cuatro acciones regulatorias de corto plazo: (1) El establecimiento de una senda de ajuste del cargo de terminación móvil, según la resolución RCS-244-2016; (2) El lanzamiento de un sistema que permitirá al consumidor comparar la oferta comercial ofrecida por todos los operadores; (3) El establecimiento de obligaciones en materia de contabilidad regulatoria para los operadores móviles, según resolución RCS-265-2017 y, (4) El monitoreo de redes móviles. Con estas acciones la SUTEL pretende favorecer la competencia en el mercado.

Según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro se determina considerando las *"decisiones regulatorias recientemente tomadas o que están pronto a tomarse y que pueden cambiar el ambiente competitivo del mercado"* (p. 23). En este sentido, según la información brindada por la SUTEL en su estudio, este parámetro muestra indicios de competencia.

V) Sobre la existencia de dominancia conjunta.

En el informe del año 2016 (6419-SUTEL-DGM-2016), la SUTEL indicó que no encontró evidencia de que las acciones de CLARO y MOVISTAR se *"hayan enfocado en ser un contrapeso de las acciones del ICE, sino que más bien dichos operadores parecen ser principalmente seguidores de la política comercial definida por el ICE, sobre todo a nivel de precios, lo que implicaría que la estructura de mercado es oligopólica"*.

Entre los elementos señalados por la SUTEL en esa oportunidad, para calificar este mercado como oligopólico se citaban: la alta concentración del mercado, la madurez del mercado lo cual limita sensiblemente su crecimiento, la existencia de productos homogéneos, la falta de competencia potencial, la inelasticidad de la demanda por estos servicios, las cuotas de mercados, el bajo nivel de cambio tecnológico, la ausencia o baja intensidad de competencia de precios, entre otros aspectos. Por tanto, en ese momento, concluyó la SUTEL que el mercado contiene *"todas las características necesarias para considerarlo como un mercado en el que se presente una situación de dominancia conjunta"*.

A pesar de lo anterior, en el nuevo informe (05971-SUTEL-DGM-2017), manifiesta la SUTEL que "encontró una serie de elementos adicionales" que le llevan a concluir que en este mercado no existen indicios de que se presente una situación de dominancia conjunta. Para respaldar esta conclusión la SUTEL reevalúa los aspectos de concentración del mercado, madurez, productos homogéneos, competencia potencial, demanda inelástica, cuotas de mercado, nivel de cambio tecnológico e intensidad de la competencia en precios, según se establece en la metodología aprobada por el Consejo de SUTEL en la resolución RCS-082-2015.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo con lo indicado por la SUTEL en cada parámetro para evaluar si existen indicios de dominancia conjunta en los informes 6419-SUTEL-DGM-2016, 05971-SUTEL-DGM-2017 y el criterio de indicio de dominancia conjunta según lo establecido en la resolución metodológica RCS-082-2015.

Informe 6419-SUTEL-DGM-2016	Informe 05971-SUTEL-DGM-2017	Indicios de dominancia conjunta (RCS-082-2015)
<p>1. Alta concentración del mercado: Este mercado tiene una alta concentración la cual se ha mantenido estable en los últimos tres años. El mercado ha venido mostrando una concentración alrededor de 4.000 puntos del HHI. Si bien, en el mercado operan cinco empresas, son básicamente tres las que dominan el mismo, ya que los OMV tienen una participación residual en dicho mercado.</p>	<p>1. Alta concentración del mercado: En 2016 el nivel de concentración del mercado volvió a disminuir luego de varios años de estancamiento, alcanzando 3.891 puntos del HHI, con lo cual el nivel de concentración de mercado está cercano a alcanzar el mínimo teórico de concentración que puede tener un mercado con tres operadores.</p>	<p>Se considera que la dominancia conjunta es más probable que se presente en mercados altamente concentrados.</p>
<p>2. Madurez del mercado: El mercado de telecomunicaciones móviles es un mercado maduro en el cual se vuelve más difícil crecer y atraer nuevos compradores, los principales signos de madurez del mercado son: una penetración del servicio superior al 150%, demanda estancada que parece haber empezado a contraerse a nivel de</p>	<p>2. Madurez del mercado: Se mantiene la conclusión de que el mercado de telecomunicaciones es un mercado maduro, sin embargo, es un mercado que está enfrentando una serie de desafíos que fuerzan a sus participantes a innovar e invertir para tener una oferta comercial atractiva. Entre estos desafíos se encuentran: la competencia de</p>	<p>Se considera que la dominancia conjunta es más probable que se presente en mercados maduros en los cuales es más difícil crecer y atraer nuevos consumidores, de tal manera que la demanda se encuentra estancada o crece muy levemente.</p>

<p>tráfico de llamadas e incluso de usuarios. Sin embargo, a nivel de consumo de datos aún se espera un crecimiento importante a futuro, ya que la tasa de penetración de este servicio es de un 83%.</p>	<p>servicios OTT y el crecimiento exponencial del consumo de datos. Estos elementos favorecen que se mantenga la rivalidad del mercado, evitando que la competencia del mercado se estanque.</p>	<p>Igualmente se considera que entre más similares y estables sean las cuotas de mercado es más probable que se presente una situación de dominancia conjunta, ya que esto facilita la coordinación entre empresas.</p>
<p>3. Existencia de productos homogéneos: Productos fácilmente sustituibles entre sí por los usuarios, sumado a bajas barreras de cambio de operador principalmente en el segmento prepago y a la existencia de la portabilidad numérica, aunado a la existencia de estrategias competitivas muy similares entre operadores implica que los servicios ofrecidos por los operadores son percibidos como homogéneos por los usuarios. Así la diferenciación en la oferta en los productos que ofrecen los operadores es baja.</p>	<p>3. Existencia de productos homogéneos: Se identifica una oferta comercial variada, con operadores enfocados en atraer distintos segmentos del mercado, por ejemplo, Kólbi posee su mayor nicho en usuarios postpago, Movistar en usuarios prepago y claro en atender a los usuarios enfocados en el servicio de internet, en este sentido la oferta comercial de los operadores ha dejado de ser tan similar como se mostraba en los primeros años de apertura del mercado.</p>	<p>Se estima que entre más homogéneos consideren los usuarios los productos, es menos probable que se dé una competencia de precios, y por tanto menos probable que se presenten situaciones de dominancia conjunta.</p> <p>Entre menos innovación exista en el mercado y menores sean los cambios tecnológicos esperados, se considera que menor incentivo tienen los operadores para diferenciarse tecnológicamente, y por tanto hay más probabilidades de que se dé una situación de dominancia conjunta.</p>
<p>4. Falta de competencia potencial: este mercado presenta altísimas barreras de entrada que dificultan el ingreso de nuevos competidores, entre estas barreras se pueden enumerar la existencia de grandes economías de escala y alcance, las fuertes inversiones en publicidad, al acceso al espectro radioeléctrico, entre otras que hace que no sea previsible que en el corto plazo (2 o 3 años) un nuevo operador esté en condiciones de haber desplegado una red móvil con cobertura suficiente para competir con las tres redes existentes.</p>	<p>4. Falta de competencia potencial: Se mantiene la conclusión de que el mercado de telecomunicaciones móviles presenta altas barreras de entrada que dificultan el ingreso de nuevos operadores alternativos al mercado, sean Claro y Movistar, sin embargo, dicha circunstancia no ha impedido que estos nuevos operadores se hayan posicionado en el mercado, favoreciendo así el desarrollo de competencia en el mercado y una mejora en los servicios recibidos por el usuario final.</p>	<p>Se entiende que el ingreso de nuevos operadores al mercado facilita el proceso de competencia y a su vez dificulta la coordinación entre operadores.</p>
<p>5. Demanda Inelástica: Uno de los operadores móviles manifestó que la demanda es inelástica.</p>	<p>5. Demanda Inelástica: Pese a que el criterio de uno de los operadores del mercado es que la demanda es inelástica, los otros cuatro operadores restantes consideran que la demanda del servicio es elástica. Esta condición es relevante porque implica que la mayoría de los operadores reconocen que los incrementos en precios del servicio vienen seguidos por una disminución en el nivel de consumo.</p>	<p>Cuando la elasticidad de la demanda es baja se considera que los proveedores tienen menores incentivos para competir reduciendo los precios, lo que aumenta las posibilidades de que se presente una situación de dominancia conjunta.</p>

<p>6. Cuotas de mercados similares y estables: Si bien las cuotas de mercado no son simétricas, no puede dejar de tenerse en cuenta que desde el año 2013 se ha dado una estabilidad en las cuotas de mercado de los teres OMR.</p>	<p>6. Cuotas de mercados similares y estables: En el 2016 se rompe la estabilidad de las cuotas que había mostrado el mercado por tres años. Kölbi continúa perdiendo cuota de mercado, aunque se mantiene aún como el operador más grande, mientras que por primera vez uno de los dos nuevos operadores de red se ubica con claridad en el segundo lugar, siendo este operador Movistar, quedando Claro en tercer lugar.</p>	<p>Grandes diferencias en cuotas de mercado hacen que una situación de dominancia conjunta sea menos probable. Cuotas de mercado estables puede ser un indicador de colusión.</p>
<p>7. Bajo nivel de cambio tecnológico: Una vez implementado el 4G los niveles de cambio tecnológico futuro del servicio son bajos. Más aún, se encuentra que en los últimos años los operadores han enfocado su estrategia comercial principalmente en la captación y retención de clientes, principalmente postpago, postergando así la innovación en el servicio.</p>	<p>7. Bajo nivel de cambio tecnológico: Recientemente se ha anunciado el lanzamiento en países más avanzados el inicio de los procesos de implementación de las redes 5G. Si bien, el país se encuentra aún en proceso de despliegue de las redes 4G, el anuncio de las redes 5G en el mercado implica que a nivel tecnológico aún se esperan cambios importantes a ser abordados por los operadores móviles en los próximos años.</p>	<p>Niveles bajos de cambio tecnológico indican un menor espacio para la competencia.</p>
<p>8. Ausencia o baja intensidad de competencia en precios: El mercado presenta una baja competencia en precios, con precios minoristas para el segmento prepago "pegados" al tope tarifario. Mientras que a nivel de los paquetes postpago es necesario tener en cuenta que los esquemas de precios son complejos, lo que puede dificultar al usuario final comparar la información entre planes, esto facilita a su vez la baja intensidad competitiva a nivel de precios. Así la existencia de un número limitado y permanente de competidores ha llevado a que se dé una situación en la cual los precios se han mantenido relativamente estables en el tiempo.</p>	<p>8. Ausencia o baja intensidad de competencia en precios: A nivel de precios se observa que del año 2010 (previo a que ingresaran Movistar y Claro al mercado) al 2016 los precios efectivos promedio de las llamadas pasaron de ser 31,4/minuto colones a 26,2 colones/minuto, lo que representa una disminución de 17%. Asimismo, en el 2016 el precio de las llamadas prepago se ubicaba un 60% del tope tarifario establecido, mientras que a nivel de datos, el precio por MB se ubicaba un 45% por debajo del tope tarifario. Lo anterior evidencia que la apertura del mercado si ha producido, particularmente en los últimos años, un nivel importante de competencia en los precios, que ha llevado a una disminución de los mismos en beneficio del usuario final.</p>	<p>Historia de movimientos de precios dentro de un rango angosto sugiere la existencia de dominancia conjunta.</p>
<p>9. Otros elementos de mercado tendientes a conducta colusiva: Esta situación no implica per se la existencia de colusión entre los</p>	<p>9. Otros elementos de mercado tendientes a conducta colusiva: Pese a que la estructura del mercado sea oligopólica, dada la</p>	<p>Arreglos que le den a los operadores la capacidad de colidir y permitan el castigo de aquellos que se separen de la</p>

<p>operadores móviles, sino que se considera que la estructura del mercado sea un oligopolio, favorece que se reduzcan los incentivos de los operadores a competir de manera vigorosa, lo que favorece que las condiciones competitivas del mercado se mantengan inalteradas a lo largo del tiempo. En una situación como esta los operadores prefieren evitar una competencia fuerte y directa, ya que son conscientes de que el desarrollo de una fuerte estrategia comercial dirigida a incrementar su cuota de mercado provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, lo que llevaría todos los competidores del mercado a tener que enfrentar una disminución en el nivel general de precios del servicio. Esto favorece que los agentes del mercado, sin necesidad de un acuerdo explícito o una conducta concertada, se abstengan de competir fuertemente.</p>	<p>baja cantidad de operadores del mercado, lo cierto es que los operadores móviles enfrentan una fuerte presión competitiva de cara a la aparición de los servicios OTT (aplicaciones como Whatsapp que han venido a captar tráfico de los servicios tradicionales) lo cual, pese a la estructura del mercado local, les dificulta concertar sus conductas dado que mucha de la presión competitiva que enfrentan los operadores móviles locales viene de plataformas mundiales.</p>	<p>estrategia común serían indicativos de la existencia de colusión.</p>
--	---	--

La comparación de lo analizado por la SUTEL para cada parámetro en el estudio del 2016 y el estudio del 2017 a la luz de la metodología establecida por el Consejo de SUTEL en la resolución RCS-082-2015, demuestra que la SUTEL no aportó nuevos criterios ni argumentos significativos para que variar la conclusión sobre dominancia conjunta emitida informe 6419-SUTEL-DGM-2016 del noviembre del año pasado.

Considerando lo anterior, para el parámetro "Alta concentración del mercado", se observa que la reducción en el HHI indicada por la SUTEL en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 no cambia la situación indicada en el informe del 2016, dado que el indicio de dominancia conjunta establecido por el Consejo de SUTEL se refiere a que el fenómeno se presenta en mercados altamente concentrados, y en este caso, el hecho de que el HHI del mercado relevante para el año 2016 sea de 3.891 (superior a 3000), es un claro indicador de un mercado altamente concentrado y por tanto que no es un mercado competitivo.

En relación con el parámetro "*Madurez del mercado*" ambos estudios indican que el mercado relevante es un mercado maduro y con base en el criterio establecido en la resolución RCS-082-2015, el mercado presenta indicios de dominancia conjunta, porque "*Se considera que la dominancia conjunta es más probable que se presente en mercados maduros en los cuales es más difícil crecer y atraer nuevos consumidores, de tal manera que la demanda se encuentra estancada o crece muy levemente*". (pp. 23-24).

La valoración del parámetro "*Existencia de productos sustitutos*" varía radicalmente de un Informe al otro, dado que en el primero se indica que la diferenciación de la oferta es baja y en el segundo se señala lo contrario, es decir, que es una oferta variada y que cada empresa está buscando consolidarse en un nicho de mercado. Sin embargo, a la luz de lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la información que presente el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 apoya la existencia de indicios de dominancia conjunta. En este caso, el indicio de dominancia conjunta se valora de la siguiente forma: "*Se estima que entre más homogéneos consideren los usuarios los productos, es menos probable que se dé una competencia de precios, y por tanto menos probable que se presenten situaciones de dominancia conjunta*" (p. 24). Por tanto, para que no haya indicios de dominancia conjunta el indicador debe mostrar que los productos tienden a ser homogéneos. Por el contrario, si los productos tienden a diferenciarse, es más probable que se presente el fenómeno. En este caso, debe considerarse que el modelo teórico de competencia asume que los bienes son homogéneos, de manera que los precios que rigen en el mercado tienden a ser iguales y no tiene sentido la competencia vía precios.

El parámetro "*Falta de competencia potencial*" se valora igual en ambos informes indicando la existencia de altas barreras al ingreso de nuevos proveedores. En este caso, la valoración establecida en la resolución RCS-082-2015 indica: "*Se entiende que el ingreso de nuevos operadores al mercado facilita el proceso de competencia y a su vez dificulta la coordinación entre operadores*" (p. 24). Por tanto, las altas barreras de ingreso impiden que nuevos operadores ingresen al mercado de manera se facilita la coordinación entre operadores existentes, siendo éste un indicio de dominancia conjunta.

En cuanto al parámetro "*Demanda inelástica*" se mantiene la valoración de que uno de los operadores considera que la demanda de los productos es inelástica, sin embargo, en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 se indica que los otros dos operadores la consideran elástica. En cuanto a la valoración de este parámetro, el indicio de dominancia conjunta establece que "*Cuando la elasticidad de la demanda es baja se considera que los proveedores tienen menores incentivos para competir reduciendo los precios, lo que aumenta las posibilidades de que se presente una situación de dominancia conjunta*" (RCS-082-2015, p. 24). Dado que no se presentan datos ni análisis sobre la elasticidad de la demanda para los productos que se ofrecen en el mercado, sino que la SUTEL se limita a indicar lo que dicen los operadores, esta Defensoría considera que no se cuenta con información suficiente para valorar este parámetro.

La valoración del parámetro "*Cuotas de mercado similares y estables*" cambia de un Informe al otro. En el informe del año 2016 se indica que las cuotas de mercado han estado estables desde el año 2013; en el informe del año 2017 se señala que a partir del año 2016 se rompe con estabilidad de las cuotas que había mostrado el mercado en tres años. La valoración del parámetro en este caso indica que grandes diferencias en cuotas de mercado hacen que una situación de dominancia conjunta sea menos probable y que cuotas de mercado estables puede ser un indicador de colusión (RCS-082-2015, p. 24).

La valoración del parámetro "*Bajo nivel de cambio tecnológico*" se mantiene en ambos informes, dado que, como señala el informe del año 2017, el país se encuentra en proceso de despliegue de las redes 4G y la perspectiva de implementar redes 5G es a largo plazo. Según indicó el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, los primeros lanzamientos de le redes 5G se espera que aparezcan después del año 2020.

En ambos casos, no se esperan cambios tecnológicos importantes durante los próximos 10 años. Por tanto, según establece la metodología (RCS-082-2015) se presentan indicios de dominancia conjunta si se presentan "*Niveles bajos de cambio tecnológico*" lo cual indica un menor espacio para la competencia.

El parámetro "*Ausencia o baja intensidad de competencia en precios*" presenta consideraciones diferentes en los informes analizados. Sin embargo, la evidencia que se presenta en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 indica que el precio efectivo promedio pagado por el usuario por el servicio de llamadas en colones por minuto se ha reducido pasando de 31,4 colones en el 2010 cuando sólo había un operador, hasta 26,2 colones en el año 2016. Esta reducción representa una disminución del 16,56% en un lapso de siete años. Por tanto, cabe la pregunta, ¿qué tan significativa es la reducción indicada si el mercado pasó de un monopolio a un oligopolio con cinco empresas participantes? Debe indicarse que la resolución RCS-082-2015 establece como criterio de valoración que "*La historia de movimientos de precios dentro de un rango angosto sugiere la existencia de dominancia conjunta*". Por tanto, considera la Defensoría que esta baja en el precio promedio no es un elemento suficiente para asegurar la ausencia de indicios de dominancia conjunta.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la nueva evidencia presentada por la SUTEL en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, no permite descartar la hipótesis de ausencia de dominancia conjunta, siendo que dicho mercado continúa presentando las características necesarias para considerarlo como un mercado en el que se presente una situación de dominancia conjunta.

Consideraciones finales.

El artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley No. 8642) establece que "*Cuando la SUTEL determine, mediante resolución motivada, que existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, los precios serán determinados por los proveedores de los servicios de telecomunicaciones*".

Esta disposición **obliga a la SUTEL a demostrar, mediante resolución motivada**, que en el mercado relevante en cuestión, en este caso el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles, *existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva* y, a partir de ello, es pertinente ordenar la desregulación tarifaria de este mercado. Tal resolución, además, por decisión de la misma Superintendencia, debe emitirse con apego a los parámetros e indicadores establecidos en la *Metodología para el Análisis del grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones*, Resolución RCS-082-2015. Esta resolución en su POR TANTO 5 establece que "*el análisis del grado de competencia en los mercados de telecomunicaciones se basará en el análisis conjunto de los anteriores indicadores, de tal manera que la aplicación de un indicador particular visto de manera aislada no se consideraría suficiente para alcanzar un resultado particular, sino que el estudio propuesto se caracterizaría por la integridad en el análisis del conjunto de indicadores, de tal manera que la no estimación de un determinado parámetro no desvirtúa en modo alguno el estudio que*

llegare a realizarse, en el entendido que importante es el análisis integral del mercado y no la estimación particular de uno u otro indicador”.

Ahora bien, en el ejercicio de su competencia de control de la legalidad de los actos de la Administración Pública y en defensa de los derechos e intereses de las y los habitantes, la Defensoría de los Habitantes tiene el deber de advertir a la SUTEL, que cuando la Ley General de Telecomunicaciones requiere de una resolución motivada para poder hacer una declaratoria de competencia efectiva en un mercado, ello implica que esa Superintendencia deberá emitir un acto administrativo válido y perfecto en todos sus elementos esenciales: motivo, causa y finalidad, tal y como lo exige la Ley General de la Administración Pública. Precisamente, es la demostración robusta e integral de la existencia de indicios de competencia efectiva la que permitiría motivar correcta y adecuadamente una eventual decisión del Consejo de la SUTEL para declarar que el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles se encuentra en condiciones de efectiva competencia y, con base en ello, decretar la pertinencia de la desregulación tarifaria de ese mercado.

Sin embargo, el análisis exhaustivo del informe 05971-SUTEL-DGM-2017 realizado por la Defensoría en el presente oficio demuestra que las condiciones de este mercado no han cambiado respecto a lo indicado en el informe de SUTEL 06419-SUTEL-DGM-2016 del 31 de agosto de 2016 de manera que el mercado del servicio minorista de telefonía móvil no puede ser declarado en competencia efectiva y continúa presentando indicios de dominancia conjunta.

Por tanto, si el Consejo de SUTEL llegase a ordenar la desregulación tarifaria del mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles con base en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 estaría emitiendo un acto administrativo seriamente viciado en su motivo; tan seriamente viciado que se estaría en presencia de una nulidad absoluta, en los términos de la Ley General de la Administración Pública⁵. Se citan a continuación algunos ejemplos de jurisprudencia Contencioso-Administrativa sobre decisiones administrativas que fueron adoptadas con un vicio en el motivo del acto, al vicio sobre el cual la Defensoría está alertando al Consejo de la SUTEL:

- “(...) Con respecto a la motivación, se ha definido de la siguiente manera: *“Así, la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo y, en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto. No es éste desde luego el criterio de la doctrina clásica que limita la motivación a la enunciación de*

⁵ Artículo 136.1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:

- a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;
- b) Los que resuelvan recursos;
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos;
- d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso;
- e) Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y
- f) Los que deban serlo en virtud de ley.

Artículo 133: 1. El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.

2. Cuando no esté reglado, deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento.

*los antecedentes de hecho y de derecho (es decir a la expresión de la causa). Nos parece más adecuado basar el requisito de la motivación en la enunciación de las razones que han determinado el dictado del acto, lo cual permite incluir la exteriorización de otro elemento considerado esencial: la finalidad. Si bien esta conclusión no es reconocida en forma expresa, muchos tratadistas la admiten virtualmente en cuanto afirman que el requisito de la motivación constituye uno de los primeros pasos hacia el reconocimiento del recurso de desviación de poder, pero lo cierto es que al limitar el concepto de motivación a la expresión de la causa, no toda la doctrina advierte la importancia que ella puede tener para acreditar la existencia de un defecto o vicio en el elemento finalidad." (CASSAGNE, Juan Carlos, El Acto Administrativo, Buenos Aires, Segunda Edición, Abeledo- Perrot, p. 212-213). Con respecto al procedimiento, resulta de relevancia indicar que es un mecanismo de auto tutela administrativa, mediante el cual, a través de una serie de actos y actuaciones concatenadas se hace posible el acto administrativo final. En razón de lo anterior, el cumplimiento del debido proceso es una garantía para el administrado, en el sentido de que, asegura que éste sea escuchado en el proceso de conformación del acto, que eventualmente podría ser lesivo a sus intereses y a su vez, garantiza la armonía de la decisión final conforme al interés público y su eventual control de legalidad ya sea en sede administrativa -vía recursiva- o jurisdiccional. Es por dicho motivo que tanto la Sala Constitucional como la Jurisdicción Contencioso Administrativa han dado especial relevancia en materia de tutela de los derechos fundamentales y tutela de situaciones jurídicas subjetivas, a las garantías mínimas que debe poseer el debido proceso en sede administrativa. La necesaria ritualidad garantista del derecho de audiencia y defensa, en conjunto con el mantenimiento de determinados principios inherentes y transversales al curso del procedimiento tornan de especial relevancia la cautela que la Administración debe tener -en la figura de sus integrantes del Órgano Director del Procedimiento y responsables decisores-, en la adopción de actuaciones, decisiones y resoluciones, siempre orientadas, por una parte a la búsqueda de la verdad real (art. 214.2 LGAP) y por otra a la interpretación menos formalista y más acorde a la admisión y decisión con respecto a las peticiones del administrado (art. 224 LGAP). En este orden de ideas, el voto No. 15-90 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990 de la Sala Constitucional, ha definido los elementos constitutivos del debido proceso en sede administrativa, al indicar lo siguiente: "... el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de 'bilateralidad de la audiencia' del 'debido proceso legal' o 'principio de contradicción' (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada." "... el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa..." **Sentencia N° 00105 de las 13:45 horas del 16 de octubre de 2015, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V***

- "(...) Ahora, ese deber de motivación, según se colige del canon 136 de la Ley General de la Administración Pública, puede satisfacerse de manera directa o indirecta. En la primera, el acto indica expresamente las argumentaciones fácticas, técnicas, jurídicas o precedentes que sustentan la voluntad. En la indirecta (inciso 2 del citado numeral) el acto remite a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente su adopción, a reserva de que se acompañe su copia en el acto de comunicación. **La deficiencia en este elemento, conlleva un vicio de nulidad que puede generar la supresión de la conducta.** La motivación, pese a la redacción del inciso primero del aludido numeral 136 de la Ley General de referencia previa, no puede entenderse como una simple exposición de hechos, o bien, una mención simplista y aislada

de normas jurídicas que se estiman pertinentes al caso, ni la simple transcripción de criterios sin acompañar detalle de las razones por las cuales se prohijan. La relevancia de esta exigencia implica un análisis que permita vincular los aspectos de hecho y de derecho atinentes al asunto que se examina (doctrina del artículo 132.1 LGAP), ergo, supone, como tesis de principio, una determinación de los hechos relevantes para la decisión (orientados por la máxima de verdad real - 214, 308 íbidem-) y el examen de la procedencia o improcedencia de un determinado efecto, a la luz de las normas jurídicas atinentes al caso. Ello exige una valoración de las implicaciones de los aspectos fácticos determinados en el marco del derecho aplicable, valoración que ha de explicitarse en el acto, sea de manera directa o refleja, a fin de expresar los razonamientos que orientaron la voluntad administrativa. Por ende, no basta concluir sobre la improcedencia de una determinada petición, ha de exponerse las causas fácticas y jurídicas de ese resultado..." **Sentencia N° 00055 de las 11 horas del 14 de junio de 2017, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V.**

- "(...) El tercer elemento formal del acto administrativo es la **forma**, que es la manera como se exterioriza o manifiesta el acto administrativo. De conformidad con el artículo 134 de la LGAP, el acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa (ver 136 LGAP y 146 Constitución Política). Deriva de este elemento formal, la obligación de la Administración de justificar adecuadamente sus decisiones, por medio de la **motivación** de sus actos, en tanto la motivación significa la explicación, fundamentación o justificación que la Administración brinda en el dictado de un acto administrativo. Se ha dicho que *"Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto."* (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández; "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 556). La Sala Constitucional ha manifestado: *"En cuanto a la motivación de los actos administrativos se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades públicas del contenido del acto que emiten, tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha manifestado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio constitucional del debido proceso así como del derecho de defensa e implica una referencia a hechos y fundamentos de derecho, de manera que el administrado conozca los motivos por los cuales ha de ser sancionado o por los cuales se le deniega una gestión que afecta sus intereses o incluso sus derechos subjetivos."* (**Voto 7924-99**). Respecto de los elementos materiales o sustanciales del acto administrativo, tenemos que el **motivo** (artículo 133 LGAP) es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo. De tal manera que el motivo del acto administrativo constituye el supuesto o el hecho condicionante de la emisión de un acto administrativo, en otros términos, constituye la razón de ser del acto administrativo, lo que obliga o permite su emisión. Puede consistir en un acto o un hecho jurídico previsto por la norma jurídica. En tanto que el **contenido** del acto, constituye el efecto jurídico o la parte dispositiva del acto, lo que manda, ordena o dispone. Es el cambio que introduce en el mundo jurídico. Es la parte del acto que dispone una sanción, una autorización, permiso, concesión (artículo 132 LGAP). El último de los elementos sustanciales o materiales es el **Fin**. La Administración Pública tiene un cometido único, la satisfacción del interés público. Esa satisfacción del interés público se logra de diversas maneras, siendo una de ellas a través de la emisión de actos administrativos que actúan las competencias específicas asignadas al órgano u ente administrativo y que le han sido asignadas, precisamente para actuar y satisfacer el interés público incito en la competencia conferida. En principio se entiende que, todo acto administrativo, como resultado concreto de una competencia genérica, tiende a la satisfacción del interés común. Por ello se afirma, que el fin del acto administrativo en consecuencia será la satisfacción del interés público, que constituye el fin general de todo acto administrativo y a su vez, el fin específico será la satisfacción del interés público que está a cargo de esa competencia (artículo 131 LGAP). Dispone el artículo 166 LGAP: **"Habrá**

nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.” Advirtiendo, como nos lo recuerda Garrido Falla que *“la noción de acto administrativo es indudablemente una consecuencia de la sumisión de la Administración Pública a un régimen de derecho”* y que el *“principio general, tantas veces aludido, de la legalidad de la actuación administrativa se resuelve, a la vista de cada concreto acto administrativo, en una cuestión de pura técnica jurídica, cuyo empleo se hace entonces indispensable para determinar con rigor qué actos administrativos son legalmente válidos y cuáles no.[...].”* **Sentencia N° 00106 de las 14 horas del 17 de noviembre de 2016, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV.**

En ese orden de ideas, también debe la Defensoría de los Habitantes advertir al Consejo de la SUTEL sobre las eventuales consecuencias de adoptar un acto viciado de nulidad absoluta, consecuencias tanto en relación con el acto en sí mismo, como en relación con la responsabilidad de quienes lo emitieron, de conformidad con la Ley General de la Administración Pública:

- **Artículo 158:** 1. La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.

2. Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.

3. Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.

4. Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.

5. Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente.

- **Artículo 166:** Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

- **Artículo 169:** No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución.

- **Artículo 170:** 1. El ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar.

2. La ejecución por obediencia del acto absolutamente nulo se regirá por las reglas generales pertinentes a la misma.

- **Artículo 172:** El acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación.

A la luz de lo anterior, la Defensoría de los Habitantes, en el ejercicio tanto de sus funciones en materia de control de legalidad de los actos de la Administración Pública, como en el ejercicio de su competencia para la defensa de los derechos e intereses de los habitantes, manifiesta su oposición a la



propuesta de SUTEL y en conclusión, mediante este escrito la Defensoría de los Habitantes recomienda al Consejo de la SUTEL mantener la regulación tarifaria en el mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles y no declarar en competencia efectiva en este mercado y recomienda a la SUTEL mantener el "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" en la lista de mercados relevantes sujetos de regulación ex-ante, en los términos de los definido en los artículos 73 inciso i) y 75 inciso b) de la Ley 7593.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para expresarle las muestras de mi más alta consideración.

Cordialmente,

Montserrat Solano Carboni
Defensora de los Habitantes de la República

Notificaciones: Al correo rmeza@dhr.go.cr
Fecha: San José, 6 de setiembre de 2017