

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2017)11

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

16-Mar-2017

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

DAF/COMP/LACF(2017)11
Unclassified

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión II: Control de fusiones en America Latina y el Caribe - Evolucion y tendencias recientes**

-- Contribución de Costa Rica --

4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Costa Rica (SUTEL) PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 4-5 de abril 2017 en Nicaragua.

Contacto: Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE [Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: lynn.robertson@oecd.org]

JT03410764

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



15º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia 4-5 DE ABRIL DE 2017, Managua, Nicaragua

Sesión II: Control de fusiones en América Latina y el Caribe - Evolución y tendencias recientes

-- CONTRIBUCIÓN DE COSTA RICA (SUTEL) --

1. Sinopsis

1. Si bien la mayor parte de las concentraciones, no afectan negativamente el funcionamiento de los mercados, el régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones costarricense, presta especial atención a la fusión entre operadores y/o proveedores, siendo el punto central de un análisis de esta naturaleza la determinación si una operación produce efectos adversos o nocivos sobre la competencia.

2. La Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) ha resuelto 33 operaciones y si bien cada una representa un desafío, según y conforme a sus particularidades, esta contribución recapitula los aspectos jurídicos y económicos determinantes para estimar los efectos de la concentración, y de afectar negativamente el mercado, valorar la posibilidad de contrarrestarlos con condiciones o en su defecto rechazar la operación.

2. Descripción del régimen de control de concentraciones en telecomunicaciones

3. De conformidad con la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642¹, promulgada en el año 2008, la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, están sujetas a un régimen sectorial de competencia, siendo la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar su ordenamiento jurídico².

4. Si bien el régimen sectorial de competencia posee menos de una década de existencia, su elaboración tuvo la ventaja de tomar en consideración los aciertos de la experiencia a nivel país así como

¹ Artículo 52.

² Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593. Artículo 59.

internacional, siendo una normativa basada en principios básicos y coherente con la aplicación de normativa de la autoridad nacional, Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM)³.

5. Precisamente, en cuanto a concentraciones económicas el artículo 56 de la Ley 8642 sienta la base legal para su análisis y las define como *“la fusión, la adquisición del control accionario, las alianzas o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general, que se realicen entre operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones que han sido independientes entre sí.”* Asimismo, el artículo 24, del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones (Reglamento), establece que toda concentración de operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones estará sujeta a la autorización previa de la SUTEL.

6. En cuanto al procedimiento de análisis de una concentración, una vez que la información requerida se encuentre completa, dependiendo de la complejidad del caso, la SUTEL posee treinta o cuarenta y cinco días hábiles⁴, para resolver la operación, contemplado tres opciones: la autorización sin condiciones, la autorización con condiciones o el rechazo de la operación⁵.

7. En caso de la que SUTEL decida subordinar la operación, deberá establecer las condiciones establecidas en el artículo 57 de la Ley 8642⁶.

8. Por su parte, el rechazo únicamente sucede en el caso de que la operación⁷ (i) resulte en una adquisición de poder sustancial o (ii) incremento de la posibilidad de ejercer poder sustancial en el mercado relevante, (iii) facilite la coordinación expresa o tácita entre operadores o proveedores o (iv) produzca resultados adversos para los usuarios finales.

9. Cabe aclarar que la normativa faculta a la SUTEL a valorar si la concentración es necesaria para evitar la salida, en perjuicio de los usuarios, de un operador o proveedor, para alcanzar economías de escala o para desarrollar eficiencias⁸, para tales efectos tomará en consideración los elementos establecidos en el artículo 19 del Reglamento.

10. Asimismo, el artículo 25 del Reglamento contempla la presunción favorable, estableciendo que salvo prueba en contrario, se presumirá que una concentración no tiene como objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia cuando implique una reestructuración corporativa de un mismo grupo económico, implique la participación del adquirente por primera vez en el mercado relevante y cuando ya el titular de las acciones o participaciones sociales tenga el control de una sociedad o incremente su participación relativa en el capital social de dicha sociedad.

11. Ahora bien, partiendo del principio de que algunas conductas perjudican más a la economía que otras, la legislación considera que realizar una concentración sin la autorización previa de la SUTEL

³ En el 2010 mediante Decreto Ejecutivo 36234 se reformó el Reglamento a la Ley 7472 y se introdujo en el artículo 34 y siguientes la comunicación voluntaria de concentraciones. Luego en el 2012 con la Ley 9072 se reformó la Ley 7472 y se estableció en el artículo 16 la notificación obligatoria de concentraciones

⁴ En casos de especial complejidad se dan quince días adicionales, para un total de cuarenta y cinco días hábiles.

⁵ Ley 8642, artículo 56.

⁶ Las condiciones serán desarrolladas ampliamente en otro apartado.

⁷ Ley 8642, artículo 56.

⁸ Ley 8642, artículo 56.

provoca un daño muy grave en la economía⁹, de tal manera que un operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones culpable de tal infracción, será sancionado con una multa de entre cero coma cinco por ciento (0,5%) y hasta un uno por ciento (1%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior¹⁰. Y de ser el caso, la Sutel podría considerar la infracción de gravedad particular, lo que la facultaría a imponer como sanción una multa de un uno por ciento (1%) y hasta un diez por ciento (10%) de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior, o entre un uno por ciento (1%) y hasta por un diez por ciento (10%) del valor de los activos del infractor¹¹.

3. Evolución en el análisis de concentraciones económicas en el sector telecomunicaciones

12. Si bien la legislación no hace referencia explícita a pruebas concretas, legales o económicas, para determinar los efectos anticompetitivos, si deja claros los elementos a considerar para la identificación entre concentraciones anticompetitivas.

13. De tal manera, en el año 2015 se implementó una metodología “estándar” de análisis¹², la cual se divulgó en la “*Guía de Análisis de Concentraciones del Sector de Telecomunicaciones*”¹³.

14. Básicamente, la metodología de análisis permite hacer un análisis predictivo, define y compara dos escenarios futuros: lo que acontecerá con mayor probabilidad si la operación se realiza, respecto de lo que sucederá si no se realiza. Adicionalmente, en el 2016 emitió una explicación sobre los requisitos formales para presentar la solicitud de autorización de concentración¹⁴.

15. “*El punto de partida*” en el análisis de concentraciones económicas es determinar si realmente la operación requiere de notificación y autorización previa de la SUTEL. Para tales efectos, se examina si involucra al menos dos o más operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones en Costa Rica, que son independientes entre sí y que la operación implica una transferencia de control de al menos una de las entidades participantes, o la creación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de las empresas participantes del negocio.¹⁵

⁹ Ley 8642, artículo 67.

¹⁰ Ley 8642, artículo 68.

¹¹ Ley 8642, artículo 68.

¹² Dado que cada caso es único, se debe recordar que es una guía de análisis que varía según la operación de concentración.

¹³ Disponible en: https://sutel.go.cr/sites/default/files/2015_sutel_telecomunicaciones_guia.pdf

¹⁴ Disponible en: https://sutel.go.cr/sites/default/files/normaticascompetencia/explicacion_de_requisitos_solicitud_de_concentracion.pdf

¹⁵ Superintendencia de Telecomunicaciones. *Guía de Análisis de Concentraciones del Sector de Telecomunicaciones*. 2015, pág. 3. Disponible en: https://sutel.go.cr/sites/default/files/2015_sutel_telecomunicaciones_guia.pdf.

16. Así una vez determinada la presencia de una concentración, que le compete a la SUTEL, se deben analizar los siguientes elementos¹⁶:

- Naturaleza de la concentración¹⁷ y posibles efectos anticompetitivos.
- Mercados relevantes involucrados en la operación.
- Estructura de los mercados relevantes¹⁸.
- Prácticas unilaterales y coordinadas que pueden surgir como consecuencia de la operación
- Restricciones que pueden disciplinar el ejercicio de las prácticas identificadas.
- Ganancias de eficiencia que atribuyen a la operación.
- Si la concentración evitará la salida, en perjuicio de los usuarios, de un operador o proveedor.

17. Cabe destacar que la experiencia internacional dicta que el análisis de los elementos es integral, ningún aspecto es por sí mismo determinante, de esta manera se garantiza la valoración del efecto neto de la transacción. Además, se debe recordar que el sector telecomunicaciones posee particularidades a considerar, tales como la convergencia de las plataformas tecnológicas de transmisión de los distintos tipos de señales, las externalidades de red, las facilidades esenciales, las reglas de interconexión y cargos de acceso a las redes, los contratos de aprovisionamiento de mediano y largo plazo, criterios de sustituibilidad, entre otros.

18. En caso de que el análisis integral estime que a pesar de que la operación podría tener un efecto restrictivo o distorsionador, es posible mantener la competencia por medio de condiciones, la SUTEL podrá plantear las establecidas en el artículo 57 de la Ley 8642:

- La cesión, el traspaso o la venta de uno o más de sus activos, derechos o acciones mediante el procedimiento de oferta pública que se determine reglamentariamente.
- La separación o escisión del operador o proveedor.
- La limitación o la restricción de prestar servicios determinados de telecomunicaciones o la limitación del ámbito geográfico en que estos puedan ser prestados.
- La limitación o la restricción para adquirir nuevas concesiones o autorizaciones.
- La introducción, eliminación o modificación de alguna de las cláusulas de los contratos suscritos por el operador o proveedor relacionados con la operación de redes o la prestación de servicios de telecomunicaciones.

¹⁶ Superintendencia de Telecomunicaciones. *Guía de Análisis de Concentraciones del Sector de Telecomunicaciones*. 2015. Disponible en: https://sutel.go.cr/sites/default/files/2015_sutel_telecomunicaciones_guia.pdf

¹⁷ Concentración horizontal, vertical, de conglomerado, o combinación.

¹⁸ Se deben identificar los participantes, asignarles cuotas de mercado y estimar el grado de concentración de cada mercado relevante identificado.

19. En cuanto a los remedios, la legislación no limita al operador en su propuesta, es decir, posee la libertad de presentar aquellos que considere apropiados y “negociar” con la autoridad. Empero, al igual que la SUTEL, deberá de considerar medidas que sean proporcionales, adecuadas e integrales, efectivas y oportunas¹⁹, al problema de competencia detectado.

20. Respecto a la experiencia de la SUTEL, en condicionar transacciones, la primera y única aconteció en el año 2012²⁰. La operación involucraba a un operador con un amplio portafolio de servicios de telecomunicaciones que pretendía ampliar su oferta al adquirir a una compañía de televisión por suscripción e internet. Esencialmente, la operación fue aprobada porque a pesar de que se detectaron problemas, estos podían ser prevenidos con medidas conductuales para el adquirente, tales como, no realizar ventas atadas, someter a aprobación las promociones y/o paquetes de los servicios, no participar en la adquisición o propiedad de compañías proveedoras del servicio de televisión por suscripción, entre otros.

21. Cabe mencionar que en el año 2015 se dio el primer rechazo de una concentración por parte de la SUTEL²¹.

22. La transacción involucraba operadores de telecomunicaciones que ofrecían diversos servicios y si bien en el proceso de análisis se detectaron posibles efectos anticompetitivos en algunos de los mercados analizados (no en todos), la naturaleza compartida del acceso en la red HFC²², no permitía separar los mercados relevantes que tenían problemas de los que no, y ante la imposibilidad técnica de separar las redes y no existir condiciones que solventaran los problema detectados, la SUTEL rechazó la operación de manera completa.

23. Si bien inicialmente la parte interesada no presentó condiciones, ante el rechazo y aspirando a que la operación fuera autorizada, ofrecieron compromisos, sin embargo, no fueron aceptados, en virtud de que se estimó que no prevenían o corregían los problemas de mercado y las limitaciones técnicas detectadas.

24. En particular esta decisión marcó un precedente para la SUTEL, la resolución de rechazo fue recurrida en sede judicial, tanto por aspectos procesales como de fondo, sin embargo, el tribunal declaró la demanda interpuesta como improcedente, manteniendo incólume la resolución de negatoria²³.

25. Esta resolución judicial también aclaró varios aspectos procedimentales del trámite de la solicitud de autorización de concentración, llegando a concluir lo siguiente (i) no existe obligación legal para la SUTEL de remitir en consulta a la COPROCOM los recursos y compromisos que presente la parte y (ii) que para la discusión y proposición de remedios o compromisos la SUTEL puede otorgar un plazo a la parte pero no está obligada legalmente hacerlo y (iii) que el plazo establecido en el artículo 56 de la Ley General de Telecomunicaciones computa a partir de la recepción del criterio de la COPROCOM.

¹⁹ Superintendencia de Telecomunicaciones. *Guía de Análisis de Concentraciones del Sector de Telecomunicaciones*. 2015, pág. 67. Disponible en: https://sutel.go.cr/sites/default/files/2015_sutel_telecomunicaciones_guia.pdf.

²⁰ Expediente OT-00015-2012, RCS-326-2012.

²¹ Expediente OP-05-15, RCS-149-2015.

²² No es posible separar físicamente el medio de acceso de un determinado usuario para conectarlo a la red de otro operador, es decir, no es posible la desagregación de usuarios específicos de manera independiente.

²³ Sentencia número 53-2016-VI de las 16:05 horas del 1 de abril del 2016 del Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea disponible en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=664289&tem1=¶m7=&strTipM=T&lResultado=1.

4. Conclusiones

26. En el control de operaciones de concentraciones, la legislación sectorial costarricense posee dos elementos característicos, control ex-ante y la inexistencia de umbrales de notificación. Así que el control previo, es aplicado a todas las operaciones entre operadores y/o proveedores de telecomunicaciones, permitiendo detectar y detener las operaciones que crean, potencian o consolidan el poder de mercado o lo facilitan.

27. La trayectoria de la SUTEL, como autoridad sectorial de competencia, le ha permitido percibir cada operación de concentración como única, y si bien se efectúa un análisis integral de los elementos analíticos, no se aplican de manera uniforme y automática, se adaptan a las particularidades de cada situación.

28. Asimismo, la SUTEL posee claro que el propósito de condicionar una operación de concentración es compensar los efectos anticompetitivos que surgen de esta, y de ninguna manera hacer de su uso una herramienta de regulación.

29. Finalmente, dado la complejidad del análisis de concentraciones, cabe destacar el esfuerzo en la promulgación de una Guía, que busca normas comprensibles para todos los involucrados en los procesos.