

02 de abril de 2018
MICITT-DM-OF-231-2018

Licenciada
Sonia Cheng Tam
Fiscalizadora, Áreas de Seguimiento de Disposiciones
Contraloría General de la República

Asunto: Respuesta al oficio 03048-2018 (DFOE-SD-0513)

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo. Mediante el oficio N° 03813 (DFOE-SD-0607) de fecha 12 de marzo del 2018, se autorizó una prórroga de diez días hábiles para presentar lo solicitado mediante el oficio N° 03048 (DFOE-SD-0513) de fecha 27 de febrero de 2018, sobre el cumplimiento de la disposición 5.4 del informe N° DFOE-IFR-IF-5-2013, respecto al Proyecto de Transición a la Radiodifusión Digital, en el cual, se giró entre otras, la siguiente disposición:

“AL MINISTRO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES Y AL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES/ 5.4 Revisar conjuntamente con base en sus competencias, todas las concesiones de radiodifusión televisiva y sonora otorgadas, con el fin de determinar los concesionarios en los que exista concentración de espectro que afecte la competencia efectiva y, conforme a ello, elaborar un plan de acción en el que se incluyan todas las acciones que corresponda, con sus respectivos plazos y responsables, para corregir tales situaciones. Lo anterior, con base en la definición de los parámetros técnicos (según se indica en la disposición anterior), y en los insumos técnicos que han sido emitidos por la SUTEL. Para hacer efectiva esta disposición, se señala como fecha límite el plazo establecido en la disposición 5.1.C. del informe DFOE-IFR-IF-6 del 30 de julio de 2012. (Ver párrafos del 3.85 al 3.96 de este informe).”

Respecto al cumplimiento de la citada disposición, y delimitada desde las competencias de cada una de las instituciones, se remite la siguiente información:

A. Sobre el cumplimiento de la disposición 5.4 del informe N° DFOE-IFR-IF-5-2013 por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones

Seguidamente se detalla el cronograma solicitado para afectos del trámite de los casos en que se incurra en concentración de espectro radioeléctrico que afecte la competencia efectiva, de acuerdo con las competencias de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones



Zapote, 200 metros Noroeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA Apartado Postal:
5589.1000

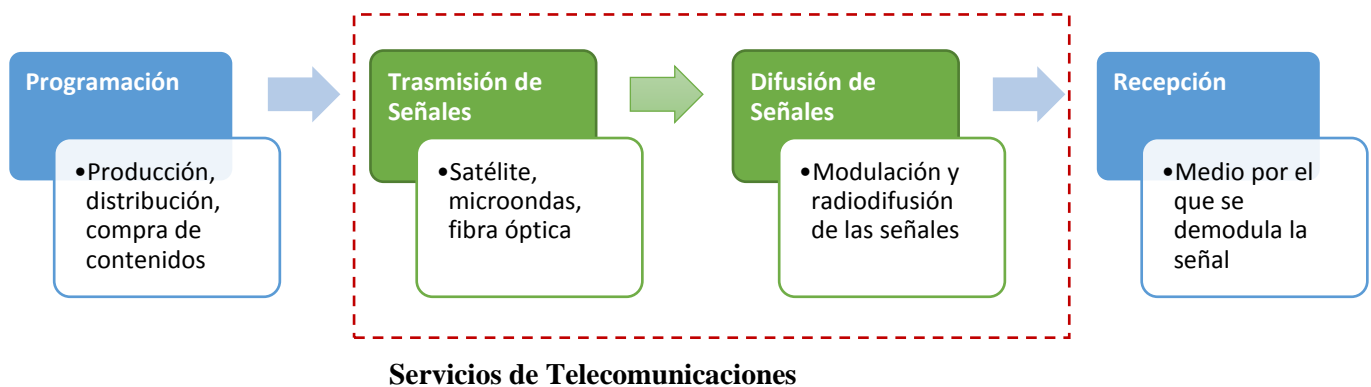
Tel: 2539-2229 - 2539-2270 / Fax:2239-2280

1. SOBRE LOS MERCADOS ASOCIADOS A LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN SONORA Y TELEVISIVA DE ACCESO LIBRE

Existen una serie de mercados asociados a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, estos mercados están vinculados a las distintas actividades que se realizan a través de la cadena de valor de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre.

En particular se pueden identificar al menos las siguientes etapas asociadas con la cadena de valor de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre: una primera etapa de definición de la programación, la cual puede ser propia o de terceros; una segunda etapa de transmisión, en esta etapa se emplean las redes de telecomunicaciones para llevar las señales hasta los centros de difusión; una tercera etapa de difusión en esta etapa se emplean las redes de radiodifusión para llevar la programación hasta el usuario; una cuarta etapa en la cual el usuario recibe las señales, para lo cual requiere de un medio o aparato tecnológico (televisor, radio) que reciba o capte la señal y la demodule para ser reproducida, esta última etapa le permite al usuario consumir los contenidos que le llegan a través de las señales. Lo anterior se resume en la siguiente figura.

Figura 1. Servicios asociados a la radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre.



Fuente: Elaboración propia.

Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre pueden realizar algunas o todas estas actividades de esta cadena de valor, de la cual se distingue la existencia de mercados mayoristas y minoristas, los primeros asociados al transporte y difusión de señales y los segundos asociados al sector audiovisual.

La figura anterior permite distinguir que existen diferentes planos de análisis, por un lado, los asociados a la infraestructura de red, que se refieren a la prestación de servicios de transporte y/o difusión y pertenecen al ámbito de regulación de las telecomunicaciones, y por otro lado, los asociados a la prestación de contenidos, que se refiere a los servicios audiovisuales y que no pertenecen al ámbito de regulación de las telecomunicaciones.

A partir de lo anterior puede determinarse la existencia de dos tipos de mercados distintos los “servicios de comunicación audiovisual” y los “servicios de transmisión y difusión de señales de radio y televisión”.

Es importante tener presente que ambos tipos de servicios se ubican en mercados distintos así se puede considerar que “...**la separación neta, en lo que hace a la prestación de lo que calificaremos globalmente como –servicios audiovisuales, entre las actividades de transporte y, en su caso, difusión de las correspondientes señales y las actividades relacionadas con el contenido mismo de la comunicación, como puedan ser, precisamente, los que la LGCA denomina servicios de comunicación audiovisual.** Así se demuestra en la definición que de estos servicios se contiene en el art. 2.2. de la LGCA, que -en unos términos perfectibles- los identifica con aquellos servicios cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales. Se trata, en definitiva, de **distinguir continente -o, más propiamente, soporte- y contenido para mantener aquél en el ámbito de las telecomunicaciones y, por ende, de la LGTel/2003, y éste en el ámbito de lo audiovisual, bajo la cobertura de la LGCA.**” (el resaltado y subrayado son intencionales) (Carlón Ruiz, Matilde. “Encuentros y desencuentros entre las telecomunicaciones y lo audiovisual en el contexto de la Ley 7/2010”, en Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual, Aranzadi, 2011, p. 89)

A continuación, se analiza en mayor detalle la naturaleza de ambos tipos de servicios.

1.1. Servicios de comunicación audiovisual.

El sector audiovisual se puede definir como “*el conjunto heterogéneo de mercados caracterizado por participar directa o indirectamente en la provisión y recepción simultánea de sonido e imágenes en movimiento*” (Martí y Muñoz, 2001:126).

Como fue establecido por esta Superintendencia en la RCS-242-2016 de las 11:30 horas del 02 de noviembre de 2016, este sector posee una serie de características específicas entre las que conviene destacar las siguientes:

- “... *las empresas de comunicación tienen un rasgo característico dado que participan simultáneamente en el mercado de bienes y en el mercado de servicios. El primer mercado de bienes está constituido por contenidos canalizados por distintos sistemas de distribución, ya sean prensa, radio o televisión. Estos bienes son dirigidos a los consumidores, mientras que el mercado de servicios de las empresas de comunicación está dirigido a los anunciantes. La interacción entre estos dos mercados determina, en las operaciones de la televisión comercial, la creación de contenidos que, al buscar alcanzar altos niveles de audiencia, justifiquen a su vez una inversión publicitaria.*” (el resaltado y subrayado son intencionales) (Rosario Albert, Luis, *op., cit.*, p. 192)



- “... **los medios de comunicación participan en un mercado dual**, puesto que por una parte **compiten en el mercado de las audiencias** (vendiendo un producto que es la información) y por otra, aunque directamente relacionada con la anterior, **compiten en el mercado de la publicidad** (vendiendo el acceso a sus públicos). Por ello **la comprensión cabal del funcionamiento de los medios implica considerar al menos tres dimensiones**: (1) la forma en que se organiza su estructura de propiedad; (2) la participación que cada uno tiene en el mercado de las audiencias y (3) el modo en que se distribuye el mercado de los ingresos publicitarios...” (el resaltado es intencional) (Corrales Jorquera, Osvaldo, et al. *Concentración del mercado de los medios, pluralismo y libertad de expresión*. Fundación Chile Veintiuno, Serie Colección Ideas, núm. 53, mayo-2005, Santiago, p. 2)
- “Desde una perspectiva integradora, la industria de la televisión, además de desarrollar una **competencia multisectorial por la captación de audiencias y anunciantes**, también compite con otros medios masivos de comunicación, tales como: la radio, la prensa escrita y las revistas. El conjunto de estas industrias también se conoce como *Mass Media*. En este sentido, los anunciantes distribuyen entre los distintos medios de comunicación sus presupuestos de publicidad, favoreciendo a aquellos medios que permitan mayor visibilidad a sus productos en los grupos demográficos en los que interesan impactar.” (el resaltado es intencional) (Rosario Albert, Luis, op., cit, p. 195)

1.2. Servicios de transmisión y difusión de señales de radio y televisión

En materia de servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, la red de transporte permite llevar las señales de los proveedores de contenidos desde los lugares en los que se generan los contenidos, centros de producción, hasta los centros de difusión de la señal. En los centros de difusión se reciben las señales, se modulan sobre la frecuencia concesionada, se amplifican, se filtran y finalmente se difunden por medio de las frecuencias principales de radiodifusión.

El servicio de transmisión y difusión de señales, conocido en otros países como servicio portador, se refiere a aquel servicio de telecomunicaciones que permite contratar a un tercero el transporte y/o difusión de señales, este se caracteriza “...no sólo por la prestación del servicio (la conectividad necesaria para la difusión) sino por el establecimiento de redes para la difusión.” (Carlón Ruiz, Matilde, op. cit., p. 105).

Los servicios de transmisión y difusión de señales de radio y televisión pueden ser realizados en auto-prestación, de tal forma que el operador cuenta con su propia red que le permite transportar y difundir sus contenidos, o mediante el acceso a la red de tercero, de tal forma que se emplee la red de otro operador para transmitir y difundir el contenido propio.

La puesta a disposición a terceros de la red de telecomunicaciones de un determinado operador para el transporte de señales de radio y televisión representa una explotación comercial de sus redes y es bajo dicha condición que se genera un mercado de telecomunicaciones servicios de transmisión y difusión de señales de radio y televisión.

Con lo cual se colige que **en una circunstancia en la cual todos los operadores de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre cuentan con sus propias redes verticalmente integradas que les permiten transmitir y difundir sus propios contenidos audiovisuales no existe un mercado de telecomunicaciones servicios de**



transmisión y difusión de señales de radio y televisión, dado que cada operador realiza por sí mismo todas las actividades hasta la difusión del contenido a su audiencia.

2. SOBRE LA COMPETENCIA DE SUTEL EN MATERIA DE RADIODIFUSIÓN SONORA Y TELEVISIVA

Como fue definido en el apartado anterior en la prestación de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre intervienen servicios de telecomunicaciones y servicios de comunicación audiovisual, por lo cual conviene precisar el alcance de las competencias de la SUTEL en esta materia.

El artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, establece que:

“El aprovechamiento de la radiodifusión sonora y televisiva, por sus aspectos informativos, culturales y recreativos, constituye una actividad privada de interés público. El otorgamiento de concesiones y la prestación de los servicios de radiodifusión y televisión continuarán rigiéndose por lo dispuesto en la Ley de radio, N.º 1758, de 19 de junio de 1954, sus reformas y su Reglamento. A la Sutel le corresponderá realizar las actividades y los estudios necesarios para preparar el concurso de la concesión y recomendarle al Poder Ejecutivo el otorgamiento o no de estas concesiones.

Los servicios de radiodifusión sonora o televisiva definidos en el presente artículo, son los de acceso libre; estos se entienden como servicios de radiodifusión sonora o televisión convencional, de programación comercial, educativa o cultural, que pueden ser recibidos libremente por el público, en general, sin pago de derechos de suscripción, y sus señales se transmiten en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, las redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión y televisión, quedan sujetas a la presente Ley en lo dispuesto en materia de planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y al régimen sectorial de competencia previsto en esta Ley.

Quando los proveedores de servicios de radiodifusión y televisión se encuentren habilitados tecnológicamente para prestar servicios de telecomunicaciones por medio de sus redes, deberán sujetarse a las regulaciones previstas en la presente Ley. Para prestar servicios de telecomunicaciones deberán contar con el respectivo título habilitante y cumplir los requisitos legales y administrativos que para ello se requiera”.

La Procuraduría General de la República ha emitido varios criterios en relación con la interpretación de este artículo, entre ellos destaca el Dictamen C-089-2010 del 30 de abril de 2010, del cual conviene resaltar lo que de seguido se detalla:

“Si bien es un servicio de telecomunicaciones, la radiodifusión de acceso libre se rige por la Ley General de Telecomunicaciones en los ámbitos expresamente señalados por el legislador. (...)

De acuerdo con la definición de redes de telecomunicaciones, estas comprenden las “redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada”. Unas redes que no pueden ser calificadas como redes públicas de telecomunicaciones, ya que de acuerdo con el inciso 21 del artículo 6, las redes públicas de telecomunicaciones se utilizan total o principalmente para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y como ya se sabe, los servicios de radiodifusión de acceso libre no son servicios disponibles al público y no en toda red de radiodifusión convencional puede prestarse un servicio de telecomunicaciones disponible al público. Tampoco son redes privadas puesto

que estas excluyen la prestación y explotación de servicios a terceros. Precisamos, de acuerdo con el artículo 6, inciso 19, el concepto de redes de telecomunicación en tanto sistema de transmisión y recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos, en este caso, por medios radioeléctricos, abarca las redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva, pero estas no son ni redes públicas ni redes privadas. En ese sentido, si la Ley de Telecomunicaciones se aplica a las redes con que se proveen los servicios de radiodifusión de acceso libre es por el interés en sujetarlas a la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, al régimen sectorial de competencia y a las disposiciones de acceso e interconexión, sin que eso signifique que esas redes se rijan por otras disposiciones aplicables a las redes públicas de telecomunicaciones.

El tercer párrafo de este artículo 29 significa, a contrario sensu, que cualquier regulación de la Ley General que no concierna directamente la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y el régimen sectorial de competencia, resulta inaplicable a las redes de soporte de los servicios de radiodifusión de acceso libre. A diferencia de lo que se sostiene en la consulta, considera la Procuraduría quede los párrafos tercero y cuarto de ese artículo no es posible concluir que los servicios de radiodifusión sonora y televisiva sólo están regulados en la Ley de Radio y su reglamento en orden al otorgamiento de concesiones y la prestación de los servicios. Por el contrario, estos servicios presentan la particularidad de que están sujetos a la Ley de Radio en todas sus disposiciones y a la de Telecomunicaciones en orden a los aspectos expresamente señalados en el párrafo tercero de mérito: planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, al régimen sectorial de competencia y a las disposiciones de acceso e interconexión. (...)

Las redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva son redes de telecomunicación. Por lo que en principio podría considerarse que el que explota la red de radiodifusión de acceso libre es operador.

Ahora bien, las redes de soporte a los servicios de radiodifusión y televisión quedan sujetas a la Ley de Telecomunicaciones "en lo dispuesto en materia de planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y al régimen sectorial de competencia previsto en esta Ley". La planificación de las telecomunicaciones está a cargo del MINAET (artículo 6, incisos 14 y 15, 7 y 10 de la citada Ley de Telecomunicaciones y 39 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, N° 8660 de 8 de agosto de 2008. (...)

Se sigue de lo expuesto que, por expresa disposición de la Ley General de Telecomunicaciones, los servicios de radiodifusión de acceso libre se rigen por la Ley de Radio y por excepción se rigen por la Ley General de Telecomunicaciones en las materias expresamente señaladas en el párrafo tercero".

Concordantemente, es su Dictamen C-003-2013 del 15 de enero de 2013, la Procuraduría General de la República vuelve a indicar en relación con el artículo 29 de la Ley N° 8642 lo siguiente:

"Lo dispuesto en el artículo 29 podría hacer pensar que la Ley General de Telecomunicaciones no se aplica a la radiodifusión de acceso libre. No obstante, debe tomarse en cuenta que la Ley 8642 sujeta a sus disposiciones en materia de planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y al régimen sectorial de competencia las redes que dan soporte a los servicios de radiodifusión. Es decir, las redes de radiodifusión no se regulan por la Ley de Radio. Aquí cabe recordar que la Ley General de Telecomunicaciones, artículo 6 define la red como:

"19) Red de telecomunicaciones: sistemas de transmisión y demás recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios radioeléctricos, con inclusión de las redes satelitales, redes terrestres fijas (de conmutación de

circuitos o de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, utilizadas para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada”.

Por expresa disposición de la Ley, la red utilizada para la radiodifusión sonora y televisiva es una red de telecomunicaciones.

Además, la Ley de Telecomunicaciones dispone que si los proveedores de servicios de radiodifusión y televisión tienen la capacidad tecnológica para prestar servicios de telecomunicaciones por medio de sus redes, se sujetarán a las regulaciones de la Ley General. Sujeción que abarca el título habilitante necesario para prestar los servicios de telecomunicaciones”.

Lo anterior permite concluir que la competencia de la SUTEL en relación con los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre se refiere exclusivamente a las redes que soportan la prestación de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre.

En ese sentido se entiende que las redes que soportan los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre se refieren, de conformidad con el artículo 6 de la Ley N° 8642, a los “sistemas de transmisión y demás recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios radioeléctricos, con inclusión de las redes satelitales, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos o de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, utilizadas para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada” (lo destacado es intencional).

Así las cosas, la competencia que tiene la SUTEL en relación con los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre excluyen elementos como la programación y el contenido del servicio.

Lo anterior fue reconocido por el Consejo de la SUTEL en la RCS-242-2016 donde se estableció claramente el alcance de las competencias de la SUTEL en esta materia:

- “
1. **Reconocer**, la competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones **en materia de defensa de la competencia** sobre la actividad de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, para conocer y resolver las concentraciones, únicamente en cuanto a la explotación de las redes soporte de estos servicios de comunicación audiovisual, como puede ser pero no limitado a el servicio de transmisión y difusión de las señales de audio y video, de acuerdo al artículo 29 de la Ley 8642. Esto en cuanto al control ex ante de las concentraciones en los supuestos del artículo 56 de la Ley 8642, así como las prácticas monopolísticas. **Las competencias de esta Superintendencia asociadas a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva se refieren exclusivamente a la regulación, supervisión y defensa de la competencia de las redes de soporte de los servicios audiovisuales de radiodifusión, lo que excluye los servicios de comunicación audiovisual, entre otros, los contenidos, la programación, la pauta publicitaria y arrendamientos de espacios**
 2. **Reconocer**, la competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones **en materia del control de concentraciones en cuanto a la acumulación de espectro radioeléctrico** asociado a la actividad de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, únicamente para el análisis como barrera en el mercado de telecomunicaciones derivado de la explotación de

redes de soporte de servicios de comunicación de radiodifusión; lo que excluye el análisis de acumulación de espectro respecto de los mercados de comunicación audiovisual relativos a la radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre. Esto en cuanto al control ex ante de las solicitudes de concentración en los supuestos del artículo 56 de la Ley 8642

Reconocer, la competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones como **órgano asesor técnico del Poder Ejecutivo**, en **materia de espectro radioeléctrico** asociado a las actividades de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre en cuanto a la acumulación de espectro radioeléctrico y, para fines de los artículos 20, 21 y 22 de la Ley 8642; únicamente para el estudio como barrera en el análisis de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones derivado de las redes de soporte de servicios de comunicación de radiodifusión; lo que excluye los estudios correspondientes de espectro con fines de análisis de los mercados de comunicación audiovisual relativos a la radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre. Esto en cuanto al control ex ante de las solicitudes de cesión de concesiones y controles ex post de la reasignación de frecuencias o la revocación y extinción de las concesiones.

3. **Establecer**, que la Superintendencia de Telecomunicaciones no tiene competencia para conocer y resolver las concentraciones ni prácticas monopolísticas en los mercados asociados a la prestación de los servicios de comunicación audiovisual presentes en la actividad de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre.
4. **Indicar**, que la Superintendencia de Telecomunicaciones no tiene competencia para adoptar medidas o realizar controles para garantizar los intereses públicos propios y presentes que particularizan al sector audiovisual, en especial la radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre”.

La Contraloría General de la República reconoce lo anterior en su informe DFOE-IFR-0342 al indicar lo siguiente:

“...la competencia de la Sutel, --de conformidad con la Resolución RCS-242-2016--, se circunscribe a la existencia de un mercado de telecomunicaciones, en el cual se da una explotación comercial de las redes de soporte a los servicios de radiodifusión.

En el caso de que se trate de mercados distintos (por ejemplo, el de publicidad en radio y televisiva, la producción y distribución de contenidos entre otros), dicho análisis de afectación de la competencia efectiva recae en la COPROCOM”.

En virtud de lo expuesto de previo se reitera que las competencias de la SUTEL en materia de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre se circunscriben exclusivamente a las redes que sirven de soporte a los servicios de radiodifusión y televisión y por tanto a los mercados de telecomunicaciones derivados de dichas redes, sean los mercados de transmisión y/o difusión de señales, lo que excluye los servicios de comunicación audiovisual.

3. SOBRE ANÁLISIS QUE DEBE REALIZARSE PARA QUE PROCEDA LA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 21 INCISO E) DE LA LEY 8642

La SUTEL en su oficio 06279-SUTEL-DGM-2017, comunicado al Poder Ejecutivo mediante acuerdo 016-058-2017 de la sesión ordinarias 058-2017 celebrada el 03 de agosto de 2017, propuso una serie de parámetros para determinar lo establecido en el inciso e) del artículo 21 de la Ley N° 8642.

A criterio de la SUTEL para que proceda una reasignación de frecuencias porque existe una concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva, de conformidad con lo establecido en el inciso e) del artículo 21 de la Ley N° 8642, deben demostrarse concurrentemente que se dan dos circunstancias, en primer lugar, se demuestre que existe una concentración de frecuencias y, en segundo lugar, se demuestra que dicha concentración de frecuencias genera una afectación a la competencia efectiva de un mercado en particular.

En virtud de lo anterior, un análisis de reasignación de frecuencias de cara al inciso e) del artículo 21 de la Ley N° 8642 debe realizarse en dos etapas.

3.1. Primera etapa: análisis de la existencia de concentración de frecuencias.

Existen diversas formas para determinar cuando existe una concentración de frecuencias, entre ellas se pueden destacar dos, por un lado, se encuentra el establecimiento de un límite específico (*cap*) a partir del cual se considera que existe concentración de espectro y por tanto no se permite la tenencia de espectro por encima de este límite. Este límite puede referenciarse a cantidad de frecuencias (MHz)¹ o bien a cantidad de licencias².

Otra forma de establecer si existe concentración de frecuencias es mediante la aplicación de un indicador de concentración. Entre los indicadores de concentración más reconocidos por las autoridades de competencia está el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI), dicho índice es recomendado por instituciones de gran reconocimiento como Federal Trade Commission (FTC)³ de Estados Unidos o la Comisión Europea⁴.

El HHI se estima mediante la siguiente fórmula:

$$\sum_{i=1}^n s_i^2$$

¹ Un ejemplo del empleo de este tipo de mecanismo fue la limitación impuesta por la FCC de 45 MHz entre los años 1994 y 2013 (en 2001 se amplió a 55 MHz) sobre el espectro radioeléctrico para uso comercial móvil.

² Un ejemplo del empleo de este tipo de mecanismo está contenido en el documento nota de Guía al Consumidor sobre la "Revisión de las Normas de la FCC para la Propiedad de Medios de Comunicación", disponible en <https://transition.fcc.gov/cgb/consumerfacts/spanish/reviewrules.html>.

³ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. USA.

⁴ Comisión Europea. (2004). *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*. Diario Oficial de la Unión Europea 2004/C 31/03.



Donde s es igual a la participación de mercado⁵.

El uso de este indicador tiene un sustento técnico, y su uso particular para medir concentración de frecuencias de espectro radioeléctrico es abalado por reguladores como la Federal Communications Commission (FCC) de Estados Unidos, la cual lo emplea anualmente en su informe “*Annual Mobile Wireless Competition Report*”⁶.

El elemento clave en relación con el empleo de dicho índice está relacionado con los límites que sean establecidos para considerar si el nivel de concentración es alto, medio o bajo. Así por ejemplo la FCC⁷ ha establecido dichos límites como sigue:

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

Los límites del índice HHI están fuertemente vinculados por las características del mercado en estudio. Al respecto, es razonable que este índice arroje valores mayores para mercados con costos fijos altos y fuertes economías de escala como el caso de las telecomunicaciones.

En reconocimiento de lo anterior la SUTEL en la RCS-082-2015 de las 12:50 horas del 13 de mayo de 2015, publicada en el Alcance Digital N° 39 a La Gaceta N° 104 del 01 de junio de 2015, estableció que SUTEL emplearía como límites para el HHI los siguientes:

- $HHI < 1.500$: mercado no concentrado.
- $1.500 < HHI < 3.000$: mercado moderadamente concentrado.
- $HHI > 3.000$: mercado muy concentrado

Se entiende que es válido aplicar dichos límites también para determinar la existencia de concentración de frecuencias del espectro. A partir de lo anterior, si se llega a determinar que existe un HHI superior a 3.000 puntos se concluiría que existe una concentración de espectro. Es necesario tener claro que la concentración de espectro por sí sola no implica una afectación del nivel de competencia del mercado.

En ese sentido se puede afirmar que existe una concentración de frecuencias cuando la distribución entre concesionarios de las frecuencias del espectro radioeléctrico para un determinado uso establecido en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF)

⁵ Para estimar el HHI las participaciones de cada concesionario se deben calcular solamente sobre la base del espectro que se encuentra asignado en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) para la prestación de un determinado tipo de servicio y no sobre la totalidad de las bandas de frecuencias, lo cual llevaría a una artificial subestimación del índice, dado que no todas las bandas pueden ser empleadas para prestar un determinado tipo de servicio.

⁶ Disponible en: <https://www.fcc.gov/reports-research/reports/commercial-mobile-radio-services-competition-reports/mobile-wireless-1>

⁷ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. USA.



produzca que se presente un nivel de concentración medido por el Índice Herfindahl-Hirschman superior a los 3.000 puntos.

Sólo en los casos, que a partir del análisis del índice HHI se obtenga un resultado superior a los 3.000 puntos, procede continuar con la segunda etapa de análisis, que corresponde a la determinación de si la existencia de concentración de espectro genera una afectación a la competencia efectiva de un mercado en particular (segunda etapa).

3.2. Segunda etapa: determinación de si concentración de espectro genera una afectación a la competencia efectiva del mercado.

La Ley N° 8642 en su artículo 6 inciso 7), define la competencia efectiva como una “*circunstancia en la que ningún operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones, o grupo de cualquiera de estos, puede fijar los precios o las condiciones de mercado unilateralmente, restringiendo el funcionamiento eficiente de este, en perjuicio de los usuarios*”.

Para poder determinar si existe una afectación a la competencia efectiva del mercado antes citado, es necesario tener en cuenta lo indicado en el artículo 6 inciso 17) de la Ley 8642, en el que se define como operador o proveedor importante:

“[...] operadores o proveedores que tienen la capacidad de afectar materialmente, teniendo en consideración los precios y la oferta, los términos de participación en los mercados relevantes, como resultado de controlar las instalaciones esenciales o hacer uso de su posición en el mercado”.

Así las cosas, en el marco regulatorio costarricense, para determinar si hay competencia efectiva debe necesariamente asociarse con la participación en el mercado de un operador o proveedor importante o grupo de estos, que posea poder sustancial de mercado o pueda ejercer dominancia conjunta⁸, lo que se puede llegar a determinarse, después del análisis respectivo.

Lo anterior es consistente con la interpretación del término competencia efectiva al que han arribado otros reguladores y autoridades de competencia a nivel internacional. Así, la Comisión Europea⁹ ha indicado en relación con la interpretación del término competencia efectiva lo siguiente: “*cuando no exista competencia efectiva, esto es, en los mercados en los que existan una o más empresas con un peso significativo*”. Asimismo, la Oficina de Telecomunicaciones del Reino Unido (OFTEL)¹⁰ ha indicado que: “... se debe presumir que

⁸ La Comisión Europea define en su “Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones” la dominancia conjunta como “*el caso de que más de una empresa comparta una posición dominante*”.

⁹ Comisión Europea. (2002). *Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 108/33.

¹⁰ Office of Telecommunications. (2002). *OfTel's market review guidelines: criteria for the assessment of significant market power*. Reino Unido.

un mercado es efectivamente competitivo donde ningún operador en ese mercado posee poder significativo de mercado (PSM)”.

Se observa así que, desde el punto de vista conceptual la existencia de competencia efectiva:

- a) Se encuentra directamente relacionada con el término operador o proveedor con poder sustancial en el mercado relevante o, lo que es lo mismo, operador o proveedor importante.
- b) Estará presente en casos en los cuales no exista un operador importante en el mercado.

En virtud de lo anterior, puede concluirse que para determinar la existencia o no de competencia efectiva es necesario determinar la existencia de operadores o proveedores con poder de mercado, tanto a nivel de dominancia individual como de dominancia conjunta. En igual sentido, para determinar si la concentración de espectro ha producido una afectación de la competencia efectiva, debe evaluarse si dicha concentración de espectro en uno o varios operadores ha llevado a que se desarrollen o consoliden situaciones de poder en un mercado en particular.

El poder de mercado es definido por la Comisión Europea¹¹ como *“la capacidad de una o varias empresas para, en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia.*

El artículo 15 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472, establece que para valorar si un agente tiene poder de mercado, se deben analizar los siguientes factores:

“Para determinar si un agente económico tiene un poder sustancial en el mercado relevante, debe considerarse:

- a) *Su participación en ese mercado y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.*
- b) *La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.*
- c) *La existencia y el poder de sus competidores.*
- d) *Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos.*

¹¹ Comisión Europea (2004). *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones de empresas.* Diario Oficial de la Unión Europea 2004/C 31/03.



e) *Su comportamiento reciente.*

f) *Los demás criterios análogos que se establezcan en el Reglamento de esta ley.*

Partiendo de lo anterior, y en concordancia con lo establecido por la SUTEL en la RCS-082-2015: “METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS DEL GRADO DE COMPETENCIA EFECTIVA EN LOS MERCADOS DE TELECOMUNICACIONES”, se establece que para determinar si un operador de red o proveedor de servicios de telecomunicaciones tiene poder significativo de mercado se deben valorar los siguientes elementos:

- i. Participación de los proveedores en el mercado: teniendo como referencia un 25% de cuota de mercado.
- ii. Barreras a la entrada: entre las que destacarían: la superioridad o ventajas tecnológicas que no sean fácilmente adquiribles, las economías de escala, la integración vertical del operador o proveedor, la red de distribución y ventas muy desarrollada, los costos de desarrollar canales alternativos o de acceso limitado, la exclusividad o dominio en una zona geográfica específica, el monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida para desarrollar canales alternativos, la necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, la inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos, los actos de autoridades estatales o municipales que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos operadores o proveedores.
- iii. La existencia y el poder de los competidores: en relación con la determinación de ausencia de competencia potencial.
- iv. Posibilidades de acceso a las fuentes de insumos: en relación también con el control de instalaciones esenciales e infraestructura esencial.
- v. Comportamiento reciente: particularmente en relación con el establecimiento de obstáculos a la expansión de las operaciones de otros operadores o proveedores y las restricciones constituidas por prácticas comunes de los operadores y proveedores ya establecidos en el mercado relevante. Además, al respecto resulta importante valorar la independencia de comportamiento respecto de sus competidores, como una señal de posición de dominio.

A partir del análisis integral de los elementos anteriores, si se llegara a concluir la existencia de un operador con poder significativo de mercado que afecte el nivel de competencia efectiva en el mercado, debe procederse con la aplicación de lo establecido en el artículo 21 inciso e) de la Ley 8642.

“ARTÍCULO 21.- *Reasignación de frecuencias*
Procede la reasignación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico cuando:
(...)
e) Exista una concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva.
(...)”

Es importante tener en cuenta que la propuesta de análisis de la SUTEL es consistente con los criterios manifestados por la Contraloría General de la República en sus informes DFOE-IFR-0378 del 23 de agosto de 2016 y DFOE-IFR-0342 del 17 de agosto de 2017, en particular este último indicó lo siguiente:

“...la reasignación de frecuencias implica necesariamente realizar dos análisis, el primero de ellos consiste en un estudio que permita determinar que se da concentración de espectro y en segundo lugar se debe determinar si esa concentración de espectro afecta la competencia efectiva del mercado en cuestión.

Para la determinación del primer supuesto (concentración de espectro), considera esta Área de Fiscalización que corresponde a la Sutel dicho análisis, independientemente del modelo de negocio desarrollado por el concesionario de radiodifusión, en virtud de que existe una concesión de un bien demanial sobre el cual la Sutel tiene competencias asignadas por Ley y cuenta con instrumentos técnicos y legales (tales como el Índice Herfindahl-Hirschman y el Registro Nacional de Telecomunicaciones) que le permiten realizar un análisis registral y la aplicación de determinadas metodologías de cálculo) a fin de determinar si se da una concentración de espectro.

Para el segundo supuesto (afectación a la competencia efectiva), la competencia de la Sutel, --de conformidad con la Resolución RCS-242-2016--, se circunscribe a la existencia de un mercado de telecomunicaciones, en el cual se da una explotación comercial de las redes de soporte a los servicios de radiodifusión.

En el caso de que se trate de mercados distintos (por ejemplo, el de publicidad en radio y televisiva, la producción y distribución de contenidos entre otros), dicho análisis de afectación de la competencia efectiva recae en la COPROCOM”.

4. SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LOS MERCADOS MAYORISTAS ASOCIADOS A RADIODIFUSIÓN SONORA Y TELEVISIVA DE ACCESO LIBRE

Es relación con lo anterior, es necesario indicar que, dadas las competencias de Ley de la SUTEL, el análisis al que se refiere la Contraloría General de la República en la disposición 5.4 del informe DFOE-IFR-IF-05-2013 procedería exclusivamente en relación con los servicios mayoristas que se presenten sobre las redes que sirven de soporte a los servicios de radiodifusión y televisión, sean **los mercados de transporte y difusión de señales de radio y televisión y en los plazos que se indican más adelante.**

4.1. Sobre la radiodifusión televisiva

Mediante acuerdo 020-068-2017 de la sesión ordinaria 068-2017, celebrada el 20 de setiembre de 2017, el Consejo de la SUTEL remitió a la Contraloría General de la República su informe 07744-SUTEL-DGC-2017, las razones técnicas y necesidad del encendido de la televisión digital, como condición para iniciar los análisis a los que se refiere la disposición 5.4 del informe DFOE-IFR-IF-05-2013. En dicho informe se expuso lo siguiente:

Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones



Zapote, 200 metros Noroeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA Apartado Postal:
5589.1000

Tel: 2539-2229 - 2539-2270 / Fax:2239-2280

“Sobre los mercados de redes de soporte de servicios de radiodifusión, es necesario aclarar que la existencia de dichos mercados se presenta cuando hay agentes económicos activos que adquieren y proveen dichos servicios. No obstante, en la actualidad debido a la conformación vertical de los actuales concesionarios de radio y televisión, el citado mercado de redes de soporte carece de agentes económicos y por tanto no existe como tal, pues los concesionarios abarcan tanto el transporte y difusión de sus contenidos como su generación.”

Por lo anterior ante la no existencia de un mercado activo como tal, el análisis de los posibles impactos de la eventual concentración de frecuencias sobre dichos mercados resulta irrelevante.

Por otra parte, es necesario señalar que con la concreción de la transición a televisión digital y según la regulación que el Poder Ejecutivo establezca, se espera que puedan surgir nuevos modelos de negocios y con esto la aparición de nuevos mercados de transporte o difusión de señales como soporte a los servicios de radiodifusión.

En el tanto se conformen dichos mercados, resultará relevante la competencia reconocida por esta Superintendencia mediante resolución RCS-242-2016, y para estos nuevos mercados procederá el análisis de los efectos de una eventual concentración de espectro”.

No obstante, la Contraloría General de la República en su informe DFOE-IFR-0342 indicó lo siguiente:

“...considera esta Área de Fiscalización que la justificación aportada por dicho órgano regulador no resulta de recibo; ello por cuanto:

- Una eventual variación en los mercados no obsta para que la Superintendencia determine eventuales concentraciones de espectro; más bien, considera esta Área de Fiscalización que el cumplimiento de las disposiciones 5.3 y 5.4 del Informe DFOE-IFR-05-2013, por el contrario, constituiría un insumo importante en el proceso de transición hacia la televisión digital, pues para los correspondientes trámites de adecuación de los títulos habilitantes de los concesionarios de radiodifusión se podrá tener certeza si el espectro que les ha sido asignado previamente conlleva algún grado de concentración, y complementariamente si puede generar alguna afectación en mercados actuales o futuros.

- No existe norma legal que faculte a la SUTEL a suspender la determinación de eventuales concentraciones de espectro que pudieran derivar en una eventual reasignación de frecuencias hasta tanto haya culminado el proceso de digitalización de la radiodifusión televisiva; por lo que tampoco resulta posible que el Órgano Contralor sujete el ejercicio de una obligación legal que le corresponde al órgano regulador a la fecha en que se realice el apagón analógico, conforme lo señalado en el último párrafo del artículo 21 de la Ley N°. 8642.

- La fecha establecida para el apagón analógico fue establecida desde el 27 de setiembre de 2011, es decir, no constituye un elemento nuevo, no previsto o incierto que varíe el fondo de la disposición en comentario, la cual fue dictada desde el año 2013”.

Sin perjuicio de lo indicado por la Contraloría General de la República, a criterio de la SUTEL existen razones técnicas que justifican que el análisis relativo a reasignaciones de espectro se lleve a cabo una vez que se produzca la transición a la televisión digital y no en la actual situación del mercado, pues como se indicó en el informe 07744-SUTEL-DGC-2017, **“el análisis de los posibles impactos de la eventual concentración de frecuencias sobre dichos mercados resulta irrelevante”.**

Por lo anterior, y siendo que la principal razón es, que en este momento **no existen mercados mayoristas de transmisión y difusión de señales de radio y televisión**, hasta tanto haya culminado el proceso de digitalización de la radiodifusión televisiva, el análisis que se pretende que lleve a cabo por parte de SUTEL, desde el ámbito de sus competencias, carecería de sentido, toda vez que aún a pesar de que se pudiera llegar a determinar que existe concentración de frecuencias, no es suficiente para llegar a determinar, si esta afecta o no, la competencia efectiva de los mercados de transmisión y difusión de señales de radio y televisión. Por lo que, en criterio de esta Superintendencia, el análisis que pueda hacer en esta materia resulte irrelevante para los propósitos a los que se refiere el artículo 21 inciso e) de la Ley 8642.

Ahora bien, cabe explicar la razón por la que actualmente no existen los mercados de transmisión y difusión de señales de radio y televisión. En la actualidad, los concesionarios de radio y televisión están integrados verticalmente, es decir, brindan de forma completa todo el servicio, desde el desarrollo y operación de la infraestructura, que comprende su red, hasta la difusión del contenido a su audiencia. Por lo tanto, los concesionarios en la actualidad no requieren acceder a las redes de radiodifusión de terceros operadores, lo que ha evitado el desarrollo de ese mercado.

La diferencia se produce con la implementación a nivel nacional de la televisión digital terrestre (TDT), pues esta abre la **posibilidad tecnológica** de que se generen canales de programación múltiple, permitiendo así la prestación mayorista de determinados servicios de radiodifusión y la innovación del desarrollo de **mercados mayoristas de transmisión y difusión de señales de radio y televisión**

En virtud de lo anterior, se fundamenta que a nivel técnico los análisis que debe llevar a cabo la SUTEL, de conformidad con sus competencias, y a los que se refiere la disposición 5.4 del Informe DFOE-IFR-05-2013 de la Contraloría General de la República sólo procederían después de que se haya dado el proceso de encendido de la televisión digital.

A continuación, se amplían en mayor detalle los motivos indicados de previo.

4.1.1. Sobre la forma de operar de los actuales concesionarios de televisión

Las redes de telecomunicaciones utilizadas por los concesionarios del servicio de radiodifusión de acceso libre se componen básicamente de dos secciones:

1. El equipamiento y punto de transmisión que utilizan la frecuencia principal otorgada en una banda específica atribuida en el PNAF vigente a los concesionarios de este servicio. Dichas frecuencias difusivas son de asignación exclusiva por región geográfica.
2. Las frecuencias accesorias, conocidas como frecuencias de enlace, que permiten al concesionario interconectar sus puntos de transmisión y sus

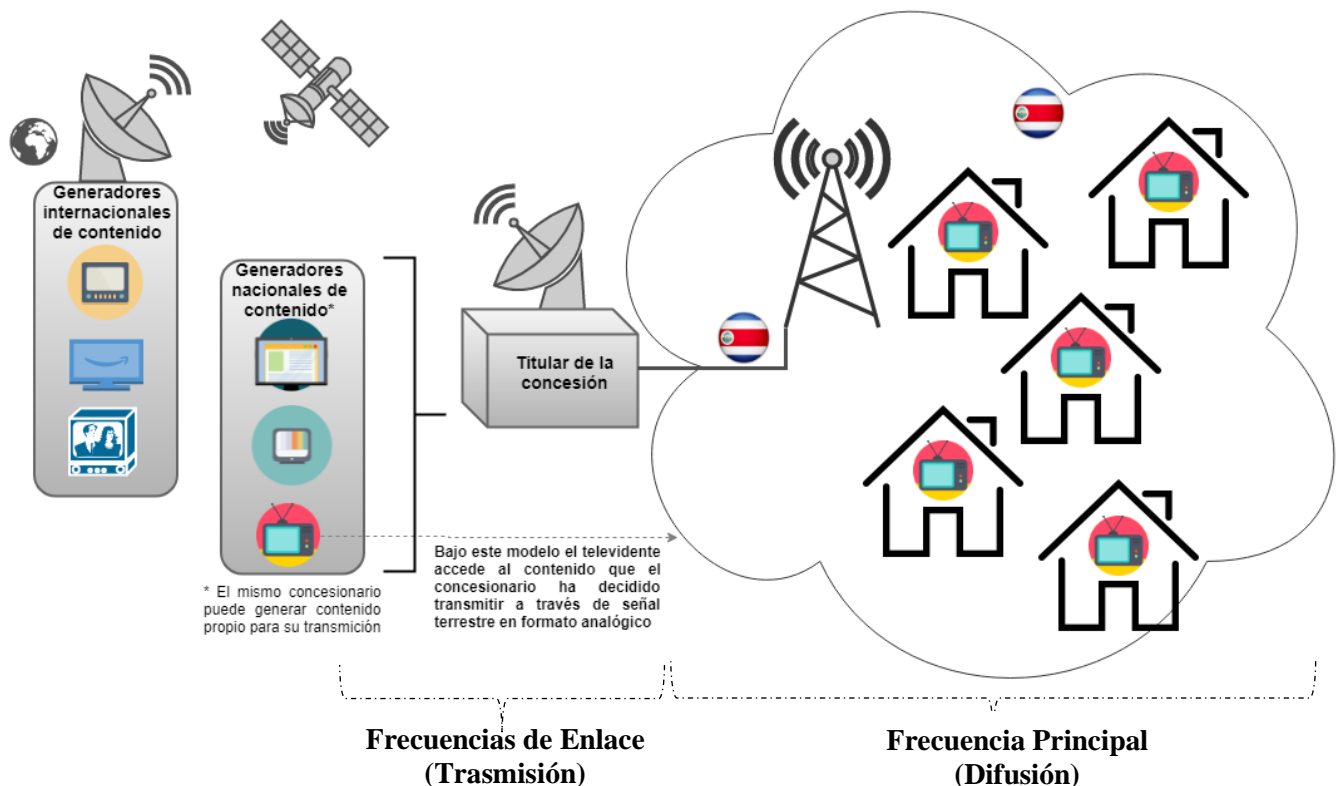
estudios, así como en los casos en que se haya requerido, subir el contenido del canal a un sistema satelital.

De manera adicional, un concesionario podría contar en su red con una frecuencia principal y una frecuencia de repetición para cubrir distintas regiones, extendiendo el contenido difundido por medio del canal principal.

En este sentido, en Costa Rica las concesiones de radiodifusión vigentes fueron otorgadas de forma tal que permitan a cada concesionario desplegar su red y brindar a través de esta su propio contenido.

Así las cosas, cada concesionario cuenta con el recurso necesario para operar de forma independiente, sea sin recursos de acceso a redes de terceros, lo cual logra a través de sus frecuencias principales y sus frecuencias de enlace, y en aquellos casos que así se requiera a través de canales repetidores, todos los cuales se integran y forman una única red que le permite al concesionario brindar su propio contenido. Lo anterior se puede ver en la siguiente figura.

Figura 2. Funcionamiento de las redes de los actuales concesionarios de televisión analógica.



Fuente: Elaboración propia.

Lo anterior permite concluir que, dado que el Poder Ejecutivo ha otorgado a un mismo concesionario el recurso requerido para desplegar su red completa, no se ha requerido hasta la fecha que se desarrollen en el país servicios mayoristas que le permitan a un determinado operador alquilar recursos de transporte y/o difusión a terceros operadores.

Es decir, actualmente en el país los servicios de transporte y difusión los provee el mismo concesionario en conjunto con la difusión del contenido a su audiencia, sea cada operador se encuentra integrado verticalmente.

La Procuraduría General de la República en su Dictamen C-105-2016 reconoce que si bien este tipo de servicios no existen actualmente podrían darse cuando ocurra la transición a la radiodifusión digital:

“...con la digitalización de las señales esta frontera entre el audiovisual y las telecomunicaciones se ha difuminado ostensiblemente, pues todo contenido – datos, imágenes y sonido – se ve reducido al mismo lenguaje numérico, de forma que la señal puede ser transmitida a través de cualquier tipo de red. He aquí el único aspecto que sea conveniente aclarar de la parte considerativa – no de sus conclusiones – del dictamen C-089-2010 cuando indica que “no puede dejarse de lado que en tratándose de la radiodifusión de acceso directo no existe una disociación entre operador de la red y quien presta el servicio”; pues, podría entenderse como un planteamiento muy cerrado. De tal suerte, que si bien en este momento esa podría ser la realidad del paisaje radiofónico y televisivo, según lo explicamos líneas atrás, habría que aclarar que no se descarta que esas mismas redes puedan quedar habilitadas para que terceros soliciten acceso para prestar sus propios servicios de radiodifusión y televisión y el titular se convierta en un mero gestor de la red” (lo destacado es intencional).

Es en virtud de lo anterior, resulta irrazonable hacer un análisis de los servicios mayoristas de transmisión y/o difusión de señales de televisión en la actual situación en la que se encuentra el mercado y dada la inexistencia de estos servicios en el país.

4.1.2. Sobre el proceso de transición a la televisión digital

El proceso de transición hacia la televisión digital se refiere a la planificación programada del cese de las emisiones analógicas de televisión sustituidas por emisiones digitales.

Inicialmente se estableció el 15 de diciembre de 2017, como fecha para el apagón analógico¹², según Decreto Ejecutivo N° 36774-MINAET, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 185 de fecha 27 de setiembre de 2011, posteriormente se sustituyó dicha fecha para que tenga lugar el 14 de agosto de 2019, según Decreto Ejecutivo N° 0812-MICITT, publicado en el Alcance N°312 a La Gaceta del 22 de diciembre del 2017.

La finalidad de la digitalización del servicio de radiodifusión por televisión, según lo dispuesto en el artículo 5 del *"Reglamento para la transición a la Televisión Digital Terrestre en Costa Rica"*, es la de:

¹² Cese de las transmisiones analógicas de los servicios de radiodifusión por televisión.



“1. Procurar a los televidentes el acceso a una mayor variedad y calidad de contenidos en los campos de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, elevando la calidad de vida de la población.

2. Posibilitar la provisión de nuevos servicios que aporten el máximo beneficio para el país, en concordancia con las normas y recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), y de las pautas que fijen las instancias internacionales para el aprovechamiento de las tecnologías digitales.

3. Optimizar la eficiencia en la gestión y el uso del espectro radioeléctrico mediante la utilización de las tecnologías disponibles, a fin de asegurar la mayor disponibilidad de frecuencias y su uso más eficiente.

4. Brindar una mejor calidad de audio y video al momento de la recepción en beneficio del usuario, además de un mayor número de programas simultáneos incentivando la producción nacional y logrando también un mayor aprovechamiento del espectro radioeléctrico” (lo destacado es intencional).

El Modelo de Referencia Televisión Digital Costa Rica, publicado por el Poder Ejecutivo en febrero de 2016, estableció que la multiprogramación es una de las ventajas del proceso de digitalización, en particular se indicó lo siguiente:

“Una de las ventajas que ofrece el estándar ISDB-Tb, al utilizar el ancho de banda de 6 MHz, es que permite diferentes escenarios para transmitir varias programaciones simultáneamente; por ejemplo, cuatro programas simultáneos en definición estándar (SDTV), o hasta dos programas simultáneos en alta definición (HDTV), o una programación en HDTV y dos en SDTV de manera simultánea⁶. Es importante considerar que en cada una de estas combinaciones en los respectivos 6 MHz de ancho de banda se contempla una programación para movilidad (one-seg), donde el estándar permite que la señal sea recibida en dispositivos portátiles. La cantidad de canales SDTV y canales HDTV que se transmiten en un ancho de banda de 6 MHz, depende directamente de parámetros técnicos de transmisión que sean utilizados por los concesionarios”.

Lo anterior evidencia que con la transición hacia la televisión digital terrestre se da la posibilidad tecnológica de mayor aprovechamiento de canales mediante la multiprogramación, permitiendo así a los concesionarios la prestación de otros servicios, en particular de servicios mayoristas, y la explotación comercial de sus redes.

Así a partir del surgimiento de la figura del “operador lógico” o “programador” en el servicio de televisión digital se derivarían nuevas relaciones entre operadores y surgirían una serie de servicios que no se prestan hoy en día. Esta situación ha sido reconocida por la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-110-2016 donde indicó lo siguiente:

“En principio, el proveedor del servicio de radiodifusión es el mismo concesionario. No obstante, la televisión digital abre la posibilidad de que el servicio de radiodifusión sea prestado no solo por el concesionario sino por un operador lógico o programador. Por tanto, la frecuencia debe ser concesionada en su unidad, sin posibilidad de que sea adjudicada en forma fragmentada. De modo que el operador de canal lógico no puede ser adjudicatario de la frecuencia. Como consecuencia de lo cual, debe determinarse el fundamento de la prestación de una servicio de radiodifusión por medio del canal lógico” (lo destacado es intencional).

Asimismo, en su Dictamen C-110-2016 la Procuraduría General de la República concluyó, en lo que nos interesa, lo siguiente:

“7-. La televisión digital abre la posibilidad de transmitir más de una señal televisiva por un mismo canal. Lo que permite considerar en una banda de frecuencia múltiples subcanales, con transmisión de diversa información para dispositivos fijos, móviles, audio y otros datos, permitiendo un uso más eficiente del espectro radioeléctrico.

8-. Esa multiplexación lleva a diferenciar el rol de operador de red, la construcción y administración de red y el operador del canal lógico o programador.

9-. Si bien el operador es responsable de la construcción y operación de la red de radiodifusión, puede encargar dicha construcción a un tercero, sin que para ello necesite autorización administrativa.

10-. El operador lógico o programador debe contar con un título habilitante. Dado que este canal opera en una red que ha sido concesionada, esa habilitación debe provenir de una autorización, emitida por la Superintendencia de Telecomunicaciones. Acto que permitirá la imposición de obligaciones al proveedor del canal lógico y facilitará el control por la Superintendencia”.

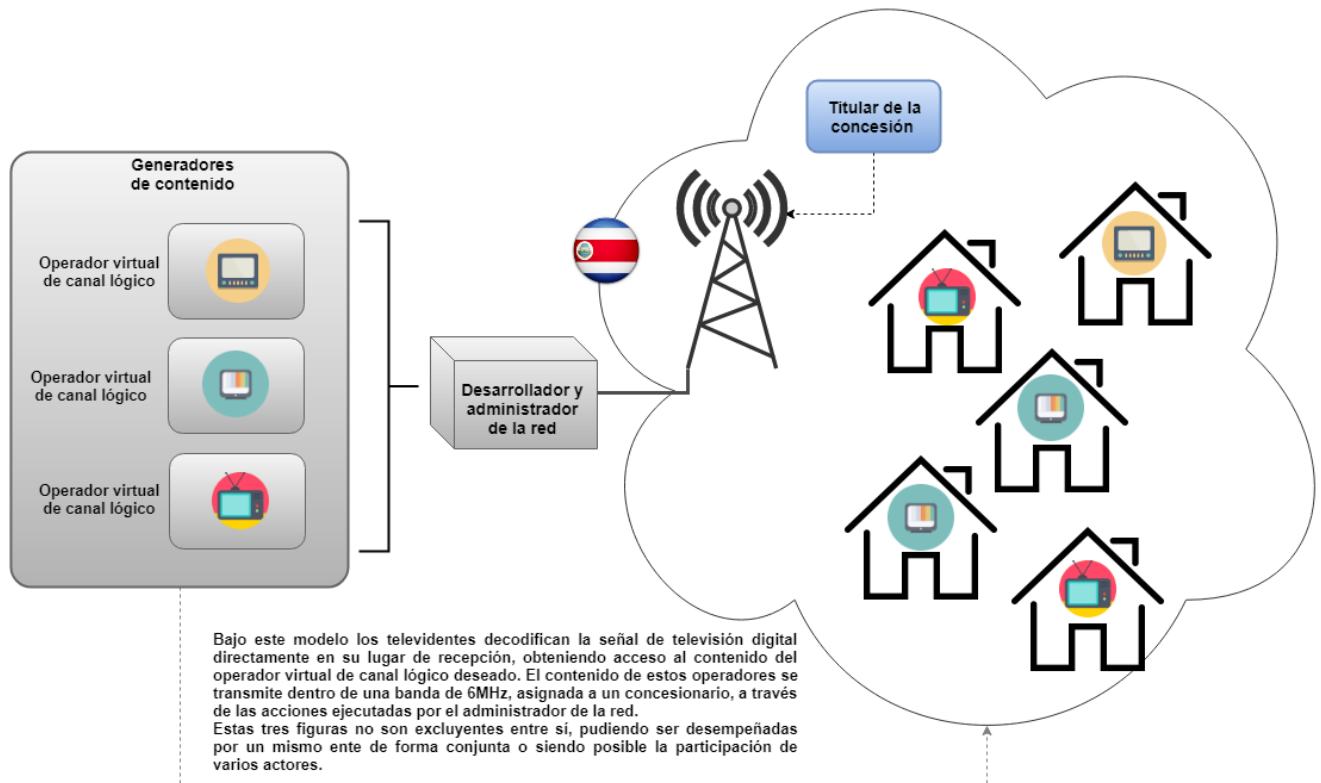
La figura de la multiplexación en materia de televisión digital configuraría mediante un modelo tripartito compuesto por:

- El concesionario de la frecuencia o canal físico que es, en principio, el operador de la red.
- Los operadores de canales lógicos o programadores, se refiere a un tercero que no es concesionario.
- Los desarrolladores o administradores de la red, que en el caso de costarricense podría converger en la figura del concesionario.

En la siguiente figura se muestra la forma en la que podrían operar las redes de radiodifusión televisiva una vez que ocurra el proceso de digitalización.



Figura 3. Funcionamiento de las redes de televisión con el proceso de digitalización.



Fuente: Elaboración propia.

Es por ello, que el paso a la tecnología digital permitirá un uso eficiente del espectro radioeléctrico, permitiendo a los concesionarios de uno o varios canales físicos asumir el rol de operador multiplex que le prestaría servicios a los canales lógicos, a la fecha no se han desarrollado las relaciones jurídicas ni los negocios que generen este tipo de servicios adicionales.

Es ese sentido se reitera que lo adecuado desde el punto de vista técnico es llevar a cabo los análisis solicitados por la Contraloría General de la República en la disposición 5.4 del Informe DFOE-IFR-05-2013, una vez que se haya dado el proceso de transición a la televisión digital, que sería el momento a partir del cual se podrían desarrollar los servicios mayoristas de transmisión y/o difusión de señales de radio y televisión.

4.2. Sobre la radiodifusión sonora

En su nota DFOE-IFR-0342 la Contraloría General de la República indica que “El cumplimiento de la disposición 5.4 (incluida la 5.3) del informe DFOE-IFR-IF-05-2013 requiere la revisión de las concesiones otorgadas no sólo de radiodifusión televisiva sino también de aquellas concesiones otorgadas de radiodifusión sonora, por lo que la

pretensión de la Sutel, sustentada, únicamente en el proceso de digitalización televisiva no resulta del todo aplicable”.

Sobre la materia de radiodifusión sonora es necesario tener presente que, al igual que en el caso del servicio de radiodifusión televisiva, las redes de telecomunicaciones utilizadas por los concesionarios de este servicio fueron otorgadas de forma tal que permitan a cada concesionario desplegar su red y brindar a través de esta su propio contenido. Así las cosas, cada concesionario cuenta con los recursos necesarios para operar de forma independiente, sea sin recursos de acceso a redes de terceros.

En virtud de lo anterior, no se han desarrollado a la fecha en el país servicios mayoristas de transporte y/o difusión sobre las redes que sirven de soporte a los servicios de radiodifusión sonora, de tal forma que actualmente en el país los servicios de transporte y difusión para radiodifusión sonora se dan en auto-prestación, sea cada operador empleando sus propias redes de soporte.

Por lo cual, se estima que tampoco para el caso de la radiodifusión sonora de acceso libre resulta razonable hacer un análisis de los servicios mayoristas de transmisión y/o difusión de señales en la actual situación en la que se encuentra el mercado y dada la inexistencia de estos servicios en el país.

En virtud de lo anterior y dado que SUTEL sólo posee competencia para analizar los servicios mayoristas que se prestan sobre las redes de radiodifusión sonora, se considera que, para llevar a cabo los estudios de concentración con un adecuado enfoque técnico, es necesario esperar que las redes de radio estén tecnológicamente habilitadas para prestar servicios mayoristas.

5. SOBRE EL PLAN DE ACCIÓN SOLICITADO

Sobre el plan de acción solicitado se presenta una propuesta de la SUTEL para la atención de la disposición 5.4 del informe IFR-IF-05-2013.

Es importante tener presente que la propuesta tiene como hitos de inicio el apagón analógico, en el caso del servicio de radiodifusión televisiva¹³, y el inicio de la digitalización de la radio, en el caso del servicio de radiodifusión sonora.

Figura 4. Propuesta Plan de Acción Cumplimiento Disposición 5.4 Informe Contraloría General de la República IFR-IF-05-2013.

¹³ En caso de que la fecha del apagón analógico sea postergada, se deberá ajustar también la fecha de inicio del cronograma propuesto por la SUTEL para llevar a cabo los estudios del servicio de radiodifusión televisiva.



Nombre de tarea	Duración	Comienzo	Fin
Plan de Acción Cumplimiento Disposición 5.4 Informe CGR de IFR-IF-05-2013	840 días	mié 14/8/19	mar 1/11/22
Apagón analógico Decreto N° 40812-MICITT	0 días	mié 14/8/19	mié 14/8/19
Consulta Pública Métricas Análisis	300 días	mié 14/8/19	mar 6/10/20
Estudio para analizar las métricas aplicables para realizar el estudio de la eventual concentración de espectro que afecte la competencia efectiva de los mercados mayoristas de transporte	90 días	mié 14/8/19	mar 17/12/19
Propuesta de resolución para el establecimiento de las métricas aplicables para el análisis de la eventual concentración de espectro que afecte la competencia efectiva del mercado mayorista de transporte en radiodifusión	30 días	mié 18/12/19	mar 28/1/20
Proceso de consulta pública sobre las métricas aplicables para el análisis de una eventual concentración de espectro que afecte la competencia efectiva de los mercados mayoristas de transporte en radiodifusión	120 días	mié 29/1/20	mar 14/7/20
Análisis de posiciones al proceso de consulta pública	30 días	mié 15/7/20	mar 25/8/20
Publicación en La Gaceta de la resolución final con las métricas	30 días	mié 26/8/20	mar 6/10/20
Mercados Radiodifusión Televisiva	270 días	mié 7/10/20	mar 19/10/21
Análisis sobre los mercados mayoristas de transporte para radiodifusión televisiva	180 días	mié 7/10/20	mar 15/6/21
Generación de dictámenes técnicos al Poder Ejecutivo con la determinación de posibles casos de concentración de espectro que afecte la competencia en el mercado mayorista de transporte en radiodifusión televisiva	90 días	mié 16/6/21	mar 19/10/21
Digitalización redes de radiodifusión sonora	0 días		
Mercados Radiodifusión Sonora	270 días		
Análisis sobre los mercados mayoristas de transporte para radiodifusión sonora	180 días		
Generación de dictámenes técnicos al Poder Ejecutivo con la determinación de posibles casos de concentración de espectro que afecte la competencia en el mercado mayorista de transporte en radiodifusión sonora	90 días		

Fuente: Elaboración propia.

5.1. Etapas del Plan de Acción Propuesto.

5.1.1. Consulta Pública.

El cronograma propuesto parte de un proceso de consulta pública de las métricas que serán empleadas por la SUTEL en sus análisis, el cual buscaría hacer de conocimiento de los distintos agentes del mercado la naturaleza del análisis y los indicadores que emplearía la SUTEL, garantizando de este modo el cumplimiento del principio de transparencia contenido en el artículo 3 inciso d) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642.

El proceso de consulta pública requiere que se lleven a cabo las siguientes acciones:

- Informe final que será sometido a consulta pública, este informe debe ser conocido y aprobado por el Consejo de la SUTEL, en este informe se incluye el planteamiento de análisis de la SUTEL, conforme la propuesta contenida en el presente oficio.
- Proceso de consulta pública en los términos de lo definido en el artículo 361 de la Ley N° 6227, lo cual incluye no sólo la consulta formal sino también la atención de las observaciones recibidas como parte de la consulta.



- Publicación de la resolución final, la cual surge a partir del proceso de consulta pública, esta resolución al ser un acto de alcance general debe ser publicada en La Gaceta.

A criterio de la SUTEL, el proceso de consulta pública surge de la necesidad de garantizar seguridad jurídica y publicidad de una resolución de aplicación general para este subsector de las telecomunicaciones. Adicionalmente, los agentes del mercado de acuerdo con las mejores prácticas internacionales, estarían conociendo de manera objetiva, estructurada y transparente, la metodología de análisis a aplicar por esta Superintendencia para los análisis de los servicios de radiodifusión televisiva, así como los de radiodifusión sonora, ambos servicios de acceso libre.

5.1.2. Análisis Servicios de Radiodifusión Televisiva.

En el caso de los servicios de radiodifusión televisiva, y una vez finalizado el proceso de consulta pública de las métricas de análisis, la SUTEL debe llevar a cabo las siguientes acciones:

- Análisis sobre los mercados mayoristas de transporte para radiodifusión televisiva: en esta etapa se aplica la metodología sometida a consulta pública para determinar si existe concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva. SUTEL estima que esta etapa de análisis tardaría 180 días.
- Generación de dictámenes técnicos al Poder Ejecutivo: en esta etapa la SUTEL elaboraría y remitiría los dictámenes técnicos con la determinación de posibles casos de concentración de espectro que afecte la competencia en el mercado mayorista de transporte en radiodifusión televisiva. Se estima que esta etapa tomaría 90 días.

5.1.3. Análisis Servicios Radiodifusión Sonora.

En el caso de los servicios de radiodifusión sonora los tiempos de análisis y elaboración de dictámenes al Poder Ejecutivo que requeriría la SUTEL son los mismos que los planteados en el punto anterior, con la única diferencia que darían inicio una vez que las redes de radiodifusión sonora estén tecnológicamente habilitadas para prestar servicios mayoristas de transporte y difusión de señales.

Así, las etapas de análisis son las siguientes:

- Análisis sobre los mercados mayoristas de transporte para radiodifusión sonora: en esta etapa se aplica la metodología sometida a consulta pública para determinar si existe concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva. SUTEL estima que esta etapa de análisis tardaría 180 días.



- Generación de dictámenes técnicos al Poder Ejecutivo: en esta etapa la SUTEL elaboraría y remitiría los dictámenes técnicos con la determinación de posibles casos de concentración de espectro que afecte la competencia en el mercado mayorista de transporte en radiodifusión sonora. Se estima que esta etapa tomaría 90 días.

B. Sobre el cumplimiento de la disposición 5.4 del informe N° DFOE-IFR-IF-5-2013 por parte del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones

Seguidamente se detalla el cronograma solicitado para afectos del trámite de los casos en que se incurra en concentración de espectro radioeléctrico que afecte la competencia efectiva, de acuerdo a las competencias del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones.

Es relevante aclarar que la propuesta de trabajo que se detalla abajo, se diseñó basándose en supuestos, que en el caso de no cumplirse, pueden eventualmente implicar una modificación en la programación que se detalla. Particularmente, debe considerarse que la presente Administración definió como prioridad a nivel operativo y estratégico llevar a cabo el proceso que corresponda para los casos en que se incurra en concentración de espectro radioeléctrico que afecte la competencia efectiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 inciso e) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT).

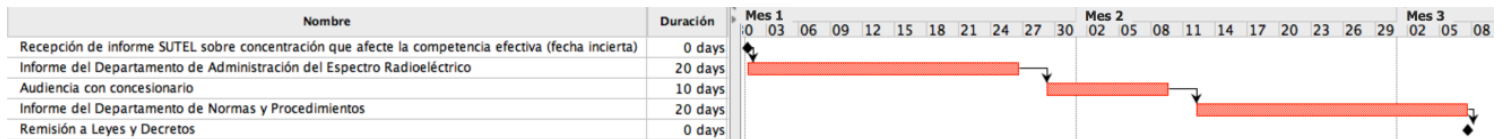
Supuestos para la resolución de casos en que se incurra en concentración de espectro radioeléctrico que afecte la competencia efectiva para los servicios de radiodifusión televisiva:

- a. El cronograma que se presenta es aplicable por cada caso que se reciba que cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 21 inciso e) de la LGT, de forma individual.
- b. La fecha de inicio de cada trámite va a depender de la recepción del criterio de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) que señale la existencia de la condición de concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva y sus consecuencias a tenor de lo establecido en el artículo 21 de la LGT.
- c. La propuesta de plazos está limitada a un máximo de 3 casos en trámite paralelo dentro del Viceministerio de Telecomunicaciones de forma simultánea; por lo que, de existir más casos que se reciban por parte de la SUTEL con esta condición en algún momento determinado del tiempo, debe considerarse un trámite en serie (es decir, se iniciaría el cuarto caso a partir de la conclusión del trámite del primero, y así sucesivamente).
- d. Se asume que el informe de la SUTEL que señala la existencia de las condiciones del artículo 21 de la LGT, contendrá todos los elementos técnicos y jurídicos requeridos para que el Poder Ejecutivo pueda resolver. Esto incluye pero no se limita a: conclusión expresa de la existencia de una concentración de espectro que afecte la competencia efectiva,



- recomendación para la reasignación de frecuencias y modificación propuesta al título habilitante (tomando en cuenta los derechos de los titulares y la continuidad en la operación de redes o la prestación de los servicios), entre otros.
- e. Esta propuesta no contempla posibles retrasos en el cronograma planteado a partir de información incompleta, posibles reconsideraciones que se solicite a la SUTEL, aclaraciones que deban solicitarse al administrado o al Órgano técnico, retrasos planteados a partir de hechos ajenos al Viceministerio de Telecomunicaciones, solicitud de prórroga para la audiencia por parte del administrado, entre otros.
 - f. Es importante recordar que el Poder Ejecutivo hablando en sentido estricto, no cuenta con un plazo máximo definido para firmar el Acuerdo Ejecutivo que corresponda, a partir del criterio técnico emitido por el Viceministerio de Telecomunicaciones. Por lo anterior, la propuesta siguiente contempla únicamente las etapas del proceso desde la recepción del criterio respectivo por parte de la SUTEL, hasta la remisión de la propuesta del acto administrativo correspondiente a Leyes y Decretos de Casa Presidencial.

El resumen gráfico del cronograma planteado por parte del Ministerio es el siguiente:



Sin otro particular, suscribimos cordialmente:

Carolina Vásquez Soto
Ministra de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones

Hannia Vega Barrantes
Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones

Expediente: FOR-EXT-CGR-DFOE-05-01246-2013

