

NUEVO SERVICIO PÚBLICO, CONSTITUCION y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPUBLICA DOMINICANA, CENTROAMERICA Y LOS ESTADOS UNIDOS: EL CASO DE LAS TELECOMUNICACIONES

María Lourdes Echandi Gurdíán¹

SUMARIO

Introducción I. Apertura a la competencia y la nueva regulación A.El nuevo servicio público en el entorno mundial B.El nuevo servicio público en la Constitución Política de Costa Rica y en el TLC II. El Principio de la separación o disociación de actividades en el nuevo servicio público A. Separación de las actividades 1. Separación contable 2. Separación funcional o por gestión 3. Separación jurídica o estructural y material 4.Separación accionarial B. Separación en actividades competitivas y no competitivas 1. Actividades competitivas a. Libertad de entrada b. Libertad de acceso a las redes y a las infraestructuras esenciales c. Libertad de contratación y libertad de precios d. Libertad de inversión 2. Actividades no competitivas a. Redes e infraestructuras esenciales b. Servicio universal C. Separación de actividades entre operador y regulador 1. Autoridad Reguladora 2 . Operadores. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Tradicionalmente, el servicio público, como noción jurídica, ha sido objeto de innumerables intentos de definición. Modernamente, como resultado de las tendencias liberalizadoras de múltiples sectores de la economía, se ha retomado esa temática. Se habla ahora del *“nuevo servicio público”*, noción ajustada a una postura menos activa del Estado en su prestación y más en su papel del regulador y promotor de la libre competencia.

A propósito de esa situación, se ha creído de interés evaluar el aporte del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (en adelante “TLC”) en la transformación del modelo de servicio público hasta hace poco imperante en Costa Rica, más cercano a la tesis tradicional de origen francés.

Por ello, en adelante se expondrán las características más relevantes del *“nuevo servicio público en competencia”*, en la doctrina y en la Constitución Política costarricense, para luego evaluar si los acuerdos alcanzados en el marco del TLC en materia de telecomunicaciones, reflejan esas recientes tendencias.

I. Apertura a la Competencia y la nueva regulación

¹ Abogada consultora en Derecho Público. Socia fundadora de la firma Consultores en Derecho Público, S.A. Posee un Doctorado Académico en Derecho, del Programa Latinoamericano en Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología en convenio con la Universidad Complutense de Madrid. Además, es doctoranda del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de esta última universidad.

La doctrina del derecho administrativo ha venido refiriéndose a una crisis del servicio público, con lo cual se ha querido aludir, al proceso de transformación que se está produciendo en las bases mismas de esa noción jurídica. Por ello, es preciso hacer un breve repaso de lo que en el entorno mundial se ha denominado el nuevo servicio público (A).

En el tema de las telecomunicaciones, el TLC no solo representa un compromiso para promover una apertura gradual de ese mercado en algunos de los servicios que se prestan en ese campo, sino que además, incluye las grandes líneas del régimen bajo el cual deberán desenvolverse los actores de ese nuevo mercado. Esto hace de interés, revisar los términos del acuerdo en ese campo, para así medir el grado de ajuste a esa nueva línea de pensamiento, en el modelo del servicio público contenido en la Constitución Política de Costa Rica y en el propio TLC (B)

A.-El nuevo servicio público en el entorno mundial

La apertura del mercado de servicios públicos, está sustentada en los perfiles que modernamente han sido acogidos en los modelos anglosajones de las *public utilities* y por esa vía, en el régimen de servicio público promovido por la Unión Europea ².

Por ello se habla hoy día, del servicio público en competencia, con lo cual se alude a un modelo abierto, en el cual se promueve el ejercicio de la libertad de entrada, la libertad de inversión, la libertad de precios –allí donde pueda existir competencia-, aunque con determinadas obligaciones o cargas en aquéllas áreas no competitivas, como lo es el servicio universal³.

Esta nueva concepción trata de conciliar dos aspectos: por un lado, la instauración de “un sistema más eficaz y competitivo”⁴ y por otro, la garantía de “un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho”, de modo que en el modelo europeo se afirme que “el principio comunitario de libre competencia debe ser conciliado con el objetivo de desarrollo de las tareas del servicio público.”⁵

La apertura a la competencia de las actividades de servicio público, no ha implicado, como podría pensarse, un acelerado proceso de desregulación o eliminación de la normativa que, en el clásico servicio público, han tenido la finalidad de sustituir al mercado. Lo que si ha ocasionado este proceso de apertura, es una proceso de re-

² Véase Sendín García, M.A. (2003) Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos, Granada : Editorial Comares, p.XVII. Sendín García, M.A. (2003) Regulación y servicios públicos, (2003) Granada: Editorial Comares, p.17 y ss. Ariño Ortiz, G. (2004). La Liberalización de los Servicios Públicos. Hacia un nuevo modelo de regulación para la Competencia. Costa Rica: Academia de Centroamérica. Ordenamiento Jurídico y Libertades Económicas, p. 476.

³ En igual sentido véase: Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). La Competencia en Sectores Regulados. Granada: Editorial Comares, p. 13. Ariño Ortiz, G. (1999). El Nuevo Servicio Público. Granada: Editorial Comares, en Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica, p.560 y ss.

⁴ Sendín García, M.A. (2003) Regulación y servicios públicos. (op cit.), p. XIX.

⁵ Allemand, R. (2004). L' Intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications. Paris : Dalloz, L'Actualité Juridique Droit Administratif, Hebdomadaire, 1 novembre, No. 37, p.2029.

regulación, de tal manera que la normativa en que se refleja, procura introducir y promover la competencia en las actividades que lo permitan⁶.

Tal proceso de promoción de la competencia, tiene como norte, el aumento en el nivel de satisfacción del usuario. Se afirma que *“la meta última de la liberalización es dejar jugar plenamente la competencia para mejorar el bienestar general y claramente el excedente del consumidor”*.⁷

La introducción de la competencia en los servicios públicos *“lo que pretende es precisamente mejorar la eficiencia del sistema en beneficio de todos, y especialmente de los consumidores.”*⁸

En ese proceso de re-regulación, existen dos aspectos de vital importancia. El primero se refiere a la introducción de reglas claras y precisas, tanto en lo que respecta a las actividades competitivas, como en las no competitivas. Ejemplo de estas últimas, como se verá, son la infraestructura de uso común, las redes y el servicio universal⁹.

El segundo aspecto al cual se ha dado especial importancia en el proceso de re-regulación, se refiere al papel del Estado en este nuevo modelo.¹⁰ Se dice al respecto que *“la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mercados para garantizar su funcionamiento conforme al principio de libre competencia e incluso, ahí donde la tendencia natural es el monopolio u oligopolio, para crear las condiciones de un auténtico mercado en concurrencia.”*¹¹

De esta forma, lejos de desaparecer, la actividad del Estado se transforma, de modo que de ser el prestatario, en algunos casos, monopólico del servicio, pasa a ser un actor imparcial con varias tareas a su cargo: promover la libre competencia en los sectores en que ésta puede darse y servir de árbitro en el juego de intereses que se genera entre usuarios, prestatarios, etc.

Todo ello exige la aprobación legislativa de las leyes denominadas *“normas de organización y procedimiento”*¹² idóneas y necesarias para hacer posible, en este caso, la libertad de elección del usuario, el servicio universal, la libertad de competir de los operadores de los servicios de telecomunicaciones y el principio de libre competencia.

⁶ En ese sentido véase: Sendín García, M.A.(2003). Regulación y servicios públicos. (op cit.), p.11 y ss. Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op. cit., p.8 y ss.

⁷ Du Marais, B (2004). Droit Public de la Régulation Economique. Paris : Presses de Sciences po et Dalloz, p. 530. Traducción libre.

⁸ Caballero Sánchez, R. (2003). Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, p. 353 y 354.

⁹ En ese sentido véase: Ariño Ortiz, G. (2004). op cit. p. 486. Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.27 y ss. . Ariño Ortiz, G. (1999). op. cit, p.568. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). El Nuevo Servicio Público. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., p.30.

¹⁰ El Estado por medio de la nueva regulación promueve la competencia, mecanismo autorregulador del sistema económico.

¹¹ Desdentado Daroca, E. (1999). La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huída de la regulación pública y Administraciones independientes. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 188.

¹² Hesse, K. (1996). Significado de los Derechos Fundamentales. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., traducción de Antonio López Pina, en Manual de Derecho Constitucional, p.101 y ss.

B.- El nuevo servicio público, la Constitución Política y el TLC

Los servicios inalámbricos, son servicios a los cuales se les ha dado relevancia constitucional. En estos están contemplados los servicios de telecomunicaciones.

En ese sentido dispone la Constitución:

*“Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, **corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:***

(...)14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

a) (...)

b) (...)

c) **Los servicios inalámbricos;**

*Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores **sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial** otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.*

(...).”

Como se ve, los servicios inalámbricos no podrán salir, definitivamente, del dominio del Estado, si bien se admite la posibilidad de su explotación, ya sea por la Administración Pública, o bien por los particulares, para lo cual se ofrecen dos distintas modalidades de habilitación: mediante concesión especial por tiempo limitado o según lo dispuesto por una ley marco que contenga las normas de organización, procedimiento y competencia necesarias para atribuir a un determinado sujeto, la capacidad jurídica de prestar tales servicios.

En ese sentido, en consulta legislativa facultativa en torno al Proyecto de Ley de Hidrocarburos, expediente legislativo No.9573, la Sala Constitucional resolvió:

“III.- Así pues, una de las formas allí establecidas, obviamente previendo lo difícil y complicado que puede resultar el tener que acudir a la Asamblea Legislativa para la aprobación de cada contrato de concesión individual, es la de una ley general regulatoria del proceso de contratación, comúnmente conocida como "ley marco". En este caso, la Asamblea Legislativa inviste en la Administración Pública la potestad de otorgar concesiones específicas, competencia que, claro está, no comprende la de sustituir del todo la función de la primera, como se dirá adelante”¹³

Desde la perspectiva constitucional, sin embargo, es preciso incluir una nueva variante de especial interés en el marco del nuevo servicio público. Se trata de la reforma constitucional operada mediante ley No.7607 de 29 de mayo de 1996, que introdujo un

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6240-93 de las 14 horas del 26 de noviembre de 1993.

quinto párrafo al artículo 46 constitucional que establece una serie de garantías al consumidor y al usuario¹⁴.

Si bien esos derechos constitucionales han sido examinados en otro artículo incluido en esta misma publicación, resulta relevante hacer notar que el Constituyente derivado incorporó, mediante la serie de garantías que contiene ese quinto párrafo del artículo 46, un marco idóneo para acoger el concepto del nuevo servicio público.

Como cabe destacar, la norma constitucional alude no sólo al consumidor –sujeto que interviene en el marco de relaciones de consumo de bienes y servicios en el mercado-, sino además, al usuario –sujeto que interviene en la relación de consumo de servicios públicos-. De esta forma, las garantías contenidas en la norma que se comenta, alcanzan no sólo las relaciones de consumo sujetas al derecho privado, sino también, las relaciones de servicios público, regidas por el derecho público.

La doctrina argentina alude a tales garantías, como los “*nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva*”¹⁵.

Se dice al respecto, que estas garantías de incidencia colectiva, incluyen los derechos “**f) a la protección de los intereses económicos de los usuarios** (art. 42), **g) a la libertad de elección** (art. 42) o sea, que no haya monopolios sino los “naturales” o “legales”; **en consecuencia, el derecho “a la defensa de la competencia”** (ídem, segundo párrafo, y 43 segundo párrafo), **o sea, a tener por principio y con apoyo del ordenamiento y los órganos del Estado, un sistema de libre competencia en la provisión de bienes y servicios**”¹⁶.

Como es lógico, sigue señalando la doctrina, para admitir “*tal tipo de derechos sustantivos importa, por un mínimo de congruencia interpretativa, reconocer también legitimación judicial para su defensa y ejercicio. No puede sostenerse racionalmente que exista derecho pero no exista acción*”.¹⁷

De ahí que sea importante advertir que en el ordenamiento jurídico costarricense, **la defensa de la competencia** puede ser considerada como un **interés difuso**¹⁸, capaz de ser alegado de forma directa en la jurisdicción constitucional al igual que ha sido admitida la legitimación en la defensa del medio ambiente, de la materia electoral, del

¹⁴ “Artículo 46.-(...)”

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.”

¹⁵ Gordillo, A. (1998). Tratado de Derecho Administrativo. La Defensa del Usuario y del Administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2, p.II-9.

¹⁶ Ibidem, p.II-11. El resaltado no es del original.

¹⁷ Ibidem, p.II-11.

¹⁸ “*los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos -por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter.*” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 3705-93 de las 15 horas del 30 de julio de 1993. Véase en igual sentido No.360-99 de las 15:51 horas del 20 de enero 1999, No.9456-00 de las 14:44 horas del 25 de octubre del 2000, No.8800-01 de las 16:22 horas del 29 de agosto del 2001 y No. 11592-01 de las 9:01 horas del 9 de noviembre del 2001.

patrimonio histórico y cultural, el consumo de un producto o servicio y la promoción de la competencia¹⁹.

Con el párrafo quinto del artículo 46 constitucional, al incluir al consumidor y el usuario como una clase social de especial relevancia constitucional, se termina valorando su determinante papel en el sistema económico. Se dice por ello, que *“la participación de usuarios y consumidores de servicios públicos como nuevos actores de la estructura social, a través de los canales procesales específicos: asociaciones de usuarios, agencias de regulación, audiencias públicas”*²⁰ es un hito jurídico de la economía de los servicios públicos. El usuario asume, por esa vía, un rol central en *“el control de los servicios públicos”*²¹.

Ese rol central del usuario en el marco regulativo del nuevo servicio público, ha sido atendido en los acuerdos alcanzados en el TLC. Efectivamente, en el Preámbulo del Anexo 13, se dispone que la *“apertura será en beneficio del usuario”*.

¹⁹ Se debe advertir que la Sala Constitucional no ha sido taxativa en el reconocimiento de los intereses difusos, dado que ha admitido como uno de esos derechos, entre otros, la defensa del medio ambiente, del patrimonio histórico, el patrimonio cultural, la materia electoral, el consumo de un producto o servicio, la promoción de la competencia, agregando un etcétera. En ese sentido véanse los siguientes extractos de sentencias:

*“El hecho de que en los casos de interés difuso o colectivo se accione en nombre otros, significa sin más que el recurrente no tiene un derecho adquirido sobre lo que se reclama, sino que ese bien, pertenece a toda la colectividad, como sucede con el **medio ambiente, el patrimonio histórico, etc.**”* Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5753-93 de las 14:45 horas del 9 de noviembre de 1993.

*“Son entonces las especiales características de éstos derechos por sí mismas y no la particular situación frente a ellos de los sujetos que puedan ostentarlos, la clave para la distinción y determinación de la presencia de los llamados intereses difusos, tal y como se ha manifestado en distintas resoluciones, como la 3705-93 de las quince horas del treinta de julio para el derecho al ambiente, la número 5753-93 de las catorce horas cuarenta y cinco del nueve de noviembre de ese mismo año para la defensa del **patrimonio histórico** y la número 980-91 de las trece y treinta del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y uno para la **materia electoral.**”* Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No.6942-96 de las 9:33 del 20 de diciembre de 1996.

*“(…) En síntesis, los intereses difusos son aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el **consumo de un cierto producto, etc.**”* Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5915-01 de las 15:27 horas del 3 de julio del 2001.

*“(…) considera la Sala que el interés de ambos es suficiente para admitir el estudio de los argumentos que ofrecen: al primero, como funcionario directamente involucrado **en la materia de derechos del consumidor y promoción de la competencia** y la segunda en su alegado carácter de **consumidora de servicios profesionales.** (…)*”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 7607-01 de las 14:34 horas del 8 de agosto del 2001.

*“Esta Sala ha enumerado diversos derechos a los que les ha dado el calificativo de «difusos», tales como el **medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros.**” (…)*”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8239-01 de las 16:07 horas del 14 de agosto del 2001. En el mismo sentido véase No. 6322-03 de las 14:14 horas del 3 de julio del 2003.

²⁰ Dromi, R. (2004). Las mutaciones jurídicas de los servicios públicos. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, p.41 y 42.

²¹ Du Marais, B (2004). op.cit, p.530.

Por otra parte, el mismo Preámbulo dispone que la apertura se fundamentará, entre otros, en el principio de “*regulación*”, es decir, que la apertura a la competencia de los servicios de telecomunicaciones deberá venir acompañada de normativa capaz de garantizar la eficacia de ese nuevo esquema, lo cual es otra evidencia de la congruencia del esquema propuesto por el TLC en telecomunicaciones, con el nuevo modelo de servicio público.

II.- El Principio de separación o disociación de las actividades en el nuevo servicio público

En el nuevo servicio público, rige como principio el de separación de actividades del sector²². Con ello se busca que una actividad que ha operado en monopolio en un mercado, es decir, de forma concentrada, sea objeto de una separación en varios aspectos. Primero, se pretende hacer una separación de las actividades del sector (A), simultáneamente se busca separar las actividades competitivas y no competitivas (B) y finalmente se pretende separar las actividades del regulador y del operador (C).

Se afirma en Doctrina que “*la separación de actividades es un principio que se refleja en toda la estructura del nuevo modelo de regulación*”.²³ El objetivo es lograr la división y la separación de la actividad en varios sectores, al estimarse ineficiente una actividad concentrada.

Con la separación de actividades se busca alcanzar, como se verá, dos objetivos. Por un lado, establecer un régimen jurídico diferenciado y por otro, procurar la transparencia en los precios y costos de la actividad²⁴ evitando las subvenciones cruzadas²⁵.

A.- Separación de las actividades del sector

La separación o disociación de las actividades del sector, es un mecanismo que busca introducir transparencia en los precios y en los costos de los servicios. Esa

²² En ese sentido véase: Ariño Ortiz, G. (2004). op. cit, p. 483. Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 16. Ariño Ortiz, G. (1999). op. cit, p.562. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op. cit, p.27. Richer, L, Jeanneney, P et Charbit, N, (2004). Actualités du Droit de la Concurrence et de la Régulation. Paris : Dalloz, L`Actualité Juridique Droit Administratif, Hebdomadaire, 6 décembre, No. 42, p.2314.

²³ Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 482. En igual sentido véase: Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 15. Ariño Ortiz, G. (1999).op cit, p.561. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op. cit., p.26.

²⁴ Véase Ariño Ortiz, G. (2004). op. cit., p. 483 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 16. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit., p.562. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.27.

²⁵ Se entiende por subvención cruzada “ *la técnica por la cual una empresa hace soportar o imputa todo o parte de los costos de su actividad sobre un mercado geográfico o un mercado de productos dado a su actividad sobre otro mercado geográfico o mercado de productos.*” Cherot, J.Y. (2002). Droit Public Economique. Paris : Economica, p. 607. Traducción libre. En el mismo sentido véase Charbit, N. (2002). Le Droit de la Concurrente et le Secteur Public. Paris: L` Harmattan, p. 313.

transparencia permite reducir las distorsiones de la competencia entre operadores producto de subvenciones cruzadas.

La separación puede referirse a varios ámbitos: separación contable (1), separación funcional o por gestión (2), separación jurídica o estructural y material (3) y la separación accionarial (4).

No se han establecido reglas para determinar cuál es la separación más adecuada, lo importante es que la transparencia pueda ser efectiva. Es preciso advertir que el nuevo esquema de regulación *“no prejuzga la estructura empresarial, que salvando ciertos límites- debe dejarse a las decisión de las fuerzas del mercado”*²⁶.

En doctrina, se afirma que la separación contable es indispensable y la separación jurídica y material son las más deseables. La separación jurídica, aparece políticamente como la más difícil y está ligada a la separación de los recursos materiales y humanos²⁷.

1.- Separación contable

La separación contable de las actividades del sector es *“la simple distinción en las cuentas del operador de las diferentes actividades”*²⁸. Esta separación es un instrumento indispensable para posibilitar la transparencia contable y financiera, con el objeto de obtener un mínimo de información sobre los precios y los costos de los servicios²⁹.

En la Unión Europea, existe normativa que contempla esa exigencia. Tal es el caso, por ejemplo, del sector ferroviario, en el cual, mediante la directiva 91/440 relativa al desarrollo de ferrocarriles, se ha establecido la obligatoriedad de esta separación desde 1991. En el caso de las telecomunicaciones, la directiva No.97/33/CE relativa a la interconexión, prevé también como obligatoria, la separación contable de las actividades³⁰.

2.- Separación funcional o por gestión

La separación funcional o por gestión implica la creación de una entidad jurídica integrada pero disponiendo de una autonomía de gestión.³¹

3.- Separación jurídica o estructural y material

²⁶ Véase Ariño Ortiz, G López de Castro, L. (2003) op. cit p.17.

²⁷ Véase Charbit, N. (2002). op.cit., p.318.

²⁸ Richer, L, Jeanneney, P et Charbit, N, (2004). op.cit., p.2314.

²⁹ Véase Charbit, N. (2002). op. cit., p. 323.

³⁰ Ibidem p. 325.

³¹ Richer, L, Jeanneney, P et Charbit, N, (2004). op.cit., p.2314.

La separación jurídica o estructural es “la creación de entidades jurídicamente distintas”.³² Con esta separación se pretende que cada una de las actividades tenga una estructura empresarial jurídicamente diversa. Esto no impide, sin embargo, la creación de grupos o holdings de la que dependan las diferentes sociedades³³.

Con la separación material, por su parte, se pretende que cada actividad o empresa cuente con su propio personal reclutado externamente y sin relación con otras empresas. Toda prestación gratuita debe ser excluida³⁴.

Además, cada empresa debe contar con sus propias herramientas de producción y de comercialización. En este supuesto, se presenta un problema cuando la infraestructura es común³⁵.

4.- Separación accionarial

Mediante este criterio regulatorio, se prohíbe “por ley la presencia de un mismo accionista dominante en los distintos sectores o áreas de actividad.”³⁶

Como es claro, se pretende de esa forma, reducir la posibilidad de concentraciones de poder y su eventual abuso, en grupos de interés económico, lo cual podría ocasionar una importancia distorsión en los procesos competitivos que se busca promocionar.

B.- Separación en actividades competitivas y no competitivas

En el nuevo servicio público, se procura lograr la separación de las distintas actividades del sector, calificándolas de competitivas y no competitivas.

Esta práctica regulatoria se aprecia claramente en el TLC. El Preámbulo del Anexo 13 del TLC, dispone que la apertura se fundamentará, entre otros, en el principio de “selectividad”, pues elige aquéllas actividades que son competitivas y las abre a la competencia, con el propósito de hacer realidad la libertad de elección del usuario, quien bajo la forma tradicional de servicio público no ha podido ejercerla, ya que la gestión de este servicio ha estado asociada con un único concesionario.

De ahí que el Anexo 13. III.2 disponga:

“ (a) (...)Costa Rica permitirá sobre una base no discriminatoria, a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte, competir efectivamente para suministrar directamente al cliente, a través de la tecnología de su escogencia, **los siguientes servicios de telecomunicaciones** en su territorio:

(i) **Servicios de redes privadas**, a más tardar el 1 de enero del 2006

³² Ibidem.

³³ Véase Ariño Ortiz, G López de Castro, L. (2003) op. cit p.17.

³⁴ Véase Charbit, N. (2002). op. cit. p. 321 y 322.

³⁵ Ibidemp. 322.

³⁶ Ariño Ortiz, G López de Castro, L. (2003) op. cit p.17.

- (ii) **Servicios de Internet**, a más tardar el 1 de enero del 2006, y
(iii) **Servicios inalámbricos móviles** a más tardar el 1 de enero del 2007.”

De seguido se revisará, cómo ha tratado la doctrina los principios rectores para las actividades competitivas (1) y para las actividades no competitivas (2).

1.- Actividades competitivas

La doctrina ha reconocido que el régimen jurídico de las actividades competitivas tiene como norte cuatro libertades, las cuales serán brevemente definidas y confrontadas con el texto del TLC. Dichas libertades son: la libertad de entrada (a), la libertad de acceso a la red y a la infraestructura esencial (b), la libertad de contratación y libertad de precios (c) y la libertad de inversión (d).

a.- Libertad de entrada

En el nuevo servicio público, se ha definido como uno de los objetivos, la apertura del sector a la iniciativa privada en las actividades que sean competitivas. Desde esa perspectiva, *“Cualquier operador que reúna los requisitos necesarios tendrá derecho a construir; explotar; comprar y/o vender las instalaciones necesarias para la actividad de que se trate.”*³⁷

Así, se establece como principio la libertad de entrada en las actividades competitivas, sin que por ello no siga siendo exigible el título habilitante para ello que deberá ser otorgado por el ente público competente, si bien sometido a criterios de carácter reglado y no discrecionales³⁸.

Se trata de una aspiración que, conforme al modelo constitucional costarricense, encuentra sustento en la Constitución en su artículo 121 inciso 14), la cual dispone que los servicios inalámbricos son de dominio del Estado, si bien podrán ser explotados mediante concesión por la Administración y por los particulares.

Es preciso señalar que el efecto de la libertad de entrada en el sector, ha sido aumentar la pluralidad de ofertas y con ello la mejor satisfacción de las necesidades del usuario³⁹, que de esa forma, podrá ejercer su derecho constitucional a la libertad de elección, a la cual alude el artículo 46 párrafo último de la Carta Magna, lo cual a su vez, resulta congruente con el postulado contenido en el Preámbulo del Anexo 13 en comentario, conforme al cual, la *“apertura será en beneficio del usuario”*.

El mismo Anexo, en el punto III.2, dispone que para el caso de los servicios sometidos al proceso de apertura *“(a)(...) Costa Rica **permitirá** sobre una **base no***

³⁷ Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 483 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 21 y 22. ARIÑO ORTIZ, G. (1999). op.cit p.564. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit., p.27.

³⁸ Véase Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit., pág. 483 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 22 y 23. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.565. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.27.

³⁹ Véase: Ibidem.

discriminatoria, a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte, **competir** efectivamente para suministrar directamente al cliente, a través de la tecnología de su escogencia (...).”

La norma pretende, como es claro, abrir a la competencia los servicios de telecomunicaciones selectivamente identificados y que los agentes económicos cuenten con la seguridad de un trato no discriminatorio en la obtención de la concesión exigida para operar, así como en el proceso de regulación a que quedará sometido por las autoridades competentes del Estado.

Es decir, se pretende que se compita en los servicios de telecomunicación, bajo criterios de igualdad, lo cual implicará, necesariamente, no sólo que los criterios sean objetivos, sino que los interesados conozcan los procedimientos a seguir y las exigencias para el otorgamiento de la concesión.

En suma, el TLC supone esa libertad de entrada al mercado de servicios de telecomunicaciones, claro está, con la previa aprobación de parte de la Asamblea Legislativa, de la normativa que haga posible el ejercicio de tal derecho.

b.- Libertad de acceso a las redes y a las infraestructuras esenciales

La libertad de acceso a las redes y a las instalaciones o infraestructuras de uso común, resulta vital en el marco de un servicio público en competencia. Sin esa garantía, el mercado en competencia no podrá existir.

Es sabido que uno de los mecanismos típicos para reducir la competencia en un mercado en redes, como el de telecomunicaciones, consiste en la imposición de cargas excesivas por el uso de las redes y/o la obstaculización de su acceso. Se trata, en ambos casos, de barreras de entradas de nuevos competidores, con un claro efecto anticompetitivo.

De ahí que sea necesaria una normativa que regule esa temática, contemplando, por ejemplo, *“las condiciones para ejercer el acceso en términos objetivos, no discriminatorios, con fijación de un canon por su uso y determinación exacta de las razones que pudieran justificar una denegación de acceso.”*⁴⁰

Se trata de conceptos propios de lo que la doctrina jurídica norteamericana ha denominado las *“essential facilities”* –EF- (facilidades esenciales) y la doctrina económica del *Third Party Access* -TPA- (acceso de terceros a la red)⁴¹.

A modo ilustrativo y con el fin de lograr una mayor comprensión, la doctrina distingue tres tipos de redes de telecomunicación⁴²:

⁴⁰ Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 484 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 24. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.566. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.28.

⁴¹ Véase: Ibidem.

⁴² Véase Caballero Sánchez, R. (2003). Infraestructura en red y liberalización de servicios públicos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública –INAP- p.171.

- **Redes de telefonía:** principalmente transmiten voz, pero se utilizan también para la transmisión de datos (Internet) y es idónea para el envío y recepción de imágenes y vídeos. Estas pueden ser alámbricas o inalámbricas. Están interconectadas, de modo que es posible la comunicación entre cualquier extremo de ambas.
- **Redes de cable:** es el caso de la fibra óptica, la cual es un medio de transmisión digital de señales de altísima capacidad y velocidad.
- **Comunicación vía satélite:** los satélites actúan en red formando una malla que da cobertura a un conjunto que permite la radiocomunicación entre dos o más estaciones terrestres y mediante la combinación de varios satélites, es posible alcanzar una cobertura mundial. De ahí que esta comunicación sea muy apropiada para conexiones internacionales a larga distancia.

El Anexo 13 del TLC establece el acceso y uso de redes como uno de los Principios Regulatorios de la apertura a la competencia de los servicios de telecomunicaciones.

En ese sentido se dispone lo siguiente:

“6. Acceso a y uso de redes

(a) Costa Rica garantizará que las empresas de otra Parte tengan acceso a, y puedan hacer uso de cualquier servicio público de telecomunicaciones, inclusive los circuitos arrendados, ofrecido en su territorio o de manera transfronteriza, en términos y condiciones razonables y no discriminatorias se les permita:

(i) comprar o arrendar y conectar una terminal u otro equipo que haga interfaz con una red pública de telecomunicaciones;

(ii) suministrar servicios a usuarios finales, individuales o múltiples, a través de cualquier circuito propio o arrendado;

(iii) conectar circuitos propios o arrendados con redes y servicios públicos de telecomunicaciones en su territorio o a través de las fronteras de esa Parte o con circuitos arrendados propios de otra persona;

(iv) realizar funciones de conmutación, señalización, procesamiento y conversión; usar protocolos de operación de su elección y

(v) usar servicios públicos de telecomunicaciones para transmitir información contenida en bases de datos o almacenada de otra forma que sea legible por una máquina en el territorio de cualquier Parte.

(b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, Costa Rica podrá tomar las medidas que sean necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los mensajes; o proteger la privacidad de datos personales no públicos de los suscriptores de servicios públicos de telecomunicaciones, sujeto al requisito de que tales medidas no se apliquen de tal manera que pudieran constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable, o alguna restricción encubierta al comercio de servicios.

(c) Costa Rica también garantizará que no se impongan condiciones al acceso a y el uso de redes o servicios públicos de telecomunicaciones, distintas a las necesarias para salvaguardar las responsabilidades del servicios público de los prestadores de redes o servicios públicos de telecomunicaciones, en particular su capacidad para poner sus redes o servicios a disposición del público en general; o proteger la integridad técnica de las redes o servicios públicos de telecomunicaciones.”

De igual forma, otro principio regulador que establece el tratado, es el acceso a los sistemas de cables submarinos. En ese sentido se dispone:

“Costa Rica garantizará un trato razonable y no discriminatorio para el acceso a sistemas de cables submarinos (incluyendo instalaciones de puesta a tierra) en su territorio, cuando un proveedor esté autorizado a operar dichos sistemas de cables submarinos como servicio público de telecomunicaciones.”

Otro mecanismo conocido para impedir el acceso a la red y a la infraestructura esencial, con el conocido efecto anticompetitivo, es la falta de información técnica oportuna a los agentes que prestan los servicios públicos por parte de uno o varios proveedores de instalaciones esenciales, así como la falta de información comercialmente relevante.

Precisamente por ello, el TLC señala, en el principio regulatorio titulado competencia, lo siguiente:

“Costa Rica mantendrá medidas adecuadas con el objeto/fin de prevenir que proveedores quienes, por sí mismos o en conjunto, sean un proveedor importante, empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas, tales como, no poner a disposición, en forma oportuna, de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones, información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente relevante que éstos necesiten para suministrar servicios públicos de telecomunicaciones.”

Como queda en evidencia mediante las disposiciones examinadas, el TLC pretende garantizar de forma amplia la libertad de acceso a las redes e infraestructura esencial de telecomunicaciones, incluyendo el acceso a los sistemas de cables submarinos, con sus instalaciones de puesta a tierra, lo cual es evidencia de la atención a aspectos relevantes para garantizar y promover la competencia en el sector, para beneficio de los usuarios que podrán así gozar de mayores alternativas.

c.- Libertad de contratación y libertad de precios

Otra libertad que debe ser garantizada en el servicio público en competencia, es la de libertad de contratación y con ella la libertad de precios.

Señala la doctrina que estas libertades se concretan en la *“libertad para comprar y vender sus productos o servicios, libertad de importación y exportación, libertad para extender sus actividades a nuevas áreas o sectores conexos (diversificación empresarial) y, sobre todo, libertad de fijación de precios a sus clientes allí donde haya un mínimo de competencia y éstos puedan optar por varias ofertas.”*⁴³

Agrega la doctrina que *“la formación competitiva de precios es siempre mejor y más de fiar que el cálculo de costes marginales que pueda realizar la autoridad reguladora.”*⁴⁴

⁴³ Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 485 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.26. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.567. Ariño Ortiz, G, De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.29.

⁴⁴ Ibidem.

Sin embargo, ello “no significa que en estos mercados esté ausente la regulación”⁴⁵ todo dependerá de si existe o no competencia real en la respectiva actividad⁴⁶.

En este escenario, la función de la autoridad reguladora será vigilar el respeto a las reglas del juego en la formación competitiva de precios, en especial, mediante una vigilancia y represión continua de prácticas restrictivas de la competencia⁴⁷.

De forma expresa, el TLC no hace alusión a estas libertades, si bien pueden inferirse de forma implícita de sus disposiciones, desde que están dirigidas a admitir la competencia como principio regulatorio de los servicios de telecomunicación.

Por otra parte, la Constitución Política costarricense en su numeral 46 ya examinado, al contener el Principio de Competencia, cuyo contenido y alcances ha sido desarrollado en otro artículo en la presente publicación, exige tal condición, de modo que es deber del legislador, propiciar mediante la normativa secundaria correspondiente, las regulaciones requeridas para hacer valer ese postulado constitucional.

d.- Libertad de inversión

En el nuevo servicio público, en las actividades en competencia, existe plena libertad de inversión, lo que se traduce en libertad para “diseñar o realizar inversiones cuya rentabilidad quedará al riesgo y ventura del inversor.”⁴⁸

El Anexo 13. III.2 del TLC ya examinado, dispone al respecto que “(a)(...)Costa Rica permitirá sobre una base no discriminatoria, a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte, competir efectivamente para suministrar directamente al cliente, **a través de la tecnología de su escogencia (...)**”

De igual forma, dentro de los Principios regulatorios que se incluyen en el Anexo, se dispone:

“10 Flexibilidad en las opciones tecnológicas

*Costa Rica no impedirá que los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones tengan la **flexibilidad de escoger las tecnologías** que ellos usen para suministrar sus servicios, incluyendo servicios comerciales móviles inalámbricos, sujeto a los requerimientos necesarios para satisfacer los intereses legítimos de política pública.”*

Ambas disposiciones, como es posible concluir, responden, precisamente, a la exigencia de libertad de inversión propia de nuevo modelo de servicio público.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 501 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003).op cit, p.37. Ariño Ortiz, G. (1999).op.cit p.583. Ariños Ortiz, G , De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñíz, J.L. (1997).op.cit, p.43.

⁴⁷ Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p.485 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.26. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.567. Ariño Ortiz, G., De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñíz, J.L. (1997). op.cit, p.29.

⁴⁸ Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 486 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003).op cit, p.27. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.568. Ariño Ortiz, G., De la Cuetara J.M. y Martínez LópezMuñíz, J.L. (1997). op.cit, p.30.

2.- Actividades no competitivas

En el mercado de los servicios públicos, algunas actividades no son competitivas. Por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones y la electricidad, básicamente, es posible señalar que las redes e infraestructuras esenciales o de uso común (a) y los servicios universales (b) ⁴⁹ son actividades que no es posible someter a un régimen de libre competencia.

a.- Redes e infraestructuras esenciales

En el servicio público de telecomunicaciones, las redes e infraestructuras esenciales para prestar el servicio son necesariamente de uso común⁵⁰.

La importancia de las redes e infraestructuras esenciales, radica en que son la vía física por medio de la cual se materializa el mercado⁵¹.

Se define a las infraestructuras en red, como aquéllas *“instalaciones de valor estratégico, ramificadas por el territorio y con conexión física entre sus extremos, caracterizadas por su configuración unitaria al estar entrelazadas, su capacidad limitada y su duplicación antieconómica debido a su altos costos de implantación por todo lo cual constituyen conductos de paso obligado ora participar en un determinado mercado de interés general.”* ⁵²

Dada la trascendencia de la red, se ha estimado que debe ser regulada en tres aspectos: estructura empresarial, regulación del acceso e introducción de elementos de competencia.

En cuanto a la estructura empresarial, se recomienda que la red tenga gestión autónoma empresarial no burocrática, lo que significa que permanezca al margen de los demás negocios. Incluso, la experiencia ha demostrado la necesidad de la creación de la figura del operador independiente del sistema⁵³.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 486 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.27. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.568. Ariño Ortiz, G., De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñíz, J.L. (1997).op.cit, p.30.

⁵¹ Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 486 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.27. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.568. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñíz, J.L. (1997). op.cit, p.30.

⁵² Caballero Sánchez, R. (2003). op. cit, p. 151.

⁵³ Se explica que *“La no separación de la red ha perjudicado la competencia, por ejemplo, en el caso de la electricidad en Chile, donde los grandes productores son propietarios de la transmisión. Los peligros existentes por haber encomendado en la Ley de Hidrocarburos la gestión de la red gasista a las mismas empresas operadoras han hecho necesaria la posterior segregación de ENAGAS y la creación de la figura independiente del Operador Técnico del Sistema por el R.D.L. 6/2000 de 23 de junio de 2000 (debe recordarse aquí que la primera Ley de Hidrocarburos, de 1998, no quiso consagrar esta figura, dado lugar a un sistema indefinido de gestión de la red, que luego ha sido necesario corregir). En cambio, en el sector eléctrico se instauró desde el primer momento, en la misma LSE de 1997, un operador independiente del sistema. Incluso en EEUU, tras la crisis energética en varios Estados, la FERC ha propuesto la*

Por otra parte, en cuanto a la regulación del acceso a la red, es necesario que se concrete normativamente quién puede acceder, en qué condiciones, la fijación del precio y los mecanismos de solución de controversias.

Finalmente, si bien la duplicación de infraestructuras se considera ineficiente y la competencia se limita a la libertad de entrada de la actividad de redes de uso público, resulta posible y conveniente introducir *“elementos puntuales de competencia”*⁵⁴.

b.- Servicio universal

Como se indicó, en la prestación del nuevo servicio público se distinguen las actividades competitivas de las no competitivas, dentro de estas últimas se ubica el denominado servicio esencial universal.

Se trata de *“aquellas modalidades a las que el mercado, por sí sólo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho.”*⁵⁵

En Doctrina, al denominado servicio mínimo universal se le atribuyen las características de *“exigibilidad, generalidad y accesibilidad”*.⁵⁶

La exigibilidad del servicio universal implica *“no sólo la imposibilidad legal de negar la prestación o el suministro, sino también el derecho de los ciudadanos a acceder a las prestaciones cubiertas por el servicio universal, y, por tanto, la necesaria existencia de mecanismos arbitrales o de otro tipo de rápida solución de los problemas jurídicos (...)”*.⁵⁷

En cuanto a la generalidad del servicio, ésta se refiere a *“la existencia de un completo ámbito territorial dentro del cual la exigibilidad pueda actuarse, en condiciones semejantes”*.⁵⁸

Finalmente, la accesibilidad hace referencia a que el servicio universal *“debe estar a disposición, a precio asequible”*.⁵⁹

De esta forma, el servicio universal aparece como *“un conjunto de servicios mínimos de una calidad dada, que es accesible a todos los usuarios independientemente de su*

centralización e independencias de la Operación del Servicio a nivel de toda la nación.” Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.28.

⁵⁴ Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.33 y 34.

⁵⁵ Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 488 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.34. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit p..572. Ariño Ortiz, G, De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñíz, J.L. (1997).op.cit, p.31.

⁵⁶ Fernando Pablo, M. (1998). Derecho General de las Telecomunicaciones. Madrid: Editorial Colex, p. 200.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem, p. 201.

⁵⁹ Ibidem, p.201.

localización geográfica y, según las condiciones especiales nacionales, a un precio accesible.”⁶⁰

En ese tema, el Anexo 13 del TLC establece que la apertura se realizará, “*en estricta conformidad con los objetivos sociales de **universalidad y solidaridad** en el suministro*”.

Además, dispone como uno de los principios regulatorios, el servicio universal, al disponerse, textualmente, lo siguiente:

*“Costa Rica tiene derecho a definir el tipo de obligaciones de **servicio universal** que desee mantener. No se considerará que las obligaciones de esa naturaleza son anticompetitivas per se, a condición de que sean administradas de manera transparente, no discriminatoria y con neutralidad en la competencia y no sean más gravosas de lo necesario para el tipo de servicio universal definido.”*

Como es posible deducir, las disposiciones del TLC resultan conformes con el nuevo modelo de servicio público en este aspecto también. En procura del acceso de la población a los servicios universales, se incluyen disposiciones que aseguran la soberanía del país para introducir exigencias a los concesionarios, bajo una base transparente, no discriminatoria y neutral, de modo que por esa vía, no se establezcan obligaciones más gravosas de lo razonable.

Costa Rica se ha reservado, de esa forma, la posibilidad de definir mediante ley, los alcances del servicio universal a que tendrá acceso asegurado la población.

La doctrina ha deducido cuatro características básicas del servicio universal,

*“-un servicio mínimo o de base;
-disponible para todo usuario y sobre todo el territorio;
-según una calidad media pero predeterminada;
-a un precio asequible, que debe variar para todos los usuarios de la misma forma y según criterios objetivos”.*⁶¹

A modo de ejemplo, resulta ilustrativo aludir a Ley General de Telecomunicaciones española, No. 32 del 2003, en la cual se entiende al servicio universal como:

“el derecho de todos los usuarios a acceder a la telefonía fija en sus domicilios a un precio asequible, a la existencia de un número suficiente de cabinas en todos los municipios, a la recepción gratis de guías de teléfono y de un número de información

⁶⁰ Cherot, J.Y. (2002). op.cit. p.568. Traducción libre. En el mismo sentido véase: González-Varas Ibañez, S, (2001). El Servicio universal ¿Confirmación del servicio público o de la lógica del mercado? Madrid: Editorial Aranzadi,S.A. Boletín Mensual Aranzadi Administrativo 33, diciembre, año IV,p.3. González-Varas Ibañez, S, (2001) Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes. Privatización, Liberalización, Regulación Pública y Derecho de la Competencia. Granada: Editorial Comares. Allemand, R. (2004). op.cit, p.2029.

⁶¹ Du Marais, B (2004). op.cit, p. 464. Traducción libre. En igual sentido Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.37. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, pp.579 y 580. González-Varas Ibañez, S. (2001). El Servicio universal ¿Confirmación del servicio público o de la lógica del mercado? op.cit, p. 3.

*telefónica, incluyendo también prestaciones especiales para garantizar que los discapacitados puedan acceder al servicio telefónico”.*⁶²

Por su parte, la Unión Europea incluye dentro de ese servicio mínimo universal, la *“prestación de un servicio de telefonía vocal por medio de una conexión fija permitiendo igualmente la utilización de un fax y de un módem, la asistencia de un operador u operadora, el acceso a los servicios de urgencia, los servicios de información (comprendiendo los servicios de guía de abonados) y, finalmente, incluyendo las cabinas telefónicas: los usuarios deben igualmente tener acceso a la información sobre costes, precios y calidad de los servicios, información que debe ser pública y mencionar si se han logrado los índices de calidad.”*⁶³

Las anteriores características y otras más, podrán informar la definición del tipo de servicio universal que el legislador ordinario costarricense deberá establecer a propósito de la construcción del nuevo modelo de servicio público.

C.- Separación de actividades entre operador y regulador⁶⁴

Otra separación importante de realizar con la apertura a la competencia de los servicios públicos, es la separación entre la autoridad reguladora (1) y los operadores de los servicios públicos (2).

1.- Autoridad Reguladora

Según se adelantó, la aplicación de las normas reguladoras del nuevo servicio público, exige la intervención de un nuevo tipo de autoridad reguladora, la cual deberá ser objetiva e imparcial⁶⁵. La independencia de la autoridad reguladora se establece para evitar su captura por parte del poder político, del poder económico y en general de los

⁶² González-Varas Ibañez, S. (2004). Valoración crítica del sistema de servicio universal y de liberalización. op.cit, p.253.

⁶³ Fernando Pablo, M. (1998). op. cit., p. 201 y 202.

⁶⁴ En cuanto a esta separación véase en detalle Du Marais, B (2004). op.cit, p.594 y ss y Sendín García, M.A. (2003). Regulación y servicios públicos. op.cit, p. 112.

⁶⁵ En ese sentido véanse: En España: Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op.cit, p.47. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit., p.591. Betancor Rodríguez, A. (1994). Las Administraciones Independientes. Madrid: Editorial Tecnos, 276p. Caballero Sánchez, R. (2003). op.cit, p.120. Sendín García, M.A. (2003). Regulación y servicios públicos. op.cit, p.121. En Francia: Blaise, J.B. (2003). Les Autorités de Régulation et Les Libertés Economiques. Paris : Editions Panthéon-Assas, pp121-133. Charbit, N. (2002). op.cit, p 275. Cherot, J.Y. (2002). op.cit, p.233 Colliard, C.A. y Timsit. G. (1988). Les Autorités Administratives Indépendantes. Paris: Presses Universitaires de France, 319p. Conseil D’Etat. (2001). “Les autorités administratives indépendantes”. Rapport public 2001, Jurisprudence et avis de 2000. Etudes & Documents, No. 52. Paris: la Documentation Française. Du Marais, B (2004). op.cit, p.522. Gentot, M (1994). Les Autorités Administratives Indépendantes. Paris:Montchrestien, 155p. Guedon, M.J. (1991). Les Autorités Administratives Indépendantes. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 142p. En Italia: La Spina, A. Majone, G. (2000). Lo Stato Regolatore. Bologna: Il Mulino, pp-61-115. Franchini, C. (1998). Le Autorità Amministrative Indipendenti, Milano: Guiffre Editore, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, No. 3, pp.549-583.

regulados. Además, deberá contar con legitimidad democrática y tener un elevado carácter técnico⁶⁶.

Téngase presente que el *“buen funcionamiento de la competencia es la norma fundamental del mercado sobre el cual velan estas autoridades administrativas independientes. La integridad del mercado no es otra cosa que el juego armonioso de la oferta y de la demanda, es decir el respeto de la competencia.”*⁶⁷

Este tipo de autoridades reguladoras usualmente tienen las siguientes funciones propias de la regulación:

- Arbitrales⁶⁸: resolución de controversias entre los agentes económicos;
- Ejecutivas⁶⁹: vigilancia o regulación de precios según sea el caso, otorgamiento de concesiones y autorizaciones;
- Operativas⁷⁰: inspecciones y sanciones y
- Normativas⁷¹: dictado de circulares, directivas e instrucciones.

En lo que se refiere al régimen de precios en el nuevo servicio público, dicha autoridad tiene dos funciones diferentes, en virtud de que los servicios, en unos casos, tendrán precios de mercado y en otros, precios regulados, para los casos en que no exista competencia.

La autoridad reguladora, en el caso de que los precios se formen en competencia, tendrá la función de vigilar el mercado para evitar distorsiones producto de conductas de los agentes económicos, tales como prácticas restrictivas de la competencia.

Por otra parte, la función de la autoridad reguladora en las actividades no competitivas, será regular los precios. Sin embargo, se debe tener presente que la idea del nuevo modelo es que *“si existe una mínima competencia, siempre es más fiable un precio de mercado, que un precio fijado por la autoridad reguladora.”*⁷²

Uno de los principios regulatorios planteados por el TLC es, precisamente, la *“Independencia de la autoridad reguladora”*.

⁶⁶ En ese sentido Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.47 y 57. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.591 y ss. Du Marais, B (2004). op.cit, p. 507.

⁶⁷ Bienvenue, J.J.. (2003) Les Autorités de Régulation et les Libertés Economiques. Paris : Editions Panthéon-Assas, p.124. Traducción libre.

⁶⁸ En ese sentido véase: Caballero Sánchez, R. (2003). op.cit, p. 120. Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.49 y 51. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.593. Desdentado Daroca, E. (1999). op.cit, p. 182. Fernando Pablo, M. (1998). op.cit., pp.184-186.

⁶⁹ Véase Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.51. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.593.

⁷⁰ Véase Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.51. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.593. Betancor Rodríguez, A. (1994). op.cit, p.89 y ss y 245 y ss. Gentot, M (1994). op.cit, p.65 y ss. Guedon, M.J. (1991). op.cit, p. 109 y ss. Fernando Pablo, M. (1998). op. cit, pp.174-184 y pp.186-188.

⁷¹ En ese sentido véase: Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.51. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.593. Desdentado Daroca, E. (1999). op.cit p. 182. Gentot, M (1994). op.cit, p.65 y ss. Guedon, M.J. (1991). op.cit, p. 99 y ss.

⁷² Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 483 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.38.

El Tratado dispone:

*“Costa Rica establecerá o mantendrá una **autoridad reguladora** para los servicios de telecomunicaciones que será **independiente** de todo proveedor de servicios de telecomunicaciones, y no responderá ante ellos. Costa Rica asegurará que su autoridad reguladora para los servicios de telecomunicaciones esté autorizado a **imponer sanciones** efectivas para hacer cumplir las medidas domésticas relacionadas a las obligaciones establecidas en este Anexo Esta autoridad reguladora podrá incluir jurisdicción sobre la **administración del espectro, servicio universal, fijación de tarifas y otorgamiento de licencias** para nuevos participantes al mercado. Las **decisiones y los procedimientos** de la autoridad reguladora serán **imparciales** con respecto a todos los participantes en el mercado.”*

De igual forma, se dispone un principio de asignación y utilización de los recursos escasos *“de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria”*, por parte de la autoridad reguladora.

En ese sentido, textualmente, se dispone:

*“Costa Rica asegurará que **los procedimientos** para la **asignación y utilización de recursos escasos**, incluyendo frecuencias, números y los derechos de vía, **sean administradas de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria**, por una autoridad doméstica competente.(será **independiente** de todo proveedor de servicios de telecomunicaciones y no responderá ante ellos.) La República de Costa Rica emitirá licencias directamente a los proveedores del servicio para el uso del espectro, de conformidad con el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política de Costa Rica.”*

De manera expresa, el TLC establece un principio regulatorio de transparencia, de modo que:

“Costa Rica asegurará que los procedimientos aplicables a la interconexión con un proveedor importante, así como sus acuerdos de interconexión u oferta de interconexión de referencia, sean puestas a disposición del público. Costa Rica también pondrá a disposición del público toda la información relativa a la concesión y autorización de licencias y su procedimiento; y los términos y condiciones para todas las licencias o autorizaciones emitidas.”

Como se puede observar, se han previsto disposiciones que garantizan que tanto la administración del espectro electromagnético, los procedimientos para otorgar la concesión y aquéllos aplicables a la interconexión, deben ser transparentes, oportunos y no discriminatorios, bajo la responsabilidad de una autoridad reguladora.

Otro de los principios regulatorios definidos por el TLC, es que la interconexión⁷³ deberá ser regulada por la autoridad reguladora, la cual será la competente para resolver conflictos en este tema.

⁷³ Es preciso aclarar la diferencia entre la interconexión y el acceso. La interconexión *“supone la unión de dos o más redes, permitiendo así la conexión de los usuarios con independencia de la red a la que estén conectados, por lo que exige necesariamente la existencia de varias redes, aunque éstas no tiene porque*

En ese sentido el tratado dispone:

“Costa Rica asegurará que se le conceda a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte sean provistos, la interconexión con un proveedor importante en una forma oportuna, en términos y condiciones no discriminatorios, con tarifas basadas en el costo que sean transparentes, razonables y que tengan en cuenta la viabilidad económica.

*Costa Rica también asegurará que todo proveedor de servicios que solicite la interconexión con un proveedor importante podrá acudir ante un órgano nacional independiente, que podrá ser la **autoridad reguladora** a la que se hace referencia en el párrafo 2, para resolver dentro de un plazo razonable las **diferencias con respecto a los términos, condiciones y tarifas de interconexión.**”*

En suma, según los lineamientos definidos en el TLC, de aprobarse la legislación requerida para ello, el sector de telecomunicaciones estará regido por una autoridad reguladora de los servicios de telecomunicaciones con características conforme a los modernos modelos desarrollados a partir de la noción de nuevo servicio público.

La Sala Constitucional, en su oportunidad, estableció algunos límites que debe considerar el legislador, a la hora de establecer la naturaleza jurídica del ente a cargo de la tarea de otorgar concesiones para explotar algunos de los bienes, dominio del Estado, regulados en el artículo 121 inciso 14) de la Constitución.

Se indicó, al respecto, que

“En este caso, la Asamblea Legislativa inviste en la Administración Pública la potestad de otorgar concesiones específicas, competencia que, claro está, no comprende la de sustituir del todo la función de la primera (...) En esta hipótesis, el delegado puede ser cualquier ente del ámbito público -tanto el propio Poder Ejecutivo, órgano normal de la contratación administrativa (art.140 inc.14 Constitución), como cualquier otra entidad descentralizada de la Administración Pública- pero no, como se propone en el Proyecto, un simple órgano desconcentrado dentro de una cartera del Ejecutivo.”⁷⁴

Es preciso, entonces, tomar en consideración tal definición de la Sala Constitucional, al momento de aprobar la normativa correspondiente.

2.- Operadores

pertenecer a un mismo operador. El acceso, sin embargo, no exige la existencia de una pluralidad de redes y consiste (...) en una forma de emplear las infraestructuras de otros operadores (las de los titulares de redes públicas de telecomunicaciones) en este caso para ser utilizadas por usuarios y por prestadores de servicios (...) la interconexión es la interoperabilidad, mientras que el acceso es la necesidad de utilizar las red ajena, ante la carencia de red de acceso propia que permita a un operador llegar a sus propios abonados, debido a los cosotes que supondría para los nuevos operadores.” Sendín García, M.A. (2003). Regulación y servicios públicos. op.cit, pp. 138 y 139.

⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6240-93 de las 14 horas del 26 de noviembre de 1993.

En un mercado en competencia, propio del nuevo modelo de servicio público, no resulta admisible que un mismo sujeto asuma tanto las funciones de regulador, como las de operador. Se insiste, en ese sentido, en la necesidad de garantizar la separación clara entre regulador y operador⁷⁵.

Esta separación tiene por objeto evitar todo riesgo de conflicto de intereses entre la autoridad reguladora y las empresas que ofrezcan los servicios en el sector. De ahí que señale la doctrina que las funciones de regulación deban ser atribuidas a una Autoridad Reguladora independiente⁷⁶.

Esto es especialmente importante, cuando el Estado participa como agente prestatario en el mercado. Se hace imprescindible, en esos casos, separar las funciones del Estado accionista y del Estado regulador. Se afirma al respecto, que el *“principio de separación exige que la autoridad de regulación sea distinta de la autoridad que tutela la empresa pública que subsiste sobre el mercado”*⁷⁷

En relación con los operadores, es importante resaltar la figura del *“operador dominante”*⁷⁸. Vale aclarar que un operador dominante es aquel operador que tiene control sobre una importante parte de un determinado mercado.

En el nuevo modelo de servicio público, estos operadores tienen una serie de obligaciones especiales en el régimen de interconexión.

Así, los operadores dominantes deben, en primer lugar, publicar una oferta de interconexión que debe ser aprobada por la autoridad reguladora. Los operadores deben prever una tarifa de interconexión no discriminatoria y basada en criterios precisos, orientados hacia los costos y controlados por la autoridad reguladora. Asimismo, deben separar claramente, desde el punto de vista contable, la actividad de interconexión y las demás actividades, para permitir verificar que los costos que sirven de base para el cálculo de las tarifas, son los adecuados⁷⁹.

Como es posible anticipar, ese será el caso del ICE que aparecerá como un operador dominante del mercado y posee la red de que dependería en buena medida, la intervención de otros competidores.

Conclusiones

Como ha quedado expuesto, el TLC se inserta en el marco de la nueva tendencia del servicio público en competencia que tiene sustento, en el caso de Costa Rica, en el párrafo quinto del artículo 46 de la Constitución Política. Así lo dejan en evidencia las disposiciones de este Tratado que, a modo de lineamientos generales, han de ser consideradas en la legislación secundaria pendiente de aprobación.

⁷⁵ Véase Sendín García, M.A. (2003). Regulación y servicios públicos. op.cit, p. 112.

⁷⁶ Ibidem, p. 112 y 114.

⁷⁷ Cherot, J.Y. (2002). op.cit, p.595.

⁷⁸ Ibidem, p. 599.

⁷⁹ Véase: Ibidem, p.600.

En procura de la estabilidad del nuevo mercado de telecomunicaciones, es preciso que el legislador considere las variables de las cuales depende que la introducción de competencia en parte del sector de telecomunicaciones, logre beneficiar al usuario de la mejor forma.

Los compromisos adquiridos en el marco del TLC, servirán para hacer eficaces los derechos del usuario de telecomunicaciones a la libre elección y a sus intereses económicos, en especial, si se toma en cuenta la posibilidad de que, de no respetarse los términos del acuerdo, se han previsto instrumentos, dirigidos a resolver los conflictos entre Estados. El arbitraje Estado versus Estado que regula el tratado, representa un mecanismo que permite reducir la posibilidad del incumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado costarricense. De este modo, el propio Tratado incorpora medidas de carácter instrumental que permiten reducir la posibilidad de incumplimiento de los compromisos examinados, con lo que el aporte del Tratado a la libre competencia parece estar asegurado.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas

Allemand, R. (2004). *L'Intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications*. Paris : Dalloz, L'Actualité Juridique Droit Administratif, Hebdomadaire, 37.

Ariño Ortiz, G. (2004). *La Liberalización de los Servicios Públicos. Hacia un nuevo modelo de regulación para la Competencia*. Costa Rica: Academia de Centroamérica. Ordenamiento Jurídico y Libertades Económicas.

Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). *La Competencia en Sectores Regulados*. Granada: Editorial Comares.

Ariño Ortiz, G. (1999). *El Nuevo Servicio Pública*. Granada: Editorial Comares, en Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica.

Ariño Ortiz, G., De la Cuetara J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A..

Bienvenue, J.J.. (2003) *Les Autorités de Régulation et les Libertés Economiques*. Paris : Editions Panthéon-Assas.

Betancor Rodríguez, A. (1994). *Las Administraciones Independientes*. Madrid: Editorial Tecnos.

Blaise, J.B. (2003). *Les Autorités de Régulation et Les Libertés Economiques*. Paris : Editions Panthéon-Assas.

Caballero Sánchez, R. (2003). *Infraestructura en red y liberalización de servicios públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública –INAP-.

- Charbit, N. (2002). *Le Droit de la Concurrente et le Secteur Public*. Paris: L` Harmattan.
- Cherot, J.Y. (2002). *Droit Public Economique*. Paris : Economica.
- Colliard, C.A. y Timsit, G. (1988). *Les Autorités Administratives Indépendantes*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Conseil D`Etat. (2001). Les autorités administratives indépendantes. Rapport public 2001, Jurisprudence et avis de 2000. Etudes & Documents, 52, Paris: la Documentation Française.
- Desdentado Daroca, E. (1999). *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huída de la regulación pública y Administraciones independientes*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Dromi, R. (2004). *Las mutaciones jurídicas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Du Marais, B (2004). *Droit Public de la Régulation Economique*. Paris : Presses de Sciences po et Dalloz.
- Fernando Pablo, M. (1998). *Derecho General de las Telecomunicaciones*. Madrid: Editorial Colex.
- Franchini, C. (1998). *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, Milano: Guiffre Editore, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, No. 3.
- Gentot, M (1994). *Les Autorités Administratives Indépendantes*. Paris:Montchrestien.
- González-Varas Ibañez, S. (2004). Valoración crítica del sistema de servicio universal y de liberalización. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Revista de Administración Pública, 164.
- González-Varas Ibañez, S, (2001) *Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes. Privatización, Liberalización, Regulación Pública y Derecho de la Competencia*. Granada: Editorial Comares.
- González-Varas Ibañez, S, (2001). *El Servicio universal ¿Confirmación del servicio público o de la lógica del mercado?* Madrid: Editorial Aranzadi,S.A. Boletín Mensual Aranzadi Administrativo 33, diciembre, año IV .
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo. La Defensa del Usuario y del Administrado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2.
- Guedon, M.J. (1991). *Les Autorités Administratives Indépendantes*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Hesse, K. (1996). *Significado de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., traducción de Antonio López Pina, en Manual de Derecho Constitucional.

La Spina, A. Majone, G. (2000). *Lo Stato Regolatore*. Bologna: Il Mulino.

Richer, L, Jeanneney, P et Charbit, N (2004). *Actualités du Droit de la Concurrence et de la Régulation*. Paris : Dalloz, L'Actualité Juridique Droit Administratif, Hebdomadaire, 6 décembre, No. 42.

Sendín García, M.A. (2003). *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada: Editorial Comares.

Sendín García, M.A. (2003). *Regulación y servicios públicos*. Granada: Editorial Comares.

Sentencias

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 3705-93 de las 15 horas del 30 de julio de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5753-93 de las 14:45 horas del 9 de noviembre de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6240-93 de las 14 horas del 26 de noviembre de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No.6942-96 de las 9:33 del 20 de diciembre de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No.360-99 de las 15:51 horas del 20 de enero 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No.9456-00 de las 14:44 horas del 25 de octubre del 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5915-01 de las 15:27 horas del 3 de julio del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 7607-01 de las 14:34 horas del 8 de agosto del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8239-01 de las 16:07 horas del 14 de agosto del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No.8800-01 de las 16:22 horas del 29 de agosto del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No.11592-01 de las 9:01 horas del 9 de noviembre del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6322-03 de las 14:14 horas del 3 de julio del 2003.

Leyes

Ley No. 7607 de 29 de mayo de 1996.