



## **REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN COSTA RICA. UN CAMBIO DE PARADIGMA.**

### **REGULATION FOR COMPETITION IN THE TELECOMMUNICATIONS MARKET IN COSTA RICA. A CHANGE OF PARADIGM.**

LUIS A. ORTIZ ZAMORA<sup>1</sup>  
GLORIANA ALVARADO LEÓN<sup>2</sup>

---

#### **RESUMEN**

En el marco del décimo aniversario de la apertura del mercado de telecomunicaciones en Costa Rica, se hace relevante mirar hacia atrás y valorar el camino recorrido hasta ahora. Esta apertura ha presentado, desde luego, una serie de desafíos; empero, también ha confirmado la importancia que tienen las potestades atribuidas a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) para promover la competencia. Con todo, aún nos encontramos en un proceso de transición que no ha culminado, pues sólo ciertos servicios han sido declarados en competencia efectiva, lo cual representa un enorme reto ante el despliegue de nuevas tecnologías.

#### **PALABRAS CLAVE**

Apertura del mercado de las telecomunicaciones | Convergencia y neutralidad tecnológica | Regulación para la competencia | Mercado de las telecomunicaciones | Concentración de mercado.

#### **ABSTRACT**

Within the scope of the tenth anniversary since the telecommunications market opened in Costa Rica, it is relevant to look back and assess the path traveled until now. Certainly, this process has presented many challenges; however, it has also confirmed the significance of the powers conferred to the Superintendency of Telecommunications (SUTEL) to promote competition. Nonetheless, to date, there is a transition process that has not yet been completed. This poses an enormous challenge regarding the deployment of new technologies considering that only some services have been declared in effective competition.

#### **KEYWORDS**

Telecommunications market opening | Convergence and technology neutrality | Regulation for competition | Telecommunications market | Market concentration.

- 
- 1 Presidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho (Costa Rica), así como de los Cursos de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid (España) y del Programa Regional de Especialización en Regulación Económica Aplicada, Instituto Centroamericano de Administración Pública. Presidente del Jurado de las Pruebas de Grado de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Centroamérica. Reconocido por el Directorio Legal Who's Who Legal como uno de los cuatro expertos más reconocidos en Derecho Administrativo de América Central y por el Directorio Chambers and Partners como abogado recomendado en las áreas de Derecho Público, Telecomunicaciones e Infraestructura. Experto de la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIEE). Árbitro del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR).
  - 2 Abogada. Máster en Derecho de las Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y Comunicación por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Público, Universidad Carlos III de Madrid. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER).

## CONTENIDO

**I.** Introducción; **II.** La Apertura Del Mercado De Las Telecomunicaciones; **III.** Convergencia y Neutralidad Tecnológica; **IV.** El Papel Del Regulador; **A.** Funciones Del Regulador Para Promover La Competencia; **B.** Gestión De Recursos Escasos: El Espectro Radioeléctrico; **C.** Tarifas y Precios; **D.** Control Preventivo de las Concentraciones; **V.** El Servicio Universal; **VI.** Régimen de Acceso e interconexión; **VII.** Conclusión; **VIII.** Referencias.

## SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 3 de junio de 2021 y aprobado para su publicación el 16 de agosto de 2021.

## I. INTRODUCCIÓN

Alguna vez le preguntaron al famoso economista inglés John Hicks: ¿Qué es el monopolio? A lo que el Premio Nobel contestó: La vida tranquila (Hicks, 1935).

En cambio, la competencia, como dijera en su momento el famoso juez americano Learned Hand: es un constante estrés; la falta de competencia actúa como un narcótico, mientras que la rivalidad es el estimulante del progreso económico [Estados Unidos c. Aluminium Co. of America, 148 F.2d 416, 427 (2d Cir. 1945)].

Es así, precisamente gracias a esa preocupación por no perder sus clientes, que el empresario se esfuerza en hacer todo lo posible para reducir sus costos, ofrecer precios más bajos, mejorar la calidad del servicio y el trato al cliente, todo lo cual genera dos beneficios: el primero en la producción y el otro en la distribución de lo producido; es decir, el primero en el pastel y el segundo en el que se lo come (Ordóñez, 2000).

Pues bien, hace no mucho tiempo en Costa Rica había listas de espera para adquirir una línea celular y tocaba esperar varios meses por una conexión de Internet para la casa u oficina. Sin embargo, con la apertura del mercado de las telecomunicaciones, a partir del año 2011, todo esto cambió. No es cliché ni hipérbole, tampoco es mera retórica ni hipótesis falaz, es la realidad que los hechos puros y duros demuestran en nuestro mercado de las telecomunicaciones, finalmente abierto a la competencia.

Ahora, como con acierto ha señalado Zegarra (2005), la introducción de la competencia plantea el reto de que las empresas que son dominantes en los mercados liberalizados o en aquellos en los que se ha introducido competencia, sin haberse desprendido el Estado de ellas, abusen de su posición de dominio y conviertan en monopolio de hecho lo que antes era un monopolio de derecho. Y, en efecto, algo similar a lo que plantea el Profesor Zegarra sucede en Costa Rica, donde el otrora monopolista, Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), empresa estatal, en algunas ocasiones ha abusado de su posición dominante.

Viene a bien repasar, por tanto, cuál ha sido la fórmula jurídica que ha implementado Costa Rica para pasar de un monopolio legal vigente por más de 60 años a un mercado en competencia, así como también para, transcurridos 10 años desde la apertura del mercado de telecomunicaciones, hacer balance y dejar al descubierto sus virtudes, pero también sus errores (Ariño, Cuétara, & Noriega, 2005).

Para tales efectos, pasaremos revista de cómo se dio el proceso de apertura, así como también analizaremos cuáles han sido las piedras angulares del cambio de paradigma de monopolio a mercado en competencia, a saber: la convergencia y la neutralidad tecnológica, el papel del regulador, el servicio universal y el régimen de acceso e

interconexión. Finalmente, haremos un balance de los 10 años transcurridos desde el cambio de paradigma operado.

## **II. LA APERTURA DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

Históricamente, el servicio de las telecomunicaciones en Costa Rica lo prestaba el Estado en un régimen de monopolio legal. En su artículo 121, inciso 14, la Constitución Política de la República de Costa Rica enumera un listado de los bienes que no pueden salir definitivamente del dominio del Estado, entre los cuales está el espectro radioeléctrico y las posibles modalidades para su explotación. Así, para explotar el espectro radioeléctrico es necesario contar con una concesión otorgada directamente por la Asamblea Legislativa, o bien por el Poder Ejecutivo de conformidad con una ley marco que lo habilite para tal efecto, concesión que sólo el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y Radiográfica Costarricense (RACSA) ostentaron durante más de 60 años.

Para el año 2006, tan solo un año antes de que el país tomara la decisión de llevar adelante la apertura del mercado de las telecomunicaciones, de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), cerca de la quinta parte de los hogares del país (aproximadamente 220.000) no tenían teléfono y el 35% no tenía ningún teléfono celular. En cuanto a los servicios de Internet, menos de una tercera parte de los hogares tenía computadora y sólo el 10% tenía conexión a Internet en la casa.

A mayor abundamiento, según un estudio de la Comisión Asesora en Alta Tecnología (Hewitt, 2006), entre la población más pobre del país la brecha digital era mucho más profunda. Así, mientras que en el quintil de los hogares más ricos del país, un 86% tenía teléfono fijo y un 83% al menos un teléfono celular; en el quintil más pobre, esos porcentajes eran de 42% y 17%, respectivamente, a la vez que, solo un 6% tenía computadora en la casa y un 1% conexión a Internet.

En general, de acuerdo con datos de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT) del 2005, la densidad telefónica en Costa Rica apenas si alcanzaba el promedio mundial, mientras que su densidad de telefonía celular era significativamente menor al promedio mundial. Si nos comparáramos con otros 35 países de América, nuestro país se encontraba entre los que tenían densidades telefónicas más bajas (posición 13 entre 36 países), así como también entre los que menor ritmo de crecimiento de la telefonía celular tuvieron durante la primera mitad de la década del 2000 (posición 18 entre 36 países) (Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2007).

Ahora bien, fue el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (TLC), aprobado por Costa Rica mediante un referendo celebrado el 7 de octubre del 2007, el que propulsó y formalizó el compromiso del país hacia una apertura selectiva del mercado de las telecomunicaciones, específicamente en telefonía móvil, Internet y servicios empresariales de banda ancha.

A fin de implementar el TLC, se aprobó un paquete normativo que estableció el marco jurídico necesario para cumplir con los compromisos adquiridos, a saber: Ley N°8642, Ley General de Telecomunicaciones (LGT) y Ley N° 8860, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de las Telecomunicaciones (LFMEPST). Posteriormente, en el año 2011, se cumplió esa primera fase de apertura con la entrada de 2 nuevos operadores al mercado costarricense, adjudicatarios de un concurso público promovido por el gobierno de Costa Rica.

Así, pues, el mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica se rige por la LGT, cuyo principio esencial es la prestación del servicio en un régimen de competencia efectiva

y no discriminación. De esta forma, se han creado mecanismos adecuados para que compitan en condiciones iguales, operadores y proveedores, así como también el principio del trato menos favorable a cualquier operador, proveedor o usuario público o privado. Por tanto, ya no se trata del modelo tradicional de regulación que ha presidido los grandes servicios públicos, en que el regulador sustituía al mercado y se hacía cargo de la mayoría de las decisiones, sino de un modelo que promueve la competencia y al mismo tiempo protege los intereses de los usuarios (Ubico, 2008).

Complementa a este cuerpo normativo la LFMEPST, que creó formalmente el Sector Telecomunicaciones y separó los tres roles que le corresponden al Estado: rector, regulador y operador del mercado. El incumbente (ICE) –antiguo monopolista- fue fortalecido por medio de esta normativa, a la vez que se le otorgaron mayores facultades y libertades para su desarrollo como un operador más en un mercado de competencia, por lo que debe cumplir, al igual que los demás operadores, con las disposiciones legales vigentes.

Se creó, además, un tercero imparcial –Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL)-, como agencia reguladora independiente del Gobierno, para vigilar la competencia en el mercado, regular la actividad de los operadores, vigilar el correcto funcionamiento y prestación del servicio, así como sancionar en caso de faltas que pongan en riesgo la competencia del mercado.

Finalmente, se creó el Viceministerio de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología que, en su carácter de rector y en conjunto con la SUTEL, debe promover la competencia efectiva en el mercado e incentivar la inversión.

### **III. CONVERGENCIA Y NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA**

La LGT fue más allá del compromiso original de Costa Rica conforme al Anexo 13 del TLC. En efecto, además de instaurar la apertura en cuanto a telefonía móvil, Internet y servicios empresariales de banda ancha, se incluyó dentro de su texto la noción de convergencia, a partir de la cual se entiende comprendida la oferta múltiple de redes y servicios; esto es, la posibilidad de ofrecer, a través de una misma red, múltiples servicios, lo que permite que la información sea interactiva e interoperable con cualquier tipo de red.

Una de las características más importantes de la regulación en convergencia es la eliminación de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones. Por ello, en este contexto no tiene sentido restringir los títulos habilitantes para el funcionamiento de los operadores a determinados tipos de servicios de telecomunicaciones, pues lo propio es que cada día surjan nuevos servicios y varíen los que ya existían, de ahí que, los servicios no pueden sujetarse a una descripción legal ni a un tipo de tecnología.

Tampoco tiene sentido restringir los títulos habilitantes a la oferta de un único servicio, toda vez que las tecnologías actuales permiten que, a través de la misma red y equipo terminal, se puedan ofrecer múltiples servicios. Es por ello que, la LGT prevé que los operadores de redes públicas y proveedores de servicios pueden ampliar la oferta de servicios que prestan con tan solo informar previamente a la SUTEL. Con ello, la LGT adopta el principio de neutralidad tecnológica, mismo que resulta vital para la regulación de las telecomunicaciones en un contexto de convergencia. En este sentido, la LGT establece la posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y se garanticen,

en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio.

Siguiendo esta filosofía, la LGT clasifica a los títulos habilitantes en tres categorías:

**Concesiones:** para el uso y explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico.

**Autorizaciones:** para operar y explotar las redes públicas y privadas de telecomunicaciones que no requieran del uso del espectro radioeléctrico, para prestar servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo su operación, y para operar redes privadas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico.

**Permisos:** para el uso de las bandas de frecuencias para operaciones de carácter temporal, experimental, científico, servicios de radiocomunicación privada, banda ciudadana, de radioaficionados o redes de telemetría de instituciones públicas, y para seguridad, socorro y emergencia.

#### **IV. EL PAPEL DE REGULADOR**

SUTEL es el órgano del Estado costarricense al que principalmente le corresponde promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, pues debe procurar que ningún operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones manipule el mercado de manera tal que pueda modificar a su favor y en perjuicio de los demás, las condiciones de mercado, restringiendo el funcionamiento eficiente de este, con daño a los usuarios. Ahora bien, una vez que el mercado es declarado en competencia efectiva, su función pasa a ser ex post. En este sentido, en la recientemente aprobada Ley N° 9736, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (LFACCR), se ratifica lo que la LGT ya había establecido de previo, sea que, en el caso específico del sector telecomunicaciones, es a la SUTEL a la que le corresponde la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones, otorgándosele, de esta manera, la competencia exclusiva y excluyente en el sector.

De conformidad con ello, le corresponde a la SUTEL aplicar los mecanismos necesarios para garantizar la igualdad de condiciones de los operadores del mercado a través de todas las facultades que la legislación establece. Para ese fin, debe aplicar el principio constitucional de igualdad –artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica-, pues es este precisamente el que permite que vía regulatoria se impongan o supriman facultades a los operadores del mercado que cuenten con mayores o menores beneficios, en un tratamiento desigual con el uso de medidas preventivas, según lo amerite (regulación asimétrica).

De esta forma, el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, a la luz del principio constitucional de igualdad, fue ideado para permitir y promover una regulación asimétrica hasta tanto no se esté en presencia de un mercado estable y maduro que no requiera la discriminación positiva, pues no basta con permitir la libertad de entrada de los operadores, así como el acceso a las redes e infraestructuras, si no se cuenta con los mecanismos legales que les permitan a los entrantes desenvolverse en un mercado que garantice condiciones óptimas de igualdad y estabilidad. Como bien ha señalado la doctrina:

...el principio de libre competencia no exige sólo que cualesquiera interesados puedan acceder a la condición de operador en un mercado determinado. Además es necesario que, una vez que aquéllos han accedido al mismo, y como condición

para la libertad y efectividad de la competencia entre los partícipes, todos ellos se hallen situados en una posición de igualdad. Pues bien, la LGTT trata de satisfacer asimismo esta exigencia, sometiéndolo con carácter general, a todos los operadores a las mismas condiciones, lo cual se asegura mediante el carácter normativo de las mismas y la consiguiente imposibilidad de que, en principio –y al contrario de los que ocurriría en la regulación anterior en el caso de las licencias individuales, la Administración pueda imponer condiciones particulares a determinados operadores. Ello no obstante, la efectividad del principio de igualdad –condición imprescindible para que la competencia pueda calificarse como libre- exige tratar desigualmente a los desiguales. Por ello, y asumiendo la realidad de que el punto de partida no es siempre el mismo, la LGTT permite la imposición de condiciones y obligaciones específicas a determinados operadores, pero siempre con la finalidad de asegurar la no distorsión de la libre competencia. (.. ) La imposición de obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en el mercado, que se condiciona a la existencia de un entorno de competencia efectiva en éste, de forma que aquellas han de suprimirse cuando se constate de la existencia de tal entorno. (Quadra, 2004).

Valga señalar que, en el mercado costarricense, sólo unos cuantos servicios han sido declarados en competencia efectiva por parte de la SUTEL, pero existe actualmente un proceso de transición que no ha culminado, pues el incumbente concentra más del 50% del espectro radioeléctrico disponible en el país, situación que obliga a la existencia de una regulación asimétrica para evitar la existencia de prácticas monopolísticas o abusos de posición de dominio.

## **A. FUNCIONES DEL REGULADOR PARA PROMOVER LA COMPETENCIA**

Como ya dijimos, le corresponde a la SUTEL fomentar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, tanto con acciones afirmativas como con la imposición de obligaciones a los operadores con la finalidad de prevenir, evitar o suprimir una situación que conlleve como resultado la distorsión en el mercado y la afectación al servicio esencial que se presta, así como también por medio del ejercicio de su potestad sancionatoria (Chloe, Stewart, Sunstein, Vermule, & Herz, 2011).

Específicamente, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: i) Promover los principios de competencia en el mercado nacional de telecomunicaciones; ii) Analizar el grado de competencia efectiva en los mercados, iii) Determinar cuándo las operaciones o los actos que se ejecuten o celebren fuera del país, por parte de los operadores o proveedores, pueden afectar la competencia efectiva en el mercado nacional, iv) Garantizar el acceso de los operadores y proveedores al mercado de telecomunicaciones en condiciones razonables y no discriminatorias, v) Garantizar el acceso a las instalaciones esenciales en condiciones equitativas y no discriminatorias, vi) Evitar los abusos y las prácticas monopolísticas por parte de operadores o proveedores en el mercado, vii) Conocer de oficio o por denuncia, así como corregir o sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por los operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Le concierne, además, el ejercicio de otras funciones que de manera directa o indirecta tienen incidencia en la regulación para la competencia, como lo son, por ejemplo: la función normativa, la función sancionatoria, la fijación de tarifas máximas, el otorgamiento de títulos habilitantes cuando corresponda, y el control preventivo de concentraciones, entre otras.

La SUTEL también se encuentra habilitada para solicitar la información que considere pertinente a los operadores, quienes a su vez están obligados a proporcionarla, cuando considere que existe o puede existir una práctica monopolística que se debe corregir o prevenir, o bien, que se deben resguardar los derechos de los usuarios. De manera posterior a la solicitud de información, la SUTEL debe analizar y pronunciarse sobre los elementos obtenidos y valorar si existen o no prácticas monopolísticas absolutas o relativas a la luz de la LGT.

De igual forma, le corresponde analizar el grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones. Para ello, debe analizar y clasificar los mercados existentes y establecer, con base en la normativa de telecomunicaciones, la existencia o no de un mercado en competencia, pues a partir de ello puede seleccionar - previa motivación - a los operadores que tienen un poder significativo de mercado y señalar aquellos mercados que requieren de mayor o menor regulación porque su estabilidad está o dejó de estar en riesgo.

Una vez analizados los mercados de referencia y seleccionado el operador con poder significativo de mercado - siempre y cuando el mercado no haya sido declarado en competencia efectiva - corresponde entonces la imposición de las obligaciones a ese operador, con la finalidad de garantizar una competencia en el mercado y evitar la distorsión del mismo, dentro de las cuales, según el artículo 75 del Reglamento a la LGT, pueden citarse las siguientes: i) abstenerse de realizar prácticas monopolísticas; ii) dar libre acceso a las redes y a los servicios que por medio de éstas se presten, en condiciones razonables y de manera oportuna.

Específicamente, el Consejo de la SUTEL definió por primera vez los mercados relevantes y los operadores importantes a través de su resolución No. RCS-307-2009, de 9 de diciembre de 2009, definiendo 18 mercados relevantes y un único operador dominante en todos ellos, el ICE y sus empresas (Grupo ICE), pues para ese momento, era el único operador presente en el mercado.

A pesar de lo anterior, y previendo que la apertura del mercado de las telecomunicaciones estaba próxima a ocurrir, se le impusieron algunas medidas y obligaciones tales como: hacer pública cierta información que la SUTEL le solicitara; mantener la contabilidad de costes por separado; someter el esquema de regulación y determinación de cargos de acceso e interconexión orientados a costos; comunicar previamente los precios y condiciones aplicables a los servicios ofrecidos; dar libre acceso a sus redes en forma oportuna y en condiciones razonables y no discriminatorias a otros operadores, proveedores y usuarios de servicios de telecomunicaciones, así como a los operadores y proveedores de servicios de información; facilitar el acceso oportuno a sus instalaciones esenciales y poner a disposición de los operadores y proveedores la información técnica relevante en relación con estas instalaciones; cumplir las obligaciones propias del régimen de acceso e interconexión; entre otros.

Como era de esperarse, con la apertura a la competencia, la situación de mercado varió, y por ello, precisamente, mediante la resolución RCS-245-SUTEL-2012, de 16 de agosto de 2012, se aprobaron los Lineamientos para la definición de mercados relevantes y operadores con poder significativo de mercado, los cuales deben incorporarse al respectivo estudio que se lleve a cabo en cada uno de los procesos que se utilizan para definir y analizar los mercados relevantes y operadores con poder significativo de mercado. Estos lineamientos constituyen criterios y técnicas internacionalmente reconocidas y, por tanto, deben considerarse incorporadas al ordenamiento jurídico costarricense, en adición y complemento a los parámetros legales y reglamentarios.

Dichos Lineamientos atienden, por supuesto, a la determinación de características o indicadores que a su vez permitan determinar un grado de competencia en el mercado, como lo son, por ejemplo, los criterios relacionados con la sustituibilidad de la demanda y de la oferta, así como establecimiento y determinación del área geográfica.

De esta manera, para determinar si un operador cuenta con poder significativo de mercado, debe analizarse la cuota de mercado, participaciones de mercado y sus tendencias, control de infraestructura y facilidades esenciales para el período en estudio, ventajas tecnológicas que no sean factiblemente adquiribles y proyectos de inversión de los operadores, así como control de canales de distribución, poder de negociación y compra, economía de escalas, entre otros.

## **B. GESTIÓN DE RECURSOS ESCASOS: EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO**

El espectro radioeléctrico es el bien demanial esencial en la prestación del servicio de telecomunicaciones, protegido constitucional y legalmente mediante el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política, y el artículo 7 de la LGT, por lo que los servicios inalámbricos no pueden salir del dominio del Estado y para su explotación se debe contar con una concesión.

En este sentido, la Sala Constitucional, en su resolución número 4329 de 30 de marzo de 2011, sostuvo que el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, al indicar que las ondas etéreas forman parte del espectro que es un bien demanial perteneciente a la Nación; y, además, el Estado tiene el derecho y el deber de velar por la conservación del dominio público.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 2, inciso g) de la LGT dicho bien es escaso, por lo cual, solamente una determinada cantidad de frecuencias pueden ser aprovechadas y explotadas, siendo así que su correcto uso se define a través del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), mediante el cual se designan los usos de las bandas del espectro radioeléctrico.

Debido a que este es el bien que permite la prestación de los servicios de telecomunicaciones, su correcta explotación y distribución resulta de fundamental importancia, pues de ello va a depender de manera directa, el comportamiento del mercado y la correcta prestación del servicio. En razón de ello, le corresponde a la SUTEL la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales. Asimismo, la SUTEL debe sancionar las conductas que puedan afectar la correcta gestión o explotación del espectro radioeléctrico y realizar los análisis correspondientes que le solicite el Poder Ejecutivo en relación con la distribución del espectro radioeléctrico, pudiendo denunciar situaciones de concentración, subutilización y mal uso de este.

Asimismo, no puede bajo ningún supuesto dejarse su gestión a discreción de las Administraciones públicas, sino que, por el contrario, los organismos administrativos que intervengan en su gestión deben valorar siempre, salvo excepción legal, la opinión del regulador, pues es éste el que tiene los conocimientos técnicos y puede, además, interpretar los parámetros legales con los que Costa Rica debe cumplir. Por tanto, toda la regulación que gire alrededor del espectro radioeléctrico debe ser tendiente a una correcta distribución por ser un bien escaso y esencial para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, y además a la concreción de un mercado en competencia.

Ahora bien, en Costa Rica las funciones relacionadas con la correcta distribución del espectro radioeléctrico se ejercen de manera conjunta por la SUTEL y el Viceministerio



de Telecomunicaciones. De conformidad con el artículo 10 de la LGT, le corresponde: a) al Poder Ejecutivo dictar el PNAF, previa consideración de las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y de la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL); así como la asignación, reasignación, o rescate de las frecuencias, de acuerdo con lo establecido en el PNAF, de manera objetiva, oportuna y no discriminatoria; b) a la SUTEL, por su parte, le corresponde la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales.

En ambos casos, la SUTEL y el Poder Ejecutivo deben tener en cuenta los principios inspiradores del mercado de las telecomunicaciones, pues solo así se garantiza un correcto uso y una distribución equitativa del mismo. Con todo ello se busca, sin duda, según lo establece el artículo 8 de la LGT, optimizar su uso de acuerdo con las necesidades y las posibilidades que ofrezca la tecnología, garantizar una asignación justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria, así como también asegurar que la explotación de las frecuencias se realice de manera eficiente y sin perturbaciones producidas por interferencias perjudiciales.

En virtud de lo que viene señalado, queda claro entonces que una mala regulación del espectro radioeléctrico, o su mal aprovechamiento, puede tener incidencia y llegar a afectar de manera directa el comportamiento de los operadores y el mercado, toda vez que puede generar o permitir la creación de barreras de entrada o permitir abusos de poder dominante, entre otros.

En relación con la explotación del espectro radioeléctrico propiamente, resulta menester señalar que, según lo dispone el artículo 11 de la LGT, se debe contar con una concesión que habilite su uso, para lo cual se debe celebrar un procedimiento concursal instruido por la SUTEL que culmine con un acto de adjudicación a favor de algún operador. De conformidad con el artículo 12 del mismo cuerpo legal, le corresponde a la SUTEL, además, realizar los estudios de precios necesarios para determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de las concesiones de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones y las Políticas Sectoriales (PNDTPS).

Del mismo modo, le compete a la SUTEL llevar la información en el Registro de Telecomunicaciones, así como permitir o no la ampliación de servicios que prestan los operadores, pues si lo considera pertinente, ante la comunicación previa del operador interesado, de conformidad con el artículo 27 de la LGT, puede requerir información adicional o aclaraciones, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación, así como los ajustes que considere necesarios, a fin de que la prestación de los nuevos servicios se ajuste a lo previsto en esa Ley, a la concesión o autorización otorgada y al PNDTPS. El incumplimiento de la obligación de informar a la SUTEL implicará una sanción administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y 70 de la LGT.

Resulta entonces fundamental la participación de la SUTEL en relación con la gestión del espectro radioeléctrico, pues además de realizar las mediciones y vigilar su correcta explotación tiene un papel fundamental en su disposición al público, ya que le corresponde realizar los estudios de factibilidad y con ello debe tener presente la utilización de las bandas, analizar la situación de las frecuencias y el correcto uso de este bien, y promover de manera indirecta, con su gestión, la competencia en el mercado y la prestación efectiva del servicio de telecomunicaciones en estricto apego a los principios de universalidad y solidaridad.

En uso de esas facultades, la SUTEL, de previo a la licitación pública que permitió el ingreso de nuevos operadores móviles a Costa Rica, emitió su informe No. 251-SUTEL-2009 mediante el cual concluyó que, en aras de garantizar la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y evitar una subutilización del bien, debía desconcentrarse el espectro para permitir el acceso de nuevos operadores y proveedores. Bajo esa premisa, pues, le recomendó al Poder Ejecutivo recuperar algunas de las bandas (pues todas estaban en manos del incumbente), para realizar una adecuada asignación, y permitir con ello el ingreso de nuevos operadores.

No obstante, actualmente, la concentración de espectro radioeléctrico advertida por la SUTEL desde el año 2009 se mantiene. En este sentido, como lo ha advertido Rivera (2000):

Entonces, lo primero que debemos entender, es que avanzar hacia el 5G es necesario para habilitar la revolución digital y la conectividad de las cosas y de sectores productivos, no tanto para mejorar en sí la conexión de las personas. Por ello, cuando pensemos en reducir la brecha digital o abarcar áreas rurales que requieren mejorar su cobertura no significa que es necesario ir al 5G sino más bien hay que fortalecer las redes actuales de 4G y la capilaridad de las redes fijas.

Entendido ese punto, ¿Cómo avanzamos hacia 5G en Costa Rica? Hay tres elementos centrales para trazar una hoja de ruta (que no la hay o por lo menos, no se ha dado a conocer abiertamente): el espectro radioeléctrico, la infraestructura pasiva o de soporte y la red de transmisión, es decir, el despliegue de fibra óptica a lo largo del país. Por la necesidad de extensión de cada punto, concentrémonos en el primero.

Contrario a las generaciones de tecnología móviles anteriores, el desarrollo pleno de 5G pasa por combinar diferentes frecuencias del espectro radioeléctrico: las bajas (por debajo de 1Ghz), las medias (de 1Ghz hasta 6Ghz) y las altas (arriba de 6Ghz). Los diferentes desarrollos de 5G van a requerir que las redes de telecomunicaciones combinen estas diversas bandas para optimizar las diferentes aplicaciones: aquellas que puedan requerir conectar grandes áreas como aplicaciones agrícolas o agro-alimentarias, otras que permitan asegurar en sitios críticos la ultra velocidad y la cuasi eliminación de la latencia y otras que masifiquen la tecnología en las ciudades y poblados. Sin espectro no habrá 5G. En bandas altas, el MICITT está haciendo correctamente su tarea, y muestra de ello, la reciente propuesta de reforma al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias.

No obstante, en Costa Rica, algunas de las bandas denominadas centrales para el desarrollo de 5G se encuentran concentradas en el Grupo ICE. Esto sucede con la banda de 3.5Ghz, banda que por internacionalmente se ha identificado como pivó en la estrategia de despliegue de 5G. Esto implica que desde ya, los dispositivos tanto para personas, celulares, tablets y weareables (dispositivos "vestibles") así como las "cosas" propiamente, se están produciendo para funcionar en esta banda.

Permítanme ser claro: si el Gobierno -el MICITT- no asume con determinación el recuperar esta banda para ponerla a disposición del mercado, bajo los mecanismos establecidos por la Ley General de Telecomunicaciones, solo podemos tener dos escenarios posibles de 5G en el país: o un desarrollo

en monopolio del 5G o un desarrollo forzosamente compartido sobre la base de un único operador mayorista. Es nuestro criterio que ninguna de estas opciones asegura que el país adopte de forma competitiva y oportuna la tecnología en beneficio de la sociedad, los consumidores y los sectores productivos.

Similar situación se vivió en el año 2013 con el desarrollo de la 4G, específicamente en relación con la banda 2600 -banda por excelencia para el despliegue de la red 4G-. Lamentablemente, enfrentado con el caso de acaparamiento de la banda idónea del espectro radioeléctrico por parte del operador incumbente (ICE), el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en su Res. N°2343-2013 de las nueve horas y cincuenta minutos del treinta de octubre del dos mil trece, consideró que, si bien el caso presentado por el operador entrante gozaba de apariencia de buen derecho y efectivamente se había demostrado la existencia de un daño potencial o eventual que se le podría causar por la desventaja competitiva en que quedaba con relación al incumbente, la balanza debía inclinarse en favor del interés público, pues en la palestra de los intereses en juego se encontraba la entidad pública estatal (incumbente) (Ortiz, 2021).

Como se puede comprobar, el Tribunal asimiló el interés público con el interés de la Administración Pública, aún y cuando están claramente delimitados en el artículo 113 de nuestra Ley General de la Administración Pública que dice:

Artículo 113.- 1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.

Y es que, cuando el país adoptó la decisión de liberalizar el mercado de las telecomunicaciones se inclinó por un modelo que busca promover la competencia efectiva como medio para aumentar la disponibilidad de los servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles. Consecuentemente, el fin de la apertura consistió en beneficiar a los usuarios, quienes tienen derecho a obtener servicios de telecomunicaciones de calidad, con más y mejor cobertura, más alternativas -donde su poder de elección de operador debe privar y ser respetado-, en forma continua, no discriminatoria, eficiente y a un precio que corresponda al precio de mercado.

Por tanto, es claro que el interés público prevalente en el mercado de las telecomunicaciones es la correcta prestación del servicio en aras de garantizar el acceso universal, mas no la protección del operador estatal tan solo porque administra fondos públicos, pues las empresas privadas, al igual que el incumbente, coadyuvan con la prestación del servicio y no son el enemigo a vencer (Ariño, 2004).

### **C. TARIFAS Y PRECIOS**

Con ocasión del análisis de mercado que le corresponde realizar, SUTEL debe determinar si existe competencia efectiva, para con ello definir la procedencia o no de la fijación de las tarifas. En concreto, en caso de la existencia de competencia efectiva, debe dejar los precios al mercado; pero, en caso contrario, cuando determina que no existen las

condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, debe intervenir fijando la tarifa mediante el sistema de tope o *price cap*.

En un principio, mediante su resolución RCS-615-2009, la SUTEL definió como tarifas máximas las emitidas por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), permitiendo con ello un avance en el proceso de la transición a la competencia efectiva, puesto que con ello se permitió la incursión de nuevos operadores al mercado y se evitó la creación de barreras de entrada de este tipo. En lo que interesa, la resolución citada acordó definir como tarifas máximas las que fueron aprobadas en su momento por la ARESEP, aclarar que esas tarifas regirían para todos los operadores y proveedores que contaran con el respectivo título habilitante para la prestación del servicio, así como establecer que de forma temporal las condiciones y tarifas máximas aprobadas y vigentes para el sistema de telefonía fija convencional, regirían como tarifas máximas para los servicios de telefonía IP, independientemente de la modalidad de pago (pre o post pago), y establecer como tarifas aplicables a los servicios de canales punto a punto y a los puntos multipunto, así como para los servicios de internet y envío de mensajes.

Sin embargo, andando el tiempo y un poco más maduro el mercado, mediante RCS-248-2017, la SUTEL declaró que el mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles se encuentra en competencia efectiva, tomando en consideración para tal conclusión que, efectivamente se verifica en este mercado específico, la condición de 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. En consecuencia, a partir de la publicación de la citada resolución, los precios del servicio de acceso a la red pública de telecomunicaciones, el servicio de llamadas con origen en una ubicación móvil y destino nacional, el servicio de mensajería corta con origen en una ubicación móvil y con destino nacional y el servicio de transferencia de datos a través de redes móviles dejaron de ser fijados por la SUTEL y son ahora definidos por el mercado.

#### **D. CONTROL PREVENTIVO DE LAS CONCENTRACIONES**

El criterio de atribución de la competencia en el control de concentraciones es de tipo subjetivo, es decir, recae sobre determinados actores y no sobre ciertas actividades. Al respecto, el artículo 56 de la LGT somete al conocimiento de la SUTEL aquellas concentraciones realizadas entre operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como aquellas en las que cualquier persona adquiera el control de dos o más operadores o proveedores de telecomunicaciones independientes entre sí.

Se entiende por concentración, en los términos del artículo 56 de la LGT y el numeral 23 del Reglamento de la Competencia, la fusión, la adquisición del control accionario, o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general, que se realicen entre operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones que han sido independientes entre sí.

Al ser la concentración una fusión de activos, funciones, sociedades o asociaciones que presten servicios de telecomunicaciones, debe tenerse presente que su fusión puede representar, sin duda alguna, una afectación sustancial al mercado, tanto a largo plazo como a corto plazo; y es precisamente por este motivo que se requiere de una autorización, sujeta, en la mayoría de los casos, a condiciones y obligaciones esenciales que permite garantizar una competencia efectiva en el mercado.

La SUTEL, según el numeral 28 del Reglamento de la Competencia, puede imponer condiciones con el fin de superar aquellos obstáculos que se presenten con la fusión que puedan afectar la competencia de manera sustancial. Incluso, debe valorar si de la concentración resulta una situación de poder sustancial o incremento de la posibilidad de ejercer poder en el mercado relevante, según los términos establecidos en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (LPCDEC). Para ello, deben considerarse los presupuestos que establece el artículo 15 de la LPCDEC para determinar el poder sustancial del mercado, pues solo puede considerarse su existencia cuando la participación del operador en ese mercado le permita fijar precios de manera unilateral, o bien, restringir el abastecimiento en el mercado de referencia, sin que los demás agentes puedan contrarrestar ese poder; existencia de barreras de entrada al mercado y los elementos que previsiblemente puedan tanto esas barreras como la oferta de los competidores; la existencia y el poder de sus competidores; restricción del acceso a los agentes económicos y sus competidores; su comportamiento reciente, y demás conductas que puedan afectar la competencia.

De lo anterior, debe quedar claro entonces que la SUTEL cuenta con las facultades y condiciones legales –así como con la discrecionalidad correspondiente–, para autorizar las concentraciones e imponer o suprimir obligaciones a cargo de uno o varios operadores con la finalidad de resguardar de la mejor manera posible la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, considerando siempre, las particularidades que cada mercado representa.

A pesar de las amplias facultades que le asisten a la SUTEL en relación con la imposición de obligaciones, es importante recordar que su función está sujeta al principio de legalidad y, por ende, no puede imponer obligaciones que sean competencia de otras instituciones involucradas en el mercado de las telecomunicaciones. En efecto, está impedida, por ejemplo, para solicitar la renuncia de una concesión o la devolución de frecuencias, pues éstas son competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo.

En el mismo orden de ideas, el procedimiento a seguir para aprobar la concentración es el siguiente:

Los operadores de redes y los proveedores de servicio solicitan la autorización respectiva a la SUTEL, y aportan en ese mismo momento, toda la información que se requiere para ello.

La SUTEL tiene un plazo de 30 días hábiles, a partir de la solicitud (completa, junto con la información adicional), para resolver. Solamente en casos de especial complejidad puede ampliar ese plazo por una sola vez, hasta por quince días hábiles adicionales.

De previo a emitir su resolución, debía la SUTEL -pues hoy en día esta competencia le corresponde en exclusiva en virtud de la reciente reforma ya apuntada- solicitar el criterio técnico a la Comisión de la Competencia. Este criterio no le era vinculante, pero para apartarse del mismo debía hacerlo mediante resolución motivada.

Una vez que autoriza o deniega la concentración, deberá hacerlo de manera motivada, indicando las medidas que se deben adoptar y el plazo para su implementación. Las medidas deberán aplicarse por el plazo máximo otorgado al operador o proveedor en la concesión o autorización.

Las medidas que se pueden imponer a los operadores para autorizar la concentración de sus operaciones, a la luz del numeral 57 de la LGT, así como el numeral 103 de la LFACCR, son las siguientes: i) cesión, el traspaso o la venta de uno o más de sus

activos, derechos, acciones, sistemas de distribución o servicios a un tercero autorizado, ii) la limitación o la restricción de prestar servicios determinados o vender determinados bienes, o la delimitación del ámbito geográfico en que estos pueden ser prestados o al tipo de clientes al que pueden ser ofrecidos, iii) Obligación de suplir determinados productos o prestar determinados servicios en términos y condiciones no discriminatorias a clientes específicos o a otros operadores, iv) introducción, eliminación o modificación de cláusulas contenidas en los contratos escritos o verbales que rigen sus relaciones comerciales con clientes o proveedores, v) separación o escisión de agente económico, vi) limitación o restricción para adquirir nuevas concesiones o autorizaciones, vii) cualquier otra condición estructural o de conducta que sea necesaria para impedir, disminuir o contrarrestar los efectos anticompetitivos de la concentración.

Aunado a lo anterior, la SUTEL, de conformidad con los artículos artículo 58 de la LGT y 119 incisos a), b) y f) de la LFACCR, puede imponer a los operadores, sin perjuicio de la sanción que corresponda, medidas correctivas cuando realicen concentraciones no autorizadas en la ley, como lo son la suspensión, la corrección o la supresión de la práctica de que se trate, y la desconcentración, parcial o total, de lo que se haya concentrado indebidamente.

Resulta de interés comentar a continuación, dos casos de concentraciones que se han presentado en el mercado de las telecomunicaciones de Costa Rica desde su apertura.

### **1. Concentración de Grupo ICE con CABLEVISION:**

En primer término, valga la pena mencionar que el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE, en lo sucesivo), antiguo monopolista, hoy operador del mercado de las telecomunicaciones, solicitó a la SUTEL, autorización para la concentración con la empresa Cable Visión de Costa Rica, y pretendía con ello, adquirir el 100% de sus acciones.

La SUTEL realizó el análisis del mercado y, en lo que interesa, solicitó criterio técnico a la Comisión para Promover la Competencia, y además, realizó un análisis del mercado de referencia (televisión), y aprobó la concentración con la imposición de medidas, en aras de garantizar la competencia efectiva en el sector y evitar el abuso de la posición de dominio que podría eventualmente llegar a tener el Grupo ICE, disponiendo en lo que interesa que se autorizaba la concentración sujeta al cumplimiento de varios requisitos, como lo son la abstención de ventas atadas entre los distintos servicios que ofrecen, entre ellos televisión. De la misma manera dispuso que no podrían ofertar en forma conjunta los servicios que aceptación la oferta por parte de los consumidores sea totalmente libre y voluntaria, entre otros.

Obsérvese cómo el regulador costarricense procuró a través de la resolución de cita, permitir una concentración en el mercado, pero sin que ello implicara por sí mismo, una afectación sustancial a este; en el tanto, es claro que las medidas impuestas fueron todas tendientes a evitar los abusos por parte del Grupo ICE, pero además, garantizar el acceso de nuevos competidores al mercado, sin permitir la creación de barreras de entrada, o la adopción de prácticas monopolísticas que benefician a los consumidores, a los operadores actuales y a los futuros.

Debe resaltarse, además, que de manera razonada consideró que el Grupo ICE debía garantizar el acceso a la infraestructura a los demás operadores, proteger el derecho de elección de sus consumidores, como beneficiarios últimos del mercado, y, además, de manera acertada, se le obligó a que sometiera sus promociones y servicios empaquetados a aprobación previa de la SUTEL. Llama la atención esta última medida porque si bien

se está en presencia únicamente del mercado de televisión por cable, lo cierto es que el empaquetamiento de servicios que puede brindar ahora el Grupo ICE (televisión, internet y telefonía fija), sin duda podría llegar a afectar otros mercados asociados e incluso, crear un monopolio de hecho, mismo que la Constitución Política, según se apuntó al inicio del presente apartado, es prohibido. Lo anterior permite evidenciar la función que cumple el regulador frente a las concentraciones en el mercado, en aras de garantizar ex-ante, la existencia de un mercado óptimo y en igualdad de condiciones, aplicando la ya analizada regulación asimétrica frente a estas situaciones donde existe un operador cuya posición de privilegio podría distorsionar o afectar la competencia efectiva.

## **2. Concentración de Radiográfica de Costa Rica para la adquisición de la Base de activos y clientes de Virtualis, S.A.**

Mediante el acuerdo del Consejo de la SUTEL, No. 002-005-2014, de 24 de enero de 2014, se aprobó en Resolución No. RCS-017-2014, la solicitud de autorización de concentración presentada por Radiográfica Costarricense, para la adquisición de la Base de activos y clientes de Virtualis (operador móvil virtual). Dicha solicitud fue aprobada, previo criterio técnico de la Comisión para la Competencia.

Resulta de interés para los efectos de esta investigación mencionar que la SUTEL -debido a la ausencia de pronunciamiento de RACSA- debió determinar por su parte, el mercado relevante del que se trata; siendo entonces que analizó que RACSA -sin considerar que forma parte del Grupo ICE-, prestaba los servicios de transferencia de datos y servicios mayoristas de acceso, y por su parte, Virtualis solamente prestaba servicios de telefonía móvil; por lo que dispuso que el mercado relevante para los efectos del presente caso era el mercado de telefonía móvil (acceso a internet, llamadas internacionales, terminación de llamadas).

Asimismo, y a pesar de que RACSA y el Instituto Costarricense de Electricidad forman parte del mismo Grupo de Interés Económico -Grupo ICE-, sostuvo que dentro de los operadores que competían en el mercado de las telecomunicaciones, al que pretendía ingresar RACSA, presta servicios como un operador del mismo, el Instituto Costarricense de Electricidad. Aunado a ello, realizó la SUTEL un análisis de las cuotas del mercado; mediante el cual se obtuvo como resultado que el Grupo ICE contaba para ese momento con un 65% de participación en el mercado de telefonía móvil (mucho más del 25% que solicita el Reglamento de interconexión para considerar a un operador con peso significativo de mercado, lo que permite concluir que es un operador con poder sustancial en el mercado, en los términos del artículo 54 de la LGT).

No obstante lo anterior, y ante la evidente situación de posible afectación del mercado, la SUTEL utilizó como referencia para valorar los efectos de esta concentración los parámetros o medidas empleadas por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de los Estados Unidos de América (Commission, 2010), mediante los cuales se diseñan diferentes rangos y se le atribuye distinto valor a cada uno para determinar la afectación de un mercado relevante como consecuencia de una concentración (Mota, 2004).

Queda entonces la duda de si ¿realmente convenía implementar el uso de técnicas de un mercado con condiciones disímiles a las existentes en Costa Rica, o bien, si por el contrario realmente esta es una medida que permita la concreción de un mercado en competencia en el caso costarricense a escasos 3 años de su apertura material? No existe aún una respuesta concreta, pero solamente puede quedar plasmada, con ello, una duda sobre la función del regulador y su potestad para variar los criterios de aplicación, de un caso a otro según su "discreción", y además, una incertidumbre sobre la justificación que

permitió utilizar esta metodología, si analizado anteriormente, correspondiente a la fusión de Grupo ICE con Cablevisión, aplicó la metodología europea y no la estadounidense como se hizo en este supuesto; normativa que valga la pena mencionar resulta de mejor aplicación al mercado costarricense debido a que Costa Rica tiene una fuerte influencia europea en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, y en su legislación se recogen básicamente los mismos principios, pero además, muchos de los mercados europeos tuvieron una apertura gradual como el nuestro, pues pasaron de un monopolio a una apertura del mercado de las telecomunicaciones y posteriormente, a diferencia del nuestro, a la privatización del antiguo monopolista. Por tanto, ¿qué ocurrió para que el regulador optara esta vez por utilizar una metodología distinta? Su justificación, se echa de menos en la resolución de marras; pues además de ser inexistente, no da motivos o indicios que permitan concluir la importancia y relevancia de su utilización.

Ahora bien, llama poderosamente la atención, asimismo, el análisis que realizó la SUTEL sobre la incidencia que podría tener esta decisión en el mercado de las telecomunicaciones, al considerar que no se producía un cambio significativo en el mercado relevante de telefonía móvil, por cuanto se permite presumir, del análisis realizado con base en la metodología utilizada en Estados Unidos, que no tendrá un efecto anticompetitivo en el mercado.

Sostuvo, además, que los competidores del ICE –Claro y Telefónica-, ofrecen servicios similares y ofrecen servicios, paquetes y promociones similares, por lo que pueden competir de manera efectiva con el ICE. Sin embargo, no se puede compartir esta postura, sobre todo porque el ICE, según el análisis que realizó la SUTEL en la misma resolución, contaba para ese momento con una cuota de mercado del 65%, por lo que su posición de operador con poder significativo de mercado era innegable, porcentaje que valga resaltar, es superior al establecido como mínimo por parte del propio regulador en la resolución citada anteriormente. Ante ello, la SUTEL solamente refirió de manera breve y además justificó su existencia por considerar que es el operador incumbente, y que, por ende, no afectaría la competencia de manera significativa, en el tanto, el ICE desde antes ya percibía ingresos porque Virtualis prestaba los servicios a través de su red. Se le olvidó para este punto a la SUTEL que los ingresos que obtendría el ICE son mayores que los que obtenía en el pasado por el alquiler de la red a Virtuales, pues percibiría además los ingresos correspondientes a la prestación del servicio al usuario final.

Finalmente, la SUTEL autorizó la concentración sin ninguna condición a la operación de concentración solicitada por Radiográfica de Costa Rica, para la adquisición de base de clientes y activos de VIRTUALIS.

## **V. EL SERVICIO UNIVERSAL**

Las telecomunicaciones incluyen una pluralidad de servicios esenciales, que la sensibilidad político – social actual considera ineludibles para desarrollar una vida humana en condiciones adecuadas. La prestación de estos servicios –en aceptables condiciones de calidad y precio- debe, pues, ser garantizada a todos los ciudadanos, con independencia de su situación geográfica o de su rentabilidad. Esto es algo que antes buscaba asegurar el régimen del servicio público y que ahora deben garantizar las obligaciones de servicio público (López, 2001). Lo anterior se refleja en el concepto de “servicio universal”, entendido como un conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza a todos los usuarios finales, con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible (Arroyo, 2010). Se trata, por tanto, de una oferta de servicios en condiciones dignas y adecuadas.



Ejemplo de esto es la normativa comunitaria europea (Ruiz, 2007), la cual contempla dos alternativas generales para su fijación, a saber:

- i) Las autoridades nacionales podrán introducir un mecanismo de compensación con cargo a los fondos públicos; o bien,
- ii) Repartir el coste neto de las obligaciones de servicio universal entre los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas. Así, cabe que el fondo sea sufragado por todos los operadores del sector, o bien que se alimente por una tasa parafiscal o impuesto especial, que se cobra a todos los usuarios de servicios de telecomunicaciones (Paz, 2007).

En lo que respecta al ordenamiento jurídico costarricense –siguiendo la línea de la mayor parte de los países europeos y de los Estados Unidos de Norteamérica-, el financiamiento del servicio universal corresponde a los operadores del sector. Ello, como es bien conocido, surge a partir de la apertura comercial en el mercado de las telecomunicaciones, con ocasión de la suscripción del TLC, mediante el cual se establecieron las bases de la “nueva” normativa referente al tema.

A partir de tales bases la LGT creó el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) como instrumento de administración –por parte de la SUTEL- de los recursos destinados a financiar el cumplimiento de los objetivos fundamentales del régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en la misma Ley, así como las metas y prioridades definidas en el PNDT. La contribución especial parafiscal al Fondo representa un aporte que recae sobre los ingresos brutos obtenidos directamente por la operación de redes públicas de telecomunicaciones o bien por proveer dichos servicios disponibles al público.

Los mencionados objetivos se encuentran regulados en los ordinales 31 al 33 del Título II – “Régimen de Garantías Fundamentales”-, Capítulo I – “Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad de las Telecomunicaciones”- de la LGT; mientras que los aspectos relativos a la administración del FONATEL, las formas de asignación de los recursos, la ejecución de los fondos, las fuentes de financiamiento y los mecanismos de rendición de cuentas en relación con el mismo, están reguladas a partir del artículo 34 y hasta el numeral 40 del citado capítulo.

A la luz de tales lineamientos, con el fin de alcanzar sus objetivos, el FONATEL mantiene un fideicomiso de gestión de sus proyectos y programas, cuyo patrimonio es producto de las diferentes fuentes de financiamiento del Fondo (artículo 38 de la LGT), siendo su principal ingreso recurrente, la mencionada contribución especial parafiscal. En lo que interesa, el numeral 38 dispone que los recursos del FONATEL no podrán ser utilizados para otro fin que no sea el establecido en el PNDT, en cumplimiento de los objetivos anteriormente citados, y que éstos deberán asignarse íntegramente cada año. No obstante, los costos de administración del FONATEL serán cubiertos con los recursos del mismo Fondo, para lo cual no se podrá destinar una suma mayor a un uno por ciento (1%) del total de los recursos. La administración de tales recursos está sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República y de la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda.

De conformidad con el artículo 39 de la LGT, esta contribución parafiscal se justifica en el beneficio individualizable que para los operadores y proveedores señalados representa la maximización del uso de las redes de telecomunicaciones y el incremento de los usuarios de servicios de comunicaciones impulsados por la ejecución de los proyectos de acceso,

servicio universal y solidaridad.

En lo que respecta a su procedimiento de pago, este es determinado por el mismo contribuyente por medio de una declaración jurada que corresponde a un período fiscal año calendario, distribuyéndose el monto resultante en cuatro tramos equivalentes, pagaderos al día quince de los meses de marzo, junio, setiembre y diciembre del año posterior del período fiscal que corresponda.

La tarifa de dicha contribución debe ser calculada y fijada por la SUTEL a más tardar el 30 de noviembre del período fiscal respectivo. Esta se fija dentro de una banda con un mínimo de un coma cinco por ciento (1,5%) y un máximo de un tres por ciento (3%), debiendo basarse dicha fijación en las metas estimadas de los costos de los proyectos por ser ejecutados para el siguiente ejercicio presupuestario y en las metas de ingresos estimados para dicho ejercicio. En el evento de que la Superintendencia no fije la tarifa al vencimiento del plazo señalado, se aplicará la ejecutada en el período fiscal inmediato anterior.

## **VI. RÉGIMEN DE ACCESO E INTERCONEXIÓN**

La implantación de la competencia requiere abrir las redes existentes, para permitir con ello el ingreso de nuevos operadores al mercado. El acceso y la interconexión entonces son inherentes el proceso de liberalización e implementación de la competencia en el mercado de telecomunicaciones, pues en caso contrario, se crearía una barrera de entrada que no permitiría a los operadores construir todas sus redes en poco tiempo, de manera tal que tampoco lograrían contar con las mismas características del operador histórico que tenía más de 60 años de desplegarlas.

Al no poderse replicar la red existente se debe permitir a los nuevos operadores de servicios de telecomunicaciones, el uso de las redes preexistentes, y por ello es que se le imponen obligaciones específicas en relación con el acceso e interconexión de redes. Solamente de esta manera se logra que los nuevos operadores puedan empezar a desenvolverse en un mercado en condiciones de competencia efectiva, pues este acceso debe propiciarse de manera transparente y no discriminatoria.

Como bien lo establece el artículo 59 de la LGT, el acceso y la interconexión tienen como fin procurar la eficiencia, la competencia efectiva, la optimización del uso de los recursos escasos y un mayor beneficio para los usuarios. La SUTEL debe asegurar, por tanto, que el acceso e interconexión sean provistos en forma oportuna y en términos y condiciones no discriminatorias, razonables, transparentes, proporcionadas al uso pretendido y que no impliquen más que lo necesario para la buena operación del servicio previsto.

Le compete a la SUTEL, de conformidad con el citado numeral 59, la imposición de obligaciones de acceso e interconexión, de manera tal que se permita con ello, la buena operación del servicio que se presta. Debe tenerse en cuenta que los acuerdos de acceso e interconexión son negociados de manera libre por los operadores de telecomunicaciones, previa aprobación, o intervención cuando corresponda, de la SUTEL. En efecto, los operadores deben notificar a SUTEL: a) una vez que inicien las negociaciones para el acceso y la interconexión; y b) los acuerdos de interconexión que hayan suscrito.

Cuando se notifique a la SUTEL el acuerdo, ésta lo revisará y como lo expresa el numeral 60 del mismo cuerpo legal, podrá adicionar, eliminar o modificar todas aquellas cláusulas que en su criterio requieran ser ajustadas de acuerdo con lo normativa de telecomunicaciones, para garantizar a su vez, una competencia efectiva en el mercado.

Caso contrario, si los operadores no llegaren a un acuerdo, o bien, si alguno de ellos no desea suscribir un contrato de interconexión, dentro de los tres meses siguientes a la notificación, la SUTEL puede, de oficio o a petición de parte, determinar la forma, los términos y las condiciones bajo las cuales se materializará el acuerdo. En caso de urgencia, tiene competencia para fijar las condiciones de manera provisional y hasta tanto no se resuelva de manera definitiva la situación.

Estas especiales características de los contratos de acceso e interconexión plantean la duda acerca de su naturaleza jurídica. ¿Son realmente contratos? A esta pregunta la doctrina ha replicado, básicamente con dos tesis: la que pregona que se trata de un contrato de Derecho privado y la que postula su naturaleza jurídica como de Derecho público (Farfán, 2005).

Con todo, desde nuestra perspectiva, las normas aplicables al acceso e interconexión evidentemente no son las del Derecho privado, sino las normas de carácter sectorial, o sea, el marco regulatorio del mercado de las telecomunicaciones, toda vez que la obligación no surge como resultado directo de la voluntad libremente manifestada por las partes. Antes bien, los elementos fundamentales del contrato están previamente establecidos por la ley e inclusive en aquellos aspectos secundarios, el Regulador puede intervenir con la finalidad de modificar, complementar o incluso anular y sustituir la declaración de voluntad de las partes por la suya propia. En consecuencia, no puede decirse que su naturaleza sea contractual, sino que, lo que se verifica es una intervención administrativa-regulatoria, de suerte que, la relación jurídica de acceso e interconexión que surge como consecuencia de un contrato o acuerdo de acceso e interconexión es de Derecho público.

Ahora bien, le corresponde al Instituto Costarricense de Electricidad, como operador incumbente y dueño de la red, de conformidad con el artículo 59 del Reglamento de Acceso e Interconexión, publicar su Oferta de Interconexión de Referencia, mediante la cual expresa las condiciones técnicas y económicas que regirán el acceso y la interconexión que pretende ofrecer a los demás operadores. Esta oferta debe ser siempre aprobada por la SUTEL y, además, puede ser modificada por ella misma.

Aunado a ello, le compete además al organismo regulador del sector de telecomunicaciones a la luz de lo analizado en el presente trabajo, aprobar los precios de acceso e interconexión de redes para garantizar con ello, el acceso en condiciones de igualdad, sin otorgar ventajas a algunos operadores. Al respecto, el numeral 61 de la Ley General de Telecomunicaciones consagra que los precios de interconexión deberán estar orientados a costos, conforme al inciso 13) del artículo 6 de esta Ley y serán negociados libremente por los operadores entre sí, con base en la metodología que establezca la SUTEL. Esta metodología deberá garantizar transparencia, objetividad, no discriminación, factibilidad financiera y desagregación de costos.

El regulador debe, asimismo, velar por el cumplimiento de los acuerdos de acceso e interconexión, así como sancionar cuando corresponda, por la violación o incumplimiento del referido contrato, pues esa conducta, a la luz de la normativa del sector de las telecomunicaciones, corresponde a una falta grave.

## **VII. CONCLUSIÓN**

Si partimos del hecho que el servicio de las telecomunicaciones en Costa Rica fue prestado por el Estado en un régimen de monopolio legal durante más de 60 años y había listas de espera para adquirir una línea celular o una conexión de Internet, el nuevo modelo propulsado por el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica

y Estados Unidos y consumado mediante la Ley General de Telecomunicaciones y la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de las Telecomunicaciones ha supuesto un verdadero cambio de paradigma (Kuhn, 1970).

En este sentido, como se comprueba fácilmente a partir del estudio del estatuto del Regulador, la gran mayoría de sus funciones, de una u otra manera tienen una incidencia en la concreción de los mercados en competencia. Asimismo, los mecanismos jurídicos instaurados, principalmente por la LGT y sus reglamentos, tienen por objeto crear un mercado de telecomunicaciones en competencia, pero sin olvidar el fin social que le asiste; de ahí que se previera toda una regulación para el servicio universal, que se satisface principalmente por medio del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL).

Con todo, es claro que el periodo de transición del monopolio a la competencia es un proceso lento y requiere de un enorme esfuerzo de todos los actores, sobre todo porque, en nuestro mercado de telecomunicaciones, el incumbente es una empresa estatal que sigue ostentando un innegable peso significativo de mercado, de suerte que, la regulación para la competencia debe ser profunda, incisiva y constante para evitar – parafraseando a (Taruffo, 2006)-, seguir viviendo en un sistema creyendo estar en otro.

## VIII. REFERENCIAS

- Ariño, G. (2004). Principios de Derecho Público Económico. Marcial Pons.
- Ariño, G., Cuétara, J. M., & Noriega, y. R. (2005). Banda Ancha. Nuevo papel del Estado en sectores regulados. Deusto.
- Arroyo, G. S.-A. (2010). El Régimen Legal del Servicio Universal en Telecomunicaciones. Adrus.
- Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. (2007). Hacia un nuevo marco regulatorio en el sector de telecomunicaciones en Costa Rica: opciones y riesgos a considerar. Centro de Estudios de Regulación.
- Chloe, N. a., Stewart, W. H., Sunstein, C. R., Vermule, A., & Herz, a. M. (2011). Administrative Law and Regulatory Policy. Wolters Kluwer.
- Commission, U. D. (2010). Horizontal Merger Guidelines. USA.
- Farfán, M. H. (2005). Naturaleza Jurídica del Acuerdo o Contrato de Interconexión en el Sector Telecomunicaciones. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hewitt, R. M.-J. (2006). Los costarricenses en la economía basada en el conocimiento: Infraestructura, destrezas, uso y acceso. Jessfrank.
- Hicks, J. R. (1935). Anual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly. Econometrica, 8.
- Kuhn, T. (1970). The Structure of Scientific Revolutions. University of Chicago Press.
- López, G. A.-L. (2001). Derecho de la Competencia en Sectores Regulados. Comares.
- Mota, M. (2004). Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge University Press.
- Ordóñez, M. A. (2000). La competencia. Alianza.
- Ortiz, L. (2021). El factor ideológico en la enseñanza del Derecho administrativo. En J.

R. Arana-Muñoz, Reflexiones iberoamericanas sobre la enseñanza del Derecho Administrativo (pp. 2019-251). Tirant lo Blanch.

Paz, J. C. (2007). Telecomunicaciones: Regulación y Mercado. Aranzadi.

Quadra, E. G. (2004). Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre. Civitas.

Rivera, J. P. (13 de noviembre de 2020). Costa Rica ya está tarde para la era del 5G. Delfino.

Ruiz, M. C. (2007). El Servicio Universal de Telecomunicaciones. Aranzadi.

Sala Constitucional, Voto 5445-99 (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1999).

Sojo, C. (2010). Igualitarios: la construcción social de la desigualdad en Costa Rica. Master Litho, PNUD

Taruffo, M. (2006) El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil. Palestra.

Ubico, C. (2008). Telecomunicaciones: Aprendiendo a liberalizar correctamente. En L. Ortiz, Derecho Público Económico (pp. 207-253). Continental.

UNCTAD. (2010). Model Law on Competition - Chapter VII. United Nations Conference on Trade and Development.

Zegarra, D. (2005). Servicio Público y Regulación. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú. Palestra.