

FUNDAMENTO LEGAL DE LA POTESTAD DE IMPERIO DE LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

M.Sc. Marta Vinocour Fornieri¹

RESUMEN: En este artículo se hace un análisis crítico de la regulación normativa de las telecomunicaciones tanto antes como después de su apertura, así como del fundamento legal de la potestad de imperio respecto a dichas regulaciones.

PALABRAS CLAVE: Telecomunicaciones, Derecho Administrativo, Potestad de Imperio, Apertura

ABSTRACT: In this article, we examine the regulation of the telecommunications in Costa Rica, before and after its opening to the market, as well as its relation with the power to rule of the state in this matter.

KEYWORDS: Telecommunicatios, Administrative Law, Power to Rule, Open Market,

I. Antecedente legal de las leyes de implementación de la apertura en Telecomunicaciones.

A. Ley Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, 09 de agosto de 1994, visible al Alcance 31. Gaceta 156, del 13 de agosto del 2008.

1- Visión General.

En agosto de 1996 se promulga la Ley No. 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos que, a nivel legal, viene a reforzar el espíritu del constituyente según los artículos 50, 74 y 140 inciso 16),

¹ Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Costa Rica. Investigadora Asociada del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Asesora del Plenario de la Asamblea Legislativa, de la Comisión de Asuntos Hacendarios y de Asuntos de Constitucionalidad.

mencionados anteriormente, desarrollan y dan contenido a la potestad de imperio de regulación económica, fundamentalmente en aspectos de acceso y calidad de los servicios públicos económicos en ese momento. Entre los servicios que regula la Ley No. 7593 encontramos el suministro de la energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización, las telecomunicaciones², el suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, incluso el agua potable, la recolección, el tratamiento y la evacuación de las aguas negras, residuales y pluviales, así como la instalación, la operación y el mantenimiento del servicio de hidrantes (*así reformado por artículo 5° de la Ley 8641, Ley de hidrantes, de 11/6/2008*) y el suministro de combustibles derivados de hidrocarburos. Dentro de estos últimos se incluyen los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados a abastecer la demanda nacional en planteles de distribución y los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados al consumidor final. Además, se especificó que la Autoridad Reguladora deberá fijar las tarifas del transporte que son empleadas para el abastecimiento nacional. En cuanto al servicio público de transporte, este ha sido objeto de un mayor debate comparado con años anteriores, a lo largo del año 2015³.

También se incluyó el riego y avenamiento, cuando el servicio se presta por medio de una empresa pública, por concesión o permiso. Asimismo, cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo. Finalmente, también están incluidos los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales y el transporte de carga por ferrocarril.

2 Con la aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estado Unidos, Centroamérica y República Dominicana cambió su naturaleza jurídica: dejó de ser un servicio público económico y se convirtió en un servicio económico de acceso universal. Más adelante haremos alusión a este aspecto.

3 Ejemplo de este debate mediático lo encontramos en el siguiente artículo del 29 de Junio del 2015 en **CrNoticias** escrito por Rebeca Madrigal (2015) que señala: “La Asociación Cámara Nacional de Autobuseros (Canabus), que reúne empresas de todo el país, solicitó la renuncia del regulador general de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), Dennis Meléndez.

De acuerdo con el oficio enviado a Meléndez este lunes, la institución enfrenta una grave crisis que afecta la credibilidad del regulador.

“Nos encontramos frente a una institución que acumula gastos excesivos en consultorías, gastos en procesos y audiencias que no logran concluirse por errores recurrentes de los responsables, todo esto con una planilla sumamente onerosa, y que a pesar de sus desaciertos, no se responsabilizan de estos hechos y continúan en la impunidad”.

En Costa Rica, los servicios públicos son prestados en general por las instituciones del Estado y, excepcionalmente, por empresas privadas bajo la figura de la Concesión de Servicios mediante Licitación Pública. En este último caso hablamos de la gestión privada de un servicio público, por ejemplo, en materia de telecomunicaciones, los casos de Telefónica y Claro.

Con la reforma al Código Municipal, Ley No. 7794, del cinco de marzo del 2002, se ampliaron las competencias de las municipalidades, de conformidad con el artículo 13, teniendo estas la capacidad de constituir sociedades públicas de economía mixta y organizar mediante reglamento la prestación de cualquier servicio económico o no. Un ejemplo de esta situación es la Sociedad de Servicios Públicos de Heredia, regulada por la Autoridad Reguladora.

En el 2008, se ratifica en la Asamblea Legislativa el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana. Esta circunstancia determina la apertura del monopolio estatal en materia de telecomunicaciones y la promulgación de las leyes de implementación: Ley No. 8642, Ley General de Telecomunicaciones y la Ley No. 8660 del 29 de julio del 2008, publicada en el Alcance 31 de la Gaceta No. 156, el 13 de agosto del 2008,⁴ Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, que a su vez reformaron la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos vigente.

2- Análisis de los artículos relevantes de la Superintendencia de Telecomunicaciones, SUTEL, en la Ley 7593 vigente.

Entre los artículos 59 y 81 de la Ley 7593 vigente se regulan, entre otros aspectos, la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Telecomunicaciones, la integración de sus directores, naturaleza jurídica de la actividad de telecomunicaciones, entre otros.

⁴ Esta ley fue reformada recientemente por la Ley No. 8839 del 24 de junio del 2010, Gaceta No. 135, del 13 de julio del 2010.

2.1 La Superintendencia de Telecomunicaciones.

En el artículo 59 de la Ley 7593 vigente, se establece que la Superintendencia de Telecomunicaciones es un órgano desconcentrado máximo. Haciendo un análisis de esta afirmación queremos señalar lo siguiente de lo mencionado por Monge Segura (2013).

1- En primer lugar, el fenómeno de desconcentración es un instrumento de la organización de las competencias que, en doctrina del Derecho Administrativo, se aplica a la administración central y no a la administración descentralizada. En este caso, la desconcentración operó en una institución descentralizada, por designio de nuestros legisladores, estamos hablando de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ARESEP.

...” Desconcentración y descentralización implican titularidad de competencia, pero se diferencian en orden a la organización respecto de la cual se traslada la competencia. Puesto que la desconcentración no conduce a la creación de una nueva persona jurídica, lo que importa es sobre todo la competencia que se traslada y el grado de independencia con que dicha competencia puede ser ejercida...” (Consulta C-126-2010, del 17 de junio del 2010 de la Procuraduría General de la República).

2- En segundo lugar, la norma legal general que prevé el fenómeno de desconcentración mínima y máxima en el artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública vigente, no se acomoda con claridad a los que regularon esta materia en las Leyes de implementación de telecomunicaciones mencionadas y a la reforma de la Ley 7593 vigente.⁵

3- Sin embargo, como se trata de una normativa posterior y especial, la aceptaremos y determinaremos a su vez qué competencias conservó el superior jerárquico de este órgano, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. En relación con este aspecto, el Dictamen mencionado señala literalmente:

⁵Algunos juristas de derecho público con una visión muy restrictiva cuestionan si realmente operó un fenómeno de desconcentración.

...”Por otra parte, la atribución de esa competencia quiebra los principios normales en orden a la relación de jerarquía. En primer término, el jerarca deviene incompetente para emitir los actos relativos a la materia desconcentrada. Esta incompetencia, no es, sin embargo, absoluta. La norma que desconcentra delimita la materia desconcentrada así como los poderes conferidos al órgano inferior. Pero en los demás aspectos de su actividad, este órgano permanece sometido a la relación de jerarquía. Consecuentemente, el jerarca ejercita sus poderes normales respecto de los ámbitos no desconcentrados. De allí que la norma que desconcentra deba establecer hasta donde llega la desconcentración, qué poderes conserva el jerarca respecto de lo desconcentrado...” (Consulta C-126-2010, del 17 de junio del 2010)

A pesar de lo tedioso que puede resultar citar literalmente las funciones que fueron desconcentradas exclusivamente a favor de la SUTEL, por razones didácticas, nos vemos obligados a transcribirlas. Por su parte, el artículo 60 de la Ley 7593 vigente hace una especificación puntual de la materia desconcentrada a favor de la Superintendencia de Telecomunicaciones, SUTEL, donde indica lo siguiente :

“Son obligaciones fundamentales de la SUTEL:

- a) Aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del Sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que regulen aplicables.*
- b) Administrar el Fondo Nacional de telecomunicaciones y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones.*
- c) Promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones y la introducción de nuevas tecnologías.*

- d) *Garantizar y proteger los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones.*
- e) *Velar por el cumplimiento de los deberes y derechos de los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones.*
- f) *Asegurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con las operaciones de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones.*
- g) *Controlar y comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales y los recursos de numeración, conforme a los planes respectivos.*
- h) *Asegurar el cumplimiento de las obligaciones de acceso e interconexión que se impongan a los operadores de redes de telecomunicaciones, así como la interoperabilidad de dichas redes.*
- i) *Establecer y garantizar estándares de calidad de las redes y de los servicios de telecomunicaciones para hacerlos más eficientes y productivos.*
- j) *Velar por la sostenibilidad ambiental en la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones.*
- k) *Conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como establecer la responsabilidad civil de sus funcionarios.”*

Es por ello que la SUTEL debe considerar que en todas aquellas competencias y potestades que no estén comprendidas en los incisos específicos del artículo 60, sigue siendo un órgano jerárquicamente sometido a la ARESEP. Así, por ejemplo, después de confrontar esta lista de competencias específicas atribuidas a la SUTEL, es de suma importancia, indicar que no hay una norma expresa que le haya otorgado competencia en relación con las siguientes potestades.

2.2- Atribuciones que no corresponden a la SUTEL

2.2.1- Potestad Reglamentaria:

El artículo 77 párrafo 2) de la Ley No. 8642, Ley General de Telecomunicaciones, mencionada, le otorga la potestad reglamentaria a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ARESEP, dispone específicamente esta norma:

“... corresponde a la Junta Directiva de la ARESEP la emisión de los reglamentos de Acceso e Interconexión, Reglamento de Acceso Universal, Servicio Universal y solidaridad, Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario final, Reglamento Interior de la Superintendencia de Telecomunicaciones, Reglamento de Prestación y calidad de servicios, Reglamento del Régimen en competencia en Telecomunicaciones, Reglamento de las Bases y condiciones para la fijación de precios y tarifas, comprendiendo el artículo 50 de la Ley 8642, Ley General de Telecomunicaciones mencionada, los planes fundamentales de encadenamiento, transmisión y sincronización y los demás reglamentos que sean necesarios para la correcta regulación del mercado de telecomunicaciones.”⁶

2.2.2- Relación de jerarquía (ARESEP-SUTEL) y la organización administrativa de la SUTEL:

En materia de jerarquía, a pesar que la SUTEL es superior jerárquico de sus propios funcionarios, ella es a su vez un órgano adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, cuya naturaleza jurídica es la de un ente (institución autónoma). Por lo tanto, la SUTEL como órgano adscrito depende de la autorización de la ARESEP para darse su organización administrativa.

Debemos recordar, que la desconcentración opera únicamente para efectos de la competencia técnica, y en este caso, el legislador fue específico en sustraer la posibilidad de organización y de servicio del órgano desconcentrado SUTEL. El artículo 45, de la Ley 7593 vigente de la Ley anterior, esto se señala literalmente:

⁶ Si se quiere ahondar sobre este tema ver el dictamen C-015-2010, del 19 de enero del 2010 de la Procuraduría General de la República.

“...Órganos de la Autoridad Reguladora: La Autoridad Reguladora tendrá los siguientes órganos:

a) Junta Directiva

b) Un regulador general y un regulador general adjunto

c) La Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL)

d) La Auditoría Interna”

Adicionalmente, en el párrafo final de este artículo se menciona que: *“Asimismo, la Autoridad Reguladora está facultada para establecer su organización interna, a fin de cumplir sus funciones.”*

Esta potestad de auto-organización es reafirmada por el artículo 53 de la Ley 7593 vigente. Es así como ese numeral dispone literalmente en los siguientes incisos:

“l) Aprobar la organización interna de la Autoridad Reguladora y el estatuto interno de trabajo...

ñ) Dictar las normas y políticas que regulen las condiciones laborales, la creación de plazas, los esquemas de remuneración, las obligaciones y los derechos de los funcionarios y trabajadores de la Autoridad Reguladora y de la SUTEL...”

Esta es la razón por la cual se debe concluir que el legislador sustrajo estos aspectos de administración de la SUTEL y entonces el jerarca administrativo de la SUTEL es la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ARESEP.

2.2.3- La potestad de Revisión:

De conformidad con la legislación que señalaremos y la doctrina del derecho administrativo, las decisiones de un órgano desconcentrado máximo no tienen recurso de apelación. No obstante, en el 2008 se estableció que la fijación de las tarifas por parte de la SUTEL tuviera recurso de apelación ante la Autoridad de Regulación de Servicios Públicos. Según el artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública vigente, en materia de desconcentración máxima, no se debe proceder recurso de revisión de lo actuado por el órgano desconcentrado

máximo. No obstante, en la otra legislación se estableció una excepción. Entonces, la potestad de revisión mediante el conocimiento y resolución de un recurso de Apelación ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ARESEP, únicamente procede respecto de la fijación o aumento de tarifas, tasas, contribuciones o cánones.

Al respecto establece el artículo 53, inciso o) de la Ley 7593 vigente que establece lo siguiente:

“Artículo 53: Deberes y Atribuciones

Son deberes y atribuciones de la Junta Directiva:

(O)...Resolver los recursos que se presenten contra las resoluciones que dicte la SUTEL en materia de fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones...⁷

2.3- Integración de la Superintendencia de Telecomunicaciones, órgano Colegiado *sui generis*. Referencia al vencimiento del plazo de nombramiento, renuncia o cese de miembros propietarios. Vocación de continuidad.⁸

No obstante, como veremos, en la legislación también en este caso se determinó un órgano colegiado *sui generis* que tiene las siguientes características, que procederemos a analizar:

1. Es un órgano colegiado cuyos miembros propietarios y suplentes no son ratificados por la Asamblea Legislativa, sino, **no objetados** por parte del Congreso y si ese acto no se da dentro de los treinta días siguientes a su designación, quedan automáticamente nombrados.
2. Es un órgano colegiado cuyos miembros propietarios y suplentes en su caso, trabajan tiempo completo, y no reciben dietas, sino un salario.
3. Es un órgano colegiado cuyos miembros propietarios tienen dedicación exclusiva.

⁷ Así adicionado por artículo 41, inciso i) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a la Gaceta 156 del 13/8/2008)

⁸ Dictamen C-040-2012 de la Procuraduría General de la República.

4. Es un órgano colegiado que puede funcionar, aunque haya vencido el nombramiento de un miembro propietario, lo hayan cesado o haya renunciado, porque se le dio una vocación expresa de continuidad con que cumpla el quorum mínimo de funcionamiento.

2.3.1 Es un órgano colegiado cuyos miembros propietarios y suplentes no son ratificados por la Asamblea Legislativa, sino no objetados por parte del Congreso y, si ese acto no se da dentro de los treinta días siguientes a su designación, quedan automáticamente nombrados.

En Costa Rica, algunos miembros de Juntas Directivas son designados por el Consejo de Gobierno, como mencionamos anteriormente, pero deben ser ratificados por la Asamblea Legislativa. Se trata de Juntas Directivas que, por su relevancia para el país y el interés público, requieren de este requisito para la eficacia de su nombramiento. Es el caso, por ejemplo, de los miembros de la Junta Directiva del Banco Central y la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Con la aprobación de las Leyes No. 8642 y 8660 del 2008 sobre la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, República Dominicana y Centroamérica, la situación para la Junta Directiva de la ARESEP cambió en el sentido que los miembros de la Junta ya no son ratificados por la Asamblea Legislativa en su nombramiento y los diputados pueden solamente oponerse a la candidatura de sus integrantes.

En la actualidad, tanto los miembros de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos como los miembros propietarios y suplentes que integran la Superintendencia de Telecomunicaciones, siguen siendo designados por el Poder Ejecutivo, pero ya no requieren la ratificación de la Asamblea Legislativa.

Se establece literalmente en el artículo 47 de la Ley 7593 vigente:

“... El regulador general, el regulador general adjunto y los miembros de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, serán nombrados después de abrirle expediente personal y de antecedentes a cada persona que se postule o sea postulada para integrar la Junta.

El Consejo de Gobierno, una vez que haya nombrado al regulador general, al regulador general adjunto, y a los restantes miembros de la Junta Directiva, enviará todos los expedientes a la Asamblea Legislativa, la cual dispondrá de un plazo de treinta (30) días para objetar los nombramientos. En caso, de objeción, el Consejo de Gobierno sustituirá al director objetado y el nuevo designado será objeto del mismo procedimiento...”

(Artículo 41 reformado, inciso i) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicado en el Alcance 31, a la Gaceta 156 del 13/8/2008)

Por su parte, el artículo 61 de la Ley 7593 vigente, establece literalmente que:

“La Superintendencia de Telecomunicaciones estará a cargo de un Consejo que estará integrado por tres miembros propietarios. De entre sus miembros le corresponderá al presidente la representación judicial y extrajudicial de la Superintendencia; para lo cual tendrá facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma; así como ejercer las facultades de organización y coordinación del funcionamiento de la entidad que le asigne el Consejo. Para suplir las ausencias temporales se nombrará a un suplente.

Los miembros serán seleccionados por idoneidad comprobada, mediante concurso público de antecedentes.

Los miembros titulares y el suplente del Consejo, serán nombrados por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por mayoría de al menos cuatro votos, por períodos de cinco años, los cuales ejercerán sus cargos a tiempo completo y con dedicación exclusiva y podrán ser reelegidos por una sola vez por parte de la Junta Directiva de ARESEP.

Los miembros titulares y el suplente del Consejo podrán ser removidos en cualquier momento, por la Junta Directiva por igual número de votos requeridos para su nombramiento, si en el procedimiento ordinario iniciado al efecto, se determinare que han dejado de cumplir con los requisitos necesarios para su nombramiento, que han incurrido en alguna causa de impedimento, de incompatibilidad o por incumplimiento grave en el ejercicio de sus funciones.

La Junta Directiva de la ARESEP una vez que haya nombrado a los miembros, titulares y al suplente del Consejo de SUTEL, enviará todos los expedientes a la Asamblea Legislativa, la cual dispondrá de un plazo de 30 días para objetar los nombramientos. Si en ese lapso no se produjere objeción, se tendrán por ratificados. En caso de objeción, la Junta Directiva sustituirá al miembro del Consejo objetado y el nuevo designado será objeto del mismo procedimiento.” (Así adicionado todo el capítulo XI (artículos 59 a 81) y corrida la numeración de los capítulos siguientes y la numeración de sus artículos; por el artículo 41, inciso j) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31 a La Gaceta 156 del 13/8/2008).

Como podemos apreciar, se debilitó el acto de control por parte de La Asamblea Legislativa, *de ratificación*, como se exigía en la anterior ley, para los miembros de la Junta Directiva de la ARESEP, a un acto de *no objeción*.

2.3.2- Es un órgano colegiado cuyos miembros propietarios y suplentes, en su caso, trabajan tiempo completo y no reciben dietas, sino un salario.

De conformidad con las disposiciones 49 y siguientes de la Ley General de Administración Pública vigente, lo regulado es que los miembros de un órgano colegiado no sean funcionarios de tiempo completo, sino funcionarios que asisten a sesiones ordinarias o extraordinarias según determinen para que decidan los asuntos que se les sometan a conocimiento.⁹

Respecto de los miembros del Consejo de la SUTEL en el dictamen C-291-2009, del 19 de octubre del 2009, la Procuraduría General de la República señaló:

“... En primer término, es claro que el Consejo de la SUTEL fue concebido como un órgano con competencias permanentes y no solo como un órgano

9 Al respecto, el artículo 52 de la Ley General indicada señala literalmente:

“1.- Todo órgano colegiado se reunirá ordinariamente con la frecuencia y el día que indique la ley o su reglamento. A falta de regla expresa deberá reunirse en forma ordinaria en la fecha y con la frecuencia que el propio órgano acuerde.

2.- Para reunirse en sesión ordinaria no hará falta convocatoria especial.

3.- Para reunirse en sesión extraordinaria será siempre necesaria una convocatoria por escrito, con una antelación mínima de veinticuatro horas, salvo los casos de urgencia. A la convocatoria se acompañará copia del orden del día, salvo casos de urgencia...”

deliberativo. Bajo la premisa de que se trataba de un órgano con competencias permanentes, se consideró que las funciones desempeñadas por los miembros titulares del Consejo de la SUTEL iban a ser remuneradas en forma permanente y bajo el esquema: “nombramiento a tiempo completo y en forma exclusiva...”

Por otro lado, en el Dictamen C-198-2009, del 20 de julio del 2009, la Procuraduría General de la República señaló

“Asimismo, los miembros propietarios del Consejo de la SUTEL deben ejercer sus cargos a tiempo completo y con dedicación exclusiva. Esta circunstancia resulta particular para este órgano, toda vez que los miembros de las Juntas Directivas de los Órganos Colegiados no desempeñan sus funciones a tiempo completo y con dedicación exclusiva para la Junta Directiva, sino que únicamente asisten a las sesiones a efecto de adoptar las decisiones del órgano colegiado.”¹⁰

La remuneración de los miembros propietarios también reviste particularidades que en la lectura del artículo 71 no queda establecido con total claridad qué clase de remuneración van a recibir. Dicha circunstancia obliga a precisar en el sentido de que no queda duda que los titulares reciben una remuneración en función de su labor continua y permanente, por lo que su remuneración deberá ser igualmente continúa y permanente.

El artículo 71 de la Ley 7593 vigente, estableció:

“La remuneración de los miembros del Consejo de la SUTEL, así como la de sus funcionarios de nivel profesional y técnico se determinará a partir de las remuneraciones prevalecientes en los servicios regulados por la Autoridad Reguladora y el mercado de las telecomunicaciones en el ámbito nacional, o las de organismos con funciones similares, de manera que se garantice la calidad del personal. La fijación de la remuneración de estos funcionarios no estará sujeta a lo dispuesto en la Ley N° 8131, Administración financiera de la

República y presupuestos públicos, de 18 de setiembre de 2001, y sus reformas.

Los miembros suplentes del Consejo devengarán, por día de trabajo o sesión, dietas proporcionales a la remuneración de los propietarios.

Los miembros del Consejo de la SUTEL y los funcionarios de la Superintendencia estarán sujetos a las disposiciones del artículo 51 de esta Ley.”

2.3.3.-Es un órgano colegiado cuyos miembros propietarios tienen dedicación exclusiva.

Como veremos a continuación, la dedicación exclusiva no es facultativa para los miembros propietarios de la SUTEL, ni una interpretación antojadiza. Es una disposición expresa que consta en el artículo 61 de la Ley 7593 vigente.¹¹

2.3.4.- Es un órgano colegiado que puede funcionar aunque haya vencido el nombramiento de un miembro propietario, lo hayan cesado o haya renunciado, porque el legislador le dio una vocación expresa de continuidad con que cumpla el quórum mínimo de funcionamiento.

En relación con la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Telecomunicaciones y los miembros que la integran, la Procuraduría General de la República ha indicado que:

¹¹ Señala el artículo en mención: “**Artículo 61.- Integración.** La Superintendencia de Telecomunicaciones estará a cargo de un Consejo que estará integrado por tres miembros propietarios. De entre sus miembros le corresponderá al presidente la representación judicial y extrajudicial de la Superintendencia; para lo cual tendrá facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma; así como ejercer las facultades de organización y coordinación del funcionamiento de la entidad que le asigne el Consejo. Para suplir las ausencias temporales se nombrará a un suplente.

Los miembros serán seleccionados por idoneidad comprobada, mediante concurso público de antecedentes. Los miembros titulares y el suplente del Consejo, serán nombrados por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por mayoría de al menos cuatro votos, por períodos de cinco años, los cuales ejercerán sus cargos a tiempo completo y con dedicación exclusiva y podrán ser reelegidos por una sola vez por parte de la Junta Directiva de Aresep.

Los miembros titulares y el suplente del Consejo podrán ser removidos en cualquier momento, por la Junta Directiva por igual número de votos requeridos para su nombramiento, si en el procedimiento ordinario iniciado al efecto, se determinare que han dejado de cumplir con los requisitos necesarios para su nombramiento, que han incurrido en alguna causa de impedimento, de incompatibilidad o por incumplimiento grave en el ejercicio de sus funciones.”

(El subrayado no pertenece al artículo original).

“1.- El Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones es un órgano colegiado, encargado de tomar las decisiones más importantes que le corresponden a la Superintendencia en materia de regulación de las telecomunicaciones. Como órgano colegiado le resultan aplicables los principios relativos a la organización colegial.

2.-No obstante, dada la importancia de la regulación para el correcto desarrollo de las telecomunicaciones y, por ende, para el disfrute de los derechos de los usuarios finales de estos servicios, el legislador privilegió la continuidad en el funcionamiento del Consejo.”¹² (Dictamen C-198-2009, del 20 de julio del 2009 de la Procuraduría General de la República)

Efectivamente, en el artículo 68 *in fine* de la Ley 7593 vigente se señaló literalmente: *“La renuncia o el cese de uno de los miembros no implicará la desintegración del órgano, siempre y cuando el quórum requerido para sesionar se mantenga.”*

Así las cosas, independientemente de la causa por la cual falte un miembro propietario de manera permanente, el Consejo sigue sesionando, con sus dos miembros restantes que, de conformidad con el mismo artículo 68 citado, hacen quórum y, en caso de empate para la toma de un acuerdo el Presidente, tiene doble voto.

3.-¿Es la actividad de Telecomunicaciones una actividad privada?¹³

En nuestra opinión, entre las principales reformas a la Ley 7593 mencionada está la reforma al artículo 5, inciso f)¹⁴ que, en nuestra opinión, determina que la

13 Monge Segura, M. G. (2013). En esta tesis se habla de este tema y de las distintas posiciones, en las páginas 71, 82, 85.

14 El Jurista costarricense indica literalmente: *..”Forman parte del dominio público los bienes afectados a un servicio público. Si la afectación a un servicio público constituye una fuente de dominio público, debe admitirse que todos los bienes afectados a un servicio público forman parte del dominio público. Es el punto de vista sostenido por ciertos autores, tales como Duguít, Hauriou, Monarch...”* (Rojas Franco, 2006, p. 411)

actividad de telecomunicaciones deja de ser un servicio público¹⁵ y se convierte en un servicio de acceso universal.¹⁶

Debemos recordar que cualquier actividad económica dentro del concepto de Estado Moderno, derivado de la Revolución Francesa de 1789, se convierte o deja de ser un servicio público por decisión del legislador. Consideramos que un servicio de acceso universal es un servicio que aspira a dar una prestación de cobertura total a todos los habitantes de un país.

No obstante, idealmente se aspira a prestar el servicio en todo el territorio nacional, pero el órgano regulador no puede obligar a las empresas privadas, incluyendo al titular¹⁷, a prestarlo si el mismo no resulta rentable, sea por la precaria cobertura de la respectiva banda del espacio electromagnético o por el oneroso costo de la infraestructura que se requiera.

Debemos aclarar que la doctrina nacional no es pacífica en relación con esta opinión. Hemos escuchado juristas que consideran que con la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, la actividad de telecomunicaciones se convirtió en una actividad privada regulada.

15 En la actualidad el inciso b) señala literalmente: “ *Este inciso b) ha sido derogado por el artículo 42 de la Ley 8660 del 8/08/2008, publicada en el Alcance 31, a la Gaceta 156 del 13/08/2008*”. Sobre el concepto de “servicio de acceso universal” señala literalmente los artículos 31 y 32 inciso a) de la Ley General de Telecomunicaciones vigente: ... “ **Artículo 31.-Servicio, acceso universal y solidaridad.** El presente capítulo establece los mecanismos de financiamiento, asignación, administración y control de los recursos destinados al cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad. A la SUTEL, le corresponde garantizar que los operadores y proveedores cumplan lo establecido en este capítulo y lo que reglamentariamente se establezca. **Artículo 32.- Objetivos del acceso universal, servicio universal, y solidaridad son los siguientes: a) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficientes y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable...”**

16 El artículo No4 de la Ley 6227, Ley General de la Administración Pública vigente, señala literalmente: “*La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios*”

17 En este momento es el Instituto Costarricense de Electricidad.

3.1- Creación del Fondo Nacional de Telecomunicaciones. Definición de titular.

Para efectos de subsidiar estos casos, el legislador de las leyes de implementación en materia de telecomunicaciones mencionadas y derivadas de la ratificación del Tratado de Libre Comercio, también indicado en este texto, previó que para la etapa de transición de competencia regulada a competencia total era necesaria la creación de un nuevo canon independiente del que se cobra por la regulación de la operación, para que contribuyera a crear el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, **FONATEL**. El subsidio fue otorgado una vez que el órgano regulador, previa licitación pública relativa a Proyectos más onerosos o complejos, procedió a adjudicar el proyecto a una de las empresas interesadas incluyendo al titular.

En general, el titular es definido en derecho regulatorio de telecomunicaciones como el operador mayor. En países en donde ha existido un monopolio estatal en fase de apertura, el titular es la empresa estatal porque es el que ha construido la infraestructura de base que tendrá que negociar la interconexión con las nuevas empresas que entren al mercado y compartir el espacio radioeléctrico. En este momento, por un factor histórico, el titular es el Instituto Costarricense de Electricidad. Por razones de competencia en otro momento histórico, puede llegar a ser otra empresa pública o privada.

3.2 Estructura Orgánica de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Antecedente.

Otra de las reformas relevantes a la Ley No. 7593 mencionada que no debemos omitir es la referente a la nueva estructura orgánica de La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Las Direcciones correspondientes a cada servicio pasaron a ser superintendencias que incluyeron “supuestamente” el modelo de órganos desconcentrados máximos¹⁸, similar al que funciona en la

¹⁸ “Supuestamente” porque en realidad la desconcentración se dio únicamente respecto a la competencia técnica de la SUTEL y de forma muy restrictiva de conformidad con la normativa del artículo 83 de la Ley No. 6227, General de la Administración Pública vigente y el Dictamen C-126-2010 de la Procuraduría General de la República, que analizaremos más adelante.

Comisión Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, **CONASSIF**, del Banco Central de Costa Rica.

Por otra parte, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, cuya naturaleza jurídica es la de una institución autónoma, fue desde su nacimiento la única institución descentralizada por la materia, no sujeta a directrices del Poder Ejecutivo. Así lo establecía la anterior Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Con ocasión de las Leyes de implementación mencionadas anteriormente y la ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, esa autonomía en materia de telecomunicaciones quedó sujeta al Plan Nacional de Desarrollo, a los planes sectoriales correspondientes y a las políticas sectoriales que dicte el Poder Ejecutivo¹⁹. Estas serían razonablemente aceptables siempre que tomen en consideración las recomendaciones técnicas que, en su caso, la Superintendencia de Telecomunicaciones pudiera sugerir. En otras palabras, con la implementación de las leyes 8642 y 8660, ambas del 2008, el órgano regulador se debilitó en materia de independencia y autonomía.

La importancia de estas observaciones radica en que fácilmente un regulador económico débil o poco técnico puede resultar cautivo del gobierno, de los operadores de los diferentes servicios y eventualmente de los mismos usuarios. Por eso es importante que el Regulador General y los superintendentes en el caso en estudio, los integrantes y el suplente de la Superintendencia de Telecomunicaciones sean personas idóneas, no solo por su experiencia en materia de servicios económicos, sino por su conocimiento del Ordenamiento Jurídico Público y en todo caso en materia económica por la característica interdisciplinaria que se requiere en la potestad de imperio a ejercer.

3.3 Etapas de regulación en la actividad de telecomunicaciones a partir del 2008.

No debemos omitir que dentro de una perspectiva más amplia, en relación con el sector de telecomunicaciones, a nivel de Administración Central y

¹⁹Así reformado por artículo 41, inciso b) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a la Gaceta 156 del 13/8/2008

vinculado a la competencia de planificación nacional, encontramos la figura del Ministerio de Ciencia y Tecnología, MICIT, como órgano rector en materia de telecomunicaciones. La actividad de telecomunicaciones sigue siendo regulada porque así lo previó la legislación en su primera etapa de apertura. Como mencionamos, en una segunda etapa, será precedida por una resolución del órgano regulador en el que se indique de forma motivada y sólida que se está en plena y sana competencia y entonces la actividad dejará de ser regulada. Precisamente, cuando se estaba negociando el mencionado Tratado de Libre Comercio, para el caso de Costa Rica se hizo referencia, dentro de los objetivos en materia de telecomunicaciones, al principio de gradualidad en la apertura y al cumplimiento de los principios del servicio público en relación. En virtud de lo anterior en el anexo 13 denominado “*Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Telecomunicaciones*”s e estableció como objetivo principal:

“Definir el marco regulatorio para los compromisos que asume Costa Rica para el sector de los servicios de telecomunicaciones el cual debe basarse en los principios de gradualidad, selectividad y regulación, y en estricta garantía a los objetivos sociales de universalidad y solidaridad.” (Documento Explicativo: Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, 2004)

3.4- Transferencia al sector privado del espectro radioeléctrico

En el gobierno del 2006 al 2010 se dieron además varios hechos relevantes en el tema que nos ocupa: se revocó e indemnizó al Instituto Costarricense de Electricidad, ICE por la Concesión monopólica del espectro electromagnético y se procedió a una nueva re-distribución de este, pensando en la incorporación de nuevas empresas al mercado. Para efectos didácticos indicamos que, desde un punto de vista técnico-científico, el espectro electromagnético se define como el rango de todas las radiaciones electromagnéticas posibles. Se extiende desde las bajas frecuencias usadas para la radio moderna (extremo de onda larga) hasta los rayos gamma (extremo de onda corta), que cubre longitudes de onda

de entre miles de kilómetros y la fracción del tamaño de un átomo. Es dentro de este espectro electromagnético que encontramos el radioeléctrico. Es además un bien de dominio público constitucional indicado en el artículo 121 inciso 14 c) al mencionar las redes inalámbricas.

El espectro radioeléctrico constituye un recurso limitado y de gran valor que es utilizado para todas las formas de comunicaciones inalámbricas en el sector comercial y el sector público. Es decir, es el medio por el cual se transmiten las frecuencias de ondas de radioelectromagnéticas que permiten las telecomunicaciones (radio, televisión, internet, telefonía móvil, televisión digital terrestre, etc...) (Solís Carballo, 2008). Este tema tendrá un mayor desarrollo en el siguiente acápite.

Capítulo II: LEYES DE IMPLEMENTACIÓN DE LA APERTURA DEL MONOPOLIO ESTATAL DE TELECOMUNICACIONES

A- Análisis de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642, del 04 de junio del 2008.

1- Visión General.

Es importante mencionar que esta ley nace en el contexto de la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, que determinó la ruptura del monopolio estatal en materia de telecomunicaciones y que ameritó de una Esta tiene la finalidad de establecer el ámbito y los mecanismos de regulación de las telecomunicaciones, que comprende el uso, la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Están sometidas a la presente ley y a la jurisdicción costarricense las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que operen redes o presten servicios de telecomunicaciones que se originen, terminen o transiten por el territorio nacional.

Por otra parte, entre los principales objetivos que podemos destacar dentro de los que se señalaron en la exposición de motivos están:

- a. Proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, más y mejores alternativas en la prestación de los servicios, así como garantizar la privacidad y confidencialidad en las comunicaciones, de acuerdo con nuestra Constitución Política.
- b. Promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles.
- c. Promover el desarrollo y uso de los servicios de telecomunicaciones dentro del marco de la sociedad de la información y el conocimiento y como apoyo a sectores como salud, seguridad ciudadana, educación, cultura, comercio y gobierno electrónico.

2- Espacio Radioeléctrico. Títulos habilitantes²⁰

Como indicamos anteriormente, el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público que únicamente puede ser explotado por los particulares mediante el título habilitante de la concesión por medio de Licitación Pública; esto por disposición Constitucional, artículo 121 inciso 14) acápite c).²¹ En el Ordenamiento Jurídico costarricense, en materia de telecomunicaciones, encontramos los siguientes títulos habilitantes: concesiones, permisos y autorizaciones (Monge Segura, 2013).

Es importante que diferenciamos, en primer lugar, entre lo que es un título habilitante de concesión y lo que es un título habilitante denominado permiso. La concesión puede definirse como aquel título habilitante que le otorga el Estado a un sujeto público, privado o mixto (caso de la empresa de la municipalidad de Heredia), físico o jurídico, un verdadero derecho real administrativo por un plazo

20 Si se quiere ampliar sobre este tema consultar: Dictamen C-151-2011, del 05 de julio del 2011, de la Procuraduría General de la República.

21 Señala literalmente esa disposición: "**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 solo 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."

determinado, cuya principal consecuencia es que en la eventualidad de ser revocado por parte del Estado, deberá ser indemnizado. La inercia administrativa no es fuente generadora del derecho de uso y explotación del espectro. Dicha concesión es un acto de derecho público que debe ser expreso, en tanto en él deben señalarse las condiciones bajo las cuales el sujeto público o el particular explotará el espectro. Al tratarse de un bien demanial, con la regulación constitucionalmente establecida, no procede el silencio positivo.

El artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones, señala literalmente:

“...Se otorgará concesión para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones. Dicha concesión habilitará a su titular para la operación y explotación de la red. Cuando se trate de redes públicas de telecomunicaciones, la concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público. La concesión se otorgará para un área de cobertura determinada, regional o nacional de tal manera que se garantice la utilización eficiente del espectro radioeléctrico.”

A diferencia de la concesión, el título habilitante denominado **permiso** no otorga por parte del Estado ningún derecho real administrativo, es un simple visto bueno de uso, igualmente por tiempo determinado que puede ser revocado por el Estado en cualquier momento, sin indemnización alguna.

El artículo 26 de la Ley General de telecomunicaciones mencionada, señala literalmente:

“...Para el uso de las bandas de frecuencias a que se refieren los incisos b), c), y d) del artículo 9 de esta Ley, se requerirá un permiso, el cual será otorgado por el Poder Ejecutivo previa recomendación de la SUTEL y el cumplimiento de los requisitos que se definan reglamentariamente.

La vigencia de los permisos será de cinco años, renovable por períodos iguales a solicitud del interesado.

Los permisos para fines científicos o experimentales se otorgarán por una sola vez, por un plazo máximo de cinco años. Para los efectos de esta

Ley, son causales de extinción, caducidad y revocación de los permisos...”

Precisamente, los incisos b, c, y d del artículo 9 indicado se refieren por su orden, al uso no comercial, al uso oficial y al uso para seguridad del espectro radioeléctrico. La autorización general en nuestro sistema de derecho público es un acto de control previo, similar al permiso que no genera derechos administrativos reales, se limita a ser “una declaración de voluntad administrativa constitutiva o de remoción de obstáculos para superar los límites que el orden jurídico pone al libre desenvolvimiento de la actividad pública” (Dromi, 1987, p. 180).

El artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente se señala literalmente que:

“...Requerirán autorización las personas físicas o jurídicas que:

- a) Operen y exploten redes públicas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico.*
- b) Presten servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo su operación o explotación. El titular de la red pública que se utilice para este fin, deberá tener la concesión o autorización correspondiente.*
- c) Operen redes privadas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico.*

La autorización será otorgada por la SUTEL previa solicitud del interesado, un extracto de esa solicitud deberá ser publicado en el diario oficial La Gaceta y en un periódico de circulación nacional. De no presentarse ninguna objeción en un plazo de diez días hábiles, contado desde la última publicación, la SUTEL deberá resolver acerca de la solicitud en un plazo máximo de seis meses, para ello deberá tener en consideración los principios de transparencia y de no discriminación. En la resolución correspondiente, la SUTEL fijará al solicitante las condiciones de la autorización. Mediante resolución razonada, la SUTEL podrá denegar la autorización solicitada cuando se determine que esta no

se ajusta a los objetivos y las metas definidos en el Plan Nacional de Desarrollo de las telecomunicaciones”

Queda claro que la principal circunstancia para que proceda una autorización y no se requiera de una concesión, como título habilitante, es que la solicitud se dé en relación con la infraestructura alámbrica y no en relación con el espacio radioeléctrico. La segunda condición, a efecto de que no se requiera como título habilitante una concesión es que la solicitud se haga para uso personal y excluya la comercialización.

2.1- ¿Qué título habilitante se requiere para realizar pruebas en televisión digital terrestre?

Nos hemos preguntado qué título habilitante se requeriría para usos del espectro radioeléctrico no contemplados en la Ley General de Telecomunicaciones vigente, y en particular, para quienes pretendan realizar pruebas de televisión digital terrestre (*realización de transmisiones en tecnología digital terrestre estándar ISBD-TB).

A la fecha, indicaré **cinco verdades jurídicas pacíficas** en relación con el tema cuestionado:

1- La regla en materia de habilitar el uso y explotación comercial del espacio radioeléctrico es la necesidad de una CONCESIÓN otorgada mediante Licitación Pública de conformidad con nuestro artículo 121 inciso 14) de la Constitución Política vigente.

2- La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, mencionada, regula la posibilidad de autorizar por medio de un PERMISO el espacio radioeléctrico, cuando se trate de un uso personal y/o no comercial. (Artículos 9 y 26).

3- La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, mencionada, estableció el otorgamiento de la CONCESIÓN de las frecuencias de radio y televisión abiertas, (* radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre) de conformidad con la Ley de Radio vigente. La Ley General de Administración Pública vigente no contiene regulación alguna que fiscalice las condiciones y especificaciones por

medio de las cuales podría otorgarse un permiso de uso de las frecuencias y que, por ende, determinarían el uso del espectro. En otras palabras, no existe una norma legal que autorice el otorgamiento de un permiso de uso precario para radiodifusión.

4- La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, mencionada, no hace una mención expresa del título habilitante para **segmentos**, uso no permanente del espectro radioeléctrico de radiodifusión televisiva ni realización de transmisiones en tecnología digital terrestre estándar ISDB-TB.

5- En materia de dominio público constitucional existe Reserva Legal para su regulación.

Independientemente, de estas ideas, y en relación con el tema, es importante que revisemos el artículo 26 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente²² Es cierto que no hay referencia expresa del título habilitante en ninguna norma de la Ley General de Telecomunicaciones vigente o de la Ley 7593 vigente para **segmentos**, uso no permanente del espectro radioeléctrico de radiodifusión televisiva, realización de transmisiones en tecnología digital terrestre estándar ISDB-TB. Al igual podemos imaginar que se presentarán hipótesis de tecnología muy avanzada, imposible para el legislador de prever o regular en su momento, que tendremos que analizar si dentro de las normas vigentes podría estar cubierto o si necesitamos de nueva legislación.

Entre los títulos habilitantes que la Ley de Telecomunicaciones establece está el permiso, Artículo 26. Como título habilitante, el permiso es un acto generador de derechos en relación con el uso que permite. Puesto que es un acto generador de derecho, el permiso del artículo 26 de la Ley 8642, difiere sustancialmente del permiso de uso de carácter precario, acto de mera

22 ARTÍCULO 26.- Permisos

Para el uso de las bandas de frecuencias a que se refieren los incisos b), c) y d) del artículo 9 de esta Ley, se requerirá un permiso, el cual será otorgado por el Poder Ejecutivo previa recomendación de la Sutel y el cumplimiento de los requisitos que se definan reglamentariamente.

La vigencia de los permisos será de cinco años, renovable por períodos iguales a solicitud del interesado. Los permisos para fines científicos o experimentales se otorgarán por una sola vez, por un plazo máximo de cinco años.

Para los efectos de esta Ley, son causales de extinción, caducidad y revocación de los permisos, las señaladas en el artículo 25 de esta Ley, en lo que sean aplicables.

tolerancia. Se trata entonces de actos de distinta naturaleza jurídica, como es clásicamente conocido en el Derecho Administrativo y sujetos a regímenes jurídicos distintos.

El permiso como título habilitante puede ser otorgado hasta por cinco años para usos experimentales. En vista de que la Ley General de Telecomunicaciones es la norma establecida por el ordenamiento jurídico para regular las telecomunicaciones, en general, puede ser aplicada supletoriamente en los ámbitos en que no existe disposición específica en la Ley de Radio y no resulte prohibida esa aplicación.²³

De conformidad con esta tesis, podría aplicarse para otorgar un permiso de uso experimental en materia de radiodifusión, máxime cuando se trata de probar la capacidad de una emisora para transmitir utilizando tecnología digital en forma eficiente, sin interferencias y abarcando la cobertura que le corresponde. No obstante, en nuestra opinión este tema debe seguir discutiéndose, sobre todo si esa tecnología de televisión digital se va a explotar comercialmente. Como habíamos indicado en este último caso, podría requerirse de una Concesión otorgada por el Poder Ejecutivo.

3- Naturaleza jurídica del canon de Reserva del espectro radioeléctrico.²⁴

Si bien es cierto y aceptado pacíficamente, en la doctrina de Derecho Administrativo el canon de regulación, que los entes órganos o agencias establecían a los operadores de los servicios económicos, no es considerado un tributo. Es relevante su análisis porque nuestra legislación vigente de telecomunicaciones le da un tratamiento diferente.²⁵

El canon de regulación en materia de telecomunicaciones, en general, es el cobro de una cantidad determinada de dinero que se establece en relación

23 Este tema es ampliamente desarrollado por el Dictamen C-003-2013, del 13 de enero del 2013 de la Procuraduría General de la República.

24 Para ampliar sobre este tema, se puede consultar el Dictamen C-021-2013 del 20 de febrero del 2013, de la Procuraduría General de la República.

25 En Monge Segura (2013) se explica por qué el segundo canon de telecomunicaciones se considera un Tributo que va a la caja única del Estado.

con los costos que el ente regulador precisamente requiere para inspeccionar el acceso y calidad de los servicios públicos que presta el operador en relación. Su cobro se inicia una vez que el operador obtiene el respectivo título habilitante para la prestación del servicio. No es un tributo, más bien es una tasa, porque las tasas son uno de los tipos de impuestos que se establecen como contraprestación concreta a la prestación de un servicio público y que como tributo participa de las características de los mismos, entre ellos, el hecho generador.

La confusión surge porque la legislación (2008) desnaturalizó el cobro o le dio otra naturaleza jurídica al canon, **al denominarlo tasa**. Esto hizo que se determinara el cálculo del monto, el momento de inicio del cobro respectivo del canon de reserva del espectro radioeléctrico y el otorgamiento del título habilitante, no de los costos del órgano regulador (SUTEL) en el ejercicio de su competencia, como acontece normalmente con el resto de los cánones de los otros servicios públicos económicos regulados por la ARESEP, sino de otros factores específicos, como veremos.

El artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones, señaló literalmente:

"...Los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán cancelar, anualmente, un canon de reserva del espectro radioeléctrico. Serán sujetos pasivos de esta tasa los operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, a los cuales se haya asignado bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, independientemente de que hagan uso de esas bandas o no. El monto por cancelar por parte de los concesionarios será calculado por la SUTEL considerando de los siguientes parámetros:

- a) La cantidad de espectro reservado.*
- b) La reserva exclusiva y excluyente del Espectro.*
- c) El plazo de la concesión.*
- d) La densidad poblacional y el índice de desarrollo humano de su población.*
- e) La potencia de los equipos de transmisión."*

Podemos afirmar que sigue siendo un canon, pero que participa de la figura de los tributos en cuanto a que la determinación del mismo no depende de los

costos de regulación del órgano respectivo, pero sí los incluye, además de los aspectos indicados en el artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones transcrito anteriormente porque así lo determinó la legislación.

3.1- ¿Quién lo establece?

Por ser el espacio radioeléctrico un bien perteneciente al denominado en el Derecho Público, Dominio Público Constitucional, la concesión, la revocación de esta y la determinación del monto del canon en relación, es de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo. Si bien el artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones, arriba mencionado, le encarga a la SUTEL su cálculo con base en una serie de parámetros, este no vincula al Poder Ejecutivo, quién para separarse del mismo deberá motivarlo ya que este canon cubre los costos de fiscalización de la SUTEL y probablemente otros; no está claro en la ley.

3.2- Procedimiento para establecerlo

Como indicamos anteriormente, el cálculo del canon para cada operador es realizado por la SUTEL, de conformidad con los parámetros mencionados en el artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones. Esta recomendación es estudiada por el Poder Ejecutivo, sin que sea vinculante, pero debe considerar que para apartarse de la recomendación deberá motivar su decisión. Para que sea eficaz, deberá publicarlo en el periódico oficial La Gaceta y en otro medio de difusión nacional.

El procedimiento de determinación del canon tiene como uno de sus elementos sustanciales la consulta participativa de los sujetos interesados. En octubre de cada año, el Poder Ejecutivo debe ajustar el presente canon, vía decreto ejecutivo, previa consulta mencionada. Cualquier ajuste que contravenga los criterios anteriores, será nulo y regirá el canon del año anterior.

Además, debe considerarse que el monto por pagar por parte del contribuyente, será determinado por este mediante una declaración jurada, correspondiente a un período fiscal año calendario. El plazo para presentar la

declaración y pago vence dos meses y quince días posteriores al cierre del respectivo período fiscal. La administración de este canon se hará por la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, por lo que, para este canon, resulta aplicable el Título III, Hechos Ilícitos Tributarios, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. La Tesorería Nacional estará en la obligación de depositar los dineros recaudados en una cuenta separada a nombre de la SUTEL, dentro de los quince días naturales del mes siguiente de su ingreso a la Tesorería.

B- Análisis de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, No. 8660, del 29 de julio del 2008.

1- Visión General²⁶

Este proyecto en particular, tiene una exposición de motivos más amplia de la que suelen tener los proyectos que se tramitan en la Asamblea Legislativa. La razón obedece a lo polémico que fue la aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, que implicó una fuerte oposición por un gran sector de la población a la apertura de esta actividad al sector privado.

Dentro de las ideas que se desarrollaron en la exposición de motivos de esta Ley, en su trámite de aprobación, se señala que las telecomunicaciones, y en su contexto más amplio las infocomunicaciones, conforman un sector cada vez más amplio y complejo, el cual se encuentra, además, en constante evolución y crecimiento. Se indica que en los últimos años, el sector de las telecomunicaciones ha sufrido en el mundo profundos cambios tecnológicos y estructurales y que, a partir de la década de los noventa, se inicia en forma explosiva el auge de los servicios móviles y, en el caso del Internet, aparecen nuevas tecnologías para darle acceso.

²⁶ Si se quiere ampliar el tema, ver Exposición de Motivos del Proyecto en Departamento de Archivo de La Asamblea Legislativa.

Se menciona también que, a partir del año 2000, el desarrollo tecnológico se enfoca en tecnologías de mayor movilidad, rapidez y capacidad de tráfico, tanto alámbricas como inalámbricas. Por otro lado, la tecnología de redes (fibra ópticas e inalámbricas) se está orientando no solamente hacia desarrollar habilidades mucho mayores e inteligencia informática, sino también hacia nuevos sistemas de transporte multipropósito, multiproducto y multiusuario. El proyecto planteó, como principal objetivo, la organización del sector de telecomunicaciones, no obstante, como ley organizativa que es, sus disposiciones deben verse en relación con la “Ley General de Telecomunicaciones”.

Otros objetivos relevantes que se mencionaron en la exposición de motivos de esta ley, fueron: 1. Flexibilizar el marco normativo que regía al Instituto Costarricense de Electricidad y sus empresas de manera que pudiera en un futuro competir de manera efectiva con otros operadores en la prestación de los servicios de telecomunicaciones en un mercado regulado, 2. Sentar las bases que permitieran a futuro la prestación de servicios de telecomunicaciones por parte de operadores públicos y privados, ambos sujetos a regulación.

La ley modificó en materia regulatoria la Ley 7593 de la ARESEP, en relación con las competencias y atribuciones necesarias para lograr una administración y control del espectro radioeléctrico acorde con el innegable valor que tiene este bien, en la que prive el principio de óptima utilización. Dentro de los ejes fundamentales que esta ley regula para el fortalecimiento del Instituto Costarricense de Electricidad, se encuentran: una contratación administrativa más ágil, flexibilización de varias leyes para quitarle trabas y amarras, fortalecimiento de la capacidad de inversión, y potestad para operar internacionalmente.

2- Apertura en el Sector de Telecomunicaciones.

El artículo 5 de la Ley 7593 sin reformar por parte de las leyes de implementación en materia de telecomunicaciones, que hemos citado reiteradamente y que forman parte de nuestro análisis, establecía y establece que los servicios públicos deben ser regulados por la ARESEP. El inciso b)

original (1996) del artículo 5 de la Ley 7593 fue derogado por el artículo 42, de la Ley No. 8660 del 08 de agosto 08 del 2008, mencionada y publicada en el Alcance 31, a la Gaceta 156 del 13 de agosto del 2008, modificando la Ley 7593 vigente²⁷

En relación con esta derogación, encontramos, como mencionamos, por lo menos dos posiciones: una que sostiene que la actividad de telecomunicaciones dejó de ser un servicio público y se convirtió en una actividad privada regulada hasta que se dé un mercado en competencia, cuando se hayan superado todas las barreras de entrada y factores de mercado, y, otra que sostenemos que únicamente pasó a ser, como explicaremos, un servicio de acceso universal.

En el gobierno 2010-2014 acontecen también hechos relevantes en el tema que nos ocupa: se licita y adjudica la primera concesión de telefonía móvil a las empresas Telefónica y Claro. Otro hecho relevante de este período es el establecimiento de la portabilidad numérica, circunstancia que mencionamos únicamente porque es una de las barreras de entrada en los fenómenos de apertura en materia de telecomunicaciones.

Concretamente, son consideradas barreras de entrada para un mercado en competencia de telecomunicaciones: la revocación de la concesión del monopolio estatal del servicio de telecomunicaciones y la respectiva indemnización al Instituto Costarricense de Electricidad que, sin embargo, sigue prestando el servicio ya no condición en monopolio, sino como titular (operador más importante a la fecha en materia de telecomunicaciones). También son barreras la redistribución del espacio radioeléctrico, a efecto de que este bien de dominio público escaso pueda ser compartido con empresas privadas interesadas, el nombramiento de los integrantes y suplentes de la SUTEL, la licitación pública para dar en concesión la parte del espacio radioeléctrico redistribuido, la actividad de interconexión con las nuevas empresas que

27 ARTÍCULO 42.- Derogación del inciso b) del artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N.º 7593

Derógase el inciso b) del artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N.º 7593, de 9 de agosto de 1996.”

ingresen al mercado para que puedan prestar el servicio y la portabilidad numérica, entre otras.

Esta teoría supone que, una vez que la SUTEL dicte la correspondiente resolución en el sentido de que el mercado de telecomunicaciones haya logrado superar las barreras de entrada mencionadas y una sana competencia, la actividad dejaría de ser regulada. Si aceptamos que la derogación del inciso f) del artículo 42 de la Ley 8660 del 2008 indicado determinó un cambio de naturaleza jurídica del servicio, que pasó de ser un servicio público económico clásico a un servicio de acceso universal, como fue explicado en capítulos anteriores, el cual puede ser prestado por instituciones públicas, privadas o mixta pero que se encuentra en este momento regulado, entonces podríamos denominar a esta tesis nuestra “GESTIÓN PRIVADA DE SERVICIO ECONÓMICO EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES”.

No omitimos manifestar que el servicio de telefonía fija se mantiene como un servicio público prestado en monopolio por parte del Instituto Costarricense de Electricidad, probablemente, porque la parte más lucrativa está en la telefonía móvil. Dentro de nuestro punto de vista, la actividad de telecomunicaciones como servicio de acceso universal, seguirá siendo una actividad regulada independientemente de que se logre una libre competencia o no. En el transcurso del camino, eventualmente la SUTEL deberá monitorear objetivamente si se dan prácticas monopolísticas, fusiones o conflictos de intereses. Recientemente la SUTEL, previo debido proceso, estableció una sanción para el Instituto Costarricense de Electricidad por prácticas monopolísticas. Sin embargo, esta sanción ha sido objeto de controversia en la opinión pública.²⁸

28 Los directivos del ente regulador tendrán que rendir cuentas sobre la sanción que se le impuso al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) por “prácticas monopólicas y anticompetitivas” este año y por la que debía pagar cerca de 2 mil millones de colones. Mora ha afirmado que hay una serie de irregularidades en torno a la sanción que el regulador. En 2011, la empresa española Telefónica –propietaria de Movistar– interpuso una demanda contra el ICE ante la SUTEL, tras la cual esta última sancionó al operador estatal. Mora afirmó, incluso en el Plenario, que la Sutel contrató a los “testigos” que Telefónica presentó en la demanda del 2011 contra el ICE, para que elaboraran las “guías” que la SUTEL aplica para los casos de prácticas monopólicas y anticompetitivas. Esto lo calificó como un claro conflicto de intereses.

Como evidencia de este análisis encontramos también el artículo del periódico La Nación, publicado el 19 de mayo del 2015 y redactado por Irela Fornaguera: “La Superintendencia de

3- Procedimiento especial de contratación administrativa

Dentro del objetivo que buscó la Ley 8660 mencionada, de flexibilizar varias leyes para quitarle trabas y amarras al Instituto Costarricense de Electricidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones en futura competencia con las empresas que resultaran adjudicatarias en la Licitación Pública para concesionar el espacio radioeléctrico redistribuido, se estableció un capítulo que reguló un procedimiento de contratación administrativa, más ágil, eficiente y eficaz, establecido en la Ley de Contratación Administrativa vigente, Ley No. 7494.

Básicamente, el ICE y las otras instituciones vinculadas al Instituto²⁹, en esta materia de telecomunicaciones y en relación con la contratación administrativa, debe respetar en primer lugar, los principios constitucionales de la contratación administrativa, establecidos por el tan reiterado Voto 998-98 de la Sala IV, Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 11.30 horas del 16 de febrero de 1998. Claramente se establece que ya no se rige por el procedimiento establecido en la Ley 7494, Ley de Contratación Administrativa vigente, no obstante, se mantiene el control por parte de la Contraloría General de la República y los recursos de objeción y apelación, cuando proceden por el monto que son conocimiento del Órgano Fiscalizador Constitucional.

En segundo término, se estableció un procedimiento especial que consta en los artículos del 20 al 29 de la Ley 8660 mencionada y que posteriormente fue reglamentada rigurosamente. Sigue fundamentalmente la dinámica de nuestro procedimiento general de contratación administrativa, establecido en la Ley 7494

Telecomunicaciones (Sutel) decidirá este año si libera de reglas al mercado de las telecomunicaciones, liderado por las compañías Claro, Kölbi y Movistar”. Esto implica, por ejemplo, que dejaría de fijar precios para los servicios que prestan los operadores y que permitirá una riña libre entre ellos para lograr una genuina apertura del mercado (aprobada hace unos siete años).

La medida se aplicaría solo si se logra determinar que existe una competencia efectiva en el sector; es decir, que ninguno de los operadores tiene un poder significativo o relevante en el mercado. De acuerdo con Gilbert Camacho, presidente del Consejo Directivo de la entidad, la metodología para analizar las condiciones actuales y el futuro de los operadores fue aprobada el miércoles pasado, por lo que los resultados estarían listos a finales de este año.

Wálter Herrera, director general de Mercados de la Sutel, explicó que, si se determina que no existe competencia efectiva hay dos opciones: que se mantengan las condiciones actuales (de regulación estricta por parte de Sutel) o que se determine que el mercado relevante tiene condiciones en competencia.

29 No debemos olvidar que sigue siendo una institución estatal que maneja fondos públicos.

indicada, pero los plazos son más cortos, los umbrales son más altos para los principales procedimientos de contratación administrativa, licitación pública, licitación abreviada y compra directa. También amplía las hipótesis de compra directa y ya tiene integrado en el procedimiento la judicialización de la materia de contratación administrativa producto del Código Contencioso Administrativo que entró en vigencia en el 2008.

CONCLUSIONES

“...Al margen de todo lo variable que puede ser una realidad económica, no puede darse la espalda a la justicia social...”

Dr. Ronald Hidalgo Cuadra (2007)³⁰

En la primera parte de esta investigación nos avocamos a determinar el origen y el fundamento constitucional de los servicios públicos económicos en general. La regulación de los servicios públicos económicos sigue siendo incipiente y débil, pero existe. Hemos hecho un esfuerzo por darle soporte constitucional y lo hemos encontrado en los artículos 140 inciso 16), el artículo 50 y el artículo 74 de nuestra Constitución Política. El equilibrio en materia de regulación en general de los servicios públicos económicos, estriba en lograr una armonización entre la función del Estado de prestar el servicio público, los intereses de los operadores en obtener lucro eventualmente y los consumidores en tener el acceso y la calidad en relación con esos servicios públicos económicos. Adicionalmente, la regulación evita o trata de evitar los conflictos de intereses y aboga por una sana competencia en la regulación de la gestión privada de un servicio público, que incluye al Estado, los proveedores y a los usuarios. El ente regulador, ARESEP, actúa estableciendo las tarifas y aumento de estas, así como la calidad de los servicios.

A nivel legal, en la segunda parte, tenemos la Ley 7593 y sus reformas, la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, la Ley 8642 y sus reformas, Ley General

³⁰ Ver en: Apuntes Generales sobre Regulación, p.62.

de Telecomunicaciones, la Ley 8660 y sus reformas y la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones. Asimismo, seguimos contando con los principios generales del servicio público como lo son la continuidad, la eficiencia, la universalidad, la igualdad en el trato y la adaptabilidad a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad legal que satisfacen (artículo 4 de la Ley 6227, Ley General de la Administración Pública vigente y sus reformas). Además, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República constantemente emiten criterios que enriquecen nuestro conocimiento sobre la materia. Finalmente, no podemos olvidar que tanto a nivel administrativo, con la resolución de denuncias por parte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y de la Superintendencia de Telecomunicaciones, como a nivel judicial ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, obtenemos jurisprudencia relevante.

Aunque sabemos que en materia de independencia podemos mejorar, lo cierto es que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos sigue siendo una institución descentralizada del Poder Ejecutivo en sentido estricto. Esta característica se traslada a la Superintendencia de Telecomunicaciones, por ser esta última un órgano desconcentrado máximo adscrito al ARESEP.

Consideramos como aspectos de nuestro sistema regulatorio que deben mejorarse los siguientes: Tanto la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en general, como la Superintendencia de Telecomunicaciones, órgano focal de nuestro interés, no se han distinguido por ofrecer a los ciudadanos, información en materia tan relevante como pueden ser los aspectos atinentes a los servicios económicos que regulan. Tampoco podemos dejar de afirmar la falta de transparencia de nuestro ente y órgano regulador económico en materia de telecomunicaciones por las siguientes razones: en general no encontramos una página web que brinde a las instituciones públicas, los operadores y los usuarios la información que realmente interesa. En particular surgen estas interrogantes:

1.- ¿Cuáles son las fórmulas para el establecimiento o aumento de las tarifas de los servicios regulados?

2.- ¿Cuál es la información relevante para que en la eventualidad de una audiencia para el establecimiento de una tarifa o su aumento, ofrezcan a los diferentes interesados elementos de juicio para pronunciarse a favor o en contra?

3.- ¿Cuál es la disponibilidad de los funcionarios en general para brindar información verbal y escrita?

4.- ¿Cuáles son las explicaciones razonables y completas del porqué aumenta una tarifa o la calidad de un servicio es ineficiente o limitado?

5.- Por último es necesaria una mayor interacción no solamente con los operadores y usuarios de los servicios en la ciudad de San José, sino también con los operadores y usuarios de todas las provincias del país.

Si se brindara la información mencionada previamente y otra que pueda ser de interés, permitiría a empresas públicas, privadas, operadores y eventualmente usuarios, poder concluir científicamente si las fórmulas son las correctas técnicamente para el establecimiento o aumento de las tarifas. En particular, nos parece que es una institución que se caracteriza por ser muy hermética y en la cual el ciudadano común y silvestre, dependientemente de su interés, tiene pocas posibilidades de acceder a información.

Las metodologías que utiliza tanto la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para el establecimiento o el aumento de las tarifas en general y en particular para la Superintendencia de Telecomunicaciones, es todo un misterio, y en ocasiones, hasta para los propios miembros de las juntas directivas correspondientes, que las desconocen o no las entienden. Por increíble que parezca, existen servicios económicos que tienen más de una fórmula para el establecimiento o el aumento de sus tarifas, dependiendo de la determinación que se utilizará, de aspectos políticos o de conveniencia.

Existen también fórmulas que contienen algún elemento cuyo operador del servicio correspondiente nunca otorgó la información y, por lo tanto, nunca ha podido aplicarse. Este es el caso de la tarifa de la revisión vehicular RITEVE. De conformidad con la nueva legislación implementada y derivada del tratado ratificado en el 2008, Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos,

Centroamérica y República Dominicana, la Junta Directiva de La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos nombró en el 2009 a los miembros propietarios y suplentes de la Superintendencia de Telecomunicaciones con el único requisito, como comentamos en algún capítulo anterior, de no ser objetados por la Asamblea Legislativa.

También, el otorgamiento de las Concesiones debería ser tramitado por el Poder Ejecutivo, previo criterio técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones. En teoría y de conformidad con la normativa promulgada en el 2008, nuestro modelo de regulación económica de servicios debería cumplir con las características que mencionamos al inicio como idóneas en materia de regulación económica. Sin embargo, en la práctica la regulación puede volverse inocua, por ejemplo, en cuanto a la independencia cuando, por razones políticas, el Poder Ejecutivo centraliza la regulación, ya que, si bien es cierto que nuestra Asamblea Legislativa tiene la posibilidad de objetar al nombramiento de los miembros de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y de los Superintendentes de la Superintendencia de Telecomunicaciones, lo cierto es que la designación inicial la hace el Poder Ejecutivo (Consejo de Gobierno), que como ya mencionamos, lo que determina es un sesgo político para estos funcionarios que debieran ser electos por idoneidad.

La relación directa que existe entre la democracia y el desarrollo prueba que las sociedades más justas e igualitarias son aquellas en las que los ciudadanos tienen acceso a los entes, órganos o agencias de regulación económica de servicios mediante un sistema que garantice la transparencia y la posibilidad de exigir a las autoridades que respondan a los usuarios del acceso y la calidad los servicios regulados. Este aspecto se vuelve aún más relevante en relación con personas pobres o de zonas rurales. Es necesario que se creen los instrumentos jurídicos que permitan a todos los usuarios, beneficiarios o consumidores, participar asesorados de las audiencias en donde se cuestiona la calidad de un servicio, el establecimiento de una tarifa o su aumento. Una opción podrían ser las asociaciones de usuarios apoyadas por el Estado. Otra posibilidad podría ser que los munícipes tuvieran un canal formal de comunicación con las

municipalidades y que el asesor legal de las mismas las asesorara ante la institución reguladora.

También creemos que la asesoría de la Defensoría de los Habitantes podría representar a grupos de usuarios organizados, al igual que la Comisión de la Competencia y Defensa del Consumidor en relación con los intereses tanto de los usuarios como, eventualmente, de los operadores. Las competencias de estos órganos deberían ir más allá de la simple denuncia de irregularidades. Esto ya que al ser órganos tan cercanos de los habitantes en general, podrían dar un mayor seguimiento a las políticas y resoluciones del ente regulador.

Por otra parte, la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, en los últimos 10 años se ha convertido en una institución cuestionada y bajo el escrutinio de la sociedad costarricense. Podemos afirmar que la ARESEP en los últimos años, no solamente ha sido cuestionada en cuanto a la regulación misma, en los aspectos fundamentales de tarifas y de calidad de los servicios, sino que además los gremios y los usuarios cuestionan en general irregularidades tales como: salarios, nombramientos, alquileres... e incluso el propio Ministro de Ambiente y Energía se ha cuestionado si es conveniente la fiscalización del ente regulador.

Dentro de los grandes cuestionamientos se encuentran si el Regulador General y la SUTEL tienen una excesiva autonomía. Creemos que el problema no es la autonomía porque, más bien, hemos hablado de su importancia para que pueda ejercer una competencia que es de control, pero además tiene un alto contenido técnico: la autonomía debe darse dentro de los límites legales respectivos. En el caso de la ARESEP, que es una institución autónoma y la SUTEL, órgano adscrito a la ARESEP, están sujetas al Plan Nacional de Trabajo y al manejo de la Contraloría General de la República por disposición constitucional (porque los fondos que manejan son públicos). Pero también están sujetas a los principios de rendición de cuentas, párrafo final del artículo 11 de nuestra Constitución Política, sus funcionarios a la Ley 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública del 29 de octubre del 2004 y su Reglamento, la Ley de Administración Pública y Presupuesto

Público, Ley 8131 del 2001 y a la Ley de Control Interno. Por supuesto no podemos obviar la opinión pública y mediática por la materia regulada. Recientemente se publicó un artículo que específicamente llevaba por título “¿Para qué sirve la Aresep?”, cuestionando no solo de manera general la existencia del ente regulador, sino particularmente la ineficiencia en la regulación de la calidad de los servicios y su proclividad a aumentar siempre las tarifas.

El Futuro de la Regulación de la Gestión Privada de los Servicios de Telecomunicaciones en Costa Rica.

En el caso costarricense, los servicios que supervisa la ARESEP (agua, electricidad, combustibles) son prestados en su mayoría por instituciones u órganos del Estado y la regulación se da porque en los ámbitos que se desarrollan estos servicios no existe libre competencia ya que el precio y su acceso son determinados por la autoridad reguladora. En particular, la regulación en relación con telecomunicaciones se encuentra en un momento posterior a los servicios públicos anteriormente citados, porque la SUTEL ha indicado que podríamos estar en un ámbito de libre competencia. Dicho ámbito es muy reciente y consideramos que requeriría por lo menos de un plazo importante (de cinco a diez años) para que se confirme en la práctica esta condición. Adicionalmente ese ámbito de libre competencia no se refleja claramente en la sociedad costarricense.

Con ocasión a la circunstancia de que el sector de telecomunicaciones se encuentra en un momento de libre competencia, la SUTEL impuso recientemente una multa al Instituto Costarricense de Electricidad por supuestas prácticas monopolísticas. Esta sanción fue suspendida a solicitud del Instituto ante el Tribunal Contencioso Administrativo mediante una medida cautelar. El tema será dirimido ante esa instancia. La legislación del 2008, que determinó la apertura en materia de telefonía móvil en nuestro país, tenía previsto que se diera una primera etapa en que a pesar de la apertura, hubiera una regulación estricta que monitoreara las nuevas empresas que ingresaran al mercado. En una segunda etapa, si el órgano regulador consideraba que existían las condiciones para una sana competencia, se dictaría una resolución en ese

sentido, sin perjuicio de que el órgano regulador estuviera atento que se mantuvieran las condiciones indicadas. De ser el caso contrario, se devolverían a la regulación estricta de la primera etapa. En todo caso, la regulación se mantiene en grado menor. Después de siete años de apertura, los miembros de la SUTEL consideran que podríamos estar cerca de un libre mercado.

A raíz de la constante crítica que recibe tanto el ente regulador como la Superintendencia de Telecomunicaciones, recientemente se presentó por parte del diputado Mario Redondo un proyecto de reforma a la ley 7593 vigente. Este proyecto pretende modificar los términos de las audiencias con el fin de que la ciudadanía pueda defenderse mejor.



Caricatura de Mecho publicada el 20/07/2015 en www.crhoy.com

BIBLIOGRAFÍA

Arguedas Fuentes. Pablo “*Análisis del Sector de Telecomunicaciones desde las Nuevas formas de Regulación Pública: 2006-2012*” Tesis para optar por el grado de licenciatura en Administración Pública. Universidad de Costa Rica. San José. 2013.

Bertrand Du Marais. “*Droit public de la régulation économique*” (Paris: Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004.

Burgos Vargas, Carlos Magno; Fernández Flores, Luis Carlos “*Estructuras Administrativas Complejas para la Regulación de las actividades de los particulares: el caso SUTEL en el mercado de las Telecomunicaciones*” Tesis para optar por el grado de licenciatura de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José 2013.

COMINETTI, Rossella. “*AVANCES Y DESAFÍOS EN REGULACIÓN: LA EXPERIENCIA DE CHILE*” <http://www.oecd.org/site/govgfg/39610257.pdf>
Consultado el 3 de junio del 2015.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Promulgada el 07 de noviembre de 1949.

Consulta C-015-2010 de la Procuraduría General de la República. Del 19 de enero del 2010.

Consulta C-126-2010 de la Procuraduría General de la República. Del 17 de Junio del 2010.

DFOE-EC-IF-19-2015. “Informe de Auditoría de Carácter Especial sobre la actividad de la Auditoría Interna en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)” De la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República con fecha del 28 de mayo del año 2015.

Dictamen C-003-2013 de la Procuraduría General de la República. Del 13 de enero del 2013.

Dictamen C-021-2013 de la Procuraduría General de la República. Del 20 de febrero del 2013.

Dictamen C-040-2012 de la Procuraduría General de la República. Del 07 de febrero del 2012.

Dictamen C-151-2011 de la Procuraduría General de la República. Del 05 de julio del 2011,

Dictamen C-198-2009 de la Procuraduría General de la República. Del 20 de julio del 2009.

Documento Explicativo: Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. Ministerio de Comercio Exterior. San José, Costa Rica, 2004.

Dromi, J. R. (1987). *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Hidalgo Cuadra, R. (2007). Apuntes generales sobre Regulación. *Revista de Derecho Público*, 5,.

Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones. Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley No. 8660 y sus reformas, promulgada el . Publicada el 18 de agosto del 2008 en la Gaceta N. 156.

Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos vigente. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica Ley No. 7593, promulgada el . Publicada en La Gaceta N. 156 del 13 de agosto del 2008.

Ley General de Administración Pública. Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley No. 6227, promulgada el . Publicada el 30 de mayo de 1978 en La Gaceta No. 102.

Ley General de Telecomunicaciones. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley No. 8642, promulgada el . Publicada del 30 de Julio del 2008 en la Gaceta No. 125.

Madrigal, R. (2015, 9 enero). **Defensora pedirá que precios de Combustible se basen en costos reales. CR Hoy, <http://www.crhoy.com/defensora-pedira-que-precios-de-los-combustibles-se-basen-en-costos-reales/>**

Monge Segura, M. G. (2013). *Análisis jurídico de las fortalezas y debilidades de la regulación del servicio público en Costa Rica con énfasis en la apertura del mercado de telecomunicaciones con motivo de la ratificación del tratado de libre comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana* (Tesis para optar por el grado de licenciatura de Derecho). Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

R.G Noll, *Regulatory Policy and the social sciences*, University of California, Press, Berkeley, 1985.

Rojas Franco, E. (2006). *Derecho Administrativo de Costa Rica*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.

Santiago Muñoz Machado, Daniel Sarmiento, José Esteve Pardo, M Mercè Darnaculleta I Gardella, Luis María Díez-Picazo, Lluís Cases, Matilde Carlón Ruiz, Joaquín Tornos Mas, Juan Antonio Carrillo Donaire, Juan J. Gutierrez Alonso, Germa Bel, Joan Calzada, Alejandro Estruch Manjón, Francisco B. López-Jurado, Mariola Rodríguez Font. *Derecho de la Regulación Económica: I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Editorial Iustel. 2009

Solis Carballo, E. (2008). *El espectro radioeléctrico en Costa Rica*. (Proyecto para obtener el grado de Bachiller en Ingeniería Eléctrica). Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.