

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

“El Régimen de Acceso e Interconexión en la legislación costarricense: su naturaleza, alcances e implicaciones en el marco regulatorio costarricense.”

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Roberto Gamboa Madrigal

Carné: A72638

Victoria Rodríguez Durán

Carné: A75420

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Costa Rica, Octubre 2013



24 de setiembre del 2013
FD-AI-1182-13

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (las) estudiante (s): **Victoria Mercedes Rodríguez Durán**, carné **A75420** y **Roberto Alfredo Gamboa Madrigal**, carné **A72638**, denominado: **"El Régimen de Acceso e Interconexión en la legislación costarricense: su naturaleza, alcances e implicaciones en el marco regulatorio costarricense"**, fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Oscar González Camacho
Presidente	Dr. Oscar Rojas Herrera
Secretaria (o)	MSc. José Roberto Garita Navarro
Miembro	MSc. Ronald Hidalgo Cuadra
Miembro	Dr. Gonzalo Monge Núñez

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **04 de octubre del 2013**, a las **06:00 pm**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el 5° Piso de la Facultad de Derecho, **Sede de Rodrigo Facio**.


Andrés Montejo Morales
DIRECTOR

San José, 23 de setiembre de 2013

Andrés Montejo Morales
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Ref. Carta de Aprobación de Trabajo Final de Graduación de Licenciatura


Estimado señor Montejo:

El suscrito, **Óscar González Camacho**, en calidad de DIRECTOR, he revisado el trabajo final de graduación de los estudiantes Victoria Rodríguez Durán, carnet A75420 y Roberto Gamboa Madrigal, carnet A72638, titulado *“El Régimen de Acceso e Interconexión en la Legislación Costarricense: su naturaleza, alcances e implicaciones en el marco regulatorio costarricense.”*

Dicha investigación cumple con los requisitos de fondo y forma establecidos por el Área de Investigación de la Facultad, por cuanto aborda los aspectos más relevantes para la comprobación de la hipótesis plateada y el logro de los objetivos propuestos. Además, la exposición de los subtemas se hace en forma ordenada y el trabajo contiene un amplio fundamento doctrinal, a partir del cual los estudiantes sustentan su posición ante el tema investigado.

Por lo anterior, me permito dar mi aprobación a esta tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, con el propósito de que sea indicada fecha para la respectiva defensa pública.

Atentamente,


Dr. **Óscar González Camacho**
Profesor-Guía


San José, 23 de septiembre de 2013

Señor
Andrés Montejo Morales
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por este medio hago de su conocimiento que en mi condición de lector del Trabajo Final de Graduación titulado *“El Régimen de Acceso e Interconexión en la Legislación Costarricense: su naturaleza, alcances e implicaciones en el marco regulatorio costarricense.”*, de los estudiantes Victoria Rodríguez Durán, carnet A75420 y Roberto Gamboa Madrigal, carnet A72638, he de manifestarle que la misma cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho, por lo que le doy mi aprobación para que se presente la réplica.

Aténtamente,



M.Sc. José Roberto Garita Navarro
Miembro Lector


San José, 23 de septiembre de 2013

Señor
Andrés Montejo Morales
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por este medio hago de su conocimiento que en mi condición de lector del Trabajo Final de Graduación titulado "*El Régimen de Acceso e Interconexión en la Legislación Costarricense: su naturaleza, alcances e implicaciones en el marco regulatorio costarricense.*", de los estudiantes Victoria Rodríguez Durán, carnet A75420 y Roberto Gamboa Madrigal, carnet A72638, he de manifestarle que la misma cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho, por lo que le doy mi aprobación para que se presente la réplica.

Atentamente,



M.Sc. Ronald Hidalgo Cuadra
Miembro Lector

Curridabat, 8 de octubre de 2013

**Señor
Andrés Montejo
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica**

Estimado señor:

Me complace informarles que he realizado la revisión filológica del documento:
“El Régimen de Acceso e Interconexión en la legislación costarricense: su naturaleza, alcances e implicaciones en el marco regulatorio costarricense.”

Este constituye el trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho del Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, realizado por los sustentantes Roberto Gamboa Madrigal y Victoria Rodríguez Durán.

He señalado por escrito las diversas correcciones y sugerencias de carácter lingüístico y estilístico, hechas a este excelente aporte universitario, en el entendido de que, en algunos casos, la aceptación de ciertas modificaciones, queda a criterio de los autores del trabajo.

Con gusto brindaré cualquier información adicional que, al respecto, requiera la Universidad.

Atentamente,



Lic. Jorge Mora López
Carné 677 del COLYPRO

Dedicatoria

A nuestras queridas familias.

Roberto y Victoria

Agradecimientos

A nuestro Señor, por darnos la fuerza, la sabiduría y la vida para culminar este trabajo.

A nuestros padres, por su apoyo incondicional en toda nuestra vida.

Al señor Jorge Brealey, por su interés, por su guía y por habernos facilitado gran cantidad de material bibliográfico sin el cual no hubiera sido posible esta investigación.

A todos los miembros del Tribunal Examinador, porque sin su ayuda no se hubiera culminado con éxito este trabajo final de graduación.

Contenido

Índice de abreviaturas	vi
Resumen	viii
Introducción	1
Título I: Los elementos presentes en el acceso y la interconexión	9
Capítulo 1: Recursos escasos presentes en las telecomunicaciones.....	9
Sección 1: Espectro radioeléctrico.....	12
Sección 2: Numeración.....	19
Capítulo 2: Títulos habilitantes presentes en las telecomunicaciones ...	23
Sección 1: Concesión	28
Sección 2: Autorización.....	31
Sección 3: Permiso	33
Sección 4: Derechos y obligaciones generales del titular de la concesión, autorización o permiso.....	34
Sección 5: Revocación, extinción y caducidad de los títulos habilitantes	36
Título II: Los sujetos presentes en el mercado de las telecomunicaciones	43
Capítulo 1: Sujetos presentes en el acceso y la interconexión.....	43
Sección 1: Concepto de operador móvil de red	44
Sección 2: Concepto de operador móvil virtual	45
2.1. Estrategias comerciales que justifican la creación de OMV	47
2.2 Niveles de OMV	48
2.3 Origen de la figura de los OMV.....	51

Sección 3: Usuarios	56
Capítulo 2: Mercado relevante de las telecomunicaciones	59
Sección 1: Operador con poder significativo de mercado	61
Sección 2: Competencia efectiva	66
Título III: El acceso y la interconexión	69
Capítulo 1: Conceptos de acceso e interconexión	69
Sección 1: Concepto de acceso	74
Sección 2: Concepto de interconexión	81
Sección 3: Comparación de ambas figuras	87
Sección 4: Modelos utilizados para reglamentar el acceso y la interconexión	89
Capítulo 2: Principios rectores del acceso y la interconexión	92
Sección 1: Autonomía de la voluntad	93
Sección 2: Objetividad	96
Sección 3: No discriminación	98
Sección 4: Proporcionalidad	100
Sección 5: Transparencia	101
Capítulo 3: Derechos y obligaciones de los operadores con respecto al acceso y la interconexión	104
Sección 1: Derechos de los operadores	105
Sección 2: Obligaciones de los operadores	107
Sección 3: Infracciones	112
Título IV: Los acuerdos de acceso e interconexión en Costa Rica	115

Capítulo 1: Acuerdos de acceso e interconexión	115
Sección 1: Naturaleza jurídica de los acuerdos de acceso e interconexión	118
Sección 2: Procedimiento para la solicitud de acceso e interconexión	129
Sección 3: Oferta de interconexión por referencia	130
Sección 4: Cargos por acceso e interconexión	136
Sección 5: Intervención por parte de la autoridad reguladora en los acuerdos de acceso e interconexión	139
Capítulo 2: Situación actual de la SUTEL	148
Conclusiones	161
Bibliografía	170
Anexo	181

Índice de abreviaturas

ANR: Autoridad Nacional de Reglamentación

ARESEP: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos

CMT: Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones de España

CoPol: Constitución Política de Costa Rica

DR-CAFTA: Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Centro América y República Dominicana.

DGM: Dirección General de Mercados

E.E.U.U.: Estados Unidos de América

ICE: Instituto Costarricense de Electricidad

IP: Internet Protocol

LARESEP: Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos.

LFME: Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector

LGAP: Ley General de la Administración Pública

LGT: Ley General de Telecomunicaciones de Costa Rica.

LGTel: Ley General de Telecomunicaciones de España

MICITT: Ministerio de Ciencia, Tecnología. Y Telecomunicaciones

MINAET: Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones

MNO: Mobile Network Operator

MVNO: Mobile Virtual Network Operator

OIR: Oferta de interconexión de referencia

OMR: Operador móvil red

OMV: Operador móvil virtual

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

OPSM: Operador con poder significativo de mercado

PGR: Procuraduría General de la República

PNAF: Plan Nacional de Atribución de Frecuencias.

PNDT: Plan Nacional de Desarrollo de la Telecomunicaciones.

PNN: Plan Nacional de Numeración

PSM: Poder significativo de mercado

RAIRT: Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones

RLGT: Reglamento de la Ley General de Telecomunicaciones.

SIM: Subscriber Identity Module

SUTEL: Superintendencia de Telecomunicaciones

UE: Unión Europea

UIT: Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Resumen

Justificación

Con motivo de la apertura del sector de Telecomunicaciones, se creó legislación que incorporó las figuras del acceso y la interconexión. Estas figuras regulan en especial, la relación entre operadores y proveedores. Garantizan el óptimo uso del espectro radioeléctrico. A pesar de existir dicha regulación, existe un vacío en cuanto al tema de los operadores móviles virtuales, los cuales no se encuentran estipulados específicamente en dicha legislación; se presenta así una duda en cuanto a su incorporación o no dentro del régimen de acceso e interconexión.

A la fecha, únicamente existe el Acuerdo del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones en donde se excluye dicha figura del régimen, argumentando su naturaleza comercial. Sin embargo, podría llevar a que se cometan abusos entre operadores y proveedores, así como a una incapacidad por parte del ente regulador de impedirlos. Por otra parte, los usuarios finales podrían también verse afectados.

Hipótesis

El acuerdo entre los operadores móviles de red y operadores móviles virtuales, independientemente de su naturaleza comercial, debe estar sometido al Régimen de Acceso e Interconexión. Este acuerdo debe regularse vía legal o al menos reglamentaria, para que los operadores móviles virtuales sean tratados de la misma forma que los operadores móviles de red.

Objetivo general

Determinar si el Régimen de Acceso e Interconexión se aplica de forma correcta en el país, particularmente, cuando se trata de los operadores y proveedores de los servicios de telefonía móvil.

Metodología

Para la presente investigación se utiliza una metodología descriptivo-analítica, pues se realiza un análisis doctrinario que abarca los estudios sobre la materia que hayan llevado a cabo los distintos autores, tanto en libros, revistas y publicaciones. Además, se efectúa un análisis a lo largo del trabajo sobre la jurisprudencia existente a esta materia. Por último, se recurre a un estudio de campo, en donde se hace una entrevista a los funcionarios de la Superintendencia de Telecomunicaciones con el objetivo de conocer su posición sobre el tema.

Conclusiones principales

Las figuras de acceso e interconexión tienen una naturaleza privada; no obstante, existen ciertas obligaciones específicas que deben acatarse y que provienen del derecho administrativo, en el cual el Estado obliga, por medio de la legislación, a que se cumplan ciertos aspectos de importancia, los cuales son garantizados a través del Régimen de Acceso e Interconexión. Dentro de este se incluyen los principios de autonomía de la voluntad, no discriminación, transparencia, proporcionalidad y objetividad.

La SUTEL ha interpretado que los operadores móviles virtuales se desprenden de la Ley General de Telecomunicaciones. Sin embargo, no existe una regulación específica del tema, lo cual causa que sea la propia SUTEL la que interprete cómo debe tratarse dicha figura. Ello genera que en algunos puntos se confunda la naturaleza del operador móvil virtual, pues determina que los acuerdos entre operadores móviles virtuales y operadores móviles de red son de naturaleza comercial, lo cual hace que no estén sujetos al Régimen de Acceso e Interconexión. Esto genera violaciones tanto a los derechos de los móviles virtuales como para los operadores móviles de red. Por consiguiente, se verían afectados los usuarios finales. La figura de los operadores móviles virtuales debe regularse vía legal o al menos reglamentariamente para que quede establecido cuál es verdaderamente la forma correcta de trato a este tipo de operadores.

Gamboa Madrigal, Roberto y Rodríguez Durán, Victoria. El Régimen de Acceso e Interconexión en la legislación costarricense: su naturaleza, alcances e implicaciones en el marco regulatorio costarricense. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013. x y 186

Director: Dr. Oscar González Camacho

Palabras claves: telecomunicaciones, operador móvil de red, operador móvil virtual, espectro radioeléctrico, acceso, interconexión, numeración, usuario, SUTEL, concesión, autorización

Introducción

Mundialmente, las telecomunicaciones¹ se han considerado en sus inicios, como un monopolio natural, debido a que ha sido un sector que por su particular naturaleza (uso del espectro radioeléctrico) se ha desarrollado en manos de un único ente de naturaleza pública como ha sucedido en la mayoría de los países o privado como lo fue en los Estados Unidos. Sin embargo, la evolución de la tecnología, el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y las modernas tendencias en cuanto a la intervención de los Estados en la economía, ha llevado a hablar de "... *la desregulación, la simplificación administrativa, devolución de competencias, centralización de actividades, creación de instituciones reguladoras*"², conceptos que han propiciado la necesidad liberalización del sector, con el propósito de mejorar la calidad del servicio que se brinda a los usuarios finales y hacer un uso eficiente de los recursos.

Los países europeos son fiel reflejo de ese proceso. En ellos se estima que la telefonía móvil³ ha sido exitosa y ello "*se debe en igual medida a la implementación paralela de una política de liberalización de la prestación del servicio, poniendo fin a los tradicionales monopolios nacionales. La introducción de competencia ha*

¹ Las telecomunicaciones o comunicaciones a distancia, son aquellas transmisiones que se hacen desde un punto y hacia otro, usualmente de manera bilateral y con el fin de transmitir una señal, sonidos, imágenes, escritos o informaciones de cualquier naturaleza por procedimientos ópticos, eléctricos o electromagnéticos. Se incluyen dentro de ellas: la televisión, la radio, el Internet, la telefonía tanto fija como móvil, entre otros. "Telecomunicación" *Gran Diccionario Enciclopédico Salvat*. México, D.F.: Salvat Editores, S.A. 1997, pp. 1311-1312

² Contraloría General de la República *Informe de Relatoría del X Congreso Latinoamericano y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores*. Revista Fiscalización y Gestión Pública Vol. 1. N°.1. Contraloría General de la Republica y Universidad de Costa Rica. 1994. p. 17

³ "El servicio de telefonía móvil puede definirse como la explotación comercial del servicio consistente en el transporte de la voz en tiempo real entre usuarios de terminales móviles haciendo uso de una red de telecomunicaciones." MONTERO PASCUAL Juan J. *Competencia en las comunicaciones móviles de la telefonía a Internet*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000. p.19

desembocado en una mejor adaptación de la oferta a las necesidades de la demanda, a través de una más rápida introducción en el mercado de las innovaciones tecnológicas, un aumento de la calidad y una reducción en los precios.”⁴

Costa Rica no ha sido la excepción en cuanto a de la transformación del mercado de las telecomunicaciones, aunque a diferencia de otros países, la liberalización llegó un poco después. Con la aprobación del DR-CAFTA, a finales del año 2007, se dio el primer paso⁵ hacia la apertura de las telecomunicaciones en el país, específicamente en los servicios de telefonía móvil. Como principal consecuencia, el Instituto Costarricense de Electricidad, ente público que hasta ese momento mantuvo el monopolio público de las telecomunicaciones, tuvo que someterse al proceso de apertura del sector. Además, con dicha apertura se promulgó nueva normativa que vino a cambiar la perspectiva jurídica, económica y social del mercado de las telecomunicaciones, al igual que ha sucedido en el resto del mundo.

Desde la perspectiva jurídica, la apertura del sector ha repercutido en la concepción de las telecomunicaciones como servicio. Previo a la liberalización, las telecomunicaciones eran tratadas como servicio público, debido a que “tradicionalmente la técnica del servicio público ha servido para legitimar la intervención de las Administraciones Públicas en una actividad principalmente económica.”⁶ Sin embargo, esta concepción ha evolucionado hasta llegar a

⁴ MONTERO PASCUAL Juan J., Op. cit. N° 3, p. 24

⁵ No obstante, en Costa Rica, en el año 1987 vía decreto ejecutivo, se le otorgó el uso y explotación de frecuencias para el servicio de telefonía móvil a una empresa extranjera, COMCEL. Sin embargo, este acuerdo ejecutivo fue anulado al igual que los contratos celebrados entre el ICE, COMCEL y Millicom. SALA CONSTITUCIONAL. Corte Suprema de Justicia. Voto N° 05384-1993 a las 16 horas del 26 de octubre de 1993. San José, Costa Rica

⁶ MARTI DEL MORAL Antonio y DE LA TORRE MARTÍNEZ Lourdes. *Las obligaciones de servicio público*. Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (Director). Derecho de la Regulación Económica. IV Telecomunicaciones. Madrid: Editorial Iustel, 2009. p. 348.

calificarse como un servicio de interés general, debido a que se consideran las telecomunicaciones como actividades indispensables para el desarrollo de una vida humana en condiciones dignas, lo cual exige prever un régimen jurídico público que asegure su prestación ante las carencias del mercado.⁷

Las redes y servicios de la telefonía móvil, debido a su naturaleza ineludiblemente tecnológica, aumentan su valor en proporción al incremento de los servicios⁸ que son prestados a través de las aquellas⁹. Para que las telecomunicaciones se desarrollen de una manera adecuada, es necesario el ingreso al mercado de nuevos operadores.

Sin embargo, existen las llamadas barreras de entrada, dentro de las cuales se encuentra la limitación del espectro de frecuencias radioeléctricas, lo que se agrava con el hecho de que exista un operador en el mercado que posea la totalidad de los usuarios en sus redes. Es por ello que resultó necesario crear normativa que les asegure a los operadores que van a ingresar a un mercado no discriminatorio, transparente y equitativo, con el fin último de proveer servicios de calidad a los usuarios.

⁷ LAGUNA DE PAZ José Carlos. *Telecomunicaciones: regulación y mercado*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. 2 ed., 2007. p. 34

⁸ “Por otra parte, de la transmisión principalmente de voz, se va a evolucionar hacia la transmisión indiscriminada de contenidos, sea éstos voz, datos, imágenes o diversas combinaciones de estos diversos contenidos. [...] De esta forma, el terminal móvil permitirá acceder a una amplia serie de servicios más allá del telefónico, servicios que permitirán satisfacer la demanda de información, entretenimiento y prestaciones instantáneas, personalizadas y a un precio reducido.” Op.cit. N°3, p. 28

⁹ *Ibid.*, p. 29

Ante la situación planteada anteriormente, la legislación internacional al igual que la Ley General de Telecomunicaciones¹⁰ en Costa Rica, buscan garantizar que los operadores entrantes tengan acceso efectivo a las facilidades esenciales para la prestación de los servicios y además, que sus redes tengan la posibilidad de conectarse con las redes del operador dominante, mediante la creación de las figuras de acceso e interconexión.

Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos normativos, en el momento de la apertura de las telecomunicaciones en la mayoría de países, se dio un ingreso reducido de nuevos operadores. Esta situación tendió a generar una estructura de mercado con características oligopolísticas, a raíz de ciertos rasgos propios del mercado de las telecomunicaciones, como lo son: la existencia de barreras de entrada, la inversión irre recuperable debido a la especificidad (por ejemplo: la publicidad) y la similitud de los servicios que se ofrecen. De esta forma, se llegó a determinar un comportamiento por parte de los operadores, los cuales tienden a coordinar sus acciones, a fin de desarrollar planes estratégicos con el objetivo de potenciar al máximo sus ganancias. Estos comportamientos pueden consistir en la imposición de condiciones exploratorias frente a sus clientes o inclusive a que se den conductas excluyentes respecto de otros operadores.

Por todos estos motivos, es que a nivel internacional han surgido manifestaciones jurídicas que buscan una mayor intervención pública de control de la actividad de

¹⁰ Ley General de Telecomunicaciones, N°8642 del 4 de junio del 2006. Publicada en el diario oficial La Gaceta N° 125 el 30 de junio del 2008 Trata de manera general los temas relativos a las telecomunicaciones. En particular esta ley, contiene los principios rectores, las definiciones de conceptos generales utilizados en la normativa costarricense, las pautas generales del espectro radioeléctrico, lo relativo a los títulos habilitantes, el Régimen de Garantías Fundamentales, el Régimen de Competencia, el Régimen de Acceso e Interconexión, el establecimiento de los cánones de telecomunicaciones, Régimen Sancionatorio, las disposiciones modificatorias, derogatorias y finales.

los OMR que impida comportamientos abusivos. Entre tales reivindicaciones destaca, por sus repercusiones, la de imponer la apertura de las redes móviles con el fin de que otros operadores puedan arrendar elementos de red y explotarlos en su propio nombre. De esta forma aparecen los operadores móviles virtuales, que explotando redes de terceros, prestan el servicio en nombre propio a los usuarios.¹¹

Actualmente en Costa Rica existen tres operadores móviles de red dentro de los cuales se encuentra el ICE, quien es el operador histórico del país; además está Claro CR Telecomunicaciones, S.A. (en adelante Claro) y Telefónica de Costa Rica TC, S.A. (en adelante Telefónica). Estas últimas participaron en la licitación de las bandas del espectro radioeléctrico costarricense y resultaron adjudicatarias. Adicionalmente participan en el mercado dos operadores móviles virtuales: Televisora de Costa Rica, S.A. (en adelante Tuyo Móvil) y Virtualis, S.A. (en adelante Fullmóvil).

Sin embargo, a estos dos operadores móviles virtuales se les excluyó del Régimen de Acceso e Interconexión, mediante un acuerdo del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Se provoca, de esta manera, una desigualdad entre ellos y los operadores móviles de red.

Tomando como base la anterior problemática, la cual justifica en sí misma la necesidad de este trabajo, es hipótesis de este trabajo que los acuerdos entre los operadores móviles de red y operadores móviles virtuales independientemente de su naturaleza comercial deben estar sometidos al Régimen de Acceso e Interconexión. Este acuerdo debe regularse vía legal o al menos reglamentaria, para

¹¹ MONTERO PASCUAL Juan J., Op. cit. N° 3, pp. 29 – 31

que los operadores móviles de virtuales sean tratados de la misma forma que los operadores móviles de red.

Por ello, se fija como objetivo general el determinar si el Régimen de Acceso e Interconexión se aplica de forma correcta en el país, particularmente tratándose de los operadores y proveedores de los servicios de telefonía móvil. Asimismo, se establecen como objetivos específicos el determinar la naturaleza de los acuerdos de acceso e interconexión y sus alcances; analizar el caso de los operadores móviles virtuales; y estudiar la posición de la SUTEL en cuanto a los acuerdos entre operadores móviles virtuales y los operadores móviles de red.

En la búsqueda de la consecución de los objetivos anteriores, se utiliza una metodología descriptivo-analítica, en donde se realiza un análisis doctrinario que abarca los estudios sobre la materia que hayan realizado los distintos autores tanto en libros, revistas y publicaciones. Aunado a esto, se realiza un análisis a lo largo del trabajo sobre la jurisprudencia existente a esta materia.

Se incluye, además, un análisis sobre el acuerdo del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Por último, se efectúa un estudio de campo, en donde se hace una entrevista funcionarios de la Superintendencia de Telecomunicaciones con el objetivo de conocer su posición sobre el tema. A partir de lo anterior, se presentan las conclusiones críticas que intenten dar una solución al problema planteado.

Siendo así, se ha organizado el desarrollo del trabajo de la siguiente manera: se establecieron cuatro títulos principales. Título I: Los elementos presentes en el acceso y la interconexión, Título II: Los sujetos presentes en el mercado de las telecomunicaciones. Título III: El acceso y la interconexión y Título IV: Los acuerdos de acceso e interconexión en Costa Rica.

En el Título I se incluyeron temas generales de las telecomunicaciones móviles. Y se dividió de la siguiente manera: Capítulo 1: Recursos presentes en las telecomunicaciones, el cual abarca lo referente al espectro radioeléctrico y a la numeración. Capítulo 2: Títulos Habilitantes, donde se estudian la concesión, autorización y permiso, además tratara los derechos y obligaciones en cada uno de estos títulos habilitantes.

El Título II, se refiere a aspectos más prácticos del sector de las telecomunicaciones; en cuanto el Capítulo 1 trata sobre los sujetos presentes en el acceso y la interconexión, por lo que se incorpora a los operadores móviles virtuales, operadores móviles de red y los usuarios. El Capítulo 2 versa sobre el mercado de las telecomunicaciones, donde se analizan los aspectos de competencia efectiva y el procedimiento, consecuencias e implicaciones de ser declarado un operador con poder significativo de mercado.

Por otro lado, el Título III, comprende los aspectos del acceso y la interconexión a la luz del Régimen. El Capítulo 1 define los conceptos de acceso e interconexión; el Capítulo 2 analiza los principios rectores de ambas figuras; y el Capítulo 3 trata sobre los derechos y obligaciones de los operadores con respecto al acceso y la interconexión como figura técnica parte de un Régimen.

Por último, el Título IV es propiamente la regulación de las relaciones entre operadores a la luz del Régimen de Acceso e Interconexión. En el Capítulo 1 se estudia la naturaleza de los acuerdos de acceso e interconexión, el procedimiento para suscribirlos, la oferta de interconexión por referencia y la intervención de la SUTEL. En el Capítulo 2 se examina la situación actual de la SUTEL en cuanto a la interpretación del Régimen de Acceso e Interconexión.

Título I: Los elementos presentes en el acceso y la interconexión

En este título se analizan ciertos elementos que se encuentran estrictamente relacionados con el acceso y la interconexión. Es conveniente desarrollarlos de previo, pues de esta forma se garantiza una adecuada comprensión de estos, para su posterior implementación en los títulos siguientes.

Capítulo 1: Recursos escasos presentes en las telecomunicaciones

La mayor parte de la normativa internacional incluye dentro del concepto de “recurso escaso” al espectro radioeléctrico, los recursos de numeración, los derechos de vía, las canalizaciones, los ductos, las torres, los postes y las demás instalaciones requeridas para la operación de redes públicas de telecomunicaciones¹².

Sin embargo, esa utilización indiscriminada del concepto, no se da en todos los países. En los Estados Unidos de América se crea una diferenciación en cuanto al concepto de recurso escaso. Lo utilizan principalmente para definir al espectro radioeléctrico, debido a que entienden por recurso escaso a un elemento limitado y, además, imposible de duplicar. Incorporan también el concepto de “facilidad esencial”, al que definen como aquel elemento imprescindible para que un operador

¹² LGT. Op. cit. N° 10, Artículo 6. Inciso 18.

sea capaz de competir de manera significativa en un mercado relevante para sus operaciones; de hecho, no existe un elemento alternativo que se pueda utilizar para el mismo propósito y que tampoco es factible duplicar dicho elemento¹³.

Se considera más apropiada la distinción formulada en los Estados Unidos; ello, por cuanto se define de manera específica cada uno de los conceptos; se distinguen, principalmente dos hechos: uno, que es imposible duplicarlo por su misma naturaleza (recurso escaso) y el otro no es factible duplicarlo, ya sea por limitaciones jurídicas, económicas o de ambiente (facilidad esencial). Igualmente, se debe entender que las facilidades esenciales responden a un concepto general y que dentro de ellas, se encuentra el recurso escaso; de forma que, a contrario sensu, no todas las facilidades esenciales son recurso escaso. Lo cual lleva a explicar la especial regulación del espectro radioeléctrico sobre todos los otros elementos.

Se busca comprender de la mejor manera esta concepción del espectro radioeléctrico y en general de los recursos escasos; se torna necesario conocer con exactitud, ¿qué se entiende como recurso escaso, optimización y eficiencia? Para aclarar el primer concepto, hay que dirigirse al artículo 6, inciso 18 de la LGT, el cual indica que el recurso escaso *“incluye el espectro radioeléctrico, los recursos de numeración, los derechos de vía, las canalizaciones, los ductos, las torres, los postes y las demás instalaciones requeridas para la operación de redes públicas de telecomunicaciones.”* Con respecto a los otros dos términos, se toma la definición dada por la Real Academia Española, la cual establece que la optimización es: “1.

¹³ WALDEN Ian y ANGEL John. *Telecommunications Law and Regulation*. New York: Oxford University Press. 2 ed., 2005. p. 223

*f. Acción y efecto de optimizar.*¹⁴ ; y por optimizar, define la RAE que es: *“1. tr. Buscar la mejor manera de realizar una actividad.”*¹⁵ . En cuanto a la eficiencia indica que esta es la “capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado.”¹⁶

Debe acotarse que, la LGT en su artículo 3 inciso i) incorpora la optimización de los recursos escasos como un principio rector de las telecomunicaciones y establece que consiste en que la *“asignación y utilización de los recursos escasos y de las infraestructuras de telecomunicaciones –sea- de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios.”* De la misma manera el artículo 2, inciso g) de la LGT establece que la optimización de los recursos escasos es un objetivo de la ley que persigue: *“Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos.”* Sintetizando lo señalado por los artículos anteriores y las definiciones citadas, se puede concluir que la optimización de los recursos escasos se basa en la búsqueda de la mejor manera de asignar de los recursos a los operadores, respetando los principios de objetividad y no discriminación. Además, de que tales recursos sean concedidos en el momento adecuado y que el proceso de asignación se haga de manera que los terceros interesados puedan tener conocimiento de este, para así respetar el principio de transparencia.

¹⁴ “Optimización” *Real Academia Española*. Encontrado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=optimizaci%C3%B3n>
Recuperado el: 8 de mayo del 2013.

¹⁵ *Ibíd.*, “Optimizar”.

¹⁶ *Ibíd.*, “Eficiencia”.

Aunado a ello, se debe procurar, que los recursos sean utilizados de la mejor manera posible, aprovechando su capacidad al máximo. Es por ello que la optimización de los recursos se establece como un principio rector de las telecomunicaciones que busca la eficiencia en el uso de los recursos, tal y como lo menciona el artículo 2 de la LGT. Con base en lo anterior, dicha ley en su artículo 21 inciso b), justifica la reasignación de frecuencias, las cuales son un recurso escaso, en búsqueda de la eficiencia del uso del espectro radioeléctrico para cumplir con el principio de la optimización. De la misma manera se justifica el establecimiento de tarifas de los servicios públicos en el artículo 50 de la LGT, donde se indica que se hace con el fin de incentivar la competencia y la eficiencia en el uso de los recursos.

Para efectos de la presente investigación, resulta necesario abordar, en forma detenida, el tema del espectro radioeléctrico y la numeración, ya que ambos son categorizados como recursos escasos. Además, estos gozan de una gran importancia pues están ligados con servicios elementales para todos los habitantes, lo cual hace necesario que exista una adecuada ordenación que asegure un uso eficiente de ellos y una igualdad de oportunidades en su aprovechamiento.¹⁷

Sección 1: Espectro radioeléctrico

El espectro radioeléctrico es un elemento necesario para que se puedan prestar diversos servicios de telecomunicaciones y en especial del tema de que se ocupa esta tesis, la telefonía móvil, ya que el espectro radioeléctrico hace posible que pueda llevarse a cabo la característica principal de este servicio, la movilidad. Si

¹⁷ LAGUNA DE PAZ José Carlos, Op. cit., N° 7 p. 127.

bien la comunicación entre las diferentes centrales de conmutación, o incluso entre las centrales y las torres puede realizarse mediante cables convencionales, la transmisión de señales en los últimos kilómetros ha de ser necesariamente inalámbrica, a fin de que el usuario pueda desplazarse y establecer la comunicación sin necesidad de conectar mediante algún tipo de elemento físico su terminal con la red.¹⁸

Aparte de la importancia expresada en el párrafo anterior, lo que define propiamente al espectro radioeléctrico es precisamente su carácter de recurso natural escaso, ya que del rango infinito de frecuencias existente, muy pocas son utilizables para la comunicación, debido a que existen ciertas bandas que producen excesiva interferencia.¹⁹ La importancia del espectro radioeléctrico para prestar los servicios de telecomunicaciones y la escasez de este, es una justificación suficiente para considerar razonable el especial trato que se le da a este recurso por parte de la legislación.

Ahora bien, el espectro radioeléctrico se entiende como aquel *“tipo de energía electromagnética, denominada radioeléctrica que, a causa de su frecuencia y longitud, permite ser emitida en un punto y, sin necesidad de un canal específico, puede ser recibida en otros puntos restantes del primero. Energía radioeléctrica comprende ondas de diferente longitud, lo que permite la transmisión codificada de*

¹⁸ MONTERO PASCUAL Juan J., Op. cit. N° 3, p. 44

¹⁹ MARZO COSCULLUELA Javier. *El dominio público radioeléctrico*. Carmen Chinchilla Marín (Coordinadora). Telecomunicaciones: Estudios sobre dominio público y propiedad privada. Barcelona-Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2000. p. 150

*información, al tiempo que las diferentes frecuencias permiten la comunicación simultánea entre los mismos puntos sin interferencias.*²⁰

La Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT) es el órgano encargado de velar por el correcto desarrollo del sector a nivel internacional, pues emite recomendaciones que deben acatar los estados miembros. Una de sus funciones, es fijar normas, estándares de calidad y la planificación de usos y frecuencias del espectro radioeléctrico²¹. El Reglamento de Radiocomunicaciones es el instrumento que rige la materia²².

Por su lado, el manejo del espectro en los Estados Unidos de América se ha basado en la idea de que el espectro es un recurso escaso y esta circunstancia ha servido como justificación para la intervención del gobierno. Es importante recordar que las frecuencias de radio han sido utilizadas para proveer servicios de diferente índole y usos. La innovación tecnológica continua expandiéndose, lo que ha provocado la creciente demanda de frecuencias de radio debido a que se ha logrado una mejor y mayor utilización de dichas bandas pues se puede trasportar mayor contenido en un mismo ancho de banda, lo que vuelve al espectro un recurso cada vez más valioso.²³

La situación de México, presenta una particularidad especial, ya que es uno de los pocos casos donde su Constitución Política no declara al espectro radioeléctrico

²⁰ MONTERO PASCUAL Juan José. *Derecho de las Telecomunicaciones*. Tirant lo Blanch. Valencia: 2007 p. 151

²¹LAGUNA DE PAZ José Carlos, Op. cit. N° 7, p. 128.

²² CAMPOS SÁNCHEZ Manuel. *El espectro radioeléctrico*. Tomás de la Quadra y Salcedo Fernández del Castillo (Director). Derecho de la Regulación Económica. IV Telecomunicaciones. Madrid: Editorial Iustel. 2009. p. 499

²³ WALDEN Ian y ANGEL John, Op. cit. N° 13, p. 546

como un bien demanial. Es por ello, que para justificar la intervención del Estado, utilizan la teoría según la cual el espectro le pertenece, por cuanto la Constitución declara el espacio aéreo como propiedad de México y como dicho espacio aéreo es el medio natural de propagación de las ondas electromagnéticas, se considera que el espectro es propiedad de todos los mexicanos²⁴. La regulación legal mexicana divide el espectro radioeléctrico en diferentes bandas según sus tipos de uso. La Ley Federal de Telecomunicaciones dispone el uso libre, determinado, concesionado, oficial, experimental concesionado y oficial del espectro.²⁵

Por su parte, en Europa, en el año 2002²⁶, se adoptan ciertas decisiones principalmente *“sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea, se intenta crear un marco jurídico y político que garantiza la coordinación de los planteamientos y unas condiciones armonizadas con respecto a la disponibilidad y al uso eficiente del espectro radioeléctrico, necesarias para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior en ámbitos de la política comunitaria como las comunicaciones electrónicas, entre otros.”*²⁷ Es aquí donde se crea también el Grupo de Política del Espectro Radioeléctrico, el cual se encarga de ayudar y asesorar a la Comisión Europea.

Asimismo, mediante la Directiva Europea 2002/21/CE²⁸ se declaró que las frecuencias son un elemento indispensable para los servicios de las

²⁴ MÁRQUEZ GÓMEZ Daniel. *Uso del espectro radioeléctrico en México*. La concesión de las telecomunicaciones. Jorge Fernández y Juan Rivera (Coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos. N° 177. Universidad Nacional Autónoma de México. 1 ed., 2011. p. 38

²⁵ *Ibíd.*, p.50

²⁶ Decisión Espectro Radioeléctrico N° 676/2002/CE. 7 de marzo de 2002. Sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea Parlamento Europeo y del Consejo.

²⁷ CAMPOS SÁNCHEZ Manuel. *Op. Cit.* N°22 p. 499

²⁸ Directiva Marco N° 2002/21/CE. Parlamento Europeo y del Consejo del 7 marzo del 2002. Relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Unión Europea. Considerando 19.

telecomunicaciones basados en las radiocomunicaciones. Por consiguiente, en la medida en que guarden relación con estos servicios, las frecuencias deben ser atribuidas y asignadas por las autoridades nacionales de reglamentación. La Directiva es muy específica en cuanto al conjunto de objetivos y de principios a los que se deben someter los procesos de atribución y asignación; estos son los siguientes: se deben basar en función de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios teniendo en cuenta los intereses democráticos, sociales, lingüísticos y culturales relacionados con el uso de dichas frecuencias. Otro pilar esencial es realizar dichas gestiones del modo más eficiente posible. La transferencia de radiofrecuencias puede constituir un medio eficaz de potenciar un uso eficiente del espectro, siempre que existan suficientes salvaguardias para proteger el interés público, en particular la necesidad de garantizar la transparencia y la vigilancia en la regulación de tales transferencias.

Con base en lo anterior, el espectro radioeléctrico en España se considera un bien de dominio público, cuya administración, gestión, planificación y titularidad le corresponden al Estado²⁹. Se considera que el uso del espectro radioeléctrico se conforma de cuatro distintos usos³⁰:

El uso común, el cual si se parte de criterios generales, ha de tratarse de un uso que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados. Estas bandas se dividen en uso común y aplicaciones industriales, ya sean estas científicas o médicas.

²⁹ Ley General de Telecomunicaciones, N° 32/2003 del 3 de noviembre del 2003. España. Art. 43.

³⁰ LAGUNA DE PAZ José Carlos, Op. cit., N° 7, pp. 135 y 136

Asimismo, la normativa de la Unión Europea promueve el uso libre del espectro radioeléctrico. Esta clasificación no se sujeta a título habilitante. Cuando resulte posible y, en particular, cuando el riesgo de interferencia prejudicial sea insignificante. Los Estados no someterán el uso de las radiofrecuencias al otorgamiento de derechos individuales, sino que incluirán en la autorización general las condiciones de su aprovechamiento.

También se puede encontrar el uso común especial, el cual sí requiere de una autorización. Se considera de uso común especial el uso del espectro radioeléctrico por radioaficionados y otros, sin contenido o afán económico, como los de banda ciudadana. Hay que recordar que el criterio tradicional en legislación del país, considera de uso común especial el que –sin dejar de estar abierto a todos- se incorpora características de intensidad, peligrosidad y otras que aconsejan la intervención de la Administración. Por último, se considera el uso privativo: concesión, autorización (auto prestación) y afectación demanial.

Costa Rica no es diferente al resto de países que han el espectro radioeléctrico analizado con anterioridad. Este declaró constitucionalmente como un bien demanial³¹; sin embargo, en la Constitución Política no se habla específicamente del espectro radioeléctrico sino más bien se alude a los servicios inalámbricos como un bien que no podrá salir del dominio del Estado³².

³¹ LGT. Op. Cit. N° 10. Art. 7 “El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público. Su planificación, administración y control se llevará a cabo según lo establecido en la Constitución Política, los tratados internacionales, la presente Ley, el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, el Plan nacional de atribución de frecuencias y los demás reglamentos que al efecto se emitan.”

³² Constitución Política. Del 8 de noviembre de 1949. En Colección de Leyes y Decretos Semestre: 2, Tomo: 2, Página: 724. Costa Rica. Art. 121, inciso 14, sub inciso c.

Es por ello que el Capítulo II de LGT se dedica a la planificación, administración, control y clasificación del espectro radioeléctrico. La clasificación costarricense de las frecuencias de uso del espectro se encuentra en el artículo 9 de la LGT³³. Estas se dividen en uso comercial, uso no comercial, uso oficial, uso para seguridad, socorro y emergencias así como el uso libre.

Se ve así como la mayoría de los Estados considera al espectro radioeléctrico como uno de sus recursos más valiosos, de forma que intervienen en su ordenación y regulación, lo que garantiza la eficaz asignación de un recurso limitado y evita los posibles abusos de terceros en su utilización.³⁴ Es por ello que la legislación costarricense estableció que la asignación de las frecuencias radioeléctricas a los operadores las realiza el Poder Ejecutivo con asesoría de la SUTEL.

Ya se indicó que al requerirse el uso del espectro radioeléctrico para prestar servicios de telecomunicaciones, existe una limitación relacionada con su escasez y de la cantidad de operadores que pueden ofrecer esos servicios.³⁵ La eficaz asignación del espectro radioeléctrico, se basa no únicamente en una correcta

³³ “ARTÍCULO 9.-Clasificación del espectro radioeléctrico

Por su uso, las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico se clasifican como sigue:

Uso comercial. Comprende la utilización de bandas de frecuencias para la operación de redes públicas y la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, a cambio de una contraprestación económica.

Uso no comercial. Consiste en la utilización de 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.

Uso oficial. Corresponde a las bandas de frecuencias necesarias para establecer las comunicaciones de las instituciones del Estado, las cuales implican un uso exclusivo y no comercial.

Uso para seguridad, socorro y emergencia. Corresponde a las bandas de frecuencias atribuidas para radionavegación, seguridad aeronáutica, marítima y otros servicios de ayuda.

Uso libre. Corresponde a las bandas de frecuencias así asignadas en el Plan nacional de atribución de frecuencias. Estas bandas no requerirán concesión, autorización o permiso y estarán sujetas a las características técnicas establecidas reglamentariamente.”

³⁴MARZO COSCULLUELA Javier., Op. Cit. N°19. p.152

³⁵ MONTERO PASCUAL Juan J., Op. cit. N° 3, p. 161.

distribución a los operadores, sino también en el hecho que si se busca crear competencia, esta va a desencadenar inevitablemente una evolución tecnológica.

Esta situación ha permitido la creación de nuevos mecanismos cada vez más reducidos que buscan aumentar la eficiencia de la utilización del espectro para procurar, cada vez, el transporte de más información. Por lo tanto, ha sido necesario desarrollar tecnologías que permitan aumentar la cantidad de información susceptible de ser transmitida, pero con el uso de la misma cantidad de espectro. ³⁶

Situación diferente sucede con el recurso de numeración, el cual es igualmente considerado como un recurso escaso. Sin embargo, se considera que no cabría totalmente dentro del concepto de recurso escaso y se incorporaría mejor al concepto de facilidad esencial.

Sección 2: Numeración

Otro de los recursos del sector de telecomunicaciones que ha sido calificado como escaso es la numeración³⁷. Esta se entiende como aquel sistema internacional que permite la identificación de manera unívoca de un abonado, de manera que se utiliza para los diversos servicios de telefonía.

³⁶ MONTERO PASCUAL Juan J., Op. cit. N° 3, p. 46

³⁷ DE SAN PÍO ALADRÉN José Luis y MOTILLA RUBIA María Esperanza. *La numeración: un recurso público escaso. Examen de su evolución normativa*. Telecomunicaciones: Estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada. Carmen Chinchilla Marín (Coordinadora). Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2000. pp. 241-275

Es por ello, que la importancia de la numeración radica en el hecho de que se trata de un elemento indispensable en lo que se refiere al establecimiento de las comunicaciones entre los usuarios de los servicios de telefonía. Por medio de la numeración se identifica de manera inequívoca a cada uno de los terminales de telefonía, ya sea fija o móvil, tanto a nivel nacional como internacional. Se permite de esta manera que los usuarios establezcan comunicaciones efectivas con quien desean de manera eficaz.

Tan relevante es el tema, que la UIT emitió la Recomendación UIT-T E.164³⁸, la cual se encarga de proporcionar la estructura del número y la funcionalidad de las cinco categorías establecidas de números, utilizadas para las telecomunicaciones públicas internacionales. De esta manera la UIT concede los llamados códigos de país a las naciones con soberanía y la administración de esta numeración, la efectúa el regulador correspondiente de cada país.

A pesar de la concepción generalizada que se tiene de la numeración como recurso escaso y de la necesidad que plantea la UIT de que sea cuidadosamente administrado, el autor Laguna de Paz critica esta concepción que se le da a la numeración. Estima que en realidad este elemento es limitado por la UIT, al definir cuál es la cantidad máxima de caracteres que deben utilizarse, mas no por sus características propias en cuanto a la capacidad de producir mayor cantidad de números. Inclusive llega a cuestionar la naturaleza de la numeración y si esta debería ser considerada como un bien demanial.³⁹

³⁸ UIT-T. Recomendación UIT-T E.164. Serie E: Explotación General de la Red, Servicio Telefónico, Explotación del Servicio y Factores Humanos Explotación de las relaciones internacionales. Plan de numeración del servicio telefónico internacional Plan internacional de numeración de telecomunicaciones públicas. Ginebra, Suiza. 2011. p. 1

³⁹ LAGUNA DE PAZ José Carlos. Op. cit. N° 7 p. 150.

Contrario al cuestionamiento que realiza el autor, es el parecer de estos autores que resulta necesario un control estatal en la ordenación del recurso de numeración, pues de no ser así, existiría un caos total. Ello podría provocar que cualquier operador pudiera suministrar toda la numeración que deseara, sin importar los rangos y la cantidad de caracteres. Dependería entonces de cada operador el mantener un orden, e inclusive podrían existir problemas de competencia entre operadores y además inconvenientes para el Estado, al no poder organizar sus propios recursos de numeración para su uso interno.

No se quiere decir con esto que este autor propicie la alternativa de que no exista un orden de la numeración. Sin embargo, de no ser el Estado quien lo administre, pueden generarse los problemas mencionados. Es deber del Estado velar porque tal orden sea correctamente utilizado, por lo cual el hecho de considerarlo un bien demanial parece ser la mejor opción. Aun, cuando no sea un bien escaso estrictamente hablando como lo propone Laguna de Paz, sin duda reviste una importancia mayor que debe considerarse como de interés general para el correcto desarrollo del sector de telecomunicaciones.

Por otro lado, en Europa son consistentes con la posición de la UIT; esto por cuanto en la Directiva Marco⁴⁰ se promulgaron normas relativas a la regulación de recursos de numeración. Se estableció que los Estados miembros de la Comunidad Europea deben velar principalmente por que las autoridades nacionales de reglamentación controlen la asignación de todos los recursos de numeración nacionales y la gestión de los planes nacionales de numeración, para que se proporcionen números y series

⁴⁰ Directiva Marco N° 2002/21/CE. Op. Cit. N°28, Artículo 10

de números adecuados para todos los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público. También procura que se establezcan procedimientos de asignación de los recursos de numeración nacionales que sean objetivos, transparentes y no discriminatorios. Además, los Estados deben procurar que la ANR vele porque los planes y procedimientos de numeración se apliquen de forma que exista igualdad de trato entre todos los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público. En particular, los Estados miembros garantizarán que las empresas a las que se haya atribuido una serie de números no discriminen a otros proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas en lo que se refiere a las secuencias de números utilizadas para dar acceso a sus servicios.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, los Estados realizan los llamados planes nacionales de numeración, los cuales contemplan el uso que se le va a dar a la numeración, su organización y distribución entre el Estado y los operadores, además de su relación con el resto de países para una correcta interconexión de llamadas. En Costa Rica país existe un Plan Nacional de Numeración, el cual fue aprobado por medio del Decreto Ejecutivo número 35187-MINAET del 16 de abril de 2009.

En dicho Plan⁴¹ se establece que su objetivo es fijar las pautas y disposiciones para la asignación de los números a los equipos terminales de usuarios y de esta forma se facilite la interconexión de las redes de los distintos operadores. Así también se

⁴¹ Artículo 1-Objeto-“El Plan de Numeración tiene como objeto establecer las disposiciones para la asignación de los números o códigos de acceso a los servicios de telecomunicaciones y a los equipos terminales de usuarios, permitiendo la adecuada selección e identificación de los mismos, de manera simple y no discriminatoria, facilitando la interconexión de las redes de las distintas empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, conforme con los principios establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones, numero 8642.” Plan Nacional de Numeración. Decreto Ejecutivo N° 35187-MINAET del 16 de abril del 2009. Publicado en el diario oficial La Gaceta N°84 del 4 de mayo del 2009. Costa Rica. Artículo 1 y 4

establece el deber de la SUTEL de asegurar la máxima disponibilidad de recursos numéricos para posibilitar el adecuado desarrollo del plan, a fin de satisfacer las necesidades de los operadores de servicios de telecomunicaciones. De esta manera, la SUTEL deberá coordinar y garantizar la equidad y la transparencia de los procedimientos de asignación de números, tanto para redes de telefonía básica tradicional como para telefonía por voz IP.

Capítulo 2: Títulos habilitantes presentes en las telecomunicaciones

En la materia de telecomunicaciones, la única manera de ejercer legalmente una actividad relacionada con ella, es ostentando un título habilitante otorgado por el Estado.

En algunos países los títulos habilitantes se consideran *“una técnica de comprobación de la satisfacción de los requisitos previstos por la legislación aplicable, previa al momento en el que el particular puede iniciar lícitamente la actividad”*⁴². Se interpreta de la cita anterior, que esta técnica se aplica a fin de determinar cuál persona física o jurídica -que tenga aspiraciones de explotar redes o proveer servicios de telecomunicaciones- se convierta efectivamente en un operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, no se considera apropiado calificar de técnica de comprobación al título habilitante en sí, ya que el título habilitante viene a ser la certificación de un proceso

⁴² ARAUJO JUÁREZ José. *Los títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones en Venezuela*. Jorge Fernández Ruiz y Juan Rivera Hernández (Coordinadores). La Concesión de las Telecomunicaciones. Serie Estudios Jurídicos N° 177. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2011. p. 175

administrativo donde se comprobó que efectivamente el particular cumple con los requisitos exigidos; este hecho, convierte el proceso administrativo en la verdadera técnica de comprobación. Debido a esto, es preciso dejar claro para los efectos de esta investigación, qué se entiende por títulos habilitantes, definición que se aborda de seguido.

Por título se entiende, aquel “*documento jurídico en el que se otorga un derecho o se establece una obligación*”⁴³. La habilitación, en su connotación más simple, reconoce a algo o a alguien como capaz o apto para alguna cosa⁴⁴. Ahora, tomando como base las definiciones anteriores, se puede decir que los títulos habilitantes son aquellos documentos emitidos por el Estado, que otorgan o reconocen un derecho a un sujeto para realizar cierta actividad; ello en razón de que se verificó previamente un proceso en que el sujeto cumplió con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico; por lo tanto, se les considera apto o capaz para realizar una actividad.

El término título habilitante, puede englobar en su definición diferentes figuras jurídicas más específicas, como lo son: la autorización, la concesión y los permisos. La existencia de estas figuras se justifica en la necesidad del Estado de intervenir de manera preventiva, administrando a quien preste las actividades calificadas de interés general y que son dirigidas al público⁴⁵: “*La primera –concesión- es la transferencia a un particular para que desarrolle, por su propia cuenta y a nombre del Estado, la actividad de un servicio público. La autorización es el reconocimiento por la administración a un particular para que desarrolle una actividad de necesidad*

⁴³ “Título” CABANELLAS DE TORRES Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Editoria Heliasta, S.R.L. 1 ed., 1979

⁴⁴ *Ibíd.*, “Habilitar”.

⁴⁵ ARAUJO JUÁREZ José, Op. cit. N° 42, p. 178

*pública. El permiso es la ventaja excepcional que la administración permite a un particular de los beneficios de un servicio público.*⁴⁶

Sin embargo, no en todos los países se considera que se deba dar este control previo al inicio de las actividades. Por ejemplo en Estados Unidos, nunca ha existido la figura de los títulos habilitantes; en este país se ha buscado una simplificación de entrada al mercado mediante diferentes instrumentos jurídicos, como la figura de los servicios de valor agregado, la abstención regulatoria y, principalmente, el sistema de subasta de frecuencias⁴⁷, entre otros. Por otro lado, la Comunidad Europea también ha buscado mediante las llamadas Directivas de Licencias simplificar el sistema formal de entrada que regía en un principio la apertura del mercado de las telecomunicaciones. Mediante estas Directivas se ha buscado la eliminación gradual de la figura de la concesión como título habilitante.⁴⁸

Este es el caso de España, donde se estableció en la LGTel⁴⁹ un innovador régimen jurídico. Este regula la forma en la debe realizarse el acceso por los interesados al ejercicio de su derecho preexistente de la explotación de redes y a la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia. Este nuevo régimen rompe con el sistema de otorgamiento de títulos habilitantes que se establecía en la antigua Ley; pasa a un sistema en el

⁴⁶ MÁRQUEZ GÓMEZ Daniel. *Uso del espectro radioeléctrico en México*. La concesión de las telecomunicaciones. Jorge Fernández y Juan Rivera (Coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos. N° 177. Universidad Nacional Autónoma de México. 1 ed., 2011. "Noción funcional de la concesión, la autorización y el permiso". Revista de Derecho y Administración Municipal. Buenos Aires. Núm. 178. Diciembre. 1944. Pág. 1070.

⁴⁷ GÓMEZ Juan Carlos. *La mayor subasta de todos los tiempos. Lecciones en materia de telecomunicaciones*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios en Derecho de las Telecomunicaciones. 1 ed., 2003. pp. 145-147.

⁴⁸ HERNÁNDEZ OCHOA César E. *Títulos habilitantes y discrecionalidad en las telecomunicaciones mexicanas*. La concesión de las telecomunicaciones. Jorge Fernández y Juan Rivera (Coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos. N° 177. Universidad Nacional Autónoma de México. 1 ed., 2011. pp.3

⁴⁹ LGTel. Op. Cit. N° 29

que se simplifican tales títulos hasta dejarlos bajo un régimen de autorizaciones generales y particulares.

De esta forma, la única obligación impuesta en el artículo 6.2 de la vigente LGTel, es la notificación a la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones, de la intención de realizar una determinada actividad de comunicaciones electrónicas. Dicha notificación debe darse con anterioridad al inicio de la actividad y además se debe efectuar en los términos que se determinan en el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. Entonces, a partir de esta nueva ley no es necesario que la CMT dicte un acto expreso o inscriba previamente en el registro correspondiente al interesado, para que este pueda ejercer los derechos derivados de la autorización general, sino que bastará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 6 de la LGTel.

A la notificación citada seguirá, salvo que no reúna los requisitos exigidos por la normativa, una inscripción en el Registro de Operadores que se crea en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la LGTel. Por tanto, una vez que el interesado notifique a la CMT que va a iniciar la actividad y le acredite su capacidad de obrar, se le inscribirá en el Registro de Operadores; ello, sin perjuicio de que posteriormente se realice la correspondiente actividad de comprobación respecto al cumplimiento, por parte del operador, de las condiciones que se establezcan reglamentariamente para la prestación de los servicios o la explotación de las redes de comunicaciones electrónicas. No obstante, en el caso de que la actividad por realizar se encuentre en uno de los supuestos de exención, la esta puede ser iniciada sin necesidad de realizar la citada notificación.

En lo que se refiere al régimen de exenciones, la LGTel solo exime de esta obligación de notificación a quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de auto-prestación⁵⁰. Además de la citada exención, el artículo 5.4 del Real Decreto 424/2005 que desarrolla a estos efectos la LGTel, establece dos supuestos más en los que no resulta necesaria la notificación para realizar tales actividades:

a) Los servicios de comunicaciones electrónicas y las instalaciones de seguridad o intercomunicación que, sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público radioeléctrico, presten servicio a un inmueble, a una comunidad de propietarios o dentro de una misma propiedad privada.

b) Los servicios de comunicaciones electrónicas establecidos entre predios de un mismo titular.

En el Capítulo III de la LGT de Costa Rica, se trata el tema de los títulos habilitantes y es aquí donde se consideró necesario organizar la asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico, estableciendo los tres tipos clásicos de título habilitante: la concesión, la autorización y el permiso.

A continuación se procede a analizar, principalmente, la concesión y la autorización; esto por cuanto corresponden a los títulos habilitantes concedidos para operar a los OMR y OMV, respectivamente. En cuanto a los permisos, se realiza un análisis breve por cuanto estos se otorgan a fin de aprobar la utilización de frecuencias del

⁵⁰ LGTel. Op. Cit. N° 29. Artículo 6.2: El concepto tradicional de auto prestación supone la prestación de servicios por una entidad a sí misma o a sus empleados, en contraposición de la prestación de servicios a terceros.

espectro de bandas diferentes a las comerciales y esta tesis analiza los operadores de servicios comerciales prestados a terceros.

Sección 1: Concesión

La figura de la concesión históricamente ha caracterizado la apertura del sector de las telecomunicaciones en gran parte de los países, ya que al dar los primeros pasos en la liberalización del sector, debía concederse como punto principal la utilización del espectro radioeléctrico a entidades ajenas al Estado en su mayoría. La única manera de otorgar su utilización es mediante la figura de la concesión, debido a que está de por medio el interés general para la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de los bienes de dominio público.⁵¹

A nivel doctrinario, la concesión se ha definido como un acto jurídico bilateral, mediante el cual la Administración Pública otorga, a través de un proceso establecido legalmente a una persona física o jurídica la cual normalmente es un sujeto privado, la posibilidad de usar y disfrutar un bien demanial o de prestar un servicio al público⁵². La concesión involucra una característica particular, cual es la creación de un derecho, ya que la persona beneficiaria de la concesión no dispone de ningún derecho previo⁵³ y es por ello que la Administración se entiende autorizada para establecer las limitaciones y cláusulas en el contrato administrativo que considere pertinentes, a fin de proteger las necesidades generales de los ciudadanos, bajo el entendido que el concesionario lleva a cabo la actividad por su

⁵¹ SILVA GUERRERO Lucila. *Las concesiones en materia de telecomunicaciones*. La concesión de las telecomunicaciones. Jorge Fernández y Juan Rivera (Coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos. N° 177. Universidad Nacional Autónoma de México. 1 ed., 2011. p. 195

⁵² MONTERO PASCUAL Juan J., Op. cit. N° 3, p. 52

⁵³ FERNÁNDEZ VÁZQUEZ Emilio. "Concesión". *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981. pp.118 y 119

cuenta y riesgo⁵⁴. La característica principal que posee esta figura aplicada a las telecomunicaciones, radica en que los operadores a quienes se les otorgó este título habilitante, obtienen el derecho exclusivo de ese segmento del espectro radioeléctrico; es decir, de la frecuencia o frecuencias concesionadas. Pudiendo de esta manera, proveer servicios de telecomunicaciones por medio de este elemento de red o explotarlo con el fin de que alguien más preste dichos servicios.

Tal y como se ha expuesto, la concesión se otorga para la utilización del espectro radioeléctrico a fin de que los operadores presten servicios al público. Es por ello, que se dice que *“el uso privativo del dominio público radioeléctrico por privados para la prestación de servicios a terceros está siempre sujeto a concesión.”*⁵⁵ Ello, por cuanto el uso del espectro para fines no comerciales está regulado por los otros tipos de títulos habilitantes.

En Costa Rica, las pautas generales para el otorgamiento del título habilitante de concesión en los artículos van del 11 al 22 de la Sección Primera de la LGT; sin embargo es en el RLGT, donde se define la concesión⁵⁶. La LGT determina que la concesión se otorgará para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones. Aunado a ello establece que la concesión habilitará a su titular para la operación y explotación de la red; en caso de que se trate de redes públicas de telecomunicaciones, la concesión habilita a su titular para la prestación de todo

⁵⁴ SALA CONSTITUCIONAL. Corte Suprema de Justicia. Voto N° 003145-1996 a las 9:27 horas del veintiocho de junio de 1996. San José, Costa Rica.

⁵⁵ MONTERO PASCUAL Juan José, Op. cit. N° 20, p. 160.

⁵⁶ 7. Concesión: El acto jurídico mediante el cual el Poder Ejecutivo otorga a una persona física o jurídica el derecho para usar y explotar las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones.” Artículo 5, inciso 7 del Reglamento de la Ley General de Telecomunicaciones, N° 34765-MINAET del 22 de setiembre del 2008. Publicado en el diario oficial La Gaceta N° 186 del 26 de setiembre del 2008. Costa Rica.

tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público. Establece también los límites generales a los que se va a someter la concesión, indicando que esta se otorgará para un área de cobertura determinada, regional o nacional, de tal manera que se garantice la utilización eficiente del espectro radioeléctrico.

Con base en lo anterior, se afirma que la concesión es un acto jurídico mediante el cual el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT) otorga a una persona física o jurídica el derecho para usar y explotar las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones, a fin de que sean utilizadas eficientemente. Tal derecho se obtiene después de un proceso de adjudicación en el cual se elegirá al participante cumpla con los requisitos establecidos en el cartel de la licitación. De esta forma fue como se eligió a los operadores Claro y Telefónica, a los cuales se les adjudicaron determinadas frecuencias del espectro radioeléctrico, mediante las que les es posible prestar servicios de telecomunicaciones a los usuarios.

Se concluye, entonces, que la concesión como figura habilitante para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, tiene el fundamento jurídico necesario para constituirse en el mecanismo a utilizar en el caso de Costa Rica. Sin embargo, no pueden obviarse las otras opciones planteadas en los Estados Unidos, México y la Unión Europea, para un futuro, ya que si bien la concesión es la figura clásica, existen otras maneras de regular el uso del espectro radioeléctrico; estas, según lo afirmado por autores que han estudiado esta moderna regulación, parecen ser más eficientes, tanto en cuanto a lo correspondiente al proceso mismo, como a la utilización del recurso.

Sección 2: Autorización

La autorización es aquel acto de decisión unilateral por parte de la Administración Pública, por el cual esta reconoce a una persona el derecho preexistente de disfrutar de un bien o ejercer una actividad; se asegura así que el ejercicio de dicho derecho no afecte el interés general o la seguridad pública, para lo cual se pueden imponer ciertas condiciones y controles al ejercicio de la actividad a fin de evitar dichos prejuicios.⁵⁷ La figura de la autorización se integra por varios elementos como: un poder o derecho anterior, o mediante el acto habilitante de la administración y remoción de un obstáculo jurídico establecido por el derecho.⁵⁸

En Costa Rica, en la Sección II del Capítulo III de la LGT, se establece el régimen jurídico base para regular el tema referente a las autorizaciones. Esta sección incluye los supuestos en los que procede otorgar la autorización, los plazos de vigencia, las prórrogas y la extinción, las causales de caducidad y revocación de las autorizaciones. En el artículo 23 de la LGT⁵⁹, se establecen los supuestos según los cuales una persona física o jurídica requiere de autorización para operar redes de telecomunicaciones o prestar servicios sobre estas, ya sean públicas o privadas⁶⁰.

⁵⁷MONTERO PASCUAL Juan J., Op. cit. N° 3, p.53

⁵⁸FERNÁNDEZ VÁZQUEZ Emilio, "Autorización.". Op. cit. N° 53

⁵⁹ LGT. Op Cit. N° 10. Art. 23 "ARTÍCULO 23.- Autorizaciones

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.

[...]"

⁶⁰ LGT. Op. Cit. N° 10. Art. 6. Red privada de telecomunicaciones: "red de telecomunicaciones destinada a satisfacer necesidades propias de su titular, lo que excluye la prestación y explotación de estos servicios a terceros"

Entonces, los tres supuestos en los que se requiere de autorización establecidos por la LGT son los siguientes:

- a) Aquel en que la persona (física o jurídica) opera y explota redes de telecomunicaciones que se utilizan total o principalmente para prestar servicios de telecomunicaciones que se ofrecen al público en general, a cambio de una contraprestación económica; pero que, no utilizan el espectro radioeléctrico.
- b) El segundo supuesto incorpora a dos actores:
 - a. El primero de ellos es el que utiliza una red de telecomunicaciones de la cual no es titular y es utilizada parcialmente o en su totalidad para prestar servicios de telecomunicaciones que se ofrecen al público en general, a cambio de una contraprestación económica.
 - b. El segundo actor es aquel que ostenta la titularidad de la red de telecomunicaciones y que permite al primer actor utilizar su red para prestar servicios de telecomunicaciones.

Como puede apreciarse, este inciso establece dos posibilidades: que la red pública de telecomunicaciones utilizada requiera o no el uso del espectro radioeléctrico o bien que no requiera tal uso. En el primer caso, sería necesario que el operador poseedor de los derechos de las frecuencias radioeléctricas ostente un título de concesión, en concordancia con el artículo 11 de la LGT, según el cual la concesión se otorgará a aquellos que pretendan utilizar y explotar redes públicas de telecomunicaciones que sí requieran uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico. En cuanto al segundo caso, se establece que la autorización se otorga a quienes pretendan utilizar y explotar redes públicas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico; entonces, el titular debe ostentar el título de autorización contemplado en el inciso a) del mismo artículo citado antes:

- c) Por último un tercer supuesto, sería el del inciso c), en el cual se establece que requieren autorización aquellos que operen redes de

telecomunicaciones, para satisfacer sus necesidades propias, que no presten servicios a terceros y que no utilicen el espectro radioeléctrico.

Interesa de manera particular el inciso b) del artículo 23, a que se ha hecho referencia, ya que es este inciso el que contiene el supuesto que incorpora la utilización del espectro por parte de una persona física o jurídica que presta servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones, que no están bajo su titularidad. Por lo tanto, la descripción de la actividad que este inciso contempla, calza con la situación de los operadores móviles virtuales.

Sección 3: Permiso

El permiso se entiende como *“un acto que autoriza a una persona, administrado para el ejercicio de un derecho, en principio, prohibido por el propio ordenamiento. Es una excepción especial respecto de una prohibición general en beneficio de quien lo solicita... Su naturaleza consiste en remover un obstáculo legal para el ejercicio de un poder preexistente.”*⁶¹

La normativa costarricense regula lo referente a los permisos en el artículo 26 de la LGT y en el Capítulo IV del RLGT. La LGT establece los supuestos en los que es necesario contar con dicho título habilitante, entre ellos: cuando se utilicen las frecuencias de uso no comercial, uso oficial y uso para seguridad, socorro y emergencia. Así también necesitarán de permiso, aquellas personas que deseen

⁶¹JINESTA LOBO Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo I. Parte General*. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. 1 ed., 2002. p. 455

operar bandas especiales, tal y como lo serían los servicios de comunicación marítima, aeronáutica, meteorológica, así como los servicios experimentales y de aficionados.⁶² En concordancia con lo establecido en la legislación costarricense, se puede afirmar que la figura del permiso como título habilitante, no está dirigida a operadores con fines comerciales, sino más bien a administrados que deseen o necesiten utilizar el espectro radioeléctrico, sin fines de lucro.

Asimismo indica, que al igual que sucede con la figura de la concesión, el permiso lo otorgará el Poder Ejecutivo, con recomendación de la SUTEL con un plazo de vigencia de cinco años, el cual será renovable por la misma cantidad de años a solicitud del interesado.

Sin embargo, hace la salvedad que los permisos concedidos para fines científicos o experimentales no serán renovables; y que le serán aplicables las causales de caducidad o revocación del artículo 25 de la LGT.

Sección 4: Derechos y obligaciones generales del titular de la concesión, autorización o permiso.

La normativa costarricense establece que al momento de adquirir un título habilitante se le conceden ciertos derechos generales su titular⁶³, aunados a los que se les otorguen vía legal, reglamentaria y en particular a cada uno de los títulos.

⁶² RLG.T. Op. Cit. N° 56 Artículo 46.

⁶³ RLG.T. Op. Cit. N° 56 Artículo 73.

Dentro de los derechos generales se encuentran el de recibir una contraprestación económica por los servicios de telecomunicaciones que se les autorice en el título habilitante; utilizar los bienes de dominio público que sean necesarios para la prestación de sus servicios, según se establezca en la normativa nacional; realizar los trámites de solicitud necesarios para poder establecer las instalaciones y sistemas de telecomunicaciones para servicios de telecomunicaciones; así como negociar acuerdos de acceso e interconexión con los operadores que considere necesario.

Por otro lado, de igual forma se establecen obligaciones generales⁶⁴ del titular del título habilitante, sin perjuicio de otras obligaciones que se impongan legal o reglamentariamente y aquellas que sean contraídas de manera particular en el respectivo título habilitante.

Dentro de tales obligaciones se encuentra el deber de limitarse a prestar los servicios autorizados y que estos se provean de manera continua, de acuerdo con los términos, condiciones y plazos establecidos en la normativa y el título habilitante; cumplir con los requisitos económicos, técnicos y jurídicos establecidos por la SUTEL; cumplir los planes técnicos fundamentales y normativa en general; llevar a cabo el plan mínimo de expansión de los servicios previstos en su título habilitante; permitir el acceso e interconexión a sus redes y permitir el libre acceso a los servicios que mediante ellas se presten, en condiciones transparentes y no discriminatorias; adoptar las medidas necesarias para garantizar la privacidad de las telecomunicaciones; pagar oportunamente los cánones, tasas y demás obligaciones; hacer uso eficiente de los recursos escasos; admitir como cliente o usuario final a todas las personas que lo deseen y respetar los derechos de los

⁶⁴ RLG.T. Op. Cit. N° 56 Artículo 74.

usuarios finales; suministrar a la SUTEL, en el plazo requerido, las informaciones y datos fidedignos que esta les solicite, concernientes a la actividad que presta; proteger los derechos de los usuarios; diseñar las redes públicas de conformidad con condiciones técnicas, jurídicas y económicas que permitan su acceso e interconexión; presentar a la SUTEL los informes y documentación que esta requiera de la manera en que la institución lo indique lo indique.

Puede apreciarse, entonces como a pesar de ser tan diferentes los títulos habilitantes entre sí y estar diseñados para regular actividades de muy variada índole, estos cuentan con derechos que todos los titulares pueden disfrutar y con obligaciones generales que se les exigen cumplir, ya sea que ostenten un título de concesión, autorización o permiso.

Sección 5: Revocación, extinción y caducidad de los títulos habilitantes

Con base en lo expuesto anteriormente, se afirma que los títulos habilitantes son un acto administrativo mediante el cual se faculta a los operadores solicitantes a ejercer su derecho para explotar redes públicas o privadas de telecomunicaciones o para brindar servicios de telecomunicaciones.

Y como tal, los derechos y obligaciones que estos actos administrativos otorgan o imponen, son susceptibles de eliminarse bajo tres supuestos distintos: la extinción, revocación o resolución y caducidad.

La extinción se considera como la forma natural de eliminación o supresión de los efectos jurídicos del acto administrativo⁶⁵ ya sea a razón de que se cumplió el objeto para el que fueron creados, venció el plazo o por no ser ya legalmente exigibles⁶⁶. La extinción no necesita que la administración pública dicte otro acto para eliminar los efectos.

Por otro lado, la resolución del acto administrativo se trata en la legislación costarricense como un sinónimo de revocación. En este caso, sí necesita de un acto administrativo nuevo para suprimir los efectos del acto administrativo original⁶⁷, la cual debe estar plenamente fundamentada y motivada. Este nuevo acto puede dejar sin efecto de manera parcial o total al anterior. La revocación se fundamenta usualmente en razones técnicas, de interés público, de oportunidad o de legalidad.

Y en cuanto a la caducidad, esta se entiende como la supresión de los derechos en virtud de no haberlos ejercitado dentro del término estipulado para ello⁶⁸. Ya sea por negligencias, inactividad o descuido. Igualmente, a fin de que se declare la caducidad, esta debe darse mediante acto expreso de la administración que otorgo

Ahora bien, la LGT constituye estos tres supuestos distintos de eliminación del acto administrativo, para la supresión de los derechos otorgados mediante los títulos habilitantes de concesión, autorización y permiso.

⁶⁵ ARAUJO JUÁREZ José, Op. cit. N° 42. p. 192

⁶⁶ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Op. Cit. N° 44. "Extinción".

⁶⁷ ARAUJO JUÁREZ José, Op. cit. N° 42 192

⁶⁸ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Op. cit. N° 44 "Caducidad"

En cuanto a las concesiones⁶⁹, la LGT determina que sus efectos jurídicos serán susceptibles de ser eliminados mediante resolución y extinción; no contempla la posibilidad expresa de que exista caducidad. Y establece como causales de resolución del contrato de concesión las siguientes:

a) Cuando el concesionario no haya utilizado las frecuencias para el fin solicitado, luego de un año de haber sido asignadas o de haberse concedido la prórroga. Este inciso, contemplado dentro de las causales de resolución del contrato de concesión, parece que encajaría mejor en la caducidad, conforme a las definiciones estudiadas anteriormente. Esto, por cuanto la no utilización de las frecuencias podría haberse dado por razones de negligencia, inactividad, entre otros por parte de los operadores. Sin embargo, también podría justificarse el haberse incluido este supuesto dentro de las causales de resolución con fundamento en el interés público. Ya que, el no hacer uso eficiente y peor aún el no hacer uso de las frecuencias radioeléctricas concesionadas, repercute directamente sobre los intereses del público en general.

b) Incumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en esta Ley, los reglamentos que al efecto se dicten o las impuestas en el contrato de concesión, excepto si se comprueba caso fortuito o fuerza mayor.

c) Incumplimiento en el pago de la contribución al Fondo Nacional de Telecomunicaciones y de las obligaciones impuestas de acceso, servicio universal y solidaridad. Este inciso a pesar de que se incluye expresamente en la LGT, el supuesto que abarca se encuentra incluido dentro de las obligaciones generales del

⁶⁹ LGT. Op. cit. N° 10. Artículo 22.

inciso anterior, donde se establecen como fuentes de obligaciones, tanto las leyes, reglamentos como el mismo contrato de concesión.

d) El atraso de al menos tres meses en el pago de las tasas y cánones establecidos en la presente Ley.

e) No cooperar con las autoridades públicas en los casos a que se refiere el artículo 5 de esta Ley.

f) La reincidencia de infracciones muy graves, de conformidad con el artículo 67 de esta Ley, durante el plazo de vigencia del título habilitante.

Asimismo, la LGT establece que la declaratoria de resolución del contrato se realiza conforme al proceso administrativo que respeta las reglas del debido proceso. Además, establece como sanción adicional el hecho de que se declare la resolución de la concesión, de manera que el titular de la concesión cuya resolución haya sido declarada por incumplimiento grave de sus obligaciones, estará imposibilitado para mantener nuevas concesiones de las previstas en esta Ley, por un plazo mínimo de tres años y máximo de cinco años, contado a partir de firmeza de la resolución.

La LGT establece iguales supuestos de extinción para las concesiones, autorizaciones y para los permisos. Dentro de estas se encuentra: el vencimiento del plazo pactado, la imposibilidad de cumplimiento como consecuencia de medidas adoptadas por los Poderes del Estado; el rescate por causa de interés público; esta causal parece incluirse de manera más satisfactoria dentro de la revocación, por cuanto, no parece existir una posición de negligencia o inactividad por parte del operador; el acuerdo mutuo de la administración concedente y el concesionario; y por último, la disolución de la persona jurídica concesionaria.

Aunado a lo anterior se establece que cuando la extinción se produzca por causas ajenas al concesionario, quedará a salvo su derecho de percibir las indemnizaciones que correspondan según esta Ley y el contrato de concesión. Es decir, la LGT acepta la responsabilidad del Estado en el caso de que se declare caduca una concesión por causas que no correspondan directamente al concesionario.

El artículo 25 de la LGT establece de manera más específica las causales de extinción, caducidad y revocación de las autorizaciones. Adicionalmente, el artículo 26 del mismo cuerpo normativo, determina que estas causales también le son aplicables a los permisos en lo que corresponda. Ahora bien, en cuanto a los supuestos de extinción establecidos en este artículo, se debe decir que no se agregan supuestos a los establecidos en el anterior artículo.

En cuanto a los supuestos de caducidad de las autorizaciones y por extensión de los permisos, se establecen los siguientes:

- 1) No haber iniciado la operación y explotación de las redes o la prestación de los servicios luego de un año de haber obtenido la autorización o de haberse concedido la prórroga.
- 2) No haber cumplido las obligaciones y condiciones establecidas en esta Ley y los reglamentos que al efecto se dicten, o las impuestas en la autorización, excepto si se comprueba caso fortuito o fuerza mayor.
- 3) Negarse a contribuir al Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), así como el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones de acceso, servicio universal y solidaridad que le hayan sido impuestas.

- 4) El atraso de al menos tres meses en el pago de la contribución a FONATEL, así como de las tasas y los cánones establecidos en la presente Ley.
- 5) No acatar las medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo en los casos de emergencia declarada, a que se refiere el artículo 5 de esta Ley.
- 6) Las demás que señale esta Ley.

Es curioso, que para iguales supuestos se establezcan modos distintos de eliminar los actos administrativos. Esto, por cuanto los incisos anteriores, correspondientes a las causales de caducidad de las autorizaciones son en su mayoría similares o idénticos a los incisos establecidos como causales de revocación para las autorizaciones.

Sin embargo, en cuanto a las causales de revocación de las autorizaciones, la LGT es muy general y establece que estas se revocarán por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, según la Ley General de la Administración Pública. Establece en este artículo, al igual que se hace en cuanto a la revocación de las concesiones, que el titular de la autorización cuya caducidad haya sido declarada, se le imposibilitará durante un plazo de 5 años para obtener nuevas autorizaciones de las previstas en la LGT.

Ahora, posterior al análisis realizado anteriormente y para efectos de la presente investigación, se debe resaltar principalmente una de las causales de resolución de la concesión que establece la LGT. Es aquella que establece que cuando el concesionario no haya utilizado las frecuencias para el fin solicitado luego de un año

de haber sido asignadas o de haberse concedido la prórroga, puede ser objeto de resolución.

Ahora bien, se debe hacer hincapié en esta causal, por cuanto es la que establece la protección al principio general de optimización de los recursos escasos⁷⁰. En este caso en particular protege la eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico de manera expresa. Siguiendo entonces el razonamiento de quien puede lo más puede lo menos, es aceptable entender que se les puede exigir a los operadores que si no utilizan ciertas frecuencias de su espectro radioeléctrico estas sean reasignadas, sin revocar la concesión por completo. Argumento que se analiza de manera más profunda en el capítulo dedicado al estado actual de la SUTEL con respecto a los OMV.

⁷⁰ LGT. Op. Cit. N° 10. Artículo 3 inciso i).

Título II: Los sujetos presentes en el mercado de las telecomunicaciones

En este título se trata el tema sobre los sujetos que intervienen en el acceso y la interconexión. Se analizan igualmente la figura del operador móvil virtual y sus diferentes niveles. Además, se hace mención sobre las características e implicaciones de un mercado relevante.

Capítulo 1: Sujetos presentes en el acceso y la interconexión

Al liberalizarse las telecomunicaciones, se rompe el esquema clásico bipartito de las relaciones, propio de un monopolio, donde los participantes eran el Estado y los usuarios. Para convertirse en un sistema tripartito característico del sector, donde interviene: el Estado como ente de regulación y control del mercado, los operadores o proveedores, los cuales sustituyen al Estado en la prestación de los servicios de telecomunicaciones y, por último, los usuarios finales que son aquellos particulares destinatarios de la prestación del servicio.⁷¹

En general, se entiende que los partícipes son aquellos operadores o proveedores que cuenten con un título habilitante para realizar actividades referentes a las telecomunicaciones. Sin embargo, para la investigación presente, interesan en particular, los actores relacionados con la telefonía móvil, los cuales son llamados operadores móviles. Para considerar a una persona ya sea física o jurídica como un

⁷¹ PIÑERO Alicia. *Desregulación telefónica*. Serie Servicios Públicos. Director Roberto Dromi. N°1. Buenos Aires-Madrid: Editorial Ciudad Argentina. 2001. p. 17-22

operador o proveedor, debe estar legitimada mediante un título habilitante adecuado para las actividades a realizar, por lo que el otorgamiento de los títulos habilitantes está especialmente relacionado con el aprovechamiento efectivo del espectro radioeléctrico.

Sección 1: Concepto de operador móvil de red

La LGT no establece de manera particular la definición de OMR, aunque sí define el concepto de “operador” en general. Por tal se entiende: *“Persona física o jurídica, pública o privada, que explota redes de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, pudiendo o no prestar servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general.”*⁷²

A los OMR se les conoce también como MNO (en inglés: Mobile Network Operator); se les denominó de esta manera debido a que se les habilita, por medio de una concesión o de una subasta, con el fin de explotar el espectro radioeléctrico. Es decir, se les otorga el título habilitante con el propósito de operar redes públicas que necesiten del espectro y mediante estas redes ofrezcan servicios de telecomunicaciones móviles disponibles al público.

En Costa Rica, actualmente los OMR que están presentes en el mercado, Claro y Telefónica, son personas jurídicas, privadas, habilitadas mediante concesión. Pero ello no quiere decir que una persona física o un ente público no puedan convertirse

⁷² LGT. Op. Cit. N° 10. Artículo 6 inciso 12.

en OMR. En el caso costarricense, dos de los OMR son de capital extranjero, Claro es de capital mexicano y Telefónica de capital español.

El ICE por su lado, presenta una particularidad. Este operador, quien fue en su momento el operador monopolista, es el único que tuvo sus bases financieras en capital público costarricense. Además, no tuvo que participar en el proceso de licitación, por cuanto se le adecuó su título habilitante⁷³ conforme lo establecido por la LGT.

Los OMR constituyen la figura tradicional del mercado de la telefonía móvil. Ya sea porque en principio un OMR era la empresa monopolista o porque al momento de abrir las telecomunicaciones, las empresas que usualmente ofertan por entrar, son compañías que buscan ganar el control de ciertas frecuencias del espectro a fin de desarrollar su oferta comercial con un ancho de banda determinado.

Sección 2: Concepto de operador móvil virtual

En sus inicios, el mercado de los servicios móviles cuenta con una limitada participación de agentes que operan en él, unos pocos OMR. Esto, debido a que, en el momento en que se da la apertura del mercado, se inicia el proceso con la licitación de las bandas del espectro radioeléctrico. Esta licitación otorga un número determinado de títulos habilitantes para operar el espectro; es por ello que surge la figura del OMV que se convierte en un instrumento para aumentar el número de

⁷³ LGT. Op. Cit. N° 10. Transitorio IV y VII.

operadores en el mercado de servicios móviles, lo que conlleva a dinamizarlo con el ingreso de nuevos competidores.⁷⁴

Por esta razón, es que a diferencia del OMR, a la figura del OMV no se le considera un elemento originario del mercado de las telecomunicaciones. Por el contrario, se trata de una figura que ha surgido a nivel mundial como consecuencia del desarrollo y madurez del mercado de las telecomunicaciones.

Así pues, los OMV (en inglés, Mobile Virtual Network Operator o MVNO) son una figura muy particular, ya que se les puede entender como una persona física o jurídica, pública o privada, que sin contar con una concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico opera una red pública de telecomunicaciones que requiere el uso del espectro y mediante la cual presta servicios de telefonía móvil a usuarios finales. Con respecto a la definición expuesta, se debe aclarar que dentro de los OMV hay diferentes categorías y que esta definición no aplica completamente para algunos de los niveles.

Ahora bien, de la definición anterior se pueden desprender varios elementos de interés. En primer lugar, la diferencia de los títulos habilitantes entre un OMR que es titular de una concesión y el OMV al cual se le habilita mediante una autorización. En segundo lugar, los OMV, al carecer de la titularidad de sus propias bandas, deben recurrir a la cobertura de red de un OMR. En razón de ello, se considera que

⁷⁴ Grupo de análisis y prospectiva del Sector de las Telecomunicaciones (GAPTEL) *Comunicaciones móviles e inalámbricas*. PÉREZ Jorge (coordinador) Madrid: Red.es, Setiembre 2005. p. 66

las inversiones a efectuar por un OMV son considerablemente menores a las de los OMR, las cuales deben desarrollar una red de infraestructura propia y completa.⁷⁵

Sin embargo, es importante puntualizar que la categorización de los OMV siempre depende de la inversión que realicen con respecto a los elementos de red y que, según esta inversión aumente; igualmente lo hace el nivel de independencia del OMV. Es decir, que en algunos casos, el único elemento que les faltaría a los OMV serían las frecuencias propias, dada la escasez del espectro. Por lo que tendrían que preceder a arrendar elementos de red existentes (espectro) a fin de conformar sus propias redes.⁷⁶

En relación con lo dicho, es pasivamente aceptado afirmar que la inversión que un OMV decida realizar para adquirir la mayor cantidad de elementos de red, depende principalmente de la estrategia comercial de su empresa. Son estos tipos diferentes de estrategias comerciales lo que llevan a empresas de muy variada naturaleza a ingresar al mercado de los servicios móviles como un OMV.

2.1. Estrategias comerciales que justifican la creación de OMV

Existen muchas y muy diversas estrategias comerciales que llevarían a que una empresa ligada con las telecomunicaciones o no, utilice el negocio de un OMV para aumentar sus ingresos y diversificar su oferta. A pesar del gran número de estrategias, se han logrado identificar básicamente tres tácticas.

⁷⁵ Dirección General de Mercados. SUTEL. Informe técnico – jurídico: Operadores Móviles Virtuales. Oficio 1085-SUTEL-DGM-2011. 2011. p. 09

⁷⁶ MONTERO PASCUAL Juan J., Op. cit. N° 3. p. 173

La primera de ellas es la profundización y diversificación del mercado. Estrategia que busca que una empresa ya establecida en el sector de las telecomunicaciones, ahonde en este mercado de manera tal que logre dinamizar su oferta o alcanzar un nicho particular: esta es una de las razones por la cual un OMR podría optar por la creación de su propio OMV.

La segunda estrategia de la que se habla, ocurre cuando se trata de la diversificación del portafolio y posicionamiento de marca. En este caso lo que se busca es reducir riesgos mediante la inversión en un ámbito distinto al negocio principal. Es decir, grupos de intereses económicos diferentes a las telecomunicaciones ven en los OMV una forma de diversificar inversiones y a la vez fortalecer la posición de su marca en el mercado.

La última estrategia consiste en el aprovechamiento de nichos específicos de mercados y diferenciación. Es aquí donde ciertas empresas buscan posicionar su marca y productos por medio de la prestación de servicios móviles. Esto lo logran mediante la implementación de un OMV; ello con el fin de distinguir a su marca de entre otras que se desenvuelven en el mismo mercado.⁷⁷

2.2 Niveles de OMV

Ahora, en cuanto a los niveles de OMV, la CMT ha establecido que en la práctica se puede distinguir entre OMV completos, entidades que necesitan de un acuerdo de

⁷⁷ Informe de la DGM de la SUTEL. "Operadores Móviles Virtuales". Op. Cit. N° 75. p. 09 y 10

acceso con un operador móvil habilitado para el uso del dominio público radioeléctrico para ofrecer servicio y disponen de numeración asignada y por otro lado, los OMV prestadores de servicio, entidades que necesitan de un acuerdo de acceso con un operador móvil para ofrecer servicio y no disponen de numeración asignada.⁷⁸

Empero, en Costa Rica se ha ido un poco más allá y ha clasificado a los OMV en cuatro niveles diferentes. Esta distinción surge a partir de las características que posea un OMV en cuanto a su posicionamiento dentro de la cadena de valor, la apuesta comercial y principalmente su nivel de dependencia con la red del OMR.⁷⁹

En el primer nivel se encuentran los “revendedores de servicios móviles”. Este tipo de OMV establece en su acuerdo comercial con el OMR la compra mayorista de minutos o de tráfico, los cuales se venden al OMV con un porcentaje de descuento con respecto a lo que los vende el OMR a los usuarios finales. La apuesta comercial del OMV, en este caso, es muy limitada ya que depende totalmente del OMR con quien firmó el acuerdo, por lo que el valor que le agrega el OMV al servicio proviene únicamente de su marca. En este nivel de OMV no requiere la inversión en infraestructuras.

El segundo nivel está conformado por los “proveedores de servicios móviles”. El acuerdo usual que se suscribe entre un OMV y un OMR regula un reparto de los ingresos generados por los clientes del OMV entre este y el OMR, de esta manera

⁷⁸ Resolución de fecha 01 de marzo del 2007 DT2006, 502. Pag.8. Encontrado en: SALINAS Alexia y SOLER Pere. *Títulos habilitantes para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas*. Jurisprudencia de Telecomunicaciones. España: Editorial Aranzandi, 1 ed., 2008. p. 287

⁷⁹ Informe de la DGM de la SUTEL. “Operadores Móviles Virtuales”. Op. Cit. N° 75. pp. 18- 22

el OMV se compromete a establecer cuotas de tráfico, lo que permite determinar los márgenes a lograr por el OMV. Y la ventaja para el OMR, es que de esta forma logra realizar una planificación más eficiente de sus recursos de red. Estos OMV hacen una pequeña inversión en cuanto a infraestructura y por ello dependen en gran medida de las ofertas o promociones realizadas por el OMR. La característica principal de este nivel es que poseen centros de atención al cliente (además de la marca). Sin embargo, requieren del OMR para satisfacer los requerimientos de información del usuario o para resolver los reclamos del cliente.

Los “proveedores de servicios avanzados” serían el nivel tres. Estos se diferencian del segundo nivel por poseer una plataforma de facturación propia y por programar sus propias tarjetas SIM, las cuales deben estar homologadas en la red del OMR (aunado a la marca y el centro de atención al cliente). La inversión realizada es mucho más grande que la de los otros dos niveles, por cuanto son capaces de operar redes inteligentes y por ello brindar servicios de valor agregado, con lo que se “independizan” en mayor proporción de los OMR y ello le genera más ganancias al OMV. Sin embargo, no cuentan con conmutación propia, por lo cual dependen de los códigos de enrutamiento proporcionados por el OMR y tampoco cuentan con un registro de ubicaciones de origen para registrar a sus usuarios, por lo que también tienen que usar el del OMR.

Por último, está el OMV más independiente de todos, en el nivel cuatro, llamado “operador móvil virtual completo”. Este es prácticamente igual a un OMR, con la única diferencia que no cuenta con la concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico, que le permita ofrecer a sus usuarios finales de manera independiente al OMR, los servicios de telefonía móvil de extremo a extremo. El nivel de inversión de este OMV es alto por cuanto posee su propia infraestructura y

sistemas que le permiten generar una oferta de servicios totalmente independiente a la del OMR, dependiendo únicamente de los parámetros de calidad de la red de radio del OMR. Ellos deben contar con sus recursos de numeración propios y con sus códigos de enrutamiento.

En la doctrina, hay clasificaciones distintas a la expuesta anteriormente. Por ejemplo, algunos han incorporado otro nivel, que se ubicaría según la clasificación costarricense entre el nivel tres y cuatro. Este ha recibido el nombre de “proveedor de servicios de red” y la diferencia con el nivel tres, sería que sí posee un registro de ubicaciones de origen, pero no llega a ser un OMV completo debido a que carece de rangos de numeración.⁸⁰

2.3 Origen de la figura de los OMV

Ahora bien, tal y como se mencionó anteriormente el sector de las comunicaciones móviles presenta un *“alto grado de concentración de actividad debido, por un lado, a causas técnicas (limitaciones técnicas de capacidad de del espectro radioeléctrico) y, por otro, a causas legales (limitación legal del número de títulos habilitantes). La cual quebró con la digitalización y con la entrada de nuevos proveedores de servicios a través de la figura de los Operadores Móviles Virtuales (OMV), llamados a cambiar la estructura del mercado de las comunicaciones móviles.”*⁸¹

⁸⁰ CASTRO MONGE Edgar. *Operadores Móviles Virtuales en España: ¿habrá posibilidades para ellos en Costa Rica?* Revista de Ciencias Económicas Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de Costa Rica. Volumen 29. N°1. San José: Editorial Universidad de Costa Rica. 2011. pp. 225-226

⁸¹ ALONSO SALTERAN Sylvia. *Las comunicaciones móviles.* Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI). N° 33. Setiembre-Diciembre. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, S.A. 2008. p.72

El nacimiento de esta figura puede ubicarse en los Estados Unidos y en Japón, cerca del año 1996. Sin embargo, Virgin Mobile UK, es considerado el primer OMV europeo y del mundo, al lanzar sus servicios en el año 1999.⁸²

Por otro lado, en España se considera que *“el ámbito de las comunicaciones móviles, posiblemente es en el que se advierte con mayor intensidad el desequilibrio competitivo que implica la carencia de frecuencias radioeléctricas. En ese sentido, ya en el año 2000 la CMT recomendó al Gobierno la introducción de medidas correctoras, entre las que se encontraba la implantación de la figura de los operadores móviles virtuales. Ello motivó, poco después, la publicación de la Orden de 14 de marzo del 2002, que creó (sobre el papel) la figura de los operadores móviles virtuales, al amparo de las nuevas licencias individuales de tipo A2. Numerosos operadores solicitaron y obtuvieron dichos títulos, pero no se llegó a firmar ningún acuerdo con los operadores de red, dado que la Orden no se concedía un auténtico derecho de acceso a las redes, sino el mero derecho a negociar sin poder obtener una resolución vinculante de la CMT obligando a establecer el acuerdo, en caso de fracaso de la negociación.”*⁸³ Situación muy similar a la de Costa Rica, la cual es analizada posteriormente.

A pesar de la crítica realizada en contra la orden ministerial CE/601/2002 del 14 de marzo del 2002, se resalta positivamente el hecho de que esta orden constituye de las primeras aproximaciones importantes que se realizaron con relación a los OMV. En la misma se introduce un nuevo tipo de licencia (ya derogada) en el cual se

⁸² SOLÍS SOTO Fabián. *Operadores Móviles Virtuales en Costa Rica*. Tesis de grado para optar por la Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2012.p. 28

⁸³ FERNÁNDEZ GARCÍA Lionel D. *Eficacia práctica de la regulación: análisis jurídico de varios puntos clave*. Telecomunicaciones: regulación y mercado. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. 2 ed., 2007. p. 974

incluye un nuevo título habilitante para la prestación del servicio de telefonía móvil disponible al público que va a incluir a los OMV, como sujetos capaces de prestar servicios de telecomunicaciones. Si bien es cierto, como ya se indicó, esta orden se encuentra derogada, tuvo una gran importancia ya que sirvió como referente y funcionó como un primer paso de la figura de los OMV en el derecho de las telecomunicaciones.

Dentro de la orden ministerial, se esgrimieron varios argumentos que merecen ser recordados, los cuales dieron fundamento técnico para clasificar a al OMV nivel cuatro, como un OMV completo; fue aquí donde se estableció que estos *“[...] disponen de posibilidades análogas a los de los operadores móviles convencionales, a excepción del control y explotación de la citada red de acceso radioeléctrico, pues tienen capacidad de control y configuración del terminal de usuario mediante la emisión de sus propios módulos de identidad de abonado, o funcionalidad equivalente en los sistemas de tercera generación, así como por operar los registros de control de usuario y los elementos de conmutación y de transmisión que constituyen la parte troncal de las redes móviles.”*⁸⁴

Ahora bien, a pesar de que los OMV se encontraban legalmente reconocidos en España desde la orden 601/2002, no ha sido hasta la aprobación por parte de la CMT de la resolución de 2 de febrero de 2006 cuando se ha materializado su efectiva entrada en el sector, ya que esta posibilita en el mercado móvil la existencia

⁸⁴ Real Decreto N° CTE/601/2002 del 28 de junio del 2002. Por el que se regulan las bases y régimen de funcionamiento de la línea de apoyo a la capitalización de empresas de base tecnológica y se realiza la convocatoria de ayudas a que se refiere dicha línea. Publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 169 del 16 de julio del 2002. España.

de otros agentes alternativos a los operadores tradicionales con concesión de espectro radioeléctrico, a saber, los OMV.⁸⁵

En cuanto a la jurisprudencia española, cabe mencionar lo establecido por medio una sentencia de la Audiencia Nacional, en la que se analiza un recurso interpuesto por Telefónica de España en contra de una resolución de la CMT en donde se obliga a dar acceso al espectro a los OMV. El recurso fue rechazado ya que la hipótesis que se maneja la Audiencia Nacional, es que la CMT lleva razón en cuanto al obligar a los operadores móviles de red (OMR) a brindar acceso a los OMV.⁸⁶

Ahora, se dice que en Hong Kong se les obligó a los OMR que ostentaran una licencia de servicio 3G y a abrir por lo menos un 30% de su capacidad de red para el uso de los OMV. Igualmente, la autoridad nacional de reglamentación de Hong Kong advirtió que intervendría en el caso de que los OMV no puedan alcanzar acuerdos satisfactorios sobre precios al por mayor con los OMR. Se dice que en la actualidad existen doce OMV en Hong Kong.⁸⁷

Igualmente, es importante mencionar que se ha dado un desarrollo diferente de los OMV en el mercado mundial de las telecomunicaciones. En países como Irlanda, Dinamarca, en la región Hong Kong, Finlandia, Noruega y Suecia, la figura de los OMV se ha desarrollado en un entorno regulado; mientras que en Austria, Bélgica, Francia, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Reino Unido y Holanda, no se ha impuesto una obligación a los OMR de negociar con los OMV. Lo anterior dependerá

⁸⁵ SALINAS Alexia y SOLER Pere. Op. Cit. N° 78

⁸⁶ SALA DE LO CONTENCIOSO. Audiencia Nacional. Rog: SAN 744/2009 del 12 de enero del 2009. Madrid, España

⁸⁷ SOLÍS SOTO Fabián, Op. cit. N° 82. p. 106

del modelo de regulación escogido por los países para reglamentar las telecomunicaciones en general.

Los doctrinarios que se encuentran a favor de esta figura, defienden que la implantación de este modelo aportaría ventajas en cuanto incrementaría la diversidad de la oferta, la introducción de nuevos servicios y potencialmente, una reducción de los precios⁸⁸. Ya que *“la entrada de los OMV está llamada a dinamizar el mercado de comunicaciones móviles introduciendo un mayor número de opciones tanto por lo que respecta a la identidad de los operadores como a los servicios disponibles.”*⁸⁹ Y es por ello también, que la entrada de los OMV se considera como el último escalón en la apertura del mercado móvil.⁹⁰

Sin embargo, hacen la aclaración enfática que a pesar de todos los beneficios que trae la implantación de la figura, en especial en cuanto al incremento de la competencia y, por ende, en la reducción de precios⁹¹, esta sí requiere de una intervención pública bastante agresiva. Y señalan como posibles consecuencias, el desincentivar la inversión de redes. Especialmente, si como parte de este manejo, se le impone a los OMR un precio por el arrendamiento de sus redes que no permite la obtención de unos beneficios suficientes.⁹² Sin embargo, *“se ha puesto en evidencia –según afirmaciones de la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones–, que los operadores de red han mantenido su ritmo de inversiones, con lo que no se ha visto negativamente afectados por la entrada de*

⁸⁸ MONTERO PASCUAL Juan J. Op. Cit. N° 3. p. 173

⁸⁹ *Ibíd.*, pp. 175 y 176

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 173

⁹¹ *Ibíd.*, p. 177

⁹² *Ibíd.*, pp. 177 y 178

*los operadores móviles virtuales*⁹³ a pesar de la intervención más agresiva que ha tenido la CMT en los últimos años.

En el caso particular Costa Rica, hasta el momento se han autorizado a siete personas jurídicas bajo la denominación de OMV. Aunque únicamente dos de esas siete han podido iniciar operaciones en el país, debido a que los OMV deben suscribir un acuerdo con un OMR para que este les arriende la red o ciertos elementos y este acuerdo es de carácter no obligatorio firmarlo. La situación en particular de Costa Rica, en cuanto a la situación de los OMV y su derecho a ingresar en el mercado, será analizada en una sección aparte.

Sección 3: Usuarios

El artículo 45 de LGT es la norma donde se estipulan de manera general los derechos de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones.

El artículo 59 de la LGT, establece como unos de los objetivos del Régimen de Acceso e Interconexión, el mayor beneficio para los usuarios. La LGT regula este objetivo como un principio rector de las telecomunicaciones, en su artículo 3, inciso c). De esta manera establece que se deben respetar las garantías y los derechos de los usuarios, dentro de los cuales se encuentran disfrutan de servicios de calidad, a un precio asequible, recibir información detallada y veraz, así como ejercer su derecho a libertad de elección.

⁹³ ALONSO SALTERAN Sylvia, Op. cit. N° 81. p.73

Asimismo, el artículo 2 inciso d), establece como objetivo de la LGT, entre otros, proteger los derechos de los usuarios asegurando la continuidad y la mayor y mejor cobertura de los servicios; del mismo modo que les asegura a los usuarios finales el derecho de tener más y mejores alternativas en la prestación de los servicios.

Se puede deducir de los artículos anteriores, que si bien el fin a perseguir es el mayor beneficio de los usuarios, este se ve realizado en el momento en que se logre la total eficiencia en la prestación de los servicios, la cual se logra cumpliendo lo establecido en el inciso 2 del inciso d).

El derecho a la libre elección va a garantizar que los usuarios no se vean limitados u obligados a permanecer con un operador u proveedor, pues este supuesto podría generar que existiera un abuso por parte de ellos en contra del usuario. Este, ante situaciones como aumentos desproporcionados de precios, problemas con la calidad del servicio y condiciones abusivas dentro de la relación entre operador y usuario, tendría la opción de contratar con un nuevo operador.

Relacionando lo anterior con el tema de acceso e interconexión, este derecho se puede interpretar que va a garantizar desde el punto de vista de los usuarios (quienes se encuentran interesados en un ambiente competitivo que permite mejores condiciones y precios) que existan varios operadores y proveedores de los servicios de telecomunicaciones que permitan hacer lo anterior. La única forma en que puedan coexistir varios operadores y proveedores en un ambiente de competencia efectiva es si se cumple el acceso y la interconexión, los cuales van a hacer posible que los operadores puedan prestar los servicios e interconectarse con

otros operadores. De esta forma, un usuario de un operador puede conectarse con otro usuario de otro operador.

Al respecto, léase: *“En el caso de que el servicio sea provisto a través de varios operadores y proveedores, la responsabilidad directa sobre la calidad, facturación y demás condiciones de prestación del servicio, recaerá sobre el operador o proveedor que brinde el servicio en forma directa al cliente, independientemente de la cantidad de operadores y proveedores involucrados en la prestación del servicio, para lo cual los operadores y proveedores deberán delimitar sus responsabilidades en los contratos de acceso e interconexión”*⁹⁴ Relacionando este artículo con la situación de los OMV y de los OMR, se establece entonces que la responsabilidad ante los usuarios finales recae al OMV.

A fin de respetar los derechos de libre elección aunado al deber de la legislación de velar porque los usuarios tengan más y mejor opciones de servicio, la interconexión se vuelve una necesidad intrínseca en el mercado de las telecomunicaciones en competencia. Ya que los usuarios necesitan que la red de telecomunicaciones que utilicen estén interconectadas con las redes de otros operadores de servicios telefónicos, ya sean estos fijos o móviles. Además, la interconexión confiere al usuario la posibilidad de elegir operador de servicios telefónicos y encaminar sus llamadas a través de la red del operador que le ofrece la conexión física o de cualquier otro.⁹⁵

⁹⁴ Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones, N° 10-A del 18 de marzo 2010. Publicado en el diario oficial La Gaceta N°72 del 15 de abril del 2010. Costa Rica. Art. 10

⁹⁵ MENDOZA LOSANA Ana. *Obligaciones de acceso e interconexión en el nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas. Efectos sobre el mercado minorista*. Ángel Carrasco Perera (coordinador). Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo. Editorial Aranzadi S.A. Navarra: 2005. p. 371.

Si se hace un análisis rápido sobre este tema, es evidente que una de las razones por la cual se regula un sector o una actividad es por el hecho de proteger a la parte vulnerable o que es más débil; en este caso, serían los usuarios. La interconexión debe funcionar también como una forma para llevar a cabo este fin tan importante. El acceso, por su parte, también es de suma relevancia para procurar que los usuarios sean beneficiados.

Aparte de los beneficios ya abordados, la interconexión permite de manera inmediata la posibilidad de los usuarios de comunicarse con otros de nuevos operadores, lo que abre la posibilidad de que los que así lo deseen, puedan elegir entre todos los agentes de mercado. Ya que se elimina una barrera de gran importancia, como lo es la posibilidad de comunicarse con quien se dese. Aunado a ello, la interconexión favorece el desarrollo de la infraestructura de las telecomunicaciones, al aumentar la competencia en el mercado.⁹⁶

Capítulo 2: Mercado relevante de las telecomunicaciones

El mercado relevante o mercado pertinente es un concepto que si bien no se encuentra estrictamente relacionado con el acceso e interconexión, mantiene una gran importancia porque a partir de la definición de este, es posible identificar cuáles operadores tiene poder significativo de mercado⁹⁷.

⁹⁶CASTRO MONGE Edgar. *Una visión general sobre la regulación en los mercados de telefonía móvil*. Revista de Ciencias Económicas. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de Costa Rica. Volumen 29. N° 2. Julio-Diciembre. San José: Editorial Universidad de Costa Rica. 2011. pp. 157-158

⁹⁷MONTERO PASCUAL Juan José, Op. cit. N° 20. p. 283.

Montero Pascual considera que un estudio relevante de un mercado se realiza haciendo *“descripción de los productos o servicios que componen un mercado y la evaluación del alcance geográfico de ese mercado. Se persigue así identificar las presiones competitivas que sufren los proveedores de un determinado producto o servicio. Las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones competitivas: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial.”*⁹⁸ Es mediante el análisis de las presiones competitivas en conjunto con la cuota de mercado que poseen cada uno de los operadores que se determina cuál de ellos tiene un poder significativo de mercado.

La directiva marco de la Unión Europea ha establecido que para la definición de un mercado relevante, se debe llevar a cabo un debido proceso. Este se inicia con una consulta pública y una consulta a las ANR sobre los mercados pertinentes. Posteriormente, la Comisión Europea realiza una recomendación sobre los mercados que se deben declarar como relevantes por cuanto sus características puedan justificar la imposición de obligaciones. De esta manera, las ANR definirán tomando en cuenta las directrices y recomendaciones, los mercados pertinentes a las circunstancias nacionales, en concordancia con los principios del derecho de la competencia⁹⁹.

⁹⁸ MONTERO PASCUAL Juan José, Op.cit. N° 20. p. 282.

⁹⁹ Directiva Marco N° 2002/21/CE. Op. Cit, N° 28 “Artículo 15- Definición del mercado relevante

1. Previa consulta pública y consulta a las autoridades nacionales de reglamentación, la Comisión adoptará una recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios (en lo sucesivo denominada <<la recomendación>>). En la recomendación se enumerarán, de conformidad con el Anexo I, los mercados de productos y servicios del sector de las comunicaciones electrónicas cuyas características pueden justificar la imposición de las obligaciones reglamentarias establecidas en las directivas específicas, sin perjuicio de los mercados que puedan definirse en casos concretos en virtud del Derecho de la competencia. La Comisión definirá los mercados de conformidad con los principios del Derecho de la competencia.

[...]

En Costa Rica, la ANR encargada de declarar los mercados relevantes es la SUTEL, conforme a lo establecido el artículo 12 del RAIRT, donde se autoriza al Consejo de la SUTEL a establecer los mercados relevantes. Este artículo hace referencia a los criterios fijados, mediante los cuales se determina un mercado relevante, en el artículo 14 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor¹⁰⁰. Asimismo la SUTEL se encuentra encargada de definir los operadores importantes, es decir, aquellos que tienen un poder significativo en el mercado.

Sección 1: Operador con poder significativo de mercado

La condición del poder significativo de mercado es obtenida luego de un análisis que diversos factores recogen de las directivas europeas. Adicional a esto, el operador suele tener una condición dominante frente a otros operadores. En el caso de España se solía utilizar un parámetro definido por un porcentaje, por lo cual si un

-
3. Las autoridades nacionales de reglamentación, teniendo cuenta en la mayor medida posible la recomendación y las directrices, definirán los mercados pertinentes apropiados a las circunstancias nacionales, y en particular los mercados geográficos pertinentes dentro de su territorio, con arreglo a los principios del Derecho de la competencia.
[...]"Artículo 15.

¹⁰⁰ "Artículo 14.- Mercado relevante.

Para determinar el mercado relevante, deben considerarse los siguientes criterios:

- a) Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.
- b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero; para ello se tendrán en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias, así como las limitaciones impuestas por los agentes económicos o sus organizaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros sitios.
- c) Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.
- d) Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos." Artículo 14 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472 publicada en el periódico oficial La Gaceta N° 14 del 19 de enero de 1995. Costa Rica.

operador tenía más del 25% del mercado, este gozaba la condición de un operador con PSM.¹⁰¹ Montero Pascual recoge una lista de criterios utilizados por las directivas europeas para definir cuál operador se puede categorizar con PSM: “a) *envergadura global de la empresa; b) control de una infraestructura no reproducible fácilmente; c) superioridad tecnológica; d) poder compensatorio bajo o inexistente; e) acceso privilegiado a los mercados de financiación; diversificación de productos; f) economías de escala o alcance; g) integración vertical; h) red de distribución y venta muy desarrollada; i) ausencia de competencia potencial; j) obstáculos a la expansión.*”¹⁰²

La directiva marco considera que un operador tiene poder significativo de mercado si este disfruta de una posición equivalente a una posición dominante. Ello comprende una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento puede ser independiente de los competidores.¹⁰³

Mendoza Losana relaciona la figura del operador dominante con la competencia al decir que: “*La figura del operador dominante es una pieza clave en el proceso de implantación de la competencia, especialmente en la etapa de tránsito. Su actividad se somete a un régimen específico distinto al previsto para el conjunto de los operadores.*”¹⁰⁴

¹⁰¹ MONTERO PASCUAL Juan José, Op. cit. N° 20. p. 268.

¹⁰² MONTERO PASCUAL Juan José, Op. cit. N° 20. p. 289.

¹⁰³ Directiva Marco N° 2002/21/CE. Op. Cit. N° 28. Artículo 14.

¹⁰⁴ MENDOZA LOSANA Ana. *La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicaciones: fuentes, contenido y resolución de conflictos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2008. p. 20

Dentro de las funciones de la CMT se encuentran las del control de acceso al mercado además del cumplimiento de las obligaciones que hayan adquirido de acceso e interconexión entre operadores. De igual forma, la imposición de obligaciones ex ante, en esta materia, resulta una de las labores esenciales de dicho órgano regulador.¹⁰⁵ Estas obligaciones son puestas en especial a los operadores con poder significativo de mercado, aunque puede darse el caso que sean impuestas obligaciones a operadores que no posean esta condición.¹⁰⁶

En el país, la figura con operador significativo de mercado se ha entendido como la del operador o proveedor importante, se ha entendido como: *“Operadores o proveedores que tienen la capacidad de afectar materialmente, teniendo en consideración los precios y la oferta, los términos de participación en los mercados relevantes, como resultado de controlar las instalaciones esenciales o hacer uso de su posición en el mercado.”*¹⁰⁷

Para poder determinar cuál operador o proveedor goza la condición de importante, se indica que el Consejo de la SUTEL, luego de determinar los mercados relevantes, establecerá cuáles operadores cumplen una cuota del mercado superior al 25%, entre otras características.¹⁰⁸

Una vez que se ha determinado qué operador es importante, el artículo 75 del Reglamento a la LGT establece las obligaciones que estos tienen:

¹⁰⁵ MONTERO PASCUAL Juan José, Op. cit. N° 20. p. 113.

¹⁰⁶ MONTERO PASCUAL Juan J. Op. Cit. N° 105, p. 114.

¹⁰⁷ Reglamento de Acceso e Interconexión de las Redes de Telecomunicaciones. Decreto Ejecutivo de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos de Telecomunicaciones del 6 de octubre del 2008. Publicado en el diario oficial La Gaceta N° 201, Alcance N°40 del 17 de octubre del 2008. Costa Rica. Artículo 5 inciso 5

¹⁰⁸ *Ibíd.*, Artículo 12

“Artículo 75. — Obligaciones generales de los operadores o proveedores importantes.

La SUTEL podrá imponer las siguientes obligaciones a los operadores y proveedores importantes:

- a. Hacer pública la información que la SUTEL solicite la cual deberá ser suficiente, clara, completa y precisa.*
- b. Mantener contabilidades de costos separadas para cada servicio, de acuerdo a los reglamentos.*
- c. Abstenerse de realizar las prácticas monopolísticas señaladas en el régimen sectorial de competencia correspondiente o en la Ley No 7472. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.*
- d. Someterse al régimen tarifario correspondiente.*
- e. Dar libre acceso a sus redes y a los servicios que por ellas presten, en forma oportuna y en condiciones razonables y no discriminatorias a los prestadores y usuarios de servicios de telecomunicaciones, a los generadores y receptores de información y a los proveedores y usuarios de servicios de información.*
- f. Proporcionar a otros operadores y proveedores servicios e información de la misma calidad y en las mismas condiciones que la que proporciona a sus filiales o asociados y a sus propios servicios.*
- g. Facilitar el acceso oportuno a sus instalaciones esenciales y poner a disposición de los operadores y proveedores información técnica relevante en relación con estas instalaciones, así como cumplir con las obligaciones propias del régimen de acceso e interconexión.*

h. Abstenerse de divulgar o utilizar indebidamente la información de competidores adquiridas al proveer interconexión, arrendamiento o acceso a sus instalaciones esenciales.

i. Ofrecer acceso a los elementos de red de manera desagregada y en términos, condiciones y a tarifas orientadas a costos, que sean razonables, no discriminatorias y transparentes, para el suministro de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.

j. Suministrar una Oferta de Interconexión por Referencia (OIR), suficientemente desglosada, que contenga los puntos de acceso e interconexión y demás condiciones técnicas, económicas y jurídicas, que sirvan como marco de referencia para el establecimiento de acuerdos de interconexión o resoluciones de la SUTEL. La OIR deberá ser aprobada por la SUTEL, la cual podrá efectuar modificaciones, enmiendas o aclaraciones para el cumplimiento de los principios y objetivos de este Reglamento.

En circunstancias debidamente justificadas la SUTEL podrá imponer estas obligaciones a otros operadores de redes públicas y proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.”¹⁰⁹

De la misma forma, la Ley de ARESEP, establece exactamente las mismas obligaciones para los operadores interesantes, curiosamente en su artículo 75.

De esta manera el Consejo de la SUTEL decidió: *“Declarar como operador y proveedor importante en cada uno de los mercados relevantes determinados en el*

¹⁰⁹ RLGT. Op. cit. N° 56, Art. 75

punto A (mercados relevantes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18) al grupo económico conformado por el Instituto Costarricense de Electricidad y sus empresas conexas (Grupo ICE).”¹¹⁰

Sección 2: Competencia efectiva

En todos los países existe una congruencia de ideas en que el fin último en un mercado de telecomunicaciones sea el que se mantenga una competencia efectiva; inclusive en países con un modelo regulatorio intervencionista, la tendencia es hacer más laxos y permitir que sea el mercado por sí mismo el que se regule.

En Costa Rica la competencia efectiva¹¹¹ se concibe entorno a la existencia o no de un funcionamiento eficiente del mercado; depende de que se dé una competencia efectiva entre los operadores de telecomunicaciones y que esta se desarrolle en todos sus ámbitos y de la mejor manera posible.

El artículo 54, también de la LGT, se refiere a las prácticas monopolísticas relativas; en su último párrafo establece que si algún operador ejecutara uno o varios actos que generasen duda en cuanto a si sus efectos son pro competencia o si de lo contrario se trataran de una práctica monopolística, es decir, que estos actos tendieran a darle poder a un operador para establecer los precios de manera unilateral o las condiciones del mercado, *“la Sutel deberá analizar y pronunciarse*

¹¹⁰ CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES. Resolución N° RCS-307-2009 a las 15:35 del 24 de setiembre del 2009. San José, Costa Rica

¹¹¹ LGT. Op. Cit. N° 10. Artículo su artículo 6, inciso 7. Competencia efectiva: “circunstancia en la que ningún operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones, o grupo de cualquiera de estos, puede fijar los precios o las condiciones de mercado unilateralmente, restringiendo el funcionamiento eficiente de este –del mercado-, en perjuicio de los usuarios.”

sobre los elementos que aporten las partes para demostrar los efectos pro competitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de sus acciones o cualquier otro elemento que se establezca reglamentariamente; y que producirá algún beneficio significativo y no transitorio a los usuarios finales”¹¹².

Siendo así, se establece entonces que, existiendo la competencia efectiva se logra la eficiencia en el mercado y es por ello que estos dos conceptos se tienen como equivalentes. Por esta razón, se encuentra estipulado en el artículo 50 de la LGT que al momento de existir competencia efectiva, los precios serán determinados por los proveedores de servicios y no por la SUTEL, situación contraria a la actual.

Es importante mencionar que el artículo 2, inciso e) de la LGT, establece como uno de los objetivos de la legislación el *“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.”* En este mismo sentido el artículo 3, inciso f) dispone que la competencia efectiva es un principio rector de la LGT y dice que esta se logra mediante el *“establecimiento de mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección”.*

De conformidad con este artículo y el análisis que precede, se puede decir que la competencia efectiva en las telecomunicaciones corresponde a la eficiencia del mercado y éstas dos, tal y como lo menciona el artículo anterior, radican en un

¹¹² LGT. Op. Cit. N° 10. Art. 54

mayor beneficio para los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y en general para los habitantes del país.

Otro tema de gran relevancia son los precios y las tarifas¹¹³ que se le cobren al usuario; esto se encuentra relacionado directamente con la competencia efectiva, ya que únicamente en el momento en que se determine que existe el mercado, serán los operadores y proveedores de los servicios quienes puedan establecer los montos de los precios y las tarifas, caso contrario la SUTEL deberá fijar los mismos. Se realiza una última advertencia en la cual si se dejan de dar las condiciones de competencia efectiva, la SUTEL intervendrá procediendo a fijar las tarifas nuevamente.

La LGT establece un régimen especial para la competencia regulado por su artículo 52 y por el Reglamento de Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, en el cual se establecen, entre otros, los deberes de la SUTEL en cuanto a promover la competencia.

¹¹³ LGT. Cit. N° 10. Art. 50 “Cuando la Sutel determine, mediante resolución motivada, que existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, los precios serán determinados por los proveedores de los servicios de telecomunicaciones.

En caso de que la Sutel determine, mediante resolución motivada, que las condiciones de competencia efectiva en el mercado dejan de darse, deberá intervenir procediendo a fijar la tarifa, de acuerdo con lo estipulado en el primer párrafo de este artículo.”

Título III: El acceso y la interconexión

Previo al análisis de los acuerdos de acceso e interconexión se estudian los conceptos propios de acceso e interconexión. En este título se incluyen, además, los modelos utilizados para la reglamentación de estos conceptos y además se examinan los principios rectores del acceso y la interconexión. Como punto último, se ahonda en los derechos y obligaciones de los operadores.

Capítulo 1: Conceptos de acceso e interconexión

Las figuras de acceso e interconexión han estado presentes desde mucho antes de que se abriera el sector de telecomunicaciones. Antes de la liberalización de este mercado, existían los monopolios, tanto estatales como privados de empresas de telecomunicaciones. Costa Rica no es la excepción, pues se tenía un único operador de telecomunicaciones, el Instituto Costarricense de Electricidad, el cual poseía diferentes redes de telefonía móvil y, por lo tanto, era necesario que dichas redes fueran interconectadas.

Por otro lado, antes de establecer lo indicado por la LGT en cuanto a la definición de red pública de telecomunicaciones, se debe entender qué es una red de telecomunicaciones. Esta se ha comprendido como:

Sistemas de transmisión y demás recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios radioeléctricos, con inclusión de las redes satelitales, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos o de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, utilizadas para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y

*televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada*¹¹⁴.

Ahora, una red pública de telecomunicaciones, se define como aquella *“red de telecomunicaciones que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.”*¹¹⁵

Al momento de la apertura de las telecomunicaciones, ya existía el acceso y la interconexión como figura técnica. Sin embargo, cuando entraron a competir los nuevos operadores al mercado costarricense, fue necesario regular el acceso y la interconexión desde un marco jurídico, con el objetivo de garantizar la libre competencia y la protección al usuario final:

*Los usuarios pueden acceder a los servicios que se presten a través de otras redes y, con ello conseguir una más completa capacidad de comunicación. Sin embargo, la situación de competencia perfecta y equilibrada entre redes no siempre se da. Las más grandes tienen menos interés en interconectarse con las más pequeñas, por lo que pueden tratar de negar la conexión con éstas, con el fin de expulsarlas del mercado.*¹¹⁶

Chillón establece con relación a la apertura de mercados que:

Desde el momento en que se admite pluralidad de redes, sustituyendo al viejo esquema de la unidad de red propio de un servicio público gestionando en monopolio y que se admite la presencia de diferentes titulares de redes

¹¹⁴ LGT. Op. cit. N° 10. Art. 6, inciso 19.

¹¹⁵ LGT. Op. cit. N° 10. Art. 6, inciso 21.

¹¹⁶ LAGUNA DE PAZ José Carlos. Op. cit. N° 7. p. 214.

y de prestadores de servicios que acceden a esas redes, la cuestión clave y prioritaria del sistema de regulación para la competencia es la de establecer un régimen equitativo de acceso e interconexión en las redes públicas de telecomunicaciones.”¹¹⁷

Los conceptos de acceso e interconexión suelen relacionarse entre sí de tal forma que se tratan usualmente como una misma figura. Esto, debido a que el término de acceso a redes es un concepto amplio, por cuanto incluye dentro de su definición, la propia interconexión. Debido a lo anterior, es necesario realizar un análisis de las definiciones de cada uno de los conceptos de manera individual, con el fin de establecer sus similitudes y diferencias.

La Ley General de Telecomunicaciones de España establece en el “Capítulo III titulado Acceso a las redes y recursos relacionados de interconexión”, lo relevante a este tema. El artículo 11 de la mencionada ley se establece que:

- 1. Este capítulo y su desarrollo reglamentario serán aplicables a la interconexión y a los accesos a redes públicas de comunicaciones electrónicas y a sus recursos asociados, salvo que el beneficiario del acceso sea un usuario final.*
- 2. Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas*

¹¹⁷ CHILLÓN MEDINA José María. *Entrada y salida del mercado*. La condición de operador de telecomunicaciones. Tomás de la Quadra y Salcedo Fernández del Castillo (Directores). Derecho de la Regulación Económica. Vol. IV. Telecomunicaciones. Madrid: Iustel, 1 ed., 2009. p 179

disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad.”¹¹⁸

Ahora bien, el inciso 4 del artículo 11 ya citado de la Ley General de Telecomunicaciones de España, dice lo siguiente:

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.¹¹⁹

Continuando con el análisis de la legislación española, lo citado indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones va a regular las relaciones entre operadores. Recuérdese que dicha Comisión es el regulador en España, y como bien se puede desprender de este inciso, es el encargado para solucionar conflictos entre operadores cuando así sea necesario.

El tema de las telecomunicaciones se regula en Costa Rica mediante un compendio normativo que parte de lo expuesto en la Ley General de Telecomunicaciones (Ley N°8642). Dicha ley establece que en Costa Rica, el acceso y la interconexión van a formar un régimen especial; esto, debido a la gran importancia que tienen el acceso

¹¹⁸ LAVILLA RUBIRA Juan José. *Interconexión y Acceso*. Tomás de la Quadra y Salcedo Fernández del Castillo (Director). Derecho de la Regulación Económica. IV Telecomunicaciones. Madrid: Editorial lustel. 2009. p. 11.

¹¹⁹ Directiva Marco N° 2002/21/CE. Op. Cit, N° 28, Art. 11

e interconexión para el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones. Asimismo, también se encuentra el Reglamento de Acceso e Interconexión de las Redes de Telecomunicaciones, el cual desarrolla las pautas establecidas en la LGT para la organización de dicho régimen. Además, existen otras leyes y reglamentos que ayudan a complementar este tema.

La Ley General de Telecomunicaciones, en el Título III: Regulación para la Competencia, Capítulo III, mediante los artículos 59, 60 y 61 establece las pautas generales del Régimen de Acceso e Interconexión. Sin embargo, estos artículos tienen como fundamento otros artículos del mismo cuerpo, los cuales dan pautas generales para todo el sector de las telecomunicaciones, además de establecer las definiciones de los términos básicos para lograr una mejor comprensión. Sobre esta ley, léase el artículo 59:

ARTÍCULO 59.- Acceso e interconexión

El objetivo de este capítulo es garantizar el acceso y la interconexión de redes públicas de telecomunicaciones, a fin de procurar la eficiencia, la competencia efectiva, la optimización del uso de los recursos escasos y un mayor beneficio para los usuarios.

Por lo tanto, se debe entender que el objetivo primordial del régimen es asegurar que los operadores y proveedores de servicios tengan acceso a las redes públicas de telecomunicaciones y sea posible la interconexión entre ellas.

El artículo 59 en estudio establece que la eficiencia es fin del Régimen de Acceso e Interconexión; sin embargo, hay que entenderlo de manera general, ya que en este artículo también se hace referencia a los conceptos de: competencia efectiva, eficiencia en el mercado, optimización de recursos escasos, eficiencia del espectro radioeléctrico y mayor beneficio para los usuarios, lo que proyecta la eficiencia en la prestación de los servicios. Por ende, cuando se menciona la eficiencia en el artículo citado, se puede entender con relación a los demás fines que se citan, que la eficiencia buscada, se divide en tres grandes áreas: el mercado, los recursos escasos y los usuarios.¹²⁰

Sección 1: Concepto de acceso

A modo de introducción de este término, Laguna de Paz indica que:

El régimen de acceso a las redes ha sido uno de los pilares en los que se ha apoyado la liberalización de las telecomunicaciones. A principios de los noventa, se estableció la llamada oferta de red abierta, que precisamente consistía en el reconocimiento a los prestadores de servicios del derecho a acceder a las redes públicas de telecomunicaciones. Con ello, se trataba de fomentar la competencia en la prestación de servicios, al permitir a los operadores sin red propia utilizar infraestructuras de terceros para realizar su actividad.¹²¹

¹²⁰ LGT. Op. Cit. N°10 .Art. 59.

¹²¹ LAGUNA DE PAZ José Carlos. Op. cit. N° 7. p. 214

Importante recalcar que el acceso ha sido un pilar para la liberalización de las telecomunicaciones, pues es difícil pensar en un correcto desarrollo de ellas sin la presencia de esta figura.

Ahora bien, en cuanto a la definición doctrinal del acceso ha sido desarrollado el tema por diversos autores, como lo son Morán y Soler, quienes mencionan lo siguiente:

... el acceso suele referirse a la puesta a disposición de terceros para su uso de parte de la red o elementos de red, incluida la conexión a una red de un usuario, y en particular la conexión a una red de otra red para acceder a los servicios o facilidades ofrecidos por la primera o al menos apoyarse en ellos para la construcción de servicios propios.¹²²

Con base en lo anterior, se debe entender que el acceso va a garantizar la posibilidad de que un sujeto tenga a disposición la red de un tercero, con el fin de prestar un servicio de telecomunicaciones.

En el caso de que no se diera la anterior situación, sería imposible que un operador no titular de una red pudiese prestar sus servicios, limitando la oferta de servicios del mercado y por consiguiente la competencia.

¹²² MORÁN RIVERO José Manuel y SOLER MATUTES Pere. *Acceso, Interconexión y numeración en redes de comunicaciones electrónicas*. Miguel Sánchez Blanco (Director) Jurisprudencia de Telecomunicaciones. Navarra: Aranzadi, S.A. 1 ed., 2008. p. 330.

Existen “diversas formas de acceso que incluyen, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (...); el acceso a infraestructuras físicas como edificios, conductas y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes incluidos los sistemas de apoyo operativo; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; el acceso a servicios de red privada virtual.”¹²³

La anterior definición contiene aspectos más técnicos del acceso, que permiten ejemplificar algunos tipos.

Se habla, entre otros, del acceso a infraestructura, entendiendo como infraestructura aquella “obra e ingeniería necesarias para la instalación de redes de telecomunicaciones”¹²⁴, como por ejemplo a los postes o conductos. Un ejemplo que ayuda aclarar el tema es el siguiente: en los postes se cuelgan cables de diferentes operadores, aunque estos postes pertenecen a un único operador.

Para que lo anterior sea posible, es necesario que el operador dueño de la infraestructura proporcione acceso al que no la tiene y pueda montar sus propios cables y su propia red. Sin embargo, puede ocurrir que lo que se desee es poner una red para brindar televisión por cable, lo cual necesita acceso, pero no

¹²³ MENDOZA LOSANA Ana, Op. cit. N° 95. p. 360.

¹²⁴ CARRASCO PERERA Ángel y CORDERO LOBATO Encarna. *Telecomunicaciones y Derecho Inmobiliario*. Ángel Carrasco Perera (coordinador). Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2005. P. 524

interconexión, pues en este servicio no interesa que exista conexión de redes. El ejemplo desarrollado vendría a marcar una diferencia, en tanto es posible brindar solo acceso y no interconexión, pero sería difícil poder afirmar lo mismo a la inversa: *“El concepto de acceso a redes es, además, mucho más amplio. Aparte de comprender entre sus formas a la propia interconexión, igualmente puede aplicarse la noción de acceso a la conexión de los terminales de los usuarios a la red del operador.”*

Como bien se puede ver, la interconexión se puede incluir dentro del concepto de acceso. Es decir, haciendo una interpretación propia, el acceso es el género y la interconexión la especie. La interconexión se va a referir únicamente a conectar redes, mientras que el acceso va a incluir eso y además cualquier tipo de acceso; por ejemplo, a infraestructuras.

El Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea emitió la Directiva N° 2002/19/CE, la cual se refiere en particular al acceso en las redes de comunicaciones electrónicas, recursos asociados, y a su interconexión. Sin embargo, esta directiva fue modificada en varios artículos por medio de la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual modificó varias directivas sobre comunicaciones electrónicas. Uno de los artículos que sufrieron un cambio fue el relativo a la definición de acceso. En su artículo segundo, inciso a), lo define como:

Acceso: la puesta a disposición de otra empresa, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo cuando

se utilicen para el suministro de servicios de la sociedad de información o de servicios de contenidos de radiodifusión. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local); el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos; el acceso a sistemas de información o bases de datos para pre pedidos, suministros, pedidos, solicitudes de mantenimiento y reparación, y facturación; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital y el acceso a servicios de redes virtuales.

De la comparación entre el artículo de la primera directiva y la modificación de este mismo en la directiva más reciente, lo que se hace es aumentar el contenido de lo mencionado. Es evidente que esta definición pretende ser amplia y abarcar todos los posibles ejemplos en donde es posible que se dé el acceso. En las tres primeras líneas se define propiamente el término y en las siguientes se enumeran los posibles casos de acceso que puedan existir. Como ya se dijo, la modificación del artículo fue en lo relativo a incluir más ejemplos de situaciones en donde se da el acceso. Resulta entendible que en una directiva se incluyan definiciones tan específicas, pues así el margen de interpretación de un cuerpo normativo es reducido, garantizando mayor seguridad jurídica.

La Ley General de Telecomunicaciones en el artículo 6, inciso 2), establece que la legislación nacional entiende la figura de acceso como *“la puesta a disposición de terceros por parte de un operador de redes públicas o proveedor de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, de sus instalaciones o servicios con fines de prestación de servicios por parte de terceros.”*

Con el objetivo de comprender a cabalidad el citado artículo y los artículos de la normativa nacional que posteriormente se procede a analizar; se torna necesario entrar a puntualizar conceptos esenciales de cada uno de estos artículos. Es por ello, que en relación con la definición de acceso, se señala que entiende la LGT por los conceptos de operador, proveedor, redes públicas y servicios de telecomunicaciones disponibles al público.

Por operador se debe entender aquella *“persona física o jurídica, pública o privada, que explota redes de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, las cuales podrán prestar o no servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general.”*

De igual forma, se define como proveedor a aquella *“persona física o jurídica, pública o privada, que proporciona servicios de telecomunicaciones disponibles al público sobre una red de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, según corresponda”.*

Por último, la LGT en su artículo 6, establece que los servicios de telecomunicaciones se deben entender como aquellos *“servicios que consisten, en*

su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de telecomunicaciones. Incluyen los servicios de telecomunicaciones que se prestan por las redes utilizadas para la radiodifusión sonora o televisiva”. Y por servicios de telecomunicaciones disponibles al público, se entiende que son los: “servicios que se ofrecen al público en general, a cambio de una contraprestación económica.”

Por lo tanto, haciendo una recopilación de las anteriores definiciones y en concordancia con lo establecido por la LGT, en su inciso 2), se debe entender por acceso como la puesta a disposición a un tercero de las instalaciones o servicios de una persona física o jurídica que explote sistemas de transmisión de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios radioeléctricos o preste servicios que consistan es su totalidad o principalmente en el transporte de señales a través ellos, los cuales se ofrecen al público en general a cambio de una contraprestación económica.

El artículo 77 trata sobre los derechos de paso y uso conjunto de infraestructuras físicas¹²⁵. Está directamente relacionado con el acceso, pues es a partir de este que

¹²⁵ Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, N° 7593 del 9 de agosto de 1996. Publicada en el diario oficial La Gaceta N°169 del 5 de setiembre del 1996. Costa Rica. “Artículo 77.- Derechos de paso y uso conjunto de infraestructuras físicas La Sutel garantizará el derecho de los operadores al uso conjunto o compartido de las canalizaciones, los ductos, los postes, las torres, las estaciones y las demás instalaciones requeridas para la instalación y operación de las redes públicas de telecomunicaciones, así como para la provisión de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, además, la colocalización de equipos. El uso conjunto o compartido de infraestructuras y la colocalización serán regulados en forma transparente, objetiva, equitativa y no discriminatoria, de modo que se aseguren la competencia efectiva, la optimización y el aprovechamiento de los recursos.

Las condiciones del uso conjunto o compartido de instalaciones y la colocalización, serán establecidas de común acuerdo por los operadores, de conformidad con esta Ley, los reglamentos, los planes técnicos y las demás disposiciones emitidas por la Sutel, según corresponda.

La Sutel podrá intervenir, de oficio o a petición de parte, para resolver las diferencias o controversias que se presenten. El uso conjunto o compartido de estas instalaciones y la colocalización, tendrán en cuenta condiciones de factibilidad económica y técnica; además, estará sujeto a un pago a favor del titular, el cual deberá considerar una utilidad en términos reales, no menor que la media de la industria nacional o internacional; en este último caso, con mercados comparables.”

se regula la forma en que un operador solicita acceso a otro para poder utilizar elementos como las infraestructuras.

Sección 2: Concepto de interconexión

La interconexión como ya se indicó, está incluida en el acceso. No obstante es necesario referirse al concepto en específico de interconexión, pues este mantiene, diferencias con lo que ya fue abordado.

Para que sea posible el intercambio de llamadas telefónicas se produce el intercambio de tráfico entre las redes de los operadores a través de los puntos de interconexión¹²⁶

El funcionamiento técnico de la interconexión puede resumirse de la siguiente manera:

El encaminamiento implica que la señal emitida por el usuario llamante es entregada por el operador de acceso a la red del operador interconectado y a su vez, terminada por éste en la red del operador que ofrece el acceso al usuario llamado o en su caso, hasta el punto de terminación de red al que se une el terminal del usuario llamado. La conducción de la señal en la forma indicada se produce mediante el intercambio de señales y números y por lo

¹²⁶ MORÁN RIVERO José Manuel y SOLER MATUTES Pere, Op. cit. N° 122. p. 330

general, la señal habrá de conducirse hasta el punto de interconexión más cercano al usuario -origen o destino de la llamada.¹²⁷

Se ha dicho que a pesar de que la interconexión de redes parece ser buena en todo sentido, la situación de competencia perfecta y equilibrada entre redes no siempre se da, pues los operadores más fuertes no tienen interés en interconectarse con las más pequeñas; ello puede generar que estos últimos sean expulsados del mercado.¹²⁸

Ahora bien, en cuanto al concepto, Morán Rivero y Soler Matutes también se refieren al mismo de la siguiente forma:

Por interconexión se suele entender la conexión entre dos redes autónomas que prestan un mismo servicio. Dicha conexión permite la interoperabilidad de ese servicio entre los respectivos abonados, es decir la posibilidad de establecer y mantener comunicaciones entre los usuarios conectados a cada una de las redes. La interconexión por tanto es una actividad recíproca, dos redes independientemente de su tamaño relativo se ofrecen prestaciones funcionalmente equivalentes.¹²⁹

Los autores de las citas anteriores hacen mención a varios elementos importantes que contiene el concepto de interconexión. La palabra conexión es elemental en la definición que brindan, pues mencionan que esta se produce en el momento en

¹²⁷ MENDOZA LOSANA Ana, Op. cit. N° 95. p.210

¹²⁸ LAGUNA DE PAZ José Carlos Op. cit. N° 7. p. 214

¹²⁹ MORÁN RIVERO José Manuel y SOLER MATUTES Pere, Op. cit. N° 122. p. 330.

que se da la conexión entre dos redes autónomas. Al decir que son autónomas, se debe entender que son diferentes redes. Además agregan que es sobre un mismo servicio, el cual va a ser un servicio de telecomunicaciones. Como último punto relevante de extraer de la cita que precede, está lo que mencionan los autores como prestaciones funcionalmente equivalentes. Esta última idea se puede interpretar en el sentido en que no es solo una red la que permite la interconexión de otra red, sino que al mismo tiempo ambas están interconectadas y permiten que usuarios de una como de otra puedan comunicarse libremente como si todos pertenecieran a una misma red.

En cuanto al concepto de interconexión, Lavilla Rubira la define de esta forma:

La conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas.¹³⁰

Es necesario hacer una pausa y analizar la cita precedente. El autor menciona que la interconexión es la conexión física y lógica de redes. Estos dos términos, física y lógica, son los más importantes a los que se refiere, pues hacen posible que la interconexión suceda. En cuanto a la conexión física, esta se va a referir a aspectos de infraestructuras, como por ejemplo, el punto físico en donde se conecta una red

¹³⁰ CHILLÓN MEDINA José María, Op. cit. N° 117. p. 298.

con otra. En cambio, el lógico, se refiere conectar las redes por medios informáticos, utilizando sistemas tecnológicos.

Relacionado con lo anterior, Roberto Dromi señala que antes de la liberalización de las telecomunicaciones no existía ningún problema o conflicto por el tema de acceso e interconexión. De esta forma indica el autor que:

En este contexto, la interconexión, es decir la conexión física y lógica de redes, no planteaba ningún inconveniente por la sencilla razón que no existían otros prestadores que accedieran al mercado conectando físicamente sus redes con el operador principal. (...) No se concebía a la red más que como un medio cuya única finalidad era permitir las comunicaciones y dado que las redes se consideraban un monopolio natural, el servicio de telecomunicaciones se prestaba bajo este régimen. ¹³¹

De la cita anterior, resulta importante subrayar lo siguiente: la interconexión siempre se debe dar para que las diferentes redes puedan conectarse entre sí, pues de otro modo, se tendrían distintas redes que serían inservibles entre ellas. Pero la falta de interconexión conllevaría a que no fuese posible la libre competencia entre operadores, arremetiendo en contra del derecho a la libre comunicación de los usuarios. Esta situación se puede generar, por ejemplo, cuando un operador prohíbe la salida o el ingreso de llamadas generadas por otro operador. Es por ello, que se ha entendido que para un funcionamiento óptimo de diferentes redes, las cuales se

¹³¹ DROMI Roberto. *Telecomunicaciones, Interconexión y Convergencia Tecnológica*. Buenos Aires: Hispania Libros, 1 ed. 2008. pp. 134-135.

encuentran en manos de varios operadores, es indispensable que estas se puedan interconectar entre sí.

Respecto de la definición del concepto de interconexión, al contrario del de acceso, la Directiva N° 2002/19/CE no fue modificada por la Directiva 2009/140/CE, por lo cual permanece la definición dada en el artículo segundo, inciso b) que indica que la interconexión es:

...la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por una misma empresa o por otra distinta, de manera que los usuarios de una empresa puedan comunicarse con los usuarios de la misma empresa o de otra distinta, o acceder a los servicios prestados por otra empresa. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas”¹³²

En la cita anterior llama la atención que se utiliza la palabra empresa para referirse a operador. No queda claro por qué se utiliza; no obstante la definición surte los mismos efectos que si fuera utilizada la palabra operador. Lo importante es establecer que la interconexión es una conexión de redes diferentes que pueden pertenecer a un mismo operador o a otro diferente.

¹³² Directiva de Acceso e Interconexión, N° 2002/19/CE. Parlamento Europeo y del Consejo del 7 de marzo de 2002. Relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas, recursos asociados, y a su interconexión. Unión Europea.

Y en cuanto a la interconexión, en el mismo artículo, el inciso 11) se establece que es “...*la conexión física o lógica de redes públicas de telecomunicaciones utilizadas por un mismo operador o proveedor u otros distintos, de manera que sus usuarios puedan comunicarse con los usuarios de otros o sus propios usuarios, o acceder a los servicios prestados por otros operadores o proveedores.*” Con relación a las definiciones anteriormente mencionadas, se puede decir que la interconexión es aquel enlace de los elementos físicos o lógicos de dos o más sistemas de transmisión de señales y demás recursos, que sean empleados para prestar servicios que consistan en su totalidad o principalmente en el transporte de señales, los cuales se ofrecen al público en general a cambio de una contraprestación económica; asimismo, son utilizados por un mismo operador o proveedor de manera que sus usuarios puedan comunicarse con los usuarios de otros operadores o proveedores o inclusive con sus propios usuarios, o acceder a los servicios prestados por otros operadores o proveedores. Al respecto, cabe agregar que:

*En materia de interconexión se debe disponer un régimen jurídico que, en todo caso, pretenda garantizar la igualdad de oportunidades para todos los operadores que deseen ofrecer sus redes y servicios a los usuarios; de ahí que resulte imprescindible determinar las condiciones necesarias para facilitar la interconexión de redes públicas de telecomunicaciones, de manera que los usuarios puedan acceder a los servicios de telecomunicaciones que presten a través de otras redes.*¹³³

¹³³ CASTRO MONGE Edgar. Op. Cit. N°96 p. 157

Sección 3: Comparación de ambas figuras

Como se había establecido al inicio de esta parte, la diferencia entre los términos que se han venido analizando es muy sutil. Tanto que existen textos donde es difícil determinar dónde está la diferencia entre un concepto y otro. De hecho, los autores por lo general definen ambos conceptos por separado; sin embargo, no se toman el tiempo para señalar las diferencias puntuales que existen entre ellos.

Ahora bien, la cita que a continuación se presenta, establece de manera muy completa, la diferencia entre el acceso y la interconexión” de esta forma indica la autora que:

A pesar de la regulación conjunta y de su relación conceptual, acceso e interconexión no son categorías idénticas. Aunque la interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas, cada una de estas figuras responde a su propia finalidad. (...) Se ha de señalar que la interconexión satisface fundamentalmente la demanda de la interoperabilidad de usuarios y operadores. Por el contrario, el acceso deriva de la carencia de recursos de red propios, siendo precisa la utilización de las redes de terceros para prestar servicios en el mercado. ¹³⁴

Lo que arriba se menciona es una interpretación que resume lo que se ha venido diciendo en toda esta sección. La autora hace una distinción puntual, mencionando por qué considera que existe una diferencia entre ambos conceptos. Básicamente

¹³⁴ MENDOZA LOSANA Ana, Op. cit. N° 95. p. 371.

menciona tres ideas esenciales. La primera, que en el acceso está incluida la interconexión, como ya se había mencionado. Conjuntamente menciona que la figura de interconexión satisface la interoperabilidad de los usuarios; en este punto aclarar que son de diferentes redes y como se había indicado, puede darse entre el mismo operador o entre diferentes operadores. Como último señala que el acceso se da ante la carencia de recursos de red propios. Esto último es concordante con las definiciones propias de acceso, pues este va a ser necesario cuando un operador quiere prestar un servicio de telecomunicaciones pero para poder hacerlo, este debe utilizar las redes de otros operadores.

De la misma forma, Alfonso Velázquez establece varias diferencias que son elementales, que refuerzan la idea que antecede, pues ambas autoras mencionan fundamentalmente los mismos aspectos distintivos entre acceso e interconexión. Para la autora Alfonso Velázquez, existen 4 diferencias, las cuales son las siguientes:

*El acceso conceptual y tecnológicamente se puede entender como el género, dentro del cual podemos incluir a la interconexión como una especie; Mediante la interconexión se unen redes, mientras que el acceso es más amplio, incluye recursos, servicios infraestructuras físicas como edificios, conductos y mástiles, elementos de la red, acceso al bucle local, acceso a redes fijas y móviles con fines de itinerancia, acceso al sistema de acceso condicional para servicios de televisión digital (...)*¹³⁵

¹³⁵ ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía. *Derechos de las nuevas tecnologías: la interconexión de redes de telecomunicaciones*. Madrid: REUS, 1 ed., 2006. pp.104-105

Sección 4: Modelos utilizados para reglamentar el acceso y la interconexión

Se han utilizado a nivel mundial tres diferentes modelos de regulación básicos de acceso e interconexión que son utilizados en los países para reglamentar lo que concierne al acceso y la interconexión. Se dice que existen tres modelos de regulación, los cuales son: la libertad plena de negociación, la regulación de precios y la negociación supervisada.

El modelo de libertad plena de regulación¹³⁶ está a favor de una negociación privada entre empresas, en donde no va a existir una regulación estatal que limite el acuerdo al que ambas partes lleguen. La misma autora expresa que este modelo no ha sido exitoso, debido a que existe un desequilibrio entre las partes, pues una de ellas tiene la infraestructura y la otra necesita el acceso a aquella para poder operar. Además menciona que a pesar de tener cuestiones positivas como la reducción del gasto administrativo, no se pueden garantizar principios como el de no discriminación, por lo cual, pueden darse dos situaciones: que existan condiciones injustas o el operador dueño de la infraestructura puede negarse o dirimir las negociaciones con el objetivo de que no entre el nuevo operador en el mercado. Este modelo es sin duda proteccionista con respecto al operador dominante o al ya establecido en el mercado pues protege sus intereses.

No obstante, este modelo puede justificarse tomando en cuenta otros factores de competencia, cuestiones de imagen y posicionamiento en el mercado con una cartera de clientes que ha llevado tiempo en ir ganando. Todo lo anterior hace que

¹³⁶ *Ibíd.* p. 87 “En este modelo tiene plena aplicación el principio de la autonomía de la voluntad, las partes negocian libremente todas las condiciones del contrato, sin límite alguno.”

una empresa no vea con buenos ojos un operador que va a pagar un precio por tener acceso a esa red y además, tener que interconectar a todos sus clientes con los clientes del operador nuevo que pide acceso e interconexión. No resultaría extraño entonces que la empresa intente que este tipo de negociación no se dé, o que por lo menos dure un mayor tiempo, o que los costos sean elevados, hasta poder asegurarse ingresos que les permitan tener una ganancia por esa red desplegada.

Como segundo modelo, existe el de regulación de precios. Este plantea un panorama en donde, a diferencia del primero, sí va a existir una mayor regulación, en el sentido en que van a existir tarifas máximas de acceso e interconexión. Al contrario del anterior este modelo permite que se respete el principio de no discriminación, pues los operadores que solicitan el acceso y la interconexión, quienes según el modelo anterior representaban la parte débil de la relación, puedan negociar bajo términos de precios ya prefijados por el regulador.

Una crítica que se le suele hacer a este modelo es la limitación a la autonomía de la voluntad, pues la capacidad de negociación puede verse disminuida al estar fijado los precios¹³⁷

Por último, el modelo de negociación supervisada se basa en permitir a los operadores negociar en cierto tiempo determinado, un acuerdo que vaya conforme a sus intereses. En caso de no llegar a un acuerdo en ese tiempo, el regulador intervendrá para lograr resolver un conflicto, inclusive al punto de imponer las tarifas y las condiciones de acceso e interconexión. Este modelo ha sido utilizado por la

¹³⁷ ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía. Op. Cit. N°136, pp. 104-105

Unión Europea y a raíz de las descripciones, es el empleado en Costa Rica. Parece ser el mejor, pues es un punto medio entre los dos anteriores.

Además, garantiza el derecho de negociación entre las partes, bajo un principio de autonomía de la voluntad, el cual tiene la oportunidad de que en un plazo de tiempo determinado, logre un acuerdo. De no darse, el regulador interviene para que no se vea afectado el derecho del solicitante al acceso y la interconexión.

El principio de no discriminación interviene, pues el regulador está pendiente de las negociaciones y así protege los derechos de las partes. Además, que el principio de transparencia que garantiza que el flujo de información entre las partes, se haga de buena fe y sin ocultar posibles datos necesarios para la propia negociación. De no haber un acuerdo, el regulador es el que va a garantizar que este se dé bajo las condiciones que considere apropiadas.

Capítulo 2: Principios rectores del acceso y la interconexión

Como se ha establecido a lo largo de la presente investigación, el acceso y la interconexión tienen una relación íntima entre sí y la aplicación de aquellos va a ser de vital importancia, tanto para los usuarios finales como para los mismos operadores. Los derechos y obligaciones de los operadores se basan en los principios del acceso y la interconexión tal y como lo son: la autonomía de la voluntad, la no discriminación, la objetividad, el principio de transparencia y proporcionalidad.

Es importante dejar en claro que: *“Los citados principios contienen un mandato de aplicación directa dirigido a los operadores, con el designio de favorecer la implantación de la libre competencia de redes y servicios.”*¹³⁸ Pero que, a pesar que estos van dirigidos principalmente a los operadores y proveedores del sector de las telecomunicaciones, se esgrimen principalmente a favor de los usuarios finales. A criterio de estos autores, al establecerse explícitamente estos principios en las telecomunicaciones, son los usuarios los que van a disfrutar de los beneficios prácticos de su aplicación. Ya que, si bien es cierto que son los operadores los que se protegen y se regulan mediante dichos principios, con el fin de garantizar competencia efectiva, uso eficiente de recursos escasos, entre otros, es el usuario final de las telecomunicaciones quien va a recibir mejores precios y una buena calidad de servicios, debido a lo garantizado.

¹³⁸ MENDOZA LOSANA Ana y CARRASCO PERERA Ángel. *Interconexión y acceso a redes*. Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Director Almudena Arpón Mendivil Aldama y Ángel Carrasco Perera). Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 1 ed., 1999. p. 468.

Sección 1: Autonomía de la voluntad

El principio denominado “autonomía de la voluntad”, probablemente sea el que tiene una mayor polémica en cuanto a su aplicación, principalmente por su naturaleza privada con limitaciones que a continuación se analizan.

Como una primera aproximación, Víctor Pérez relaciona el principio de la autonomía de la voluntad con el negocio jurídico y explica que este es el instrumento para poder realizar esa iniciativa y el deseo que representa la autonomía de la voluntad.¹³⁹ El autor extrae la base del concepto, el cual es totalmente característico del derecho privado y del negocio jurídico como bien lo dice. Sin embargo, a este concepto debe agregársele un elemento de intervención estatal, que es propio de las telecomunicaciones, lo cual cambiaría un poco su naturaleza.

Carrasco y Mendoza mencionan que la autonomía de la voluntad se da cuando los acuerdos de interconexión son desarrollados libremente por las partes¹⁴⁰. Por su lado, Alfonso Velásquez entiende este principio como: “*el poder concedido a la persona para normar sus propias relaciones*”¹⁴¹. Se interpreta entonces que este principio se aplica otorgándoles la potestad a los operadores de negociar de forma privada el contrato de acceso e interconexión que van a suscribir; esto, sin la injerencia del ente regulador. Tal situación daría como resultado que los acuerdos alcanzados por los operadores se conviertan en las condiciones que los van a regir. Ahora bien, debe recordarse que depende del modelo adoptado en un país, así los principios pueden ser más o menos relevantes para las relaciones entre

¹³⁹ PÉREZ VARGAS Víctor. *Derecho Privado*. San José: Editorial LIL S.A. 1 ed., 1994. p. 235.

¹⁴⁰ MENDOZA LOSANA Ana y CARRASCO PERERA Ángel. Op. Cit. N° 138. p. 468

¹⁴¹ ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía. Op. Cit. N° 135. p. 141

operadores. Y como consecuencia se vería una mayor o menor intervención de la autonomía de la voluntad.

Dentro de las ideas planteadas, se da a entender que puede llegar a existir cierta confusión con lo que es el principio de la autonomía de la voluntad en relación con los límites que puede llegar a tener. Por ejemplo, el hecho de que los operadores no lleguen a un acuerdo entre sí en cierto tiempo determinado, genera que ya no van a tener la potestad de negociar el acuerdo y el regulador entraría a definir las condiciones del contrato y a fijar los precios que debe pagar un operador a otro, como se verá más adelante en la sección respectiva.

Según lo anterior, se podría interpretar que en realidad la autonomía de la voluntad se encuentra limitada, y de no llegar a un acuerdo, se van a imponer las condiciones y obligaciones, perdiendo el derecho de definir las.

Se debe cuestionar entonces si realmente existe este principio en la materia de acceso e interconexión, o si, por el contrario, lo que existe es una autonomía de la voluntad a medias y es la administración la que realmente define cuáles son las condiciones de dichos acuerdos. A fin de reforzar lo anterior, Mendoza Losana, menciona lo siguiente:

No estamos en presencia de un contrato forzoso, como sostienen algunos autores, en el sentido de una obligación de contratar (o sea de emitir una declaración de voluntad). Propiamente la CMT no emite una declaración de voluntad en nombre del sujeto, ni por supuesto podría el juez emitir la

*declaración de voluntad en nombre del sujeto obligado. Si fracasan las negociaciones, la CMT de oficio o a petición del interesado, puede imponer mediante un acto administrativo la relación de interconexión, pero esta relación ya no nace del acuerdo de voluntades, sino de un acto administrativo de carácter particular concreto.*¹⁴²

Es clara la posición que maneja la autora. Ella menciona que se debe hacer una diferencia entre la voluntad de las partes y la imposición de un acuerdo por medio del acto administrativo. El primero no se viola, pues las partes tienen la posibilidad de llegar a un acuerdo. En cuanto a la imposición de un acto administrativo que determine cómo va a ser ese contrato, este no expresa la voluntad de las partes, ni la administración pretende que así sea. Lo que hace es dar una solución que puede ser, inclusive, temporal, ante un vacío en la negociación entre operadores con el objetivo de garantizar que se dé el acceso y la interconexión, para que de esta forma no vaya a limitarse la entrada de un operador o proveedor de servicios en el mercado por la falta de acuerdo o inclusive de negligencia de alguna de las partes. El hecho de que estas condiciones sean así, van en orden de garantizar una competencia efectiva y el derecho de los usuarios finales.

A pesar de estar de acuerdo con la forma práctica de aplicar el principio de autonomía de la voluntad, la naturaleza de este no parece cumplirse en materia de telecomunicaciones, o cumplirse a medias. En un negocio jurídico, el principal límite de la autonomía de la voluntad es precisamente el límite de la voluntad de los otros sujetos.¹⁴³ Pero además de este, en los acuerdos de acceso e interconexión, existe uno que ya fue abordado que es el propio Estado, el cual interviene en caso que

¹⁴² ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía. Op. Cit. N° 135. p. 143.

¹⁴³ PÉREZ VARGAS Víctor. Op. Cit. N° 139. p. 236.

falle la negociación. La crítica que conviene aquí mencionar debe ir en torno del significado propio del concepto de autonomía de la voluntad respecto a su naturaleza pura, y determinar cómo en realidad se ve modificado en el momento de aplicarlo a los acuerdos de acceso e interconexión, que más que una modificación lo que se da, es una ausencia en el caso en el que el regulador imponga las obligaciones.

No obstante, como ya fue establecido, la aplicación del acuerdo es correcta. Se debe recordar que las telecomunicaciones en el país, al igual que en muchos otros que tengan el modelo de negociación supervisada, tienen un grado de intervención estatal medio, propio de una actividad regulada. Al ser este el panorama, se pretende la protección de los operadores, en especial los entrantes, y al final de cuentas la protección de los usuarios finales. No podría un operador reclamar específicamente por considerar que el acuerdo de autonomía de la voluntad no se aplica de manera correcta, pues existe la ley y reglamentos que existen de previo y son claros en cuanto al tratamiento que tiene la misma en este tema.

Sección 2: Objetividad

Ahora bien, además del principio analizado con anterioridad, se encuentra también el de objetividad, el cual no tiene una definición específica aplicada al acceso y la interconexión. Sin embargo, Alfonso Velázquez formula su propia definición al decir que *“la objetividad es la imposición de obligaciones y condiciones de interconexión iguales para todos los operadores, sin tener en cuenta ninguna circunstancia de tipo*

subjetivo y en búsqueda del cumplimiento de los objetivos de la normativa nacional y comunitaria.”¹⁴⁴

El eje central de la idea expresada anteriormente sería que debe existir igualdad de condiciones para los operadores en cuanto a imposición de obligaciones se refiere. No obstante, parece que puede darse una confusión entre este y el principio de no discriminación, como se verá en líneas posteriores.

Sobre este principio también se puede decir que se trata de “las razones de admisión o rechazo de una solicitud, así como la imposición o aceptación de condiciones específicas, deben ser las mismas con independencia del operador de que se trate.”¹⁴⁵

Con lo que precede se denota que existe una similitud entre las ideas de ambos autores; sin embargo, se agrega un elemento en esta última, que son las razones de admisión o rechazo, las cuales deben ser objetivas, con el propósito de que se cumpla el principio. Al realizar la comparación de ambas, es evidente que el principio busca la objetividad a nivel de razones y condiciones, tanto así, que el Dromi propone que deben estas de encontrarse preestablecidas.

A pesar de esto, no parece existir una definición que pueda ser aplicada a las telecomunicaciones; inclusive, podría ser innecesario incluirlo en una lista de principios, pues el principio de no discriminación es bastante claro y de alguna forma

¹⁴⁴ ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía. Op. Cit. N° 135. p. 162

¹⁴⁵ DROMI Roberto. Op. Cit. N° 131. p. 160

incluye el principio de objetividad. Además, la aplicación propia de este principio parece ser difícil, pues en un escenario en donde exista una negociación de un acuerdo de acceso e interconexión, sería muy difícil aplicar un principio de objetividad, como definen los autores, pues quién lo controlaría. En cambio, este principio sería posible aplicarlo en una fase de intervención por parte del regulador, pues es éste último el encargado en hacer una valoración, determinando si efectivamente se cumple la objetividad.

Sección 3: No discriminación

Un tercer principio es el de no discriminación. Este se define de la siguiente forma:

“El principio de no discriminación es un principio del derecho de la competencia. Prohíbe aplicar a los contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, cuando ello ocasiona desventajas competitivas.”¹⁴⁶

La discriminación tiene dos caras, tanto en cuanto a tratos perjudiciales en detrimento de un operador, como a beneficios preferenciales a favor de otro.¹⁴⁷ En otras palabras, debe existir igualdad de condiciones, las cuales deben relacionarse con lo que Alfonso Velázquez menciona cuando cita lo que ha sido definido a nivel de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT).

¹⁴⁶ ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía. Op. Cit. N° 135, p.159

¹⁴⁷ Ibid., p.159

Otro elemento importante es que los acuerdos pueden eventualmente variar entre operadores¹⁴⁸, pues debe recordarse que en primera instancia existe un principio de autonomía de la voluntad que precisamente abre un portillo para que los acuerdos se negocien libremente. Lo que debe vigilarse es que no vayan a darse situaciones que sean injustas y que coloquen a un operador en una desventaja significativa.

El principio de no discriminación puede relacionarse con el de objetividad que fue tratado líneas atrás. Ambos hablan de un trato similar que debe existir entre las condiciones de los sujetos que negocian un acuerdo de acceso y la interconexión. Es evidente que estos principios protegen lo mismo: evitar que existan condiciones diferentes entre operadores. A pesar de esto, el hecho de incorporar principios que parecen ser iguales en su aplicación, de alguna forma se vela por cubrir todos los escenarios posibles, por lo cual, a pesar de las críticas realizadas, se entiende la intención y los elementos valorados al momento de definir y establecer los principios que iban a regir este tipo de relación entre operadores.

Aunado a esto, la CMT ha dicho sobre este principio que *“el principio de no discriminación en las condiciones de interconexión consiste en la aplicación de condiciones similares en circunstancias similares a los organismos interconectados que presten servicios similares”*¹⁴⁹

Además, sobre este tema el RAIRT establece que:

¹⁴⁸ HANK Intven *Manual de reglamentación de las telecomunicaciones*. Washington DC. Banco Mundial. 2000. (disponible en www.infodev.org/en/Document.)

¹⁴⁹ COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución sobre el conflicto de interconexión entre Airtel y RSLCom por la firma del Acuerdo General de Interconexión del 20 de julio de 2000. España

“Artículo 7: No discriminación y salvaguardia de la competencia.

Todos los operadores o proveedores tendrán obligaciones de no discriminación en relación con sus obligaciones de acceso e interconexión; conforme a ello, cada operador o proveedor deberá aplicar condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcionen a terceros elementos de red, capacidad, funcionalidades, servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.

Como salvaguardia a este principio y contra las prácticas monopolísticas, el operador o proveedor que cuente con distintos tipos de redes o servicios deberá, conforme a lo dictaminado por la Sutel, mantener contabilidades de costos separadas para cada una de ellos así como establecer condiciones y cargos de acceso e interconexión para sus redes, en condiciones equivalentes a las ofrecidos a otros operadores o proveedores.”¹⁵⁰

Sección 4: Proporcionalidad

Continuando con el análisis de los principios, el de proporcionalidad es uno muy importante, el cual velara por la protección principalmente del operador al cual le es pedido que de acceso e interconexión. Se puede decir del mismo que: *“Este principio hace referencia a que la interconexión se dé en las condiciones menos gravosas para el que la da, teniendo en cuenta las necesidades y las posibilidades.”¹⁵¹*

¹⁵⁰ RAIRT. Op. Cit. N° 107. Art. 7

¹⁵¹ ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía. Op. Cit. N° 135. p.162

En general, este va a garantizar que el operador al que le es pedido el acceso y la interconexión no le sean cometidos abusos o se le impongan situaciones en las cuales él mismo se vea afectado. Se debe recordar que este operador es el que ha invertido previamente en el país desarrollando una red, ganando clientes y, en general, desarrollando toda una actividad que le produzca ganancias a partir de un riesgo que decidió tomar. Por lo anterior, resultaría injusto que otro operador que pidiera acceso e interconexión obtuviera un beneficio sobre el detrimento de la actividad del otro operador que de previo decidió asumir el riesgo.

Sección 5: Transparencia

Por último, el principio de transparencia va a estar también presente en las relaciones entre operadores de acceso e interconexión. Este se va a encargar de velar porque la información que se comparta sea veraz y corresponda a lo necesario para que sea posible el contrato de interconexión. El regulador puede exigirle a los operadores, en especial al que le es pedido el acceso y la interconexión, que tengan que dar información relativa a la contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y precios.¹⁵² Este tipo de información es de gran importancia para los operadores y el regulador deberá velar porque se maneje de una forma en que no se vean afectados, pero al mismo tiempo que sea conocida la información necesaria para que los operadores puedan llegar a un acuerdo.

¹⁵² ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía. Op. Cit. N° 135. p.156

Para Dromi, la transparencia va ligada directamente con la publicidad. De esta forma él menciona que es más sencillo para los organismos reguladores detectar y corregir las conductas desleales que favorezcan a un operador sobre otro en una clara violación de los principios de la interconexión, cuando existe publicidad sobre los acuerdos de interconexión y en general sobre la información que entre ellos compartan.¹⁵³

Otro ejemplo que refuerza lo anterior es: *“En los acuerdos de acceso e interconexión, a pesar de ser contratos entre particulares, poseen una característica de publicidad, haciendo prevalecer el interés general de transparencia sobre el interés particular de confidencialidad.”*¹⁵⁴

Sin embargo, esta publicidad no alcanza el violentar los derechos del operador de que su información financiera, técnica, entre otros, permanezca en la esfera privada. Es decir, no cualquier persona basándose en esta característica va a poder acceder a la información confidencial de la empresa. Lo que se pretende lograr es que este acuerdo sea accesado por particulares como medio de control de transparencia y para la verificación de que los derechos de los usuarios no se vean afectados.

De igual forma, el principio de transparencia se encuentra regulado en el artículo 8 del RAIRT:

¹⁵³ DROMI Roberto. Op. Cit. N° 131. p. 161.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ LÓPEZ Edgar. *Lecciones en materia de telecomunicaciones*. Colombia: Cargraphics, S.A. 1 ed., 2003. p. 48

Artículo 8°—Transparencia.

La Sutel podrá imponer a todos los proveedores y operadores obligaciones de transparencia respecto a sus relaciones de acceso e interconexión. Los operadores deberán presentar a la Sutel, la información relativa, a la contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización y precios. Para estos efectos la Sutel determinará el formato de la información y el nivel de detalle requerido.

Toda información requerida por la Sutel para el cumplimiento de su función reguladora deberá ser brindada por los operadores o proveedores que se interconecten a la red del Sistema Nacional de Telecomunicaciones.

Las ofertas de interconexión por referencia, los convenios, los acuerdos y las resoluciones de acceso e interconexión deberán inscribirse en el Registro Nacional de Telecomunicaciones, el cual será de acceso público. La Sutel establecerá mediante resolución fundada cualquier otra información indispensable para el acceso y la interconexión que los operadores deban hacer pública.¹⁵⁵

¹⁵⁵ RAIRT. Op. Cit. N° 107. p. Artículo 8

Capítulo 3: Derechos y obligaciones de los operadores con respecto al acceso y la interconexión

Como en cualquier relación regulada por el derecho, el acuerdo existente entre operadores relativo al acceso y la interconexión va a tener incorporado tanto derechos como obligaciones, los cuales van a garantizar una prestación y contraprestación equivalentes. Este hecho, a fin de cuentas, genera un correcto desarrollo del sector.

Previo a iniciar con el análisis de los derechos y obligaciones presentes en la materia de que se ocupa esta tesis, es necesario aclarar que estos se van a basar principalmente en un modelo negociación supervisada. Este, como ya se había establecido, es el que opera en la mayoría de países incluyendo Costa Rica.

La interconexión es *“una obligación de hacer, una obligación de resultado, no basta con la actividad diligente del operador para facilitar las condiciones técnicas, es necesario que efectivamente se den esas condiciones para que sea posible la interconexión.”*¹⁵⁶

Así mismo, las obligaciones de acceso e interconexión que la SUTEL imponga deben ser razonables, transparentes, no discriminatorias, proporcionadas al uso pretendido y no implicarán más que lo necesario para la buena operación del servicio previsto¹⁵⁷

¹⁵⁶ ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía. Op. Cit. N° 135. p. 131

¹⁵⁷ LGT. Op. Cit. N° 10. p. Art. 59

Sección 1: Derechos de los operadores

En cuanto a esto, mencionan los autores Carrasco y Mendoza que es un derecho el conseguir un acuerdo de acceso e interconexión previo a que el regulador establezca las condiciones de aquel. También es un derecho que, en caso de no conseguir un pacto entre ambos o una parte se niegue a negociar, se pueda exigir la intervención del regulador para lograrlo. Lo anterior constituiría dos derechos: el derecho a negociar libremente; y el derecho a la intervención del regulador en caso de que no se logre un acuerdo.

En un plano ideal se debería poder hablar de operadores que negocian libremente y que llegan a acuerdos entre ellos de forma natural que beneficien a ambos por acuerdo de las partes.¹⁵⁸

Sin embargo, en la práctica funciona diferente. Las ANR ostentan una potestad que le habilita para actuar en beneficio del operador solicitante de interconexión. En particular, a la CMT tal potestad le permite a mediante una resolución imponer deberes de interconexión y vigilar su cumplimiento, en cuanto salvaguarda el interés público.

La mencionada resolución crea derechos subjetivos en favor de un particular. Se considera que estos son derechos subjetivos públicos y no disponibles, cuyo contenido viene delimitado por el acto administrativo. De esta manera, se habilita al

¹⁵⁸ LAGUNA DE PAZ José Carlos. Op. Cit. N° 7. p. 215.

titular del derecho para exigir a la Administración el inicio de un procedimiento administrativo de ejecución forzosa del comportamiento debido. Pero aun cuando el acreedor del comportamiento no ejerza su derecho, la CMT puede imponer de oficio el cumplimiento del comportamiento debido. Hasta este momento no existiría diferencia entre el operador concreto destinatario del acto y el resto de los administrados. Lo que hace peculiar la situación de este operador es su interés individual en la ejecución del acto, distinto al mero interés abstracto en el mantenimiento de la legalidad.¹⁵⁹

A raíz de esta concepción nace el cuestionamiento de que si el comportamiento que la CMT establece, es el apropiado. Debido a que la decisión que tome solo debería implicar el establecimiento de la interconexión. La duda que surge es por qué la CMT interviene si el acreedor del derecho no quiere ejercerlo; podría entenderse como un abuso de las potestades de la CMT.

En Costa Rica el artículo 73 del RLGT se establece como derechos generales del titular de la concesión, autorización y permiso: el poder prestar los servicios de telecomunicaciones a cambio de una contraprestación económica, utilizar bienes de dominio público y solicitar las servidumbres necesarias para el tendido de sus redes e instalaciones de sus sistemas; además, se establece el derecho general de los titulares a negociar acuerdos de acceso e interconexión de conformidad con la LGT¹⁶⁰ .

¹⁵⁹ MENDOZA LOSANA Ana. Op. Cit. N° 104. p. 107

¹⁶⁰ RGLT. Op. Cit. N° 56. p. Art. 73.

Sección 2: Obligaciones de los operadores

Como en toda relación jurídica, existen tanto derechos como obligaciones. Ya se han analizado los derechos, por lo cual ahora se hace referencia a las obligaciones.

En cuanto a esto la doctrinaria Mendoza Losana menciona que:

El contenido típico de este acto administrativo es fijar un plazo en el que los operadores han de “hacer efectiva la interconexión de las redes” y establecer unas condiciones mínimas que garanticen la interconexión material, en defecto de acuerdo. El acto crea una obligación de resultado, imponiendo a los operadores deberes de hacer, no hacer y soportar¹⁶¹.

Asimismo, Mendoza Losana y Carrasco Perera señalan que “están obligados a interconectarse los titulares de redes públicas de telecomunicaciones.”¹⁶² Para complementar esto, los autores mencionan que las redes públicas de telecomunicaciones se entienden como “las que se utilizan, total o parcialmente, para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.”¹⁶³ Es necesario rescatar los términos de obligación a interconectarse y luego la de redes públicas. Parece ser que dicha obligación recae entre operadores con diferentes redes públicas. Por lo cual se concluye que solo los que cumplan con estos presupuestos van a estar sujetos a las obligaciones. Sin embargo, todos los

¹⁶¹ MENDOZA LOSANA Ana. Op. Cit. N° 104. p. 104

¹⁶² MENDOZA LOSANA Ana y CARRASCO PERERA Ángel. Op. Cit. N° 138. p. 472.

¹⁶³ MENDOZA LOSANA Ana. Op. Cit. N° 95. p. 472.

operadores tienen diferentes redes, por lo cual están incluidos dentro de los sujetos de obligaciones.

Una diferencia pertinente de realizar sobre las obligaciones de interconexión, que son las que se mencionaron anteriormente y que tienen un fin de interconectar las redes de diferentes operadores y las obligaciones de acceso, es que es posible negarse a la petición de acceso e interconexión cuando exista una razón justificada, la cual se base en criterios objetivos, como la viabilidad técnica o la necesidad de preservar la integridad de la red.¹⁶⁴

La posibilidad de que se niegue el acceso y la existencia de la no obligación de negociar, deriva del hecho que no siempre es posible otorgar el acceso a las facilidades esenciales debido a su escasez; por ejemplo: los postes, los cuales normalmente son aprovechados para suministrar diversos servicios de telecomunicaciones, como lo son el Internet, telefonía fija, la televisión por cable, además del tendido eléctrico. Los postes tienen una capacidad limitada, debido a su estructura y a altura, por lo cual es imposible que todos los operadores que deseen tener acceso a ellos para brindar su propio servicio, puedan hacerlo. Está claro entonces que existe una capacidad limitada por parte de los postes de soportar los diferentes cables, lo cual justifica de manera lógica que se debe negar el acceso si se está en una de estas situaciones.

Ahora bien, surge la interrogante de si la interconexión se podría negar. Ante esto y de conformidad con lo que se ha venido diciendo, se considera que al negar el acceso se perjudicaría a un operador; es lógico que si no hay capacidad para más

¹⁶⁴ MENDOZA LOSANA Ana. Op. Cit. N° 95. p.398.

operadores o proveedores se hace imposible que se pueda dar acceso aun siendo una obligación. No obstante, la interconexión al no darse, puede afectar a todos los usuarios, por lo cual no debería negarse.

El ente regulador de cada país sería el responsable de analizar si puede negarse el acceso o la interconexión en cada caso específico, utilizando los criterios razonables y objetivos valoración.

En el país, el brindar acceso e interconexión también es considerado una obligación según se establece en el artículo 13 de RAIRT.¹⁶⁵ Este indica que se debe brindar acceso e interconexión cuando sea solicitado por otros operadores o proveedores legalmente autorizados o cuando SUTEL así lo ordene.

Además, el artículo 14 del mismo reglamento establece cuáles serán las obligaciones que deben cumplirse. Un punto importante es lo mencionado en cuanto a la excepción del artículo 51 de la LGT. Este último habla de los servicios de información, los cuales son definidos como un *“servicio que permite generar, adquirir, almacenar, recuperar, transformar, procesar, utilizar, diseminar o hacer disponible información, incluso la publicidad electrónica, a través de las telecomunicaciones. No incluye la operación de redes de telecomunicaciones o la prestación de un servicio de telecomunicaciones propiamente dicha.”*¹⁶⁶ A estos por

¹⁶⁵ RAIRT. Op. Cit. N° 107. Art. 13 “Artículo 13. —Obligatoriedad de brindar acceso e interconexión.

Todos los operadores o proveedores, tendrán el derecho y cuando se solicite por otros operadores o proveedores legalmente autorizados o cuando la Sutel lo ordene, la obligación, de brindar acceso e interconexión con sus redes públicas de telecomunicaciones, con el fin de prestar servicios de telecomunicaciones disponibles al público y con vistas a garantizar la prestación de servicios y su interoperabilidad.”

¹⁶⁶ LGT. Op. Cit. N° 10. p. Art. 6 inciso 25.

su naturaleza, no se les imponen las obligaciones¹⁶⁷ de acceso e interconexión al igual que otras; no obstante, podrían imponérsele si se llegara a determinar que se requieren para corregir una práctica monopólica o bien para promover la competencia y proteger a los usuarios.

Otra obligación que se impone a los operadores es que al momento de desplegar sus redes, deben implementar sus redes basadas en tecnologías estándar o protocolos abiertos¹⁶⁸, condiciones jurídicas y económicas¹⁶⁹ que permitan la interoperabilidad de redes.

¹⁶⁷ RAIRT. Op. Cit. N° 107. “Artículo 14. —Obligaciones del operador o proveedor que brinda el acceso y la interconexión. Salvo lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley No 8642, los operadores o proveedores que brinden servicios de acceso e interconexión, se encuentran obligados a:

- a) Proporcionar en forma no discriminatoria al operador o proveedor solicitante, la facilidad complementaria de tasación, facturación y cobranza. En este sentido, los costos asociados al servicio de tasación, facturación y cobranza deberán estar orientados a costos y ser cubiertos por el operador solicitante, conforme se establezca en los acuerdos de acceso e interconexión.
- b) Asegurar que la calidad del acceso y la interconexión, incluyendo todos los elementos de red, capacidad, infraestructura y servicios asociados, sea igual a la que se presta a sí misma o a cualquier filial, subsidiaria, asociado u otro operador o proveedor con el cual están interconectados.
- c) Concertar el acceso y la interconexión en términos de precios, plazos y condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias.
- d) Permitir la coubicación física o virtual de sus equipos de redes de telecomunicaciones.
- e) Proporcionar a cualquier operador o proveedor que le haya solicitado un servicio de acceso, la información técnica necesaria y suficiente sobre sus facilidades y equipos, para que el operador o proveedor solicitante pueda completar la interconexión.
- f) Otorgar la misma prioridad a los tráficos directo y de tránsito.
- g) En cuanto a servicios de conmutación de paquetes, será necesario la disposición de equipos de gestión para la medición del uso y calidad de enlace.
- h) En caso de ser designado como operador o proveedor importante o cuando lo solicite la Sutel, brindar a sus solicitantes una OIR que contenga las condiciones técnicas, económicas y jurídicas fijadas por la Sutel.”

¹⁶⁸ *Ibíd.*, Art. 6 “Artículo 6—Arquitectura abierta de redes.

Los distintos operadores y proveedores, deberán implementar sus redes basadas en tecnologías estándar o protocolos abiertos que permitan la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, conforme lo establecido en el artículo 60 de la Ley No 7593.”

¹⁶⁹ *Ibíd.*, Art. 16 “Artículo 16. —Compatibilidad.

Las redes públicas deberán ser diseñadas de conformidad con condiciones técnicas, jurídicas y económicas que permitan su interoperabilidad, con sistemas de tasación independientes que permitan el proceso de liquidación de tráfico entre redes; en concordancia con los planes fundamentales de telecomunicaciones y las demás normativas aplicables.”

La jurisprudencia sobre el tema de acceso e interconexión en el país es muy poca. Luego de un análisis a nivel jurisprudencial, tanto de los Tribunales como de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, se ha revelado que los operadores normalmente no llegan a un nivel judicial para resolver sus conflictos. Debe recordarse que, en primera instancia, le corresponde a SUTEL el solucionar los conflictos que se presenten entre operadores. Ahora bien, en cuanto al tema de conflictos de operadores móviles virtuales y operadores móviles de red, no existen conflictos que puedan servir como base para poder determinar los derechos y obligaciones de los operadores.

Sin embargo, ya se dio un primer antecedente¹⁷⁰ en el área del acceso y la interconexión. En esta se presenta un conflicto acerca de si es necesaria. El operador Credit Card Services, S.A. presentó una demanda en contra de la SUTEL por obligarla a firmar un acuerdo de interconexión con el ICE, previo a prestar sus servicios de tarjetas telefónicas prepago internacionales. La empresa alegaba que no era necesario un acuerdo de interconexión y además que la SUTEL ya le había habilitado a operar mediante una autorización. Ante esto la SUTEL y ARESEP justificaron que era necesario ese acuerdo de interconexión, no solo porque la ley lo exige, sino porque podría repercutir en la tasación de las llamadas, lo que perjudicaría a los usuarios finales. También mencionan que podría incluso incurrir en el fraude de bypass. El Tribunal desestimó la causa en contra de la SUTEL y ARESEP. Esto genera un antecedente de la importancia que tiene la interconexión, pues protegida inclusive a nivel judicial.

¹⁷⁰ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección V. Poder Judicial. Sentencia N°08-2013 a las 4:00 horas del 7 de febrero del 2013.

Sección 3: Infracciones

La LGT en su Título V: Régimen Sancionatorio, incluye en un único capítulo el tema referente a las infracciones y sanciones en el sector de las telecomunicaciones. Así, se incorpora en el artículo 67 las acciones calificadas como infracciones. Dentro de este artículo se mencionan las específicas al tema de acceso e interconexión:

Las infracciones en materia de telecomunicaciones pueden ser muy graves o graves.

a) Son infracciones muy graves:

[...]

9) Incumplir la obligación de facilitar el acceso oportuno a las instalaciones esenciales y poner a disposición de los operadores y proveedores información técnica relevante en relación con estas instalaciones.

10) Incumplir la obligación de acceso o interconexión y las demás obligaciones que de ella se deriven.

11) Suspender el acceso o la interconexión sin autorización de la Sutel¹⁷¹.

El inciso 9) de este artículo se refiere de manera especial al derecho de acceso de las instalaciones esenciales, que tienen los operadores y proveedores de telecomunicaciones a que se les garantice la utilización en el momento oportuno; es decir, cuando al operador que no posea la instalación esencial le sea conveniente

¹⁷¹ LGT. Op. Cit. N° 10. p. Art. 67.

para su gestión empresarial. Se ha entendido que principalmente tiene el deber de cumplir con esta obligación el operador considerado importante.

Sin embargo, el incumplimiento no se da solamente al negar el acceso oportuno; sino que aunado a ello, se considera como infracción el hecho de que el operador propietario de instalación de acceso oportuno al operador solicitante, pero que no le facilite o le dé información equivocada sobre los aspectos técnicos de las instalaciones, la cual se considera necesaria para que el operador huésped puede hacer uso óptimo de las redes a las que se le está facilitando el acceso.

El inciso 10) establece una infracción de carácter general. Es este inciso el que abarca cualquier tipo de incumplimientos de obligaciones del acceso y la interconexión que no son especificadas en el texto, con el fin de que sean sancionadas. De esta manera, no quedan sin regulación posibles infracciones.

El inciso 11) previene la situación en que un operador anfitrión haya cumplido con sus obligaciones con respecto al operador huésped; pero que, eventualmente, por alguna situación en particular el operador anfitrión desee dejar de facilitarle acceso o interconexión al operador huésped.

A propósito del inciso 10), este se complementa con el artículo 73 del RAIRT, donde se especifica más detalladamente las infracciones relacionadas con las obligaciones de acceso e interconexión. Dentro de estas resaltan las siguientes:

- Inadecuado mantenimiento de las redes, servicios y elementos de red involucrados, que degraden la calidad de la interconexión.

- Demora en la activación o en los procesos de implementación de la interconexión.
- Atención deficiente a fallas que afecten la interconexión.
- Incumplimiento de la normativa y los acuerdos de acceso e interconexión.
- La demora o el incumplimiento de la notificación de cambios que afecten la interconexión.
- Insuficiencia en el suministro de información.
- Impedir o limitar el acceso a: interfaces técnicas, protocolos, sistemas de apoyo operativo, prestaciones de servicio, terceros a elementos.
- Revocar un acuerdo de acceso e interconexión previamente concedido.

Las infracciones que se han venido analizando se ubican en la sección de infracciones muy graves; esto, debido a las repercusiones perjudiciales que pueden tener estos hechos para la competencia y para los derechos de los usuarios. Y por ello, se les sanciona según lo que establecido en el artículo 68 de la LGT:

ARTÍCULO 68.- Sanciones por infracciones

Las infracciones serán sancionadas de la siguiente manera:

a) Las infracciones muy graves serán sancionadas mediante una multa de entre cero coma cinco por ciento (0,5%) y hasta un uno por ciento (1%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.

No existe una diferenciación que indique que únicamente el operador importante deba cancelar los montos por concepto de las infracciones. Con esto se concluye que cualquier operador o proveedor es responsable y se le puede sancionar.

Título IV: Los acuerdos de acceso e interconexión en Costa Rica

En este título se analizar el acuerdo de interconexión aplicado a Costa Rica. Para ello es necesario realizar un estudio de la naturaleza jurídica de estos acuerdos y, además, estudiar la intervención por parte de la SUTEL en dichos acuerdos.

Capítulo 1: Acuerdos de acceso e interconexión

Se consideran el acceso y la interconexión, por un lado, como derechos de los operadores, ya que el solicitante aspira a interconectar sus redes o acceder a la infraestructura, con el fin de poder prestar servicios. Mientras que por otro, las obligaciones de interconectar y dar acceso, están perfectamente delimitadas en la legislación. Estas son exigencias que, de manera general, recaen sobre todos los titulares de redes públicas. Sin embargo, se establecen más restringidamente sobre aquellos que ostentan una posición dominante o con poder significativo en el mercado.¹⁷²

Así mismo el RAIRT es consistente con la concepción normativa y doctrina sobre el doble alcance del acceso y la interconexión. Aunado a ello, este reglamento lleva esta percepción hasta los contratos de acceso e interconexión. Esto por cuanto, establece que todos los operadores o proveedores tendrán el derecho y la obligación de negociar el acceso y la interconexión. Específica, además, que esta y

¹⁷² CHILLÓN MEDINA José María. Op. cit. N° 117. p. 179

otras obligaciones establecidas en el artículo son de acatamiento para todos los operadores, independientemente del título habilitante que ostenten.¹⁷³

La legislación costarricense define los acuerdos de acceso e interconexión como aquellos contratos en los que se plasma la voluntad de las partes y se establecen tanto las obligaciones como responsabilidades de cada uno de los operadores o proveedores que estén interconectados o permitan el acceso a sus recursos¹⁷⁴; asimismo, se establece que serán ellos los que convendrán entre sí las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso y la interconexión.¹⁷⁵

De igual manera, el RAIRT establece también el contenido esencial de un contrato de acceso e interconexión, disponiendo así que es necesario que se incorporen al contrato, las condiciones generales (pazo y alcance), técnicas y económico-comerciales. La doctrina argentina coincide con la legislación nacional en cuanto a los aspectos mínimos que debe contemplar un contrato de interconexión; dentro de las que se mencionan, se encuentran: las normas relativas a la interpretación del contrato, la facturación, la calidad del servicio, entre otras ya mencionadas por la legislación¹⁷⁶. Con respecto a la calidad de los servicios, se debe hacer la anotación

¹⁷³ RAIRT. Op. cit. N° 107. Art. 9 “Artículo 9°—Obligatoriedad.

Todos los operadores o proveedores tendrán el derecho y cuando así lo soliciten otras empresas igualmente autorizadas, la obligación de negociar el acceso y la interconexión, de conformidad con lo dispuesto en la Ley No 8642 y este reglamento.

Todos los operadores deberán garantizar el funcionamiento de las redes, la interoperabilidad de los servicios y que las comunicaciones iniciadas en los equipos terminales de sus usuarios puedan transportarse y ser recibidas por los equipos terminales de los usuarios de otros operadores o proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.

Estas obligaciones son inherentes a la condición de operador o proveedor, quienes han de garantizar su cumplimiento, independientemente del título habilitante que les corresponda.”

¹⁷⁴ RAIRT. Op. cit. N° 107. Art. 5 “Artículo 5—Definiciones.

1. Acuerdo de acceso e interconexión: Acuerdo entre los operadores o proveedores que se interconectan o permiten acceso entre ellos. Consiste en un contrato en el que se estipulan las obligaciones y responsabilidades de cada uno de los operadores o proveedores interconectados o que permiten acceso entre ellos, de conformidad con la Ley No 8642, este reglamento y las demás normas aplicables.” Artículo 5 inciso 1 del RAIRT.

¹⁷⁵ *Ibíd.* Art. 41.

¹⁷⁶ DROMI Roberto. Op. Cit. N° 131. p. 182 “Un convenio tipo de interconexión deberá contemplar:

que la normativa costarricense considera como unos de los puntos esenciales a proteger, es que el operador solicitante reciba las mismas condiciones de calidad del servicio que aquellas que los operadores se den a sí mismos¹⁷⁷. Y es por ello que dedica un artículo completo a describir las condiciones mínimas de calidad y grado de acceso e interconexión que deben recibir los operadores, estableciéndolas, específicamente, de forma técnica.

Se le reconoce un alto grado de eficacia al poder de autodeterminación de los operadores, para reglamentar la relación jurídica de acceso e interconexión; se sustenta en la consideración del acuerdo o contrato de interconexión como instrumento idóneo para la satisfacción de los intereses concurrentes en la interconexión.¹⁷⁸ Esto por cuanto, se estima beneficiosa para las partes la determinación voluntaria de los aspectos que los van a regir en la relación, siempre y cuando estos sean con arreglo a las estipulaciones de ley.

Sin embargo, no en todos los casos se logra llegar a un acuerdo libre entre las partes. Es por ello que en muchas legislaciones se establece la posibilidad de que a falta de este acuerdo, intervenga el ente regulador correspondiente. Lo anterior va a garantizar que se cumpla el derecho-obligación de los acuerdos de acceso e

-
1. Las normas relativas a la interpretación del contrato (antecedentes, considerandos, definiciones).
 2. El ámbito de la interconexión.
 3. Los puntos de la interconexión y la infraestructura de interconexión.
 4. Los cambios en la red y en las instalaciones.
 5. La medición de tráfico y el encaminamiento.
 6. El uso compartido de infraestructura y la coubicación.
 7. La facturación.
 8. La calidad del servicio, desempeño y notificación de problemas.
 9. El intercambio y tratamiento de información.
 10. La igualdad de acceso y transferencia de consumidores.
 11. Los servicios auxiliares.
 12. La finalización del contrato (causales, restricciones, procedimientos)".

¹⁷⁷ RAIRT. Op. Cit. N° 107. Art. 20.

¹⁷⁸ MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 95. p.101

interconexión. Costa Rica no es la excepción; a pesar de que la normativa insiste en que los acuerdos deben ser negociados por las partes, establece también que a falta de ello, existe el otro mecanismo para el establecimiento del acceso y la interconexión.¹⁷⁹ Esta segunda opción que reconoce la legislación se refiere a que sea la SUTEL la que dicte una orden de acceso e interconexión, a razón de hacer cumplir con la obligatoriedad de estos acuerdos.

Este tema es tratado posteriormente, pero para lograr una mayor comprensión de las razones que se utilizan a nivel jurídico para justificar la intervención, es necesario hacer un análisis sobre la naturaleza de estos acuerdos.

Sección 1: Naturaleza jurídica de los acuerdos de acceso e interconexión

En lo correspondiente a la naturaleza jurídica de los acuerdos de acceso e interconexión, resulta un poco difícil determinarla específicamente. Es evidente que comprende un régimen heterónimo en el sentido de que tiene elementos privados; sin embargo, se encuentra sujeto a límites de derecho público. Se ha establecido por la doctrina que los acuerdos de acceso e interconexión tienen una naturaleza contractual. Pero tienen la característica de que pueden ser objeto de una intervención administrativa. Es por ello que la calificación jurídica de estos acuerdos se complica, pues existe una gran intervención por parte del Estado, inclusive de un grado superior a los existentes en el resto del sector público.¹⁸⁰

¹⁷⁹ RAIRT. Op. Cit. N° 107. Art. 42

¹⁸⁰ MORÁN RIVERO José Manuel y SOLER MATUTES Pere, Op. Cit. N° 122., p. 352

El contrato de acceso e interconexión no se encuentra regulado en todas las legislaciones; por ello se ha establecido como una de sus características, el ser un contrato atípico¹⁸¹. Sin embargo, se considera que en la legislación costarricense sí se encuentra ampliamente regulado.

Otras características propias de este acuerdo se comentan de seguido. En primer lugar, el acuerdo es bilateral pues consta de dos partes, el operador solicitante y el solicitado. Es consensual en el punto de que puede ser negociado por ambas partes bajo el principio de autonomía de la voluntad, pero está limitado por la autoridad reguladora, lo cual podría ir en contra de esta característica. Además, es sinalagmático por el hecho de que cada uno de esos sujetos tiene una obligación de contraprestación con respecto al otro. En este sentido, se considera oneroso, ya que el operador solicitante debe pagar un precio a cambio de que el operador solicitado provea acceso a sus recursos. En adición a lo anterior, el ser oneroso es cuestionado por el hecho de que los precios en la interconexión están orientados a costos, lo cual no generaría ningún lucro. No obstante, cada una de las partes se beneficia en cuanto les pueden ofrecer a sus clientes, la posibilidad de establecer comunicaciones con clientes de otras redes, lo cual podría traer como consecuencia un aumento del tráfico, situación que genera un aumento en las ganancias económicas. Por último, el acuerdo se categoriza por ser de tracto sucesivo, pues pueden existir obligaciones que se ejecutan continuamente como el servicio de acceso e interconexión y otras, periódicamente, como lo es el pagar el precio.¹⁸²

¹⁸¹ ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía, Op. Cit. N° 135. p.174

¹⁸² Ibid., pp. 174-180

En cuanto al tema propiamente de la naturaleza jurídica de los contratos de acceso e interconexión, la doctrina ha buscado asimilar este contrato a otros existentes, con el fin de esclarecer la naturaleza del acuerdo de acceso e interconexión.

Montero Pascual se refiere a lo que ha establecido la CMT sobre la naturaleza del contrato. Esta considera que estos contratos son de naturaleza de privada, de tracto sucesivo, bilateral; pero no está totalmente ejecutado, debido a que genera prestaciones recíprocas todos los meses y por ello se asemeja a los contratos de arrendamiento de servicios.¹⁸³ Estos se encuentran regulados en el Código Civil español, donde se establecen que se da este contrato cuando una parte se obliga a prestar a la otra, un servicio por un precio cierto¹⁸⁴

Igualmente, Morán y Soler consideran que los acuerdos de acceso e interconexión son contratos privados de arrendamiento de servicios, pues su objeto es la prestación de servicios de interconexión y de acceso a las redes de telecomunicaciones de un operador, a cambio de un precio.

Por el contrario, Alfonso Velázquez, a pesar de reconocer que la CMT ha afirmado que los acuerdos de acceso e interconexión son un contrato de arrendamiento de servicios, no se une a este pensamiento. Ella considera que incluir al contrato de acceso e interconexión dentro de la naturaleza de uno de arrendamiento de servicios, es olvidar la causa del primero. Ya que si bien, se prestan servicios, es necesario de manera previa que un operador permita que su red se una con la del

¹⁸³ MONTERO PASCUAL Juan José, Op. Cit. N°20. p. 203.

¹⁸⁴ COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución relativa al conflicto de interconexión interpuesto por Vodafone España, S.A. contra UNI2 telecomunicaciones, S.A. 23 de octubre del 2003. España

otro operador; con ello se puede apreciar que la causa del contrato es la unión física, funcional y lógica de las redes. A pesar de lo anterior, la autora acepta que se pueden aplicar ciertos aspectos de la regulación del contrato de arrendamiento de servicios al contrato de acceso e interconexión, principalmente en cuanto a la propia prestación de servicios y al pago de su precio.¹⁸⁵

La misma autora continúa con su análisis y hace una comparación entre los acuerdos de acceso e interconexión con los contratos de arrendamiento de obra, arrendamiento de cosa y con el contrato de suministro de capacidad.¹⁸⁶ Estos se estudian a continuación.

En cuanto al primer análisis que realiza, determina que si bien la causa del contrato de acceso e interconexión es la unión física, funcional y lógica de las redes, esto podría llevar a pensar en que se trata efectivamente de un contrato de arrendamiento de obra. Lo cual no es totalmente correcto concluir, ya que este contrato fue concebido principalmente para la construcción de edificios y de aplicarse, sería por una extensión de los preceptos, no porque en realidad se esté en presencia de un contrato de arrendamiento de obra.

Por su lado, Mendoza Losana concuerda con lo establecido.¹⁸⁷ Ella considera que, *“profundizando en el contenido del acuerdo de interconexión, se advierte que por este, las partes se ceden recíprocamente el uso de sus ‘instalaciones’ a fin de lograr la conexión de sus redes. Por ‘instalaciones’ han de entenderse tanto las infraestructuras físicas (edificios, centrales locales, postes...), como los*

¹⁸⁵ MONTERO PASCUAL Juan José, Op. Cit. N°20 pp.181 y 182

¹⁸⁶ Ibid., pp. 183-190

¹⁸⁷ MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 104. p. 211

*procedimientos técnicos, la información o la capacidad portadora de su red. El operador que accede a la red ajena paga un precio por este uso y está obligado a prestar la máxima diligencia en mantener la calidad y seguridad de la red y de los servicios prestados a través de ella.*¹⁸⁸

Tomando en cuenta lo mencionado por la autora y en concordancia con lo que menciona en su obra, existe evidentemente un aparente contrato de arrendamiento, pues los bienes o instalaciones a las que se refiere, son utilizados por los operadores como si estos le pertenecieran, teniendo así un derecho de uso sobre aquellos. Para efectos de la situación de Costa Rica, el Código Civil estipula la figura del arrendamiento de cosas en el artículo 1124 y siguientes.

La siguiente comparación que se efectúa es con el contrato de arrendamiento de cosa en conjunto con la obligación de transporte. Ello, debido a que en algunos casos, la doctrina considera al contrato de acceso e interconexión, como un tipo mixto de contrato de arrendamiento de cosa y obligación de transporte. Ahora, se establece en la disertación de la autora que ella no está de acuerdo con la semejanza realizada entre los dos tipos de contrato. Esto por cuanto, el contrato de arrendamiento de cosa obliga como condición esencial para que se configure este tipo de contrato, la entrega del objeto, transfiriendo de esta manera la posición jurídica del bien. Y en el caso del contrato de interconexión, lo que se da es una facilidad para que el operador pueda unir su red a la del otro operador.

Ahora, con respecto al contrato de transporte, la autora considera inadecuado asimilar ambos contratos. Ello, por cuanto, el primero de ellos se refiere a personas

¹⁸⁸ MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 104. p. 209

o cosas y, dependiendo del medio empleado, puede ser terrestre, aéreo, fluvial o marítimo. En cambio, en el contrato de acceso e interconexión, el encaminamiento de llamadas no puede ser considerado como el transporte de una cosa, por cuanto la “llamada” no es una cosa, es un elemento inmaterial.

Por lo tanto, las obligaciones entre ambos contratos son distintas, ya que en el primero se tiene el deber de conservación y custodia de la cosa, mientras que al segundo no se le pueden aplicar estas obligaciones. Esta vez, la autora Mendoza Losana no coincide con lo expuesto, ya que considera que sí puede existir un contrato de transporte de cosas inmateriales como lo son la voz, la imagen y los datos por parte del otro operador hasta el usuario final.¹⁸⁹ Alfonso Velázquez considera que en esta percepción, lo que sucede es que se utiliza metafóricamente el término de transporte.

En algunos casos se ha considerado el contrato de acceso e interconexión como un contrato de suministro de capacidad de transmisión, con una doble vertiente en la capacidad de trasmisión: capacidad física (ancho de banda) como lógica en cuanto al encaminamiento. La autora encuentra que este contrato presenta dos similitudes con el contrato de acceso e interconexión en cuanto a la forma de prestarse: la disponibilidad permanente y en la forma de efectuarse el pago. Sobre la periodicidad, la Audiencia Nacional de España concuerda con esta última afirmación de características del contrato de acceso e interconexión¹⁹⁰.

¹⁸⁹ MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 188, p. 210

¹⁹⁰ AUDIENCIA NACIONAL. Sentencia JUR 2006, 122888 del 12 de diciembre del 2005. España. “Tales requisitos concurren en el presente caso ya que la relación contractual es de tracto sucesivo y se ha producido una alteración extraordinaria de las circunstancias, produciendo un diferencial de los precios de terminación de llamada a favor de AM tan relevante que se ha traducido en un saldo favorable, incrementando a partir del mes de agosto del 2002 de forma ascendente cada mes, en más de un millón de euros mensuales que no se justifica ni por el desbalanceo del tráfico entre operadores ni por el cambio de bandas horarias acordadas de mutuo acuerdo sino que se genera por ingresos de interconexión no previstos ni predecibles.”

Por ejemplo, en el contrato de suministros de servicios públicos, un operador facilita al usuario final, mediante una conexión física en un lugar que el usuario señale, como el lugar para disfrutar del servicio. En este caso, el suministro del servicio se da de manera continua y estable y el pago respectivo del servicio se realiza periódicamente, de manera similar a como funciona con el contrato de acceso. Sin embargo, el acceso y la interconexión, al unirse las redes de los operadores, se prestan correlativamente, lo cual crea una diferencia importante con el contrato de suministros.

La autora, después de haber realizado un análisis profundo del asunto, concluye que el contrato de interconexión es un nuevo tipo contractual, el cual consta de las siguientes características: atípico, con una tipicidad social, duradero, de tracto sucesivo, con prestaciones constantes y pagos periódicos. De las características establecidas por la autora, esta tesis considera que todas aplican para los acuerdos de acceso e interconexión en Costa Rica, con excepción de la tipicidad. Ello, por cuanto este contrato se encuentra regulado de manera amplia en la legislación costarricense, tanto en lo concerniente a sus alcances, como a objetivos, plazos, condiciones mínimas, entre otros.

Las telecomunicaciones como actividad económica tienen ciertas particularidades que la diferencian de otras. En especial en países como el nuestro, en donde se ha optado por un nivel de regulación más estricto. Recuérdese que desde la creación de las leyes respectivas luego de la apertura, se tomó una posición de intervención estatal. Lo anterior conlleva a que parte de esa regulación se muestre en los acuerdos de acceso e interconexión.

Tal y como se afirmaba anteriormente, los acuerdos de acceso a interconexión tienen una naturaleza privada. Aunado a ella, se incluyen dentro del contrato un contenido mínimo legal, lo cual no lleva como consecuencia el perder esta naturaleza¹⁹¹. Por el contrario, se crea una heterointegración entre la autonomía privada y normas sectoriales imperativas¹⁹².

Lo anterior da como resultado que el contrato de acceso e interconexión constituye una relación jurídico-privada de trascendencia pública. Esto por cuanto, el objetivo de la legislación es proteger los intereses públicos que se podrían ver afectados en el caso de que el acceso e interconexión no se diera efectivamente entre los operadores. Es por ello, que el contenido del acuerdo se determina de manera general por la legislación del sector y contendrá principalmente la exigencia de interconexión efectiva¹⁹³.

El manejo del espectro radioeléctrico es posiblemente la razón principal para la intervención por parte del Estado en temas de acceso e interconexión. Al ser un recurso escaso, debe ser administrado de una forma que garantice su adecuado reparto para darle un uso eficiente. Por eso se ve justificado que el regulador vele porque se cumplan los acuerdos de acceso e interconexión.

El caso español es un gran ejemplo de la intervención estatal en los acuerdos de acceso e interconexión, considerando la experiencia en cuanto a los modelos de regulación europeos.

¹⁹¹ ALFONSO VELÁSQUEZ Olga, Op. Cit. N°135, p. Pág. 176

¹⁹² MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 104. p.. 101

¹⁹³ *Ibíd.*, p. 164

En cuanto a esto, señala Mendoza Losana:

*Goza la CMT de discrecionalidad al configurar el contenido material del acto. No obstante, éste vendrá delimitado por la razón que justifica su intervención: “el objetivo de proteger los intereses públicos”. Sólo colateralmente la Administración tutelaré los intereses de los particulares afectados. Determinar cuál sea la intervención “estrictamente necesaria” para conseguir tal objetivo es una cuestión casuística. Los intereses públicos en juego y las medidas necesarias para satisfacerlos se determinarán en función de las circunstancias del caso concreto.*¹⁹⁴

Además, la misma autora menciona que la obligación de celebrar un acuerdo no puede ser el contenido de un acto administrativo en cuanto no es posible la ejecución forzosa del mismo. Indica que la CMT lo que hace es que en las situaciones en donde no se ha logrado un acuerdo entre partes (por las razones que sean), impone por medio de una resolución, las condiciones de proveer y soportar la interconexión; por lo tanto, no se imponen obligaciones de celebrar contratos.¹⁹⁵ Con lo anterior se interpreta que, en realidad, la CMT no obliga a que se celebre un contrato, lo que hace es imponer las obligaciones que son necesarias. Por lo tanto se concluye que el regulador de España obliga a los operadores a cumplir con una resolución que él mismo emite; no existe una obligación de una negociación. Bajo este escenario, el principio de autonomía de la voluntad no debería de verse vulnerado.

¹⁹⁴ MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 104, p. 104

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 105

En todo caso, esto sirve de ejemplo sobre el deber del Estado de garantizar que se impongan condiciones de acceso e interconexión, ya sea verificando que un acuerdo se lleve a cabo bajo los principios y condiciones necesarias, o bien, que a falta de un acuerdo, igualmente se impongan aquellas.

El fin primordial en este caso es asegurar la interconexión, por lo cual en España la intervención de la CMT se orienta a tutelar el interés público que existe con respecto a la interconexión, imponiendo deberes de derecho público, cuyo cumplimiento será exigido por la Administración.¹⁹⁶

Además, con objeto de reforzar lo anterior, dice Mendoza Losana:

Sin perjuicio de la mejor satisfacción de los intereses de los operadores a través de un acuerdo libremente negociado, el interés principal queda satisfecho cuando se logra la interconexión física y funcional de las redes, independientemente de que la relación venga regulada por la autonomía de las partes, plasmada en el acuerdo de interconexión, o por un acto de la CMT de eficacia inter privada.¹⁹⁷

Queda claro de lo que precede que la interconexión posee una importancia tal, que el Estado buscará cualquier forma de imponerla, ya sea por la libre negociación de partes o por medio de una resolución administrativa.

¹⁹⁶MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 104, p. 107

¹⁹⁷ Ibid., p. 103

Como resumen de lo anteriormente visto, resulta evidente que los contratos de acceso e interconexión tienen una naturaleza privada. Sin embargo, se diferencian de otros, dada la intervención estatal presente, la cual llega a poner en tela de duda si en realidad son de naturaleza privada; es especial, por la capacidad del regulador de modificar dichos acuerdos, una vez presentados para su respectiva aprobación. Esta condición hace que su naturaleza no sea del todo pura y sea compartida con una naturaleza pública, la cual exigirá ciertas características indispensables. No obstante, si se analizan los contratos entre privados, por ejemplo los regulados en el Código Civil, estos tienen ciertas normas de orden público que deben cumplirse; el contrato como tal debe ajustarse a ellas. Se puede decir que en el caso de los acuerdos de acceso e interconexión, esas normas de orden público habilitan para que el ente regulador aplica las reglas.

Desde ese punto de vista, existe una similitud, por lo cual, el atacar el acuerdo de acceso e interconexión justificando su naturaleza extraña, no sería del todo correcto, pues las normas que regulan dicho acuerdo se encuentran previamente estipuladas y suficientemente claras para que todo aquel que desee realizar un contrato de este tipo, conozca qué es lo que debe cumplir.

En Costa Rica se podría calificar el acuerdo de acceso e interconexión de la misma forma: un contrato privado, pero con un grado de intervención por parte del Estado. La SUTEL es la que, en este caso, cumpliría las labores de regulación, verificando que los contratos sean negociados bajos los principios de acceso e interconexión y que su contenido tenga ciertos elementos necesarios; o por otro lado, que en ausencia de un acuerdo entre partes, se impongan las condiciones por medio de una resolución. La intervención de este organismo se analiza más adelante.

Sección 2: Procedimiento para la solicitud de acceso e interconexión

La legislación nacional establece un procedimiento formal, el cual debe seguirse para conseguir el acceso o la interconexión de un operador a otro.

Un primer paso consiste en presentar la solicitud de acceso e interconexión al operador con el cual se desee interconectar. Esta solicitud debe contar con cierta información mínima. Debe incluir los datos detallados sobre el proyecto de servicio a prestar, la capacidad de interconexión requerida en un primer momento y el estimado para ampliaciones, entre otros.¹⁹⁸

Posterior a la presentación de la solicitud y hasta los cinco días hábiles siguientes, el operador o proveedor debe notificar a la SUTEL sobre el inicio de las negociaciones, mediante una copia de la solicitud recibida por el operador con el que desee interconectarse.¹⁹⁹

Si después de presentar la solicitud, se da una negociación y esta llega a término con éxito, se presentará ante este órgano, el contrato suscrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a partir de su suscripción. Desde el momento en que es presentado ante la superintendencia, esta cuenta con un plazo de cuarenta y cinco días naturales para avalar, modificar, adicionar o eliminar cláusulas del contrato que considere necesarias para que sea conforme a la normativa nacional vigente.²⁰⁰

¹⁹⁸ RAIRT. Op. Cit. N° 107. Art. 45

¹⁹⁹ *Ibíd.*, Art. 46

²⁰⁰ RAIRT. Op.cit. N° 107, Art. 48

Ahora bien, en caso contrario, es decir, cuando exista la negativa de un operador de negociar y que haya transcurrido el plazo de tres meses a partir de la solicitud de acceso e interconexión, la SUTEL podrá de oficio o a petición de parte, ordenar el acceso o la interconexión solicitada, determinando ella misma las condiciones. A la SUTEL se le confiere esta competencia a fin de proteger los intereses de los usuarios finales y de garantizar propiamente el acceso o la interconexión.²⁰¹

Esta orden de acceso e interconexión que emita SUTEL deberá contener las respectivas condiciones técnicas, económicas y jurídicas. Este orden, es de acatamiento obligatorio para todos los operadores por igual y su ejecución debe darse en el plazo establecido por la SUTEL en la misma orden. Aclara la legislación que la interposición de cualquier acción vía jurisdiccional en contra de la orden dictada no tendrá carácter suspensivo, por lo que no se releva a las partes de la responsabilidad de cumplir con la orden de acceso e interconexión, como tampoco de pagar los cargos por ella.²⁰²

Además de este procedimiento, se encuentra también el que involucra la oferta de interconexión por referencia. Esta se expone a continuación.

Sección 3: Oferta de interconexión por referencia

La oferta de interconexión por referencia (en adelante OIR) es aquel *“documento en el que se establecen las condiciones técnicas, económicas y jurídicas con las que un operador o proveedor ofrece el acceso y la interconexión a su red, el cual requiere*

²⁰¹ RAIRT. Op. cit. N° 107. Art. 49

²⁰² *Ibíd.*, Art. 44

*la aprobación por parte de la SUTEL y normalmente se le impone solo a los operadores o proveedores importantes.*²⁰³

En cuanto al contenido, la OIR debe contener elementos y condiciones como localización y descripción de los puntos de interconexión, servicios ofrecidos, modalidades de interconexión, especificaciones técnicas y condiciones económicas.²⁰⁴ Se considera que estos elementos y condiciones son un conjunto mínimo de prestaciones de los servicios regulados por el operador dominante.²⁰⁵

La OIR forma parte de las obligaciones que se le imponen a los operadores, más específicamente a los operadores importantes. Se dice que como parte de la obligación de transparencia, el operador debe publicar una oferta de interconexión por referencia. Esta procura balancear la posición del operador dominante y los operadores entrantes.²⁰⁶

De esta forma, la CMT ha dicho que: *“Teniendo en cuenta la muy diferente posición de partida entre el operador dominante y los entrantes en las negociaciones de interconexión, nuestra legislación introduce mecanismos que reequilibran el diferente peso de las partes negociadoras, uno de los cuales es la obligación a cargo del dominante de adoptar una OIR.”*²⁰⁷

²⁰³ RAIRT. Op. cit. N° 107, Art. 5 inciso 24

²⁰⁴ ALFONSO VELÁSQUEZ. Olga Lucía, Op. Cit. N° 135. p. 263

²⁰⁵ MORÁN RIVERO José Manuel y SOLER MATUTES Pere. Op. Cit. N° 122. p. 330

²⁰⁶ MONTERO PASCUAL Juan José. Op. Cit. N° 20. p. 309.

²⁰⁷ COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución en contestación a la consulta formulada por el operador de cable Cabletelca S.A. en relación a la aplicabilidad de la OIR como marco vinculante para sus negociaciones y acuerdo de interconexión con Telefónica S.A., dispositivo segundo del 4 de marzo de 1999. España.

Además, la Audiencia Nacional de España ha establecido que OIR vincula únicamente al emisor de la oferta y no a quienes va dirigida, ya que estos pueden aceptarla o no.²⁰⁸

Se ha establecido que una vez que es emitida la OIR, esta vincula al operador que la realiza, pues basta con la aceptación del operador no dominante para que se perfeccione el contrato de ambas partes.²⁰⁹

En cuanto a la naturaleza de la OIR, se dice que *“se encuentra así a mitad del camino que une al principio de obligatoriedad con el de libre acuerdo entre las partes. En tanto oferta, es un elemento preparatorio para la celebración del contrato, pero es la ley la que obliga al prestador con poder dominante.”*²¹⁰ La OIR entonces representa en cierto punto la autonomía de la voluntad, pues como el operador dominante la realiza y la envía al regulador. Sin embargo, esto es por una orden que les da, por lo cual aunque el contenido sea la voluntad del operador dominante, se le obliga a efectuar una OIR. Además, este contenido puede ser modificado por el regulador en caso de que no estuviera conforme, por lo cual esto también puede afectarlo.²¹¹

Para justificar lo anterior Mendoza Losana establece señala que:

²⁰⁸ AUDIENCIA NACIONAL. Sentencia JUR 2006, 123572 del 27 de enero de 2006. España

²⁰⁹ TRIBUNAL SUPREMO. Poder Judicial. Sentencia REC 4228/2005 del 15 de abril del 2008. España

²¹⁰ DROMI Roberto, Op. Cit. N° 131. p. 176

²¹¹ MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 104. p. 262

La OIR es un instrumento correctivo del principio de libre negociación de las partes, tendente a reequilibrar o compensar sus posiciones negociadoras. A pesar de la proclamación formal del principio de libre negociación de acuerdos de interconexión, la realidad manifiesta el desequilibrio de hecho entre las posiciones negociadoras de los operadores. El regulador articula mecanismos que compensen ese desequilibrio. Lo que pretende la norma al exigir la aprobación y publicación de esta oferta es evitar comportamientos discriminatorios por el operador dominante, así como limitar (no negar) su poder de negociación. El operador que pretenda alcanzar el acuerdo de interconexión con el operador dominante podrá solicitarlo a éste y tiene la garantía de que el acuerdo final se ajustará a las condiciones mínimas expresadas en la Oferta, que serán análogas a las condiciones en las que se concede la interconexión a sus competidores, salvo que existan razones que justifiquen un tratamiento diferente.²¹²

Estamos conscientes de la longitud de la cita anterior, sin embargo, debido a su importancia resulta necesario dejarla tal cual.

Dentro de las funciones que cumple la OIR, se encuentra: restringir el poder de autodeterminación del operador dominante, a fin de evitar las condiciones abusivas que pueden darse a raíz de la superioridad de este operador; introducir seguridad ya que se pueden conocer a priori las condiciones de interconexión; garantizar que se aplique el principio de no discriminación, pues la OIR ofrece condiciones idénticas a los operadores y proporciona celeridad al proceso de negociación; por último,

²¹² MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 104, p. 252

obligar a ajustarse a las manifestaciones de la voluntad del operador dominante, en caso de que se niegue a negociar con otro operador²¹³.

Se ha dicho que:

*La OIR ni es una declaración de voluntad libre y autónomamente emitida, ni la reglamentación contractual que contiene procede íntegramente del poder de autodeterminación del operador dominante. La autonomía del operador que formula la OIR se encuentra restringida. Restringen el poder de autodeterminación del operador las normas que exigen imperativamente la redacción de una propuesta de oferta y su subsiguiente publicación en la forma y plazo estipulados, predeterminan parte de su contenido y pueden motivar una modificación de la oferta sin la intervención de su autor.*²¹⁴

Existe una naturaleza privada y pública de la OIR. Por un lado, el operador elabora una propuesta de OIR luego de que le es solicitada, la cual es revisada y modificada por la autoridad reguladora. Esta última aprobará la versión final de la OIR y establecerá la fecha en la que entre en vigencia. No obstante, el regulador no puede por sí mismo efectuar una OIR e imponérsela al operador dominante. Sin embargo, existen países como Alemania en donde la autoridad reguladora tiene un papel más activo en la elaboración de la OIR, pues esta puede componer *una*, a partir de los acuerdos existentes, de los cuales se puede prever una inclusión de ciertas cláusulas en una pluralidad de contratos.²¹⁵

²¹³ MENDOZA LOSANA Ana. Op. Cit. N° 104. pp. 253 y 254

²¹⁴ *Ibíd.*, p. 257

²¹⁵ MENDOZA LOSANA Ana. Op. Cit. N° 104 pp. 255-256

La OIR, al igual que los acuerdos de acceso e interconexión deben escribirse en el Registro Nacional de Telecomunicaciones²¹⁶. Con esto se estaría garantizando el principio de no discriminación y el de transparencia.

Asimismo, el artículo 58 del RAIRT indica que la SUTEL podrá imponer a los operadores o proveedores la obligación de suministrar una oferta de interconexión por referencia. Aquí no se hace alguna diferencia entre un operador importante y entre otro que no goce de esa condición. Sin embargo, el artículo 75 de la ley de ARESEP establece que es a los operadores importantes a los cuales se les impone la obligación de confeccionar la OIR. Y a la vez, el mismo artículo 75 establece la posibilidad de que las obligaciones de los operadores importantes se puedan exigir a los operadores en general, siempre y cuando se den en circunstancias debidamente justificadas por la SUTEL. Como resultado del análisis anterior, se debe interpretar que a cualquier operador podría obligársele a brindar una OIR.

Igualmente, el artículo 58 del RAIRT indica que la OIR se debe actualizar de manera periódica, a fin de ajustarse a las modificaciones y condiciones que establezca la SUTEL, sumado a ello, el operador por su propia cuenta debe actualizar la OIR, incluyendo los ajustes en los cargos. Lo cual podría justificarse en cambios en las condiciones técnicas y económicas, principalmente. Aunado a ello, este artículo indica que si en cualquier caso un operador importante no confeccionara la OIR, esto no lo va a eximir de ningún modo de sus obligaciones de acceso e interconexión y la SUTEL se verá facultada para emitir una orden de acceso e interconexión con condiciones mínimas.

²¹⁶ LARESEP. Op. Cit. N° 125. Art. 80

Sección 4: Cargos por acceso e interconexión

Los cargos de acceso e interconexión los deberá pagar el operador en contraprestación por el acceso o la interconexión brindada por parte del otro operador.

Por lo general, existe un principio que es utilizado en el área de las telecomunicaciones. Este principio es el de orientación de precios a costos. Se encuentra estipulado en la LGT, el cual da la definición de lo que se debe entender por orientación a costos, y lo hace de la siguiente manera:

Orientación a costos: cálculo de los precios y las tarifas basados en los costos atribuibles a la prestación del servicio y de la infraestructura, los cuales deberán incluir una utilidad, en términos reales, no menor a la media de la industria nacional o internacional, en este último caso con mercados comparables.²¹⁷

De esta manera, se puede afirmar que los precios de interconexión deben establecerse conforme a los gastos que tenga el operador de una red pública para mantener el recurso escaso y además debe calcularse un cierto margen de ganancia.

²¹⁷ LGT. Op. Cit. N° 10. Art. 6 inciso 13.

En España, la CMT aplica este principio cuando debe intervenir para fijar los precios de acceso e interconexión; no obstante, se le critica porque utiliza un margen entre costos y precios, el cual no ha justificado, creando así inseguridad jurídica y un amplio margen subjetivo de criterio para fijar el precio.²¹⁸

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²¹⁹ reconoce en una de sus sentencias las facultades de las ANR, dentro de las cuales se encuentra solicitar al operador dominante que facilite la información pertinente sobre documentos que justifiquen los costos, tomando en cuenta el principio de orientación a costos. También se reconoció la potestad de valorar los costos soportados por parte del operador dominante; ello, con base en la determinación de los costos de acceso al bucle, los intereses vinculados al capital invertido, las amortizaciones de los activos inmovilizados utilizados para la instalación de las infraestructuras.

Otra de las facultades de las ANR es la de valorar los precios y las modificaciones que sean propuestas por el operador dominante; para esto último es necesario asegurar que se cubran todos los costos de prestación por parte del operador incumbente, incluida una remuneración razonable de la inversión. En este sentido establece que es la ANR la que no solo decidirá su modelo regulatorio de costos, sino que a su vez, en este modelo, determinará el estándar de costos a aplicar (costos históricos, costos prospectivos). Adicionalmente, indica que el nivel y el método que se utiliza para la imputación a los servicios de referencia de los costos conjuntos y comunes, se sujeta al criterio de la ANR.

²¹⁸ MONTERO PASCUAL Juan José, Op. Cit. N°20, p.306.

²¹⁹ SALA CUARTA. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asunto N° C-55/06 de 28 de abril de 2008. Recuperado el 26 de junio del 2013.

Como un ejemplo de la potestad sancionatoria de una autoridad de regulación, el Tribunal Supremo de España estableció una sanción de 4,5 millones de euros a un operador dominante por no aplicar los precios de interconexión que la CMT había fijado²²⁰. Esto refleja la potestad del órgano regulador de intervenir en materia de precios y la obligatoriedad de los operadores de respetarlo.

El artículo 61 de la LGT regula específicamente lo relativo a los precios de interconexión. Este coincide con lo establecido anteriormente, ya que establece que efectivamente los precios del acceso y la interconexión deben ir orientados a costos. Igualmente establece que en lo posible, estos serán negociados libremente por las partes, debido a que se deben ajustar a la metodología que establezca por la SUTEL. Y además, estos precios deben establecerse respetando los principios de transparencia, objetividad, no discriminación, factibilidad financiera y desagregación de costos.

Por otro lado, el RAIRT es más específico en cuanto a la determinación los precios por acceso e interconexión²²¹, principalmente en lo que respecta a los componentes que se deben incluir en la desagregación del precio de acceso e interconexión.

De esta manera se establece que precio de acceso o interconexión debe calcularse tomando en cuenta el ámbito económico y debe ajustarse a la disposición de la desagregación de costos. Esta última implica que los gastos que se van a cobrar, deben separarse en distintos rubros. El artículo 33 del RAIRT establece que los cobros deben desglosarse en al menos ocho cargos: cargo de instalación; cargos

²²⁰ TRIBUNAL SUPREMO. Poder Judicial. Sentencia RJ 2008, 361 del 14 de diciembre del 2007. España

²²¹ RAIRT. Op. Cit. N° 107. p. Art. 32. y LARESEP Op. Cit. N° 125. p. Art. 80

de acceso; cargos de uso de la red; cargos por facturación, distribución y cobranza; cargos por tramitación de órdenes de servicio o comercialización; cargos por coubicación de equipos; cargos por desagregación del bucle de abonado, equipos o componentes de red; por último, cargos de operación de mantenimiento de enlaces y equipos.

De esta manera, se puede concluir entonces que los precios de interconexión son de libre negociación para las partes; sin embargo, el monto que se convenga está sujeto a que corresponda al principio de orientación a costos y que el cálculo que se realice sea acorde con la metodología establecida por SUTEL, la cual tiene que garantizar el cumplimiento de ciertos principios básicos, además de las adiciones de la factibilidad financiera y que las cuentas que se hagan deben tener rubros separados de los costos. Además, para todo servicio y cargo por interconexión, la SUTEL establecerá condiciones de calidad que sean medibles por medio de indicadores y niveles de cumplimiento.²²²

Sección 5: Intervención por parte de la autoridad reguladora en los acuerdos de acceso e interconexión

Incluido en las a características anteriores del acceso y la interconexión en cuanto a la regulación del sector de las telecomunicaciones, se encuentra el elemento de la intervención administrativa, el cual permite a la ANR regular lo referente a los acuerdos de acceso e interconexión tomados en la esfera de la negociación privada.²²³

²²² RAIRT. Op. Cit. N° 107 art. 20

²²³ MORÁN RIVERO José Manuel y SOLER MATUTES Pere, Op. Cit. N°122, pp. 362 y 363.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió que efectivamente las autoridades nacionales de regulación tienen la facultad para analizar las situaciones de interconexión y si es del caso, imponer una obligación de interconexión al operador importante en el mercado, con el fin de garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta.²²⁴

Sin embargo, no todos los doctrinarios están a favor de que a las ANR se les faculte para intervenir de tal manera²²⁵. Se ha dicho en contra de esta facultad, en particular con respecto a la CMT, que el acto de esta, restringe la libertad de empresa. Ello, debido a que impone, basándose en su poder y en contra de la voluntad de la empresa, una relación jurídica que condiciona el desarrollo de la propia actividad empresarial.

Aunado a ello, cuestiona que estos actos lleguen a darse, incluso, en contra de la voluntad de los operadores afectados (uno o ambos). Y que además, podría incluso llegar a incidir también sobre el derecho de propiedad, derecho constitucionalmente protegido en España. Esto por cuanto el operador obligado por la CMT a soportar la interconexión, se ve privado de su pretensión lícita de excluir a los demás en el uso de sus bienes, como por ejemplo: uso compartido de infraestructuras, acceso a sus construcciones de obra civil, tráfico de llamadas por su red, entre otros.

²²⁴ SALA SEGUNDA. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asunto N° C-64/06 de 14 de junio de 2007. Recuperado el 26 de junio del 2013.

²²⁵ MENDOZA LOSANA Ana. Op. Cit. N° 104. p. 111

Los autores de esta tesis consideran que si bien se impone una relación jurídica que claramente puede afectar la actividad empresarial y eventualmente el derecho de propiedad, el fundamento jurídico no se basa en perjudicar a uno de los operadores. Debe recordarse que al entrar en una actividad de servicios de telecomunicaciones, se sabe que hay limitantes, por ser una actividad que involucra el interés general.

Aunado a lo anterior, se debe aclarar que el operador solicitante debe pagar por el hecho de que le faciliten el acceso o la interconexión. Se busca que el operador afectado reciba una contraprestación económica para que no sufra pérdidas; al contrario, que pueda mantener su red en buenas condiciones pues eso también forma parte del interés del Estado.

Igualmente, se crítica que esta resolución de la CMT también crea obligaciones de derecho privado. Ello, por cuanto el acto administrativo de la CMT, no se limita únicamente a la actualización y concreción del deber general de interconexión que impone la legislación española. Esta autoriza a la CMT a exigir el cumplimiento. Se dice entonces, que *“la autonomía negociadora de las partes para la fijación de las condiciones de interconexión se suplanta por la autoridad del órgano administrativo que exige la conexión material e impone unilateralmente sus condiciones jurídicas y económicas.”*²²⁶ Se afirma, entonces, que se crea la misma relación jurídica entre los operadores a la que hubiera nacido del acuerdo de interconexión.

Por otro lado, también se ha establecido que la intervención estatal no provoca la desaparición de la libertad contractual, pues no existe ningún obstáculo para que se

²²⁶ MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 20. p. 108

alcance un acuerdo de acceso e interconexión que modifique las condiciones fijadas por el ente regulador. Ello, siempre que no se vulnere la normativa vigente y no implique una interrupción de la interconexión o el acceso. Ahora bien, los nuevos acuerdos siempre han de ser comunicados a la Comisión. Además se menciona que las resoluciones de la CMT no imponen obligaciones de celebrar contratos, sino únicamente deberes de facilitar la interconexión y de hacerlo en las condiciones previstas en la resolución, o en defecto, según acuerdo de las partes. Es la trasgresión de este deber de facilitar interconexión y no el de celebrar cierto contrato, lo que puede dar lugar a la responsabilidad del incumplidor.²²⁷

Contrario sensu, esta suplantación de la autonomía de la voluntad surge únicamente en el caso de que los operadores no logren llegar a un acuerdo o que en caso de llegar a él, este no sea conforme con las disposiciones mínimas legales.

En Costa Rica la situación jurídica de la intervención administrativa en los acuerdos de acceso e interconexión tiene tres aristas principales. El ente regulador, en un primer momento, es el encargado de realizar el seguimiento de la negociación de los acuerdos y así verificar que se cumpla según lo establecido en la ley. La otra arista de la intervención se da cuando la SUTEL debe emitir una orden temporal de acceso, debido a que se han dado atrasos considerables en la negociación. Además, la SUTEL interviene en los acuerdos, cuando los operadores no han logrado establecer un acuerdo de voluntades y es la superintendencia quien debe dictar la orden definitiva de acceso.

²²⁷ MENDOZA LOSANA Ana, Op. Cit. N° 20. p. 106

En la ley de ARESEP se establecen las obligaciones fundamentales de la SUTEL, dentro de las cuales se encuentra el deber de garantizar y proteger a los usuarios; promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones; velar por el cumplimiento de los deberes y derechos de los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones; asegurar el acceso a los recursos escasos, de conformidad con los principios de la LGT, asociados con la operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones; controlar y comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico; y asegurar el cumplimiento de las obligaciones de acceso e interconexión, así como la interoperabilidad de las redes.²²⁸

En el mismo cuerpo normativo, se establecen las funciones en particular del Consejo de la SUTEL; para efectos de la investigación resaltan las siguientes: el imponer a los operadores y proveedores, la obligación de dar libre acceso a sus redes y a los servicios que por ellas presten; administrar y controlar el uso eficiente del espectro radioeléctrico; velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso a todos los operadores, proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

229

Por su lado el artículo 60 de la LGT, indica el alcance de las potestades de la SUTEL en cuanto a dicha etapa de negociación y a los acuerdos a los que se lleguen. Se busca establecer que la SUTEL tenga una mínima intervención en cuanto a la negociación de los acuerdos de acceso e interconexión. Sin embargo, si bien los acuerdos son creación de la voluntad de las partes, estos no son irrestrictos, ya que deben estar sujetos a la normativa vigente: legal, reglamentaria y moral. Por ello, la

²²⁸ LARESEP. Op. Cit. N° 125. Art. 60

²²⁹ *Ibíd.*, Art. 73

SUTEL debe tener conocimiento desde el momento en que se inician las negociaciones, si estas tienen éxito y culminan en un acuerdo de acceso e interconexión. Esto último, con el fin de verificar que el acuerdo alcanzado concuerde con la normativa que le rige; en caso de que no se cumpliera a cabalidad con las disposiciones, la SUTEL tiene la potestad de modificar o eliminar las cláusulas del convenio que se considere sea contrarias a lo establecido.

El artículo continúa con el supuesto contrario al analizado anteriormente. Se debe señalar que es en esta sección del artículo donde se encuentra la utilidad práctica de que los operadores deban notificar a la SUTEL el inicio de las negociaciones: ello, por cuanto se da un tiempo prudencial de tres meses para que se llegue a un acuerdo a partir de dicha notificación. En el caso de que el proceso de negociación no finalice en ese plazo, la SUTEL, ya sea de oficio o por petición de alguna de las partes, tiene la facultad para determinar las condiciones del acuerdo de acceso e interconexión en todos sus extremos. Esto mismo sucede en el caso de que exista negativa del operador de la red pública de telecomunicaciones de iniciar con el proceso de negociación con otro operador que solicite el acuerdo.

Estas negociaciones implican el pago de tarifas por uso de sus postes o por el uso de la redes públicas y además, obligan a la otra parte a prestar un servicio que sea de calidad y continuo. De esta manera, cuando los operadores inician las negociaciones para un acuerdo de acceso e interconexión, se debe notificar a la SUTEL, ya que este acuerdo es público. Pero además, es importante anotar que cuando un acuerdo de esta índole se firma, de la SUTEL se envía un edicto a La Gaceta a fin de que las personas tengan conocimiento que existe y se puedan apersonar a realizar objeciones; esto por cuanto, a pesar de ser un acuerdo

comercial, trata lo referente a un servicio de telecomunicaciones y este sector se rige bajo los principios de la transparencia y no discriminación.

Lo que se busca es que el público en general tenga conocimiento de las condiciones pactadas con el fin de asegurar los principios anteriormente mencionados. Entonces, lo más importante de resaltar aquí, es que estas negociaciones de acuerdo de acceso e interconexión son también comerciales; esto, por cuanto, una de las partes recibe el pago por el servicio brindado y la otra recibe los beneficios del servicio; de esa manera existe una ganancia para ambas partes. Y a pesar de ser comerciales, están incluidas en el Régimen y sujetas a todas sus implicaciones.

De igual manera, la SUTEL goza del poder-deber de decretar las condiciones de acceso e interconexión con carácter temporal, a fin de que durante el tiempo que tarde en dictar resolución definitiva, no se vea menoscabado el derecho del operador solicitante al acceso y la interconexión. Claro está, que dicha medida provisional debe estar fundamentada en un análisis de las condiciones técnicas y económicas del operador de red para poder soportar lo que se le solicita.

Además, se dispone que será la SUTEL la encargada de vigilar que los acuerdos de acceso e interconexión se cumplan según lo dispuesto en cada uno de ellos y de aclarar dichos acuerdos, en caso de una controversia entre los operadores suscribieron dicho convenio.

Como último punto a analizar, el artículo 11 del RAIRT contempla que para la SUTEL pueda definir temporalmente las condiciones de acceso e interconexión, de las que

se hablaron anteriormente, se deben tomar en cuenta todos los criterios de razonabilidad, oportunidad y proporcionalidad. Es evidente que el artículo establece los límites que tiene la SUTEL como órgano regulador al momento de fijar las condiciones de acceso e interconexión.

Dentro de estas se encuentran las siguientes: que no existan otras alternativas técnicas y económicas más factibles y eficientes a la interconexión o acceso que se solicita; la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar recursos que compitan entre sí, a la vista del ritmo del desarrollo del mercado, tomando en cuenta el tipo de interconexión y acceso del que se trate; la posibilidad de proporcionar el acceso propuesto, en relación con la capacidad disponible; la necesidad de salvaguardar la competencia a largo plazo; y por último, cuando proceda, los derechos pertinentes en materia de propiedad intelectual.²³⁰

La SUTEL dicta una resolución provisional como primer paso ante la solicitud de intervención. En esta resolución se realiza un análisis ligero de la situación y se indican justificaciones técnicas, jurídicas y económicas suficientes para afirmar que el operador es capaz de soportar, por lo menos provisionalmente, la solicitud del operador; asimismo, se establecen medidas para asegurar el acceso y la interconexión durante el tiempo que tome dictar una orden de acceso e interconexión que cumpla con todas las formalidades del caso.²³¹

El procedimiento para dictar la orden de acceso o de interconexión se regula mediante el artículo 50 del RAIRT, el cual indica que este acto es de acatamiento

²³⁰ RAIRT. Op. Cit. N° 107. p. Art. 11

²³¹ *Ibíd.*, Art. 53

obligatorio para los operadores y proveedores involucrados. Y por ello, tanto la SUTEL, como los operadores o proveedores deben cumplir con ciertas disposiciones formales a fin de que el acto sea eficaz; en el caso de que los operadores se nieguen a cumplir con el proceso, cabe la posibilidad de que sean sancionados.²³²

Aunado a estas disposiciones normativas, la SUTEL, ha emitido como parte de su deber de regulación, aplicación, vigilancia y control que el ordenamiento jurídico le otorga, una resolución concerniente a la intervención de la SUTEL en los procesos de acceso o interconexión.²³³

En esta resolución se busca aclarar a los operadores, las disposiciones jurídicas que rigen la intervención de esta ANR. Y es por ello, que esta resolución se da el trabajo de describir cada uno de los pasos por los cuales deben pasar los acuerdos de acceso e interconexión. Empieza por la debida notificación del inicio de negociaciones, donde se establece cuáles requisitos mínimos debe contener esta notificación. Igualmente se dedica a informales a los operadores o proveedores de cuál es el momento en que empiezan a correr los plazos. De la misma manera, se determina una lista de los requisitos con los que debe cumplir la solicitud de intervención que se haga a la SUTEL, requisitos que no se encuentran establecidos en la ley o el reglamento, pero que por su potestad de regulación, la SUTEL se encuentra autorizada para exigir. Aunado a lo anterior, esta resolución regula otros aspectos más específicos de la intervención, los cuales no serán mencionados en este trabajo.

²³² *Ibíd.*, Art. 50

²³³ CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES. Resolución N° RCS-78-2010. "Intervención de la SUTEL en los procesos de acceso y/o interconexión" a las 16:05 horas del 20 de enero del 2010. San José, Costa Rica.

En síntesis, la intervención de la SUTEL siempre está presente en los acuerdos de acceso e interconexión, ya sea como mero controlador de requisitos o en los momentos en que se vuelve más activa y procede a dictar las órdenes de acceso. Esto, por cuanto la legislación costarricense lo impone y lo permite, como un medio para proteger los derechos de los operadores y, en consecuencia, al usuario final de las telecomunicaciones.

Capítulo 2: Situación actual de la SUTEL

Al momento de liberalización del sector de las telecomunicaciones en Costa Rica, se rompe el monopolio existente por parte del ICE y se genera una nueva situación en el país, por lo que debía iniciarse un proceso para crear las leyes necesarias para regular el sector. Dentro de estas, está la que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones, la cual es la autoridad reguladora del mercado de telecomunicaciones en el país.

Por lo general, al momento de darse la liberalización, los países abren el mercado de las telecomunicaciones y permiten que ingresen nuevos OMR para que estos comiencen a prestar servicios a los usuarios. Posteriormente, la práctica internacional ha incluido a los OMV como una opción de dinamizar el mercado, como bien fue analizado previamente en la investigación. En este caso, es claro que los OMR siempre ingresarían al mercado antes que los OMV. En el país la situación fue diferente, pues los OMV no solo están operando actualmente, sino que entraron al mercado antes que los OMR.

Sobre esta situación, Adrián Mazón Villegas, ingeniero en telecomunicaciones y Deryhan Muñoz Barquero²³⁴, economista, ambos funcionarios de la Dirección General de la SUTEL, reconocen que en otros países los OMV tienen una función de reactivar el mercado, por lo cual suele darse la situación de una entrada posterior a que el mercado se estanque.

Sin embargo, justifican que la entrada de los OMV en el mercado costarricense de las telecomunicaciones se diese como consecuencia de que en la estrategia del negocio, el ICE tuvo como una de sus vertientes, el compartir su espectro con los OMV. Si por el contrario, el ICE no hubiera estado dispuesto a asociarse con los OMV, la entrada de estos no hubiera sido posible, pues en Costa Rica no existe ningún apoyo regulatorio para esta figura, debido a que se le excluyó deliberadamente del Régimen de Acceso e Interconexión y se dejó su destino a un acuerdo comercial; se define así la situación en general de los OMV en el país.

Dicho status se definió mediante un acuerdo²³⁵ del Consejo de la SUTEL donde se establecieron los aspectos regulatorios de los OMV en el sector de las telecomunicaciones en Costa Rica. En dicho acuerdo se determinó que:

- A. El título habilitante necesario para prestar servicios es la autorización.
- B. En Costa Rica se clasifican los OMV en cuatro niveles diferentes.
- C. Las condiciones mínimas de calidad son las mismas que rigen para los OMR. Por ello, también las condiciones de la evaluación de calidad,

²³⁴ MAZÓN VILLEGAS Adrián y MUÑOZ BARQUERO Deryhan. *El régimen de acceso e interconexión y la figura del OMV en Costa Rica*. Entrevista. 13 de marzo del 2013.

²³⁵ SUTEL. Acuerdo N° 002-042-2011 de las 13 horas del 3 de junio del 2011. Acta de sesión extraordinaria N° 042-2011. Costa Rica

cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad son las mismas que se le aplican a los OMR.

- D. Se deben respetar los derechos de los usuarios finales establecidos en la legislación.
- E. La naturaleza de la relación de los OMV con los OMR se perfecciona mediante un acuerdo comercial, estrictamente privado. Sin embargo, este debe remitirse a la SUTEL para su valoración.
- F. El Régimen de Acceso e Interconexión no le es aplicable a los OMV y por lo tanto, la SUTEL no se encuentra facultada para intervenir en las negociaciones.
- G. La numeración será asignada o no a los OMV, dependiendo del nivel que ostente.

Previo a tomar el mencionado acuerdo, se sometió a conocimiento el documento N° 1085-SUTEL-DGM-2011 titulado “Operadores Móviles Virtuales” donde se establecieron las bases para las decisiones a las que se llegaron en el acuerdo en cuanto a los OMV.

El acuerdo, de conformidad con lo indicado por el Informe de la DGM, dejó en claro que el título habilitante necesario para operar como OMV en Costa Rica, es la autorización. Lo anterior con base en lo establecido por el artículo 23 inciso b) de la LGT. Dicho artículo autoriza que una persona física o jurídica preste servicios de telecomunicaciones al público, por medio de una red pública que no le pertenece, siempre y cuando el titular de la red pública se encuentre debidamente habilitado para explotar esta red. Se ve, entonces, como la legislación costarricense contemplaba desde sus inicios la posibilidad de que existiese una clase de operador

que no tuviera su propia red, pero que pudiera utilizar la red de otro para prestar servicios al público.

Es por ello, que de la lectura en general de la legislación, se desprende que en la normativa no se hace ninguna diferencia en cuanto al trato que debe darse a los operadores autorizados mediante el inciso b) del artículo 23, de aquellos otros autorizados por los incisos a) o c) del mismo referente legal. No puede dejarse pasar el hecho de que el Consejo de la SUTEL considera que el tener una autorización, no significa que se asegure una negociación con un OMR. Por lo cual, siete operadores móviles fueron autorizados por la SUTEL para prestar servicios de telefonía móvil, mediante la figura de OMV; no obstante, únicamente dos de ellos lograron un acuerdo con un OMR²³⁶

Esto por cuanto, el Consejo de la SUTEL estableció *“que la relación entre un OMV y OMR se perfecciona mediante acuerdo comercial”*²³⁷ y que queda a completa discreción del OMR el suscribir dicho acuerdo²³⁸. Se pone, de esta manera al OMR en una situación jurídica superior, ya que la decisión de aceptar o no el acuerdo depende únicamente de la voluntad del OMR, sin tener que dar justificaciones de ninguna naturaleza al ente regulador, que en este caso sería a SUTEL.

²³⁶ Informe de la DGM de la SUTEL. “Operadores Móviles Virtuales”. Op. Cit. N° 75, p. 24

²³⁷ Acuerdo del Consejo de la SUTEL referente a “Operadores Móviles Virtuales”. Op. Cit. N° 235

²³⁸ *Ibíd.*, “... no existe una obligación de los OMRs de suscribir el Acuerdo Comercial con los OMV y permitir que estos operadores hagan uso de sus frecuencias para la prestación de servicios. En este sentido, queda a discreción de los OMR la elección de los OMV con los cuales quiera establecer una relación comercial” Costa Rica.

Aunado a lo anterior, se declaró la exclusión de los OMV del Régimen de Acceso e Interconexión²³⁹. En la entrevista mencionada, se enfatizó en múltiples ocasiones que la entrada de los OMV se reduce a una política y estrategia comercial, producto de la libre y voluntaria firma de un convenio con un OMR. Por ello, SUTEL no podría entrometerse en esa esfera privada.

Sin embargo, ante la pregunta sobre si los OMV estaban contemplados dentro del Régimen mencionado, la respuesta fue *“que es un régimen para el mercado, para los OMV; lo que se hizo fue una precisión de cómo les atañe ese régimen a ellos, en la relación entre el OMV y su OH –operador huésped, que sería un OMR- es una relación comercial.”*²⁴⁰ Además, más adelante los entrevistados mencionan lo siguiente: *“¿Cómo le aplicaría por ejemplo el régimen de acceso e interconexión a los OMV? Que en el momento en que tienen un acuerdo comercial con el operador de red, sí están obligados ellos a que los usuarios de los demás operadores se comuniquen con sus usuarios y los usuarios con los de los demás, ahí es donde entra el Régimen de Acceso e Interconexión.”*²⁴¹

A partir de lo anterior se deben realizar varias aclaraciones. Primero, los entrevistados manifiestan lo que parece ser una incorporación al régimen de manera tardía, pues es hasta que se firme el acuerdo comercial entre el OMR y el OMV que se va aplicar el Régimen de Acceso e Interconexión. La anterior afirmación no tiene fundamento legal por cuanto se establece en el RAIRT que su objeto²⁴² principal es

²³⁹ Acuerdo del Consejo de la SUTEL referente a “Operadores Móviles Virtuales”. Op. Cit. N° 235 “[...] se determina que esta Superintendencia no se encuentra facultada para intervenir en las negociaciones entre OMV y OMRs y por lo tanto el régimen de acceso e interconexión previsto en el Capítulo III de la Ley 8642 y en el Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial La Gaceta 201 del 17 de octubre del 2008, no es sería aplicable.”

²⁴⁰ MAZÓN VILLEGAS Adrián y MUÑOZ BARQUERO Deryhan. Op. Cit. N° 234.

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² RAIRT. Op. Cit. N° 107, Art. 1 “Artículo 1°—Objeto de este reglamento [...] a fin de asegurar el acceso y la interconexión de las redes, así como garantizar a los usuarios el acceso

la instauración de los acuerdos de acceso e interconexión. Como consecuencia necesaria de este, el RAIRT busca también que continúe dicho acuerdo a fin de garantizar a los usuarios el acceso irrestricto a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Segundo, la afirmación realizada por los entrevistados, entra en una clara contradicción con lo establecido por el acuerdo de la SUTEL, donde se establece de manera determinante que el Régimen no les aplica. Tercero, si bien llevan razón los funcionarios al reconocer que el fin último del Régimen es que los usuarios puedan comunicarse libremente con quien lo deseen, existe otras leyes y reglamentos que se especializan en la protección de los derechos de los usuarios.

Con base en las ideas anteriores, se hace difícil pensar en que el Régimen se aplique únicamente en un momento posterior al acuerdo entre OMV y OMR, máxime si el fundamento para esto es la existencia de un acuerdo de naturaleza comercial. A propósito de esto, debe recordarse que los acuerdos entre dos OMR también tienen naturaleza comercial y, por lo tanto, privada, como ya se había establecido previamente en la investigación. Aun, cuando esto sea así, la intervención de la SUTEL se hace presente en el momento en que no se alcanza un acuerdo. En concordancia con lo anterior, es evidente que el presunto elemento diferenciador que plantea la SUTEL en cuanto a la naturaleza de los acuerdos, no lo es en realidad. De hecho, la única diferencia se puede encontrar es el hecho de que la negociación se realice entre dos OMR o entre un OMR y un OMV.

Inclusive, se impone la obligación a las partes (OMV y OMR) de remitir el acuerdo comercial una vez suscrito²⁴³ al igual que se les exige a otros operadores remitir los

irrestricto a servicios de telecomunicaciones disponibles al público.”

²⁴³ Acuerdo del Consejo de la SUTEL referente a “Operadores Móviles Virtuales”. Op. Cit. N° 235 “Que todo Acuerdo Comercial, una vez suscrito, debe ser remitido a esta Superintendencia para efectos de valorar el estado del mercado de las telecomunicaciones, los niveles de competencia, verificar el cumplimiento de los

acuerdos de acceso e interconexión a la SUTEL. Dicha condición carece de sustento legal, por cuanto la SUTEL, en este caso, no realiza una función fiscalizadora ni reguladora, a pesar de lo que pueda parecer. Debido a que al establecer la obligatoriedad de entrega del acuerdo y justificarla en el hecho de que la SUTEL pueda valorar el estado del mercado de las telecomunicaciones y los niveles de competencia, es un argumento inválido para solicitar dicho convenio. Ya que según la misma SUTEL, este es un contrato privado entre las partes, en el cual ellos no tienen ninguna injerencia.

Además, si realmente fuera el caso de que a la SUTEL le interese valorar el estado del mercado y los niveles de competencia y fuera necesaria la información, se podría remitir a la legislación nacional, la cual establece que entre las obligaciones de los operadores y proveedores de telecomunicaciones se encuentra el suministrar la información (informes y documentación) que la SUTEL requiera, la cual sea indispensable para el cumplimiento de las atribuciones y obligaciones de esta superintendencia²⁴⁴. De esta manera, tampoco se encuentra una diferencia en cuanto al requisito de entrega del acuerdo de acceso e interconexión entre los acuerdos establecidos entre OMV-OMR, OMR-OMR y otros. Por lo tanto, tendría muy poco sentido que el acuerdo comercial (privado) se tenga que entregar al ente regulador con esas justificaciones legales, ya que tal y como se vio, existen otras normas con las que se cumplen los fines que se alegan, debido a que según la SUTEL, el acuerdo se encuentra excluido del Régimen de Acceso e Interconexión.

parámetros de calidad, la protección de los derechos de los usuarios finales, el uso eficiente del recurso numérico, entre otros.”

²⁴⁴ LARESEP. Op. cit. N° 125. Art. 75, inciso a), subinciso ii: “ii. Suministro de información: presentar a la SUTEL los informes y la documentación que esta requiera con las condiciones y la periodicidad que esta indique y que sea indispensable para el cumplimiento de las atribuciones y obligaciones que se establecen en la Ley.”

En adhesión a lo que líneas arriba se establece, ante la exigencia de presentar el acuerdo a la SUTEL, se obliga a que en este se incorpore un capítulo o anexo referente al acuerdo de acceso e interconexión de sus redes; sin embargo, esta condición se impone únicamente a ciertos tipos de OMV²⁴⁵. A pesar de que se establece que deben existir cláusulas de acceso e interconexión, estas tampoco son públicas cuando se trata del acuerdo comercial entre los OMV y los OMR. Ello contraviene lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento de Acceso e Interconexión de las Redes de Telecomunicaciones, ya que este aspecto es claro, al señalar que se deben entregar los acuerdos de acceso e interconexión a la SUTEL para que estos puedan ser objetados por otros operadores.

Habiendo hecho el análisis anterior, se puede ver la diferenciación que existe entre los términos de acuerdo de acceso e interconexión a que está sujeto al Régimen y los acuerdos comerciales con cláusulas de acceso e interconexión, que según la SUTEL no están sujetos al Régimen. Las condiciones técnicas y formales entre uno y otro, son las mismas; la única diferencia es la creada por la SUTEL al establecer que uno sí está dentro del Régimen y el otro no; lo que tiene como consecuencia es el nivel de protección del que goza uno y la desprotección del otro. Uno de los efectos que produce la diferenciación citada es la no aplicación de los principios de no discriminación, transparencia y proporcionalidad en el acuerdo, debido a que la SUTEL no se encontraría facultada para modificar el acuerdo de voluntades al que

²⁴⁵ Acuerdo del Consejo de la SUTEL referente a "Operadores Móviles Virtuales". Op. Cit. N° 235, "Que sin embargo, todo Acuerdo Comercial entre: (a) OMV nivel 3: Proveedores de servicios avanzados y OMRs; y (b) OMV nivel 4: Operadores móviles virtuales completos y OMRs, debe incorporar un capítulo o anexo referente al acceso e interconexión de sus redes. Que dicho anexo será necesario e indispensable para la asignación de recurso numérico propio a los OMV niveles 3 y 4. Para ello, dichos operadores deben además cumplir a cabalidad con el procedimiento establecido en RCS-590-2009 de las 15:00 horas del 30 de noviembre del 2009, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 9 del día 14 de enero del 2010 y sus modificaciones."

lleguen, inclusive cuando estos sean contrarios a los citados principios²⁴⁶, de conformidad con lo establecido en la legislación nacional²⁴⁷.

Otro de los argumentos que se han esgrimido a favor de la no obligatoriedad de negociar los acuerdos de acceso e interconexión entre OMR y OMV es que si se obligara²⁴⁸, se estaría aumentando las cargas en perjuicio de los OMR dentro de los cuales están incluidos los operadores entrantes –Claro y Telefónica. Sin embargo, estos se encuentran en pleno despliegue de sus redes, realizando grandes inversiones, por lo cual, imponerles la obligación de dar acceso en su espectro a los OMV, en este momento en el que están con sus mayores inversiones, sería injusto para ellos. Los entrevistados consideran además que en caso de que se decidiera obligar a los OMR²⁴⁹ a negociar con los OMV, la SUTEL tendría que valorar si hay una serie de elementos dentro del mercado que necesitan ser corregidos o dinamizados. Luego de esta valoración, se podría forzar a los OMR a abrir su espectro radioeléctrico y darles acceso a los demás. Sin embargo, esta decisión se debe tomar valorando elementos tanto económicos, como jurídicos y sociales.

²⁴⁶ RAIRT. Cit. N° 107, Art. 7, 8, 11 y 60 y LGT. Op. Cit. N° 10, Art. 59

²⁴⁷ Caso contrario se da en lo establecido por el artículo 60 y 64 de la LGT, donde la SUTEL sí ostenta las facultades de eliminación, modificación o adhesión de las cláusulas de contratos de acceso e interconexión que se encuentren en el Régimen.

²⁴⁸ MAZÓN VILLEGAS Adrián y MUÑOZ BARQUERO Deryhan, Op. Cit., N° 234 “[...] los dos nuevos entrantes están en pleno despliegue de sus redes, cuando más están gastando, están haciendo las primeras inversiones, ponerle las cargas en un momento en el que están con mayores inversiones no tendría ningún sentido, no sería la decisión acertada”

²⁴⁹ MAZÓN VILLEGAS Adrián y MUÑOZ BARQUERO Deryhan, Op. Cit., N° 234 “Sí, es que eso es un decisión regulatoria (el obligar a los OMRs a negociar con los OMV), en este caso el Consejo de la SUTEL tendría que valorar si hay una serie de elementos dentro del mercado que necesitan ser corregidos, necesitan ser dinamizados y luego de una valoración, es que sí, esta es la forma, la única forma en que yo corrija ciertas cosas que han pasado en el mercado o que dinamice el mercado para que logre este objetivo regulatorio que yo tengo, es a través de forzar a los OMRs a abrir su espectro radioeléctrico y darle acceso a los demás. Sin embargo, eso ya es una decisión de una naturaleza que trasciende, es muy grande, es una decisión regulatoria muy grande imponerle esa obligación a los OMRs.”

Si bien llevan razón los entrevistados, al considerar que una decisión regulatoria de este tipo podría afectar perjudicialmente a los operadores entrantes, esta situación, de conformidad con el artículo 75 de la Ley de ARESEP y el artículo 75 del RLGT, no es podría darse, por lo menos en este momento, pues los artículos citados establecen que son los operadores importantes los que tienen la obligación de dar acceso e interconexión. En este momento, el ICE es el único operador que se encuentra categorizado como tal²⁵⁰. Por el contrario, Claro y Telefónica no son considerados importantes, lo cual hace que las obligaciones previstas en dichos artículos no les sean aplicables. La única forma de hacerlo sería mediante una obligación específica impuesta por la SUTEL, a manera de excepción.

Inclusive, en el caso hipotético de que al ICE le solicitaran acceso al espectro radioeléctrico, una cantidad de OMV que la institución considere que no puede soportar en su espectro, pues ello le podría afectar el desarrollo de sus servicios o limitarlo, de alguna manera, en su planes y estrategias comerciales, la institución siempre tendría la posibilidad de negarse ante las solicitudes de acceso. Claro está, que la negativa debe estar suficientemente fundamentada²⁵¹ y por su lado, la SUTEL debe realizar un estudio de los argumentos que el operador exponga y determinar si estos son válidos o no para negar el acceso, mediante una resolución.

Ahora bien, es importante para los temas tratados en esta sección, realizar un breve análisis sobre los conceptos de operador y proveedor, acceso e interconexión a luz del Régimen de Acceso e Interconexión. El artículo primero del RAIRT establece como objeto del reglamento, desarrollar la normativa nacional para el establecimiento de normas técnicas, económicas y jurídicas aplicables a las

²⁵⁰ CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES. Resolución N° RCS-307-2009 a las 15:35 del 24 de setiembre del 2009. San José, Costa Rica

²⁵¹ RAIRT. Op. Cit. N° 107, p. Art. 11.

relaciones. Ello, con motivo del acceso y la interconexión que surjan entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y operadores de redes públicas de telecomunicaciones. De este artículo se desprenden varias ideas:

- a. Las partes en las relaciones de acceso e interconexión, son los proveedores u operadores.
- b. El uso de la nomenclatura de acceso e interconexión, no necesariamente tiene que estipular ambas figuras en el contrato. Es decir, se pueden acordar únicamente cláusulas de acceso o únicamente cláusulas de interconexión.
- c. Los proveedores, aun cuando no poseen una red propia para explotar y que, por lo tanto, no son sujetos de interconexión directa, se encuentran dentro del Régimen de Acceso a Interconexión, para proteger su derecho al acceso de los recursos.

De la misma manera se deduce como punto principal, el hecho de que los conceptos de acceso y la interconexión, a pesar de tratarse la mayoría de veces de manera conjunta, tanto en la normativa como en la doctrina, son figuras totalmente independientes en cuanto a su aplicación práctica.

Por otro lado y a pesar de lo expuesto anteriormente, a juicio de esta tesis, la SUTEL ha realizado un manejo de la figura de los OMV, que si bien tiene ciertas contradicciones, en la práctica parece no existir controversia entre los sujetos que actualmente se encuentran operado, pues se tomaron decisiones adecuadas. Entre ellas: el definir que el título habilitante necesario para ostentar la condición de OMV, es la autorización, en concordancia con la legislación nacional; el exigirles a los OMV

el cumplimiento de obligaciones con respecto a la calidad del servicio a favor de los usuarios finales; el realizar una adecuada diferenciación entre los distintos niveles de OMV; el establecer como prioridad la eficiente y efectiva utilización del recurso de numeración y que, por lo tanto, solo existe la posibilidad de que se les asigne a los OMV de mayor nivel de independencia; por último, la disposición por parte de los entrevistados para valorar en el futuro, si fuera necesario, por razones principalmente de competencia, una regulación que determine la obligatoriedad de los OMR de negociar el acceso y la interconexión con los OMV.

Por lo tanto, la exclusión de los OMV del Régimen además de ser perjudicial para la competencia, el buen uso y el desarrollo de las telecomunicaciones, afecta directamente de manera negativa a los OMV y pone en una posición de ventaja, tanto judicial, como económica y técnica a los OMR. Ya que la decisión de que un OMV ingrese o no al mercado, la toma el OMR. Por lo tanto, la exclusión de los OMV de Régimen pone en una posición de superioridad al OMR, al ser este el decida cuándo, cómo y con cuál OMV negociar un acuerdo de acceso e interconexión.

En este sentido, la doctrina internacional ha sido clara al momento de establecer la obligatoriedad del acuerdo del Régimen de Acceso e Interconexión, en los países que han optado por esta modalidad. Se niega de esta manera la posibilidad de que la decisión quede únicamente en manos de una sola de las partes negociadoras del acuerdo comercial, tal y como sucede en Costa Rica. Además, al establecer expresamente la legislación nacional la obligación de los OMR importantes de negociar el acuerdo de acceso e interconexión, y al aceptar este supuesto tanto la doctrina internacional como la legislación internacional, no es viable que se establezca como facultativo la negociación del acuerdo de acceso e interconexión

entre un OMR y un OMV. Esto por cuanto, no existe una limitación expresa por parte de la normativa.

Conclusiones

A lo largo de esta investigación, se estudió el tema del acceso y la interconexión de las telecomunicaciones, así como aspectos generales que influyen en él. Se concluye del análisis anterior, lo que a continuación se expone.

Para que los servicios de telecomunicaciones móviles se puedan prestar a los usuarios, se utilizan diferentes recursos y elementos, dentro de los cuales se identifican los recursos escasos. En esta categoría se han incorporado, entre otros, al espectro radioeléctrico.

A diferencia de otros recursos escasos, el espectro radioeléctrico es un bien demanial, protegido mediante la Constitución Política costarricense. Este elemento es el medio por el cual se transmiten todas las telecomunicaciones inalámbricas. Es por ello y por estar limitada naturalmente su utilización, que el Estado debe vigilar la correcta distribución y administración de las frecuencias para garantizar la eficiencia y el mayor provecho de estas.

En búsqueda de esta correcta distribución y eficiencia en la utilización del espectro es que el país optó por el sistema tradicional de otorgamiento de títulos habilitantes. Incorpora así a la concesión como método para distribuir aquellas frecuencias radioeléctricas de uso comercial y el permiso para todas aquellas bandas que no sean utilizadas con fines lucrativos. Y, a fin de tener un adecuado control de aquellos que brinden servicios de telecomunicaciones al público, se incorporó la autorización como modo de control.

De la misma manera en que el Estado otorga estos títulos, puede revocarlos, con base en las causales establecidas en la legislación costarricense. Dentro de estas se encuentran la no utilización de los recursos de manera adecuada y eficiente así como el incumplimiento contractual en cuanto a los plazos para iniciar operaciones.

De esta manera, normalmente los operadores de telefonía móvil que entran al mercado tienen una concesión por parte del Estado en la cual se les brinda el derecho de explotar exclusivamente ciertas frecuencias del espectro radioeléctrico, a los cuales se les denomina OMR.

Sin embargo, hace ya varios años surgió otro sujeto en el mercado de las telecomunicaciones, el OMV. Este no ostenta un título habilitante que lo autorice a explotar bandas específicas del espectro radioeléctrico, por lo cual es necesario que use las frecuencias de otro operador para poder brindar sus servicios.

En Costa Rica, la figura de los OMV no se encuentra claramente definida en la legislación. No obstante, de la autorización del artículo 23 incisos b) de la LGT, se desprende la posibilidad de que un OMV opere en el país. Esto por cuanto, su figura calzaría en lo estipulado por dicho artículo. Es parecer de los autores de esta tesis, que la SUTEL lleva razón en cuanto a la interpretación realizada, cuando afirma que es efectivamente este artículo el que permite a los OMV participar en el mercado de telecomunicaciones del país.

La práctica internacional ha demostrado que los OMV sirven para dinamizar el mercado en momentos cuando este ha llegado a un estancamiento. Principalmente,

debido a que el nivel de competencia es muy bajo pues los usuarios se han distribuido entre los operadores. Esto haría que los OMV entren de manera posterior a los OMR que han ingresado en el mercado.

En el país se dio de manera inversa. Ya que al momento de abrirse el monopolio, ingresaron primero los OMV al mercado y posteriormente los OMR. Esta situación fue una consecuencia de la interpretación de la SUTEL de la LGT sobre la incorporación de la figura de los OMV, específicamente del artículo 23 inciso b). Es por ello que SUTEL no pudo rechazar la solicitud de autorización de los OMV, lo que permitió su entrada y quedó en manos del ICE la decisión final de negociar con ellos, un acuerdo comercial.

El ingreso a un mercado presenta ciertos obstáculos, principalmente en lo que respecta a la utilización de los recursos escasos propiedad de otros operadores y a la interacción entre competidores. A razón de lo anterior es que la legislación nacional buscó eliminar, o por lo menos reducir algunas de estas barreras, mediante la incorporación de las figuras de acceso e interconexión a la normativa costarricense.

Estas figuras (acceso e interconexión) se dan de manera natural en las telecomunicaciones. Sin embargo, en Costa Rica se les protegió bajo el llamado Régimen de Acceso e Interconexión, el cual garantiza que estas figuras se den de manera efectiva entre los operadores. La legislación costarricense es clara al establecer que este Régimen no fue creado para proteger a los operadores móviles únicamente, sino que cuando las normas hacen alusión al concepto de operador,

este debe de entenderse de manera amplia, por cuanto abarca a todos los diferentes operadores presentes en el mercado.

De igual manera se concluyó que existen varios modelos de regulación de las telecomunicaciones. Los países son libres de seguir un sistema que se acomode mejor a su política regulatoria. Los modelos de regulación definen el nivel de intervención estatal.

En el país se apostó por un modelo altamente regulatorio en donde la SUTEL tiene gran cantidad de potestades. Es parecer de este trabajo que el sistema elegido en Costa Rica es apropiado para la situación actual, ya que el mercado costarricense es joven. Se tiene poco tiempo desde que se abrió el sector y no han pasado ni dos años desde que entraron los nuevos operadores al mercado.

En concordancia con este modelo intervencionista, el Consejo de la SUTEL emitió un acuerdo basado en un informe técnico que elaboró la Dirección General de Mercados, sobre la figura de los OMV y la situación legal que tiene en el país. En dicho documento se considera que estos necesitan una autorización por parte de la SUTEL para poder operar. No obstante, la obligación de establecer un acuerdo de acceso e interconexión, como lo establece el Régimen, no les es aplicable, pues mencionan que el acuerdo entre un OMV y un OMR es de naturaleza comercial.

SUTEL fundamentó su decisión alegando que en este momento, cuando la competencia está apenas iniciándose entre los operadores, implementar obligaciones de acceso e interconexión como las que se encuentran en el Régimen

no es el apropiado, pues el mercado se encuentra funcionando de manera correcta y no es necesario intervenir.

Se confirmó en esta investigación que la SUTEL no iba a imponer obligaciones “nuevas” de acceso e interconexión. Ello, por cuanto, los obligados son los operadores con poder significativo de mercado, los cuales ya tienen este deber impuesto por ley, al atribuírseles dicha condición. En este momento solamente el ICE sería el obligado a dar acceso, pues es el único que posee dicha condición.

Al establecerse que los OMV están incluidos en la legislación, debe dársele un trato igualitario al que se les da a los OMR, pues en ningún momento se hace algún tipo de diferencia entre los OMV y los OMR. Tampoco se especifica que sean sólo los OMR los que están sujetos al Régimen de Acceso e Interconexión, por lo cual debería incluirse a aquellos en dicha normativa.

Lo anterior se agrava en el momento en el que, a pesar de establecerse que el acuerdo entre OMR y OMV es de naturaleza comercial, la SUTEL obliga a los OMV a ciertos requisitos, como por ejemplo, presentar el contrato ante la SUTEL para la revisión de ciertos aspectos, como el derecho de los usuarios, además el incorporar cláusulas de acceso e interconexión, entre otros. Lo mencionado anteriormente es propio del Régimen de Acceso e Interconexión. Surge la duda de si SUTEL tiene la potestad para revisar y aprobar los acuerdos entre OMR y OMV, así como corroborar que estos requisitos se cumplan. No se sabe a ciencia cierta si esto fue de esta forma, si SUTEL se pudo haber opuesto ante una aprobación de los acuerdos de los dos OMV que funcionan actualmente en el país. Tampoco se pueden conocer los acuerdos, debido a que por la naturaleza comercial que les

atribuye la SUTEL, estos serían confidenciales, y no pueden ser accedidos por particulares.

De conformidad con lo anterior, parece existir una doble cara de la SUTEL: por un lado, menciona que los acuerdos son comerciales, pero además impone obligaciones típicas del Régimen de Acceso e Interconexión; por ello, parecen confundirse estos acuerdos con un típico acuerdo entre dos OMR, los cuales sí se encuentran sujetos al Régimen. Con esto no se quiere decir que se está en contra de que SUTEL revise los contratos para verificar que se cumplan los derechos de los usuarios. Se piensa que el regulador tiene una función protectora ante estos, quienes son la parte débil en una relación entre operador-usuario final. Lo que se critica aquí es esa confusión entre OMV y OMR. Estos últimos no están ni en el Régimen de Acceso e Interconexión ni tampoco son de naturaleza comercial propiamente dicha, como argumenta SUTEL.

Tal y como se analizó en la investigación, efectivamente existen diferentes niveles de OMV, desde revendedores hasta OMV completos. Sin embargo, se considera que no todos estos niveles deben de estar sujetos al Régimen. Ello, por cuanto los niveles 1 y 2 no ofrecen al público una oferta nueva de servicios, ya que ni tan siquiera cuentan con elementos de red que los independice del OMR; son simples revendedores de minutos. A diferencia de los OMV, niveles 3 y 4, a los cuales les faltan escasos elementos para tener su propia red. Particularmente, en el caso del OMV completo, el cual únicamente necesita acceso al espectro radioeléctrico para montar su propia red de telecomunicaciones, se considera que se le debe incluir dentro del Régimen. Se concluye que todos los niveles de OMV no pueden ser tratados de igual forma; es parecer de esta tesis que los niveles 1 y 2 pueden ser

categorizados de revendedores y no pueden estar dentro del Régimen, mientras que los niveles 3 y 4 sí se deben incluir.

En cuanto a las consecuencias que puede traer el que no estén incluidos los acuerdos entre OMR y OMV en el Régimen, son varias:

-Para los OMV: podrían generarse discriminación. Recuérdese que SUTEL autorizó a siete OMV para que prestaran sus servicios; no obstante, como solo dos pudieron obtener un acuerdo en la esfera privada con el ICE, únicamente estos dos pueden operar actualmente. Además, pueden existir abusos por parte del OMR en las negociaciones, pues SUTEL no podría intervenir en caso de que existieran condiciones abusivas por parte de este. Tal el caso, de que aproveche su posición de ventaja sobre la marginal situación que pueda tener el OMV, ya que este se encuentra limitado a aceptar la oferta que le ofrezca el OMR, pues de lo contrario no puede operar. Ante estas condiciones, el OMV no podría acudir al regulador para que este intervenga y fije condiciones que sean equitativas, proporcionales, transparentes y no discriminatorias. Además, podría existir algún grado de incertidumbre (en especial el nivel 4 de OMV-el cual inclusive despliega su propia red-) sobre la inversión que realice; ello, por cuanto dependería propiamente del acuerdo privado firmado, si el OMR podría o no darlo por terminado en detrimento del OMV.

- Para los usuarios: existe una incertidumbre de lo que pueda pasar entre las relaciones propiamente de los OMR y OMV. El OMR podría decidir terminar la relación con el OMV por cualquier causa, desde vencimiento del plazo del contrato, hasta algún incumplimiento por parte de alguno que dé como resultado una resolución del contrato. Inclusive alguna maniobra por estarlo afectando a nivel de competencia. ¿Qué pasaría con los usuarios de ese OMV? ¿Serían trasladados al OMR dominante? Lo anterior iría en contra de uno de los derechos de los usuarios

que es el de escoger libremente el operador y la continuación del servicio. Continuando el análisis, en el caso de que se rompa dicha relación, ¿la SUTEL podría intervenir? Dada la naturaleza comercial, parece que la SUTEL se estaría extralimitando si interviniera. En todo caso, la respuesta ante un conflicto entre OMR y OMV se debería ventilar en sede civil. Los derechos de los usuarios podrían ser violados y no es seguro si la SUTEL podría intervenir ante una figura que ella misma le dio una naturaleza, lo que le imposibilitaría hacerlo.

-Para un OMR: Parece que las consecuencias para este no serían muchas. Siempre puede existir una inseguridad jurídica, en tanto SUTEL pueda cambiar condiciones debido al interés general y la protección de los usuarios. Al no estar apropiadamente regulada la figura, parece ser que esta dependería de lo que SUTEL decida.

Aunado a las consecuencias mencionadas anteriormente, podrían presentarse otros problemas, ya a nivel de competencia, es posible un estancamiento del mercado. Al ser cinco operadores que actualmente están en él, estos pueden llegar a distribuirse el mercado de manera cómoda para todos ellos y al no existir la obligación de negociar con otros OMV, esta situación no tendría manera de cambiar, si no existe voluntad de los OMR.

Se concluye, señalando que la hipótesis se cumple parcialmente. Los acuerdos entre OMR y OMV, independientemente de su naturaleza comercial, deben estar sometidos al Régimen de Acceso e Interconexión, con las salvedades expuestas anteriormente con respecto a los niveles de OMV. Esto, debido a que la legislación costarricense no es excluyente de la figura del operador móvil virtual con respecto al Régimen. Ello, por cuanto la normativa es general en cuanto al concepto de operador, lo que en opinión de estos autores, es adecuado, debido a que una rama tan cambiante como las telecomunicaciones no puede limitarse a definir todas las

posibles figuras que pueden generarse en un mercado que se encuentra constantemente evolucionando.

Bibliografía

Acuerdo

SUTEL. Acuerdo N° 002-042-2011 de las 13 horas del 3 de junio del 2011. Acta de sesión extraordinaria N° 042-2011. Costa Rica

Entrevista

MAZÓN VILLEGAS Adrián y MUÑOZ BARQUERO Deryhan. *El Régimen de Acceso e Interconexión y la figura del OMV en Costa Rica*. Entrevista. 13 de marzo del 2013.

Jurisprudencia

AUDIENCIA NACIONAL. Sentencia JUR 2006, 122888 del 12 de diciembre del 2005. España

AUDIENCIA NACIONAL. Sentencia JUR 2006, 123572 del 27 de enero de 2006. España

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución en contestación a la consulta formulada por el operador de cable Cabletelca S.A. en relación a la aplicabilidad de la OIR como marco vinculante para sus negociaciones y acuerdo de interconexión con Telefónica S.A., dispositivo segundo del 4 de marzo de 1999. España

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución relativa al conflicto de interconexión interpuesto por Vodafone España, S.A. contra UNI2 telecomunicaciones, S.A. 23 de octubre del 2003. España

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Resolución sobre el conflicto de interconexión entre Airtel y RSLCom por la firma del Acuerdo General de Interconexión del 20 de julio de 2000. España

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES. Resolución N° RCS-590-2009 a las 15:00 horas del 30 de noviembre del 2009. San José, Costa Rica.

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES. Resolución N° RCS-78-2010. “Intervención de la SUTEL en los procesos de acceso y/o interconexión” a las 16:05 horas del 20 de enero del 2010. San José, Costa Rica.

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES. Resolución N° RCS-307-2009 a las 15:35 del 24 de setiembre del 2009. San José, Costa Rica

SALA CONSTITUCIONAL. Corte Suprema de Justicia. Voto N° 003145-1996 a las nueve horas veintisiete minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y seis. San José, Costa Rica

SALA CUARTA. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asunto N° C-55/06 de 28 de abril de 2008. Recuperado el 26 de junio del 2013. Encontrado en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72072&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2637171>

SALA DE LO CONTENCIOSO. Audiencia Nacional. Rog: SAN 744/2009 del 12 de enero del 2009. Madrid, España

SALA SEGUNDA. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asunto N° C-64/06 de 14 de junio de 2007. Recuperado el 26 de junio del 2013. Encontrado en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=61003&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3119848>

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección V. Poder Judicial. Sentencia N°08-2013 a las 4:00 horas del 7 de febrero del 2013.

TRIBUNAL SUPREMO. Poder Judicial. Sentencia REC 4228/2005 del 15 de abril del 2008. España

TRIBUNAL SUPREMO. Poder Judicial. Sentencia RJ 2008, 361 del 14 de diciembre del 2007. España

Informe

Dirección General de Mercados. SUTEL. Informe técnico – jurídico: Operadores Móviles Virtuales. Oficio 1085-SUTEL-DGM-2011. 2011.

Legislación

Constitución Política. Del 8 de noviembre de 1949. En Colección de Leyes y Decretos Semestre: 2, Tomo: 2, Página: 724. Costa Rica.

Decisión Espectro Radioeléctrico N° 676/2002/CE. 7 de marzo de 2002. Sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea Parlamento Europeo y del Consejo.

Directiva de Acceso e Interconexión, N° 2002/19/CE. Parlamento Europeo y del Consejo del 7 de marzo de 2002. Relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas, recursos asociados, y a su interconexión. Unión Europea.

Directiva Marco N° 2002/21/CE. Parlamento Europeo y del Consejo del 7 marzo del 2002. Relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Unión Europea.

Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, N° 7593 del 9 de agosto de 1996. Publicada en el diario oficial La Gaceta N°169 del 5 de setiembre del 1996. Costa Rica.

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472 de 20 de diciembre de 1994. Publicada en el periódico oficial La Gaceta N° 14 del 19 de enero de 1995. Costa Rica.

Ley General de la Administración Pública, N° 6227 del 2 de mayo de 1978. En Colección de Leyes y Decretos Semestre: 1, Tomo: 4, Página: 1403. Costa Rica.

Ley General de Telecomunicaciones, N° 32/2003 del 3 de noviembre del 2003. España.

Ley General de Telecomunicaciones, N°8642 del 4 de junio del 2006. Publicada en el diario oficial La Gaceta N° 125 el 30 de junio del 2008

Plan Nacional de Numeración. Decreto Ejecutivo N° 35187-MINAET del 16 de abril del 2009. Publicado en el diario oficial La Gaceta N°84 del 4 de mayo del 2009. Costa Rica.

Real Decreto N° CTE/601/2002 del 28 de junio del 2002. Por el que se regulan las bases y régimen de funcionamiento de la línea de apoyo a la capitalización de empresas de base tecnológica y se realiza la convocatoria de ayudas a que se

refiere dicha línea. Publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 169 del 16 de julio del 2002. España.

Reglamento de Acceso e Interconexión de las Redes de Telecomunicaciones. Decreto Ejecutivo de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos de Telecomunicaciones del 6 de octubre del 2008. Publicado en el diario oficial La Gaceta N° 201, Alcance N°40 del 17 de octubre del 2008. Costa Rica.

Reglamento de la Ley General de Telecomunicaciones, N° 34765-MINAET del 22 de setiembre del 2008. Publicado en el diario oficial La Gaceta N° 186 del 26 de setiembre del 2008. Costa Rica.

Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones, N° 10-A del 18 de marzo 2010. Publicado en el diario oficial La Gaceta N°72 del 15 de abril del 2010. Costa Rica.

Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Centro América y República Dominicana, N° 8622 del 21 de noviembre del 2007. Publicado en el diario oficial La Gaceta N° 246, Alcance N° 40 del 21 de diciembre del 2007. Costa Rica.

Libros

ALFONSO VELÁSQUEZ Olga Lucía. *Derechos de las nuevas tecnologías: la interconexión de redes de telecomunicaciones*. Madrid: REUS, 1 ed., 2006.

ARAUJO JUÁREZ José. *Los títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones en Venezuela*. Jorge Fernández Ruiz y Juan Rivera Hernández (Coordinadores). La Concesión de las Telecomunicaciones. Serie Estudios Jurídicos N° 177. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2011.

CABANELLAS DE TORRES Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Editoria Heliasta, S.R.L. 1 ed., 1979

CAMPOS SÁNCHEZ Manuel. *El espectro radioeléctrico*. Tomás de la Quadra y Salcedo Fernández del Castillo (Director). Derecho de la Regulación Económica. IV Telecomunicaciones. Madrid: Editorial Iustel. 2009.

CARRASCO PERERA Ángel y CORDERO LOBATO Encarna. *Telecomunicaciones y Derecho Inmobiliario*. Ángel Carrasco Perera (coordinador). Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2005.

CHILLÓN MEDINA José María. *Entrada y salida del mercado*. La condición de operador de telecomunicaciones. Tomás de la Quadra y Salcedo Fernández del Castillo (Directores). Derecho de la Regulación Económica. Vol. IV. Telecomunicaciones. Madrid: Iustel, 1 ed., 2009.

DE SAN PÍO ALADRÉN José Luis y MOTILLA RUBIA María Esperanza. *La numeración: un recurso público escaso. Examen de su evolución normativa*. Telecomunicaciones: Estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada. Carmen Chinchilla Marín (Coordinadora). Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2000.

DROMI Roberto. *Telecomunicaciones, Interconexión y Convergencia Tecnológica*. Buenos Aires: Hispania Libros, 1 ed. 2008.

FERNÁNDEZ GARCÍA Lionel D. *Eficacia práctica de la regulación: análisis jurídico de varios puntos clave*. Telecomunicaciones: Regulación y Mercado. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. 2 ed., 2007.

FERNÁNDEZ VÁZQUEZ Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981.

GÓMEZ Juan Carlos. *La mayor subasta de todos los tiempos. Lecciones en materia de telecomunicaciones*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios en Derecho de las Telecomunicaciones. 1 ed., 2003.

GONZÁLEZ LÓPEZ Edgar. *Lecciones en materia de telecomunicaciones*. Colombia: Cargraphics, S.A. 1 ed., 2003.

Gran Diccionario Enciclopédico Salvat. México, D.F.: Salvat Editores, S.A. 1997.

Grupo de Análisis y Prospectiva del Sector de las Telecomunicaciones (GAPTEL). *Comunicaciones móviles e inalámbricas*. PÉREZ Jorge (coordinador) Madrid: Red.es, Setiembre 2005.

HANK Intven. *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*. Washington DC. Banco Mundial. 2000. (disponible en www.infodev.org/en/Document.)

HERNÁNDEZ OCHOA César E. *Títulos habilitantes y discrecionalidad en las telecomunicaciones mexicanas*. La concesión de las telecomunicaciones. Jorge Fernández y Juan Rivera (Coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos. N° 177. Universidad Nacional Autónoma de México. 1 ed., 2011.

JINESTA LOBO Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo I*. Parte General. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. 1 ed., 2002.

LAGUNA DE PAZ José Carlos. *Telecomunicaciones: regulación y mercado*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. 2 ed., 2007.

LAVILLA RUBIRA Juan José. *Interconexión y acceso*. Tomás de la Quadra y Salcedo Fernández del Castillo (Director). Derecho de la Regulación Económica. IV Telecomunicaciones. Madrid: Editorial Iustel. 2009.

MÁRQUEZ GÓMEZ Daniel. *Uso del espectro radioeléctrico en México*. La concesión de las telecomunicaciones. Jorge Fernández y Juan Rivera

(Coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos. N° 177. Universidad Nacional Autónoma de México. 1 ed., 2011.

MARTI DEL MORAL Antonio y DE LA TORRE MARTÍNEZ Lourdes. *Las obligaciones de servicio público*. Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (Director). Derecho de la Regulación Económica. IV Telecomunicaciones. Madrid: Editorial Iustel, 2009.

MARZO COSCULLUELA Javier. *El dominio público radioeléctrico*. Carmen Chinchilla Marín (Coordinadora). Telecomunicaciones: Estudios sobre dominio público y propiedad privada. Barcelona-Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2000.

MENDOZA LOSANA Ana y CARRASCO PERERA Ángel. *Interconexión y acceso a redes*. Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Director Almudena Arpón Mendivil Aldama y Ángel Carrasco Perera). Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 1 ed., 1999.

MENDOZA LOSANA Ana. *La Obligación de interconexión de redes de telecomunicaciones: fuentes, contenido y resolución de conflictos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2008.

MENDOZA LOSANA Ana. *Obligaciones de acceso e interconexión en el nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas. Efectos sobre el mercado minorista*. Ángel Carrasco Perera (coordinador). Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo. Editorial Aranzadi S.A. Navarra: 2005.

MONTERO PASCUAL Juan J. *Competencia en las comunicaciones móviles de la telefonía a Internet*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.

MONTERO PASCUAL Juan José. *Competencia en las comunicaciones móviles: de la telefonía a Internet*. Tirant lo Blanch. Valencia: 2000.

MONTERO PASCUAL Juan José. *Derecho de las telecomunicaciones*. Tirant lo Blanch. Valencia: 2007.

MORÁN RIVERO José Manuel y SOLER MATUTES Pere. *Acceso, interconexión y numeración en redes de comunicaciones electrónicas*. Miguel Sánchez Blanco (Director) Jurisprudencia de Telecomunicaciones. Navarra: Aranzadi, S.A. 1 ed., 2008.

PÉREZ VARGAS Víctor. *Derecho Privado*. San José: Editorial LIL S.A. 1 ed., 1994.

PIÑERO Alicia. *Desregulación telefónica*. Serie Servicios Públicos. Director Roberto Dromi. N°1. Buenos Aires-Madrid: Editorial Ciudad Argentina. 2001.

SALINAS Alexia y SOLER Pere. *Títulos habilitantes para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas*. Jurisprudencia de Telecomunicaciones. España: Editorial Aranzandi, 1 ed., 2008.

SILVA GUERRERO Lucila. *Las concesiones en materia de telecomunicaciones*. La concesión de las telecomunicaciones. Jorge Fernández y Juan Rivera (Coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos. N° 177. Universidad Nacional Autónoma de México. 1 ed., 2011.

UIT-T. Recomendación UIT-T E.164. Serie E: Explotación General de la Red, Servicio Telefónico, Explotación del Servicio y Factores Humanos Explotación de las relaciones internacionales. Plan de numeración del servicio telefónico internacional Plan internacional de numeración de telecomunicaciones públicas. Ginebra, Suiza. 2011.

WALDEN Ian y ANGEL John. *Telecommunications Law and Regulation*. New York: Oxford University Press. 2 ed., 2005.

Páginas web

Real Academia Española. [Versión en línea]. Encontrado en:
<http://www.rae.es/rae.html>

Revistas

CASTRO MONGE Edgar. *Operadores móviles virtuales en España: ¿habrá posibilidades para ellos en Costa Rica?* Revista de Ciencias Económicas Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de Costa Rica. Volumen 29. N°1. San José: Editorial Universidad de Costa Rica. 2011.

CASTRO MONGE Edgar. *Una visión general sobre la regulación en los mercados de telefonía móvil.* Revista de Ciencias Económicas. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de Costa Rica. Volumen 29. N° 2. Julio-diciembre. San José: Editorial Universidad de Costa Rica. 2011.

Contraloría General de la República *Informe de Relatoría del X Congreso Latinoamericano y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores...* Revista Fiscalización y gestión pública Vol 1. N°.1. Contraloría General de la Republica y Universidad de Costa Rica. 1994

ALONSO SALTERAN Sylvia. *Las comunicaciones móviles.* Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI). N° 33. Setiembre-Diciembre. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, S.A. 2008

Trabajo final de graduación

SOLÍS SOTO Fabián. *Operadores Móviles Virtuales en Costa Rica*. Tesis de grado para optar por la Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2012.

Anexo

Acuerdo del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones

N° 002-042-2011

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA Nº 042-2011

A LAS TRECE HORAS DEL 03 DE JUNIO DEL 2011

SAN JOSÉ, COSTA RICA

SESIÓN EXTRAORDINARIA CUARENTA Y DOS

Acta de la sesión celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en la sala de sesiones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, a las catorce horas del tres de junio del dos mil once. Preside la señora Maryleana Méndez Jiménez. Asiste don Carlos Raúl Gutiérrez Gutiérrez y don George Miley Rojas.

Participa el señor Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo y la señora Cinthya Arias Leitón, Jefe Dirección General de Mercados.

ARTICULO 2 ASUNTOS DE LA DIRECCION DE MERCADOS

1. INFORME TÉCNICO JURÍDICO OPERADORES MÓVILES VIRTUALES.

De inmediato la señora Presidenta del Consejo somete a conocimiento de los señores Miembros el documento 1085-SUTEL-DGM-2011, de mayo del 2011, elaborado por la Dirección General de Mercados y titulado “*Operadores Móviles Virtuales*”, informe técnico-jurídico.

De inmediato la señora Cinthya Arias Leitón, Jefe Dirección General de Mercados, procedió a brindar una explicación sobre el particular, destacando que el informe se originó de conformidad con lo dispuesto por el Consejo mediante acuerdo 005-019-2011 de la sesión ordinaria 019-2011, celebrada el 16 de marzo del 2011 y dentro de las solicitudes se destaca el ofrecer elementos que permitan aclarar la definición de OMV, establecer una categorización de estos operadores de acuerdos al tipo de negocio que desarrollen, analizar las condiciones que determinan la conveniencia de permitir su operación en Costa Rica y analizar el impacto general que su desarrollo puede tener en el mercado.

Destaca que la metodología seguida fue la revisión general de conceptos y el nivel de concordancia en la aplicación de los mismos en el caso de Costa Rica, en análisis del desarrollo de OMVs en países con mercados con diversos niveles de desarrollo de su mercado de telecomunicaciones, el análisis de escenarios de impacto económico y de escenarios regulatorios.

De inmediato se refirió al punto de partida en Costa Rica (contextualización) haciendo ver que los elementos básicos para el análisis que se tomaron en cuenta fueron: la cantidad de usuarios de telefonía móvil, el nivel de penetración, la distribución entre prepago y postpago y la evolución del tráfico.

Luego de referirse a cada uno de dichos elementos básicos señaló que dentro de las conclusiones del contexto, en Costa Rica se puede detallar un mercado móvil sumamente dinámico, un crecimiento en el número de suscriptores, un nivel de penetración con muestras de espacio para el crecimiento de telefonía móvil en diversas modalidades, opciones claras para operador móvil de red (OMR) u operadores móviles virtuales (OMVs) de ampliar la penetración y participación, ofrecer opciones con valor agregado diferentes, acelerar consumo (minutos) y mejores opciones de precio, escenario que puede resultar favorable al usuario final.

Por otra parte, se refirió a la clarificación conceptual dentro del cual hizo mención a los cuatro tipos de OMVs, esto es de nivel 1 (revendedor de servicios móviles), nivel 2 (proveedor de servicios móviles, nivel 3 (revendedor de servicios avanzados) y nivel 4 (OMV completo).

Sobre el nivel 3 de la clasificación conceptual, se suscitó un cambio de impresiones dentro del que se hizo referencia a la importancia de que el operador tenga el título habilitante y la conveniencia de que el contrato de la OMV sea lo más genérico posible.

Asimismo, se señaló la importancia de definir que no es obligatorio para la OMR llegar a un acuerdo comercial con un OMV, sino que, más bien, es facultativo, mientras que para el nivel 4 se requiere un acuerdo de acceso a interconexión que no incluye el uso del espectro y que no es un acuerdo de acceso a interconexión, sino un acuerdo de interconexión entre la OMV y la OMR.

Nuevamente la señora Arias Leitón tomó la palabra para referirse a la revisión general de experiencias en otros mercados, específicamente el mercado español y las estrategias comerciales destacando que, en estos casos la aparición de OMV y su regulación en general se ha dado en mercados que ya contaban con OMR establecidos y en régimen de competencia, además de que existe una regulación equilibrada que favorece el desarrollo del mercado.

Por otra parte, se generan impactos positivos en los precios pero los mayores beneficios se derivan del valor agregado ofrecido al cliente, además de que las OMVs tienen a desarrollar estrategias complementarias a las OMRs y no a competir directamente.

Luego de que hiciera referencia los factores del entorno competitivo actual, la señora Arias Leitón se refirió a los escenarios comerciales aplicables al caso de Costa Rica y la proyección comercial del mercado con OMVs.

Dentro de las consideraciones finales la señora Jefe de la Dirección General de Mercados destacó que en el caso de la nomenclatura debe haber una estandarización, así como que el término “operador prepago móvil” sea sustituido por OMV nivel 1 (Revendedor de servicios móviles), OMV nivel 2 (Proveedor de servicios móviles) OMV nivel 3 (Proveedor de servicios avanzados) y OMV nivel 4 (Operador móvil virtual completo).

En cuanto a los requisitos de admisibilidad, se debe modificar la resolución del Consejo de la SUTEL RCS 588-2009, con el fin de ampliar los requisitos de admisibilidad para los OMVs y solicitar expresamente el acuerdo comercial suscrito entre el OMR y el OMV.

En el caso de la numeración, agrega, se debe estandarizar la forma en que se asignará el recurso numérico a los OMVs. En ese sentido, la asignación de recurso numérico propio a los OMV niveles 1 y 2 resulta innecesario por lo que debe requerirse al OMR huésped la renuncia a un bloque de numeración a favor del OMV.

En cuanto al OMV nivel 3, debe valorarse la posibilidad de asignárseles recurso numérico propio tomando en consideración que cuenta con elementos de red suficientes, mientras que el OMV nivel 4 debe asignársele recurso numérico propio y éste es el único tipo de OMV que deberá contar con un MNC propio.

Asimismo, en cuanto al papel del regulador no existen indicios que hagan prever de manera ex ante elementos que limiten la competencia y el ingreso de OMVs al mercado, además de que el papel del regulador debe estar supeditado al análisis y observancia del desenvolvimiento de los acuerdos comerciales entre las partes (OMVs – OMRs; OMVs – suscriptores).

Después de analizado el tema objeto de este artículo, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, con base en la documentación conocida en esta oportunidad, así como tomando en cuenta lo señalado en el informe técnico-jurídico 1085-SUTEL-DGM-2011, resuelve:

ACUERDO 002-042-2011

Una vez analizado el informe técnico-jurídico “Operadores Móviles Virtuales” remitido por la Dirección General de Mercados mediante documento 1085-SUTEL-DGM-2011 de mayo del 2011, este Consejo acuerda establecer:

En cuanto al título habilitante:

1. Que los operadores móviles virtuales (OMVs), al brindar servicios de comunicaciones móviles de voz y datos, son operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y por ello deben contar con el respectivo título habilitante.
2. Que en este sentido, dado que el modelo de negocio de los OMVs se basa en la contratación de capacidad a los operadores móviles (OMRs) ya existentes, el título habilitante requerido por un OMV es una autorización por parte de la SUTEL.
3. Que por lo tanto, la SUTEL podrá otorgar autorizaciones para la prestación de servicios en la modalidad de operadores móviles virtuales, a todos aquellos solicitantes que cumplan a cabalidad con los requisitos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones, ley 8642, el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, y la resolución del Consejo de la SUTEL RCS 588-2009 de las 2:25 horas del 30 de noviembre del 2009, publicada en el Diario Oficial La Gaceta 245 del 17 de diciembre del 2009.
4. Que de ahora en adelante, el término “operador prepago móvil” será sustituido por “operador móvil virtual”.
5. Que este Consejo aprueba la clasificación de OMVs incorporada en el informe técnico – jurídico mediante documento 1085-SUTEL-DGM-2011, a saber:
 - OMV nivel 1: Revendedor de servicios móviles,
 - OMV nivel 2: Proveedor de servicios móviles,
 - OMV nivel 3: Proveedor de servicios avanzados,
 - OMV nivel 4: Operador móvil virtual completo.
6. Que no obstante, este Consejo considera que el tipo de OMV deberá ser determinado por cada solicitante de título habilitante y dependerá del Acuerdo Comercial que suscriba con el OMR, razón por la cual la Superintendencia únicamente otorgará autorizaciones bajo la denominación general de “operador móvil virtual”.

En cuanto a las condiciones de calidad de los servicios de los OMVs:

1. Las condiciones mínimas de calidad aplicables a los servicios prestados por OMVs y las condiciones de evaluación respecto a la calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarias para una eficiente y eficaz prestación de los servicios, serían las mismas que rigen a un OMR. En este sentido, los servicios móviles prestados por los OMVs deberán ajustarse a las disposiciones del Capítulo Quinto del Reglamento de Prestación y Calidad de los servicios, publicado en el Diario Oficial La Gaceta 82 del 29 de abril del 2009.

En cuanto a los derechos de los usuarios finales:

1. Todo OMV deberá acatar el Régimen de protección a la intimidad y derechos del usuario final contemplado en el Capítulo II de la Ley 8642, y las obligaciones estipuladas en el Reglamento sobre el régimen de protección al usuario final de los servicios de telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial La Gaceta 72 del 15 de abril del 2010.
2. Que resulta esencial destacar que todo OMV debe proveer al usuario final, la información clara, veraz y transparente sobre el servicio que se le está presentando. En este sentido, este Consejo determina que el OMV debe consignar expresamente en sus contratos de adhesión, que la calidad del servicio de voz y datos que se brinda es igual a la del OMR huésped, por

encontrarse utilizando su red y frecuencias.

En cuanto al acuerdo entre los OMVs y los OMRs y el recurso numérico:

1. Que la relación entre los OMVs y OMRs se perfecciona mediante un **Acuerdo Comercial**. No obstante, se aclara que **no** existe una obligación de los OMRs de suscribir el Acuerdo Comercial con los OMVs y permitir que estos operadores hagan uso de sus frecuencias para la prestación de servicios. En este sentido, queda a discreción de los OMRs la elección de los OMVs con los cuales quiera establecer una relación comercial.
2. Que todo Acuerdo Comercial, una vez suscrito, debe ser remitido a esta Superintendencia para efectos de valorar el estado del mercado de las telecomunicaciones, los niveles de competencia, verificar el cumplimiento de los parámetros de calidad, la protección de los derechos de los usuarios finales, el uso eficiente del recurso numérico, entre otros.
3. Que aunado a ello, se determina que esta Superintendencia no se encuentra facultada para intervenir en las negociaciones entre OMVs y OMRs y por lo tanto el régimen de acceso e interconexión previsto en el Capítulo III de la Ley 8642 y en el Reglamento de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial La Gaceta 201 del 17 de octubre del 2008, no les sería aplicable.
4. Que sin embargo, todo Acuerdo Comercial entre: (a) OMVs nivel 3: Proveedores de servicios avanzados y OMRs; y (b) OMVs nivel 4: Operadores móviles virtuales completos y OMRs, debe incorporar un capítulo o anexo referente al acceso e interconexión de sus redes. Que dicho anexo será necesario e indispensable para la asignación de recurso numérico propio a los OMVs niveles 3 y 4. Para ello, dichos operadores deben además cumplir a cabalidad con el procedimiento establecido en RCS-590-2009 de las 15:00 horas del 30 de noviembre del 2009, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 9 del día 14 de enero del 2010 y sus modificaciones.
5. Que en este orden de ideas y con el fin de asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del recurso numérico escaso, tal y como lo define el inciso g) del artículo 2 de la Ley 8642, esta Superintendencia no asignará recurso numérico propio a los OMVs niveles 1: Revendedores de servicios móviles y OMVs nivel 2: Proveedores de servicios móviles. En estos casos, el Acuerdo Comercial suscrito debe consignar expresamente que el OMR huésped renuncia a un bloque de numeración a favor del OMV.