

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República me refiero al oficio n.º0060-199-2020, del 20 de mayo de 2020, en cuya virtud formula las siguientes interrogantes relacionadas con el servicio de telefonía fija, su relación con el objeto del régimen de acceso universal y el servicio universal de telecomunicaciones, así como los mecanismos de asignación de los recursos públicos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) para financiarlo que están autorizados en el marco legal costarricense:

"¿Cuáles servicios de telecomunicaciones son considerados por la legislación vigente como servicios de acceso y servicio universal?"

¿Es el servicio de telefonía fija que presta el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) un servicio de acceso universal y un servicio universal en los términos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones?

¿Cuáles servicios pueden ser financiados con los recursos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL)?

¿Puede ser financiado el déficit de acceso en la prestación del servicio de telefonía fija del ICE con recursos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL)?

¿Cuáles son los mecanismos de asignación de recursos del FONATEL autorizados en el marco jurídico costarricense?

¿Es el mecanismo establecido en el artículo 111 del Reglamento al Título II Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, N° 8660, un mecanismo válido y vigente para asignar en forma directa recursos del Fondo

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 2

Nacional de Telecomunicaciones (FONA TEL) al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)?”

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (N.º6815 del 27 de setiembre de 1982), adjunta usted el criterio legal rendido por la División Jurídica del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), mediante oficio n.º 256-73-2020, de misma fecha, en el que indica en orden a la viabilidad legal de financiar el déficit de acceso del servicio de telefonía fija que presta dicha institución con recursos del FONATEL, de acuerdo con las nociones que de dicho servicio maneja el ordenamiento, a su consideración como servicio universal, partiendo de las declaraciones e informes emitidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), en particular, en la cuarta edición de su Informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones de 1998; y aclara que conforme han evolucionado las tecnologías y el desarrollo de nuevos servicios, la necesidad de la universalidad se ha ampliado a otros servicios tales como el acceso a internet de banda ancha, respondiendo a los cambios de comportamientos en el consumo de los usuarios, quienes abandonan, y en forma cada vez más acelerada, el uso de la telefonía y la han sustituido por la transferencia de datos; pero sin que esa sustitución suponga que no siga siendo una necesidad para muchas sociedades el universalizar la instalación de una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija en cada hogar; sentir que ha sido recogido en las legislaciones que rigieron la apertura de los mercados en nuestra región, de lo que es muestra la Ley General de Telecomunicaciones (n.º8642, del 4 de junio de 2008) – en lo sucesivo LGT – cuyo Transitorio VI incluyó dentro del concepto de acceso universal a la telefonía pública y como un servicio universal a la conexión fija a la red pública. Señala que la dinámica de prestación de los servicios por parte del ICE desde su creación en 1949, fueran de electricidad o telecomunicaciones, se caracterizó, a tono con nuestro modelo de Estado social de Derecho, por aplicar el principio de universalidad, al priorizar el objetivo de cobertura a nivel nacional y acceso a todo costarricense por encima del costo que ello podía implicar, y el principio de solidaridad, al utilizar mecanismos de financiamiento a través de subsidios de los servicios rentables a los no rentables, privilegiando así la rentabilidad social por encima de la rentabilidad financiera de la actividad. Añade que esta realidad está reconocida incluso por el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (aprobado por Ley n.º8622 del 21 de noviembre de 2007, junto con las enmiendas por Ley n.º8664 del 3 de setiembre de 2008) – CAFTA-RD por sus siglas en inglés – como parte de los compromisos asumidos por el país en materia de telecomunicaciones, en los que el proceso de apertura del sector se haría en estricta conformidad con las garantías de universalidad y solidaridad en el suministro de estos servicios a cargo del ICE, para lo que se estipuló que el uso de su infraestructura sería remunerada, dentro de ese objetivo de fortalecer y modernizar la entidad. Estos principios fueron luego recogidos en las letras b) y c) del

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 3

artículo 2 y a) y b) del artículo 3 de la LGT, al igual que en el artículo 6 del Reglamento de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad (n.º07-73 del 18 de diciembre de 2018) – en adelante, RAUSUS – y plasmados en la creación normativa de las nociones de acceso universal y servicio universal, según los artículos 32 y 33 de la misma LGT. Con base en esas consideraciones afirma: *"para que un servicio de telecomunicaciones pueda ser considerado un servicio de acceso universal o un servicio universal, debe existir un criterio social que prevalezca sobre un criterio de rentabilidad financiera, o lo que es lo mismo, que el costo de prestarlos sea mayor que el ingreso que se percibe, con el fin de poder prestarlos cumpliendo con parámetros de calidad, oportunidad, eficiencia y, sobre todo, precios asequibles."* Por lo que se refiere al organismo competente para definir los servicios que deben ser considerados de acceso o servicio universal, indica que de conformidad con el citado artículo 33 de la LGT y el artículo 9 del RAUSUS, le corresponde al Poder Ejecutivo con la asesoría de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), al momento de definir las metas y prioridades necesarias en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (PNDT), que deberá contener una agenda de solidaridad digital que garantice los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento a las poblaciones vulnerables y disminuya la brecha digital, aclarando que si bien debe considerar como mínimo los servicios descritos en el Transitorio VI de la LGT – entre los que se incluyen el servicio telefónico fijo – en sus sucesivas revisiones deberá incorporar las necesidades de los habitantes y las mejoras que procedan como resultado de la evolución tecnológica. En lo que respecta al financiamiento del servicio universal, sostiene que proviene del FONATEL creado por el artículo 34 de la LGT, bajo la administración de la SUTEL a través de un fideicomiso; siendo que, para la asignación de sus recursos la legislación vigente contempla tres mecanismos: i) La imposición de obligaciones de acceso y servicio universal a los operadores y proveedores en sus respectivos títulos habilitantes; ii) el concurso público y, iii) la asignación directa al ICE. De seguido explica cada uno de los mecanismos, señalando que los dos primeros se establecen en el artículo 36 de la LGT y el tercero en el artículo 111 del Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (Decreto Ejecutivo n.º 35148-MINAE del 24 de febrero de 2009), haciendo un repaso de los supuestos, criterios y de la metodología para el cálculo de su costo que prevé el RAUSUS con la imposición de obligaciones, para después detenerse en el concurso público, cuestionando la legalidad de la priorización que el artículo 34 del mismo reglamento le confiere en su uso debido a que la ley no estableció jerarquía de aplicación alguna y pese a las falencias detectadas por la Contraloría General de la República en su último informe relativo a la Eficacia de los proyectos financiados con recursos del FONATEL, en el sentido de que el modelo de concurso público no está cumpliendo con el logro de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, para lo que instruyó al Presidente del Consejo de la SUTEL el valorar la factibilidad de hacer uso de las vías alternativas que la ley faculta, como la imposición

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 4

de obligaciones, en futuros proyectos. Señala que, de acuerdo al mismo reglamento, cada concurso debe regirse por las reglas de la Ley de Contratación Administrativa (n.º7494 del 2 de mayo de 1995) – en adelante LCA – y estar definido en un Plan anual de proyectos y programas elaborado por la SUTEL, en los que deberá determinar la población objetivo y los tipos de servicios a financiar. Resalta que el mecanismo de concurso es el único utilizado hasta el momento por la SUTEL para asignar los recursos del FONATEL y que el Grupo ICE es el operador que ha resultado adjudicatario de la mayor cantidad de proyectos de acceso y servicio universal (más de un 70%) desde la apertura del mercado de las telecomunicaciones. En lo referente al tercer modelo de asignación directa, el ente consultante reprocha que pese a estar *"autorizado desde el año 2009, no ha sido nunca utilizado por la SUTEL, a pesar de haber sido solicitado en reiteradas ocasiones por parte del ICE, para efectos de obtener financiamiento directo del FONATEL en los proyectos de acceso y servicio universal que existían a su cargo en el momento de entrada en vigencia de las leyes de apertura del mercado"*. Finalmente, aborda el tema de la situación deficitaria de la telefonía fija a cargo del ICE, en el que explica que, históricamente, las empresas públicas de telecomunicaciones cuando funcionaban en régimen de monopolio no incluían la totalidad del costo de la red de acceso de dicho servicio en los precios finales fijados al consumidor, para así garantizar su accesibilidad y cobertura para toda la población y en todo el territorio, por lo que se financiaba, según se indicó antes, a través de subsidios cruzados, los que ante el cambio de entorno con la apertura o liberalización de los mercados de telecomunicaciones se consideran una distorsión *"indeseable"* para la sana competencia que debía eliminarse, lo que puso en evidencia la existencia de un déficit en la red de acceso del servicio de telefonía fija que, en la experiencia de Reino Unido o España – de la que interesa su mención a los instrumentos ideados en el Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones de España y la Ley 3212003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (actualmente derogadas) – se buscó solucionar regulatoriamente con medidas alternativas tales como el rebalanceo tarifario, cargos adicionales en tarifas mayoristas de terminación en la red fija o imposición de obligaciones de servicio universal, para compensar al operador incumbente por las pérdidas que le generaba la prestación del servicio de telefonía fija con carácter social. Añade que, en el caso costarricense, la operación de la red fija también genera déficit, pero que, a diferencia de esos otros países, con el proceso de apertura del sector no existió una imposición expresa de obligaciones de acceso y servicio universal al ICE, ni en la LGT, ni con la adecuación de su título habilitante en el 2010; mucho menos, se implementaron medidas compensatorias como las citadas para reequilibrar el costo del servicio. Después, hace un recuento de las acciones concretas y solicitudes que desde el 2008 ha hecho el ICE, en especial ante la SUTEL, para obtener financiamiento del FONATEL e implementar medidas temporales para lograr el equilibrio tarifario y eliminar el déficit del servicio de la telefonía fija que no prosperaron, pese a que la situación deficitaria

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 5

de dicho servicio se ha ido agravando con el tiempo – para lo que da una estimación del monto con base al análisis financiero hecho por la misma institución por el periodo 2015-2019 –, a lo que advierte, de un lado, que a partir del año 2015, la Sala Constitucional estimó que la prestación del servicio de telefonía fija del ICE debe cumplir con los atributos propios del servicio público, en cuanto a obligatoriedad, calidad, continuidad y precios razonables, sin que sea posible su denegación por razones presupuestarias o técnicas; y de otro, la entrada de nuevos operadores de telefonía celular móvil, servicio que empieza a sustituir al servicio de telefonía fija (lo que denomina efecto sustitución fijo-móvil) y provoca que disminuya la cantidad de clientes de telefonía fija entre quienes poder distribuir los costos fijos de su acceso. Concluye, afirmando la procedencia legal de que los recursos del FONATEL le sean asignados al ICE a efectos de compensar el déficit de acceso de la red fija producto de la obligación de tener que seguir operando un servicio de acceso universal y un servicio universal de acuerdo con la LGT, al igual que dar mantenimiento a dicha red sin la asignación del debido subsidio, y considera que el mecanismo de asignación de recursos que resulta más eficiente y oportuno es la asignación directa contemplada en el citado artículo 111 del Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones o en su defecto, la imposición de obligaciones en el título habilitante.

Tomando en cuenta la materia sobre la que versan las preguntas formuladas, se estimó oportuno contar con el criterio de la SUTEL acerca de la presente consulta, antes de emitir el pronunciamiento solicitado, el que fue rendido mediante oficio n.º 02557-SUTEL-SCS-2021, del pasado 24 de marzo, en cuya virtud se pone en conocimiento del acuerdo de su Consejo Directivo n.º001-022-2021, de la sesión extraordinaria n.º022-2021, celebrada ese mismo día, en que se acoge el informe n.º02430-SUTEL-UJ-2021, del 19 de marzo del 2021, que analiza y da respuesta a cada una de las preguntas formuladas por el ICE, según se expone de seguido y sin perjuicio de su tenor literal. En orden a la primera interrogante sostiene que los servicios de telecomunicaciones disponibles al público que pueden ser considerados objeto del servicio de acceso y servicio universal, de acuerdo a la concepción que de estos términos maneja la LGT en su artículo 6, incisos 1), 22) y 24), en relación con el artículo 8 del RAUSUS, son los así definidos en el PNDT, siendo que, el acceso y servicio universal varía de acuerdo con el carácter evolutivo de su contenido, según las necesidades del mercado, de la sociedad y los avances tecnológicos, lo que es actualizado por el Poder Ejecutivo cada cierto periodo cuando se emite dicho plan, y cumplir con los objetivos establecidos en el artículo 32 de la LGT y las metas y prioridades definidas en su Transitorio VI. Estos objetivos consisten en promover el acceso de servicios en zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro no sea financieramente rentable, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 6

para acceder a ellos y para albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos. Indica que para el cumplimiento de estos objetivos se deben respetar los principios rectores de universalidad, solidaridad, competencia efectiva y no discriminación (letras a), b), f) y g), artículo 3 LGT), al igual que el principio de igualdad de oportunidades (artículo 6 RAUSUS), por lo que resulta indispensable que para la selección de los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones a los que se les encomiende los programas o proyectos con cargo de FONATEL exista competencia y se respete el principio de neutralidad competitiva o no discriminación, definido en el artículo 3 inciso g) de la LGT, de forma que puedan participar de forma equitativa en los concursos de asignación de fondos; lo que aplica también para las poblaciones beneficiadas de forma que no se brinde un trato menos favorable o discriminatorio. Y transcribe una parte del PNDT vigente en cuanto establece que deberá asegurarse *"la amplia participación de todos los posibles oferentes"*. En orden a la segunda interrogante aclara que, si bien la LGT no contempla una definición expresa de *"red fija"*, esta se desprende de la noción de *"red de telecomunicaciones"* contenida en el inciso 19 de su artículo 6, como la que se desarrolla mediante la tecnología de conmutación de circuitos y la de conmutación de paquetes, para de seguido explicar técnicamente en qué consiste cada una y las razones para considerar que las redes de conmutación de paquetes son más eficientes, económicas y seguras que las primeras. Coincide en que la telefonía fija admite diferentes medios de transmisión (cable coaxial, fibra óptica y medios inalámbricos) y aparte de la transmisión de la voz humana, las redes que permiten brindar la telefonía fija pueden ofrecer servicios adicionales como Internet o televisión. Añade que, de acuerdo con el inciso 74 del artículo 7 del Reglamento de Prestación de Calidad de los Servicios, el servicio de telefonía básica tradicional corresponde a una modalidad particular de los servicios de telefonía fija, conocida también como POTS (*Plain Old Telephone Service*) o Red Telefónica Pública Conmutada (PSTN por sus siglas en inglés), que se brinda mediante un par de cobre y la conmutación de circuitos con el propósito de transmitir la voz humana, si bien algunas mejoras técnicas a la red han permitido brindar acceso a Internet y otros servicios adicionales. Indica que de conformidad con los artículos 28 de la LGT y 7 de la Ley n.º8660, dicho servicio (red de cobre) está actualmente excluido de la competencia y de los procedimientos de autorización o concesión contemplados en la LGT, siendo prestado de forma exclusiva por el ICE y a tal efecto cuenta con una concesión especial legislativa; si bien advierte que el servicio de telefonía fija es ofrecido por distintos operadores mediante el empleo de diversas tecnologías. Hace referencia a la acción de inconstitucionalidad del expediente n.º 16-000936-0007-CO y al informe rendido por la Procuraduría en esa oportunidad, en que se advirtió que ni LGT, ni la Ley n.º8660, establecieron un monopolio en favor del ICE, para señalar de que al día de hoy ningún operador ha solicitado una concesión legislativa para la explotación de dicho servicio y que el espíritu del legislador al emitir

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 7

la normativa de las telecomunicaciones estuvo dirigido a reservarlo a la institución consultante, al igual que la red de conmutación de circuitos basada en cobre que le sirve de soporte, concluyendo que el propio ICE presta diferentes servicios de telefonía fija, entre ellos la telefonía básica tradicional y la telefonía IP. En cuanto a la tercera interrogante, la SUTEL señala que los servicios que pueden ser financiados con los recursos del FONATEL son aquellos que se encuentren incluidos dentro del PNDDT, se encuentren en condiciones de competencia y cumplan con los objetivos establecidos en el artículo 32 de la LGT, en relación con los artículos 8 y 11 del RAUSUS. Resalta el énfasis que el PNDDT 2015-2021 pone en la reducción de la brecha digital y el acceso a Internet como objetivo prioritario, y que dentro de sus metas no se incluye como tal el servicio de telefonía básica tradicional ofrecido por el ICE, sino los "servicios fijos de voz", los que, como apuntó antes, pueden prestarse a través de distintas tecnologías y diversos operadores. Para la SUTEL, el artículo 36 LGT establece dos supuestos en que los servicios puedan financiarse con cargo al FONATEL: i) por imposición de una obligación de servicio universal, que al mismo tiempo genere un déficit y por motivo de dicho déficit coloque en una situación de desventaja competitiva al operador o proveedor de servicios de telecomunicaciones respecto a otros competidores del mercado, lo que a su entender significa que no toda imposición de obligaciones es financiable con esos recursos sino concurren a la vez ambos requisitos; o bien, ii) correspondan a concursos de programas y proyectos. Indica, respecto al primer supuesto, que su financiamiento responde a los principios de indemnidad y neutralidad de la competencia, lo que se traduce en que si la ley impone una obligación a un sujeto, independientemente de si es privado o público, se le debe garantizar que no tenga un daño por la prestación del servicio y en su caso debe existir una indemnización y al mismo tiempo, la carga impuesta se torna injustificada, al introducir una distorsión a la competencia que requiere de una compensación económica, al impedirle competir en igualdad de condiciones con otros operadores que no están sujetos a dicha obligación, en concordancia con el principio regulatorio de mínima distorsión del mercado que, apunta, debe guiar la actuación de la administración. Advierte que, actualmente, no está establecido en el PNDDT ninguna obligación específica de esta naturaleza y que el déficit financiero en la prestación del servicio, así como que dicho déficit genera una desventaja competitiva para el operador sujeto de la obligación deben ser acreditadas de forma adecuada y objetiva, lo que explica que el financiamiento se realice de forma *ex post*. Agrega que una eventual desventaja competitiva no aplica para aquellos servicios que son prestados de forma exclusiva por un único operador y cita el caso concreto de la telefonía básica tradicional prestada por el ICE, para el que indica: ***"Fonatel no puede financiar su prestación con subsidios por cuanto actualmente no le ha sido impuesta como tal al ICE una obligación de prestación de acceso y servicio universal para dicho servicio de telefonía básica tradicional. En ese sentido, el financiamiento de dicho servicio corresponde por la vía comercial tradicional, sea a través del empleo de sus***

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 8

*ingresos para la prestación de este servicio. **Otras situaciones que impliquen que el servicio no es comercialmente rentable, por ejemplo, por altos costos u obsolescencia tecnológica, escapan del alcance y ámbito de acción de FONATEL, por lo que el empleo de recursos de FONATEL para subsidiar el servicio de telefonía básica tradicional en la situación actual se constituiría en una ayuda pública injustificada a un operador determinado, lo que podría ir en perjuicio del principio de neutralidad competitiva.***” En cuanto a la interrogante de si el déficit de acceso en la prestación del servicio de telefonía fija del ICE puede ser financiado a través del FONATEL, responde que de acuerdo con la legislación sectorial y la jurisprudencia de la Sala Constitucional (en la que cita también el voto n.º9646-2015, entre otros) la responsabilidad de brindar los servicios de telefonía básica tradicional corresponde única y exclusivamente a dicho ente, obligación cuyo cumplimiento no está sujeta a recibir financiamiento por parte del referido fondo. Y añade que, si el ICE considera que este servicio es deficitario, puede tramitar un ajuste tarifario ante la SUTEL; siendo que su actual condición de único prestador del servicio lo excluye de poder acceder a los recursos del FONATEL; en el que el concurso se convierte en requisito para la asignación de estos, para lo que cita nuestro pronunciamiento OJ-052-2009, del 16 de junio. En desarrollo de lo anterior, el criterio legal del órgano regulador sostiene que de conformidad con el principio de legalidad al que está sujeto, como toda la Administración Pública, la SUTEL cuenta con una competencia amplia en términos de regulación (y cita el dictamen C-039-2012, del 7 de febrero) y con la facultad necesaria para regular el servicio de telefonía básica tradicional, de acuerdo con la relación que hace de los artículos 7 de la Ley n.º8660 y 28 de la LGT, lo que abarcaría la potestad para fijar la tarifa del servicio ante la inexistencia de competencia, según el artículo 50 de la LGT. Afirmar, entonces, que la vía idónea para conocer la existencia de un posible déficit es por medio de una solicitud de ajuste tarifario cumpliendo con la definición de orientación a costo, conforme el artículo 6 inciso 13) de la LGT. De manera que el ICE puede realizar la gestión respectiva, en caso de considerar que los costos superan los ingresos para el servicio de telefonía básica tradicional y la SUTEL pueda adoptar en el ejercicio de sus competencias, alguna medida, en caso de considerar que las tarifas vigentes se encuentren desfasadas, para lo que valoraría aplicar el Reglamento para la fijación de las bases y condiciones para la fijación de precios y tarifas (n.º32 del 16 de julio del 2015), cuyos artículos 10, 11, 12 y 13 contemplan el método de cálculo y ajuste de las tarifas, que por exigencia del principio de inderogabilidad singular del reglamento (artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública, n.º6227, del 2 de mayo de 1978 – en lo sucesivo LGAP –), no podrían desaplicar o aplicar de forma distinta. Indica que el citado artículo 12 confiere al operador la potestad de hacer la solicitud de la actualización de sus tarifas, mientras que el artículo 9 implica que en cualquier gestión de ajuste tarifario que el ICE presente deberá determinarse el monto que corresponda, *“asegurando el derecho del operador a recuperar los costos asociados a la prestación eficiente del servicio e incluyendo el*

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 9

costo promedio ponderado del capital y un margen de utilidad”, para lo que la referida institución deberá aportar la información completa y atinente que permita la aplicación adecuada de las fórmulas correspondientes. Hace referencia a las gestiones concretas del ICE ante ese órgano invocando el déficit de acceso de la red fija, incluido un trabajo de consultoría en que se aborda la cuestión; para aclarar que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), desde antes de la apertura del sector, no conoció o avaló una política que no considerara los costos totales de la prestación de los servicios de voz fija, incluido el costo del acceso, como tampoco la existencia de subsidios cruzados – citando como fundamento los antecedentes legislativos de las leyes números 8660 y 8642 – los que con mención de los pronunciamientos de la Procuraduría OJ-031-97, del 9 de julio de 1997 y OJ-017-2000, del 16 de febrero, se consideran prohibidos por ley. Estima que esta es la posición que debe mantener la SUTEL en la actualidad. Y respecto a las medidas correctivas que propone el ICE de acuerdo a la experiencia internacional para garantizar el equilibrio del servicio, argumenta que la constitución de un fondo de contribución especial es materia reservada a la ley, lo que impide al regulador imponer obligación alguna en esa línea, mientras que la normativa aplicable para el establecimiento de cargos de interconexión impide establecer costos mayores a los asociados. Por fin, aduce que el rebalanceo tarifario debe entenderse en el contexto actual, en donde la mayoría de los servicios que formaban parte de la política tarifaria anterior, es decir, los servicios de voz internacional, actualmente se encuentran en competencia, en tanto que para el servicio de voz fija en el año 2013 se realizó una actualización de la tarifa (a través de la resolución RCS-268-2013), lo que llevó las tarifas de dichos servicios a sus niveles, ya sea de mercado o regulatorios. En lo relativo al régimen de acceso y servicio universal, si bien reconoce que el citado artículo 36, letra a) de la LGT permite la asignación de recursos de FONATEL cuando la obligación impuesta al operador le genere un déficit o una desventaja competitiva, aboga por una interpretación integral del precepto, de forma que según se señaló antes, únicamente tendría cabida para las obligaciones o proyectos que estén incluidos dentro del PNDT y consecuentemente, en beneficio de las metas, prioridades y objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad. Con lo cual, señala que el ICE no solo tendría que acreditar fehacientemente a la SUTEL la situación de déficit de acceso a la red de telefonía básica tradicional, sino también, que el referido plan permita la asignación de recursos a ese fin, de lo contrario, no sería viable jurídicamente. A lo que agrega que, si en el futuro el PNDT llegare a contemplar dicho servicio como servicio universal y se logra verificar el déficit en su prestación, podría valorarse como parte del Plan Anual de Proyectos y Programas de la SUTEL, en virtud de los artículos 31 a 36 y el Transitorio VI de la LGT; si bien adversa que *“debe considerarse la eficiencia del destino de los fondos del servicio universal, lo cual implica el no realizar inversiones sobre redes en obsolescencia”*, ante las condiciones de evolución tecnológica en que se muestra una tendencia creciente hacia el uso de la telefonía IP y una preferencia decreciente de los

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 10

clientes de telefonía básica tradicional, lo que lleva al criterio legal del órgano regulador a afirmar que *"se está ante una red obsoleta, con altos costos de despliegue, operación y mantenimiento, por lo que, una eventual inclusión de este servicio en el PNDD podría resultar contrario al principio de uso eficiente de los recursos públicos."* Siendo que, el FONATEL, como también apunta, era un instrumento de administración de recursos que impulsaría el financiamiento de proyectos nuevos en zonas que, por no resultar rentables, no se beneficiarían de la dinámica competitiva que suponía la apertura del mercado de telecomunicaciones, esto es, orientado a los servicios que se abrían a la competencia del mercado, pero no a financiar directamente infraestructura ya desplegada (la red para la provisión de telefonía básica tradicional), servicio que por encontrarse en *"monopolio"* era ya prestado por el operador incumbente. Advierte, con vista de las actas legislativas de la LGT, de la existencia de varias mociones que se dirigían a dotar al ICE de recursos provenientes de FONATEL para financiar de forma exclusiva sus proyectos y para subsidiar la sostenibilidad del régimen que finalmente fueron rechazadas por lo que no llegaron a ser parte de la ley. En relación con la quinta pregunta, sostiene que los mecanismos legales para la asignación de los recursos del aludido fondo se encuentran regulados en el artículo 36 de la LGT, en relación con su artículo 33, y se resumen en la imposición de obligaciones y la asignación por concurso. Finalmente, en lo que se refiere a la aplicación del aludido artículo 111 del Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones para asignar en forma directa los recursos del FONATEL al ICE indica que no sería posible, al estar por encima las disposiciones contenidas en la LGT sobre el particular y en atención al principio de prevalencia normativa, de forma que la norma especial prevalece sobre la general. Añade que la posición planteada por el ente consultante podría ir en contra de los principios constitucionales de eficacia, eficiencia, publicidad, igualdad y libre competencia regulados en los artículos 4, 5 y 6 de la LCA y 2 de su Reglamento (Decreto Ejecutivo n.º 33411-H del 27 de setiembre del 2006); en cuya virtud debe garantizarse que las contrataciones que se lleven a cabo por parte de la Administración Pública consigan las mejores condiciones para la satisfacción del interés público, protegiendo así los recursos públicos destinados para el cumplimiento de tal fin.

Después de este repaso general a las posiciones contrapuestas del ICE y de la SUTEL – y sin perjuicio, insistimos, de su tenor literal – en torno a la posibilidad de que el llamado déficit de acceso del servicio telefónico básico tradicional, como parte del servicio de telefonía fija, pueda quedar o no cobijado por el régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad que contempla la LGT, de forma que para su sostenimiento le resulten aplicables los mecanismos de financiamiento previstos en la misma ley con los que se pretende dar cumplimiento a esos objetivos de cohesión social y territorial – siendo ese, a nuestro entender, el quid o punto medular de la dialéctica surgida entre ambas instituciones que está detrás de las interrogantes

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 11

consultadas – estimamos oportuno antes de poder referirnos a estas, remontarnos primero a la forma en que las telecomunicaciones estaban configuradas en nuestro país como servicio público antes de su apertura a la competencia, en tanto fórmula ideada por el Derecho Administrativo clásico para satisfacer los fines que ya en un escenario de mercado pretende satisfacer el concepto más moderno en nuestro medio de servicio universal, en aras de poder desentrañar si dentro de sus alcances resulta jurídicamente compatible, ubicar, en este momento, el servicio de telefonía en cuestión y de no ser así, qué tratamiento regulatorio debería recibir.

Haciendo la aclaración de inmediato que, en aras de no desnaturalizar nuestra labor consultiva, nos abstendremos de hacer cualquier tipo de referencia a los antecedentes y gestiones concretas que se mencionan en los dos criterios reseñados, menos aún, a emitir alguna valoración respecto los distintos informes que también se citan, sin que tampoco sea pertinente dar por cierto o proceder a la constatación de la situación deficitaria afirmada por el criterio jurídico del ICE en garantizar el acceso a la prestación del servicio de telefonía fija, lo que simplemente se analiza como un supuesto de hecho a efectos de su posible encuadramiento o tratamiento por la normativa pertinente, cuyos alcances se pretende sean aclarados por el presente dictamen.

A. LOS PLANOS EN QUE OPERA EL SERVICIO PÚBLICO Y EL SERVICIO UNIVERSAL EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES CON UN MISMO OBJETIVO DE MATERIALIZAR LA SOLIDARIDAD SOCIAL, LA COHESIÓN TERRITORIAL Y LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA LA POBLACIÓN

En términos generales, podemos señalar que hasta antes de la derogatoria que hizo el artículo 42 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (n.º8660 del 8 de agosto del 2008) de la letra b) del artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (n.º7593 del 9 de agosto de 1996) – en lo sucesivo LARSP –, los servicios de telecomunicaciones fueron definidos por el legislador como un servicio público.

Sin querer pretender entrar a hacer siquiera un desarrollo teórico de esta figura – lo que es propio de la academia, siendo suficiente la remisión a la abundantísima literatura que se ha escrito al respecto – basta con resaltar que pese a la polisemia que prácticamente desde su acuñación se le achaca al término,¹ su significado en nuestro medio, fiel como se sabe, a la tradición en el país del Derecho Administrativo europeo continental, alude a una actividad prestacional de indudable interés público y

¹ Ver MANZANEDO MATEOS, José Antonio. Servicio público: aproximación a su línea evolutiva. /En/ AA.VV. *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*. II Vol. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1972, p.223.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 12

carácter estratégico que por lo mismo, tratándose de los llamados servicios públicos económicos – en los que se incluía a las telecomunicaciones –, queda incorporado al quehacer del Estado, como titular pleno del servicio, y excluido, por ende, de la esfera de actuación de los particulares, eliminando en consecuencia, la libertad económica en aquél sector económico.² De hecho, para el reconocido tratadista Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, el monopolio de *iure* es una nota inequívoca y verdaderamente elemental del servicio público, de forma que todo servicio público es un monopolio, en cuanto que únicamente puede organizarlo la Administración titular de éste, en cuanto que es una competencia exclusiva.³ Con la Ley n.º3226 de 28 de octubre de 1963, el Estado encomendó la prestación exclusiva del servicio público de telecomunicaciones al ICE para lo que se le otorgó de pleno derecho la concesión correspondiente por tiempo indefinido.

Ahora bien, más que resaltar esos rasgos propios de la figura del servicio público, interesa a los efectos del asunto consultado, destacar la filosofía que encierra y que, como veremos en seguida, subsiste y permanece vigente si bien, bajo un distinto nombre, naturaleza y régimen jurídico, a saber, servir de elemento de integración social y territorial, según lo explica la doctrina más calificada en la materia:

"En una situación en la que sólo muy concretas capas sociales tienen resuelto un determinado problema vital, la idea de servicio público contribuye certeramente a ampliar la base y a generalizar. Muy presente por tanto la nota de solidaridad tan característica de la noción francesa del servicio público y que ofrece claras connotaciones políticas. Sólo se alcanza a través de un consistente esfuerzo y para llevarlo adelante va a requerirse una decidida determinación social y política... Se trata de un largo proceso, costoso y complicado de alcanzar y mantener, pero que aspira a generalizar lo que con anterioridad sólo podían disfrutar unos pocos... Dígase lo mismo, desde el punto de vista de los Estados, del ámbito territorial. Frente a la localización de unas prestaciones – pues suele ser común que hay territorios que, en una época determinada, resulten especialmente prósperos – se aspira a la distribución a lo largo de todo el Estado... En definitiva, el servicio público como técnica de integración tanto de

² ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. 2ª ed. Granada: Comares, 2001, pp.359, 449 y 493.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La actividad industrial y mercantil de los municipios. /En/ *Revista de Administración Pública*. (mayo-agosto, 1955), año VI, nº 17, pp.116-117. Ver en igual sentido, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. La *publicatio* de recursos y servicios. /En/ COSCULLUELA MONTANER, Luis (Coord). *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003, p.690.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 13

la sociedad como del territorio políticamente considerado, es decir, tradicionalmente el Estado.” (El subrayado no es del original).⁴

Esta situación de equilibrio social y territorial, dando solución al problema de la igualdad en el acceso, cualquiera que fuera la zona del territorio en que se encontrase la persona, así como a la igualdad de las tarifas entre categorías de usuarios, con independencia también del lugar que se hallase, era posible alcanzarla desde un punto de vista financiero, porque la técnica del servicio público permitía tratar a las telecomunicaciones como una unidad, cualquiera que fuesen los servicios que proporcionasen e incluso, sin introducir diferenciación entre servicios e infraestructuras. Como bien lo explica la literatura especializada, toda la actividad constituía una sola cosa, y los ingresos que producía esa unidad, fuese cual fuese su origen concreto, servían para atender las necesidades del conjunto a través de políticas tarifarias redistributivas:

“Esa unidad de concepción de las Telecomunicaciones permitían también hacer políticas tarifarias que iban más allá de cubrir los costos de cada prestación concreta recibida por cada usuario, atendidos los gastos por él producidos más la parte proporcional de la inversión y de los gastos generales. Permitían, en definitiva, políticas tarifarias redistributivas mediante los cuales un determinado tipo de usuario – las empresas – pagasen mayores costos de los realmente generados por ellas para permitir que otros usuarios – los particulares – pudiesen pagar menos, de cara a favorecer la utilización de los modernos medios de telecomunicación por los ciudadanos, en cuanto tales, sin que nadie tuviese que prescindir de su uso por razón del elevado coste de sus tarifas. Tal redistribución se operaba también, como ya se ha indicado, no pagando unos usuarios tarifas más altas, sino pagando el mismo tipo de usuario las mismas tarifas a pesar de que los costes reales de acceso a la red fuesen para unos más bajos que para otros; con ello también se operaba una cierta redistribución, pues el usuario de grandes ciudades cuyas infraestructuras eran menos costosas (con la misma línea se podía atender a muchos usuarios) sufragaba el coste de las infraestructuras de los usuarios que exigían inversiones más costosas por la dispersión de la población”.⁵

⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. El Derecho de acceso a los servicios de interés económico general (el artículo 36 de la Carta de los Derecho Fundamentales de la Unión Europea). /En/ COSCULLUELA MONTANER, Luís (Coord). *Estudios de Derecho público económico...* p.512-515.

⁵ QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. Telecomunicaciones y Derecho público. /En/ CREMADES, Javier (Coord). *Derecho de las telecomunicaciones*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, p.137.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 14

Esta visión global del servicio de telecomunicaciones – propiciada también porque en sus orígenes se le considera, como al resto de los servicios en red, un monopolio natural – no solo ocurrió en los países europeos que siguieron el modelo de servicio público, también se presentó en los que dejaron enteramente a manos de la iniciativa privada la organización y explotación de dicho servicio, los llamados *public utilities* en la tradición anglosajona, siendo este el caso de los Estados Unidos y el conocido monopolio de hecho que, desde inicios del siglo XX y a lo largo de 7 décadas, ejerció prácticamente en todo ese país la empresa *American Telephone & Telegraph* (AT&T) con su sistema Bell.⁶

Pues bien, volviendo al esquema adoptado también por Costa Rica según lo indicamos antes, con la paulatina apertura a la competencia de los viejos servicios públicos en general – súmese a las telecomunicaciones, los transportes, energía (electricidad y gas) y los servicios postales – a raíz del proceso de liberalización impulsado por la Unión Europea a partir de finales de la década de 1980, que trajo la supresión de los derechos especiales y exclusivos para la realización de esas actividades, por entender que la entrada de nuevos operadores actuando bajo la libertad de empresa y en plena competencia contribuiría a una oferta más plural en redes y servicios novedosos, a precios reducidos y de mejor calidad en beneficio de los usuarios y la sociedad entera, surgió la preocupación, al mismo tiempo, por demás legítima, de dejar a la lógica de las fuerzas del mercado la garantía de cohesión social e interterritorial que otrora se buscara con la técnica del servicio público, ante la posibilidad de que las empresas operadoras se situaran en la parte más rentable del mercado (grandes núcleos de población, por ejemplo) para prestar allí el servicio a precios competitivos, descuidando las zonas alejadas o más desfavorecidas económicamente que de esa forma quedarían excluidas de los beneficios de prestaciones consideradas esenciales – entre las que se incluyen naturalmente a las telecomunicaciones – para desarrollar una vida humana digna, en condiciones adecuadas y con las mismas oportunidades.⁷

En esta tesitura, la noción de servicio universal responde a la exigencia de garantizar en un entorno liberalizado el acceso a un mínimo de prestaciones que en cada momento se consideran esenciales y, por tanto, irrenunciables,⁸ en condiciones de

⁶ Ver al respecto, NUECHTERLEIN, Jonathan E.; WEISER, Philip J. *Digital Crossroads. Telecommunications Law and Policy in the Internet Age*. 2ed. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2013, pp.38-41.

⁷ Entre la profusa literatura que da cuenta de cuanto se acaba de explicar, puede consultarse sin ningún ánimo exhaustivo, las siguientes obras: MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y Mercado. Los Fundamentos*. Vol. I Madrid: Civitas, 1998, 328 p.; FERNÁNDEZ GARCÍA, M.^a Yolanda. *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales en Red*. Madrid: INAP, 2003, 650 p.; QUADRA-SALCEDO, Tomás (de la). *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1995, 173 p. y LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2ed., 2007, 502 p.

⁸ CHINCHILLA MARÍN, Carmen; CARLÓN RUIZ, Matilde. Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones. /En/ QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (de la) (Dir.) *Aspectos*

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 15

igualdad, con precios y niveles de calidad adecuados, independientemente de su rentabilidad o situación geográfica, ante las insuficiencias o carencias del mercado que sin una adecuada intervención pública, quedarían desatendidas para determinadas regiones o colectivos sociales. Esa intervención en defensa del interés público se traduce en que la Administración debe seleccionar o imponer a un operador la prestación de esos servicios básicos que no sean debidamente atendidos por la libre iniciativa, en su extensión o en su ámbito geográfico.⁹

Cabe destacar que el concepto de servicio universal no es nuevo, de hecho cuenta con una larga historia en los Estados Unidos de América, siendo una de las piedras angulares de la antigua Ley de Comunicaciones de 1934, que lo definía como el acceso de todo ciudadano a una operadora telefónica local;¹⁰ si bien, en la Unión Europea surge a raíz de las primeras propuestas de liberalización en aras de evitar que este proceso condujera a una fragmentación inasumible en el seno de las sociedades modernas, riesgo que es especialmente grave en relación con las telecomunicaciones, debido a su naturaleza cualificada.¹¹

Por lo expuesto, se afirma que la noción de servicio universal pivota sobre las ideas de igualdad, regularidad y generalidad o universalidad, en procura de lograr una sociedad avanzada con prestaciones y mínimos de bienestar realmente garantizados.¹²

En definitiva, la intervención pública en este escenario de competencia y mercado persigue garantizar la disponibilidad de los servicios fundamentales de telecomunicaciones a todos los ciudadanos con una mínima calidad y a un precio asequible; para lo que se asignan o imponen obligaciones a los operadores a fin de asegurar, por una parte, la accesibilidad de los servicios, es decir, que los habitantes, independientemente de su localización geográfica tengan acceso a las redes y servicios y, por otra parte, el carácter asequible de estos servicios, de forma que el nivel de renta no impida disponer de los más básicos servicios de telecomunicaciones.¹³

Jurídicos de las Telecomunicaciones. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, VI-2003, p.160.

⁹ Ver al respecto, LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones...* pp.30, 297 y 301.

¹⁰ Ver MEDINA ORS, Guillermo. Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en los Estados Unidos. /En/ CREMADES, Javier (Coord.) *Derecho de las telecomunicaciones...* p.1196; y NUECHTERLEIN, Jonathan E.; WEISER, Philip J. *Digital Crossroads...* p.295.

¹¹ Ver CHINCHILLA MARÍN, Carmen; CARLÓN RUIZ, Matilde. Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones... p.162 y MONTERO PASCUAL, Juan José. *Derecho de las Telecomunicaciones.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p.220.

¹² Ver MARTÍN REBOLLO, Luis. Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público). /En/ COSCULLUELA MONTANER, Luis (Coord). *Estudios de Derecho público económico...* pp.641 y 645.

¹³ Ver MONTERO PASCUAL, Juan José. *Derecho de las Telecomunicaciones...* p.221.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 16

De lo expuesto hasta ahora, podemos establecer que el servicio universal constituye un mecanismo diseñado para operar en un contexto de libre concurrencia de operadores, lo que descarta su funcionamiento bajo un régimen de derechos exclusivos o especiales, pues el presupuesto de base para la imposición de obligaciones de esta naturaleza parte de la premisa de su carácter subsidiario. Esto es, *"sólo debe activarse en el caso de que el mercado no asegure efectivamente la prestación de determinados servicios a todos los ciudadanos en unas adecuadas condiciones de calidad y precio"*.¹⁴

De manera que una situación de monopolio en la gestión del servicio de telecomunicaciones se contrapone en principio con la idea del servicio universal, concebido, según se explicó antes, para suplir las carencias del mercado y de la iniciativa privada en dar acceso a la población a estas prestaciones esenciales en unas condiciones de calidad adecuadas y a un precio aceptable, con independencia de su localización geográfica o sus circunstancias físicas o sociales.¹⁵

Una vez hechas estas precisiones acerca de la naturaleza y el propósito con que fue concebido la técnica del servicio universal, procede a analizar a continuación la normativa que lo desarrolla en nuestro país.

B. EL CONTENIDO DEL RÉGIMEN DE ACCESO UNIVERSAL, SERVICIO UNIVERSAL Y SOLIDARIDAD DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL COSTARRICENSE

En coherencia con la explicación dada en el epígrafe anterior, la noción de servicio universal surge también en nuestro país en un entorno liberalizado en el que, a tenor del artículo 52 de la LGT, la *"operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia"*, permitiendo la participación de la libre iniciativa privada en la oferta al público de este tipo de prestaciones. La misma ley en la letra e) de su artículo 2, establece como uno

¹⁴ CHINCHILLA MARÍN, Carmen; CARLÓN RUIZ, Matilde. Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones... p.179. En igual sentido, de la misma autora CARLÓN RUIZ, Matilde. Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones. /En/ QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (de la). (Dir.); VIDA FERNÁNDEZ, José (Coord). *Derecho de las telecomunicaciones*. Navarra: Aranzadi, 2015, pp.601 y 602; y LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones*... p.324, para quien: *"El presupuesto de la imposición de obligaciones de servicio universal es la existencia de una situación insatisfactoria en la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, en su extensión, su precio o su calidad. Como es natural, la determinación de cuándo se da esta situación corresponde a la Administración, que – de acuerdo con los criterios normativos – ha de constatar que los servicios no se están prestando por la libre iniciativa, a precios asequibles."*

¹⁵ Ver al respecto, CHINCHILLA MARÍN, Carmen; CARLÓN RUIZ, Matilde. Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones... p.162.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 17

de sus objetivos la promoción de *"la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles"*; entendiéndolo por competencia efectiva, la *"circunstancia en la que ningún operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones, o grupo de cualquiera de estos, puede fijar los precios o las condiciones de mercado unilateralmente, restringiendo el funcionamiento eficiente de este, en perjuicio de los usuarios"* (artículo 6.7). Asimismo, le confiere el rango de principio rector en la letra f) de su artículo 3, a la par de los principios de Universalidad y Solidaridad (letras a y b) – que veremos más adelante – en la aplicación que se vaya a hacer de dicha normativa sectorial, de forma que todos los agentes del mercado puedan competir en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional a la libertad de elección.

Vemos, entonces, que el régimen jurídico de las telecomunicaciones en nuestro país se basa también en la dinámica del mercado para la provisión de estos servicios a la espera de que por esa vía los usuarios tengan acceso a una mayor variedad de productos fruto de la innovación tecnológica, a precios competitivos y con una calidad mejorada, a la vez que abre las puertas a la inversión en el sector, en especial, de capital privado, cumpliendo así otro de los objetivos de la regulación (artículo 2 letra h). Tal es la filosofía detrás del artículo 50 de la LGT en que se prevé que los precios de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público sean determinados de forma competitiva por los proveedores y solo ante la ausencia de unas condiciones de concurrencia efectiva la fijación de las tarifas se le encomienda a la SUTEL.

Pero, al mismo tiempo, el legislador comprendió la necesidad de evitar el riesgo de que el libre desenvolvimiento del mercado no garantizara un nivel mínimo de servicio a todos los habitantes, para lo que estableció en la misma ley todo un sistema del servicio universal y acceso universal en la forma de prestaciones encomendadas a los mismos operadores de manera suplementaria, al margen de criterios meramente comerciales, en buenas condiciones de costo y calidad; por cuyo cumplimiento serían compensados en la medida que ello les supusiera un perjuicio competitivo no justificable.¹⁶

Acerca de todo lo anterior, nos referimos en el pronunciamiento OJ-083-2020, del 16 de junio, al indicar:

"Importa recordar que la filosofía detrás del marco normativo del sector de las telecomunicaciones costarricense apuesta por un entorno de libre de competencia en el que las fuerzas del mercado sean las

¹⁶ Ver en esa línea CHINCHILLA MARÍN, Carmen; CARLÓN RUIZ, Matilde. Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones... p.159.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 18

que proporcionen de una forma más eficiente a los usuarios finales una mayor diversidad de servicios, de mejor calidad y a precios asequibles; cuya inversión de capitales sirvan a la vez para impulsar el desarrollo económico del país hacia una sociedad de la información; según se puede leer de los objetivos plasmados en las letras e), h), i) y j) del artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones.

No obstante, el mismo ordenamiento se anticipa a las limitaciones del mercado en satisfacer aquellos fines de solidaridad y cohesión social que otrora se encomendaban a la tradicional figura del servicio público – entendido grosso modo como una actividad prestacional de titularidad estatal gestionada directa o indirectamente a través de un título habilitante – de forma que ningún habitante del territorio nacional, por más remoto que viva y con independencia de su nivel socioeconómico, se vea privado de las ventajas de tener acceso a los servicios de telecomunicaciones y a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (las denominadas TICs) en igualdad de condiciones, reconocida la importancia de este tipo de servicios para el progreso en todo nivel de una persona.

A tal efecto nacen las llamadas obligaciones de servicio universal para cubrir aquellos segmentos de la población menos rentables desde un punto de vista económico y, en consecuencia, de menor interés empresarial.”

De esta manera, no solo se busca equilibrar la balanza al establecer como objetivos a los principios de universalidad y solidaridad (letras b y c del artículo 2), junto con la apuesta a la libre competencia, sino que la LGT dedica todo su capítulo I al denominado régimen de "Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad de las Telecomunicaciones", dentro del título II dedicado a las Garantías Fundamentales de los usuarios finales de estos servicios.

En esa línea, el canon de **Universalidad**, según lo define la letra a) del artículo 3 de la mencionada ley, incorpora el elemento cohesionador interterritorial, al señalar que comprende la "prestación de un mínimo de servicios de telecomunicaciones a los habitantes de todas las zonas y regiones del país, sin discriminación alguna en condiciones adecuadas de calidad y precio" (el subrayado es agregado); mientras que de acuerdo con su letra b), la **Solidaridad** comprende lo estrictamente social, en atención a los colectivos vulnerables o de menor poder adquisitivo de la sociedad, entendida como el "establecimiento de mecanismos que permitan el acceso real de las personas de menores ingresos y grupos con necesidades sociales especiales a los servicios de telecomunicaciones, en condiciones adecuadas de calidad y precio, con el

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 19

fin de contribuir al desarrollo humano de estas poblaciones vulnerables” (el subrayado es agregado).

Interesa subrayar que la plasmación positiva de ambos principios en la LGT, como pilares del servicio y acceso universal, y de ambas figuras en el capítulo I de su Título II, solo adquiere sentido en un modelo que confía a la libre competencia la prestación satisfactoria de los servicios de telecomunicaciones, al comprender el legislador que, pese a los beneficios reconocidos de una concurrencia efectiva de oferentes, existen, en efecto, prestaciones que desde un punto de vista económico o empresarial no resultan viables, por lo que sin una adecuada intervención pública no llegarían espontáneamente a todos en unas condiciones de calidad y precio razonables de forma que se garantice su acceso efectivo a *“todas las zonas y regiones del país”*, con especial énfasis en las *“personas de menores ingresos y grupos con necesidades sociales especiales”*.

Bajo ese entendido, la LGT en su artículo 6, inciso 22), da la siguiente definición de servicio universal: *“derecho al acceso a un servicio de telecomunicaciones disponible al público que se presta en cada domicilio, con una calidad determinada y a un precio razonable y asequible para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica y condición socioeconómica, de acuerdo con lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones”* (el subrayado no es del original). Unido a ese concepto, su inciso 1) contiene la noción de Acceso universal consistente en el *“derecho efectivo al acceso de servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general, de uso colectivo a costo asequible y a una distancia razonable respecto de los domicilios, con independencia de la localización geográfica y condición socioeconómica del usuario, de acuerdo con lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones”* (el subrayado no es del original); acepciones ambas que retoma en los mismos términos el RAUSUS.

Vemos también que la definición transcrita de servicio universal recoge las tres notas características que le son consustanciales: i) accesibilidad geográfica, ii) garantía de calidad en su prestación y iii) el carácter asequible del precio del servicio.¹⁷ La confluencia de estos elementos permite caracterizar al servicio universal, pues *“tan importante es garantizar la conexión a la red de comunicaciones electrónicas, bajo un determinado estándar, en todo el territorio – no sólo en los núcleos urbanos, sino también en zonas rurales, incluso en zonas de orografía complicada – como asegurar que los precios a cobrar por tal conexión no supongan, por sí mismos, una barrera*

¹⁷ En ese sentido, LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones...* pp.314-324 y MONTERO PASCUAL, Juan José. *Derecho de las Telecomunicaciones...* pp.220-222.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 20

para los usuarios, particularmente los abonados socialmente más débiles, aunque residan en núcleos urbanos.”¹⁸

No está de más subrayar, por lo que se indicará más adelante, que en nuestro medio el servicio universal, como su proyección colectiva en la figura del acceso universal, se consideran un derecho subjetivo, lo que se corresponde con la marcada vocación de la LGT a favor de la protección de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones y a tono con esa moderna concepción que recogen ciertos instrumentos internacionales, de lo que es muestra el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuanto recoge el Derecho al Acceso a los servicios de interés económico general, de forma que: *"La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión"* (el subrayado no es del original).

En nuestro medio, como ya sabemos, la Sala Constitucional ha reconocido el Derecho fundamental de los administrados al buen funcionamiento de los servicios públicos, según lo indicó en la sentencia n.º 2004-07532 de las 17:03 horas del 13 de julio del 2004, garantía que ha extrapolado también a los servicios de telecomunicaciones:

"VI.- DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. *Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, celeridad, eficaz y eficiente. Esta última obligación se desprende de la relación sistemática de varios preceptos constitucionales, tales como el 140, inciso 8, el cual le impone al Poder Ejecutivo el deber de "Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas", el 139, inciso 4), en cuanto incorpora el concepto de "buena marcha del Gobierno" y el 191 en la medida que incorpora el principio de "eficiencia de la administración".*" (Ver en igual sentido, la resolución n.º 2013-016159 de las 9:05 horas del 6 de diciembre de 2013).

Adentrándonos en los temas consultados, la legislación sectorial patria también aborda tres cuestiones básicas, pero a la vez de gran complejidad, relacionadas con el sistema de servicio universal, a saber: 1) el contenido u oferta mínima de servicios que incluye

¹⁸ CARLÓN RUIZ, Matilde. Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones... p.601.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 21

dicho derecho; 2) el mecanismo para financiarlo y 3) el encargado o responsable de procurar esas prestaciones. Veamos.

1. Delimitación del contenido del acceso universal y del servicio universal.

La definición de los servicios a incluir en el régimen de servicio universal ciertamente presenta un grado importante de dificultad respecto a cuáles prestaciones de telecomunicaciones deberían quedar garantizadas por esta vía a la población. Mucho de esa complejidad para establecer los alcances del acceso y el servicio universal trae causa en el sector en que ambas figuras deben actuar, caracterizada como se sabe, por los súbitos y vertiginosos cambios provocados por la innovación tecnológica.

De ahí que uno de los rasgos característicos del servicio universal sea su **dinamismo**,¹⁹ lo que obliga a adaptarlo, según se indica por el artículo 9 del RAUSUS, a "*los avances tecnológicos, la evolución de los mercados y las condiciones de la demanda*" y que se encomiende a las autoridades sectoriales – como precisaremos más adelante – la revisión permanente de su contenido, según se desprende del párrafo *in fine* del Transitorio VI de la LGT y recoge la definición que con fundamento en esta norma hace del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (PNDT) el apartado 17 del artículo 5 del reglamento recién citado al indicar: "*Este plan contiene la revisión y actualización del contenido del acceso y servicio universal del transitorio VI de la Ley General de Telecomunicaciones, que debe efectuar el Poder Ejecutivo mediante el respectivo acto administrativo de carácter normativo y con efectos generales*" (el subrayado no es del original).

Con ese propósito de poder concretizar los elementos o prestaciones que comprenden el acceso universal y servicio universal, el legislador estableció una serie de pautas tendientes a orientar la decisión de las autoridades competentes en el artículo 32 de la LGT a partir de un conjunto mínimo de servicios que recoge su Transitorio VI, recién citado. Dice al efecto la primera norma mencionada:

"ARTÍCULO 32.- Objetivos del acceso universal, servicio universal y solidaridad

Los objetivos fundamentales del régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad son los siguientes:

a) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos,

¹⁹ Ver en ese sentido LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones...* p. 304. Otro sector de la doctrina prefiere hablar del carácter evolutivo del servicio universal, como CARLÓN RUIZ, Matilde. *Las obligaciones de servicio público...* pp.601 y 602.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 22

a los habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.

***b)** Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos.*

***c)** Dotar de servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a las instituciones y personas con necesidades sociales especiales, tales como albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos.*

***d)** Reducir la brecha digital, garantizar mayor igualdad de oportunidades, así como el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento por medio del fomento de la conectividad, el desarrollo de infraestructura y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha. (El subrayado no es del original).*

De manera que, las prestaciones que válidamente pueden ingresar dentro del ámbito del acceso y servicio universal son aquellas con las que en cada momento se alcance los objetivos anteriores y se garantice los principios de universalidad y solidaridad antes referidos (ver al efecto el artículo 7 del RAUSUS); partiendo, como se acaba de indicar, de la base dada por la disposición transitoria VI de la Ley, en tanto establece:

"TRANSITORIO VI.-

El primer Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones que se dicte deberá establecer, como mínimo, las siguientes metas y prioridades de acceso universal, servicio universal y solidaridad:

1) Servicio universal.

***a)** Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet.*

***b)** Que todos los usuarios finales puedan contar con acceso a Internet de banda ancha, posibilitando, a mediano plazo, el uso de*

tecnologías inalámbricas en las comunidades donde los costos para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura es elevada.

c) *Que se ponga a disposición de los abonados al servicio telefónico una guía telefónica y se actualice, como mínimo, una vez al año. Asimismo, que se ponga a disposición de todos los usuarios finales, un servicio de información general sobre números de abonados. Todos los abonados al servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a figurar en dicha guía y conforme a las normas que regulan la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad.*

d) *Que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso al servicio telefónico desde una ubicación fija y a los demás elementos del servicio universal citados en este transitorio, en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios finales.*

e) *Que, cuando así se establezca reglamentariamente, se ofrezcan a los usuarios finales que sean personas físicas, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias, opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial, con el objeto de garantizar que las personas con necesidades sociales especiales, los habitantes de las zonas donde el servicio no es financieramente rentable, o las personas no cuenten con recursos suficientes, puedan tener acceso al servicio telefónico o hacer uso de este.*

f) *Que se apliquen, cuando proceda, opciones tarifarias especiales o limitaciones de precios, tarifas comunes, equiparación geográfica u otros regímenes similares, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias.*

2) Acceso universal

a) *Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos en todo el territorio nacional, que satisfaga razonablemente las necesidades de los usuarios finales, en cobertura geográfica, número de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y calidad de los servicios, y que sea posible efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde los teléfonos públicos.*

b) *Que se establezcan centros de acceso a Internet de banda ancha en las comunidades rurales y urbanas menos desarrolladas y, en particular, en albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad y poblaciones indígenas.*

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 24

c) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las escuelas y los colegios públicos que sean parte de los Programas de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública.

d) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a los hospitales, clínicas y demás centros de salud comunitarios de la Caja Costarricense de Seguro Social.

e) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las instituciones públicas, a fin de simplificar y hacer más eficientes sus operaciones y servicios, e incrementar la transparencia y la participación ciudadana.

Los planes de desarrollo de las telecomunicaciones subsiguientes deberán contener, como mínimo, lo establecido en este transitorio y las mejoras que procedan como resultado de los avances tecnológicos. (El subrayado no es del original).

Podemos observar del precepto transcrito que, pese a que la idea es buena de establecer de forma transitoria los elementos del acceso y del servicio universal que debía comprender el primer PNDT, su párrafo *in fine* le confiere al final de cuentas un carácter permanente en el tiempo, al condicionar los futuros planes que se dicten a contener "*como mínimo*" estas mismas prestaciones, contrastando con el carácter evolutivo y el dinamismo que se señaló del servicio universal, sin perjuicio, de que inmediatamente se aclare que deberá tomar en cuenta "*las mejoras que procedan como resultado de los avances tecnológicos*".

En todo caso, en lo que resulta de interés a la presente consulta, vemos que como parte del servicio universal, la aludida disposición contempla la conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija que permita a los usuarios finales la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas, así como comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet, con especial atención a aquellos con discapacidad cuyo acceso al servicio telefónico desde una ubicación fija debe garantizarse en condiciones equiparables (letras a y d). Cabe agregar que en lo que respecta al acceso universal, la letra a) de su apartado 2), incluye dentro de sus alcances una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago (salvo para las llamadas de emergencia) para todo el territorio nacional.

Podemos notar que la LGT respecto a estos dos elementos concretos reproduce la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 25

los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal),²⁰ antes de su modificación por la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre de 2009, y actualmente refundida en el vigente Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (Directiva 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018),²¹ cuyo artículo 4 contemplaba como parte de estas obligaciones *"las solicitudes razonables de conexión desde una ubicación fija a la red telefónica pública"*, capaz de *"permitir a los usuarios finales efectuar y recibir llamadas telefónicas locales, nacionales e internacionales, comunicaciones por fax y transmisiones de datos a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet"*; mientras que el artículo 6 hace referencia a *"la oferta de teléfonos públicos de pago [que] satisfaga las necesidades razonables de los usuarios finales tanto en cobertura geográfica, como en número de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos para los usuarios con discapacidad y calidad de los servicios"* desde los que *"sea posible efectuar gratuitamente llamadas de urgencia desde los teléfonos públicos de pago, sin tener que utilizar ninguna forma de pago"*.

Más adelante en este pronunciamiento nos detendremos en la cuestión consultada si el servicio de telefonía fija que presta el ICE encaja dentro de este elemento del servicio universal, por el momento, interesa señalar que con arreglo al artículo 33 de la LGT, corresponde al Poder Ejecutivo – concretamente, al Presidente de la República y al jerarca del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), en coordinación con el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, a tenor de los artículos 6, inciso 15, de la LGT y 39 letras b) y e) de la Ley n.º8660 – definir a través del PNDT, las metas y las prioridades necesarias para dar cumplimiento a los objetivos de acceso y servicio universal del artículo 32 antes transcrito, con la inclusión de una agenda de solidaridad digital; en tanto que a la SUTEL, se le encomienda establecer las obligaciones y proyecto de acceso y servicio universal en que aquellas metas y prioridades queden materializadas. Conviene transcribir a continuación el precepto de comentario:

"ARTÍCULO 33.- Desarrollo de objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad"

Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, definir las metas y las prioridades necesarias para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en el artículo anterior. Con este fin, dicho Plan deberá contener una agenda digital, como un elemento estratégico para la generación de oportunidades, el aumento de la competitividad nacional y el disfrute de los beneficios

²⁰ DO L 108 de 24.4.2002, p. 51.

²¹ DO L 321 de 17.12.2018, p.36.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 26

de la sociedad de la información y el conocimiento, que a su vez contenga una agenda de solidaridad digital que garantice estos beneficios a las poblaciones vulnerables y disminuya la brecha digital.

La Sutel establecerá las obligaciones; y también definirá y ejecutará los proyectos referidos en el artículo 36 de esta Ley, de acuerdo con las metas y prioridades definidas en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones. (El subrayado no es del original).

Por su parte, el RAUSUS señala en su artículo 9 que los elementos que comprenden el acceso universal y servicio universal son definidos y revisados por el Poder Ejecutivo, en cuyo examen debe intervenir la SUTEL en una relación de coordinación y colaboración.

Ahondando en estas competencias del órgano regulador, en el ya mencionado pronunciamiento OJ-52-2009, del 16 de junio, la Procuraduría sostuvo que la administración que ejerce la SUTEL del FONATEL *"implica en realidad una actuación administrativa en orden a la concreta satisfacción de los objetivos que son la razón de ser del Fondo"* y, en ese sentido, de conformidad con los artículos 12, 23, letra a), y 30 del mismo reglamento, tiene la obligación de elaborar y aprobar un Plan anual de proyectos y programas comprensivo de los programas y proyectos necesarios para el cumplimiento de los objetivos fijados en el referido artículo 32 de la LGT, así como de las metas y prioridades definidos en el PNDT.

Con la aclaración adicional del artículo 11 reglamentario de que los servicios de telecomunicaciones que se podrán dotar en el marco del régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad *"son los servicios definidos en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones."*

De suerte tal que, en respuesta a la primera interrogante planteada en la consulta, los servicios de telecomunicaciones considerados por el ordenamiento como servicios de acceso y servicio universal son los que a partir de la base del transitorio VI de la LGT queden definidos en el PNDT.

Aunque en la delimitación de los alcances del servicio universal debe considerarse, sin lugar a dudas, el Plan anual de proyectos y programas elaborado por la SUTEL, pues en el enfoque que sigue la LGT, de alineamiento con el PNDT, las prestaciones del servicio universal se convierten en metas y prioridades a cargo del Poder Ejecutivo, pero, de acuerdo con la normativa recién citada, la SUTEL participa en su concreción al formular los proyectos y programas, para lo que deberá tomar en cuenta, entre otros factores, *"la infraestructura existente **presente** y futura"*, según lo establece el

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 27

párrafo *in fine* del artículo 30 del RAUSUS, que podría servir de soporte para proveer el acceso a los servicios de voz e Internet en el Área de Servicio respectivo.

Bajo ese entendido, tenemos que la Matriz de Metas del vigente PNDT 2015-2021,²² como parte del programa "*Comunidades Conectadas*", hace referencia al acceso a *servicios fijos de voz e Internet* – en alusión a la conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija según lo dispuesto en el transitorio VI de la LGT – para las comunidades en brecha de conectividad (inexistente o parcial) y a los centros de prestación de servicios públicos que atienden poblaciones vulnerables.

2. Mecanismo de financiamiento del régimen de acceso y servicio universal (FONATEL).

La necesidad de que el ordenamiento establezca asimismo un mecanismo para financiar las prestaciones que con arreglo a lo explicado en el epígrafe anterior quedan englobados en los instrumentos de acceso y servicio universal, solo puede entenderse a la luz del *principio de subsidiariedad* respecto del mercado, según lo advertimos antes. Es decir, cuando se observe que las fuerzas del mercado no garantizan espontáneamente su prestación a todos los usuarios a un precio asequible debido a su falta de rentabilidad, con lo cual la Administración – concretamente, la SUTEL – debe encomendar o seleccionar a un operador o proveedor de telecomunicaciones para que se encargue de esa tarea.

El ya transcrito artículo 32 de la LGT recoge los supuestos a que se puede atribuir esa falta de rentabilidad en cuanto a que las aportaciones que pagarían los usuarios serían insuficientes para cubrir el costo real de prestación del servicio; sea porque se trata de una zona apartada ("*habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable*", según la letra a); de personas con rentas bajas ("*habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos*", letra b) o con necesidades sociales especiales ("*albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos*", según la letra c).

Sin embargo, por aplicación del principio de indemnidad,²³ el operador o proveedor que asuma la prestación de dicho servicio debe ser compensado por la carga

²² https://www.micit.go.cr/sites/default/files/pndt-2015-2021_2.pdf Si bien la Matriz de metas actualizada a abril del año en curso emplea la frase "*Acceso a servicios de voz y datos*"(ver https://www.micit.go.cr/sites/default/files/matriz_del_pndt_2015-2021_actualizado_a_abril_2021_final.pdf), bajo la justificación de que el mismo transitorio VI establece la obligatoriedad de que los PNDT subsiguientes consideren los nuevos avances tecnológicos.

²³ Ver LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones...* pp.299 y 329.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 28

económica que ello significa para su empresa, para lo que el artículo 34 de la LGT crea el FONATEL como mecanismo de financiación del régimen de acceso y servicio universal en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 34.- Creación del Fondo Nacional de Telecomunicaciones

Créase el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel), como instrumento de administración de los recursos destinados a financiar el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en esta Ley, así como de las metas y prioridades definidas en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones." (El subrayado no es del original).

Atendiendo al precepto transcrito y en respuesta a la otra pregunta hecha en la consulta, los servicios que pueden ser financiados con cargo a este fondo son los comprendidos en el PNDT para dar cumplimiento a los objetivos del artículo 32 de la LGT y a las metas y prioridades definidos en dicho plan.

En ese sentido, el artículo 38 de la misma ley, es tajante al recalcar que: "Los recursos de Fonatel no podrán ser utilizados para otro fin que no sea para lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, en el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, definidos en el artículo 32 de esta Ley" (el subrayado no es del original), con excepción del porcentaje máximo que podrá ser tomado de dicho fondo para sufragar los costos de su administración (al respecto, puede verse nuestro pronunciamiento OJ-052-2009, ya citado).

Por lo demás, en la medida que el instrumento del servicio universal está diseñado para funcionar en un contexto en que impere la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, según lo explicamos al inicio, de forma que se estimule la innovación y el máximo beneficio para los usuarios en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad, la compensación económica o subvención – en la expresión usada por el artículo 36 inciso b) de la LGT – que se otorgue con cargo al FONATEL debe evitar en lo posible las distorsiones del mercado, particularmente, cuando los servicios se presten a precios o condiciones divergentes de las prácticas comerciales normales,²⁴ y que de esa forma se neutralice cualquier posible interés de los mismos operadores que, por su libre iniciativa, deseen extender sus servicios a determinadas zonas con independencia de su nivel socioeconómico o lejanía, según lo explica la doctrina autorizada:

²⁴ Ver LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones...* p.326.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 29

"En el nuevo contexto liberalizado, en la medida en que la garantía misma de un servicio universal asequible puede suponer una excepción a las reglas del mercado, su financiación debe encontrar un difícil equilibrio entre la garantía eficiente de sus prestaciones y la neutralidad respecto del libre desenvolvimiento del mercado, lo que se traducirá, en su caso, en la necesidad de compensación por su prestación. Asumiendo que la imposición de obligaciones de servicio público – y la de servicio universal, entre ellas – implica – a priori – una distorsión del mercado, debe reconstruirse la situación competitiva como si tal distorsión no se hubiera producido, evitando, en todo caso, que se produzca una distorsión de la competencia."²⁵

3. El encargado o responsable de procurar las prestaciones contenidas dentro de los alcances del acceso y servicio universal.

El tercer aspecto de relevancia en la configuración normativa de la figura del servicio universal – cuyo estudio nos permite evacuar otras dos preguntas planteadas en la consulta – consiste en los mecanismos de designación del operador o proveedor encargado de prestar los servicios de telecomunicaciones comprendidos en los proyectos de acceso y servicio universal, a saber: la designación directa y la selección por concurso público.

Podemos notar, que ambos mecanismos se corresponden a su vez con las dos formas de asignación de los recursos del FONATEL que prevé el artículo 36 de la LGT en sus letras a) y b) respectivamente:

"Artículo 36.- Formas de asignación

Los recursos de Fonatel serán asignados por la Sutel de acuerdo con el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, para financiar:

a) *Las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores y proveedores en sus respectivos títulos habilitantes.*

Serán financiadas por Fonatel, las obligaciones que impliquen un déficit o la existencia de una desventaja competitiva para el operador o proveedor, según lo dispone el artículo 38 de esta ley. La metodología para determinar dicho déficit, así como para establecer los cálculos correspondientes y las demás condiciones se desarrollará reglamentariamente. En cada caso, se indicará al operador o proveedor las obligaciones que serán financiadas por Fonatel.

²⁵ CARLÓN RUIZ, Matilde. Las obligaciones de servicio público... pp.626-627.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 30

***b)** Los proyectos de acceso y servicio universal según la siguiente metodología: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de esta ley, la Sutel publicará, anualmente, un listado de los proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad por desarrollar con cargo a Fonatel. El anuncio especificará, para cada proyecto, las localidades beneficiadas, la calidad mínima del servicio requerido, el régimen aplicable de tarifas, el período asignado, la subvención máxima, la fecha estimada de iniciación del servicio, el plazo de ejecución del proyecto y cualquier otra condición necesaria que se requiera en el cartel. Estos proyectos serán adjudicados por medio de un concurso público que llevará a cabo la Sutel. El operador o proveedor seleccionado será el que cumpla todas las condiciones establecidas y requiera la subvención más baja para el desarrollo del proyecto. El procedimiento establecido se realizará de conformidad con la ley n.º 7494, contratación administrativa, de 2 de mayo de 1995, y sus reformas, y lo que reglamentariamente se establezca." (El subrayado no es del original).*

En ese sentido, el artículo 5 del RAUSUS define la **Imposición de obligaciones** en su inciso 13, como el "*mecanismo mediante el cual, la Sutel, asignará de forma directa recursos de Fonatel, a uno o varios operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, para que lleven a cabo alguna o algunas prestaciones de acceso universal o servicio universal, de conformidad con los supuestos incluidos en el presente reglamento, la cual comprende las condiciones del procedimiento que bajo los supuestos y criterios establecidos en este reglamento, se utilizarán para la asignación de los recursos*"; y la **Asignación por concurso** en su inciso 2) como el "*mecanismo concurzal, mediante el cual la Sutel asignará los recursos de Fonatel para financiar prestaciones de acceso y servicio universal en cumplimiento de los objetivos del régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad, a través de una subvención mínima al operador o proveedor adjudicado. El mecanismo concurzal correspondiente, se llevará a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, su reglamento y lo establecido en el presente reglamento" (el subrayado en ambos preceptos es añadido).*

Tenemos, entonces, que estos dos son los mecanismos de asignación de recursos del FONATEL previstos por la LGT. Como se recordará, el criterio jurídico del ICE cuestiona la legalidad del artículo 34 del RAUSUS (conclusión 13), al dar prioridad a la asignación por concurso público respecto a la imposición de obligaciones cuando el artículo 36 de la LGT no establece ningún tipo de prelación entre ambos. Así, de acuerdo a la referida norma reglamentaria, este último método "*será utilizado en los casos en los que el mecanismo de asignación por concurso no satisfaga el interés público según las*

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 31

condiciones definidas en el presente reglamento, o cuando el concurso público haya sido declarado infructuoso."

Pues bien, reiterando la salvedad hecha al inicio, de que no le corresponde a la Procuraduría emitir ningún tipo de valoración del informe de la Contraloría General de la República que se cita por el criterio legal de la institución consultante, sobre todo, al tratarse de un tema propio de su competencia fiscalizadora, no detectamos que el aludido precepto de alguna forma haya incurrido en un exceso que lo haga ilegal.

De un lado, como lo señalamos en la ya citada OJ-52-2009, que menciona la SUTEL: *"El concurso que realiza SUTEL es un requisito indispensable para la determinación de los operadores o proveedores que deberán satisfacer las obligaciones previstas en el primer párrafo del artículo 36. En consecuencia, el concurso es parte de la administración del Fondo."* Concurso que, de toda suerte, resulta conforme con el modelo constitucionalmente previsto para la ejecución de obras o proyectos financiados con fondos públicos (artículo 182 de la Constitución Política), sin dejar de lado que, a tenor del artículo 39 de la LGT, los proyectos de acceso, servicio universal y solidaridad *"representan actividades inherentes al Estado"*.

De otro, podemos observar de las frases subrayadas al momento de transcribir las letras a) y b) del artículo 36 bajo estudio, que ambos incisos remiten a su vez al respectivo desarrollo reglamentario en relación con las demás condiciones que resulten necesarias para su efectiva implementación, una de las cuales, sería los supuestos en que procede usar uno u otro método de asignación de recursos.

Desde esa perspectiva, el RAUSUS no puede entenderse con un exceso normativo, más bien, al contrario, viene a limitar el amplio margen de discrecionalidad que el legislador le había otorgado a la SUTEL, quien no estableció ningún parámetro o criterio para decantarse por el empleo de una u otra forma de asignación de recursos.

A mayor abundamiento, la preferencia que dispone el artículo 34 reglamentario a favor del concurso público tampoco es determinante, pues, aun así, el órgano regulador cuenta con un grado suficiente de apreciación para optar directamente por la imposición de obligaciones, lo que deberá justificar siempre mediante resolución motivada, como lo demuestra su apartado 1:

"(...) Los supuestos y criterios que servirán de marco decisorio para la imposición de obligaciones al operador/proveedor, son los siguientes:

1. Cuando se ponga de manifiesto, alguna de las siguientes circunstancias:

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 32

a. Que, por razones de economía y eficiencia debidamente fundamentadas, se logre demostrar que aunque exista un número limitado de potenciales prestadores del servicio, la imposición de obligaciones, es la mejor opción para satisfacer el interés público, asociado a los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad;

b. Que la asignación por concurso implique una distorsión en el mercado o un efecto anticompetitivo injustificado (...)" (el subrayado no es del original).

En otro orden de consideraciones, pregunta el ICE si el mecanismo establecido en el artículo 111 del Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (Decreto Ejecutivo n.º 35148-MINAE del 24 de febrero de 2009) constituye un medio "válido y vigente" para que se le puedan asignar en forma directa recursos del FONATEL. Dice así este precepto:

*"Artículo 111.—**Actividad contractual desarrollada entre sujetos de Derecho Público.** El ICE podrá celebrar con sujetos de derecho público, nacionales o internacionales, contrataciones sin sujeción a los procedimientos de contratación. En sus relaciones contractuales, deberán observar el equilibrio y la razonabilidad entre las respectivas prestaciones.*

Los convenios de colaboración suscritos entre entes de derecho público, en ejercicio de sus competencias legales, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa.

De conformidad con el artículo 36 inciso b) de la Ley N° 8642 del 4 de junio del 2008, Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 2º inciso b) de la Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995, Ley de Contratación Administrativa, la Superintendencia de Telecomunicaciones podrá asignar directamente al ICE y a sus empresas los recursos de FONATEL necesarios para el desarrollo de proyectos de acceso y servicio universal." (El subrayado no es del original).

Según se puede apreciar del párrafo final del texto transcrito, el mecanismo en cuestión consiste en que la SUTEL contrata directamente con el ICE el desarrollo de los proyectos de acceso y servicio universal para la asignación de los recursos del FONATEL, siendo en realidad el supuesto de excepción del procedimiento concursal de la letra c) del artículo 2 de la todavía vigente LCA (n.º7494), considerando que

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 33

ambas partes tienen la condición de organismos públicos, y no el inciso b) que indica el precepto, relativo como se sabe a los acuerdos celebrados con otros Estados o sujetos de Derecho público internacional, por lo que llama la atención su mención como fundamento legal debido a su falta de pertinencia.

En todo caso, para el criterio legal de la institución consultante el referido artículo 111 constituye una tercera vía de asignación de recursos del fondo, junto con los otros dos instrumentos antes revisados, lo que objeta la SUTEL basándose en el principio de prevalencia normativa, con lo que la norma especial (la LGT), prevalecería sobre la general (LCA), amén de que a su parecer, esa tesis podría ir en contra de principios constitucionales de eficacia, eficiencia, publicidad, igualdad y libre competencia.

Pues bien, el análisis detenido del referido precepto no solo impide tenerlo como una tercera vía de afección de los recursos del FONATEL, sino que, además, genera dudas de su legalidad.

Básicamente, porque el artículo 111 de comentario no está introduciendo una nueva modalidad, sino que contiene una excepción al mecanismo de asignación de los fondos por concurso público del artículo 36.b) de la LGT, al autorizar a la SUTEL para contratar directamente con el ICE, según se acaba de indicar, el desarrollo de los proyectos de acceso y servicio universal. Y tal autorización se hizo por una norma reglamentaria.

Aun cuando se pudiera afirmar que, como recién lo resaltamos antes, es el mismo inciso b), que en su parte final remite a la LCA y a la colaboración reglamentaria en lo que se refiere al procedimiento, al disponer: "*El procedimiento establecido se realizará de conformidad con la Ley N.º 7494, Contratación administrativa, de 2 de mayo de 1995, y sus reformas, y lo que reglamentariamente se establezca*"; tal remisión es en el marco de las bases fijadas por el mismo legislador y fue éste el que, con toda claridad, señaló que los proyectos de acceso y servicio universal "*serán adjudicados por medio de un concurso público que llevará a cabo la Sutel*" (el énfasis es propio). Como vemos, es la propia ley la que define el mecanismo concursal para otorgar la ejecución de los proyectos y sobre esa premisa remite a la regulación de la LCA y a las especificidades que correspondan reglamentariamente en cuanto al procedimiento, tal cual lo hace el RAUSUS.

Con lo cual, un decreto ejecutivo de alcance normativo – en tanto norma de rango inferior – no puede contradecir la vía escogida por el legislador para asignar esta clase de proyectos (artículo 6 letras c y d, LGAP). Una interpretación distinta solo hubiese sido posible si el inciso b) no hace mención al concurso público y simplemente remitiera a la LCA y al respectivo reglamento en lo relativo al procedimiento de adjudicación, pero lo cierto es que el legislador, en dicho precepto, sí quiso acotar cuál debía ser el

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 34

mecanismo para seleccionar al operador encargado del desarrollo de los proyectos de acceso y servicio universal.

De cualquier forma, lo señalado por párrafo *in fine* del artículo 111 bajo estudio podría considerarse en cierta medida como redundante a efectos prácticos. Pues conduce a la misma consecuencia del mecanismo contemplado en la aludida letra a) del artículo 36 de la LGT, que le permite también a la SUTEL girar directamente los recursos del FONATEL al ICE o a cualquier otro operador, para financiar las obligaciones de acceso y servicio universal que se les impongan en sus respectivos títulos habilitantes "*que impliquen un déficit o la existencia de una desventaja competitiva*".

Aspecto este de la situación deficitaria de la actividad que nos lleva al tema central consultado en relación con el servicio de telefonía fija que presta el ente consultante y que será abordado en el epígrafe siguiente.

C. EN ORDEN A LA POSIBILIDAD DE GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA DEL SERVICIO DE TELEFONÍA FIJA A CARGO DEL ICE CON LOS RECURSOS DEL FONATEL Y LA COMPATIBILIDAD DEL SERVICIO TELEFÓNICO BÁSICO TRADICIONAL CON EL RÉGIMEN DE ACCESO Y SERVICIO UNIVERSAL

El repaso hecho en las páginas precedentes de la normativa sectorial relacionada con el régimen jurídico del servicio universal y acceso universal nos permite, ahora sí, dar respuesta a las dos interrogantes restantes, iniciando con la cuestión de si el servicio de telefonía fija que presta el ICE es un servicio de acceso universal y un servicio universal, para lo que se impone hacer antes las siguientes precisiones.

Primeramente, lo que debemos entender por dicho servicio. Y en ese sentido, tal como lo refiere el criterio legal del ente consultante, a nivel reglamentario se contemplan estas dos definiciones. De un lado, el artículo 3 del Reglamento sobre el Régimen de protección al usuario final de los servicios de telecomunicaciones (n.º 007-010 del 18 de marzo de 2010), emitido por la Junta Directiva de la ARESEP, define la telefonía fija así: "*servicio telefónico que permite el intercambio bidireccional de tráfico de voz en tiempo real, entre diferentes clientes o usuarios cuyos terminales tienen un rango de movilidad limitado. En esta categoría se incluyen los servicios brindados mediante conmutación de circuitos y voz sobre IP, a través de medios alámbricos o inalámbricos" (el subrayado no es del original).*

Para este mismo reglamento, en su artículo 24, los servicios de telefonía comprenden "*todos aquellos que impliquen el intercambio de señales vocales entre interlocutores,*

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 35

independientemente de la modalidad de pago (prepago y pos pago) y tecnología a través de la cual se brinden"(el subrayado no es del original).

De otro, el artículo 7, apartado 74, del Reglamento de prestación y calidad de servicios (n.º06-04 del 24 de enero de 2017), también de la ARESEP, indica que el servicio de telefonía fija es el "*servicio de telefonía prestado a través de redes fijas, independientemente de la tecnología o el medio de acceso o transmisión utilizado para brindar el servicio, y cuyos terminales tienen un rango de movilidad limitado. La telefonía fija incluye los servicios telefónicos tradicionales y los servicios de telefonía basados en el protocolo IP, ya sean brindados a través de redes cableadas o redes inalámbricas*" (el subrayado no es del original). Siendo el servicio de telefonía, de acuerdo con el inciso 73, el "*servicio de telecomunicaciones que permite el establecimiento de llamadas telefónicas entre equipos terminales conectados a una red de telecomunicaciones.*"

De las acepciones transcritas se desprende que, efectivamente, como lo destaca la SUTEL, el servicio de telefonía fija comprende distintas tecnologías (la conmutación de circuitos o la conmutación de paquetes), así como sistemas o medios alternativos para la transmisión de la señal de voz, desde elementos ópticos con las redes de fibra hasta el prístino "*par trenzado*" con el que se conoce los cables de cobre del teléfono tradicional.²⁶

De los sendos criterios del ICE y del órgano regulador queda claro que el interés se centra justamente respecto al servicio telefónico básico tradicional, como modalidad de la telefonía fija a la par de la telefonía basada en el protocolo IP, que de conformidad con los artículos 28 de la LGT y 7 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, su prestación está encomendada en exclusiva al ente consultante, así como la operación de las redes públicas de telecomunicaciones asociadas a dicho servicio, conocidas con el nombre de redes legadas, basadas, según se acaba de indicar, en el uso del par de cobre. Lo anterior, salvo que cualquier otro operador interesado cuente con una concesión especial otorgada por la misma Asamblea Legislativa. Dice al efecto el primer artículo citado:

"ARTÍCULO 28.- Servicio telefónico básico tradicional

Por medio de los procedimientos previstos en este título, no podrán otorgarse concesiones o autorizaciones relacionadas con la operación de redes públicas de telecomunicaciones asociadas únicamente con la

²⁶ Ver al respecto, MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y Mercado. Las telecomunicaciones*. II Vol. Madrid: Civitas, 1998, p.16.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 36

prestación del servicio telefónico básico tradicional. En este caso se requerirá la concesión especial legislativa a que se refiere el inciso 14) del artículo 121 de la Constitución Política. No obstante, dichas redes y el servicio telefónico básico tradicional estarán sometidas a esta Ley y a la competencia de la Sutel para efectos de regulación.” (El subrayado no es del original).

El artículo 7 de la Ley n.º8660 aparte de reiterar lo dispuesto en el precepto anterior, termina de aclarar en su segundo párrafo lo que debe entender por servicio telefónico básico tradicional, al señalar:

"ARTÍCULO 7.- Servicio telefónico básico tradicional

Excluyese el otorgamiento de concesiones o autorizaciones relacionadas con la prestación del servicio telefónico básico tradicional, salvo concesión otorgada por ley. No obstante, dichas redes y el servicio telefónico básico tradicional estarán sometidos a la competencia de la Sutel para efectos de su regulación.

El servicio telefónico básico tradicional es el que tiene como objeto la comunicación de usuarios, mediante centrales de conmutación de circuitos para voz y datos, en una red predominantemente alámbrica, con acceso generalizado a la población; se excluyen los servicios de valor agregado asociados.” (El subrayado no es del original).

Decimos, entonces, que es en relación con el servicio telefónico básico tradicional de donde surge la duda del ICE de poder garantizar su sostenibilidad económica a través de los recursos del FONATEL, pues a su entender se trata de una prestación que desde sus orígenes está cimentada sobre los valores sociales de universalidad y solidaridad, con la garantía de que el uso de su infraestructura será remunerada, según lo establece el preámbulo del Anexo 13 del CAFTA-DR, por lo que, sí debería ser considerado como un servicio de acceso universal y un servicio universal.

Por el contrario, la postura de la SUTEL es que el FONATEL no puede ser usado para solventar la posible situación de déficit de acceso de la telefonía fija señalada por el ICE, que deberá ser atendida con los mismos ingresos que genere su prestación, para lo que podrá tramitar el respectivo ajuste tarifario de considerar que estos resultan insuficientes para cubrir el costo del servicio. Aparte de que el referido fondo no aplica en los supuestos en que el servicio es prestado de forma exclusiva por un solo operador, el que además debe estar incluido en el PNDT y cuando a la aludida institución no se le ha impuesto ninguna obligación en ese sentido. Por fin, cuestiona la eficiencia de usar los fondos del servicio universal con ese propósito ante lo que

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 37

considera una red obsoleta con altos costos de despliegue, operación y mantenimiento, habiendo determinado la Sala Constitucional la responsabilidad exclusiva del ICE en brindar los servicios de telefonía básica tradicional en modo alguno condicionada a recibir el financiamiento del aludido fondo.

De nuevo, conviene realizar algunas precisiones que nos ayuden a dar respuesta a las interrogantes formuladas por el ICE, empezando por reiterar que no le corresponde a la Procuraduría emitir ningún tipo de valoración de la situación deficitaria señalada por dicha entidad, ni mucho menos proceder a su constatación, si bien se trata de una circunstancia que los antiguos operadores estatales experimentaron durante la etapa de monopolio del servicio en otras latitudes como consecuencia del proceso liberalizador, al conllevar la eliminación de las subvenciones cruzadas y el consiguiente desequilibrio de las tarifas.²⁷

Por lo que, a efectos del presente pronunciamiento, nuestro criterio se circunscribe a determinar si el déficit de acceso en el servicio de telefonía fija constituye un supuesto posible de quedar amparado dentro de los alcances de la regulación de la LGT en torno a las figuras del acceso y del servicio universal, y concretamente, del citado artículo 36 letra a) que hace referencia a la posibilidad de que el FONATEL financie *"las obligaciones que impliquen un déficit"*.

De entrada, habría que afirmar del análisis normativo hecho líneas atrás, la incompatibilidad de que el servicio telefónico básico tradicional logre su reequilibrio económico por medio de esos recursos, en tanto el aludido fondo constituye un instrumento a ser utilizado en un escenario de competencia, no de derechos exclusivos como sucede de momento con dicho servicio, cuya prestación está encomendada únicamente al ICE por decisión del mismo legislador. Con lo cual, hasta podría cuestionarse la legitimidad de compensar la obligatoriedad de dicho ente en prestar el aludido servicio al disfrutar en principio de una *"situación privilegiada"*, a la que ningún otro operador puede acceder sino es superando la barrera legal de tener que contar con una concesión especial legislativa.

Adicionalmente, según se vio también, por ley los recursos del FONATEL no tienen como propósito garantizar la viabilidad económica de una prestación o tecnología por sí misma, sino asegurar a toda la población con independencia de su ubicación o nivel de renta, un conjunto de servicios de telecomunicaciones considerados como básicos o esenciales, que son los que debería estar incluidos en el PNDT.

²⁷ Ver al respecto, CARLÓN RUIZ, Matilde. Las obligaciones de servicio público... p.624 y GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique. Disposición transitoria cuarta. /En/ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; QUADRA-SALCEDO, Tomás de la (coord.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*. Madrid: Civitas, 1999, pp.794-797.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 38

De manera que, en el enfoque adoptado por la LGT, es en relación a la satisfacción de los derechos de los usuarios que todo el andamiaje construido alrededor de las figuras del acceso y el servicio universal cobra sentido, así como el instrumento diseñado para financiarlas (FONATEL), en el que las tecnologías o redes empleadas solo constituyen el medio para hacer efectivo dichos derechos.

Desde esta perspectiva, la lógica del sistema impondría que, en aplicación del principio de orientación de precios a costos, sean los mismos abonados los que sostengan con sus aportes el servicio telefónico básico tradicional, es decir, que el precio o tarifa que se cobra a estos sea suficiente para garantizar su sostenibilidad económica, tomando en cuenta que ningún otro operador está autorizado para brindarlo.

Sin embargo, la realidad del mercado costarricense, marcada naturalmente por la innovación tecnológica y por una apertura a la competencia muy singular en que un segmento de las telecomunicaciones quedó reservado a un solo operador obliga a tomar en consideración otra serie de variables para el presente análisis.

En primer lugar, parece oportuno modular en sus justos alcances la condición como único operador del ICE del servicio telefónico básico tradicional. De un lado, interesa retener la naturaleza de la red de cobre que sirve de soporte a dicho servicio como un monopolio natural, según lo advertimos antes, por lo que, aun cuando no existiera la barrera legal de los artículos 28 de la LGT y 7 de la Ley n.º8660, resulta difícil suponer que otros operadores mostraran interés en participar en ese segmento, debido a su falta de viabilidad económica por la enorme inversión que supone duplicar una red así con el mismo grado de capilaridad y ubicuidad, especialmente, en el tramo del bucle local, sin contar con garantías suficientes de recuperar lo invertido junto con un margen suficiente de rentabilidad. Para muestra, el PNDT 2015-2021 (página 28) da cuenta del dato señalado por la SUTEL del declive experimentado por el servicio de telefonía fija básica tradicional de cerca de un 21% en el periodo comprendido entre el año 2010 al 2014, influenciado por factores como el incremento de la telefonía móvil e Internet.

De otro, el avance tecnológico en las telecomunicaciones permite, gracias al fenómeno de la convergencia, que el mismo servicio de telefonía fija que presta el ICE a través de la red legada de pares de cobre, pueda ofrecerse a los usuarios finales a través de otros medios, según así lo recoge las acepciones de telefonía fija antes vistas contempladas en los reglamentos del Régimen de protección al usuario final de los servicios de telecomunicaciones y de prestación y calidad de servicios, siendo que como lo señala el mismo PNDT 2015-2021 a página 29, *"el servicio de voz sobre IP (VoIP) ha presentado una tendencia creciente en los últimos 4 años. En 2010 se tenían únicamente 105 suscripciones y para 2014 se pasó a 41 249"*.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 39

Lo que nos lleva a pensar que la afirmada exclusividad de que goza el ente consultante en brindar el servicio telefónico básico tradicional es más aparente que real; pues en términos prácticos, el intercambio de señales vocales (e incluso datos) que, en el fondo, es en lo que consiste dicho servicio básico, puede también ser ofrecido por otros operadores o proveedores mediante redes alternas de cable coaxial o fibra óptica (usualmente con los consabidos paquetes de ofertas conocidos como *Triple* o *Cuádruple Play*, entre otras opciones); quienes perfectamente tendrían la posibilidad de disputarle al operador estatal las zonas más rentables del mercado en función del despliegue que hagan de sus respectivas redes.

En este contexto, el problema que se puede presentar para el ICE es que la extensión del servicio telefónico básico tradicional a zonas de alto costo por su lejanía y baja densidad poblacional (lo que puede ocurrir a raíz de una condena de la Sala Constitucional y sobre lo que volveremos enseguida) significaría la traslación íntegra del precio real del servicio a los usuarios finales a efectos de poder mantener el equilibrio financiero de la prestación, lo que en la práctica impediría el acceso efectivo al servicio de telefonía en muchos casos,²⁸ debido a lo inasequible del precio y con la dificultad de poder distribuir el costo real de la prestación en zonas urbanas o de mayor rentabilidad para mantenerlo a un nivel asequible, en las que muy previsiblemente estarán ubicados los operadores alternativos ofreciendo precios competitivos.

En segundo lugar, y en conexión con lo que se acaba de exponer, es importante valorar la jurisprudencia de la Sala Constitucional que cita tanto el criterio legal del ICE, como la SUTEL, en cuanto pone de manifiesto – más allá de la responsabilidad que se le achaca al ente consultante, aspecto en que se centra el órgano regulador en su informe – una situación insatisfactoria en la prestación no solo de los servicios de telefonía fija, sino también de Internet en algunos de los fallos citados, en su extensión a comunidades alejadas o que por la "*topografía montañosa*" resulta inviable llevarles el servicio (para muestra, las sentencias números 2015-9646 de las 11:15 horas del 26 de junio del 2015, 2019-4077 de las 9:30 horas del 8 de marzo de 2019, 2019-7705 de las 9:15 horas del 3 de mayo de 2019 y 2020-330 de las 9:20 horas del 10 de enero de 2020).

En consecuencia, al acoger los distintos recursos de amparo que dieron lugar a los votos citados, la Sala Constitucional, al tiempo que está reconociendo la conculcación del derecho fundamental de toda persona al buen funcionamiento de los servicios públicos en relación con una prestación que ella misma califica de esencial – el servicio de telefonía fija (ver la resolución n.º 2015-3727 de las 11:36 horas del 13 de marzo

²⁸ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones...* p.322

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 40

del 2015) – participa en la configuración del interés público en juego,²⁹ a ser tomado necesariamente en cuenta por las autoridades públicas sectoriales al confeccionar el PNDT y formular los proyectos y programas de acceso y servicio universal, pues su doctrina jurisprudencial revela – como recién se indicó – las necesidades desatendidas de comunicación y de conectividad de una parte de la población.

Es decir, ni el Poder Ejecutivo y, concretamente, el MICITT, ni la SUTEL, pueden resultar ajenos o indiferentes a lo dispuesto en cada caso particular por la Sala Constitucional en relación con los problemas de acceso a los servicios de telefonía fija y datos que afrontan algunas personas y comunidades, solo porque se hubiese condenado únicamente al ICE.

Máxime, si como lo señalamos en las páginas precedentes, el transitorio VI de la LGT establece como parámetros mínimos relativos al servicio universal y al acceso universal, en lo que aquí interesa, el que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos en todo el territorio nacional que satisfaga razonablemente sus necesidades (apartados 1.a) y 2 a), respectivamente).

Visto así, en nuestra opinión, no resulta incompatible el servicio telefónico básico tradicional que presta el ICE con el régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad de las telecomunicaciones previsto en la LGT, por lo que resulta dable su inclusión en el PNDT correspondiente, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque la prestación efectiva de dicho servicio permite en la casuística jurisprudencial desarrollada por la Sala Constitucional, alcanzar ese nivel mínimo de bienestar y calidad de vida asociados a los servicios de telecomunicaciones a tono con lo dispuesto en las metas y prioridades básicas recién mencionadas de la disposición transitoria VI.

En segundo lugar, porque la premisa de la exclusividad a favor del ente consultante sobre la que se sostiene el aludido servicio de telefonía fija basado en la red de cobre ha quedado en cierta forma arrumbada gracias a la convergencia tecnológica – como así ha sido la experiencia en la mayoría de países en que la innovación se impone a los límites de tipo legal –, con lo que otros operadores pueden competir con dicha institución brindando el servicio de telefonía fija empleando otro tipo de redes y tecnologías.

²⁹ Ver en ese sentido, PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo. Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*. Barcelona: Ariel, 2003, p.775.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 41

En tercer y último lugar, dada la singularidad antes mencionada del mercado de telecomunicaciones patrio, no puede dejar de destacarse cierto solapamiento de los instrumentos de acceso y servicio universal con la universalidad y solidaridad que, de acuerdo a las sentencias constitucionales citadas, resulta también exigible al servicio telefónico básico tradicional, al punto que el ICE no puede esgrimir razones presupuestarias o limitaciones técnicas para negar su prestación.

Bajo esa óptica, si la acción de la referida entidad está contribuyendo a reducir e incluso eliminar los espacios de desigualdad entre las poblaciones y la fragmentación social en torno al acceso a la telefonía fija, al punto que, de garantizar los instrumentos de acceso y servicio universal a todos los habitantes del país la conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija en los términos del transitorio VI de repetida cita, probablemente estas personas no se verían obligadas a acudir a la Sala Constitucional a hacer valer sus derechos, como ocurrió en los supuestos de los citados votos; tampoco resulta improcedente que el PNDD, como el Plan anual de programas y proyectos de la SUTEL se sirva de la red de telefonía tradicional del ICE para cumplir con las metas y prioridades relacionadas con los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, y que, eventualmente, la referida institución pueda tener acceso a los recursos del FONATEL cuando se demuestre que las aportaciones que pagan los usuarios no cubran el costo real del servicio y se cumplan los demás requisitos que exige la legislación sectorial.

Cabe recordar que la SUTEL discrepa de esta posibilidad, al considerar que *"se está ante una red obsoleta, con altos costos de despliegue, operación y mantenimiento, por lo que, una eventual inclusión de este servicio en el PNDD podría resultar contrario al principio de uso eficiente de los recursos públicos"*.

En línea con la posición mantenida en la OJ-039-2021, del 23 de febrero, no le corresponde a la Procuraduría pronunciarse sobre aspectos técnicos de la red legada en la que se apoya el servicio telefónico básico tradicional.

No obstante, está ampliamente documentado que por medio de la tecnología DSL (*Digital subscriber line*) se pueden alcanzar velocidades de al menos 25 Mbps de banda ancha sobre el bucle de cobre,³⁰ muy superior a los 2 Mbps que contempló inicialmente el PNDD 2015-2021 como velocidad mínima de conectividad a Internet del servicio universal a nivel de hogares en situación de vulnerabilidad y a los 6 Mbps respecto a

³⁰ Sirva como referencia SERNA BILBAO, María Nieves (de la). Despliegue de redes e infraestructuras de telecomunicaciones e intereses generales. /En/ QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (de la) (Dir.); VIDA FERNÁNDEZ, José (Coord). *Derecho de la Regulación Económica. T. IV. Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009, p.449 y NUECHTERLEIN, Jonathan E.; WEISER, Philip J. *Digital Crossroads...* p.27.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 42

los centros de prestación de servicios públicos (CPSP);³¹ y sin perjuicio de los planes que pudiera tener el ICE en modernizar ciertos tramos de su red de cobre migrando hacia otro tipo de soluciones como las redes de fibra óptica.

Con lo cual, resulta discutible que el aprovechamiento que se pudiera hacer de la red legada del ICE – redes, dicho sea de paso, a las que se les suele reconocer todavía un gran valor estratégico por su grado de capilaridad alcanzada con los años durante el periodo de monopolio – para cumplir con los objetivos del acceso y el servicio universal se considere contrario al principio del uso eficiente de los recursos públicos, cuando el citado párrafo *in fine* del artículo 30 del RAUSUS exige a la SUTEL al momento de formular los programas y proyectos, tomar en cuenta "*la infraestructura existente presente y futura*" – según lo mencionamos antes – y sobre todo, cuando de la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional recién analizada, se desprende que los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones quedan plenamente restablecidos garantizándoles como mínimo el acceso al servicio telefónico básico tradicional.

En definitiva, atendiendo a la singular forma en que se encuentra organizado el mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica, la Procuraduría no halla que la prestación del servicio de telefonía fija a cargo del ICE resulte incompatible con el régimen de acceso universal y servicio universal previsto en la LGT, siendo dable su inclusión en el PNDT, y que incluso pueda tener acceso a los recursos del FONATEL siempre que cumpla con los requisitos dispuestos por dicha ley, como por la normativa de desarrollo para su erogación.

D. CONCLUSIONES

De conformidad con las consideraciones anteriores, damos respuesta a las interrogantes formuladas en los siguientes términos:

1. En general, la figura del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones responde a la exigencia de garantizar en un entorno de libre competencia el acceso a la población a un mínimo de prestaciones que en cada momento se consideran esenciales y, por tanto, irrenunciables, en condiciones de igualdad, calidad adecuadas y a un precio aceptable, con independencia de la localización geográfica o las circunstancias físicas o sociales de las personas, allí cuando las carencias del mercado y de la iniciativa privada no las satisfagan espontáneamente, denotando el carácter subsidiario de este instrumento y su

³¹ Ver páginas 63 y 70 del PNDT.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 43

incompatibilidad inicial con un esquema de gestión del servicio en régimen de monopolio o de derechos exclusivos.

2. En nuestro medio el servicio universal, como su proyección colectiva en la figura del acceso universal, se conciben como derechos subjetivos de las personas o usuarios, reforzando así la garantía de su prestación efectiva, y comprenden aquellos servicios de telecomunicaciones que a partir de los elementos mínimos del Transitorio VI de la LGT queden definidos en las metas y prioridades del PNDT para alcanzar los objetivos del artículo 32 de la misma ley y dar cumplimiento a los principios de universalidad y solidaridad (artículos 33 LGT y 11 del RAUSUS).
3. La referida disposición transitoria contempla, entre otros elementos, como parte del servicio universal, la conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija que permita a los usuarios finales la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas, así como comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet, con especial atención a aquellos con discapacidad cuyo acceso al servicio telefónico desde una ubicación fija debe garantizarse en condiciones equiparables (letras a y d, apartado 1); mientras que incluye dentro de los alcances del acceso universal (letra a de su apartado 2), una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago (en que las llamadas de emergencia serán gratuitas) para todo el territorio nacional; en tanto que la Matriz de Metas del vigente PNDT 2015-2021, en el programa "*Comunidades Conectadas*", hace referencia al acceso a servicios fijos de voz e Internet para las comunidades en brecha de conectividad (inexistente o parcial) y a los centros de prestación de servicios públicos que atienden poblaciones vulnerables.
4. A tenor del artículo 33 de la LGT le corresponde al Poder Ejecutivo definir esas metas y prioridades por medio del PNDT con la inclusión de una agenda de solidaridad digital, a la SUTEL por su parte, le compete hacer posible su concreción con el establecimiento de las obligaciones y los proyectos de acceso y servicio universal a que alude el artículo 36 de la LGT, mediante la formulación de un Plan anual de proyectos y programas. Asimismo, interviene en la revisión de los elementos que comprenden el acceso universal y servicio universal en una relación de coordinación y colaboración con el Poder Ejecutivo (artículos 9, 12, 23, letra a), y 30 del RAUSUS).
5. En coherencia con lo anterior, los servicios de telecomunicaciones que pueden ser financiados por el FONATEL – instrumento de financiamiento dispuesto por el legislador para cuando las fuerzas del mercado no garantizan

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 44

espontáneamente su prestación a todos los usuarios a un precio asequible debido a su falta de rentabilidad – son los comprendidos en el PNDT para dar cumplimiento a los objetivos del citado artículo 32 de la LGT y a las metas y prioridades definidos en dicho plan, sin que a tenor del artículo 38 de la misma ley, estos recursos pueden ser utilizados para ningún otro fin, salvo para sufragar los costos del administración del propio fondo en el porcentaje máximo fijado en el mismo precepto.

6. La LGT en su artículo 36 establece dos mecanismos para asignar los recursos del FONATEL: la designación directa y la selección por concurso público. Sin que la prelación que el artículo 34 del RAUSUS le otorga a este último método constituya un exceso que lo torne ilegal, no solo por la remisión al desarrollo reglamentario que hace el legislador en la primera norma respecto a las demás condiciones que resulten necesarias para su implementación; sino también porque no impide que la SUTEL opte directamente por la imposición de obligaciones si resulta manifiesto que es la mejor opción para satisfacer el interés público, entre otras consideraciones.
7. Por el contrario, se duda de la validez legal del mecanismo de contratación directa con el ICE contemplado en el artículo 111 del Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, para asignar los recursos del aludido fondo, al excepcionar por norma de rango inferior el mecanismo escogido por el legislador consistente en la selección por concurso público previsto, como recién se indicó, en el artículo 36.b) de la LGT.
8. En todo caso, el artículo 36.a) de la LGT faculta a la SUTEL para girar directamente los recursos del FONATEL al ICE o a cualquier otro operador con el fin de financiar las obligaciones de acceso y servicio universal que se les impongan en sus respectivos títulos habilitantes *"que impliquen un déficit o la existencia de una desventaja competitiva"*.
9. De conformidad con los artículos 28 de la LGT y 7 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, la prestación del servicio telefónico básico tradicional (modalidad de la telefonía fija junto con la telefonía basada en el protocolo IP) está encomendada exclusivamente al ICE, así como la operación de las redes públicas de telecomunicaciones asociadas a dicho servicio (las redes legadas de cobre); siendo necesaria una concesión especial otorgada por la Asamblea Legislativa para que cualquier otro operador pueda explotar dicho servicio.

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 45

10. Tal circunstancia supondría, de entrada, la incompatibilidad de dicho servicio con las figuras de acceso y servicio universal y que el déficit de acceso en su prestación pueda compensarse con los recursos del FONATEL, al tratarse de un régimen diseñado para un escenario de competencia.
11. Sin embargo, la singularidad del mercado de telecomunicaciones costarricense en el que, pese a la reserva legal del servicio telefónico básico tradicional a favor del ICE, la convergencia tecnológica ha facilitado que el servicio de telefonía fija pueda ser ofrecido en competencia por otros operadores o proveedores alternativos mediante redes de cable coaxial o fibra óptica, pudiéndole disputar las zonas más rentables con la consiguiente dificultad que podría tener el operador estatal de cubrir el costo real de su prestación con solo las aportaciones de sus abonados, permite conciliar ese status de Derechos exclusivos de que goza formalmente dicha institución con el principio de subsidiariedad en que se apoya el régimen de acceso y servicio universal.
12. En el enfoque adoptado por la LGT, es en relación a la satisfacción de los derechos de los usuarios que todo el andamiaje construido alrededor de las figuras del acceso y el servicio universal cobra sentido, así como el instrumento diseñado para financiarlas (FONATEL), en el que las tecnologías o redes empleadas solo constituyen el medio para hacer efectivo dichos derechos.
13. Precisamente, con ocasión de una situación insatisfactoria en la prestación no solo de los servicios de telefonía fija, sino también de Internet, se ha gestado toda una doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional que revela las necesidades desatendidas de comunicación y de conectividad de una parte de la población, a ser tomadas necesariamente en cuenta tanto por el Poder Ejecutivo y, concretamente, el MICITT, como por la SUTEL, al momento de confeccionar el PNDT y formular los proyectos y programas de acceso y servicio universal, por más que ese alto Tribunal solo haya responsabilizado al ICE en cada caso concreto sometido a su jurisdicción.
14. Desde esa perspectiva, el servicio telefónico básico tradicional que presta el ICE no resulta incompatible con el régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad previsto en la LGT, siendo dable su inclusión en el PNDT, pues a criterio de la Sala Constitucional, la prestación efectiva de dicho servicio permite alcanzar ese nivel mínimo de bienestar y calidad de vida asociados a los servicios de telecomunicaciones a tono con lo dispuesto en las metas y prioridades básicas de la disposición transitoria VI, concretamente, contar con una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y con una oferta suficiente de teléfonos públicos en todo el territorio nacional que

Señora
Irene Cañas Díaz
Presidenta Ejecutiva
Instituto Costarricense de Electricidad

19 de agosto de 2021
PGR-C-238-2021
Página 46

satisfaga razonablemente las necesidades de los usuarios. Aunado a que la acción de la referida entidad, de acuerdo con la misma jurisprudencia constitucional, contribuye a reducir e incluso eliminar los espacios de desigualdad entre las poblaciones y la fragmentación social en torno al acceso a la telefonía fija.

15. En la medida que el párrafo *in fine* del artículo 30 del RAUSUS establece que la SUTEL deberá tomar en cuenta, al momento de formular los programas y proyectos de acceso y servicio universal, "*la infraestructura existente presente y futura*", entre otros factores, no resulta contrario al ordenamiento jurídico, ni al principio del uso eficiente de los recursos públicos, que se pueda servir de la red legada de cobre del ICE para alcanzar las metas y prioridades del PNDDT que permitan cumplir con los objetivos del artículo 32 de la LGT, y que incluso, dicha institución tenga acceso a los recursos del FONATEL siempre que cumpla con los requisitos dispuestos por dicha ley – incluido la previsión del aludido servicio en el PNDDT – como por la normativa de desarrollo para su erogación.

Atentamente,

Alonso Arnesto Moya
Procurador

AAM/hsc

C: Señora Paola Vega Castillo, Ministra, Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones

Señor Federico Chacón Loaiza, Presidente del Consejo Directivo, Superintendencia de Telecomunicaciones