

# **Revista de Derecho Público No. 1**

**Enero / Junio 2005**

**Asociación Costarricense  
de Derecho Administrativo**



**EDITORIAL JURIDICA CONTINENTAL**

# Revista de Derecho Público

ISSN:1659-1771

## Consejo Editorial

María Lourdes ECHANDI GURDIÁN  
Ronald HIDALGO CUADRA  
Manrique JIMÉNEZ MEZA  
Aldo MILANO SÁNCHEZ

## Director

Aldo MILANO SÁNCHEZ

La Asociación Costarricense de Derecho Administrativo no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista.

La Revista de Derecho Público, está abierta al debate y admite, por lo tanto, variedad de ideas y enfoques. Envíe sus estudios, crónicas o recensiones al correo [ascoda@costarricense.cr](mailto:ascoda@costarricense.cr). Se recomienda ajustarse a nuestra guía para autores antes de enviar sus contribuciones.

*Suscripciones, venta directa y pedidos*

Editorial Jurídica Continental

Tel. (506) 255-1921



**EDITORIAL JURIDICA CONTINENTAL**

Impreso por  
Zeta Servicios Gráficos S. A.



Teléfono: 256-4895

Correo electrónico: [jazcon@racsa.co.cr](mailto:jazcon@racsa.co.cr)

# NUEVO SERVICIO PÚBLICO, CONSTITUCIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN

Doctora en Derecho

Doctoranda del Departamento de Derecho Administrativo  
de la Universidad Complutense de Madrid

**SUMARIO:** Introducción I.- APERTURA A LA COMPETENCIA Y LA NUEVA REGULACIÓN A.-El nuevo servicio público en el entorno mundial B.- El nuevo servicio público y Constitución 1.- El Principio constitucional de la competencia, 2.- Los derechos fundamentales a la libertad de empresa, de comercio y de competencia del empresario, 3.- El derecho fundamental a beneficiarse de la competencia del consumidor/usuario. 4.- Garantías contenidas en los artículos 28 § 2, 50 §1 y 74 de la Constitución Política II.- EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN O DISOCIACIÓN DE ACTIVIDADES EN EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO A.- Separación de las actividades B. Separación en actividades competitivas y no competitivas 1.- Actividades competitivas a.- Libertad de entrada b.- Libertad de acceso al mercado c.- Libertad de contratación y libertad de precios d.- Libertad de inversión 2.- Actividades no competitivas a.- Redes e infraestructuras esenciales b.- Servicio universal C.- Separación de actividades entre operador y regulador 1.- Autoridad Reguladora 2.- Operadores.

## INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el servicio público, como noción jurídica, ha sido objeto de innumerables intentos de definición. Hoy día, como resultado de las tendencias liberalizadoras de múltiples sectores de la economía, se ha retomado esa temática. Se habla ahora del "*nuevo servicio público*", noción ajustada a una postura menos activa del Estado en su prestación, aunque más protagónica en su regulación, promoción y vigilancia de la libre competencia.

Con el ánimo de contribuir a la modernización de los criterios que aún subyacen en la realidad jurídica costarricense en este tema, en adelante se expondrán las características más relevantes del "*nuevo servicio público en competencia*", considerando para ello tanto la Constitución Política costarricense, como la visión doctrinal dada a esa noción jurídica.

## I.- APERTURA A LA COMPETENCIA Y LA NUEVA REGULACIÓN

La doctrina del derecho administrativo, como se indicó, ha venido refiriéndose a un nuevo servicio público, con lo cual se ha querido aludir al proceso de transformación que se está produciendo en las bases mismas de ese instituto jurídico.

Interesa, por ello, hacer un breve repaso de lo que en el entorno mundial se ha denominado el nuevo servicio público (A).

Una vez establecidas las líneas generales de esa noción, será preciso evaluar su ajuste con los términos en que la Constitución Política de Costa Rica se refiere al tema (B).

### A.- El nuevo servicio público en el entorno mundial

La apertura del mercado de servicios públicos, está sustentada en los perfiles que modernamente han sido acogidos en los modelos anglo-

sajones bajo la modalidad de las *public utilities*. Dicho modelo, a su vez, ha sido acogido por el derecho comunitario europeo y a partir de esa circunstancia, por los derechos internos de los países que participan en ese régimen comunitario<sup>1</sup>.

De esta forma, cuando hoy día se habla del servicio público en competencia, se alude a un modelo abierto, en el cual se promueve el ejercicio de la libertad de entrada, la libertad de inversión, la libertad de precios —allí donde pueda existir competencia—, aunque con determinadas obligaciones o cargas en aquellas áreas no competitivas a las que se alude bajo la denominación de “servicio universal”<sup>2</sup>.

Esta nueva concepción trata de conciliar dos aspectos: por un lado, la instauración de “un sistema más eficaz y competitivo”<sup>3</sup> y por otro, la garantía de “un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho”, de modo que en el modelo europeo se afirme que “el principio comunitario de libre competencia debe ser conciliado con el objetivo de desarrollo de las tareas del servicio público”<sup>4</sup>.

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

proceso de apertura, es un proceso de re-regulación, de tal manera que la normativa en que se refleja, procura introducir y promover la competencia en las actividades que lo permitan<sup>5</sup>.

Tal proceso de promoción de la competencia, tiene como norte, el aumento en el nivel de satisfacción del usuario. Se afirma que “la meta última de la liberalización es dejar jugar plenamente la competencia para mejorar el bienestar general y claramente el excedente del consumidor”<sup>6</sup>.

La introducción de la competencia en los servicios públicos “lo que pretende es precisamente mejorar la eficiencia del sistema en beneficio de todos, y especialmente de los consumidores”<sup>7</sup>.

En ese proceso de re-regulación, existen dos aspectos de vital importancia. El primero se refiere a la introducción de reglas claras y precisas, tanto en lo que respecta a las actividades competitivas, como en las no competitivas. Ejemplo de estas últimas, como se verá, son la infraestructura de uso común, las redes y el servicio universal<sup>8</sup>.

El segundo aspecto al cual se ha dado especial importancia en el proceso de re-regulación, se refiere al papel del Estado en este nuevo modelo<sup>9</sup>. Se dice al respecto que “la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mercados para garantizar su funcionamiento conforme al principio de libre competencia e incluso, ahí donde la

<sup>1</sup> Véase Sendín García, M.A. (2003) *Hacia un servicio público europeo*. El nuevo derecho de los servicios públicos, Granada : Editorial Comares, p.XVII. Sendín García, M.A. (2003) *Regulación y servicios públicos*, Granada: Editorial Comares, p.17 y ss. Ariño Ortiz, G. (2004). *La Liberalización de los Servicios Públicos*. Hacia un nuevo modelo de regulación para la Competencia. Costa Rica: Academia de Centroamérica. Ordenamiento Jurídico y Libertades Económicas, p. 476.

<sup>2</sup> En igual sentido véase: Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). *La Competencia en Sectores Regulados*. Granada: Editorial Comares, p. 13. Ariño Ortiz, G. (1999). *El Nuevo Servicio Público*. Granada: Editorial Comares, en *Principios de Derecho Público Económico*. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica, p.560 y ss.

<sup>3</sup> Sendín García, M.A. (2003) *Regulación y servicios públicos*. (op cit.), p. XIX.

<sup>4</sup> Allemand, R. (2004). *L' Intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications*. Paris : Dalloz, *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, Hebdomadaire, 1 novembre, No. 37, p.2029. Traducción libre.

<sup>5</sup> En ese sentido véase: Sendín García, M.A.(2003). *Regulación y servicios públicos*. (op cit.), p.11 y ss. Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op. cit., p.8 y ss.

<sup>6</sup> Du Marais, B (2004). *Droit Public de la Régulation Economique*. Paris : Presses de Sciences po et Dalloz, p. 530. Traducción libre.

<sup>7</sup> Caballero Sánchez, R. (2003). *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, p. 353 y 354.

<sup>8</sup> En ese sentido véase: Ariño Ortiz, G. (2004). op cit. p. 486. Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.27 y ss. . Ariño Ortiz, G. (1999). op. cit, p.568. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., p.30.

<sup>9</sup> El Estado por medio de la nueva regulación promueve la competencia, mecanismo autorregulador del sistema económico.

*tendencia natural es el monopolio u oligopolio, para crear las condiciones de un auténtico mercado en concurrencia*"<sup>10</sup>.

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

Todo ello exige la aprobación legislativa de las denominadas "*normas de organización y procedimiento*"<sup>11</sup> idóneas y necesarias para hacer posible, en este caso, la libertad de elección del usuario, el servicio universal, la libertad de competir de los operadores de los servicios y el principio de libre competencia.

## B.- Nuevo servicio público y Constitución

Para la mejor apreciación del instituto objeto de este estudio, es importante valorar el papel que juegan los derechos económicos contenidos en el artículo 46 de la Constitución, de cuya eficacia, se ocupa el nuevo servicio público, es decir: el Principio constitucional de competencia (1), los derechos fundamentales a la libertad de empresa, de comercio y de competencia del empresario (2) y el derecho fundamental a beneficiarse de la competencia del consumidor/usuario (3). Finalmente, se evaluará cómo el nuevo servicio público propicia, también, la eficacia de las garantías contenidas en los artículos 28 § 2, 50 §1 y 74 de la Constitución Política (4).

## 1.- El Principio constitucional de competencia

En el artículo 46 constitucional, encuentra fundamento normativo, también, el Principio de competencia.

Ello resulta de las distintas garantías constitucionales que engloba esa norma, es decir, la prohibición del monopolios privados y actos restrictivos de la competencia (§ 1); la declaración de un interés público en la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora (§ 2); la obligación de normar para evitar los efectos de la ausencia de la competencia (§ 3); el procedimiento agravado impuesto como obstáculo para establecer monopolios del Estado y de las Municipalidades mediante ley (§ 4), así como el expreso deber del Estado de proteger los intereses económicos de consumidores y usuarios y de su libertad de elección (§ 5). Todas esas garantías fundamentales son, en su conjunto, indicadores de la existencia clara de un principio de competencia, por lo que es preciso hacer, de seguido, una breve explicación de cada una de ellas.

La primera garantía es la referida en el párrafo primero del artículo 46 constitucional. De conformidad con los criterios de la doctrina alemana, esa norma contiene un derecho individual a una "*acción negativa*"<sup>12</sup> (de no hacer) por parte del Estado y de los particulares, de modo que aquél y estos últimos, deben abstenerse de impedir el ejercicio de las libertades ahí detalladas.

Se debe hacer notar que, tradicionalmente, tanto la doctrina<sup>13</sup> como la jurisprudencia nacional<sup>14</sup>, han entendido que este párrafo y en general

<sup>10</sup> Desdentado Daroca, E. (1999). La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huída de la regulación pública y Administraciones independientes. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 188.

<sup>11</sup> Hesse, K. (1996). Significado de los Derechos Fundamentales. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., traducción de Antonio López Pina, en Manual de Derecho Constitucional, p.101 y ss.

<sup>12</sup> Alexy, R. (1993) Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, traducción Ernesto Garzón Valdés, pág. 188 y ss.

<sup>13</sup> La Doctrina nacional señala que "*la libertad de empresa protege, al menos, el derecho de sus titulares para emprender (escoger) y desarrollar la actividad económica que deseen (...) el poder de organizar la empresa y el de programar sus actividades en la forma más conveniente para sus intereses. (...) Además y como contenido fundamental de esta libertad debe admitirse que toda empresa se organiza en función del lucro, sea para obtener algún beneficio económico con su ejercicio.*" Hernández Valle, R. (1990) Las libertades Públicas en Costa Rica. San José: Editorial Juricentro, p. 243. Nótese, que el autor citado no es exhaustivo en el contenido del artículo 46 constitucional, al señalar que "*la libertad de empresa protege, al menos*", dejando abierta la inclusión de más derechos, que tal vez no ha observado.

<sup>14</sup> Véanse en ese sentido, entre otras resoluciones, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia No.1195-

el artículo 46, es la base constitucional de la libertad de empresa, sin siquiera discriminarla de la libertad de comercio. Sin embargo, en el texto de la norma en examen, la disposición que se comenta, también alude al derecho constitucional a competir libremente. Se trata, en realidad, de un derecho de libertad reconocido como prolongación de la libertad de empresa o bien como una libertad económica con autonomía propia.

La prohibición de *“monopolios de carácter particular y cualquier acto aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria”* permite inferir que desde la óptica constitucional, existe un marcado interés en proteger a la competencia<sup>15</sup> como bien jurídico.

Lo constitucionalmente permitido, entonces, es competir. Se promueve así, el orden económico o, según la semántica de la economía, la eficiencia<sup>16</sup>.

Se trata de un derecho fundamental dirigido al ciudadano que asume el papel de agente económico, rol que lo legitima para ser beneficiario de acciones negativas de parte del Estado y de los particulares, de tal forma que no se le impida, como señala la Doctrina, la acción de competir o el *“derecho a (hacer) la competencia”*<sup>17</sup>.

Para comprender el interés de esta garantía, es pertinente recordar que existe una relación entre el precio y la cantidad de un bien o servicio. Es posible, en consideración de tal circunstancia, obtener mayores beneficios económicos, si se tiene el poder suficiente de manipular cualquiera de los dos (precio o cantidad).

Ese poder suficiente en el mercado, podría generarse, por ejemplo:

a.- si una –monopolio– o unas pocas empresas –oligopolio– controlan un determinado mercado relevante o un porcentaje significativo del mercado –posición dominante– con el poder de afectar el precio y/o la cantidad o,

b.- si muchas empresas en el mercado (pequeñas, medianas o grandes), acuerdan, horizontal o verticalmente, dirigirse hacia un mismo objetivo, actuando como una sola voluntad y con el poder de afectar el precio y/o la cantidad.

Esto explica por qué la competencia es tutelada por el sistema jurídico desde lo más alto de su jerarquía, pues con ello se garantiza el funcionamiento eficiente del sistema económico, aspecto de vital importancia en un modelo de economía de mercado, como el definido por la Constitución Política costarricense.

Por otra parte, esto genera, en lo que al sistema económico se refiere, expectativas de que la competencia, es decir, su orden, será respetado y asegurado por el sistema jurídico, lo que le permitirá la certeza necesaria para evolucionar.

En ese marco de referencia, interesa destacar que un ejemplo típico de un *“... acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja”* la competencia a los que alude la norma, es el caso de las denominadas barreras al comercio y barreras a la competencia, tema de marcado interés en el marco de la nueva definición del servicio público.

Las barreras al comercio, también llamadas *“obstáculos para el comercio”*<sup>18</sup> o *“barreras a la*

91 de las 16:15 horas del 25 de junio de 1991 (considerando I), No. 311-97 de las 16:12 horas del 15 de enero de 1997 (considerandos II y III), No. 2944-00 de las 14:39 horas del 12 de abril del 2000 (considerando V), No. 6675-01 de las 15:02 horas del 11 de julio del 2001 (considerando IV), No. 6701-02 de las 11:35 horas del 5 de julio del 2002 (considerandos II y VII), No. 558-03 de las 14:48 horas del 29 de enero del 2003 (considerando IV.c), No. 2864-03 de las 15:29 horas del 9 de abril del 2003 (considerando V).

<sup>15</sup> La competencia es definida como la *“Situación del mercado en la que empresas o vendedores, que actúan con total independencia, se esfuerzan por atraer clientes para alcanzar un objetivo comercial preciso y expresado en términos de beneficios, de volumen de ventas o de cuotas de mercado. (...) La competencia se percibe como un proceso clave que obliga a las empresas a dar pruebas de eficiencia y a comercializar a menor precio un más amplio abanico de productos y servicios. Se refleja en un aumento de bienestar para el consumidor y de eficiencia de asignación”*. Centro para la Cooperación con las Economías Europeas en Transición (1995) Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, p. 23.

<sup>16</sup> En cuanto al concepto de eficiencia véanse: Fischer, S., Dornbusch, R, Schmalensee, R (1994). Economía. México: Mc Graw Hill, capítulo 10; Samuelson, P. y Nordhaus, W. (1994). Economía. México: McGraw-Hill capítulo 9; Case, K. y Fair, R. (1993). Fundamentos de Economía. México: Prentice Hall Hispanoamericana, S.A., traducción Pilar Mascaró Sacristán, capítulo 12.

<sup>17</sup> Mousseron, J.M., Selinsky, V. (1988). Le Droit Français Nouveau de la Concurrence, Paris: LITEC, p. 8. Traducción libre.

<sup>18</sup> Case, K. y Fair, R. (1993) op.cit. p. 988.

competencia”<sup>19</sup>, son “formas de protección que escudan de la competencia exterior a algún sector de la economía”<sup>20</sup>, que bien podría ser, como tradicionalmente se entendido, el mercado eléctrico, las telecomunicaciones, los transportes públicos y demás servicios públicos.

Las barreras al comercio, sean de entrada o de salida, son obstáculos que dificultan la dinámica comercial de las empresas, lo cual provoca que la competencia se vea disminuida y aumenten los niveles de concentración económica en un mercado.

Si se examina ahora el párrafo segundo del artículo 46 constitucional, cabe señalar que se trata de la norma que reconoce y declara “el interés público” y por tanto, un derecho público subjetivo del agente económico y del consumidor/usuario, de beneficiarse de “acciones positivas”<sup>21</sup> del Estado -cuyo objeto es una acción fáctica- que impidan toda “práctica o tendencia monopolizadora”.

¿Qué es una “práctica o tendencia monopolizadora”?

La Doctrina del Derecho de la Competencia, al hacer referencia a las denominadas prácticas restrictivas de la competencia, incluye al monopolio, al oligopolio, al abuso de posición dominante y una variada modalidad de acuerdos entre agentes económicos.

De esta forma, es de “interés público”, entonces, que el Estado respete, proteja y promueva la libre competencia, mediante acciones capaces de “impedir toda práctica o tendencia monopolizadora”, entendiendo por ésta, el monopolio y las prácticas monopolísticas.

Se configura de esa forma, una potestad-deber a cargo del Estado, de adoptar una conducta que impida prácticas monopólicas o inclusive, de tendencia monopólica, conducta que se califica expresamente, de interés público.

En cuanto al párrafo tercero del artículo 46 constitucional, se debe señalar que en esa disposición el Constituyente reconoce expresamente la existencia de monopolios de hecho. Sin embargo, para los casos en que esa situación se produzca, decidió declarar y reconocer un derecho subjetivo a acciones positivas del Estado, cuyo objeto, a diferencia del anterior, es una acción normativa, con el fin de regular, en beneficio del Orden Públi-

co Económico, “las empresas constituidas en monopolio de hecho”.

El monopolio implica una exclusividad de producción o comercialización en el mercado de determinado bien o servicio –público o privado-. Como producto de la existencia de un monopolio en un determinado mercado de bienes y servicios, nace la posibilidad de que se abuse de este poder.

Este abuso puede describirse así: una empresa en monopolio, tiene suficiente poder para establecer o fijar, unilateralmente, los precios de los bienes o servicios que produce o presta, con la idea de obtener la mayor rentabilidad posible.

Esto hace que la empresa en monopolio deba verse limitada en su actividad productiva y de forma coactiva, a criterios de eficiencia económica. De lo contrario, el exceso en el precio se convertirá en un costo adicional para el consumidor o usuario que afecta sus intereses económicos.

Es claro, entonces, que son esos los objetivos que deberá perseguir la legislación especial a que se refiere el tercer párrafo del numeral 46 constitucional, como en efecto sucede mediante el art. 5 de la *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, No. 7472 del 20 de diciembre de 1994, por ejemplo y como deberá suceder en la normativa que entre a regular aquellos servicios públicos que se decida, en beneficio del usuario, someter a libre competencia.

El párrafo cuarto del artículo 46 constitucional, por su parte, si bien admite la creación legal de monopolios del Estado o de las Municipalidades, lo hace exigiendo para ello un procedimiento parlamentario agravado, consistente en la exigencia de una votación no menor a los “...dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa”.

Esta exigencia representa, técnicamente, un derecho a acciones positivas de carácter normativo por parte del Estado, cuyo objeto es la garantía al ciudadano de que toda normativa que quiebre el Principio de competencia, deberá contar con una votación agravada.

Como se ha dicho, existe una marcada tendencia de abusar de toda posición de poder. Esta consideración es también válida para el caso de los monopolios de derecho a favor del Estado y

<sup>19</sup> Samuelson, P. y Nordhaus, W. (1994) op.cit. p. 888.

<sup>20</sup> Case, K y Fair, R.C. (1993) op.cit. p. 988.

<sup>21</sup> Alexy, R. (1993) op.cit., pág. 188 y ss.

de las Municipalidades, pues aunque sean públicos, no dejan por ello de ser amenazantes para el consumidor y el usuario. En un proceso de apertura de los servicios públicos a la competencia, considerando que el Estado ha asumido históricamente su prestación de forma exclusiva, este aspecto es de medular importancia.

Por esa razón, y además, dado que la creación de un monopolio es una excepción al Principio de competencia, la señalada autorización constitucional debe ser interpretada restrictivamente.

En suma, la Constitución Política, como norma suprema del ordenamiento jurídico, reconoce y respeta a la competencia como regla general.

Resta examinar el párrafo quinto del artículo 46 constitucional. Como es posible establecer, la reforma mediante la cual se adicionó este nuevo párrafo, vino a ampliar el alcance de los efectos de la citada disposición constitucional. Esto se produce como resultado de la incorporación, dentro de ese marco garantista, de la figura del consumidor –relaciones de consumo- y del usuario –relaciones de servicio público-, a los cuales se les reconoce una serie de garantías fundamentales.

Es posible señalar, siguiendo la moderna teoría alemana de los derechos fundamentales, que el párrafo en estudio vino a reconocer y declarar, no solo un derecho fundamental a acciones positivas, sino además, un derecho fundamental a acciones negativas a cargo del Estado y en beneficio de los consumidores y usuarios.

Este párrafo del artículo 46 constitucional, cabe destacar, tiene como antecedente directo las “Directrices para la protección del consumidor” aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Res. A/RES/39/248 de 9/4/1985. Según ahí se establece, los consumidores logran el máximo beneficio de sus recursos económicos y tienen libertad de elección, cuando se respeta y promueve la competencia, en la medida en que ello genera la posibilidad de mayor variedad de bienes y servicios y la opción de precios más bajos.

Desde la perspectiva constitucional, es preciso aludir a la nueva variante en el marco del nuevo servicio público, que se introdujo a partir de la reforma constitucional operada mediante ley No.7607 de 29 de mayo de 1996, de la cual resultó un quinto párrafo del artículo 46 constitucional que establece una serie de garantías al consumidor y al usuario<sup>22</sup>.

Resulta relevante hacer notar que el Constituyente derivado incorporó, mediante la serie de garantías que contiene ese quinto párrafo del artículo 46, un marco idóneo para acoger el concepto del nuevo servicio público.

Como interesa resaltar, la norma constitucional alude no sólo al consumidor –sujeto que interviene en el marco de relaciones de consumo de bienes y servicios en el mercado-, sino además, al usuario –sujeto que interviene en la relación de consumo de servicios públicos-.

De esta forma, las garantías contenidas en la norma que se comenta, alcanzan no sólo las relaciones de consumo sujetas al Derecho privado, sino también, las relaciones de servicio público, regidas por el Derecho público.

La doctrina argentina califica tales garantías, como los “nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva”<sup>23</sup>.

Se dice al respecto, que estas garantías de incidencia colectiva, incluyen los derechos “f) a la **protección de los intereses económicos de los usuarios** (art. 42), g) a la **libertad de elección** (art. 42) o sea, que no haya monopolios sino los “naturales” o “legales”; **en consecuencia, el derecho “a la defensa de la competencia”** (ídem, segundo párrafo, y 43 segundo párrafo), o sea, a **tener por principio y con apoyo del ordenamiento y los órganos del Estado, un sistema de libre competencia en la provisión de bienes y servicios**”<sup>24</sup>.

Como es lógico, sigue señalando la doctrina, para admitir “tal tipo de derechos sustantivos importa, por un mínimo de congruencia interpretativa, reconocer también legitimación judicial para su defensa y ejercicio. No puede sostenerse racio-

<sup>22</sup> “Artículo 46.-(...)”

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

<sup>23</sup> Gordillo, A. (1998). Tratado de Derecho Administrativo. La Defensa del Usuario y del Administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2, p.II-9.

<sup>24</sup> Ibidem, p.II-11. El resaltado no es del original.



nalmente que exista derecho pero no exista acción”<sup>25</sup>.

De ahí que sea importante advertir que en el ordenamiento jurídico costarricense, **la defensa de la competencia** puede ser considerada como un **interés difuso**<sup>26</sup>, al igual que ha sido admitida la legitimación en la defensa del medio ambiente, de la materia electoral, del patrimonio histórico y cultural, el consumo de un producto o servicio y la promoción de la competencia<sup>27</sup>.

Con el párrafo quinto del artículo 46 constitucional, al incluir al consumidor y el usuario como una clase social de especial relevancia constitucional, se termina valorando su determinante papel en el sistema económico. Se dice por ello, que

*“la participación de usuarios y consumidores de servicios públicos como nuevos actores de la estructura social, a través de los canales procesales específicos: asociaciones de usuarios, agencias de regulación, audiencias públicas”*<sup>28</sup> es un hito jurídico de la economía de los servicios públicos.

El usuario asume, por esa vía, un rol central en *“el control de los servicios públicos”*<sup>29</sup>.

En síntesis, según la letra del artículo 46 constitucional, el principio es competir, la regla es la competencia. El Principio constitucional de competencia es un principio básico de la organización social, pues se especializa, en beneficio del interés público, en asegurar la competencia en el sistema económico de mercado.

<sup>25</sup> Ibidem, p.II-11.

<sup>26</sup> *“los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos -por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter.”* Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 3705-93 de las 15 horas del 30 de julio de 1993. Véase en igual sentido No.360-99 de las 15:51 horas del 20 de enero 1999, No.9456-00 de las 14:44 horas del 25 de octubre del 2000, No.8800-01 de las 16:22 horas del 29 de agosto del 2001 y No. 11592-01 de las 9:01 horas del 9 de noviembre del 2001.

<sup>27</sup> Se debe advertir que la Sala Constitucional no ha sido taxativa en el reconocimiento de los intereses difusos, dado que ha admitido como uno de esos derechos, entre otros, la defensa del medio ambiente, del patrimonio histórico, el patrimonio cultural, la materia electoral, el consumo de un producto o servicio, la promoción de la competencia, agregando un etcétera. En ese sentido véanse los siguientes extractos de sentencias:

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

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

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

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

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

<sup>28</sup> Dromi, R. (2004). Las mutaciones jurídicas de los servicios públicos. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, p.41 y 42.

<sup>29</sup> Du Marais, B (2004). op.cit, p.530. Traducción libre.

Al reconocerse dicho Principio constitucional, se producen varios efectos prácticos. Por un lado, se proporciona seguridad jurídica, a nivel constitucional, al sistema económico y por otro, se genera un parámetro de interpretación, integración y control del ordenamiento jurídico.

En definitiva, el Principio de competencia pasa a formar parte tanto del bloque de constitucionalidad, lo que lo convierte en parámetro de control de la constitucionalidad, así como del bloque de legalidad<sup>30</sup>, lo que lo ubica como parámetro para el control de legalidad de los actos administrativos y en general de la conducta administrativa.

## 2.- Derechos fundamentales a la libertad de empresa, de comercio y de competencia del empresario

Como se expuso, la base normativa de estos derechos es, en lo fundamental, el párrafo primero del artículo 46 constitucional.

Las libertades de empresa, de comercio y de competencia, tienen como objetivo central beneficiar al ciudadano que asume el papel de agente económico o empresario en el mercado. Consiste cada libertad, en un derecho a ser beneficiario de acciones negativas de parte del Estado y del particular, de tal forma que no se impida, como señala la doctrina, la acción de emprender, comerciar y competir. Como se ha señalado ya, en el caso específico de la libertad de competir, se afirma en la doctrina que se trata de un *"derecho a (hacer) la competencia"*<sup>31</sup>.

Estos derechos fundamentales responden a la categoría de derechos de índole defensiva. Se trata de garantías fundamentales que nacen de la idea de que el Estado tiene, primordialmente, una tarea de aseguramiento de una determinada esfera de libertad de los individuos.

La libertad de empresa y la de comercio han sido vistas, tradicionalmente, como las libertades económicas. Sin embargo, modernamente, se incluye también, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la libertad de competir en el mercado.

En el Derecho alemán, la Libertad de competir ha sido definida como *"el derecho a concurrir libremente en el mercado frente a otros empresarios."*<sup>32</sup>

Se afirma que *"de la genérica libertad de acción del artículo 2.1 GG se extrae también, para el sector económico, la libertad de competencia. Esta garantiza al empresario el derecho a ejercer su libertad de disposición empresarial en competencia con otros, sin que ni el Estado ni alteraciones en la competencia provocadas por éste le opongan trabas."*<sup>33</sup>

En el mismo sentido, se afirma *"la existencia de un derecho subjetivo a la libre competencia en los particulares"*<sup>34</sup>.

Por otra parte, no sólo será posible comprobar que la doctrina diferencia estos tres distintos derechos fundamentales, sino que además establece su relación. En ese sentido, se estima que *"El derecho del empresario a actuar en competencia con otros agentes económicos sin desventa-*

<sup>30</sup> En la doctrina francesa se hace referencia a *"la inserción del principio de competencia en el bloque de legalidad que utiliza el juez administrativo para controlar a la administración"* Du Marais, B (2004). op.cit, p 176. Traducción libre. Por otra parte, en la Jurisprudencia del Consejo de Estado francés, una resolución anuló un decreto por exceso de poder, considerando que este restringía la competencia. Véase Conseil d'Etat statuant au contentieux N° 122644, lecture du 8 de novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du décret du 26 novembre 1990 relatif au régime complémentaire facultatif d'assurance vieillesse des personnes non salariées des professions agricoles.

<sup>31</sup> Mousseron, J.M., Selinsky, V. (1988). op.cit., p. 8. Traducción libre.

<sup>32</sup> Stober, R. (1992). Derecho Administrativo Económico. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, traducción y anotación de Santiago González-Varas Ibáñez, p.134. En ese sentido véase Ossenbuhl, F. (1991) "Libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn", Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. traducción de Manuel Pulido Quecedo y Ulrike Oster, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 11, Núm. 32, Mayo-Agosto, pp. 32-36. Papier, J.J.. (1996). Ley Fundamental y orden económico en Manual de Derecho Constitucional, Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, traducción de Antonio López Pina, p. 596.

<sup>33</sup> Papier, J.J. (1996).op.cit., pp. 596 y 597.

<sup>34</sup> López Garrido, D (1986). Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo. Madrid: Editorial Tecnos, p.75.

*las competencias de origen estatal es expresión o parte integrante de su libertad de empresa, y, en consecuencia, de la libertad profesional del artículo 12.1 GG.”*<sup>35</sup>

Por su parte, la doctrina y jurisprudencia francesas definen la libertad de comercio y de industria, señalando que *“Según una jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado, la libertad de comercio y de industria reviste un doble aspecto. En primer lugar significa la libre empresa concebida como la libertad de establecimiento o de instalación y la libertad de ejercicio o explotación de la actividad profesional (...) La libertad de comercio y de industria significa también la libre competencia lo que implica en principio la abstención de las colectividades públicas en la explotación de actividades industriales y comerciales.”*<sup>36</sup>

De igual forma, se afirma que *“la libertad de comercio y de la industria implica también la libertad de competencia.”*<sup>37</sup>

Se afirma, también en doctrina, que a partir de tal consideración, es posible señalar, entonces, que la libertad de competencia, al igual que la libertad de comercio e industria y la libertad de empresa, posee valor y tutela constitucional.<sup>38</sup>

Así las cosas, para la Doctrina y la Jurisprudencia francesas, las libertades económicas reconocidas al empresario son la libertad de empresa, la libertad de comercio e industria y la libertad de competencia.

Se ha producido, entonces, *“El reconocimiento, protección e inviolabilidad de la libertad de competencia económica: (...) entendida como la posibilidad de acudir al mercado para ofrecer e intercambiar allí los productos que ha sido posible elaborar con base en las libertades de propiedad privada y de la libertad de empresa o iniciativa privada.”*<sup>39</sup>

En virtud de lo anterior, es posible derivar del párrafo primero del artículo 46 constitucional no sólo las tradicionales libertades de empresa y comercio, sino también, la moderna libertad de competencia.

### **3.- Derecho fundamental a beneficiarse de la competencia del consumidor /usuario**

Tal y como se explicó anteriormente, el párrafo quinto del numeral 46 constitucional, en lo que ahora interesa, configura un derecho subjetivo a la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios y a la libertad de elección de éstos. Tal protección la realiza el Estado mediante la promoción de la competencia, en vista del beneficio que genera no sólo a la economía como un todo y al agente económico que la ejerce, sino a los consumidores y usuarios a quienes se les reconoce también, como se ha explicado, un derecho a beneficiarse de la competencia.

De ahí la afirmación conforme a la cual, *“La competencia es el objeto de un verdadero derecho reconocido a los consumidores, el derecho a que los competidores desarrollen la competencia susceptible de maximizar las ventajas que ellos podrían obtener: “La competencia está hecha para los consumidores.”*<sup>40</sup>

Si bien la reforma al artículo 46 constitucional, en concreto, consistió en la inclusión del último párrafo actual de esta norma, al incorporar una expresa mención al derecho constitucional a la protección de los intereses económicos del consumidor y usuario, indudablemente, de forma adicional, se reforzó el desarrollo y la eficacia del resto de garantías incluidas en los restantes párrafos de la norma.

En síntesis, la protección de los intereses económicos de los consumidores /usuarios, así como su libertad de elección, se ven garantizados con la competencia en el mercado.

La doctrina señala que la fórmula que asegura el pleno disfrute de la libertad de elección del consumidor y del usuario es, claramente, la libre competencia. Se dice, en ese sentido, que *“La libre competencia supone la libertad de los consumidores y usuarios para elegir entre las distintas ofertas alternativas de bienes o servicios aquella*

<sup>35</sup> Papier, J.J. (1996).op.cit., pp. 596 y 597.

<sup>36</sup> Esplugas, P. (1994). Conseil Constitutionnel et Service Public. Paris : Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, pp. 146 y 147. Traducción libre.

<sup>37</sup> Malaurie-Vignal, M. (1996). Droit Interne de la Concurrence. Paris : Armand Colin, p. 47. Traducción libre.

<sup>38</sup> Vid: Delvolvé, P. (1998). Droit Public de l'Economie Paris: Editions Dalloz, p. 112.

<sup>39</sup> Almonacid Sierra, J.J. y García Lozada, N.G. (1998). Derecho de la Competencia, Colombia: Legis Editores, S.A., 1era. edición, p. 23.

<sup>40</sup> Mousseron, J.M. , Selinsky, V. (1988). op.cit.. p. 57. Traducción libre.

*que de forma más beneficiosa para sus intereses satisfaga mejor sus necesidades.”*<sup>41</sup>

Por medio de la libre competencia, se logra promover la mayor variedad de productos disponibles en el mercado para los consumidores y usuarios.

Es posible observar que el monopolio, el oligopolio, las prácticas restrictivas de la competencia y las barreras al comercio normativas alteran el orden de la economía y la variedad de productos se ve reducida ante la ausencia absoluta o relativa de competidores en el mercado.

De esta forma, desde el punto de vista jurídico, corresponde al Estado respetar y promover la competencia con el fin de proporcionar seguridad al sistema económico lo cual ha de redundar en la más amplia oferta y mayores alternativas para el consumidor y usuario.

Como puede comprenderse ahora, la garantía en comentario tiene especial conexión con las derivadas de los párrafos primero a cuarto de la misma norma, en el sentido de que la prohibición de monopolios privados y actos restrictivos de la competencia, la declaración de un interés público en la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora, la obligación de normar para evitar los efectos de la ausencia de la competencia y el procedimiento agravado impuesto como obstáculo para establecer monopolios del Estado y de las municipalidades mediante ley, son medios que promueven la competencia y con ello posibilitan mayores opciones y precios más bajos al consumidor /usuario, de forma tal que se trata de garantías complementarias y coincidentes en sus cometidos.

#### **4.- Garantías contenidas en los artículos 28 § 2, 50 §1 y 74 de la Constitución Política**

El artículo 28 § 2 de la Constitución dispone que *“Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.”*

Evidentemente, el principio de competencia, el derecho a competir del empresario y el derecho a beneficiarse de la competencia del consumidor

y del usuario no son ilimitados. Tales garantías, al igual que las restantes, deben sujetarse a los límites establecidos en el artículo 28 § 2 constitucional.

Todo derecho fundamental debe de ejercitarse respetando los demás derechos constitucionales. Entender lo contrario implicaría que unos imperen sobre otros.

Asimismo, cabe señalar que el artículo 50 §1 constitucional al disponer que *“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país”* permite interpretar, de forma armónica con el artículo 46 constitucional, que el Estado al promover y vigilar la libre competencia en el mercado, *“procura el mayor bienestar a todos los habitantes del país”*

Como se viene de ver en el apartado correspondiente al principio constitucional de la competencia, la Constitución dispone como regla general que es *“de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora”*.

Precisamente la persecución de *“toda práctica o tendencia monopolizadora”*, permite a su vez la realización de la garantía del artículo 28 § 2 constitucional, dado que las prácticas o tendencias monopolizadoras son manifestaciones de poder en el mercado que pueden alterar el orden público y los derechos de terceros. De ahí deriva, precisamente, el interés público para que el Estado impida dichas prácticas o tendencias.

Finalmente, el artículo 74 constitucional se refiere a derechos que deriven *“del principio cristiano de justicia social”* así como a *“una política permanente de solidaridad nacional.”*

Como se verá, el nuevo servicio público trata de conciliar, por un lado, la eficiencia en el mercado al considerarla de interés público y al tutelar los derechos económicos del empresario, del consumidor y del usuario y por otro, la solidaridad, al garantizar un mínimo vital del servicio al que todos tienen derecho. De ahí que este nuevo concepto resulta conforme con la cláusula del Estado Social de Derecho, que deriva, para la Sala Constitucional, de la unión de los artículos 50 §1 y 74 de la Constitución Política.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Font Galán, J.I. (1987) *op. cit.*, p. 53.

<sup>42</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No 1441-92, a las 15:45 horas del 2 de junio de 1992. Véanse, en el mismo sentido, los No. 1273-95 de las 16 horas del 7 de marzo de 1995; 2435-95 de las 11:42 horas del 12 de mayo de 1995; No. 2584-95 de las 15:18 horas del 17 de mayo de 1995; No.4285-95 de las 15:09 horas del 3 de agosto de 1995; 4732-95 de las 10:24 horas del 25 de agosto de 1995; 5248-95 de las 12:30 horas del 22 de setiembre de 1995; 1029-96 de las 16:39 del 27 de febrero de 1996; 6469-97 de las 16:20

## II.- EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN O DISOCIACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EN EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO

Considerando ese marco constitucional, cabe destacar cómo se ha ido delineando el marco normativo que rige el nuevo servicio público, en procura de la eficacia de las garantías constitucionales del artículo 46 antes examinadas y en clara armonía con los artículos 28 § 2, 50 § 1 y 74 constitucionales.

En el nuevo servicio público, rige como principio, el de separación de actividades del sector<sup>43</sup>. Con ello se busca que una actividad que ha operado en monopolio en un mercado, es decir, de forma concentrada, sea objeto de una separación en varios aspectos. Primero, se pretende hacer una separación de las actividades del sector (A), simultáneamente se busca separar las actividades competitivas y no competitivas (B) y finalmente se pretende separar las actividades del regulador y del operador (C).

Se afirma en Doctrina que *"la separación de actividades es un principio que se refleja en toda la estructura del nuevo modelo de regulación"*<sup>44</sup>.

El objetivo es lograr la división y la separación de la actividad en varios sectores, al estimarse ineficiente una actividad concentrada.

Con la separación de actividades se busca alcanzar, como se verá, dos objetivos. Por un lado, establecer, si cabe, un régimen jurídico diferenciado entre actividades competitivas y no competitivas y por otro, procurar la transparencia en los

precios y costos de la actividad<sup>45</sup> evitando las subvenciones cruzadas<sup>46</sup>.

### A.- Separación de las actividades del sector

La separación o disociación de las actividades del sector, es un mecanismo que busca introducir transparencia en los precios y en los costos de los servicios. Esa transparencia permite reducir las distorsiones de la competencia entre operadores producto de subvenciones cruzadas.

La separación puede referirse a varios ámbitos: el contable, el funcional o por gestión, la separación jurídica o estructural y material y la separación accionarial.

No se han establecido reglas para determinar cuál es la separación más adecuada, lo importante es que la transparencia sea efectiva. Es preciso advertir que el nuevo esquema de regulación *"no prejuzga la estructura empresarial, que salvando ciertos límites- debe dejarse a las decisión de las fuerzas del mercado"*<sup>47</sup>.

En doctrina, se afirma que la separación contable es indispensable y la separación jurídica y material son las más deseables. La separación jurídica, aparece políticamente como la más difícil y está ligada a la separación de los recursos materiales y humanos<sup>48</sup>.

La separación contable de las actividades del sector es *"la simple distinción en las cuentas del operador de las diferentes actividades"*<sup>49</sup>. Esta separación es un instrumento indispensable para posibilitar la transparencia contable y financiera,

---

horas del 8 de octubre de 1997 y 7528-97 de las 15:36 horas del 12 de noviembre de 1997; No. 3279-98 de las 11:48 horas del 15 de mayo de 1998.

<sup>43</sup> En ese sentido véase: Ariño Ortiz, G. (2004). op. cit, p. 483. Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 16. Ariño Ortiz, G. (1999). op. cit, p.562. Ariño Ortiz, G., De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op. cit, p.27. Richer, L, Jeanneney, P et Charbit, N, (2004). Actualités du Droit de la Concurrence et de la Régulation. Paris: Dalloz, L'Actualité Juridique Droit Administratif, Hebdomadaire, 6 décembre, No. 42, p.2314.

<sup>44</sup> Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 482. En igual sentido véase: Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 15. Ariño Ortiz, G. (1999).op cit, p.561. Ariño Ortiz, G., De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op. cit., p.26.

<sup>45</sup> Véase Ariño Ortiz, G. (2004). op. cit., p. 483 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 16. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit., p.562. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.27.

<sup>46</sup> Se entiende por subvención cruzada *"la técnica por la cual una empresa hace soportar o imputa todo o parte de los costos de su actividad sobre un mercado geográfico o un mercado de productos."* Cherot, J.Y. (2002). Droit Public Economique. Paris: Economica, p. 607. Traducción libre. En el mismo sentido véase Charbit, N. (2002). Le Droit de la Concurrente et le Secteur Public. Paris: L' Harmattan, p. 313.

<sup>47</sup> Véase Ariño Ortiz, G López de Castro, L. (2003) op. cit, p.17.

<sup>48</sup> Véase Charbit, N. (2002). op.cit., p.318.

<sup>49</sup> Richer, L, Jeanneney, P et Charbit, N, (2004). op.cit., p.2314. Traducción libre.

con el objeto de obtener un mínimo de información sobre los precios y los costos de los servicios<sup>50</sup>.

En la Unión Europea, existe normativa que contempla esa exigencia. Tal es el caso, por ejemplo, del sector ferroviario, en el cual, mediante la directiva 91/440 relativa al desarrollo de ferrocarriles, se ha establecido la obligatoriedad de esta separación desde 1991. En el caso de las telecomunicaciones, la directiva No.97/33/CE relativa a la interconexión, prevé también como obligatoria, la separación contable de las actividades<sup>51</sup>.

La separación funcional o por gestión implica la creación de una entidad jurídica integrada pero disponiendo de una autonomía de gestión<sup>52</sup>.

La separación jurídica o estructural es *"la creación de entidades jurídicamente distintas"*<sup>53</sup>. Con esta separación se pretende que cada una de las actividades tenga una estructura empresarial jurídicamente diversa. Esto no impide, sin embargo, la creación de grupos o holdings de la que dependan las diferentes sociedades<sup>54</sup>.

Con la separación material, por su parte, se pretende que cada actividad o empresa cuente con su propio personal reclutado externamente y sin relación con otras empresas. Toda prestación gratuita debe ser excluida<sup>55</sup>.

Además, cada empresa debe contar con sus propias herramientas de producción y de comercialización. En este supuesto, se presenta un problema cuando la infraestructura es común<sup>56</sup>.

Mediante la separación accionarial, se prohíbe *"por ley la presencia de un mismo accionista dominante en los distintos sectores o áreas de actividad"*<sup>57</sup>.

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

## **B.- Separación en actividades competitivas y no competitivas**

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

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

### **1.- Actividades competitivas**

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

#### **a.- Libertad de entrada**

En el nuevo servicio público, se ha definido como uno de los objetivos, la apertura del sector a la iniciativa privada en las actividades que sean competitivas. Desde esa perspectiva, *"Cualquier operador que reúna los requisitos necesarios tendrá derecho a construir; explotar; comprar y/o vender las instalaciones necesarias para la actividad de que se trate"*<sup>58</sup>.

Así, se establece como principio la libertad de entrada en las actividades competitivas, sin que por ello no siga siendo exigible el título habilitante para ello que deberá ser otorgado por el ente público competente, si bien sometido a criterios de carácter reglado y no discrecionales<sup>59</sup>.

Se trata de una aspiración que, conforme al modelo constitucional costarricense, encuentra

<sup>50</sup> Véase Charbit, N. (2002). op. cit., p. 323.

<sup>51</sup> Ibidem p. 325.

<sup>52</sup> Véase Richer, L, Jeanneney, P et Charbit, N, (2004). op.cit., p.2314.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Véase Ariño Ortiz, G López de Castro, L. (2003) op. cit p.17.

<sup>55</sup> Véase Charbit, N. (2002). op. cit. p. 321 y 322.

<sup>56</sup> Ibidem p. 322.

<sup>57</sup> Ariño Ortiz, G López de Castro, L. (2003) op. cit p.17.

<sup>58</sup> Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 483 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 21 y 22. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit p.564. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit., p.27.

<sup>59</sup> Véase Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit., pág. 483 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 22 y 23.

sustento en la Constitución en su artículo 121 inciso 14), la cual dispone que los servicios inalámbricos son de dominio del Estado, si bien podrán ser explotados mediante concesión por la Administración y por los particulares.

Es preciso señalar que el efecto de la libertad de entrada en el sector, ha sido aumentar la pluralidad de ofertas y con ello la mejor satisfacción de las necesidades del usuario<sup>60</sup>, que de esa forma, podrá ejercer su derecho constitucional a la libertad de elección, a la cual alude el artículo 46 párrafo último de la Carta Magna.

### b.- Libertad de acceso al mercado

La libertad de acceso al mercado<sup>61</sup>, resulta vital en el marco de un servicio público en competencia, pues el mercado es el escenario en el cual se presta el servicio.

Para el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones y electricidad, la libertad de acceso se concretiza en garantías a los operadores, de tener acceso a la red y a las instalaciones esenciales de uso común.

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

Esta circunstancia ha ocasionado que se hable hoy día, de *“una actividad administrativa de distribución”*<sup>62</sup>, en virtud de la cual la Administración asume la función de asignar recursos a los prestatarios de los servicios, en términos paritarios y de modo tal que no se vea afectada su capacidad de concurrencia.

De ahí que sea necesaria una normativa que regule esa temática, contemplando, por ejemplo,

*“las condiciones para ejercer el acceso en términos objetivos, no discriminatorios, con fijación de un canon por su uso y determinación exacta de las razones que pudieran justificar una denegación de acceso”*<sup>63</sup>.

Se trata de conceptos propios de lo que la doctrina jurídica norteamericana ha denominado las *“essential facilities”* –EF- (facilidades esenciales) y la doctrina económica del *Third Party Access* -TPA- (acceso de terceros a la red)<sup>64</sup>.

A modo ilustrativo y con el fin de lograr una mayor comprensión, la doctrina distingue, por ejemplo, en el sector de telecomunicaciones, tres tipos de redes<sup>65</sup>:

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

Otro mecanismo conocido para impedir el acceso a la red y a la infraestructura esencial, con el conocido efecto anticompetitivo, es la falta de información técnica oportuna a los agentes que pres-

Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.565. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.27.

<sup>60</sup> Véase: Ibidem.

<sup>61</sup> Véase: Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.27.

<sup>62</sup> Schmidt-Assmann, E, (2003). La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Madrid-Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., traducido por Mariano Bacigalupo y otros, p. 129.

<sup>63</sup> Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 484 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p. 24. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.566. Ariño Ortiz, G. , De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.28.

<sup>64</sup> Véase: Ibidem.

<sup>65</sup> Véase Caballero Sánchez, R. (2003). Infraestructura en red y liberalización de servicios públicos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública –INAP- p.171.

tan los servicios públicos por parte de uno o varios proveedores de instalaciones esenciales, así como la falta de información comercialmente relevante.

### c.- Libertad de contratación y libertad de precios

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

Señala la doctrina que estas libertades se concretan en la *"libertad para comprar y vender sus productos o servicios, libertad de importación y exportación, libertad para extender sus actividades a nuevas áreas o sectores conexos (diversificación empresarial) y, sobre todo, libertad de fijación de precios a sus clientes allí donde haya un mínimo de competencia y éstos puedan optar por varias ofertas"*<sup>66</sup>.

Agrega la doctrina que *"la formación competitiva de precios es siempre mejor y más de fiar que el cálculo de costes marginales que pueda realizar la autoridad reguladora"*<sup>67</sup>. Sin embargo, ello *"no significa que en estos mercados esté ausente la regulación"*<sup>68</sup> todo dependerá de si existe o no competencia real en la respectiva actividad<sup>69</sup>.

En este escenario, la función de la autoridad reguladora será vigilar el respeto a las reglas del juego en la formación competitiva de precios, en especial, mediante el fomento de la competencia, su continua vigilancia y, de ser necesario, la represión de prácticas restrictivas de la competencia<sup>70</sup>.

La Constitución Política en su numeral 46 ya examinado, al contener el Principio de Competencia, exige tal condición, de modo que es deber del

legislador, propiciar mediante la normativa secundaria correspondiente, las regulaciones requeridas para hacer valer ese postulado constitucional.

### d.- Libertad de inversión

En el nuevo servicio público, en las actividades en competencia, existe plena libertad de inversión, lo que se traduce en libertad para *"diseñar o realizar inversiones cuya rentabilidad quedará al riesgo y ventura del inversor"*<sup>71</sup>.

## 2.- Actividades no competitivas

En el mercado de los servicios públicos en redes, algunas actividades no son competitivas. Por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones, básicamente, es posible señalar que las redes e infraestructuras esenciales o de uso común (a) y los servicios universales<sup>72</sup> (b) son actividades que no es posible someter a un régimen de libre competencia.

### a.- Redes e infraestructuras esenciales

En el servicio público de telecomunicaciones y en el de electricidad, las redes e infraestructuras esenciales para prestar el servicio son necesariamente de uso común.

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

Se define a las infraestructuras en red, como aquellas *"instalaciones de valor estratégico, ramificadas por el territorio y con conexión física entre sus extremos, caracterizadas por su configuración unitaria al estar entrelazadas, su capacidad*

<sup>66</sup> Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 485 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.26. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.567. Ariño Ortiz, G., De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.29.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 501 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003).op cit, p.37. Ariño Ortiz, G. (1999).op.cit p.583. Ariños Ortiz, G., De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997).op.cit, p.43.

<sup>70</sup> Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p.485 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.26. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.567. Ariño Ortiz, G., De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.29.

<sup>71</sup> Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 486 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003).op cit, p.27. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.568. Ariño Ortiz, G., De la Cuetara J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). op.cit, p.30.

<sup>72</sup> Ibidem.



*limitada y su duplicación antieconómica debido a su altos costos de implantación por todo lo cual constituyen conductos de paso obligado ora participar en un determinado mercado de interés general.*"<sup>73</sup>

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

En cuanto a la estructura empresarial, se recomienda que la red tenga gestión autónoma empresarial no burocrática, lo que significa que permanezca al margen de los demás negocios. Incluso, la experiencia ha demostrado la necesidad de la creación de la figura del operador independiente del sistema<sup>74</sup>.

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

Finalmente, si bien la duplicación de infraestructuras se considera ineficiente y la competencia se limita a la libertad de entrada de la actividad de redes de uso público, resulta posible y conveniente introducir "elementos puntuales de competencia"<sup>75</sup>.

## **b.- Servicio universal**

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

Se trata de "aquellas modalidades a las que el mercado, por sí sólo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho"<sup>76</sup>.

En Doctrina, al denominado servicio mínimo universal se le atribuyen las características de "exigibilidad, generalidad y accesibilidad"<sup>77</sup>.

La exigibilidad del servicio universal implica "no sólo la imposibilidad legal de negar la prestación o el suministro, sino también el derecho de los ciudadanos a acceder a las prestaciones cubiertas por el servicio universal, y, por tanto, la necesaria existencia de mecanismos arbitrales o de otro tipo de rápida solución de los problemas jurídicos (...)"<sup>78</sup>.

En cuanto a la generalidad del servicio, ésta se refiere a "la existencia de un completo ámbito territorial dentro del cual la exigibilidad pueda actuarse, en condiciones semejantes"<sup>79</sup>.

Finalmente, la accesibilidad hace referencia a que el servicio universal "debe estar a disposición, a precio asequible"<sup>80</sup>.

De esta forma, el servicio universal aparece como "un conjunto de servicios mínimos de una calidad dada, que es accesible a todos los usuarios independientemente de su localización geográfica y, según las condiciones especiales nacionales, a un precio accesible"<sup>81</sup>.

Así, la Doctrina ha deducido cuatro cualidades básicas del servicio universal,

- "- un servicio mínimo o de base;
- disponible para todo usuario y sobre todo el territorio;

<sup>73</sup> Caballero Sánchez, R. (2003). op. cit, p. 151.

<sup>74</sup> Se explica que "La no separación de la red ha perjudicado la competencia, por ejemplo, en el caso de la electricidad en Chile, donde los grandes productores son propietarios de la transmisión. Los peligros existentes por haber encomendado en la Ley de Hidrocarburos la gestión de la red gasista a las mismas empresas operadoras han hecho necesaria la posterior segregación de ENAGAS y la creación de la figura independiente del Operador Técnico del Sistema por el R.D.L. 6/2000 de 23 de junio de 2000 (debe recordarse aquí que la primera Ley de Hidrocarburos, de 1998, no quiso consagrar esta figura, dado lugar a un sistema indefinido de gestión de la red, que luego ha sido necesario corregir). En cambio, en el sector eléctrico se instauró desde el primer momento, en la misma LSE de 1997, un operador independiente del sistema. Incluso en EEUU, tras la crisis energética en varios Estados, la FERC ha propuesto la centralización e independencias de la Operación del Servicio a nivel de toda la nación." Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.28.

<sup>75</sup> Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.33 y 34.

<sup>76</sup> Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 488 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.34. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit p..572. Ariño Ortiz, G, De la Cuetara, J.M. y Martínez López-Muñiz, J.L. (1997).op.cit, p.31.

<sup>77</sup> Fernando Pablo, M. (1998). Derecho General de las Telecomunicaciones. Madrid: Editorial Colex, p. 200.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 201.

<sup>80</sup> Ibidem, p.201.

<sup>81</sup> Cherot, J.Y. (2002). op.cit. p.568. Traducción libre. En el mismo sentido véase: González-Varas Ibañez, S,

- según una calidad media pero predeterminada;
- a un precio asequible, que debe variar para todos los usuarios de la misma forma y según criterios objetivos".<sup>82</sup>

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

*"el derecho de todos los usuarios a acceder a la telefonía fija en sus domicilios a un precio asequible, a la existencia de un número suficiente de cabinas en todos los municipios, a la recepción gratis de guías de teléfono y de un número de información telefónica, incluyendo también prestaciones especiales para garantizar que los discapacitados puedan acceder al servicio telefónico"*<sup>83</sup>.

Por su parte, la Unión Europea incluye dentro de ese servicio mínimo universal, la *"prestación de un servicio de telefonía vocal por medio de una conexión fija permitiendo igualmente la utilización de un fax y de un módem, la asistencia de un operador u operadora, el acceso a los servicios de urgencia, los servicios de información (comprendiendo los servicios de guía de abonados) y, finalmente, incluyendo las cabinas telefónicas: los usuarios deben igualmente tener acceso a la información sobre costes, precios y calidad de los*

*servicios, información que debe ser pública y mencionar si se han logrado los índices de calidad"*<sup>84</sup>.

Las anteriores características y otras más, podrán informar la definición del tipo de servicio universal que el legislador ordinario costarricense deberá establecer a propósito de la construcción del nuevo modelo de servicio público, el cual, como se comprueba, al garantizar un mínimo vital, responde a la cláusula del Estado Social de Derecho.

### **C.- Separación de actividades entre operador y regulador**<sup>85</sup>

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

#### **1.- Autoridad Reguladora**

Según se adelantó, la aplicación de las normas reguladoras del nuevo servicio público, exige la intervención de un nuevo tipo de autoridad reguladora, la cual deberá ser objetiva e imparcial<sup>86</sup>. La independencia de la autoridad reguladora se establece para evitar su captura por parte del poder político, del poder económico y en general de

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

<sup>82</sup> Du Marais, B (2004). op.cit, p. 464. Traducción libre. En igual sentido Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op.cit, p.37. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, pp.579 y 580. González-Varas Ibañez, S. (2001). El Servicio universal ¿Confirmación del servicio público o de la lógica del mercado? op.cit, p. 3.

<sup>83</sup> González-Varas Ibañez, S. (2004). Valoración crítica del sistema de servicio universal y de liberalización. op.cit, p.253.

<sup>84</sup> Fernando Pablo, M. (1998). op. cit., p. 201 y 202.

<sup>85</sup> En cuanto a esta separación véase en detalle Du Marais, B (2004). op.cit, p.594 y ss y Sendín García, M.A. (2003). Regulación y servicios públicos. op.cit, p. 112.

<sup>86</sup> En ese sentido véanse: En España: Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op.cit, p.47. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit., p.591. Betancor Rodríguez, A. (1994). Las Administraciones Independientes. Madrid: Editorial Tecnos, 276p. Caballero Sánchez, R. (2003). op.cit, p.120. Sendín García, M.A. (2003). Regulación y servicios públicos. op.cit, p.121. En Francia: Blaise, J.B. (2003). Les Autorités de Régulation et Les Libertés Économiques. Paris : Editions Panthéon-Assas, pp121-133. Charbit, N. (2002). op.cit, p 275. Cherot, J.Y. (2002). op.cit, p.233 Colliard, C.A. y Timsit, G. (1988). Les Autorités Administratives Indépendantes. Paris: Presses Universitaires de France, 319p. Conseil D'Etat. (2001). "Les autorités administratives indépendantes". Rapport public 2001, Jurisprudence et avis de 2000. Etudes & Documents, No. 52. Paris: la Documentation Française. Du Marais, B (2004). op.cit, p.522. Gentot, M (1994). Les Autorités Administratives Indépendantes. Paris:Montchrestien, 155p. Guedon, M.J. (1991). Les Autorités Administratives Indépendantes. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 142p. En Italia: La Spina, A. Majone, G. (2000). Lo Stato Regolatore. Bologna: Il Mulino, pp-61-115. Franchini, C. (1998). Le Autorità Amministrative Indipendenti, Milano: Guiffrè Editore, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, No. 3, pp.549-583.

los regulados y en especial del operador histórico del servicio. Además, deberá contar con legitimidad democrática y tener un elevado carácter técnico<sup>87</sup>.

Téngase presente que el *“buen funcionamiento de la competencia es la norma fundamental del mercado sobre el cual velan estas autoridades administrativas independientes. La integridad del mercado no es otra cosa que el juego armonioso de la oferta y de la demanda, es decir el respeto de la competencia”*<sup>88</sup>.

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

- Arbitrales<sup>89</sup>: resolución de controversias entre los agentes económicos;
- Ejecutivas<sup>90</sup>: vigilancia o regulación de precios según sea el caso, otorgamiento de concesiones y autorizaciones;
- Operativas<sup>91</sup>: inspecciones y sanciones y
- Normativas<sup>92</sup>: dictado de circulares, directivas e instrucciones.

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

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

Por otra parte, la función de la autoridad reguladora en las actividades no competitivas, será

regular los precios. Sin embargo, se debe tener presente que la idea del nuevo modelo es que *“si existe una mínima competencia, siempre es más fiable un precio de mercado, que un precio fijado por la autoridad reguladora”*<sup>93</sup>.

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

Se indicó, al respecto, que

*“En este caso, la Asamblea Legislativa inviste en la Administración Pública la potestad de otorgar concesiones específicas, competencia que, claro está, no comprende la de sustituir del todo la función de la primera (...) En esta hipótesis, el delegado puede ser cualquier ente del ámbito público -tanto el propio Poder Ejecutivo, órgano normal de la contratación administrativa (art. 140 inc. 14 Constitución), como cualquier otra entidad descentralizada de la Administración Pública- pero no, como se propone en el Proyecto, un simple órgano desconcentrado dentro de una cartera del Ejecutivo”*<sup>94</sup>.

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

## 2.- Operadores

En un mercado en competencia, propio del nuevo modelo de servicio público, no resulta ad-

<sup>87</sup> En ese sentido Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.47 y 57. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.591 y ss. Du Marais, B (2004). op.cit, p. 507.

<sup>88</sup> Bienvenue, J.J.. (2003) Les Autorités de Régulation et les Libertés Economiques. Paris : Editions Panthéon-Assas, p.124. Traducción libre.

<sup>89</sup> En ese sentido véase: Caballero Sánchez, R. (2003). op.cit, p. 120. Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.49 y 51. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.593. Desdentado Daroca, E. (1999). op.cit, p. 182. Fernando Pablo, M. (1998). op.cit., pp.184-186.

<sup>90</sup> Véase Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.51. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.593.

<sup>91</sup> Véase Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.51. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.593. Betancor Rodríguez, A. (1994). op.cit, p.89 y ss y 245 y ss. Gentot, M (1994). op.cit, p.65 y ss. Guedon, M.J. (1991). op.cit, p. 109 y ss. Fernando Pablo, M. (1998). op. cit, pp.174-184 y pp.186-188.

<sup>92</sup> En ese sentido véase: Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.51. Ariño Ortiz, G. (1999). op.cit, p.593. Desdentado Daroca, E. (1999). op.cit p. 182. Gentot, M (1994). op.cit, p.65 y ss. Guedon, M.J. (1991). op.cit, p. 99 y ss.

<sup>93</sup> Ariño Ortiz, G. (2004). op.cit, p. 483 Ariño Ortiz, G. y López de Castro, L. (2003). op cit, p.38.

<sup>94</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6240-93 de las 14 horas del 26 de noviembre de 1993.

misible que un mismo sujeto asuma tanto las funciones de regulador, como las de operador. Se insiste, en ese sentido, en la necesidad de garantizar la separación clara entre regulador y operador<sup>95</sup>.

Esta separación tiene por objeto evitar todo riesgo de conflicto de intereses entre la autoridad reguladora y las empresas que ofrezcan los servicios en el sector. De ahí que señale la doctrina que las funciones de regulación deban ser atribuidas a una Autoridad Reguladora independiente<sup>96</sup>.

Esto es especialmente importante, cuando el Estado participa como agente prestatario en el mercado. Se hace imprescindible, en esos casos, separar las funciones del Estado accionista y del Estado regulador. Se afirma al respecto, que el *"principio de separación exige que la autoridad de regulación sea distinta de la autoridad que tutela la empresa pública que subsiste sobre el mercado"*<sup>97</sup>.

En relación con los operadores, es importante resaltar la figura del *"operador dominante"*<sup>98</sup>. Vale aclarar que un operador dominante es aquel operador que tiene control sobre una importante parte de un determinado mercado.

En el nuevo modelo de servicio público, estos operadores tienen una serie de obligaciones es-

peciales en el régimen de interconexión.

Así, los operadores dominantes deben, en primer lugar, publicar una oferta de interconexión que debe ser aprobada por la autoridad reguladora. Los operadores deben prever una tarifa de interconexión no discriminatoria y basada en criterios precisos, orientados hacia los costos y controlados por la autoridad reguladora. Asimismo, deben separar claramente, desde el punto de vista contable, la actividad de interconexión y las demás actividades, para permitir verificar que los costos que sirven de base para el cálculo de las tarifas, son los adecuados<sup>99</sup>.

Como reflexión general es posible señalar que el nuevo servicio público logra la concordia o consonancia de los derechos constitucionales en juego, pues armoniza los derechos económicos contenidos en el artículo 46 con las normas de los artículos 28 § 2, 50 § 1 y 74 constitucionales.

Nótese que la nueva concepción del servicio público procura conciliar, por un lado, la eficiencia, garantizando el interés público en impedir toda práctica o tendencia monopolizadora y los derechos económicos del empresario, del consumidor y del usuario y por otro, la solidaridad, al asegurar un mínimo vital del servicio al que todos tienen derecho.

<sup>95</sup> Véase Sendín García, M.A. (2003). Regulación y servicios públicos. op.cit, p. 112.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 112 y 114.

<sup>97</sup> Cherot, J.Y. (2002). op.cit, p.595. Traducción libre.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 599.

<sup>99</sup> Véase: Ibidem, p.600.