

ASPECTOS GENERALES DE LA POTESTAD REGULATORIA

Marta María Vinocour Fornieri¹

Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCR

Profesora de Derecho Administrativo

Universidad de Costa Rica

“No pudiendo cambiar los hombres, se cambian sin tregua las instituciones.”

Jean Lucien Arréat (1841-1922)

Escritor y filósofo francés.

RESUMEN: La potestad regulatoria aunque incipiente ha permeado la sociedad costarricense en los últimos años por lo que es importante señalar sus bases constitucionales y su origen, para una mejor comprensión del Derecho Regulatorio. Se comienza por los orígenes y características de la regulación, así como su naturaleza jurídica y potestades de imperio. Además, se establecen las características fundamentales que debe tener toda regulación económica para funcionar eficientemente. Para efectos de Derecho Comparado se hace referencia a otros países como Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Argentina, Brasil y Chile para comparar el funcionamiento de los entes reguladores en distintos países.

PALABRAS CLAVES: competencia, potestad, servicio público económico.

ABSTRACT: The regulatory authority, even though it is meager, has permeated the Costa Rican society in more recent years. That is why it is important to indicate its constitutional basis and its origin for a better understanding of

¹ Profesora de la Facultad de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Correo Electrónico: martamariavinocourfornieri@gmail.com. Agradezco el apoyo del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto en la elaboración de este artículo.

Regulatory Law. This article begins with the origins, characteristics and the legal nature of regulation. Also, it establishes the fundamental characteristics that economic regulation must have to work efficiently. Other countries such as the United States, Great Britain, France, Argentina, Brazil and Chile are also referenced for a comparison of the operation of regulatory systems.

KEYWORDS: Authority, power, public utilities.

Fecha de recepción: 7 de abril de 2016.

Fecha de aprobación: 16 de noviembre de 2016.

INTRODUCCIÓN

La mayoría de los costarricenses están más relacionados en general con la fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República en materia de la Hacienda Pública, que con el fenómeno de regulación de los servicios públicos económicos o con la regulación financiera.

Esta circunstancia obedece probablemente, a que la existencia de la Contraloría General de la República y sus competencias, están expresamente plasmadas en nuestra Constitución Política vigente desde su inicio², mientras que el fenómeno de la regulación tanto de los servicios públicos económicos y la regulación financiera, es más reciente.

La pregunta fundamental³ de esta investigación consiste en preguntarnos ¿Cuán exitoso ha sido nuestro modelo de regulación de servicios económicos en general y en particular en la gestión privada del servicio de telecomunicaciones a

² Artículos 183 y 184 de nuestra Constitución Política.

³ Este mismo tema fue tratado en la Tesis para optar por Licenciatura en Derecho “Análisis Jurídico de las fortalezas y debilidades de la regulación del servicio público en Costa Rica con énfasis en la apertura del mercado de telecomunicaciones con motivo de la ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.” Por la Licenciada Maria Gabriela Monge Segura.

partir del 2008, fecha en que se rompe el monopolio estatal en telecomunicaciones?

De esta pregunta general derivan dos preguntas que también son de nuestro interés:

¿Podríamos tener una regulación de los servicios económicos en general y de la gestión de los servicios de telecomunicaciones más transparente? y ¿Podría ser la regulación de los servicios económicos, en general de la gestión de los servicios de telecomunicaciones una regulación más técnica y menos cautiva del Estado, los operadores y los usuarios?

Dentro del cuestionamiento diario que encontramos en los distintos medios de comunicación de nuestro país, escritos y de otra índole, figuran el de si la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en general, como la Superintendencia de Telecomunicaciones, órgano focal de nuestro interés, ofrecen a los ciudadanos la información pertinente de los servicios que regulan. También nos preguntamos si dicho ente regulador y su correlativo órgano regulador de las telecomunicaciones, son transparentes y técnicos en relación a las fórmulas o metodologías que utilizan tanto para el establecimiento de las tarifas de los servicios como para el establecimiento del aumento de las mismas. Asimismo, nos preguntamos, cuán independiente es nuestro ente regulador y la Superintendencia de Telecomunicaciones en relación con el Estado, los operadores y los mismos usuarios. Finalmente ¿tendrán sentido las Audiencias que brindan la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y la Superintendencia de telecomunicaciones a efecto de que las personas interesadas se pronuncien con relación a las tarifas o al aumento de las mismas, cuando en general, con excepción de los operadores (que suponemos conocen de las tecnologías en relación), los usuarios probablemente carezcan de estos conocimientos, cuánta solidez podrán tener las argumentaciones que se den?

Por otra parte, sabemos que Costa Rica ha sobresalido en relación con otros países centroamericanos y quizás también en relación con algunos otros países de América Latina y del mundo, por nuestro notable desarrollo histórico en servicios públicos esenciales como la salud y la educación.

Es muy posible, que en general, como comentamos al inicio, no haya tanta conciencia entre los costarricenses sobre la protección y regulación que a la fecha existe sobre otros servicios relevantes, denominados en doctrina en general como “económicos”, dentro de los que encontramos, por ejemplo, el agua, la electricidad, el transporte, los puertos y aeropuertos y finalmente las telecomunicaciones⁴.

A raíz de haber integrado la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en el período de gobierno 2006 - 2010, me quedaron una serie de inquietudes y cuestionamientos en materia de regulación de servicios públicos en nuestro país. Razón por la cual, he dado seguimiento en los últimos años, a la competencia de esta institución en la información de nuestros medios de comunicación y en mi rol como profesora de Derecho Público, dirigiendo tesis de alumnos cuyos temas relacionados me han retroalimentado en mi interés por la competencia de regulación económica en nuestro país.

En los últimos siete años he dirigido los siguientes trabajos finales de graduación en licenciatura involucradas con mi proyecto: 1) “*Estructuras administrativas complejas para la regulación de las actividades de los sujetos particulares: el caso de la SUTEL en el mercado de las telecomunicaciones*”, de los licenciados Carlo Magno Burgos Vargas y Luis Carlo Fernández Flores; 2) “*Régimen de adecuación de títulos habilitantes de acuerdo a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, y su reglamento*” de la licenciada Alina Guadamuz Flores; 3) Operadores Móviles virtuales en Costa Rica del licenciado Fabián Solís Soto; 4) Análisis jurídico de las fortalezas y debilidades de la regulación del servicio público en Costa Rica con énfasis en la apertura del mercado de telecomunicaciones con motivo de la ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana” Tesis para optar por el grado de licenciatura de Derecho de María Gabriela Monge Segura* “*El Principio del Servicio al costo y su impacto en la eficiencia del Transporte Público Urbano*” del señor Manuel Iglesias Mora, 5) “*Concesiones en telecomunicaciones-*

⁴ Esta actividad cambió de naturaleza jurídica con ocasión de la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana en el 2008.

telefonía móvil, a la luz de las leyes 8642 y 8660, y sus respectivos reglamentos” de las licenciadas Ana Isabel Aguilar Porras y Pamela Tenorio Calvo.

La experiencia en la Junta Directiva mencionada, y la relevancia de la competencia de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en general, así como su impacto en la población costarricense en particular, me motivaron a investigar y a escribir estas líneas.

Además, hay un tema social importante. En un país empobrecido y cuyo índice de desempleo crece, las tarifas en los servicios públicos, se vuelven un elemento determinante del acceso a los mismos.

I. ORÍGENES Y ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN

A. LOS ORÍGENES DE LA REGULACIÓN

Buscando los inicios de la competencia o potestad de imperio de regulación, según se la conciba, encontramos que:

La palabra regulación comienza a emplearse en los siglos XVIII y XIX, en el campo de las ciencias biológicas para aludir a la propiedad de los cuerpos para que sus sistemas encuentren un equilibrio. Llevada esta idea a las ciencias sociales, la regulación viene a ser una actividad que tiene como finalidad asegurar los equilibrios en el mercado o los equilibrios sociales...⁵

El equilibrio en materia de regulación, en particular de los servicios públicos económicos, estriba en lograr una armonización entre la función del Estado de prestar el servicio público, los intereses de los operadores en obtener lucro eventualmente y los consumidores tener el acceso y la calidad en relación con

⁵ Darnaculleta I Gardella, M (2005) Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación regulada. Madrid, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y sociales S.A., PP.369 Y SIGUIENTES, citado por Hidalgo Cuadra Ronald, en: Apuntes Generales sobre Regulación. P. 63. Infra cit.

esos servicios públicos económicos. La regulación se requiere para que ni el Estado ni los operadores capturen al Regulador, y asimismo este último no se vea presionado por los usuarios. Adicionalmente, la regulación evita o trata de evitar los conflictos de intereses, velando por una sana competencia en la regulación de la gestión privada de un servicio público, situación de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).

Ariño Ortiz establece niveles de regulación que van desde la regulación básica y general, en el Derecho Privado, la regulación administrativa de “buen gobierno” y finalmente, la regulación económica *stricto sensu*. Esta última es la de nuestro interés⁶.

Adicionalmente, debemos recordar, que en el Estado moderno, la competencia, atribución o potestad de imperio, de regular, implica, en general, no únicamente la redacción de normas, si no, también, la posibilidad de inspeccionar, supervisar, pedir información a los operadores e incluso establecer sanciones. Abarca también, la posibilidad de contratar los servicios públicos.

Veremos en el desarrollo de este tema, que históricamente la competencia o potestad de imperio tendrá diferentes etapas y asumirá diferentes modelos.

⁶ 1.-Regulación básica y general. Es aquella que la encontramos integrada por el Código civil o el Código de comercio, que consagran un marco jurídico de intercambio económico, necesario para la existencia de una libertad ordenada. Ahora bien, puede existir orden pero inconveniente. El orden que se busca lograr es un orden con sentido y ese sentido se lo da el bien común.”

Podríamos decir que este tipo de regulación encuentra su fundamento constitucional en el artículo 28 de nuestra Constitución Política vigente. “2.-Regulación de limitación (policía administrativa) y buen gobierno. Ésta se compone de una serie de normas mediante las que se busca limitar el ejercicio de la libertad de empresa, y adecuarla a las condiciones de seguridad, salubridad, protección del ambiente, que el interés público exige proteger. Con regulaciones de policía administrativa, se trata evitar, prevenir o mitigar los efectos lesivos que para terceros pudieran derivarse de la gestión empresarial o industrial a la salubridad, al ambiente, al orden público económico. Esta normativa permanece fuera de la empresa, es externa a ella, esto es, la regulación no ingresa a la actividad. El mecanismo tipo de esta regulación es la autorización, la licencia o permiso, de naturaleza reglada y no discrecional”. “3.-La regulación económica *stricto sensu*. Con la regulación económica propiamente tal, se busca equilibrar las relaciones económicas lo que nos recuerda el origen del término. Típico de los temas de este tercer tipo de regulación es el de evitar el abuso de posiciones dominantes, procurar que los servicios públicos (electricidad, agua, educación) se encuentren al alcance de los habitantes con un costo que los haga asequibles para todos (concepto de servicio universal), atenuar las asimetrías en la información entre los agentes entre sí como verticalmente respecto del consumidor, etc. Para diseñar esta regulación debe ingresarse a la actividad, pues exige un conocimiento de cómo funciona cada sector, cuáles son sus características técnicas y económicas, cómo se organizan y operan los agentes.” ARIÑO ORTIZ, G. (2006) Fallos y logros de los sistemas regulatorios. En: *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*. Madrid, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., p. 25. **Citado por:** Hidalgo Cuadra, Ronald. APUNTES GENERALES SOBRE REGULACIÓN. Revista de Derecho Público No 5. Enero/junio de 2007, San José, Costa Rica.

En esta misma línea de pensamiento, el autor español Santiago Muñoz Machado señala:

...(El Estado, en su potestad de imperio de regulación), nunca ha abandonado la responsabilidad de dictar normas de carácter general, que ordenan la economía, establecen los parámetros de intervención de la Administración y los derechos y obligaciones de los operadores en los mercados⁷.

En la actualidad, la regulación como atribución de los Poderes Ejecutivos de los diferentes países, se establece en relación con los servicios públicos económicos en general, podemos encontrar en algunos países a los que haremos referencia, entes, órganos o agencias reguladoras específicos, en donde existe un ente u órgano separado para cada servicio, por ejemplo uno para el gas, otro para la electricidad, y así para los otros servicios regulados, como es el caso de Gran Bretaña, y en Argentina cuyo regulador es el “Ente Nacional Regulador de la Electricidad”.

Asimismo, encontramos entes reguladores sectoriales, que serían los que regulan uno o dos servicios relacionados entre sí, por ejemplo, electricidad e hidrocarburos como en el caso de Estados Unidos con el “Federal Energy Regulatory Commission”.

Al igual que entes u órganos reguladores multisectoriales, que reglamentan varios servicios que no necesariamente se relacionan entre sí, como es el caso de nuestro país, con la ARESEP.

Los países cuyo gobierno es democrático e incluso liberal, son los que generalmente tienen modelos de regulación más estrictos, como el caso de Estados Unidos.

Este tipo de regulación lleva ínsita una alta dosis de discrecionalidad técnica, pues se ocupa de establecer los precios de los servicios o al menos la forma en que se deben fijar, requisitos de entrada y salida de los mercados, la

⁷ Muñoz Machado Santiago *et al.* “Derecho de la Regulación Económica: Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación.” (Madrid: Editorial Iustel, 2009) Página 111.

determinación de las zonas en que deben operar los prestadores, el *quantum* de producción, en suma, afectando las condiciones en que se desarrolla la actividad. Esta regulación económica incide sobre áreas de la actividad productiva con mayor intensidad pues las configura internamente, no es externa a ella.

En todos los países la legislación ha separado un conjunto de actividades que con diversos calificativos: *public utilities*, servicios públicos, sectores regulados, actividades reglamentadas, servicios económicos de interés general, etc. Estas actividades se encuentran especialmente disciplinadas (ordenadas) y sometidas al poder público, cuando no gestionadas por el propio Estado, directa o indirectamente. Los aspectos técnicos, financieros, comerciales, contables, organizativos, están sometidos a reglas especiales que la Administración dicta para las empresas. La regulación configura internamente la actividad. Esto es independiente de quien la lleve a cabo, sea el Estado o los particulares. A contraposición de ciertas actividades que podemos llamar libres, éstas se encuentran rigurosamente disciplinadas. Los criterios para que el Estado decida cuál actividad es libre y cuál será regulada son varios: La condición de monopolio natural, el carácter indispensable del bien o servicio, el reconocimiento o disfrute de ciertos privilegios (utilización privativa de vías públicas), tratarse de actividades abiertas y ofrecidas al público que deben revestirse de cierta formalidad por los riesgos financieros, la exigencia previa de un título administrativo específico.

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REGULACIÓN

En el ámbito del Derecho Privado, los ciudadanos tenemos derechos y obligaciones, que llegan precisamente, hasta donde comienzan los de los otros ciudadanos. Para decirlo en otras palabras, ningún ciudadano puede violentar mis derechos o imponerme obligaciones. Todos somos iguales ante la Ley.

En el Derecho Público, el Estado y sus entes tienen competencias y obligaciones. Las competencias del Estado, de sus entes e incluso de sus órganos pueden ser establecidas por Constitución, Leyes o Reglamentos. Los actos en

general del Estado, sus entes y sus órganos se denominan competencias. Cuando éstas competencias implican poderes que serían imposibles para los ciudadanos comunes y silvestres, de imponer a sus similares, se denominan Potestades de Imperio y deben ser establecidas por lo menos por Ley, aunque por supuesto si están explícitas en la Constitución Política mejor⁸.

Ejemplos clásicos de Potestades de Imperio lo son por ejemplo: la potestad del Estado de imponer tributos, la potestad de Policía, la potestad del Estado de modificar unilateralmente un contrato, la fiscalización de la Hacienda Pública por parte de la Contraloría General de la República, la potestad Sancionatoria del Estado, la potestad de Ejecución del acto administrativo, entre otras.

Una característica fundamental de las potestades de imperio, es que son absolutamente vinculantes para los ciudadanos. Por eso les llamamos potestades, porque son poderes que nosotros como ciudadanos no podríamos imponer a otros ciudadanos. Sólo el Estado y siempre que haya sido autorizado expresamente por Ley.

Por las razones anteriormente indicadas, y por la posibilidad del Estado, de monitorear la calidad de los servicios públicos económicos, establecer cánones por la fiscalización de los operadores de los servicios y finalmente fijar las tarifas por el uso de esos servicios, consideramos que la regulación constituye una Potestad de Imperio. Que además, se encuentra expresamente señalada en la Ley 7593 y sus reformas, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ARESEP, y cuyo fundamento constitucional señalaremos más adelante.

Una vez que hemos calificado la naturaleza jurídica de la regulación como potestad de imperio del Estado, podemos dar un concepto de Regulación. Regular, como hemos indicado, no es únicamente dictar normas o reglamentos, implica también la posibilidad del Estado de monitorear continuamente una actividad, que le da la posibilidad de otros poderes diversos como la ordenación

⁸ El artículo 59 de la Ley General de Administración Pública vigente, Ley No.6228, indica: "1.-La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio.2.- La distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia. 3.-Las relaciones entre órganos podrán ser reguladas mediante reglamento autónomo, que estará también subordinado a cualquier ley futura.

del funcionamiento del mercado, la resolución de conflictos, la contratación administrativa y el poder sancionador.

En este mismo orden de ideas, el sociólogo y jurista Selznick ha definido la Regulación como: *“un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social”*⁹. Para efectos de este trabajo la definición anterior va de la mano con nuestra definición de servicio público, además no se refiere ni a un modelo específico, ni a un momento histórico específico, teniendo la bondad de ser muy genérico. Nuestro concepto de servicio público considera que este último es aquella actividad que por ley, puede ser desarrollada por el Estado, una empresa privada o mixta, relevante para la sociedad.

2. CARACTERÍSTICAS DESEABLES DE UN MODELO DE REGULACIÓN ECONÓMICA

La seguridad de que el mercado tiene fallos sirve para justificar la intervención pública. Pero es igualmente evidente que el gobierno incurre en fallos serios, algunas veces debidos a la falta de información de los reguladores, y otras a la mencionada circunstancia de su captura por los grupos de interés. F.A HAYEK¹⁰

En las publicaciones del Diálogo Regional sobre sociedad de la Información (de ahora en adelante DIRSI), en relación al diseño institucional del ente regulador para América Latina y el Caribe. (J.Dussán Hitscherich, JM. Roldán Perea) señalan como características deseables de un modelo de Regulación las siguientes: Independencia, multisectorialidad, especialización e imparcialidad¹¹.

⁹ Ph Selznick “Focusing organisation research on regulation” en el libro de R.G Noll, *Regulatory Policy and the social sciences*, University of California, Press, Berkeley, 1985. Página 363. Traducción de la autora.

¹⁰ Hayek. F.A *“La fatal arrogancia. Los errores del socialismo”*, Unión Editorial, Madrid, 1990. Página 188.

¹¹ J. Dussán Hitscherich, JM. Roldán Perea *“Diseño institucional del Ente regulador para América Latina y el Caribe”* DIRSI, 2006. Página 2.

Además, consideramos desde la perspectiva de la Constitución Política costarricense en su artículo 9, sobre el principio de Separación de Poderes, y el artículo 11 del mismo texto legal, desde el punto de vista de la rendición de cuentas¹², que una “Regulación Económica”, cumple mejor sus objetivos, si tiene las siguientes características:

2.1 LA INDEPENDENCIA

La independencia consiste en la capacidad de actuar de acuerdo con la Ley y las políticas generales de planificación, sin estar sujeto a presiones específicas por parte del Poder Ejecutivo, los operadores o los usuarios. Es una condición necesaria para poder garantizar que predominen los criterios técnicos, el Regulador General y los miembros de la Junta Directiva debieran ser designados en un concurso público por idoneidad y no por el Consejo de Gobierno.

Hay varios elementos que garantizan la independencia: a. que el nombramiento no sea político¹³, sino por idoneidad (concurso de contratación de funcionarios públicos), como indicamos en el párrafo anterior, b. la autonomía financiera por medio de los cánones de regulación de los operadores y c. las facultades para darse su propia organización de conformidad con la Ley.

2.2 LA MULTISECTORIALIDAD

¹² Los artículos citados señalan: Artículo 9 “El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes.”

Artículo 11 “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.”

¹³ En Costa Rica, El artículo 147 inciso 4) de nuestra Constitución Política vigente, señala: Artículo 147.- El Consejo de Gobierno lo forman el Presidente de la República y los Ministros, para ejercer, bajo la Presidencia del primero, las siguientes funciones: 1), 2), 3), 4)...” Nombrar a los directores de las instituciones autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo

Este modelo ha sido identificado en diversos estudios como una de las mejores formas de organización para la regulación de servicios por las siguientes razones:

- Es un medio para impedir la “captura” del órgano regulador por parte de los operadores, las autoridades gubernamentales y los propios usuarios, porque se diversifica el ámbito sobre el cual se tiene que establecer normativa semejante.
- Es más económico, ya que permite la posibilidad de compartir infraestructura, administración, protección al usuario y asesoría jurídica.
- Los servicios tienen múltiples interacciones entre sí, incluyendo empresas que tienen inversiones en varios de ellos a la vez, por lo que conviene que tengan una regulación con criterios homogéneos, para que los operadores puedan contar con reglas de juego uniformes. Siempre y cuando no se preste esta última circunstancia para conflictos de interés.

Uno de los aspectos que más afecta la posibilidad de que los servicios públicos tengan tarifas objetivas, es la falta de información con la que cuenta el órgano regulador. Este problema se da en general en todos los servicios. Desafortunadamente no se tienen los recursos humanos ni económicos para realizar el monitoreo idóneo que permitiría el ente regulador tuviera información fidedigna¹⁴. Este problema no sólo se refleja a nivel nacional, sino que es una limitante en materia de regulación independientemente del modelo que se adopte.

La limitación de la información fidedigna para los entes u órganos reguladores es muy compleja, adoptando diversas formas: La más frecuente consiste en que el operador tenga una conducta omisiva dolosa, ocultando o tergiversando los datos o la información solicitada con el fin de determinar una

¹⁴ Lo que provoca un sesgo para establecer la tarifa o aumentarla.

Muñoz reconoció que es difícil hacer una auditoría similar a esta para todas las rutas, y se realizará en Heredia por tratarse de una ruta importante en cuanto a movilización de pasajeros.

Con el fin de ahorrarse este tipo de verificaciones, tanto Aresep como CTP tomarán como referencia el conteo de barras electrónicas a partir de este año.

Escrito por Rebeca Madrigal

tarifa más alta. Esta conducta ha sido denominada por la doctrina como “Reticencia” o “peligro moral”¹⁵.

“El peligro moral” es el fenómeno según el cual el agente, seguro de la realización de la transacción, va a modificar su propio comportamiento de manera que la transacción resulte desfavorable para su contraparte.

Otro caso de desinformación es la denominada “información asimétrica” en dónde el ente regulador no logra corroborar la información porque existen registros con datos diversos, los cuales no necesariamente calzan con los datos suministrados por los operadores creando una situación de incertidumbre para el regulador. Por ejemplo, en la eventualidad de una audiencia para aumentar las tarifas de transporte, que se dé la situación de que la información suministrada por los operadores no coincida con la que suministren los usuarios que asistan a la audiencia.

2.3 LA ESPECIALIZACIÓN

Hace referencia a la relevancia de la continua capacitación de los funcionarios, de manera tal que las fórmulas para que el establecimiento de las tarifas o su aumento, la emisión de criterios para responder consultas o denuncias de los usuarios u operadores, así como la elaboración de los presupuestos respondan a criterios técnicos.

En nuestro país, en los últimos años es bastante frecuente que los medios de comunicación, cuestionen la forma en que se establecen tanto las tarifas de los distintos servicios como el aumento de las mismas¹⁶.

¹⁵ Bertrand Du Marais. “*Droit public de la régulation économique*” (París: Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004).

¹⁶ Recientemente, la actual Defensora de los Habitantes externó a CrNoticias:

“Por eso recomendó a la Aresep analizar otros modelos metodológicos o realizar ajustes a la propuesta, como incluir un parámetro que ajuste el costo anual a una situación de eficiencia.

“La Defensoría no concibe cómo la Aresep puede llevar a audiencia pública una propuesta metodológica en la cual no incorpora nada de lo descrito anteriormente. Cabe destacar que la metodología tarifaria propuesta es la misma que heredó la Aresep al momento de su creación, en setiembre de 1996, y ha sido utilizada sin contar con aprobación, ya sea por resolución del Regulador General o de la Junta Directiva de Aresep”, añadió.

El aumento en las tarifas es un dilema para el país y el Gobierno que prometió bajarlas, pero aún no sabe cómo. Mientras tanto avanza el diálogo sobre la matriz energética, que debería arrojar conclusiones que logren el objetivo”

En relación con este tema, nos permitimos transcribir el siguiente artículo que evidencia nuestras afirmaciones. “ **ARESEP pretende una estructura de costos más exacta para calcular tarifas de bus**

La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) pretende una estructura de costos más exacta para calcular las tarifas de autobús.

Por ello, se iniciarán una serie de foros que se realizarán los miércoles a partir del 21 de enero hasta el 11 de marzo en los que participarán representantes de empresarios y de los usuarios, además de autoridades de transporte.

El propósito de ARESEP es que se logren acuerdos de lo que debería ser la nueva metodología para actualizar la vigente que fue establecida por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) y es aplicada por ARESEP desde 1996.

“A lo largo de casi 20 años no se ha logrado publicar oficialmente dicha metodología (la vigente) en consecuencia tampoco se ha logrado hacerle modificaciones sustanciales, a pesar de que la misma no responde a las características actuales de la estructura de costos del servicio”, explica Aresep por medio de un documento entregado a la prensa este viernes.

De acuerdo con Dennis Meléndez, regulador general es necesario modificar el plazo en el que se reconoce la inversión de unidades a los empresarios y la forma en que se toma en cuenta la demanda de pasajeros que es crucial para definir las tarifas.

Sobre el primero punto, Meléndez explicó que tal como está la metodología, las inversiones en unidades nuevas se recuperan en siete años, por lo que se debe cargar a los usuarios en ese periodo el costo del autobús. La propuesta de ARESEP es que se reconozca en 15 años que es plazo que otorga el Consejo de Transporte Público (CTP) para explotación del vehículo.

Desde luego esto incomoda a los autobuseros, pues según han declarado, esto no incentivaría a renovar la flotilla más seguida.

Sin embargo, Meléndez asegura que la flotilla promedio del país tiene cerca de 10 años de antigüedad.

Con respecto a la demanda, el propósito de ARESEP es que los datos sean más exactos por medio del conteo de las barras electrónicas. Actualmente, la demanda de pasajeros es estimada por el CTP, y es presentada por los empresarios por medio de una declaración jurada, por lo que ARESEP queda a ciegas para definir la tarifa.

La demanda es importante porque a mayor demanda, menor tarifa.

Otro aspecto que pretende la ARESEP es reconocer en la tarifa una tasa de rentabilidad menor. Con la metodología vigente, se utiliza la tasa básica activa del Banco Central de Costa Rica (BCCR), pero la idea es que sea un ponderado entre la activa y la pasiva, por lo que el porcentaje podría ser menor.

El costo del mantenimiento es otro cambio previsto; a las empresas se les reconoce un 10% del valor del bus por año para que la unidad se mantenga en condiciones óptimas. La ARESEP realiza un estudio para que se defina una estructura de costos que permita dar un resultado más exacto de lo que realmente se invierte en unidades.

De acuerdo con el Intendente de Transportes, Enrique Muñoz, no es posible prever si la tarifa será más cara o barata, pues además se discutirá si es viable incluir otros costos en las unidades de autobús como las cámaras de vigilancia o la seguridad en las paradas de autobús.

Una vez que ARESEP finalice el periodo de discusión, se someterá a junta directiva lo que podría resultar de esas reuniones y si es aprobada la nueva metodología, se sometería a consulta pública.

La ARESEP ha hecho dos intentos de cambio de metodología, pero han sido suspendidas por recursos interpuestos ante la Sala Constitucional o por la misma ARESEP para incorporar otros cambios. (El subrayado no pertenece al texto original)

Asimismo encontramos la siguiente noticia, escrita por la misma periodista:

“La defensora de los habitantes, Montserrat Solano pedirá al regulador general, Dennis Meléndez, que se modifique la metodología extraordinaria del precio de los combustibles para que se utilice como base el costo real del producto y no le dé una estimación.

La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) utiliza como base un precio de referencia internacional, pero no así el precio al que efectivamente RECOPE hace la compra.

De acuerdo con Solano, se ha comprobado que RECOPE compra a un buen precio en el mercado internacional y entonces “¿por qué los costarricenses no se van a beneficiar de esas prácticas?”, se cuestiona la defensora.

Erick Solano, director de Comercio Internacional de RECOPE confirmó a crhoy.com que los precios de referencia que utiliza ARESEP son parecidos a los que compra RECOPE. Pero la defensora es contundente al decir que “parecido” no es “igual”.

También se deben profesionalizar a las personas que eventualmente puedan representar a los usuarios, para que la defensa no resulte inocua.

La falta de criterio técnico para establecer las tarifas se evidenció en una reciente noticia en la que se indica que la ARESEP para cubrir los costos de las demandas que pierda, los va a incluir en las tarifas de los cánones que cobra a los operadores y que eventualmente también lo pagarán los usuarios en las tarifas de los correspondientes servicios¹⁷.

Este Acápito es importante si consideramos la incidencia del aumento de las tarifas en las clases menos favorecidas. Pero incluso, si las tarifas no responden a criterios técnicos, pueden convertirse en un desincentivo para empresas nacionales e internacionales. Por ejemplo la Cámara de Industrias tiene más de diez años de reclamar las tarifas de electricidad. Sería interesante un estudio de la Universidad de Costa Rica que en un ánimo objetivo pudiera dar una luz al respecto.

Insistimos en que por ejemplo la Universidad de Costa Rica, también podría participar realizando encuestas que permitan obtener información que ofrezca datos sobre las necesidades y condiciones de los usuarios. Para nadie es un secreto la renuencia de los operadores de brindar información fidedigna al regulador económico, en nuestro país particularmente grave en materia de transporte¹⁸.

Al respecto consideramos que debiera ser una obligación del regulador económico, divulgar los derechos de los usuarios, y establecer de manera

Los servicios públicos deben ser al costo y esa es la lógica en la que ha venido insistiendo la Defensoría en los últimos años y que no ha sido atendida por la ARESEP. Escrito por Rebeca Madrigal.

¹⁷ **CRnoticias, escrito por Rebeca Madrigal** el 24 de junio del 2015. "La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos creó una metodología para calcular, anualmente, el monto que deberá presupuestar para indemnizar en los juicios que pierda. El modelo fue aprobado por la junta directiva el 28 de mayo de este año, sin embargo todavía quedan por realizar mejoras.

Todos los años, la ARESEP destina parte de su presupuesto para las indemnizaciones, sin embargo, el monto se calculaba sin ninguna fórmula específica. Este monto no cubre los honorarios de los abogados, si es el caso, sino solo para pagar en caso de que pierda. Con esta metodología, la ARESEP utilizará variables como tiempo de la demanda, histórico de ese tipo de demandas, probabilidad de perder o ganarla, y otras.

Esta metodología se creó para atender el "crecimiento en el número de litigios", la "volatilidad en el monto de los pagos solicitados por la parte demandante" y el "riesgo que esto representa a nivel presupuestario", según consta en la justificación del modelo. Además se menciona que se trata de una fórmula más "transparente".

¹⁸ Sobre este tema ver: Primer Informe Trimestral. DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE PÚBLICO. Elaborado por Adolfo Rodríguez Herrera, (Miembro de la Junta Directiva de la ARESEP 2006-2010) julio del 2009.

accesible los procedimientos para que los beneficiarios puedan presentar sugerencias y denuncias, calificando los servicios.

Consideramos que para la exitosa realización algunas de estas ideas en la práctica, se debieran introducir reformas en la Ley 7593 vigente para crear instrumentos que garanticen la posibilidad de que las audiencias cumplan su función, se evite la captura del regulador, no únicamente por las autoridades del Poder Ejecutivo como mencionamos anteriormente, sino además por los operadores de los servicios o grupos de presión, y hasta de los propios usuarios.

2.4 LA IMPARCIALIDAD

Es un elemento esencial para la regulación de los diferentes mercados que debe omitir cualquier tipo de conflicto de intereses, debe ser un ente u órgano técnico. En primer lugar, sus regulaciones deben obedecer a las reglas unívocas de la ciencia o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

El regulador no debe ser cautivo ni de los intereses del Estado (en el sentido que el Estado influya en el establecimiento de las tarifas), ni de los intereses de los operadores, en el mismo sentido, ni debe obedecer a presiones indebidas o injustificadas de los usuarios, quiénes por medio de sus manifestaciones doblegan la voluntad de sus gobernantes ante la falta de verdaderas Audiencias y canales de negociación con representantes legítimos como lo serían en Costa Rica la Defensoría de los Habitantes.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN COMO FUNCIÓN DEL PODER EJECUTIVO EN COSTA RICA

“...La libertad no excluye la regulación, la garantiza...”

Manrique Jiménez Meza¹⁹

¹⁹ Comentario del Dr. Manrique Jiménez Meza en discusión de Tribunal para aprobación de Tesis de Grado en Licenciatura integrado por Dr. Álvaro Mora Espinoza (Director), Mg. Alonso Arnesto Moya (lector y funcionario de la Procuraduría General de la República) y la suscrita, denominada “Estructuras Administrativas complejas para la regulación de las actividades de los particulares: el caso de la SUTEL en el

A. ORÍGENES DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN COSTA RICA

Alguna idea tenemos de que a inicios del siglo XX, (1900s), existieron dos empresas, que monopolizaron la energía eléctrica en Costa Rica, THE COSTA RICA ELECTRIC LIGHT&TRACTION COMPANY LIMITED empresa estadounidense y la Compañía Nacional de Electricidad, que comienzan a prestar servicios de electricidad en nuestro país y a competir en la prestación del servicio y que el propio gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica el que le sugiere al nuestro, la creación de un ente regulador de la actividad, que finalmente resultaría ser el Servicio Nacional de Electricidad, conocido como SNE, y que ejercería su competencia hasta la creación y vigencia de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la década de los años noventa²⁰.

También hay una conciencia nacional en relación con las bondades de la Constitución Política vigente²¹, con más de sesenta años a su haber, en la que se conjugaron lo mejor del pensamiento comunista, socialdemócrata y socialcristiano, lo que da lugar a normas con un alto contenido de sensibilidad social y nacional, como el artículo 50, el 74, y el 121 inciso 14), que permitieron el control y fiscalización de los bienes de Dominio Público Constitucional, pero también de los servicios económicos vinculados y mencionados.

B. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN COMO FUNCIÓN DEL PODER EJECUTIVO EN COSTA RICA

Si bien es cierto en las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, no encontramos una norma específica que le otorgue esta atribución de regulación de

mercado de las telecomunicaciones”, el 26 de noviembre del 2013, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Sede Rodrigo Facio.

²⁰ El Instituto Costarricense de Electricidad, ICE, se crea mediante Decreto Ejecutivo el 21 de abril de 1949.

²¹ Promulgada el 07 de noviembre de 1949.

los servicios públicos económicos al Poder Ejecutivo, por ejemplo²², ello pudo responder a la circunstancia de que nuestro mercado y servicios económicos no lo ameritaban, por lo incipiente de su desarrollo hace más de seis décadas.

De lo que si podemos estar seguros, es de que el Constituyente del 49 no partió, en el inicio de su labor ni en su visión futura de un Estado pasivo frente a las fuerzas del Mercado.

Podemos afirmar que el primer fundamento constitucional de la potestad de imperio de regulación de los servicios públicos económicos, lo encontramos en el artículo 140 inciso 16) de la Constitución Política²³. En este inciso, se establece la potestad de imperio del poder de policía, también denominada poder sancionatorio del Estado.

En doctrina internacional, se ha cuestionado hasta la fecha, la legitimación de los entes u órganos reguladores indicando que éstos últimos ostentan funciones que en principio corresponden a los poderes Ejecutivo y Legislativo y que sólo podría explicarse por una especie de delegación por parte de ambos poderes. En el caso del Legislativo, porque el órgano regulador emite verdadera normativa vinculante; y en el caso del Ejecutivo porque la normativa del ente u órgano regulador es coactiva. En esta línea el autor Santiago Muñoz Machado indica:

La crítica se ha fundamentado en su difícil encuadramiento en el marco de un sistema basado en la separación de poderes, en tanto que las agencias tienen atribuidos poderes de carácter Legislativo y Ejecutivo y ostentan una posición de independencia que hace difícil justificar la legitimación democrática de sus decisiones²⁴.

²² En el artículo 140 inciso 8) se establece como uno de los deberes y obligaciones del Presidente y del respectivo Ministro: "...8) Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas..."

²³ Más adelante en el mismo artículo inciso 16) "Disponer de la fuerza pública para preservar el orden, defensa y seguridad del país."

²⁴ Muñoz Machado Santiago *et al.* "Derecho de la Regulación Económica: I. Fundamentos e instituciones de la regulación." (Madrid: Editorial Iustel, 2009) Página 144.

Sobre este pensamiento, recientemente, (Mayo del 2015) el Ministro del Ministerio de Ambiente Energía y Minas, MINAE, expresó en una comparecencia en la Asamblea Legislativa que ante tal amplitud de potestades de imperio del órgano regulador costarricense, ¿Quién cuestiona al regulador?²⁵

Sobre el alcance de las funciones de regulación, el Profesor español mencionado ha señalado también que:

...la creación de agencias y la atribución de sus poderes de actuación es responsabilidad del Legislativo, tanto en la Federación como en los Estados miembros. Sin embargo, la Constitución no da carta blanca sino que impone límites en relación con la delegación de poder a una agencia²⁶.

Además de la potestad sancionatoria que señalamos como primer fundamento del derecho regulatorio, es nuestra opinión que los artículos 50 y 74, normas programáticas en el ámbito social y económico de la colectividad costarricense, vendrían a completar el segundo fundamento de una tríada de normativa de rango constitucional. Esa tríada de artículos constitucionales constituiría el fundamento del derecho regulatorio.

La mayor prueba de ello es el especial esmero en el desarrollo de los Títulos IV y V, de nuestra Carta Magna, en donde podemos encontrar nuestros Derechos y Garantías, tanto Individuales en el IV, como Sociales en el V.

En particular, no pareciera casualidad que nuestro Título V mencionado, inicie con un artículo 50, en el que de manera programática, y con gran sabiduría

²⁵El señor Ministro Édgar Gutiérrez, concretamente indicó:

“Me he dado cuenta y me he preguntado 150 mil veces, a quién le da cuentas la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (Aresep). Es un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa, según entiendo (...) Pero nunca he visto yo que el regulador venga aquí a dar cuentas”, así se manifestó Edgar Gutiérrez, Ministro de Ambiente, durante la interpelación que tuvo ante los diputados.”

<http://www.crhoy.com/pugnas-entre-minae-y-aresep-continuan-ministro-pide-readecuar-sus-competencias/>

Revisado el 20 de mayo de 2015.

²⁶ Muñoz Machado Santiago *et al.* Op Cit. Página 144.

se estableciera que el Estado debía procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país y el más adecuado reparto de la riqueza²⁷.

Extraordinaria coincidencia,- o quizás intencional- que el mismo Título V, cerrara con otra norma programática, el artículo 74²⁸, que con visión de futuro indicara que los derechos y beneficios a los que se refiere este Título mencionado, deberán considerarse irrenunciables. Agregando que su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley, e indicando en el párrafo final que serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

Estado y Mercado conviven en nuestra sociedad. Vivimos tiempos de globalización, de Tratados de Libre Comercio, de avances diarios en tecnología de los más diversos tipos. Dadas estas circunstancias, lo realmente relevante para las sociedades no es quién presta los servicios económicos: pueden ser operadores públicos, privados o mixtos. Lo fundamental es que aquellos servicios que hemos denominado económicos, como por ejemplo, el agua, las telecomunicaciones, la energía, el transporte colectivo, los puertos y aeropuertos, por citar algunos, sean accesibles y de calidad. Adicionalmente, deberíamos aspirar a que se cumplan los principios clásicos del servicio público que señala la Ley General de Administración Pública vigente: como la continuidad, la eficiencia, su adaptación al régimen legal o la necesidad social, la igualdad en el trato de los destinatarios y la universalidad²⁹, independiente de que el servicio lo preste un operador público o privado.

²⁷ El artículo 50 de nuestra Constitución Política señala: "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La Ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes"

²⁸ Por su parte el artículo 74 del mismo texto legal indica: "Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley, serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo , a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional"

²⁹ Artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública vigente:" La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad,

En ese mismo orden de ideas podemos afirmar que en el mundo se ha dado un cambio de paradigma, en dónde pasamos de la estatización a la privatización de los operadores de los servicios públicos económicos. En otras palabras, de los monopolios estatales al proceso en que las empresas llegan a la libre competencia.

Cambia el paradigma, en el sentido de que ya no es relevante quién presta el servicio, si es el Estado o una empresa privada, lo que nos va a importar es: en primer término, que aunque el servicio se llegue a dar por empresas estatales o privadas en libertad de competencia, los operadores deberán estar atentos que no se den prácticas monopolísticas, para ello deberán estar vigilantes tanto el regulador en nuestro país como la Comisión de la Competencia y eventualmente los tribunales de justicia (en particular la jurisdicción contenciosa) que el servicio sea accesible y de calidad.

El autor español Santiago Muñoz señala:

Las dos décadas finales del siglo XX enmarcan la época de las privatizaciones, primero, y de la liberalización de los mercados más tarde. La primera supondrá una retirada de los mercados del Estado como gestor y titular directo de empresas y actividades económicas. La segunda operación supondrá la apertura de la competencia en los mercados³⁰.

¿Y cómo podemos garantizar que los servicios mencionados sean accesibles y de calidad?

La respuesta es la Regulación Económica. Esta es la potestad de Imperio que le permite al Estado, establecer un equilibrio, entre los distintos intereses que se dan entre los operadores, los usuarios y el propio Estado en relación con los servicios económicos.

su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.”

³⁰ Muñoz Machado Santiago *et al.* Op Cit. Página 37.

Más allá de los fenómenos de globalización y de la aprobación del Tratado mencionado, estas normas el artículo 50 y el 74 citados de nuestra Constitución Política, están vigentes y siguen siendo fuente de interpretación e integración en el análisis y resolución de los asuntos que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En síntesis, el fundamento constitucional de la Regulación de los servicios económicos en Costa Rica, lo debemos encontrar en los artículos 50, 74 y 140 inciso 18) de nuestra Constitución Política vigente.

Si quisiéramos fundamentar más esta afirmación, podríamos decir que no puede haber bienestar para los habitantes de un país sin los servicios públicos económicos, de los cuales, todos dependemos y un adecuado reparto de la riqueza, implica, que esos servicios sean de calidad y accesibles.

¿Y por qué citamos también el artículo 74 de la Constitución Política como fundamento de la potestad de Imperio de Regulación de los servicios públicos por parte del Estado? Porque consideramos, que el constituyente de 1949 no podía prever en su momento histórico otras garantías sociales, que son precisamente las que le dan contenido hoy a la potestad regulatoria.

C. ¿QUIÉN FISCALIZA A LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, ARESEP Y LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES, SUTEL?

Como sabemos la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos es una institución autónoma del Estado, y la Superintendencia de Telecomunicaciones es un órgano desconcentrado máximo adscrito a la misma. Para efectos de este acápite lo que nos interesa es que ambos se financian con fondos públicos. Como consecuencia directa de tal circunstancia, y de conformidad con el artículo 183 de la Constitución Política que establece que el órgano contralor es el órgano rector en materia de hacienda pública y que por lo tanto deberá fiscalizar, examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las instituciones autónomas así como

fiscalizar su ejecución y liquidación³¹. Como consecuencia de ello, la Contraloría General de la República fiscaliza aprobando los presupuestos de la Autoridad

³¹ En la Memoria de la Contraloría General de la República correspondiente al año 2014, se hacen observaciones generales sobre las debilidades referentes a la institución reguladora y el incumplimiento en relación a los principios del servicio público que debería cumplir. El siguiente es un extracto de esas observaciones: "La regulación frente a la eficiencia de los servicios públicos Resultados como los mostrados en la encuesta de percepción ciudadana dan cuenta de áreas de insatisfacción en servicios de transporte, electricidad y agua potable, los que representan retos para la regulación de los servicios públicos, en cuanto a la vigilancia de sus prestadores. Por ejemplo, 32% de los usuarios del servicio público de bus o taxi consideran que el transporte no se presta a un costo razonable. Un 32,4% de los usuarios del autobús lo consideran caro y de los usuarios del servicio de taxi, solo un 13,5% lo consideró un servicio barato mientras que un 40,4% opinó que era justo. Por otra parte, un 43% de las personas encuestadas considera que el servicio de agua no es un servicio barato, un 83,6% opina que el servicio de electricidad es caro y un 83,6% de las personas con vehículo propio considera que el combustible es un bien costoso. En el propósito de mejorar la eficiencia de los servicios públicos un actor de gran relevancia es el regulador, definido como aquel ente encargado de velar por el cumplimiento permanente de conductas determinadas por el Estado por parte de los prestadores de los servicios públicos. Tal como es de esperar, la función reguladora tiene como objetivo fundamental el cumplimiento de los fines propios del Estado Social y Democrático de derecho, que sin duda está asociado al mejoramiento continuo de la calidad de vida de las personas en procura de garantizarles una vida digna. La importancia de los entes reguladores para velar por la prestación de servicios públicos de calidad con base en el principio de servicio al costo y de manera eficiente se expresa para la mayoría de ellos, por la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) * En <http://siteresources.worldbank.org/>

[EXTLACREGTOPPUBSECGOV/Resources/Mexico_Gasto_Publico_Libro.pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTLACREGTOPPUBSECGOV/Resources/Mexico_Gasto_Publico_Libro.pdf) al 11 de marzo de 2015. 2 Ley N° 7593 del 9 de agosto de 1996, que establece en sus objetivos fundamentales, entre otros, asegurar que los servicios públicos se brinden de conformidad con el principio del servicio al costo, y formular y velar porque se cumplan los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima, los servicios públicos sujetos a su autoridad. Para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos se debe seguir con diversos criterios, entre ellos el criterio de eficiencia económica. Por otra parte, el principio de servicio al costo determina que se deben contemplar únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, como la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos. Entre las obligaciones que le corresponden, se encuentra regular y fiscalizar contable, financiera y técnicamente, a los prestadores de servicios públicos, para comprobar el correcto manejo de los factores que afectan el costo del servicio. Además, realizar inspecciones periódicas como parte de su actividad regulatoria.* Vargas, Manuel. Pineda, Emilio. Armonización Contable. Mejorando la calidad del gasto público a través del uso de información de desempeño en México. Banco Mundial, 2010.

Como parte de los principios regulatorios definidos por la ARESEP se encuentran el "principio de bienestar de las personas", que consiste en que la Autoridad Reguladora orientará el ejercicio de sus competencias hacia la promoción activa de un creciente bienestar para la población del país, al fomentar condiciones óptimas de cantidad, calidad, continuidad, oportunidad y confiabilidad en la provisión de los servicios públicos. Además, el "principio de regulación eficiente" referido a que en el cumplimiento de los objetivos de la regulación, se impulsará el desarrollo de los modelos y prácticas de regulación que impongan el mínimo costo directo e indirecto a los prestadores de servicios públicos, los usuarios de esos servicios y la sociedad en su conjunto. A pesar de la importancia, potestades y deberes anteriormente señalados, la Contraloría General ha encontrado que para el caso de la regulación del servicio eléctrico, la ARESEP carece de estudios y análisis que sustenten la razonabilidad de la aplicación del modelo para el establecimiento de las tarifas eléctricas, con lo cual se asegure la oportunidad y suficiencia de la tarifa para garantizar la sostenibilidad del servicio de energía eléctrica. También se encontró que el proceso de fijación tarifaria en ese servicio no cuenta con procedimientos oficiales que permitan estandarizar los criterios, por lo que se resuelve de manera diferente ante escenarios similares, además, que dicho ente no cuenta con la estructura formal que le permita realizar labores de supervisión y fiscalización regulatoria. Por otra parte, la implementación de la normativa técnica de parte de los regulados presenta un rezago de más de 10 años (al año 2013). Finalmente, la normativa técnica que ha emitido la Autoridad Reguladora para asegurar la calidad del suministro eléctrico, es insuficiente para atender las demandas de control y seguimiento a dicha calidad. Con respecto a la regulación del servicio de transporte, la Contraloría General determinó que en la ARESEP existen debilidades en el proceso de fijación de tarifas de dicha actividad en su modalidad autobús. Se encontró que la metodología, parámetros y variables consideradas relevantes en su cálculo, se encontraban desactualizadas respecto de las condiciones

Reguladora de los Servicios Públicos y de la Superintendencia de Telecomunicaciones, así como de la liquidación de dichos presupuestos. Pero como podemos observar en la cita que adjuntamos la Contraloría General de la República le reclama al ente regulador la calidad de su gestión y le pide cuentas por el cumplimiento de los principios de los servicios públicos por los cuáles debe velar también el ente regulador y la SUTEL.

En relación a la validez de los actos de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos o de la Superintendencia de Telecomunicaciones el órgano competente para determinarlos es la Procuraduría General de la República. Además, la Procuraduría General de la República ha jugado un papel muy importante a nivel de interpretación e integración de la normativa aplicable a sus actos. Sus dictámenes los consideramos como una de las principales fuentes integradoras del Derecho Regulatorio nacional.

Como podemos ver, ni la ARESEP ni la SUTEL son islas en nuestro país, ambos participan no sólo de la fiscalización de la Contraloría General de la República en materia de fondos públicos como del monitoreo por parte de la Procuraduría General de la República en relación con la validez de sus actos. Pero además, por ser parte de la estructura organizativa del Estado se encuentran regulados por el artículo 11 de la Constitución Política (Principio de Rendición de Cuentas), Plan Nacional de Desarrollo, Ley 8131, Ley de la Administración Pública y Presupuestos Públicos del año 2001 y sus reformas, Ley 8292, Ley de Control Interno del año 2002 vigente y sus reformas, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, Ley número 8422 del 29 de octubre del 2004.

La opinión pública también monitorea la actividad de los entes reguladores y deben ser un termómetro de la legitimidad de los mismos acompañados de

vigentes del mercado. En cuanto al tema de la gestión y evaluación de la calidad de los servicios que ARESEP presta a los usuarios y prestatarios de los servicios públicos, se encontró que éste no ha sido considerado de una manera formal y concreta en el desarrollo organizacional de ARESEP, de modo que no se han emitido políticas y objetivos dirigidos hacia una gestión de la entidad. Por tanto, en el análisis y mejora de la eficiencia de los servicios públicos, es de vital importancia el considerar y fortalecer el ejercicio de las funciones de regulación, en vista de que el ente regulador es el actor responsable de velar por la calidad en términos de sus atributos, así como por el costo que implica para un ciudadano accederlos.

instituciones como la Defensoría de los Habitantes y las Universidades Públicas y Privadas que con sus estudios cuestionen o validen las decisiones.

III. UNA MIRADA AL DERECHO COMPARADO

Por razones de la investigación que podemos concretar en la antigüedad y el respectivo desarrollo del derecho regulatorio dimos énfasis a países como Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, sin omitir una breve referencia a algunos países de América Latina. Adelantamos que nuestro sistema tiene características sobre todo del sistema francés.

A. ESTADOS UNIDOS

En términos de órganos reguladores, se puede decir que la experiencia estadounidense es la más antigua. En sus inicios y en la actualidad se llevó a cabo principalmente por medio de fallos judiciales. La regulación se fundamentó en leyes aprobadas por el Congreso, pero que buscaban sobre todo que se diera una sana competencia, entendiendo, que si ésta se cumplía, se cumpliría también con la calidad y la accesibilidad. Por su forma de gobierno, el sistema regulador estadounidense se divide en dos ámbitos: los reguladores federales y los reguladores estatales.

La regulación Federal está a cargo de las Comisiones Independientes de Regulación, cuya competencia cubre actividades interestatales. Se fundamentan en leyes aprobadas en el Parlamento y están sujetas en materia de planificación al Gobierno, manteniendo aun así, una importante cuota de independencia respecto de este último. Estas Comisiones comparten con nuestro sistema de regulación tres aspectos fundamentales: 1. Si bien los integrantes de las Juntas Directivas son sugeridos por el Poder Ejecutivo, deben ser ratificados por el Parlamento, 2. Se financian con cánones que pagan los operadores de los servicios, 3. Deben

rendir cuentas al Parlamento, en el caso nuestro, este último aspecto, es un principio general de todo funcionario público³².

Existen alrededor de 55 agencias estatales, la mayoría tiene competencia para emitir licencias o permisos para la iniciación de los servicios. También tienen competencia para establecer tarifas, fiscalizar el acceso y calidad de los servicios e iniciar investigaciones en relación con denuncias por prácticas monopolísticas.

En el sistema americano, el regulador viene a constituirse en árbitro entre los intereses particulares –Los Stake-holders³³, las partes afectadas o grupos concernientes por el proyecto de reglamentaciones públicas.

Una parte importante de los reglamentos públicos consiste en organizar la acción o consulta de esos intereses afectados en caso de una discusión de esas medidas específicas.

Características principales del ordenamiento jurídico americano:

- El principio general de aplicación del derecho común (common law) a las instituciones públicas lo que conduce a la ausencia de un derecho administrativo específico, o escrito (codificado).
- El carácter eminentemente procesal del “derecho administrativo” americano (con fundamento en jurisprudencias vinculantes). En efecto, las prácticas procesales responden al imperativo constitucional plasmado en la quinta enmienda del *Due Process of Law*³⁴. En el Derecho americano es el *Due Process of Law* es el que constituye el corazón del derecho administrativo.

En la esfera económica, el Estado americano interviene mediante el Derecho a la competencia. Para resumir, el derecho administrativo americano - *Administrative Law*- se concentra en la defensa de garantías, principalmente procesales, que beneficien al individuo frente al poder de la administración.

³² El párrafo final del artículo 11 de nuestra Constitución Política vigente señala: ...”La administración pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”.

³³ Que vendrían a ser una especie de operadores en nuestro sistema.

³⁴ Que vendría a ser la figura del “Debido Proceso” en nuestro ordenamiento jurídico.

Como comentamos, la intervención activa del poder público se materializa a través del derecho de la competencia. En cuanto a la intervención *a priori* se traduce en la instauración de agentes reguladores, los cuales tienen como misión inicial velar por la libre competencia bajo el modelo de la *Federal Trade Commission*. Al respecto del control *a posteriori* el Estado federal interviene directamente a través de su política judicial de represión contra los atentados a la libre competencia. Aunado a lo anterior, cabe destacar que en Estados Unidos no existe una institución cuya competencia exclusiva consista en la supervisión de la libre competencia³⁵. Con excepción de regulaciones sectoriales en los respectivos Estados, la tutela de la libre competencia es aplicada directamente por el Ministerio de Justicia (Department of Justice).

En un breve vistazo a la Comunidad Económica Europea, podemos decir que a finales de la década de los 80's en la Comunidad Económica Europea (CEE) se dieron una serie de sentencias que afectaron la región independientemente de los modelos de regulación que tuvieran los respectivos países, para lograr armonizar la gestión de los servicios de telecomunicaciones en régimen de monopolio con las normas reguladoras de la libre competencia. Suena contradictorio, sin embargo se explica mejor con la lectura del siguiente párrafo de la primera sentencia *British Telecom*, en busca de implantar el modelo anglosajón en toda la región europea. Esa sentencia se refirió en particular a la interpretación de las políticas comunitarias aplicables en ese momento:

Al afirmar este principio [de conciliación de los diferentes modelos de regulación], dejó abierto el camino para la eliminación de toda restricción a la libre competencia que no estuviera suficientemente justificada en una misión específica de servicio público que hubiera sido formalmente confiada a la empresa. En el futuro, la Comisión, en tanto que garante del respeto de las normas sobre libre competencia, podría incluso forzar la apertura al mercado mediante la aprobación de normas

³⁵ Como si existe en nuestro país, al respecto ver No. 7472 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Tanto esta Comisión como el ARESEP y la SUTEL tienen competencias concurrentes en materia de supervisión de la libre Competencia.

reguladoras generales, basadas en lo que establecía en aquel tiempo el artículo 90.3 del mismo tratado señalado³⁶.

Si bien podríamos afirmar con fundamento en el párrafo de la sentencia citada que la situación del modelo regulatorio en la todavía “Comunidad Europea” se encuentra en un momento en el que lo que predomina es la búsqueda de la libre competencia, siempre bajo la tutela judicial o de un órgano competente que verifique que realmente no se den prácticas monopolísticas, ni fusiones que no sean autorizadas o conflictos de interés; la situación costarricense responde a otro momento histórico y a otras circunstancias económicas y sociales anteriores, nuestro derecho regulatorio requiere de un mayor desarrollo en doctrina y jurisprudencia.

B. GRAN BRETAÑA

En Gran Bretaña existen diferentes entes reguladores especializados y con alcance sobre los cuatro países que conforman el Reino Unido: Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte. Al igual que en los Estados Unidos, se tiene una amplia experiencia en procesos regulatorios³⁷.

Inicialmente, la forma de establecer las tarifas era la tasa de retorno, el cual consistió en un endurecimiento de los criterios de calidad del servicio, del programa de inversión o, simplemente, por la exención de impuestos excepcionales (windfall profit tax).

Desde un punto de vista económico, la tasa de retorno, puede asumir otra modalidad de regulación, a partir de los costos (o cost plus). En efecto, las ganancias siendo el resultado final de la explotación y por consiguiente de la deducción de cargas de explotación, el operador estará seguro de recuperar dichas cargas automáticamente con la tarifa. Asimismo, se le asegura una utilidad, en el caso de Costa Rica se le denomina a esta última modalidad de

³⁶ Muñoz Machado Santiago *et al.* Op Cit. Página 87.

³⁷ Durante la administración Thatcher en los años setenta se dio un fuerte proceso privatizador de empresas públicas, que redujo la intervención estatal en la economía y requirió nuevas estructuras de regulación.

establecimiento de tarifas, Servicio al Costo, en dónde la tarifa es el costo del operador para brindar el servicio más un diez por ciento de utilidad.

En la actualidad, la principal forma de regulación en Gran Bretaña es el Price-cap que de manera general podemos definir como la forma de establecer las tarifas por medio de la fijación de un límite máximo a la variación del precio medio de los servicios que ofrece una empresa. La forma exacta en la que se deben actualizar los precios se anuncia al inicio del periodo regulatorio, y se mantienen inamovibles hasta que éste termina³⁸.

Debido a los constantes cambios de la economía, hicieron pensar que el método de la tasa de retorno no era el más apropiado.

Entre los entes reguladores británicos sobresalen: el de telecomunicaciones, el de gas y electricidad, el de agua y alcantarillado, entre otros. Tienen competencia en general para: asegurar que los servicios se presten eficientemente, otorgar licencias para la prestación de servicios, obtener información y realizar publicaciones que ayuden a los usuarios a considerar leyes sobre los servicios.

En la actualidad, como se indicó, su principal forma de regular es monitorear los precios o tarifas para asegurarse de mantener y promover una competencia efectiva, con una tarifa que lo único que tiene es un tope.

En el sistema inglés, el BOT (Built, Operate, Transfer)³⁹ posee una gran variedad de instrumentos contractuales, y no únicamente la figura de la concesión, mediante licitación pública que se utiliza en Francia y en nuestro país, en casos de construcción de obra con servicio público.

C. FRANCIA

³⁸ Si se quiere ahondar más en el tema, consultar Cowan, S. (2002) Price-cap regulation, Swedish Economic Policy Review, 9, 167-188.

³⁹ Construir, operar y transferir.

El modelo francés fundado bajo el *imperium* (potestad de imperio)⁴⁰ de la voluntad política cuyo propósito es encarnar el interés general, y sobre la soberanía de las instituciones políticas que representan el pueblo (Parlamento, gobierno emanado del presidente de la República) aparece muy diferente del enfoque institucional desarrollado por las sociedades anglo-sajonas⁴¹.

Desde la perspectiva del modelo inglés, una de las debilidades del sistema francés, es el fenómeno según el cual el operador, seguro de la realización de la transacción, va a modificar su propio comportamiento, por ejemplo sesgando la información, de manera que la transacción resulte desfavorable para su contraparte.

Otra crítica que realizan los ingleses es el caso de bajo rendimiento, fundamentado en la manipulación de la información puede encontrarse, igualmente, cuando no existe un mercado desarrollado: las condiciones iniciales del mercado pueden desarrollarse en una infinidad de direcciones diferentes, dentro de las cuales algunas no serán óptimas.

En Francia, las sociedades locales de economía mixta, muy numerosas en asegurar el monopolio de la explotación de la infraestructura pública, son en su estructura reguladas por el derecho privado y por lo tanto conformadas de forma habitual exclusivamente por accionistas públicos.

Frente al modelo (Built Operate and Transfer, BOT), (sistema inglés) tradicionalmente se le achacan 3 tipos de críticas al sistema francés:

- Su falta de conocimiento de los principios del Derecho Comunitario.
- Su falta de transparencia, tanto desde el punto de vista jurídico, como penal, y democrático.
- Corolario del aspecto anterior, su bajo rendimiento económico. Incluso si el sistema ha probado su alta eficacia, el “modelo francés” sufrió por mucho

⁴⁰ De la que hablamos anteriormente, para definir la naturaleza jurídica de la regulación económica en Costa Rica.

⁴¹ DU MARAIS Bertrand. “*Droit public de la régulation économique*” (París: Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004. Traducción Libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

tiempo de una estructura paralela a un oligopolio de 3 empresas dentro de un mercado donde los consumidores son muy atomizados. Esta situación da lugar a alianzas o un mercado asimétrico, que reduciría el superávit a favor de los consumidores.

¿Quién es el regulador en Francia?

Una operación de gestión delegada se encuentra subordinada al control de múltiples reguladores en Francia.

- El *concedente*. Fija las tarifas y controla directamente las utilidades del concesionario de acuerdo con lo estipulado en el contrato. Estos últimos, cabe destacar, se traducen como obligaciones de resultado y no como obligaciones de medios. Define las necesidades y también el mercado pertinente, al mismo tiempo que reglamenta este mercado (a través de cláusulas contractuales) y los participantes del mercado.
- Las *autoridades técnicas*. Están encargadas de hacer respetar las condiciones ambientales o sanitarias que se hayan fijado o han sido impuestas por el Derecho Comunitario.
- El *juez financiero* controla, por intermedio de cámaras regionales de contadores, la contabilidad pero también la gestión de los servicios públicos que hayan sido delegados.
- La *autoridad (Promotor) de la competencia*, el Consejo de Competencia, sanciona las alianzas o prácticas monopolísticas de los operadores. La jurisprudencia del Consejo sobre la materia en cuestión es relativamente escasa, pero está empezando a desarrollarse.
- El *regulador de la legalidad*, es el juez administrativo, encargado *a priori* de la legalidad de la totalidad del sistema.

La gestión delegada se define entonces como un modelo original de sistemas descentralizados y evolutivos, organizados bajo una pluralidad de reguladores especializados y debajo de la égida unificadora del juez administrativo.

La gestión delegada, igualmente, demuestra la flexibilidad de la técnica contractual, la cual se adapta a modelos financieros complejos, so respeto de un cuerpo de principios unificadores.

En América Latina tenemos un desarrollo incipiente, pero importante del Derecho Regulatorio. Haremos referencia conjunta a tres países de nuestro interés.

D. ARGENTINA, BRASIL Y CHILE

La experiencia latinoamericana es muy diversa en cuanto a la creación de entes reguladores, específicamente en el sector de telecomunicaciones, debido principalmente a la transformación que vivió el sector en los años ochenta y principios de los noventa con la privatización de los operadores de telefonía en Chile, Argentina, México, Bolivia, Perú y Venezuela⁴².

En general, la experiencia de Argentina es la más representativa en Latinoamérica, debido a que a principios de los años noventa dentro del proceso de reforma del Estado, se establecieron los entes regulatorios independientes del poder político en los servicios públicos privatizados. En Argentina se privatizaron los servicios de agua, energía eléctrica, gas natural⁴³ y telecomunicaciones. En este último país existen los siguientes entes reguladores especializados: telecomunicaciones, transporte, electricidad, gas, y uno tripartito: de obra, servicios sanitarios y una secretaría de comunicaciones.

La Constitución de Argentina establece en su artículo 42 que la competencia reguladora de los servicios públicos será determinada por ley. Cabe destacar que son muy pocos los Estados Latinoamericanos en los que la potestad de regulación se incorpora como una potestad del Poder Ejecutivo a nivel de la Constitución Política, esto por cuanto es una potestad de imperio moderna que no aparece en las tradicionales Constituciones del Siglo XX.

Argentina y Brasil de conformidad con Marcou y Moderne (2009) indican:

⁴² En el caso de Venezuela la privatización no se mantiene en los últimos años a raíz de los gobiernos de Hugo Chaves y Nicolás Maduro, en los que el Estado ha vuelto a nacionalizar algunas empresas.

⁴³ En el último gobierno de Cristina Fernández de Kirchner se nacionalizó de nuevo, el servicio de gas natural.

En lo concerniente por ejemplo a las telecomunicaciones, se creó competencia mediante el otorgamiento de licencias que en un principio fueron exclusivas para una zona, y un tipo determinado de servicio. En el caso del teléfono fijo, la licencia inicial fue de cinco años, con una posible prórroga de tres años; después de ese periodo el mercado se abrió a la competencia. La privatización era el objetivo estratégico del gobierno y la regulación se organizó solamente después de ésta; sus modalidades y sobretodo su funcionamiento fueron criticados por ser desfavorables a los consumidores y a los nuevos participantes del mercado. Ha sido recientemente que la legislación y la jurisprudencia se han interesado de forma directa por las condiciones de la competencia como marco de gestión para las actividades del servicio público, un enfoque que se considera de origen europeo, y que los autores distinguen como “neo-regulación”. Una nueva forma de regulación, dirigida no, en contra de la competencia, sino más bien está contra las barreras a la competencia.

Pero, en cualquier caso, en la práctica, hoy en día tanto en Argentina como en Brasil, la regulación está orientada más a controlar a los concesionarios y a reglamentar los litigios con los usuarios, y se aplica a la explotación de derechos exclusivos⁴⁴.

Concretamente en relación a Brasil, es de nuestro interés indicar que durante la administración del Presidente Cardoso, Brasil vivió una transformación institucional en cuanto a la regulación de los servicios públicos, se crearon agencias regulatorias con el propósito de dirigir la transferencia de empresas de servicios al sector privado. Pero también se buscaba mejorar la eficiencia en la producción, disminuir los precios y proteger a los usuarios y consumidores.

Es importante indicar, que con ocasión del caso Chileno, que se adelantó en esta experiencia a los entes reguladores en América Latina, incluyendo a

⁴⁴ Marcou Gérard, Moderne Frank “*Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional Tomo I*” Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, 2009. Página 29 y 30.

nuestro país, en materia de telecomunicaciones fueron creados hace menos de veinte años.

Chile fue pionero en privatización, sin embargo ha tenido un rol interesante en materia regulatoria. El modelo regulatorio chileno se ha orientado a garantizar condiciones de competencia en los diferentes mercados.

Para ello, se puso énfasis en: i. Regulación de los servicios públicos con características de monopolio natural (telecomunicaciones, agua, electricidad y en menor medida gas) ii. Reforzamiento, a partir de fines de los años noventa, de la institucionalidad regulatoria para garantizar la Libre Competencia.

En el caso de la regulación de servicios públicos, el modelo que se aplica intenta simular condiciones competitivas de mercado, incluyendo la sustentabilidad de las empresas reguladas en el largo plazo. Ello ha permitido la expansión y modernización continua de servicios públicos como es el caso de las telecomunicaciones.

Para la regulación de los servicios públicos se aplica un modelo y un procedimiento que considera la participación de los agentes regulados y en forma creciente participación ciudadana. Se basa en procedimientos conocidos, transparentes que son sometidos a examen de legalidad.

En el Ordenamiento Jurídico Chileno, desde una perspectiva más amplia, se define la regulación como una carga regulatoria que impone normativas, trámites y controles para la creación y desarrollo de negocios.

Chile destaca en términos de los indicadores vinculados a la macroeconomía, así como también en términos de indicadores de transparencia y confianza en las instituciones, sin embargo, muestra un rezago en los factores de educación, innovación y en trámites, particularmente en aquellos relacionados con la creación y cierre de empresas (Cominetti)⁴⁵.

CONCLUSIONES

⁴⁵ COMINETTI, Rossella. "AVANCES Y DESAFÍOS EN REGULACIÓN: LA EXPERIENCIA DE CHILE" <http://www.oecd.org/site/govgfg/39610257.pdf> Consultado el 3 de junio del 2015.

La regulación de los servicios públicos económicos, sigue siendo incipiente y débil, pero existe. Hemos hecho un esfuerzo por darle soporte constitucional y lo hemos encontrado en los artículos 140 inciso 16) y 18), el artículo 50 y el artículo 74 de nuestra Constitución Política. El equilibrio en materia de regulación, en general, de los servicios públicos económicos, estriba en lograr una armonización entre la función del Estado de delegar la potestad sancionatoria y ejecutoria junto con la prestación del servicio público, los intereses de los operadores en obtener lucro eventualmente y los consumidores tener el acceso y la calidad en relación con esos servicios públicos económicos. Adicionalmente, la regulación evita o trata de evitar los conflictos de intereses, por una sana competencia en la regulación de la gestión privada de un servicio público, que incluye al Estado, los proveedores y a los usuarios.

El ente regulador, ARESEP, actúa estableciendo las tarifas y aumento de tarifas, así como velando por la calidad de los servicios mencionados.

La Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, en los últimos 10 años se ha convertido en una institución cuestionada y bajo el escrutinio de la sociedad costarricense.

Podemos afirmar que la ARESEP en los últimos años, no solamente ha sido cuestionada en cuanto a la regulación misma, en los aspectos fundamentales de tarifas y de calidad de los servicios, sino que además los gremios y los usuarios cuestionan en general irregularidades tales como: salarios, nombramientos, alquileres... e incluso el propio ministro de ambiente y energía se ha cuestionado si es conveniente la fiscalización del ente regulador.

Dentro de los grandes cuestionamientos se encuentran ¿si el Regulador General y la SUTEL tienen una excesiva autonomía? Creemos que el problema no es la autonomía porque más bien hemos hablado de su importancia para que pueda ejercer una competencia que es de control pero que además tiene un alto contenido técnico, la autonomía debe darse dentro de los límites legales respectivos. En el caso de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ARESEP, que es una institución Autónoma y de la Superintendencia de Telecomunicaciones, SUTEL, órgano adscrito a la ARESEP, están sujetas al Plan

Nacional de Trabajo, al control de la Contraloría General de la República, por disposición constitucional (porque los fondos que manejan son públicos), pero además y por supuesto están sujetas a los principios de Rendición de Cuentas, Párrafo final del artículo 11 de nuestra Constitución Política, sus funcionarios a la Ley 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública del 29 de octubre del 2004 y su Reglamento, también a la Ley de Administración Pública y Presupuesto Público, Ley 8131 del 2001 y a la Ley 8292 Ley de Control Interno. Por supuesto, no podemos obviar la opinión pública y mediática por la materia regulada. Recientemente, se publicó un artículo el que específicamente llevaba por título “¿Para qué sirve la Aresep?” cuestionando no sólo de manera general la existencia del ente regulador, sino particularmente la ineficiencia en la regulación de la calidad de los servicios, y su proclividad a aumentar siempre las tarifas.

BIBLIOGRAFIA

Aguilar, Ana Isabel y Tenorio, Pamela. (2010). *Concesiones en Telecomunicaciones-Telefonía Móvil-a la luz de las leyes 8642 y 8660 y sus respectivos reglamentos* (Tesis para optar por el grado de licenciatura de Derecho). Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

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

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

Burgos, Carlos Magno y Fernández, Luis Carlos (2013) *Estructuras Administrativas Complejas para la Regulación de las actividades de los*

particulares: el caso SUTEL en el mercado de las Telecomunicaciones. (Tesis para optar por el grado de licenciatura). Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Cominetti, R. (22-23 de octubre de 2007) "AVANCES Y DESAFÍOS EN REGULACIÓN: LA EXPERIENCIA DE CHILE". Recuperado el 3 de junio de 2015, de <http://www.oecd.org/site/govqfg/39610257.pdf>

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

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

Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 8660, "*Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones*". En Departamento de Archivo de la Asamblea Legislativa.

Guadamuz, Alina. (1988). *Régimen de adecuación de Títulos habilitantes de acuerdo a la Ley General de Telecomunicaciones y su Reglamento.* (Tesis para optar por el grado de licenciatura). Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Hidalgo Cuadra, Ronald. (2007). Apuntes generales sobre Regulación. *Revista de Derecho Público N. 5, Enero-Junio 2007.* San José, Costa Rica.

Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, Ley N. 8660 y sus reformas. Publicada en la Gaceta N. 156 del 18 de Agosto del 2008.

Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos vigente. Última reforma N. 7593 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Publicada en La Gaceta N. 156 del 13 de agosto del 2008.

Ley General de Administración Pública. N. 6227 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Publicado en La Gaceta N. 102 del 30 de mayo de 1978. Y sus reformas.

Ley General de Telecomunicaciones, Ley N. 8642. Y sus reformas. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Publicada en la Gaceta N. 125 del 30 de Julio del 2008.

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

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

Muñoz Machado, Santiago., Sarmiento, Daniel., Esteve, José., M Mercè Darnaculleta I Gardella; Diez-Picazo, L.M.,..., Rodríguez Font, Mariola. (2009). *Derecho de la Regulación Económica: I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Editorial Iustel.

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

R.G, N. (1985). *Regulatory Policy and the social sciences*. Press, Berkeley: University of California

Solís, Fabián. Operadores Móviles Virtuales en Costa Rica.

Ventura, Stephanie. (2012). *Regulación de la actividad de generación, transmisión y distribución eléctrica en el mercado nacional y regional*. (Tesis para optar por el grado de licenciatura). Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.