

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: OPINIÓN REFERENTE A ELEMENTOS PARA PROMOVER LA COMPETENCIA Y EVITAR EL FALSEAMIENTO DE ESTA EN EL DESPLIEGUE DE REDES NEUTRAS FINANCIADAS CON FONDOS PÚBLICOS

Estimados señores:

Con el objetivo de fomentar e impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, la Dirección General de Competencia (DGCO), de conformidad con las competencias establecidas en los artículos 46 bis y 46 tris del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF), se permite remitir para valoración del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) su opinión relativa a “Elementos para promover la competencia y evitar el falseamiento de esta en el despliegue de redes neutras financiadas con fondos públicos”¹.

1. Antecedentes

El despliegue de redes neutras ha sido un tema relevante en la discusión nacional durante los últimos años², asimismo es una cuestión relevante para el futuro despliegue de redes 5G, las cuales requieren potenciar la infraestructura de fibra óptica en el país para su desarrollo. Adicionalmente, es un elemento por tener en consideración en relación con futuros despliegues de redes financiadas con fondos públicos que puedan tener alcance nacional y a las que eventualmente pueda dárseles una vocación de redes abiertas, para favorecer la penetración de servicios fijos de alta velocidad en el país.

En el caso de que este tipo de redes se financien con fondos públicos, desde la perspectiva de la competencia existe un objetivo de promoción y abogacía que busca garantizar que esta intervención no afecte el nivel de competencia de los mercados, y de ahí el objetivo de esta opinión.

¹ Los elementos desarrollados en esta Opinión también pueden resultar aplicables de manera general a otros proyectos que involucren el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, principalmente redes de carácter mayoristas, que hayan sido financiadas con fondos públicos.

² Por ejemplo, desde el año 2011 el tema del desarrollo de una red neutral en Costa Rica ha sido abordado por el Programa Sociedad de la Información y el Conocimiento (PROSIC) de la Universidad de Costa Rica, el Club de Investigación Tecnológica en Costa Rica, así como en diversas publicaciones y artículos de opinión de los diarios La Nación, La República, El Financiero.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

En virtud de lo anterior, esta Opinión busca contribuir y aportar en la discusión referente al eventual despliegue de redes neutras que puedan ser financiadas con fondos públicos. El objetivo central del documento es señalar distintos elementos a tener en consideración en el proceso de diseño e implementación de un proyecto de esta naturaleza, con el objetivo de prevenir que este puede provocar un falseamiento en la competencia del mercado, y en especial, proteger el principio de libre competencia consagrado en el artículo 46 de la Constitución Política, mediante la promoción de un entorno que favorezca la libre competencia en el desarrollo de la actividad económica del sector telecomunicaciones.

Los elementos desarrollados en este documento pueden ser empleados por cualquier ente del sector telecomunicaciones involucrado en el proceso de diseño o implementación de proyectos asociados al despliegue de redes de telecomunicaciones a ser financiadas con fondos públicos, a las cuales se les quiera otorgar una vocación de redes abiertas con el objetivo de que dichas redes no sólo contribuyan a promover mayor competencia en el mercado de telecomunicaciones, sino también de prevenir que eventuales intervenciones estatales puedan lesionar la competencia del mercado.

2. Competencia de la SUTEL para emitir la Opinión

La SUTEL es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, de conformidad con los artículos 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593; 1 y 2 inciso d) de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660; y, 6 inciso 27) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642.

En ese sentido, es obligación fundamental de la SUTEL aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

Dentro de ese marco de rango legal, se estableció un régimen sectorial de competencia a cargo de la SUTEL, que se rige según lo dispuesto en el Título III, Capítulo II, de la Ley 8642 y supletoriamente por los criterios establecidos en el Capítulo III de la Ley 7472; régimen sectorial sobre el que la Procuraduría General de la República en el dictamen 015 del 19 de enero de 2010 refirió en lo que interesa:

*“Cabe señalar, además, que cuando el artículo 52 de la Ley de Telecomunicaciones define la competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones como regulador en materia de competencia efectiva, le atribuye la promoción de los principios de competencia, analizar el grado de competencia efectiva en los mercados, **determinar los actos que pueden afectar la competencia**, garantizar el acceso al mercado y el acceso a las instalaciones equitativas; evitar abusos y prácticas monopólicas, así como conocer, corregir y sancionar las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones”. (El resaltado es intencional)*

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, facultan a la SUTEL para ejercer funciones particulares de regulación del mercado, sin embargo, no así para emitir política pública, facultades que están reservadas al rector del sector telecomunicaciones. Ahora bien, esta Superintendencia, como autoridad sectorial de competencia, debe velar porque tanto la regulación, emitida por la propia SUTEL, como la política pública, emitida por el Poder Ejecutivo, que vaya a ser impulsada e implementada en el país no genere restricciones anticompetitivas, que afecten el desempeño eficiente del mercado de telecomunicaciones.

De conformidad con lo anterior, la prestación de servicios de telecomunicaciones y la operación de redes, incluyendo aquellas que soportan los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, están sujetos al régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones y su aplicación corresponde exclusivamente a la SUTEL.

El artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736 señala:

“Artículo 2.- Autoridades de competencia

[...]

La Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) es la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, según se establece en el artículo 29 y en el capítulo II del título III de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, de 4 de junio de 2008 y sus reglamentos.”

En igual sentido el artículo 52 de la Ley 8642 dispone que la

*“[...] **operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones** estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia, que se regirá por lo previsto en esta ley y supletoriamente por los criterios establecidos en el capítulo III de la Ley N.º 7472, Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994 y por lo previsto en la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica”. (El resaltado es intencional)*

En ese sentido, la SUTEL es la autoridad sectorial de competencia con potestad para ejercer sus facultades en los sectores de telecomunicaciones y de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre (en relación con las redes que soportan los servicios).

El artículo 20 de la Ley 9736 establece que la SUTEL realizará actividades de promoción y abogacía de la competencia con el objetivo de fomentar e impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado; eliminar y evitar las distorsiones o barreras de entrada, así como aumentar el conocimiento y la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia. Así legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

posee la SUTEL, tales como emisión de opiniones y recomendaciones³, emisión de guías⁴, realización de estudios de mercado⁵ actividades de asesoramiento, capacitación y difusión⁶, acuerdos de cooperación⁷, programas de cumplimiento voluntario⁸, además de la difusión y publicación de su labor⁹.

Sobre el particular, la SUTEL tiene competencia para emitir la presente Opinión, al tratarse de una función asociada a la promoción de la competencia en el caso concreto del despliegue de redes neutras financiadas con recursos públicos, esto de conformidad con las facultades dispuestas en el artículo 2 de la Ley 9736 y 52 de la Ley 8642.

3. Sobre las redes neutras

El concepto de redes neutras (Open Access Networks en inglés) nace a partir de la liberalización de los servicios de telecomunicaciones, tanto en Estados Unidos como en Europa, donde se plantea el principio de arquitectura abierta de redes que permite el acceso de terceros proveedores de servicios de telecomunicaciones a la red desplegada por un determinado operador, el principio de acceso abierto resulta indispensable para garantizar el ingreso de nuevos competidores al mercado y en elemento esencial para alcanzar una apertura exitosa del sector telecomunicaciones recientemente liberalizado, donde los nuevos operadores requerían hacer uso de la infraestructura de los antiguos operadores incumbentes para prestar sus servicios a nivel minorista.

Posteriormente, a nivel comercial se desarrolla un modelo de negocio enfocado en el despliegue de redes neutras como estrategia comercial, impulsada por operadores que buscan ofrecer servicios mayoristas en el mercado, y que por tanto despliegan sus redes con una vocación a la compartición, estos servicios comerciales son ofrecidos por empresas que no son integradas verticalmente y encuentran un nicho de negocio el especializarse en estos servicios. Al respecto el Secretario General de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones reseñaba en 2017 que *“Son cada vez más las empresas que están compartiendo las redes a fin de reducir costes, mantener márgenes de beneficio y centrarse en servicios innovadores para responder a las cambiantes demandas de los consumidores”*.

Finalmente, y principalmente a nivel europeo, el concepto de redes neutras se utiliza, a partir de eventuales intervenciones estatales, en el análisis de proyectos asociados a despliegues de redes financiadas con fondos públicos en el marco de políticas de cumplimiento de metas de banda ancha, con el objetivo de analizar el impacto de dichas intervenciones públicas y prevenir eventuales afectaciones al proceso competitivo de los mercados. Este último punto es el que se

³ Artículo 21

⁴ Artículo 22

⁵ Artículo 23

⁶ Artículo 24

⁷ Artículo 25

⁸ Artículo 26

⁹ Artículo 27

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

aborda en relación con el tema de las redes neutras a lo largo del presente documento, de tal forma que resulta relevante distinguir entre las redes neutras que surgen dentro del propio mercado de aquellas que se financian por el Estado, siendo el enfoque del presente documento las segundas, de tal forma que se debe distinguir los elementos de naturaleza regulatoria que atañen a una y a otras, distinguiendo así los casos en los cuales el carácter neutro de la red nace de una decisión comercial, por iniciativa privada y para atender la demanda existente en el mercado, de los casos en que la red neutra nace de una intervención pública dada una brecha de mercado, que al haberse financiado con recursos públicos requiere una serie de exigencias, principalmente de naturaleza regulatoria, para prevenir que pueda afectar el nivel de competencia del mercado.

3.1. Aspectos técnicos asociados al despliegue de redes neutras

Las Redes Neutras también denominadas Redes de Acceso Abierto (OAN por sus siglas en inglés) son el resultado de un modelo de orientación mayorista a partir del cual los proveedores¹⁰ tienen la posibilidad de utilizar la infraestructura¹¹ (activa y pasiva) de una red existente, que pertenece a un tercero.

Para los usuarios, que representan la demanda de los servicios de telecomunicaciones, eso se traduce en el acceso potencial a todos los servicios disponibles que transiten a través de esas redes; de esa forma el conjunto de opciones al alcance del usuario se vuelve independiente de la cobertura efectiva de las redes particulares de los proveedores de servicios.

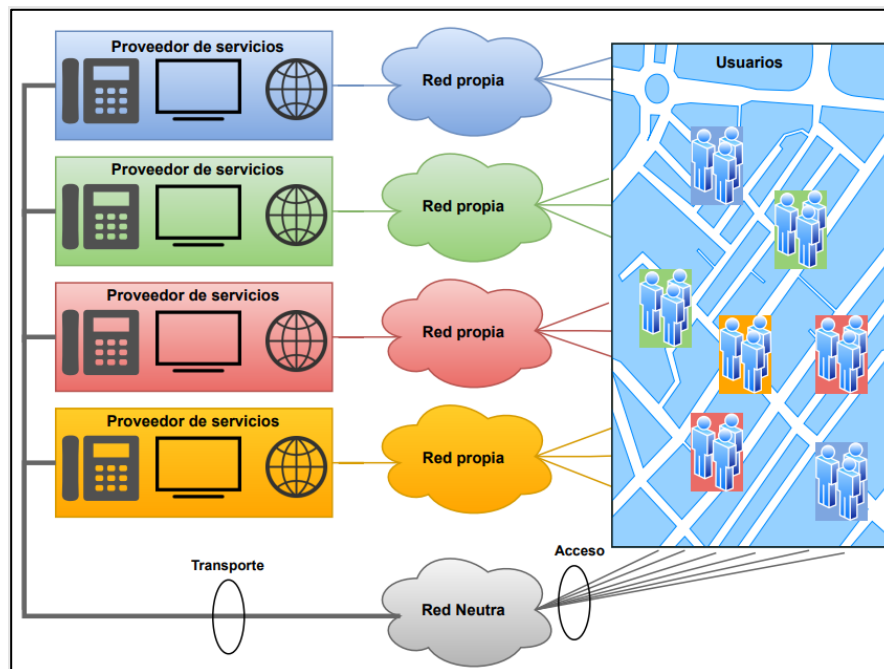
Se trata así de un modelo en donde la prestación de los servicios de telecomunicaciones ya no está ligada con la propiedad de la infraestructura de la red, véase la figura 1.

¹⁰ Los proveedores constituyen la oferta de los servicios de telecomunicaciones minoristas.

¹¹ Best Practice Guidelines for Enabling Open Access, GSR-10. Global Symposium for Regulators.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

Ilustración 1: Servicios, redes propias y redes neutras

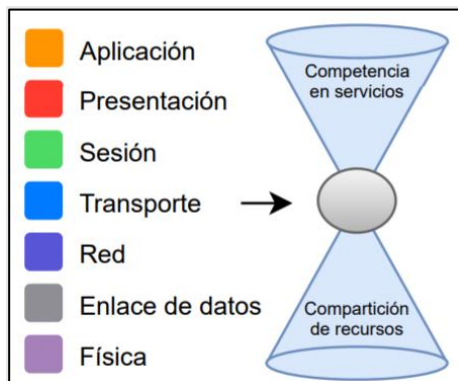


Fuente: Elaboración propia.

Visto desde la perspectiva del modelo de interconexión de sistemas abiertos (ISO/IEC 7498-1, OSI por sus siglas en inglés) este tipo de acceso a la red se da a nivel de las tres capas inferiores, mediante la compartición de recursos, pudiendo extenderse incluso hasta la cuarta capa (transporte) a partir de la cual también surge la diferenciación que cada proveedor imprime a sus servicios con una intención competitiva, obsérvese la figura 2.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

Ilustración 2: Modelo OSI en relación con redes neutras



Fuente: Elaboración propia.

Como se observa, **las redes neutras tienen una naturaleza claramente física, que se materializa mediante el acceso a la infraestructura y a las instalaciones de la red.** Por ende, su alcance se resume en la dotación de cobertura a los servicios de telecomunicaciones que se proveen a través de ellas.

Ahora bien, al hablarse de cobertura esta se puede entender de dos formas en términos de la arquitectura y la intencionalidad de las redes.

Por un lado, están **las redes de transporte troncal con alcance nacional o al menos regional cuyo objetivo es servir de “autopista” de comunicación entre distintas zonas geográficas.** Estas redes se diseñan en función de los altos volúmenes de datos que deben acarrear, su resiliencia, y la capacidad de su infraestructura crítica. Ahora bien, estas redes por sí solas no son capaces de prestar servicios de telecomunicaciones a los usuarios finales.

Por otra parte, están **las redes con una vocación de acceso que,** si bien se caracterizan principalmente por tener capacidades de transporte considerablemente menores que las de tipo troncal, **tienen una mayor capilaridad, resultando esta la característica esencial para alcanzar a los usuarios finales.**

De ahí que una red neutra es un instrumento que se proyecta para atender el paradigma de la falta de cobertura de otras redes existentes, en función de la forma en que esa circunstancia se manifiesta. Es decir, que **una red neutra puede estar orientada al transporte de altos volúmenes de datos o puede diseñarse para alcanzar a multiplicidad de usuarios finales, incluso puede atender ambas necesidades simultáneamente** (en el caso de las inversiones públicas, esta definición iría asociado a lo que defina la política pública), sin embargo, lo que le define no son estas características inherentes a cualquier tipo de red, sino la garantía de acceso

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

a su infraestructura en igualdad de condiciones¹² en conjunto con la provisión de servicios de administración, continuidad del negocio y seguridad que requieren los proveedores de servicios que transitan sus servicios por ella, para trasladar estos compromisos a sus usuarios finales.

Así también, a nivel tecnológico no se identifica un único sistema a partir del cual se despliegue este tipo de redes, pues las hay inalámbricas, mayoritariamente a nivel conceptual, para la prestación de servicios de telefonía móvil (en donde es más común escuchar los términos en inglés SWN – Single Wholesale Network o WOAN - Wholesale Open Access Network¹³) pero principalmente también las hay cableadas por medio de fibra óptica dada la escalabilidad de esta tecnología para enfrentar el ritmo de crecimiento en términos de ancho de banda al que están sometidas todas las tecnologías de transporte de datos.

Estas últimas son objeto directo de estudio en la presente opinión, dada su relevancia dual, pues no solo pueden acarrear servicios de naturaleza fija hacia los usuarios finales, sino por su potencial para fungir como infraestructura de red compartida en el despliegue de nuevas tecnologías que demandan redes de alta capacidad de transporte de datos.

3.2. Expansión y uso en otros países

En el plano internacional se observan casos de adopción de redes neutras basadas particularmente en el despliegue de fibra óptica, con resultados variados en términos de atracción de proveedores de servicios interesados en utilizarles. Algunos de estos desarrollos han sido exitosos y otros no, en el eventual desarrollo de un proyecto de naturaleza pública se podría considerar valorar los factores que han provocado el fracaso de este tipo de iniciativas para tenerlos en cuenta en la estructuración de un eventual proyecto.

En España destaca el caso de la red regional Asturcón, administrada por Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias S.A. (GIT) que es una empresa pública perteneciente en su totalidad al Gobierno del Principado de Asturias.

Se trata de una red de acceso, de tipo FTTH bajo tecnología GPON, con actividad desde el 2007, en donde GIT funge como operador neutral de la red, administra los servicios y se encarga de la instalación de los equipos necesarios en los puntos de acceso al usuario, por lo cual aquí se excluye la prestación minorista de servicios. Los operadores interesados en conectarse a la red para brindar servicios a los usuarios finales suscriben un contrato con GIT y se interconectan en el denominado Punto de Acceso de Operadores, en donde se cuenta con presencia de proveedores de alcance nacional. En síntesis, el modelo de actividad comercial se resume en que el gobierno local construye la red, una entidad derivada de este gobierno la explota y administra y los operadores prestan los servicios de telecomunicaciones a los usuarios finales ubicados en las 45 localidades que se encuentran cubiertas¹⁴.

¹² Esta garantía de acceso se puede dar debido al correcto funcionamiento del mercado, o, en su defecto, por la imposición de obligaciones de regulación ex ante.

¹³ GSMA. (2017). *Estudio Redes mayoristas de acceso abierto*.

¹⁴ Estudio de Caso Asturias – La Red Asturcón. Observatorio Fedea de Redes de Nueva Generación en España.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

A diferencia del caso de la red Asturcón, en Latinoamérica las iniciativas de naturaleza estatal para el despliegue de redes neutras se han enfocado principalmente en las redes de transporte troncal. Los proyectos en Perú, Colombia, Argentina, México y Brasil son ejemplos de ello.

La *Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica* (RDNFO) de Perú, corresponde a un tendido de más de 13 000 km de fibra óptica, compuesta por 322 nodos, gestionado originalmente por la empresa Azteca Comunicaciones. De acuerdo con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú, para el 2018, 29 proveedores de servicios estaban conectados a esta red, operando 155 nodos¹⁵. Sin embargo, en julio del 2021, tras una serie de desacuerdos asociados a la estructura tarifaria mayorista, el gobierno de Perú declaró la resolución¹⁶ del contrato de concesión con Azteca Comunicaciones. Este proyecto operaba con un esquema tarifario rígido en que cada megabit de capacidad se cobraba a \$27¹⁷, costo que lejos de generar atractivo, incentivó la construcción de redes alternas, por lo que alrededor del 60% del trazado de la red terminó coincidiendo con el de otras redes alternativas. Aunado a ello la propuesta gubernamental para flexibilizar dicho esquema de cobro mayorista con base en el volumen de datos y regiones servidas no llegó a concretarse en forma de acuerdo con el concesionario, tras 2 años de negociaciones, por lo que actualmente el nuevo rumbo que recibirá esa red está pendiente de aclararse por parte del grupo de trabajo convocado, por el viceministerio de comunicaciones de Perú, para ese fin.

En el caso colombiano, se promovió la construcción de la denominada *Red Troncal de Fibra óptica: Vive Digital*, la cual también fue desplegada por la empresa Azteca Comunicaciones. Según datos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC) esta red alcanza 1075 municipios¹⁸ de ese país. No obstante, los principales proveedores de telecomunicaciones en Colombia optaron por continuar con el desarrollo de su propia infraestructura de red, al margen de participar en el proyecto. En este caso particular los operadores valoraron este modelo como uno que iba en decremento de su interés por generar fidelización en los usuarios finales, dado el incremento en la probabilidad de que precisamente estos usuarios migrasen más fácil y rápidamente entre proveedores de servicios conectados a la red única

Por lo que pese contar con una cobertura considerable, esta red no ha sido capaz de generar interés en los potenciales oferentes de servicios. Si bien el principio para generar interés se centra en tarifas mayoristas

¹⁵ Red dorsal Nacional de Fibra Óptica. Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú. https://portal.mtc.gob.pe/logros_red_dorsal.html

¹⁶ Resolución Ministerial N° 689-2021-MTC/01. <https://mintic.gov.co/portal/vivedigital/612/w3-propertyvalue-647.html>

¹⁷ Proyecto destacado: La red peruana de fibra necesita un nuevo comienzo. <https://www.bnamericas.com/es/reportajes/proyecto-destacado-la-red-peruana-de-fibra-necesita-un-nuevo-comienzo>

¹⁸ Proyecto Nacional de Fibra Óptica. El futuro digital de todos. MinTIC

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

Una suerte similar recayó sobre la iniciativa mexicana para dotar al país de una red troncal neutra, operada sobre infraestructura de transmisión eléctrica de la Comisión Federal de Electricidad (CFE). El proyecto recayó originalmente en Telecomunicaciones de México (TELECOMM) que es una organización pública adscrita al gobierno mexicano y que forma parte de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de ese país (SCT)¹⁹. Aunque inicialmente el proyecto despertó el interés de participación del sector privado, decisiones estatales posteriores sobre la administración de la red y la provisión de los servicios finales únicamente por parte de la empresa subsidiaria *CFE Telecomunicaciones e Internet para Todos* no permitieron que esta infraestructura finalmente se constituyera en una red neutra.

Por otra parte, se tiene el caso de la Red Federal de Fibra Óptica (REFEFO) en Argentina, concebida como una red que permitiese *darle servicio tanto a las instituciones públicas como a prestadoras minoristas de servicios TIC*²⁰. Bajo ese esquema, los proveedores de servicios privados se encargan de la prestación de servicios de última milla, mientras la estatal ARSAT es la responsable de la construcción y administración de la red²¹, financiándose en parte con recursos públicos del Fondo Fiduciario de Servicio Universal. Para 2017 se contabilizaba la presencia de al menos 44 proveedores de servicios regionales conectados a la red que para ese momento contaba con alrededor de 22 mil kilómetros²² de fibra en operación.

Finalmente, en Brasil también se designó al operador estatal, Telebras en este caso, para el despliegue de una red nacional de fibra asociada con el Plan Nacional de Banda Ancha de la época (en portugués, Plano Nacional de Banda Larga 2011). Esa red, que para 2015 tenía extensión de alrededor de 28 mil kilómetros, se constituyó principalmente a partir de la combinación de infraestructura propia de la empresa y de alianzas con otras empresas estatales como Eletrobras, Eletronorte, Chesf y Petrobras. Sin embargo, este ha sido un proyecto que no ha recibido continuidad en iniciativas estatales posteriores²³ y que incluso ya no se enmarca en las actividades que desarrolla la empresa gestora en la actualidad²⁴

¹⁹ Telecomunicaciones de México (TELECOMM). ITU-D Sector Membership. <https://www.itu.int/net4/ITU-D/CDS/SectorMembersPortal/index.asp?Name=0000016091>

²⁰ Qué es la Red Federal de Fibra Óptica. Jefatura de Gabinete de Ministros. Gobierno Argentino. <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/ssetic/conectar/refefo/que-es-la-red-federal-de-fibra-optica>

²¹ Informe de la situación de conectividad de Internet y banda ancha en Argentina. Banco Interamericano de Desarrollo. División de Competitividad e Innovación (IFD/CTI). <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe-de-la-situaci%C3%B3n-de-conectividad-de-internet-y-banda-ancha-en-Argentina.pdf>

²² El plan de internet que logró saltar la grieta, aunque camina lento. Digital Policy Law. <https://www.letrap.com.ar/nota/2018-5-1-11-44-0-el-plan-de-internet-que-zafo-de-la-grieta-aunque-camina-lento>

²³ Un repaso sobre los principales proyectos nacionales de fibra óptica en Perú, Argentina, México, Colombia, Brasil y Uruguay. <https://digitalpolicylaw.com/redes-troncales-de-fibra-optica-exito-o-fracaso/>

²⁴ Telebras renueva contrato para uso de red de fibra terrestre de Petrobras. Bnamericas. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:erYvDc5QYIsJ:https://www.bnamericas.com/es/noticias/tel-ebras-renueva-contrato-para-uso-de-red-de-fibra-terrestre-de-petrobras+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=cr>

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

3.3. Aspectos regulatorios relevantes

3.3.1. Principio de neutralidad tecnológica

El principio de neutralidad tecnológica no es nuevo, se trata de un principio acuñado por la Unión Europea²⁵ a finales de los años 90, en un documento denominado “Nuevo marco para los servicios de comunicaciones electrónicas” donde se indicaron los cinco principios en que se debía basar el nuevo marco regulador y que debía gobernar la actuación reguladora a escala comunitaria y nacional, y en el cual se estableció que se debía:

“[...] aspirar a la neutralidad tecnológica (no imponer un tipo particular de tecnología ni discriminar en favor del uso de un tipo particular de tecnología, sino garantizar que la prestación de servicios sea regulada de forma homogénea y con independencia de la infraestructura de comunicaciones a través de la que se presten estos servicios);”

En Costa Rica, la Ley 8660, en su artículo 3 establece que las entidades públicas del Sector Telecomunicaciones considerarán los principios rectores del ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, definidos y vigentes en el Sector, dentro de los cuales indica, entre otros, en su inciso g) el de neutralidad tecnológica.

En este mismo sentido, la Ley 8642 en su artículo 3, establece y define el principio de neutralidad tecnológica:

“ARTÍCULO 3.- Principios rectores

La presente Ley se sustenta en los siguientes principios rectores:

[...]

h) Neutralidad tecnológica: posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y se garanticen, en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio a que se refiere esta Ley.

[...]”

El artículo 6, del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones del 2008, aplica el principio de neutralidad tecnológica de manera que establece como uno de los principios del acceso y la interconexión el siguiente:

“Artículo 6º-Arquitectura abierta de redes. Los distintos operadores y proveedores, deberán implementar sus redes basadas en tecnologías estándar o protocolos abiertos que permitan la

²⁵ Comunicación de la Comisión, de 10 de noviembre de 1999, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados. Revisión de 1999 del marco regulador de las comunicaciones [COM (1999) 539 final, 10.11.1999 - no publicada en el Diario Oficial]. Recuperado el 25 de agosto del 2021 en el sitio web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM%3A124216>

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, conforme lo establecido en el artículo 60 de la Ley N° 7593.”

En el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2015-2021²⁶, se estableció que:

“Se debe garantizar a los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, la posibilidad de escoger las tecnologías a utilizar, siempre que cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y objetivos públicos, dispongan de estándares comunes y garantizados, y se aseguren las condiciones de calidad y precio a favor del usuario.”

El principio de neutralidad tecnológica fue incluido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2009-2014²⁷.

Por otro lado, el Poder Ejecutivo en el mes de agosto de 2018 emitió la directriz “**SOBRE EL DESARROLLO DEL GOBIERNO DIGITAL DEL BICENTENARIO**”, 019-MP-MICITT, por la cual indicaron:

“Artículo 5º-Las instituciones de la Administración Central y Descentralizada deberán implementar las directrices técnicas y la normativa sobre Gobierno Digital, que al efecto sea emitida por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, en su condición de rector. La normativa que emita el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones deberá potenciar las mejores prácticas internacionales en materia de interoperabilidad, neutralidad tecnológica, firma digital, autenticación y gestión de atributos ciudadanos, ciberseguridad, escalabilidad, experiencia del usuario y continuidad del negocio.” (El resaltado es intencional)

De manera tal, que el principio de neutralidad tecnológica ha sido aplicado, tanto internacionalmente como nacionalmente, y en este último ámbito se ha incorporado en la legislación, a nivel reglamento, en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones y en directrices de carácter general del gobierno.

La relevancia de este principio, es que permite a los operadores y proveedores de redes “*diseñar y gestionar sus propias redes*”²⁸, siendo el fundamento habilitador en nuestro régimen jurídico.

Sumado a esto la “Estrategia nacional de banda ancha”²⁹ propuso lo siguiente:

²⁶ Ministerio de Ciencia, Innovación y Tecnología (MICITT). Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2015-2021. Recuperado el 25 de agosto del 2021 del sitio web: https://www.micit.go.cr/sites/default/files/pndt-2015-2021_2.pdf

²⁷ Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET). Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2009-2016. Recuperado el 25 de agosto del 2021 del sitio web: http://tribunal.colper.or.cr/app/cms/www/downloads/leyes_decretos_normas/Plan-Nacional_de_Development_de_las_Telecomunicaciones_2009-2014.pdf

²⁸ Comisión Europea. (2018). DIRECTIVA (UE) 2018/1972 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el *Código Europeo de las Comunicaciones Electrónica*.

²⁹ Gobierno de Costa Rica. (2012). *Estrategia Nacional de Banda Ancha*. Costa Rica.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

*“El marco jurídico del Sector de Telecomunicaciones desarrolla en sus leyes el concepto “Red Pública de Telecomunicaciones” y establece que los operadores de redes y proveedores de servicios cuentan con la posibilidad de interconectarse entre sí, optimizando los recursos escasos, mediante la asignación y utilización de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente; esto con los objetivos de asegurar una competencia efectiva, y la expansión y mejora de las redes y servicios. Adicionalmente **se establece como uno de los principios rectores la neutralidad tecnológica, permitiendo que los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones puedan seleccionar las tecnologías a utilizar. Lo anterior se establece con el objetivo de beneficiar al usuario final, de manera que se pueda acceder y disfrutar, oportunamente, de servicios de calidad, a un precio asequible, ejercer su derecho a la libertad de elección y a un trato equitativo y no discriminatorio**” (lo destacado es intencional).*

Al tiempo que junto con lo establecido en el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones **reconoce la posibilidad de que en el país se desarrolle tanto una competencia de servicios como una competencia de redes:**

“Requerirán autorización las personas físicas o jurídicas que:

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

En virtud de lo anterior, es claro que **la normativa vigente no establece limitante alguna para que los proveedores de telecomunicaciones seleccionen la forma y tecnología que empleen para competir en la provisión de servicios de telecomunicaciones**, siempre y cuando se basen en estándares comunes y permitan garantizar las condiciones de calidad e interoperabilidad, siendo que un operador puede hacerlo mediante el despliegue de una red propia, a través de una competencia de redes, o bien través del empleo de la red de un tercero, mediante una competencia de servicios, todo esto en concordancia con el principio de libertad que rige el ámbito privado de los administrados.

En ese sentido se puede concluir que la normativa costarricense permite el despliegue de redes neutras, sin embargo, sí es importante destacar que, dado el mismo principio de neutralidad tecnológica, no se puede forzar a los operadores a hacer uso de una red neutra, sino que estos poseen la independencia de decidir qué esquema emplean para desarrollar y ampliar su red para la prestación de los servicios.

3.3.2. Elementos de compartición de redes

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, en el artículo 6 diferencia las figuras de operador y proveedor de la siguiente forma:

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

[...]

12) *Operador: persona física o jurídica, pública o privada, que explota redes de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, las cuales podrán prestar o no servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general.*

[...]

16) *Proveedor: persona física o jurídica, pública o privada, que proporciona servicios de telecomunicaciones disponibles al público sobre una red de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, según corresponda.*

De igual la misma definición de interconexión permite la aplicación de redes neutras, según lo dispuesto en el artículo 6 inciso 11 de la Ley 8642:

“11) Interconexión: conexión física o lógica de redes públicas de telecomunicaciones utilizadas por un mismo operador o proveedor u otros distintos, de manera que sus usuarios puedan comunicarse con los usuarios de otros o sus propios usuarios, o acceder a los servicios prestados por otros operadores o proveedores”.

Asimismo, como fue previamente mencionado, la Ley 8642, en lo relativo a los títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones regula la posibilidad de que existan operadores que para prestar servicios a los usuarios finales hagan uso de la red de un tercero, a saber:

*“ARTÍCULO 23.- Autorizaciones
Requerirán autorización las personas físicas o jurídicas que:*

[...]

b) Presten servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo su operación o explotación. El titular de la red pública que se utilice para este fin, deberá tener la concesión o autorización correspondiente.”

Del inciso b) del artículo 23 de la Ley 8642 se identifican dos actores distintos, primero, aquella persona física o jurídica que presta servicios disponibles al público a través de una red públicas de telecomunicaciones que no se encuentra bajo su operación o explotación y, por otro lado, aquella persona física o jurídica titular de dicha red (la cual también deberá estar autorizada, de conformidad con el inciso a) de este mismo artículo). Asimismo, los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones tienen según la regulación dispuesta en la Ley 8642, la obligación de negociar el acceso e interconexión a sus redes a quienes se los requieran según el artículo 60 de dicha norma, mientras que, según la regulación dispuesta en la Ley 7593 en su artículo 75 inciso b) para el caso de operadores importantes se pueden imponer otras obligaciones o medidas de acceso o interconexión luego de un proceso de revisión de mercados de otorgar acceso a sus redes.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

El *régimen de acceso e interconexión* permite que las redes públicas puedan ser utilizadas o accedidas por distintos proveedores de servicios de telecomunicaciones para la provisión propia de sus servicios, el permitir dicho acceso procura mejorar la eficiencia, la competencia efectiva, la optimización del uso de los recursos escasos y un mayor beneficio para los usuarios (Art. 6, inciso 2 y 59 de Ley 8642).

Para garantizar lo anterior fue emitido del Reglamento de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones (RAIRT), el cual establece en su artículo 9 lo siguiente:

“Todos los operadores o proveedores tendrán el derecho y cuando así lo soliciten otras empresas igualmente autorizadas, la obligación de negociar el acceso y la interconexión, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Nº 8642 y este reglamento. Todos los operadores deberán garantizar el funcionamiento de las redes, la interoperabilidad de los servicios y que las comunicaciones iniciadas en los equipos terminales de sus usuarios puedan transportarse y ser recibidas por los equipos terminales de los usuarios de otros operadores o proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Estas obligaciones son inherentes a la condición de operador o proveedor, quienes han de garantizar su cumplimiento, independientemente del título habilitante que les corresponda”.

En ese sentido, a nivel regulatorio se cuenta con un instrumento que permite a los proveedores de servicios de telecomunicaciones que no son dueños de una red, acceder a la red de un operador con el objetivo de prestar servicios a los usuarios finales, así **las obligaciones establecidas en el Régimen de Acceso e Interconexión también deben aplicar en cuanto a los proyectos de redes neutras financiados con fondos públicos, como garantía de acceso a terceros operadores³⁰.**

4. Sobre el despliegue de redes neutras.

4.1. Fuente de la inversión.

Las redes neutras pueden ser desarrolladas a través de distintas fuentes de inversión. En primer lugar, puede tratarse de redes construidas a partir de inversiones privadas³¹, que son desarrolladas a partir de una decisión de financiera por parte de un determinado operador con el objetivo bien sea de prestar servicios minoristas y a su vez otorgar acceso mayorista a terceros proveedores a dicha red, o bien solamente de poner a disposición esta red a terceros con el objetivo de que otros proveedores puedan prestar servicios a los usuarios finales. El acceso a este tipo de redes neutras se hace a cambio de una contraprestación económica.

³⁰ En este tipo de proyectos se reconoce que no existe la necesidad de llevar a cabo de previo un proceso de revisión de mercados relevantes para imponer este tipo de obligaciones, al respecto la Comisión Europea indica: *“Al aplicarse únicamente a los beneficiarios de ayudas estatales, esta condición no está supeditada a ningún análisis previo de mercado”*

³¹ El artículo 2 inciso h de la Ley 8642 dispone como uno de los objetivos de dicha Ley: *“Incentivar la inversión en el sector de las telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que contenga mecanismos que garanticen los principios de transparencia, no discriminación, equidad, seguridad jurídica y que no fomente el establecimiento de tributos”.*

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

En Costa Rica existen diversas redes neutras que han sido desplegadas por los propios operadores bajo tecnologías que han facilitado poner a disposición de otros proveedores de servicios dichas redes, estas redes tienen un alcance que puede que va desde lo nacional, lo regional a lo local, a nivel nacional destaca el caso de la empresa Ufinet Costa Rica S.A.; por su parte a nivel regional se pueden mencionar los casos de la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago (JASEC) y de la Cooperativa de Electrificación Rural de Guanacaste R.L. (Coopeguanacaste). Asimismo, este tipo de redes también se han empleado a nivel local con infraestructura de última milla en redes internas en inmuebles de naturaleza condominal, donde destacan los casos de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A. (ESPH) y P.L.S.I. FIBERNET S.A.

En el despliegue privado de este tipo de redes no interviene el estado más que a nivel regulatorio para garantizar los mecanismos de acceso que se encuentren contemplados en la respectiva normativa, y **desde la perspectiva de la competencia, la intervención se circunscribe a prevenir y sancionar los eventuales abusos anticompetitivos o restricciones verticales** en que pueda incurrir un determinado operador que goce de una posición de mercado.

Los despliegues privados de redes neutras tienen el potencial de promover mayor competencia en el mercado siempre y cuando se trate de verdaderas redes neutras, en el sentido de que su acceso esté garantizado a otros competidores, en condiciones no discriminatorias, con el objetivo de que estos puedan emplear dicha infraestructura para ofrecer sus servicios. Lo cual a su vez requiere que el acceso otorgado se ofrezca en condiciones técnicas y económicas que permitan la provisión de servicios a nivel minoristas, además de que los tiempos de entrega del servicio mayorista sean los adecuados. En este caso, donde el mercado funciona por sí mismo, la intervención regulatoria o en materia de competencia resulta innecesaria.

En caso de que el operador dueño de la red no ofrezca los servicios mayoristas en los términos anteriores, bien sea cobrando cargos de acceso que estrechan los márgenes de la provisión minorista o aplicando técnicas dilatorias en la negociación del acceso, no se estaría ante una red neutra³².

En ese sentido, si este tipo de red –neutra financiada con recursos privados- se constituye en un insumo esencial, de tal forma que no existe una forma alternativa de ofrecer servicio en el área geográfica en la cual haya sido desplegada dicha red, entonces por el contrario dicha red tendría la capacidad de restringir el nivel de competencia del mercado. En este tipo de situaciones, existen instrumentos tanto regulatorios, como a nivel de la normativa de competencia para lograr resolver eventuales problemas que pudieran surgir en materia de acceso o negativa de trato.

En segundo lugar, este tipo de redes se pueden desplegar mediante el uso de fondos públicos.

³² Las redes que se despliegan para la auto prestación también tienen el potencial de promover la competencia, pero a través de un modelo de competencia en infraestructuras. En ese sentido lo importante de destacar en el caso particular, es que, si se está ante una red neutra, el operador de esta cumpla con el principio de no discriminación.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

Existen diversos motivos que pueden llevar a un Estado a invertir recursos públicos en el despliegue de redes neutras. Entre ellos podrían mencionarse aquellos enfocados en alcanzar metas de banda ancha para toda la población o bien cumplir con objetivos de servicio universal, los cuales se verán en detalle más adelante.

En ese sentido, la decisión de emplear fondos públicos para desplegar una red neutra es una decisión de política pública, que deriva del cumplimiento de un determinado objetivo cuyo cumplimiento resulte relevante para el Estado y se justifique en una necesidad pública.

En el caso de que este tipo de redes se financien con fondos públicos, desde la perspectiva de la competencia existe un objetivo de promoción y abogacía que busca garantizar que esta intervención no afecte el nivel de competencia de los mercados, y de ahí el objetivo de esta opinión.

Se diferencia de aquellos casos en que el estado, desarrolla proyectos con fondos públicos, para llevar acceso y servicio universal a la población de zonas donde las inversiones que deben realizar los operadores no son rentables, siendo el fin último en este caso, la provisión de un servicio de telecomunicaciones disponible al público.

Para prevenir que un proyecto de esta naturaleza no afecte el grado de competencia del mercado, se debe garantizar en primer lugar, que i) no sustituya las eventuales inversiones de los operadores de telecomunicaciones, sino que resulte complementario a estas, y en segundo lugar que el mismo ii) no genere una ventaja a un determinado operador o grupo de ellos capaz de afectar la competencia del mercado³³.

Sobre el primer punto, lo importante es prevenir que se modifiquen los incentivos de inversión que pueden tener los operadores del mercado.

En relación con este primer punto (no sustituya inversión), el documento “Estrategia nacional de banda ancha”³⁴, de manera general para proyectos en zonas no rentables, propuso lo siguiente:

*“Condicionada por la tasa de retorno a la inversión de capital, la inversión de operadores tiende naturalmente a concentrarse en áreas de alta densidad residencial y consumo empresarial. En áreas de demanda baja y reducida densidad, es posible que no haya actividad de ningún operador. Es así que el Estado debe determinar si es necesaria una intervención gubernamental en el terreno financiero para estimular la inversión en las áreas postergadas. **En caso de que el proyecto no atraiga inversión debido a tasas de retorno no atractivas, la intervención gubernamental puede ser justificada si la inversión pública es menor que el beneficio social.** La pregunta es: ¿Cómo debe*

³³ Adicionalmente, un proyecto de esta naturaleza debe considerar elementos asociados a la infraestructura que soporta redes de telecomunicaciones administrados por entes distintos a los propios operadores, como pueden ser las municipalidades.

³⁴ Gobierno de Costa Rica. (2012). *Estrategia Nacional de Banda Ancha*. Costa Rica.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

Intervenir el Estado? Existen dos modelos de financiamiento posibles que involucren acciones del Estado tendientes a solucionar la falta de inversión pública en zonas de baja densidad demográfica con alta concentración de grupos sociales vulnerables. El primero, se enfoca en resolver algunos obstáculos que afectan la inversión de los operadores. En el segundo, el Estado interviene directamente, en asociación con los operadores y proveedores de telecomunicaciones y empresas de electrificación a través de FONATEL. De acuerdo al primer modelo, el desarrollo de un programa de universalización de la banda ancha que garantice la inversión para el despliegue de redes debe, en primer lugar evaluar si las condiciones y variables que afectan negativamente la tasa de retorno a la inversión de un operador pueden ser modificadas para permitir que el despliegue se efectivice”.

Respecto del segundo punto (no genere ventaja) lo relevante es que la red no refuerce una posición de dominio en perjuicio de la competencia del mercado, de tal forma que para prevenir lo anterior, una red financiada con fondos públicos debe estar disponible para todos los operadores del mercado interesados en acceder a ella³⁵, y de ese modo **el despliegue que se haga debe tratarse de una infraestructura de red neutra y abierta**. Esto con el objetivo de que dicha red sea capaz de permitir una competencia efectiva a nivel minorista. Así, a la infraestructura debe otorgarse acceso tanto pasivo como activo. Pasivo en el sentido de que debe ser neutra y permitir el acceso en condiciones no discriminatoria a la infraestructura física de las redes a quienes consideren necesaria su interconexión; y acceso activo dado que debe ser abierta no sólo para permitir la interconexión con otras redes y la interoperabilidad, sino que permita el acceso a todos los proveedores y para lograr conectar distintos tipos de usuarios finales.

4.2. Sobre los motivos para financiar el despliegue de una red neutra con fondos públicos y su posible impacto en la competencia.

Como se señalaba de previo, cuando un mercado funciona de manera eficiente se debe tener especial cuidado en las intervenciones mediante fondos públicos con el objetivo de no perjudicar la competencia del mercado³⁶. Sin embargo, se debe reconocer que existen determinadas situaciones, asociadas a la existencia de fallos de mercado, que puedan generar la necesidad de llevar a cabo una intervención estatal de esta naturaleza.

En particular la Comisión Europea³⁷ ha reconocido que *“cuando los mercados ofrecen resultados eficientes, pero considerados insatisfactorios desde el punto de vista de la política de cohesión, las ayudas estatales pueden utilizarse para conseguir un resultado más equitativo y conveniente. En particular, una intervención estatal selectiva en el ámbito de la banda ancha puede contribuir*

³⁵ La red debe ofrecer acceso mediante todas las formas que resulten económica y técnicamente viables.

³⁶ En Costa Rica actualmente todos los mercados minoristas, con excepción del servicio de telefonía fija, se encuentran declarados en competencia efectiva por la SUTEL.

³⁷ Comisión Europea. (2013). *“Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha”*. Documento (2013/C 25/01).

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

a reducir la «brecha digital» entre zonas o regiones donde se ofrecen servicios de banda ancha asequibles y competitivos y zonas que carecen de ellos”.

Sobre la intervención estatal en los mercados, la CNMC³⁸ reconoce que:

“Existen otros objetivos de interés público que justifican la intervención pública para corregir el resultado de los mercados.

En la jerga de la buena regulación, denominamos “razones imperiosas de interés general” a los intereses públicos que justifican intervenir en los mercados, ya sea por fallos del mercado o porque la solución del mercado no es la mejor solución social”.

Previamente se indicaba que un Estado puede decidir invertir recursos públicos en el despliegue de redes de banda ancha por diversos objetivos, entre los que destacan aquellos enfocados en alcanzar metas de banda ancha para toda la población o bien en cumplir con objetivos de servicio universal.

El primero de estos objetivos estaría asociado a una deficiencia de la prestación de mercado o a la existencia de desigualdades en dicha prestación, sobre dicha situación la Comisión Europea³⁹ reconoce que:

“Existe una «deficiencia de mercado» cuando, solo con sus propios recursos, sin intervención, los mercados no son capaces de ofrecer un resultado eficiente para la sociedad. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando no se llevan a cabo ciertas inversiones aunque el beneficio económico para la sociedad supere los costes. En tales casos, la concesión de ayudas estatales puede generar efectos positivos y es posible mejorar la eficiencia ajustando los incentivos económicos de las empresas. En el sector de la banda ancha, una forma de deficiencia de mercado está relacionada con efectos externos positivos. Estos efectos surgen cuando los agentes de mercado no internalizan la totalidad de los beneficios de sus acciones. Por ejemplo, la disponibilidad de redes de banda ancha permite el desarrollo de servicios e innovación que pueden beneficiar a más usuarios que los inversores y suscriptores inmediatos de la red. En consecuencia, el mercado generaría una inversión privada insuficiente en redes de banda ancha. Debido a las economías de densidad, generalmente el despliegue de las redes de banda ancha es más rentable donde la demanda potencial es mayor y está concentrada, es decir, en zonas densamente pobladas. En razón de los altos costes fijos de inversión, los costes unitarios se incrementan considerablemente al descender la densidad de población y, por ello, cuando se despliegan en términos comerciales, las redes de banda ancha tienden a cubrir rentablemente solo una parte de la población. Sin embargo, como se explica en la ADE, el acceso generalizado y asequible a la banda ancha crea efectos externos positivos dada su capacidad de acelerar el crecimiento y la innovación en todos los sectores de la economía. Cuando el mercado no ofrece suficiente cobertura de banda ancha o las condiciones de acceso no son adecuadas, la ayuda estatal puede contribuir pues a poner remedio a esta deficiencia de mercado” (lo destacado es intencional).

³⁸ CNMC. (2021). *Los beneficios de la competencia para los consumidores. Preguntas y respuestas*. España.

³⁹ Ídem.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

Por ejemplo, puede valorarse la necesidad de contar con redes fijas de nueva generación⁴⁰ a nivel nacional⁵², considerando que pueden existir regiones en las cuales sólo se cuente con redes de banda ancha básica, entre ellas, redes xDSL y HFC sin actualizar. Las redes de nueva generación son capaces de prestar servicios de acceso de banda ancha mejorados que no es posible ofrecer a través de redes básicas de banda ancha, en ese sentido la necesidad de garantizar una cobertura nacional de redes de nueva generación podría devenir de que exista la posibilidad de que a futuro se aumente la brecha digital generándose diferencias entre zonas cubiertas por redes de nueva generación y zonas cubiertas por redes de banda ancha básica.

En virtud de lo anterior, a nivel internacional se ha considerado que es posible desplegar este tipo de redes siempre que se garantice que la red subvencionada produzca un cambio considerable en términos de disponibilidad de banda ancha, lo cual ocurriría si “*la infraestructura subvencionada aporta un nivel significativo de nuevas capacidades al mercado en términos de disponibilidad y capacidad de servicios de banda ancha velocidad y competitividad*”⁴¹, debiéndose así garantizar la idoneidad de la subvención estatal como instrumento de política pública diseñado para atender un determinado objetivo, por ejemplo, al despliegue de una nueva infraestructura que no se habría desarrollado de otro modo, logrando así una mayor capacidad y rapidez en el mercado, así como la bajada de precios y la mejora de la oferta, la calidad y la innovación. En este caso la coordinación se vuelve esencial para evitar duplicidades innecesarias.

El objetivo último que se debe garantizar mediante este tipo de intervenciones es que “***...las ayudas estatales redundarán en un mayor grado de cobertura y penetración de la banda ancha, o a un ritmo más rápido del que se daría sin la ayuda, apoyando al mismo tiempo unos servicios de mayor calidad y más asequibles, unas inversiones que favorezcan la competencia y garantizando que los efectos positivos de la ayuda contrarresten los falseamientos de la competencia***”⁴².

En línea con lo anterior Eiriz Martínez (2017)⁴³ refiere lo siguiente:

*“...el sector de la banda ancha se caracteriza por presentar rasgos específicos, en particular, **por el hecho de que una red de banda ancha puede albergar a varios operadores de servicios de telecomunicaciones y, por tanto, puede brindar una oportunidad para la presencia de operadores competidores.** En cambio, conectar mediante infraestructuras de telecomunicaciones sedes de autoridades públicas no es una actividad económica y la financiación pública de las denominadas redes cerradas, por consiguiente, no constituye ayuda estatal. Como no podía ser de otro modo las ayudas estatales deberían centrarse en facilitar ayudas dirigidas a casos en los que haya deficiencias o fallos en el mercado teniendo en cuenta los objetivos de interés común europeo.*”

⁴⁰ Redes de acceso basadas total o parcialmente en elementos ópticos.

⁴¹ Comisión Europea. (2013). “*Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha*”. Documento (2013/C 25/01).

⁴² Ídem.

⁴³ Eiriz, J. (2017). *Ayudas públicas al despliegue de la banda ancha desde la óptica de una regulación económica eficiente. Pasado, presente y futuro. Recomendaciones.* Anuario de la Competencia. España, Págs. 463-486

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

En general, las ayudas deberían dirigirse a corregir fallos del mercado, mejorando así la eficiencia en el funcionamiento de los mismos e incrementando la competitividad. Además, cuando los mercados ofrecen resultados eficientes, pero considerados insatisfactorios desde el punto de vista de la política de cohesión, las ayudas estatales pueden utilizarse para conseguir un resultado más equitativo y conveniente. En particular, una intervención estatal selectiva en el ámbito de la banda ancha puede contribuir a reducir la brecha digital entre las zonas o regiones donde se ofrecen servicios de banda ancha asequibles y competitivos y las zonas que carecen de ellos.

Sin embargo, si las ayudas estatales a la banda ancha fueran dirigidas a las zonas en las que los operadores de mercado quieren invertir o en las que ya hubieran invertido, esto podría eliminar considerablemente los incentivos para que los inversores comerciales apostasen por la banda ancha en esas zonas. En tales casos, las ayudas estatales a la banda ancha podrían ser contraproducentes para el objetivo perseguido” (lo destacado es intencional).

El segundo de estos objetivos se refiere al cumplimiento de objetivos de acceso y servicio universal, al respecto la Comisión Europea⁴⁴ ha indicado:

“El servicio universal constituye una red de seguridad que garantiza que todos los usuarios finales dispongan al menos de un conjunto mínimo de servicios y a un precio asequible para los consumidores, cuando exista riesgo de que la exclusión social provocada por la ausencia de tal acceso impida a los ciudadanos la plena participación social y económica en la sociedad”.

Por su parte la normativa costarricense establece como principios rectores de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, los siguientes:

“a) Universalidad: prestación de un mínimo de servicios de telecomunicaciones a los habitantes de todas las zonas y regiones del país, sin discriminación alguna en condiciones adecuadas de calidad y precio.

b) Solidaridad: establecimiento de mecanismos que permitan el acceso real de las personas de menores ingresos y grupos con necesidades sociales especiales a los servicios de telecomunicaciones, en condiciones adecuadas de calidad y precio, con el fin de contribuir al desarrollo humano de estas poblaciones vulnerables”.

Al respecto la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España⁴⁵ reconoce que:

“Hay sectores donde el libre mercado no es capaz de garantizar que se presten algunos servicios que se consideran de interés general o no los provee en condiciones suficientes. En estos casos, los poderes públicos pueden intervenir para garantizar el acceso a todos los usuarios, independientemente de su situación económica, social o geográfica: pueden establecer la obligación a una o varias empresas de prestar dichos servicios, con unas condiciones concretas

⁴⁴ Comisión Europea. (2018). “Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas”. DIRECTIVA (UE) 2018/1972 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 2018.

⁴⁵ CNMC. (2021). *Los beneficios de la competencia para los consumidores. Preguntas y respuestas.* España.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

de calidad y precio, a través de las llamadas obligaciones de servicio universal, que constituyen un tipo de obligaciones de servicio público”.

En el caso de la cobertura de zonas de servicio universal, la Comisión Europea en sus directrices relativas a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha⁴⁶, establece que para definir las zonas en las cuales se puede desarrollar una red de banda ancha sin afectar la competencia, se debe seguir una metodología de identificación de zonas blancas, grises o negras. Es importante considerar que no toda inversión en redes de banda ancha corresponde necesariamente a un proyecto de red neutra.

Las zonas blancas son aquéllas en las que no existe infraestructura de banda ancha y es poco probable que se desarrolle en un futuro próximo⁴⁷.

Las zonas grises son aquéllas en las que está presente un operador de red y es poco probable que se desarrolle otra red en un futuro próximo. En estos casos indica la Comisión Europea en el citado documento que *“la mera existencia de un operador de red no implica necesariamente que no haya una deficiencia del mercado o un problema de cohesión. Si este operador dispone de poder de mercado (monopolio), puede ofrecer a los ciudadanos una combinación de calidad de servicio y precios que no sea óptima. Determinadas categorías de usuarios pueden no ser adecuadamente atendidos o, a falta de tarifas de acceso mayorista reguladas, los precios al por menor pueden ser superiores a los aplicados por los mismos servicios ofrecidos en zonas o regiones del país más competitivas aunque comparables”.*

Las zonas negras son zonas geográficas donde existen al menos dos proveedores de red de banda ancha básica y los servicios de banda ancha se prestan en condiciones competitivas (competencia basada en infraestructuras).

Para garantizar que la intervención pública en estos casos no entorpezca las inversiones privadas y por tanto no afecte los incentivos para competir, se establece que la autoridad que concede la ayuda debe:

- 1- Determinar qué infraestructuras de banda ancha existen en la zona objetivo,
- 2- Verificar si hay inversionistas privados que tengan planes concretos para desplegar su propia infraestructura en un futuro próximo⁴⁸.

En estos casos se reconoce que las intervenciones estatales en zonas blancas que todavía no están cubiertas por redes de banda ancha constituyen una prioridad y persiguen objetivos

⁴⁶ Las normas sobre ayudas estatales buscan prevenir que mediante este mecanismo se afecte la competencia de los mercados.

⁴⁷ Se entenderá por futuro próximo un periodo de tres años. Adicionalmente, la Comisión Europea reconoce que: *“Si la autoridad que concede la ayuda usa un plazo más largo como marco temporal para el despliegue de la infraestructura subvencionada ese mismo plazo deberá usarse en la evaluación de la existencia de planes de inversión comercial”.*

⁴⁸ Se entenderá por futuro próximo un periodo de tres años. Adicionalmente, la Comisión Europea reconoce que: *“Si la autoridad que concede la ayuda usa un plazo más largo como marco temporal para el despliegue de la infraestructura subvencionada ese mismo plazo deberá usarse en la evaluación de la existencia de planes de inversión comercial”.*

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

de verdadera cohesión y desarrollo económico y que por tanto en ellas las intervenciones tienen menos potencial de resultar lesivas para la competencia.

Por su parte en zonas en las que ya existe un operador de red de banda ancha, se reconoce que las subvenciones para la construcción de una red alternativa pueden falsear la dinámica del mercado. Por consiguiente, el apoyo estatal para el despliegue de redes de banda ancha en estos casos sólo está justificado en el ejemplo del caso europeo, cuando se demuestre claramente mediante un estudio adecuadamente motivado que persiste una deficiencia del mercado.

Así, indica la propia Comisión Europea que en estos casos de no haber una deficiencia de mercado claramente demostrada *“el margen para que la intervención estatal reporte mayores beneficios es muy pequeño. Por el contrario, el apoyo estatal para la financiación de la construcción de una red de banda ancha adicional con capacidades comparables llevará, en principio, a un falseamiento inaceptable de la competencia y al desplazamiento de inversores privados”*.

En línea con lo anterior Eiriz Martínez (2017)⁴⁹ refiere lo siguiente:

“... en las zonas en que los inversores privados ya han invertido en una infraestructura de red de banda ancha (o estén en proceso de ampliar la red) y ya prestan estos servicios de manera competitiva con una cobertura adecuada, la creación de una infraestructura paralela de banda ancha financiada con fondos públicos no puede considerarse un SIEG. Sin embargo, cuando pueda demostrarse que los inversores privados no están en condiciones de prestar en un futuro próximo una adecuada cobertura de banda ancha a todos los ciudadanos o usuarios, dejando a una parte considerable de la población sin cobertura, puede concederse una compensación por servicio público a una empresa a la que se haya confiado la prestación de un SIEG, siempre que se cumplan las condiciones de la citada Comunicación sobre los SIEG”.

Finalmente conviene indicar, que existen diferentes mecanismos y tipos de proyectos para alcanzar los objetivos de acceso y servicio universal, lo planteado en este documento de Opinión se refiere específicamente a aquellos casos en los cuales se seleccione el desarrollo de una red neutra como mecanismo de cumplimiento de estos objetivos.

4.3. Sobre los principios a seguir en el despliegue de redes neutras mediante el uso de fondos públicos para no afectar la competencia.

Como se indicó de previo una subvención para el despliegue de una red banda ancha puede provocar un falseamiento de la competencia en la medida en que refuerza la posición de una empresa en relación con otras o afecta los incentivos para competir a través de nuevas inversiones.

⁴⁹ Eiriz, J. (2017). *Ayudas públicas al despliegue de la banda ancha desde la óptica de una regulación económica eficiente. Pasado, presente y futuro. Recomendaciones*. Anuario de la Competencia. España, Págs. 463-486.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

En ese sentido la Comisión Europea⁵⁰ propone evaluar el proyecto a desarrollar de cara a los siguientes elementos:

- 1) Contribución a la consecución de objetivos de interés común.
- 2) Ausencia de prestación del mercado debido a deficiencias del mismo o a importantes desigualdades.
- 3) Idoneidad de la ayuda estatal como instrumento político⁵¹.
- 4) Existencia de efecto incentivador.
- 5) Ayuda circunscrita al mínimo necesario.
- 6) Efectos negativos limitados.
- 7) Transparencia.

En este ejercicio de análisis de la medida en cuestión pueden resultar de utilidad los principios definidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁵² en relación con la evaluación que debe realizarse para prevenir que actos administrativos tengan el potencial de afectar la competencia, en ese sentido se debe determinar si la medida en cuestión tiene alguna de los siguientes tipos de disposiciones, los cuales son capaces de afectar la competencia:

- Disposiciones que limitan el número o variedad de proveedores.
- Disposiciones que limitan la capacidad de los proveedores para competir.
- Disposiciones que reducen los incentivos de los proveedores para competir.
- Disposiciones que limitan las oportunidades y la información disponible a los consumidores.

Así, la consecución de los objetivos planeados y la sostenibilidad financiera, más allá del mantenimiento en la inversión de fondos públicos en un proyecto de despliegue de una red neutra, es dependiente de la creación de un ecosistema comercial abierto alimentado por la atracción de proveedores de telecomunicaciones con interés en brindar sus servicios a través de la red compartida.

Es por esa razón que es esencial garantizar el acceso a la infraestructura de la red en condiciones de mercado favorables, de forma pública y transparente; pues si las acciones estatales tienden a generar la falta de estas características, la situación tiene el potencial para constituirse en sí misma en una barrera que no permita el desarrollo idóneo del proyecto y que en última instancia perjudique la competencia del mercado.

⁵⁰ Comisión Europea. (2013). “Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha”. Documento (2013/C 25/01).

⁵¹ Como se desarrolla posteriormente la idoneidad de la medida pasa por determinar elementos como el alcance de la red a desarrollar (nacional o regional), el diseño de la medida (incluyendo elementos de acceso a redes), demostración de que la medida es un instrumento adecuado para resolver el problema público detectado.

⁵² OCDE. (2011). *Guía para la evaluación de la competencia*. Comité de Competencia. París, Francia.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

Es en ese sentido que **promover el surgimiento de la competencia en ese ecosistema, se relaciona directamente con la aplicación de obligaciones de acceso a la red y de uso compartido de toda la infraestructura desplegada.**

Particularmente es necesaria la imposición de obligaciones de acatamiento obligatorio en materia de acceso y uso compartido, al ente encargado desarrollar y administrar la red neutra, con independencia de si este pertenece al sector público o al privado. En el caso costarricense se debe estar ante lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley 8642.

En primer lugar, el más claro es, como ya se mencionó, incentivar el interés de participación de una multiplicidad de proveedores de telecomunicaciones para conectarse a la red⁵³ y que a través de ella brinden sus servicios a los usuarios finales dentro de las nuevas zonas de cobertura de esta alcanza.

Derivado de ello, el segundo objetivo consiste en la introducción de una dinámica competitiva, generadora de beneficio para los usuarios finales con acceso a los servicios de telecomunicaciones distribuidos a través de la red compartida.

Y finalmente, en tercer lugar, disminuir el peso que la propia existencia y gestión de la red tiene en relación con el aporte económico estatal, al propiciar la generación de ingresos provenientes de las relaciones mayoristas establecidas con los proveedores de servicios con acceso a la red.

Por tanto, de forma concreta, es necesario que la temática de acceso a la red sea explícitamente abordada por las entidades gubernamentales proponentes de un proyecto de esta naturaleza, mediante la imposición de lineamientos contractuales a la entidad encargada de desarrollar y administrar la red, con orientación a garantizar el libre acceso de manera desagregada, a las instalaciones esenciales, a la red y a los servicios de gestión y administración asociados con ella, todo esto en condiciones transparentes, razonables y no discriminatorias; no implicando esto de forma directa que la propia entidad encargada de la gestión de la red no pueda también ofrecer servicios minoristas, lo cual sin embargo debería ser valorado de previo por los organismos estatales impulsores de la iniciativa según las circunstancias particulares y el grado de madurez y de desarrollo del sector de telecomunicaciones local. Es decir, en el proceso de diseño de la medida conviene tener en cuenta los pros y contras de que la red sea desarrollada por un operador verticalmente integrado, y en caso de que se opte por permitir que este tipo de operadores participen del proyecto, según se expondrá más adelante, conviene establecer una serie de medidas de salvaguarda para garantizar que dicha situación no tendrá un impacto negativo en los servicios mayoristas que deben ser ofrecidos sobre dicha red.

⁵³ Un elemento externo a esta opinión tiene que ver con la viabilidad financiera del proyecto, en dicha valoración el riesgo es un elemento clave a tener presente en una eventual evaluación del proyecto, considerando inversiones adicionales que se requieran, existencia de otros fallos de mercado. En ese sentido, la identificación del problema general y sus causas resulta esencial en el diseño de la medida a implementar.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

4.3.1. Principios identificados por los Tribunales Europeos

Para prevenir que este tipo de intervenciones estatales generen una ventaja competitiva a quien las recibe en determinadas circunstancias particulares; deben reunir una serie de características, a nivel europeo, el Tribunal de Justicia, en su sentencia Altmark⁵⁴, aportó aclaraciones referentes a las condiciones en las que la compensación por servicio público no genera ventajas a quien la recibe, definiendo en particular cuatro características⁵⁵:

— ... *En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar claramente definidas. ...*

— ... *En segundo lugar, los **parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente**, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. ...*

— ... *En tercer lugar, la **compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados** por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. ...*

— ... *En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones”.*

En ese sentido refiere Eiriz Martínez (2017)⁵⁶ lo siguiente:

“Genéricamente podríamos concluir que estamos ante una ayuda cuando se dan estos cuatros requisitos de manera simultánea:

- *Existencia de una ventaja o beneficio para una empresa.*
- *Otorgamiento por los Estados (o entidades públicas) o mediante fondos públicos o estatales.*
- *Que favorezca a una empresa o a unidades económicas (carácter selectivo).*
- *Falsee (o amenace con falsear) la competencia o el comercio entre Estados miembros”.*

⁵⁴ Asunto C-280/00, Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.

⁵⁵ Comisión Europea. (2012). *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general.* (Texto pertinente a efectos del EEE) (2012/C 8/02)

⁵⁶ Eiriz, J. (2017). *Ayudas públicas al despliegue de la banda ancha desde la óptica de una regulación económica eficiente. Pasado, presente y futuro. Recomendaciones.* Anuario de la Competencia. España, Págs. 463-486

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

Siguiendo lo anterior, si una intervención estatal ofrece una compensación en contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público (como el servicio universal), y dicha intervención posee las características descritas previamente; se puede concluir que la misma no le genera a las empresas receptoras de fondos públicos una ventaja financiera y, por tanto tampoco la sitúa en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras.

4.3.2. Principios de libre competencia a seguir en el concurso público.

El primer elemento para garantizar que este tipo de proyectos no tenga el potencial de afectar la competencia, es procurando que los recursos se otorguen por medio de un proceso de concurso público abierto que garantice no sólo una selección competitiva, sino también que cualquier subvención se limite al importe mínimo necesario para el proyecto concreto.

En particular se debe tener en cuenta que en un mercado en competencia, como lo es el costarricense, **un despliegue de banda ancha financiado por el Estado no puede estar basado en la concesión de un derecho especial o exclusivo a un determinado operador**, de tal forma que el eventual adjudicatario de un proceso concursal no puede ser el acreedor exclusivo de los beneficios de un proyecto de esta naturaleza, sino que **la infraestructura desarrollada debe ser capaz de ofrecer acceso a todos los posibles proveedores interesados y conectividad universal a todos los usuarios en la zona cubierta por la red**. En ese sentido, el encargado del proyecto debe procurar tener en consideración la posible afectación que podría generar al nivel de competencia del mercado un despliegue que no cumpla con este tipo de principios.

La Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 (LCA), dispone en sus artículos 4, 5 y 6, los principios de eficacia y eficiencia; de igualdad y libre competencia; y de publicidad, respectivamente; de manera que interesa particularmente lo establecido en el artículo 5:

“En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.

La participación de oferentes extranjeros se regirá por el principio de reciprocidad, según el cual a ellos se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos. El Poder Ejecutivo establecerá, reglamentariamente, las disposiciones necesarias para la vigencia plena del principio estipulado en este párrafo.

Los carteles y los pliegos de condiciones no podrán disponer formas de pago ni contener ninguna regulación que otorgue a los oferentes nacionales un trato menos ventajoso que el otorgado a los oferentes extranjeros.

Los órganos y entes públicos no podrán usar sus prerrogativas de exoneración para importar, por medio de adjudicatarios de licitaciones, concesionarios ni otros terceros, productos

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

manufacturados incluidos en los supuestos de prioridad del Artículo 12 de la Ley N° 7017, del 16 de diciembre de 1985.”

En este mismo sentido, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto 33411, indica que los principios por los cuales se rige la actividad contractual son los siguientes:

“Artículo 2º-Principios. La actividad contractual se regirá, entre otros, por los siguientes principios:

a) Eficiencia. Todo procedimiento debe tender a la selección de la oferta más conveniente para el interés público e institucional, a partir de un correcto uso de los recursos públicos. En las distintas actuaciones prevalecerá el contenido sobre la forma.

b) Eficacia. La contratación administrativa estará orientada al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, en procura de una sana administración.

c) Publicidad. Los procedimientos de contratación se darán a conocer por el medio electrónico designado al efecto, atendiendo su naturaleza. Se debe garantizar el libre y oportuno acceso al expediente electrónico, que deberá contener la totalidad de las actuaciones relacionadas con la actividad de contratación administrativa realizada.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1º del decreto ejecutivo N° 41243 del 10 de julio del 2018)

d) Libre competencia. Se debe garantizar la posibilidad de competencia entre los oferentes. No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes.

e) Igualdad. En un mismo concurso los participantes deben ser tratados y examinados bajo reglas similares.

f) Buena fe. Las actuaciones desplegadas por la entidad contratante y por los participantes se entenderán en todo momento de buena fe, admitiendo prueba en contrario.

g) Intangibilidad patrimonial. Las partes están obligadas a mantener el equilibrio financiero del contrato.”

Ahora bien, esta Ley tiene fecha límite para su aplicación, por cuanto la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986, derogó Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, y entrará a regir el 31 de noviembre del 2022. Por esto, es importante anotar, que este nuevo cuerpo normativo establece como principios generales de la contratación pública los siguientes:

“a) Principio de integridad: la conducta de todos los sujetos que intervengan en la actividad de contratación en la que medien fondos públicos se ajustará al cumplimiento de las normas y los valores éticos, entre ellos, la honestidad, la buena fe, la responsabilidad y el respeto, prevaleciendo en todo momento el interés público.

b) Principio de valor por el dinero: toda contratación pública debe estar orientada a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

por resultados en las contrataciones, de tal forma que se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad.

c) Principio de transparencia: todos los actos que se emitan con ocasión de la actividad de contratación pública deben ser accesibles de manera libre e igualitaria por parte de los intervinientes y de cualquier persona interesada. La información que se ponga a disposición debe ser cierta, precisa, oportuna, clara y consistente.

Únicamente se exceptúa del libre acceso a la información que se determine confidencial de acuerdo con la ley, para lo cual deberá existir un acto motivado.

d) Principio de sostenibilidad social y ambiental: las acciones que se realicen en los procedimientos de contratación pública obedecerán, en la medida en que resulte posible, a criterios que permitan la protección medioambiental, social y el desarrollo humano.

e) Principios de eficacia y eficiencia: el uso de los fondos y bienes públicos y la conducta de todos los sujetos que intervienen en la actividad de compras públicas deben responder al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos institucionales y a la satisfacción del interés público. En todas las etapas del procedimiento de compra prevalecerá el contenido sobre la forma y se favorecerá la conservación de los actos. Los defectos subsanables y los incumplimientos intrascendentes no descalificarán la oferta que los contenga.

f) Principio de igualdad y libre competencia: en los procedimientos de contratación pública se dará un trato igualitario a todos los oferentes, se procurará la más amplia competencia y se invitará a potenciales oferentes idóneos. No se podrán establecer restricciones injustificadas a la libre participación.

g) Principio de la vigencia tecnológica: el objeto de la contratación debe reunir exigencias de calidad y actualización tecnológica que obedezcan a avances científicos contemporáneos, de conformidad con las necesidades y posibilidades de la entidad contratante.

h) Principio de mutabilidad del contrato: según lo permita el ordenamiento jurídico, la Administración tendrá las prerrogativas y los poderes para hacer los cambios contractuales que considere necesarios, siempre y cuando estos respondan a la protección o el alcance del interés público perseguido.

i) Principio de intangibilidad patrimonial: la Administración está obligada a observar el equilibrio financiero del contrato y evitar, para ambas partes, una afectación patrimonial, por lo que la Administración podrá hacer un ajuste en los términos económicos del contrato cuando la causa no sea atribuible al contratista, o bien, medien causas de caso fortuito o de fuerza mayor, de conformidad con lo regulado en esta ley.” (Art. 8) (El resaltado es intencional)

Siendo entonces, que principios que buscan el mayor beneficio y competencia a la hora de realizar un concurso público, tales como el de eficacia y eficiencia, de igualdad y libre competencia (antes libre competencia), de transparencia (anteriormente, publicidad), continúan vigentes en el nuevo marco normativo de la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

4.3.3. Principios por seguir en la adjudicación del proyecto para promover la competencia

Mientras que los operadores comerciales toman sus decisiones de invertir en redes sobre la base de la rentabilidad esperada, la elección que haga un Estado debe tener en cuenta el interés público al financiar una plataforma abierta y neutra en la que puedan competir múltiples operadores para prestar servicios a los usuarios finales.

De este modo, si bien Costa Rica cuenta con un Régimen de Acceso e Interconexión garante del libre acceso de los operadores a las redes públicas que hayan sido desplegadas en el país, lo cierto es **con el objetivo de prevenir que un despliegue de red de banda ancha financiado con fondos públicos afecte la competencia producto de eventuales negativas o retrasos en el acceso a terceros operadores por parte del adjudicatario de la red, es recomendable incluir determinadas consideraciones desde el proceso mismo de selección del operador que desarrollará la red**, entre ellas destacan las siguientes recomendaciones señaladas por la Comisión Europea⁵⁷:

- Mapa detallado y análisis de la cobertura: identificando claramente qué zonas geográficas estarán cubiertas por la red a ser desplegada.
- Consulta pública previa del proyecto borrador: dar una publicidad adecuada mediante la publicación de información relevante del proyecto e invitando a la presentación de observaciones.
- Procedimiento de selección competitiva: cuando las autoridades adjudicadoras seleccionen un operador tercero para desplegar y explotar la infraestructura subvencionada, el proceso de selección deberá realizarse siguiendo lo dispuesto en la normativa de contratación pública. Al respecto la Comisión Europea ha indicado que esto *“garantiza la transparencia a todos los inversores que deseen presentar ofertas para ejecutar o gestionar el proyecto subvencionado. Un trato igual y no discriminatorio de todos los licitadores y unos criterios de evaluación objetivos son condiciones imprescindibles. La licitación es un método que reduce el coste para el presupuesto, minimiza la potencial ayuda estatal y al mismo tiempo reduce el carácter selectivo de la medida ya que no se conoce de antemano quién es el beneficiario elegido”*.
- Oferta económicamente más ventajosa: establecimiento de criterios de adjudicación en base a los cuales se evaluarán los datos cualitativos presentados que deberá cumplir el adjudicatario. Entre estos criterios pueden incluirse, por ejemplo, la cobertura geográfica, la sostenibilidad del enfoque tecnológico o el impacto sobre la competencia de la solución propuesta.

⁵⁷ Comisión Europea. (2013). *“Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha”*. Documento (2013/C 25/01).

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

- Neutralidad tecnológica: se deberán poder proponer la prestación de los servicios de banda ancha solicitados utilizando o combinando cualquier tecnología que consideren adecuada. Sobre la base de los criterios de licitación objetivos, se podrá seleccionar la solución tecnológica o combinación de soluciones tecnológicas que se considere más adecuada.
- Utilización de infraestructuras existentes: dado que la reutilización de las infraestructuras existentes es uno de los principales factores determinantes de los costes de despliegue de la banda ancha, se debe fomentar que los oferentes recurran a cualquier infraestructura existente disponible que cumpla con las condiciones mínimas del servicio que se planea brindar con el fin de evitar una duplicación innecesaria⁵⁸ y onerosa de recursos y de reducir el importe de la financiación pública. Sin que esto necesariamente lleve a privilegiar a un determinado operador en particular.
- Acceso mayorista: el acceso mayorista efectivo de terceros a una infraestructura de banda ancha subvencionada es un componente indispensable de toda medida estatal de apoyo a la banda ancha. En particular, permite a operadores terceros competir con el licitador elegido (cuando éste también actúe a nivel minorista), reforzando con ello la oferta y la competencia en las zonas afectadas por la medida y evitando, al mismo tiempo, la creación de servicios regionales monopolísticos. Al respecto la Comisión Europea indica: ***“Al aplicarse únicamente a los beneficiarios de ayudas estatales, esta condición no está supeditada a ningún análisis previo de mercado... El tipo de obligaciones de acceso mayorista impuestas a una red subvencionada debería corresponder al conjunto de obligaciones de acceso definidas en el Reglamento sectorial. En principio, las empresas subvencionadas deberán ofrecer una mayor gama de productos de acceso mayorista que los impuestos por las autoridades nacionales reguladoras en virtud del Reglamento sectorial, a los operadores que tienen un poder de mercado significativo, ya que el beneficiario de la ayuda no solo utiliza sus propios recursos, sino el dinero de los contribuyentes para desplegar su propia infraestructura. Este acceso mayorista debe ser concedido lo antes posible antes de comenzar a explotar la red... Para permitir un acceso efectivo, se aplicarán las mismas condiciones de acceso a la totalidad de la red subvencionada, incluidas las partes de dicha red en las que se hayan usado infraestructuras existentes. Las obligaciones de acceso serán ejecutadas con independencia de cualquier cambio en la propiedad, la gestión o el funcionamiento de las infraestructuras subvencionadas”*** (lo destacado es intencional). En el caso del acceso mayorista de redes de nueva generación añade dicha Comisión lo siguiente: *“debido a las características económicas de las redes de acceso de nueva generación, es de vital importancia garantizar el acceso mayorista efectivo a terceros operadores. Especialmente en las zonas en las que ya compiten operadores de banda ancha básica, en las que debe garantizarse que se mantenga la situación competitiva de mercado existente antes de la*

⁵⁸ Se refiere al caso en el cual la duplicación resulte innecesaria, es decir, podría darse la condición de una replicación de infraestructura, debida a las condiciones técnicas de la red existente que no permitan la provisión de servicios según los requerimientos establecidos.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

intervención. Además, los operadores terceros deberán tener acceso a la infraestructura pasiva de la red y no solo a la activa (lo destacado es intencional).

- Precios de acceso mayorista: la evaluación comparativa es un instrumento importante para garantizar que la ayuda concedida sirva para recrear las condiciones de mercado imperantes en otros mercados de banda ancha competitivos.
- Trato equitativo y no discriminatorio: la infraestructura subvencionada deberá permitir prestar servicios competitivos y accesibles a los usuarios finales por otros operadores competidores. En caso de que el operador de la red sea un operador de banda ancha integrado verticalmente, se establecerán salvaguardias adecuadas para evitar cualquier conflicto de intereses, discriminación indebida con respecto a solicitantes de acceso o proveedores de contenido o cualquier otra ventaja indirecta encubierta. Sobre este particular añade la Comisión Europea lo siguiente: *“En la misma línea, los criterios de adjudicación deberán incluir la disposición de que los oferentes que propongan un modelo solo mayorista, un modelo solo pasivo o ambos recibirán puntos adicionales”*.
- Transparencia: publicar por los medios disponibles, incluyendo la página web institucional la información relevante del proyecto.

Finalmente, debe tenerse en cuenta dos aspectos, el primero de ellos es que, **en los casos en los que se llegara a adjudicar una red de esta naturaleza a un operador de banda ancha verticalmente integrado, resulta indispensable establecer las salvaguardias adecuadas para evitar cualquier conflicto de intereses, una discriminación indebida y cualquier otra ventaja indirecta encubierta**. Tales salvaguardias pueden incluir, en particular, la obligación de contabilidad separada y también la creación de una entidad estructural y jurídicamente separada del operador verticalmente integrado.

El segundo de ellos es que cuando un despliegue de una red de banda ancha esté basado en el despliegue de una infraestructura financiada con fondos públicos, deberá establecerse un control adecuado con el fin de impedir que el proveedor obtenga una ventaja indebida una vez terminado el período de vigencia del proyecto, y prevenir así que se puedan presentar conductas de negativa de acceso al haber concluido el período dentro del cual contaba con obligaciones de acceso.

5. Conclusiones y recomendaciones

A partir de los elementos desarrollados de previo se puede concluir lo siguiente:

- a) Las redes neutras son el resultado de un modelo de orientación mayorista a partir del cual los proveedores tienen la posibilidad de utilizar la infraestructura (activa y pasiva) de una red existente, que pertenece a un tercero.
- b) Pueden existir tanto redes neutras a nivel de transporte troncal con alcance nacional o regional cuyo objetivo sea servir de “autopista” de comunicación entre distintas zonas

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

geográficas, como a nivel de acceso resaltando su mayor capilaridad, esencial para alcanzar a los usuarios finales.

- c) Para prevenir que un proyecto de asociado al despliegue de una red neutra financiado con fondos públicos no afecte el grado de competencia del mercado, se debe garantizar en primer lugar, que no sustituya las eventuales inversiones de los operadores de telecomunicaciones, sino que resulte complementario a estas, y en segundo lugar que el mismo no genere una ventaja a un determinado operador o grupo de ellos capaz de afectar la competencia del mercado.
- d) En el plano internacional se observan casos de adopción de redes neutras basadas particularmente en el despliegue de fibra óptica, con resultados variados en términos de atracción de proveedores de servicios interesados en utilizarles.
- e) En Costa Rica la normativa vigente no establece limitante para que los proveedores de telecomunicaciones seleccionen la forma y tecnología que empleen para competir en la provisión de servicios de telecomunicaciones, siendo que un operador puede hacerlo mediante el despliegue de una red propia, a través de una competencia de redes, o bien través del empleo de la red de un tercero, mediante una competencia de servicios; todo esto en concordancia con el principio de libertad que rige el ámbito privado de los administrados. En ese sentido se puede concluir que la normativa costarricense permite el despliegue de redes neutras, siendo que en el caso de las redes neutras financiadas con fondos públicos debe velarse porque su despliegue no afecte la competencia.
- f) Dado el principio de neutralidad tecnológica, no se puede forzar a los operadores a hacer uso de una red neutra, sino que estos poseen la independencia de decidir qué esquema emplean para prestar sus servicios, aunque se pueden tomar las medidas necesarias para incentivar su uso desde la perspectiva regulatoria.
- g) En nuestro país a nivel regulatorio se cuenta con un instrumento, el Régimen de Acceso e Interconexión, que permite a los proveedores de servicios de telecomunicaciones que no son dueños de una red, acceder a la red de un operador con el objetivo de prestar servicios a los usuarios finales, las obligaciones que se impongan de acuerdo con este régimen también aplica a las redes neutras, como garantía de acceso a terceros operadores.
- h) Las redes neutras pueden ser desarrolladas a través de distintas fuentes de inversión. En primer lugar, puede tratarse de redes construidas a partir de inversiones privadas, que son desarrolladas a partir de una decisión financiera por parte de un determinado operador. En segundo lugar, este tipo de redes se pueden desplegar mediante el uso de fondos o subsidios públicos. Existen diversos motivos que pueden llevar a un Estado a invertir recursos públicos en el despliegue de este tipo de redes, entre ellos podrían mencionarse aquellos enfocados en alcanzar metas de banda ancha para toda la población o bien cumplir con objetivos de servicio universal, estos objetivos se basan en

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

el cumplimiento de objetivos de política pública donde se valora que la rentabilidad o retorno de la inversión es social.

- i) En el despliegue privado de redes neutras no interviene el Estado más que a nivel regulatorio para garantizar los mecanismos de acceso que se encuentren contemplados en la respectiva normativa, y desde la perspectiva de la competencia, la intervención se circunscribe a prevenir y sancionar los eventuales abusos anticompetitivos o restricciones verticales en que pueda incurrir un determinado operador que goce de una posición de mercado.
- j) Para evitar que una red neutra financiada con fondos o subsidios públicos afecte la competencia esta debe estar disponible para todos los operadores del mercado interesados en acceder a ella, de tal forma que el despliegue que se haga debe tratarse de una infraestructura de red neutra y abierta, esto con el objetivo de que dicha red sea capaz de permitir una competencia efectiva a nivel minorista⁵⁹.
- k) En particular cuando un mercado funciona de manera eficiente se debe tener especial cuidado en las intervenciones de política pública mediante fondos públicos con el objetivo de no perjudicar la competencia del mercado, que se lleven a cabo bien sea para cumplir con metas de banda ancha o con objetivos de acceso y servicio universal. Sin embargo, se debe reconocer que existen determinadas situaciones, asociadas a la existencia de fallos de mercado, que puedan generar la necesidad de llevar a cabo una intervención estatal de esta naturaleza, por ejemplo, a nivel de una deficiencia de la prestación de mercado o a la existencia de desigualdades en dicha prestación.
- l) A nivel internacional se ha considerado que es posible desplegar este tipo de redes neutras debiéndose garantizar la idoneidad de la subvención estatal como instrumento de política pública diseñado para atender un determinado objetivo para lo cual se debe asegurar que la red subvencionada produzca un cambio considerable en términos de disponibilidad de banda ancha, lo cual ocurriría si la infraestructura subvencionada aporta un nivel significativo de nuevas capacidades al mercado en términos de disponibilidad y capacidad de servicios de banda ancha velocidad y competitividad.
- m) En el caso del despliegue de redes neutras que promuevan la cobertura en zonas de servicio universal, se recomienda definir previamente una metodología que permita identificar las zonas blancas, grises o negras.
- n) Para garantizar que la intervención pública en los casos servicio universal no entorpezca las inversiones privadas y por tanto no afecte los incentivos para competir, se debe: i) Determinar qué infraestructuras de banda ancha existen en la zona objetivo, y ii) Verificar

⁵⁹ Estos elementos contribuyen a determinar si existe realmente interés y una necesidad en el mercado, con el objetivo de prevenir que se desarrollen proyectos fallidos, en los cuales por falta de interés del mercado no se hace uso de las redes desplegadas a nivel público.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

si hay inversionistas privados que tengan planes concretos para desplegar su propia infraestructura en un futuro próximo, siendo el plazo usual de esta valoración el de 3 años, según recomendaciones internacionales en la materia.

- o) Se ha reconocido que las intervenciones estatales en zonas blancas que todavía no están cubiertas por redes de banda ancha constituyen una prioridad y persiguen objetivos de verdadera cohesión y desarrollo económico y que por tanto en ellas las intervenciones tienen menos potencial de resultar lesivas para la competencia, siempre y cuando se sigan los principios básicos para evitar eventuales afectaciones a la competencia.
- p) Las intervenciones para la construcción de una red alternativa en zonas en las que ya existe un operador de red de banda ancha pueden falsear la dinámica del mercado. Por consiguiente, el apoyo estatal para el despliegue de redes de banda ancha en estos casos sólo está justificado cuando se demuestre claramente que persiste una deficiencia del mercado.
- q) En las intervenciones públicas para la construcción de una red neutra es esencial garantizar el acceso a la infraestructura de la red en condiciones de mercado favorables, de forma pública y transparente; pues si las acciones estatales tienden a generar la falta de estas características, la situación tiene el potencial para constituirse en sí misma en una barrera que no permita el desarrollo idóneo del proyecto. Es en ese sentido que promover el surgimiento de la competencia en ese ecosistema, se relaciona directamente con la aplicación de lineamientos de acceso a la red y de uso compartido de toda la infraestructura desplegada.
- r) Entre los elementos por considerar para que un proyecto de esta naturaleza no tenga el potencial de afectar la competencia se encuentran:
 - o Procurar que los recursos se otorguen por medio de un proceso de concurso público abierto que garantice no sólo una selección competitiva, sino también que cualquier subsidio se limite al importe mínimo necesario para el proyecto concreto.
 - o En el proceso de concurso se deben seguir los principios de la normativa de contratación administrativa que buscan el mayor beneficios y competencia a la hora de realizar un concurso público, tales como el de eficacia y eficiencia, de igualdad y libre concurrencia (antes libre competencia), de transparencia (anteriormente, publicidad), continúan vigentes en el nuevo marco normativo de la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986.
 - o Con el objetivo de prevenir que un despliegue de red de banda ancha financiado con fondos públicos afecte la competencia producto de eventuales negativas o retrasos en el acceso a terceros operadores por parte del adjudicatario de la red, es recomendable incluir determinadas consideraciones desde el proceso mismo

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

de selección del operador que desarrollará la red, entre ellas destacan las siguientes:

- Mapa detallado y análisis de la cobertura del proyecto⁶⁰ (donde se defina cuál será el alcance que tendrá el mismo, el cual puede ser nacional o regional).
 - Consulta pública.
 - Procedimiento de selección competitiva.
 - Selección de la oferta económicamente más ventajosa.
 - Neutralidad tecnológica.
 - Utilización de infraestructuras existentes cuando resulte técnicamente posible.
 - Acceso mayorista
 - Precios de acceso mayorista.
 - Trato equitativo y no discriminatorio
 - Transparencia.
- En los casos en los que se llegara a adjudicar una red de esta naturaleza a un operador de banda ancha verticalmente integrado, resulta indispensable establecer las salvaguardias adecuadas para evitar cualquier conflicto de intereses, una discriminación indebida y cualquier otra ventaja indirecta encubierta.
 - Cuando un despliegue de una red de banda ancha esté basado en el despliegue de una infraestructura financiada con fondos públicos, deberá establecerse un control adecuado con el fin de impedir que el proveedor obtenga una ventaja indebida una vez terminado el período de vigencia del proyecto, y prevenir así que se puedan presentar conductas de negativa de acceso al haber concluido el período dentro del cual contaba con obligaciones de acceso.

En virtud de lo anterior, se recomienda al Consejo de la SUTEL valorar **emitir los siguientes lineamientos para promover la competencia y evitar el falseamiento de esta en el despliegue de redes neutras financiadas con fondos públicos**, los cuales pueden ser considerados por cualquier ente del sector telecomunicaciones involucrado en proceso, diseño o implementación de proyectos asociados al despliegue de redes de telecomunicaciones a ser financiadas con fondos públicos, a las cuales se les quiera otorgar una vocación de redes abiertas, con el objetivo de que dichas redes no sólo contribuyan a promover mayor competencia en el mercado de telecomunicaciones, sino también de prevenir que eventuales intervenciones estatales puedan lesionar la competencia del mercado:

⁶⁰ La información base de despliegue de redes actuales es esencial en este sentido, constituye el elemento que permite definir el alcance real del proyecto. Deben realizarse los esfuerzos necesarios a partir de las distintas competencias con que cuenta la administración para recopilar dicha información.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

- i. En el diseño de un proyecto de despliegue de una red neutra financiado con fondos públicos se deben valorar los siguientes elementos para prevenir que dicho proyecto pueda afectar el grado de competencia del mercado:
 - a. Contar con instrumentos que permitan determinar que el proyecto no sustituye las eventuales inversiones de los operadores de telecomunicaciones, sino que resulte complementario a estas.
 - b. Desarrollar los estudios necesarios para analizar que el proyecto no genere una ventaja a un determinado operador o grupo de ellos capaz de afectar la competencia del mercado.
- ii. En el despliegue de una red neutra financiada con fondos públicos se deben tomar las medidas para garantizar que esté disponible para todos los operadores del mercado interesados en acceder a ella en aplicación de las disposiciones del Capítulo III de la Ley 8642 y del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones, de tal forma que el despliegue que se proponga debe procurar ser una infraestructura de red neutra y abierta, esto con el objetivo de que dicha red sea capaz de permitir una competencia efectiva a nivel minorista.
- iii. En el diseño de un proyecto de despliegue de una red neutra con el propósito de cumplir objetivos de acceso y servicio universal se debe considerar el empleo de una metodología de identificación de zonas blancas, grises o negras, para garantizar que la inversión pública no desplace al mercado.
- iv. Emplear mecanismos que permitan garantizar que la intervención pública no entorpezca las inversiones privadas y por tanto no afecte los incentivos para competir, para lo cual se recomienda considerar de previo al desarrollo de un eventual proyecto lo siguiente:
 - a. Determinar qué infraestructuras de banda ancha existen en la zona objetivo.
 - b. Verificar si hay inversionistas privados que tengan planes concretos para desplegar su propia infraestructura en un futuro próximo.
- v. Un eventual despliegue de una red de banda ancha financiado por el Estado no debe otorgar la concesión de un derecho especial o exclusivo a un determinado operador, sino que debe basarse en el despliegue de redes que puedan garantizar el acceso de varios operadores como mecanismo para promover la competencia.
- vi. Considerar en el proceso de desarrollo de un eventual despliegue de una red neutra financiada con fondos públicos los siguientes elementos para que prevenir que dicho proyecto pueda afectar la competencia:
 - a. Garantizar que los recursos se otorguen por medio de un proceso de concurso público abierto.

San José, 30 de agosto de 2021
10175-SUTEL-OTC-2021

- b. Seguir los principios de la normativa de contratación administrativa en el proceso de concurso.
- c. Incluir desde el proceso mismo de selección del operador que desarrollará la red al menos los siguientes elementos:
 - i. Mapa detallado y análisis de la cobertura.
 - ii. Consulta pública.
 - iii. Procedimiento de selección competitiva.
 - iv. Selección de la oferta económicamente más ventajosa.
 - v. Neutralidad tecnológica.
 - vi. Utilización de infraestructuras existentes cuando resulte técnicamente posible.
 - vii. Acceso mayorista
 - viii. Precios de acceso mayorista.
 - ix. Trato equitativo y no discriminatorio
 - x. Transparencia.
- d. Establecer salvaguardas en los casos en los que se llegara a adjudicar una red de esta naturaleza a un operador de banda ancha verticalmente integrado, para evitar cualquier conflicto de intereses, una discriminación indebida y cualquier otra ventaja indirecta encubierta.
- e. Establecer un control posterior adecuado para que un despliegue de una red de banda ancha que esté basado en el despliegue de una infraestructura financiada con fondos públicos, no le genere al proveedor adjudicatario una ventaja indebida una vez terminado el período de vigencia del proyecto, y prevenir así que se puedan presentar conductas de negativa de acceso al haber concluido el período dentro del cual contaba con obligaciones de acceso.

Atentamente,
DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA

David Vargas Bolaños
Ingeniero

Victoria Rodríguez Durán
Abogada

Silvia León Campos
Jefe Instrucción y Abogacía

Deryhan Muñoz Barquero
Directora General de Competencia

dmb
Gestión: GCO-OTC-OPI-01309-2021.