

02 de mayo de 2024
03179-SUTEL-UJ-2024

Señores
Consejo
Sutel

OBSERVACIONES A LA CONSULTA PÚBLICA RELACIONADA CON LA “REFORMA PARCIAL DEL REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, DECRETO EJECUTIVO N° 34765-MINAET” DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN, TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES.

Estimados señores:

En relación con la consulta pública correspondiente a la “REFORMA PARCIAL DEL REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, DECRETO EJECUTIVO N° 34765-MINAET”, se remite el criterio.

Dicha consulta se relaciona con una reforma planteada al Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones, en la cual se adiciona un Transitorio V al reglamento citado y, se propone ampliar por un año la vigencia de los títulos habilitantes de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre manteniendo las mismas condiciones bajo las que originalmente se otorgaron.

El texto propuesto es el siguiente:

“V. AMPLIAR POR UN AÑO la vigencia de los títulos habilitantes de concesión administrativa de frecuencias para la operación de redes y la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre y gratuito. Las condiciones originales de las concesiones se deberán de respetar por parte de los administrados.

Además, se hace referencia a la vigencia de dicha reforma y se propone que sea a partir del 28 de junio de 2024, la cual es la fecha de vencimiento de las concesiones.

En este sentido, cabe señalar que 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.

Por lo tanto, 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, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

Dentro de ese marco de rango legal de la SUTEL, se estableció un régimen sectorial de competencia a su cargo, 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. Así las cosas, la normativa señalada, faculta a la SUTEL, como autoridad sectorial de competencia, a velar porque la regulación impulsada e implementada no genere restricciones anticompetitivas, que afecten el desempeño eficiente del mercado de telecomunicaciones.

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

Este criterio incluye, tanto el análisis desde el punto de vista regulatorio, según lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642); así como las consideraciones como Autoridad Sectorial de Competencia, de conformidad con Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (Ley 9736) y su reglamento, Decreto ejecutivo 43305-MEIC y el artículo 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, según criterios técnicos rendidos respectivamente por las Direcciones Generales de Calidad y Competencia, mediante los oficios 03145-SUTEL-DGC-2024 y 03139-SUTEL-OTC-2024.

I. CRITERIO DE ESTA SUPERINTENDENCIA, EN SU CONDICIÓN DE ÓRGANO REGULADOR EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

En el oficio 03145-SUTEL-DGC-2024 de fecha 02 de mayo de 2024, la Dirección General de Calidad indica lo siguiente:

“(...)

2. Sobre los principios de jerarquía de las normas y el principio de legalidad (reserva de ley)

En primer lugar, es necesario desarrollar lo relacionado a la jerarquía de las normas. Debe recordarse que según la pirámide de Kelsen existe una jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico. Para el caso de la rama de derecho administrativo, la Ley General de la Administración Pública en su artículo 6 cita lo siguiente:

“La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:

- a) La Constitución Política;*
- b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;*
- c) Las leyes y los demás actos con valor de ley,*
- d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia;*
- e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y*
- f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas. (...)”*

En este orden de ideas, es claro que la norma sitúa a los decretos del Poder Ejecutivo en un nivel por debajo de la Constitución Política, los Tratados Internacionales y las leyes. Lo anterior significa que cualquier decreto no podrá ir en contra de lo señalado en estas fuentes del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el principio de la jerarquía de las normas se encuentra en estrecha relación con el principio de legalidad, sobre el cual el artículo 11 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. (...)” (resaltado intencional)

En adición a lo anterior, el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública indica que:

“La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. (...)” (destacado intencional)

En relación con este tema, la Procuraduría General de la República en el dictamen número C-130-2014 del 22 de abril de 2014, que cita la Resolución N° 274-2005 Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativa, señala: “El principio de legalidad, es efecto y manifestación directa del sometimiento del Poder Público al Derecho. En este sentido, todo el comportamiento de la Administración Pública está afecto y condicionado a una norma habilitadora.”

En relación con lo anterior, debe recordarse que el artículo 121 inciso 14) subinciso c) de la Constitución Política señalan que el espectro radioeléctrico es un bien demanial. Sobre este se indica que “sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.” (destacado intencional)

Ahora bien, del principio de legalidad se desprende el principio de reserva de ley. En este sentido para la explotación de las ondas electromagnéticas la Procuraduría en el dictamen C-340-2006 del 24 de agosto de 2006, señaló expresamente:

“(...) La protección constitucional del espectro electromagnético implica que el uso y explotación de dicho bien escaso por los particulares se sujeta a un procedimiento especial.

(...) El mecanismo de protección constitucional consiste en la prohibición de un uso y explotación de estos bienes sin concesión legislativa o administrativa. Los bienes están sometidos a un régimen especial:

“... Ha de entenderse prohibitiva la disposición constitucional que impide la prestación privada de servicios telefónicos sin ley o sin concesión especial del legislador...”, Sala Constitucional, N° 5386-93 de las 16:00 hrs. del 26 de octubre de 1993. (...)

Ergo, ese uso y explotación requiere de una concesión lo que supone un procedimiento especial. De modo que para explotar las ondas electromagnéticas cualquier persona pública o privada requiere una concesión especial aprobada por la Asamblea Legislativa, o en su defecto, una concesión otorgada por la Administración Pública, de conformidad con las estipulaciones y condiciones que la ley establezca. De lo que se sigue que la Administración Pública sólo podrá otorgar esas concesiones si existe norma que le atribuya esa competencia y que pueda considerarse el marco legal bajo el cual se otorga

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

la concesión y ésta será explotada. Por ende, la Ley no puede limitarse a atribuir la competencia para otorgar concesiones; debe, por el contrario, establecer las condiciones bajo las cuales se explotarán las ondas y se prestarán servicios: condiciones y procedimiento para el otorgamiento de la concesión, obligaciones y derechos del concesionario, potestades de la Administración concedente, entre las cuales es fundamental la de fiscalización y la sancionatoria, derechos de los usuarios del servicio, régimen de tarifas y cánones que deben cubrirse a la Administración por el uso del espectro y, en su caso, por el control, entre otros aspectos. (...) (destacado intencional)

Adicionalmente, mediante el dictamen C-003-2013 del 15 de enero del 2013, la Procuraduría señaló lo siguiente:

“(...) 2. La protección constitucional del espectro radioeléctrico, su condición de recurso escaso y estratégico, que debe ser usado de manera óptima, eficiente, equitativa, no discriminatoria y transparente impiden considerar que el espectro radioeléctrico es un bien demanial “como cualquier otro”. Sobre todo, impide estimar que su uso puede hacerse sin observancia del principio de reserva de ley constitucionalmente establecido. (...) 3. La Ley General de Telecomunicaciones tiene como objeto establecer los mecanismos de regulación de las telecomunicaciones, comprensiva del uso y explotación de las redes. Entre ellas, las de radiodifusión.”

En consecuencia, los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de libre acceso, al comprender el uso y explotación del espectro electromagnético se encuentran inmersos en los supuestos del artículo 121, inciso 14 de la Carta Política. Por ende, su explotación requiere que la Asamblea Legislativa emita una ley marco que regule las condiciones y especificaciones bajo las cuales se prestará el servicio y autorice a la Administración Pública a otorgar las concesiones necesarias, y en defecto de esta, el otorgamiento legislativo de una concesión especial. En el caso de la propuesta reglamentaria sometida a consulta, la figura que se pretende crear sobre la “ampliación” por el plazo de un año de las concesiones de radiodifusión sonora y televisiva, carece de una ley marco que le dé sustento, por lo que podría reñir contra el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones vigente y los principios de jerarquía de normas, principio de legalidad y de reserva de ley. Adicionalmente, en vista de la materia que se pretende regular en la propuesta de decreto, cabe indicar que por dicha vía no podría establecerse una figura distinta de la ya establecida en la Ley General de Telecomunicaciones para la prórroga del plazo de las concesiones de radiodifusión de acceso libre.

En lo que respecta al tema de prórrogas de las concesiones, la legislación en el artículo 24 de la Ley N°8642 establece la figura y sus condiciones según se extrae: “Las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones se otorgarán por un período máximo de quince años, prorrogable a solicitud de parte, hasta por un período que sumado con el inicial y el de las prórrogas anteriores no exceda veinticinco años. La solicitud de prórroga deberá ser presentada por lo menos dieciocho meses antes de su expiración”. Por su parte, el artículo 73 inciso d) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N°7593, establece que el Consejo de la Sutel tiene como función la siguiente:

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

“(...) d) Otorgar las autorizaciones, así como realizar el procedimiento y rendir los dictámenes técnicos al Poder Ejecutivo, para el otorgamiento, la cesión, la prórroga, la caducidad y la extinción de las concesiones y los permisos que se requieran para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, así como cualquier otro que la ley indique. (...)” (Destacado intencional)

En línea con lo anterior, el artículo 39 inciso d) de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, establece lo siguiente:

“(...) d) Aprobar o rechazar el criterio técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones, sobre la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y rescate de las concesiones y los permisos de las frecuencias del espectro radioeléctrico. En el caso de que se separe de dicho criterio, el Poder Ejecutivo deberá justificar las razones de orden público o interés nacional que lo sustenten. (...)” (Destacado intencional)

Lo anterior guarda relación con lo establecido en el artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones, el cual dispone en lo que interesa lo siguiente:

“(...) A la Sutel le corresponderá realizar las actividades y los estudios necesarios para preparar el concurso de la concesión y recomendarle al Poder Ejecutivo el otorgamiento o no de estas concesiones. (...)”

De esta forma, de acuerdo con los artículos citados, siendo que a la Sutel se le ha otorgado la competencia para preparar el concurso de las concesiones de radiodifusión y emitir la recomendación correspondiente, de igual forma en aplicación del aforismo jurídico quien puede lo más puede lo menos, le corresponde a esta Superintendencia emitir los criterios relacionados con las prórrogas de esas concesiones.

En línea con lo anterior, el órgano procurador en el citado dictamen C-003-2013 del 15 de enero de 2013 ha reafirmado la competencia de Sutel en la materia en el siguiente sentido (refiriéndose a la Ley General de Telecomunicaciones):

“(...) 4. Dicha Ley sujeta a sus disposiciones sobre planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y al régimen sectorial de competencia las redes que dan soporte a los servicios de radiodifusión. Es decir, las redes de radiodifusión no se regulan por la Ley de Radio.

5.La regulación de los distintos títulos habilitantes establecidos en la Ley se sujeta a los objetivos propios del uso y asignación del espectro radioeléctrico. Objetivos a los cuales también debe responder la concesión para servicios de radiodifusión dispuesta en la Ley de Radio. (...)

7.Cuando para el otorgamiento del uso y explotación del espectro radioeléctrico la legislación ha sujetado dicho acto al criterio de un órgano técnico independiente creado por ley, el Poder Ejecutivo debe sujetarse a ese requisito. Le está prohibido otorgar dicho uso o explotación sin requerir ese criterio técnico. (...)” (Destacado intencional)

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

Tal y como se observa, de acuerdo con el anterior pronunciamiento, es criterio de la Procuraduría que la ley sujeta el otorgamiento sobre el uso y explotación del espectro radioeléctrico a un criterio técnico emitido previamente por la Sutel al Poder Ejecutivo. (principio de legalidad y de reserva de ley)

Además, dicho órgano consultivo ha indicado por medio del criterio número C-306-2015 del 11 de noviembre de 2015 que:

“Por mandato legal, el criterio técnico de SUTEL es parte del procedimiento, ya que el Poder Ejecutivo debe necesariamente contar con ese criterio para tomar la decisión de otorgar una concesión y, en su caso, para extinguirla. En ese sentido, el criterio técnico puede ser considerado una formalidad sustancial, cuya inexistencia es susceptible de viciar el procedimiento administrativo.

En este sentido, el citado criterio concluye en lo que interesa que: “(...) Como formalidad sustancial del procedimiento de resolución, la Superintendencia de Telecomunicaciones debe rendir un criterio técnico, no vinculante al Poder Ejecutivo. (...)” Asimismo, la Procuraduría desarrolla en este mismo criterio las competencias de la Sutel en materia de telecomunicaciones destinadas vigilar, aplicar, regular y controlar el ordenamiento jurídico aplicable en la materia. Al respecto, el artículo 59 de la Ley N° 7593 dispone que:

“(...) Corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones; para ello, se registrá por lo dispuesto en esta Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.”

En este mismo orden de ideas, por medio del Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-110-2016 del 10 de mayo del 2016, dicho ente reitera la competencia de la Sutel en materia de radiodifusión según se muestra a continuación:

“(...)2-. La norma que establece el título habilitante para el otorgamiento de frecuencias del espectro radioeléctrico para radiodifusión, la competencia para otorgarlo y el procedimiento es la Ley General de Telecomunicaciones, artículo 29. Esta Ley dispone sobre las reglas a que se sujetan las redes de radiodifusión para una optimización del espectro, lo que comprende una asignación y utilización de esos recursos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente. (...)

5-. La competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones en relación con la radiodifusión deriva no solo del artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones sino que, conforme a la Ley de Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, le corresponde regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, por ende, la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales.(...)” (Destacado intencional)

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

Por las anteriores consideraciones de hecho y de derecho, debe señalarse que de conformidad con el principio de jerarquía de las normas y el mismo principio de legalidad, en el tema de prórroga de las concesiones de radiodifusión, el MICITT requiere del criterio de la Sutel de previo a emitir el Acuerdo Ejecutivo correspondiente, por lo que no es consistente con el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones que se pretenda emitir una propuesta de decreto con una figura de “ampliación” no regulada en la legislación vigente y mediante la cual se busque prorrogar las concesiones de radio y televisión omitiendo ese requisito sustancial.

3. Sobre la consistencia de los actos de MICITT

En lo relativo a la propuesta del decreto en análisis, debe considerarse que el MICITT mediante el oficio MICITT-DVT-OF-008-2024 del 11 de enero de 2024 fue enfático en el procedimiento que debe llevarse para el trámite de las solicitudes de prórrogas presentadas por los concesionarios de radiodifusión de acceso libre, según se extrae a continuación:

“Los requisitos para la prórroga de las concesiones se determinan del ordenamiento vigente: - que la concesión más sus prórrogas no superen 25 años;-que la prórroga sea solicitada por la parte interesada con al menos 18 meses previos al vencimiento de la concesión;-que el Poder Ejecutivo solicite a la SUTEL el dictamen técnico sobre la solicitud;-que la SUTEL emita el dictamen técnico correspondiente y;-que el criterio sea acogido o no por el Poder Ejecutivo, de conformidad con la Ley N.º 8660, art. 39 inciso d). Como se desprende, el plazo, condiciones y procedimiento para el otorgamiento de las prórrogas no dependen de una nueva formulación de requisitos o condiciones por parte del Poder Ejecutivo, sino que ya están dadas por la LGT y el RGLT. (destacado intencional)

De conformidad con lo anterior, se percibe una contradicción entre lo señalado por el MICITT en el citado oficio y lo que pretende realizar por medio de la propuesta de decreto en análisis, máxime considerando que la figura de “ampliación” que se promueve aplicar no se encuentra dispuesta en a la legislación vigente siendo la figura regulada, la prórroga de las concesiones.

Debe indicarse que, en todo caso, se mantiene la incertidumbre jurídica que ha señalado el Consejo de la Sutel en el acuerdo número 004-030-2023 del 12 de mayo del 2023 en el cual hizo ver al MICITT lo siguiente:

“(…) CUARTO: Solicitar al Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, que, en aplicación de criterios de oportunidad, mérito y conveniencia pública, y con el fin de garantizar la continuidad de los servicios de radiodifusión de acceso libre, y al mismo tiempo brindar certeza y seguridad jurídica al sector, defina si procede una eventual prórroga de los títulos habilitantes de radiodifusión, o si por el contrario procede el inicio de un posible proceso concursal. (...)” (destacado intencional)

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

Bajo las condiciones expuestas, se solicita al MICITT enfocar los esfuerzos en finalizar los procedimientos de prórroga de las concesiones de prórroga de radiodifusión de acceso libre, en caso de que esa sea la vía que determine seguir.

4. Sobre el plazo de un año propuesto

En otro orden de ideas, sin perjuicio de todo lo señalado de previo en cuanto a la legalidad y viabilidad de la reforma propuesta, es importante referirse propiamente al plazo planteado en la misma. Sobre este punto debe señalarse que un año es un plazo que no solventa la situación actual sobre el eventual vencimiento de las concesiones de radiodifusión de acceso libre. Dentro de la motivación desarrollada por el MICITT sobre las razones por las cuales resulta necesaria la “ampliación” del plazo, se indica que el propósito es contar con los estudios previos de necesidad y factibilidad por parte de la Sutel, donde se hace además mención que esto se realiza con el fin de cumplir con lo que dispone la normativa, dentro de lo cual mencionan el artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones, el cual refiere a la figura de las concesiones, las cuales se otorgan por medio de concurso público.

De lo anterior se entiende que el MICITT pretende brindar la “ampliación” planteada para que se pueda cumplir con la normativa vigente respecto al régimen concesional y no como lo propone el MICITT en el oficio MICITT-DVT-OF-008-2024, donde apunta a una prórroga de las concesiones por un plazo de cinco años. Ahora bien, “ampliar” las concesiones tal y como se propone en la propuesta de reforma reglamentaria, viene a generar una confusión dado que por una parte se solicitan los informes técnicos relacionados con la prórroga de las concesiones de radiodifusión por un plazo de cinco años y por la otra, en la propuesta de reforma de reglamento se plantea una “ampliación” de las concesiones por el plazo de un año con el fin de realizar el correspondiente procedimiento concursal.

En relación con este último, ya esta Superintendencia se ha pronunciado sobre los plazos aproximados que conlleva la realización de los procedimientos concursales de espectro radioeléctrico. Lo anterior producto de la experiencia en otros procedimientos concursales, los cuales dependiendo de su complejidad pueden extenderse aún más en el tiempo.

Sobre este tema por medio del oficio número 06958-SUTEL-CS-2022 de fecha 1° de agosto de 2022, se remitió el oficio número 06818-SUTEL-DGC-2022, en el cual se señaló lo siguiente:

“(…) Indicar al Poder Ejecutivo que, a partir de la experiencia de procesos concursales anteriores, se estima que un nuevo proceso tenga una duración aproximada a los 2 años. Esta duración podría variar según la complejidad del proceso y el plazo que se disponga para ciertas tareas que deben realizarse en el proceso, pero la SUTEL ha podido avanzar de manera proactiva con algunas como la disposición de un sistema especializado para ejecutar subastas y, particularmente para el caso de sistemas IMT, con una valorización económica del recurso. (...)” (Destacado intencional)

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

Asimismo, mediante el acuerdo número 011-038-2023 de la sesión ordinaria 038-2023, celebrada el 29 de junio de 2023, el Consejo de la SUTEL acogió el oficio número 05415-SUTEL-DGC-2023 del 29 de mayo del 2023, por medio del cual la Dirección General de Calidad, emitió el informe "Propuesta de respuesta al oficio MICITT-DM-OF-490-2023". En el citado acuerdo del Consejo, se dispuso en lo que interesa, lo siguiente:

"TERCERO: Reiterar al MICITT que en relación con el tiempo estimado de duración de un eventual proceso concursal de frecuencias, en línea con lo notificado mediante el oficio número 06958-SUTEL-CS-2022 del 1° de agosto de 2022, en cumplimiento de lo dispuesto en el acuerdo número 015-053-2022 de la sesión ordinaria número 053-2022, celebrada el 28 de julio del 2022, se estima que un nuevo proceso concursal tenga una duración aproximada de dos años, plazo que podría variar según la complejidad del proceso específico.(...)" (Destacado intencional)

De igual forma, el Consejo de la Sutel ha recomendado que en vista de la complejidad que reviste el tema de radiodifusión, dada la cantidad de frecuencias que eventualmente formarían parte del concurso público y las particularidades técnicas de su operación, mediante el acuerdo número 029-070-2023 del 23 de noviembre de 2023 lo siguiente:

"(...) 6.2. Establecer de forma diferenciada los eventuales procesos concursales de radiodifusión para evitar los riesgos de mantener un solo concurso, reducir su complejidad y evitar que un proceso pueda afectar a otro, para cada uno de los segmentos de AM, FM y Televisión. (...)"

Dado lo anterior, el plazo propuesto en el proyecto de decreto de un año resultaría insuficiente para cumplir con los eventuales procedimientos concursales."

En adición a lo anterior y, en relación con el plazo necesario para realizar los procedimientos concursales, indicamos que en el oficio MICITT-DVT-OF-161-2024 de fecha 25 de abril del 2024, se detalla el procedimiento para el otorgamiento de concesiones para el servicio de radiodifusión de acceso libre, como también el tema de las prórrogas de los títulos habilitantes.

En el caso de las prórrogas de los títulos habilitantes, el oficio de recién cita indica lo siguiente:

"De esta manera, se considera de vital importancia que la SUTEL, sin condicionar la emisión del criterio correspondiente, analice detalladamente, y de forma individualizada, cada una de las solicitudes de prórroga que fueron remitidas por el MICITT, para la emisión del dictamen técnico particular para cada una de ellas, valorando los límites que fija el ordenamiento jurídico, en el tanto se cumpla o no con las condiciones básicas para que el concesionario pueda seguir operando las frecuencias que tiene concesionadas, con el fin de que el Poder Ejecutivo resuelva mediante un acto administrativo debidamente fundamentado, lo que en derecho corresponda, a la luz de la recomendación técnica expresa de la SUTEL."

En dicho oficio también se informa que, el Poder Ejecutivo requiere de los estudios previos de necesidad y factibilidad para adoptar la decisión de realizar un procedimiento concursal para este servicio de telecomunicaciones. En relación con este tema indica lo siguiente:

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

“(...) ante un escenario de un eventual concurso público para radiodifusión de acceso libre, sea sobrellevado con la comprensión de todos los requerimientos jurídicos, técnicos, económicos y de mercado necesarios para que el Poder Ejecutivo determine, mediante una eventual decisión inicial la instrucción a la SUTEL, del inicio de un posible concurso público que satisfaga el interés público que conlleva la explotación de este bien demanial y la prestación de este servicio de telecomunicaciones,, en cumplimiento de los objetivos y principios que establece el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.”

Además, solicita que el Consejo priorice *“(...) las aclaraciones requeridas para completar desde las perspectivas técnica, jurídica, económica y de mercado las recomendaciones asociadas a los estudios de necesidad y factibilidad para un eventual concurso público de radiodifusión, siendo ambos consustanciales para adoptar las decisiones finales que correspondan con el bloque de juridicidad aplicable.”*

Por lo anterior, es necesario indicar que el procedimiento concursal, se tramita según lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley General de Contratación Pública y el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, por lo que se requiere la participación, tanto del Poder Ejecutivo, de la Sutel y de la Contraloría General de la República.

Además, y como se indicó, según la experiencia de la Sutel, este tipo de procedimientos tiene una duración de 2 años, lo cual incluye, únicamente, la duración de la etapa de instrucción que corresponde a la Sutel, plazos apegados a la normativa aplicable en materia de Contratación Pública.

Se debe considerar que, estos procedimientos tienen una fase recursiva, además, se deben elaborar los contratos y estos contratos se deben refrendar, según lo estipula el ordenamiento jurídico. Debido a lo anterior, se concluye que es un procedimiento que debe cumplir con varias etapas y, requiere la participación de diversas instancias con competencias y plazos definidos.

En relación con lo anterior, es relevante indica que, para llevar a cabo un procedimiento concursal también es necesario que, el MICITT realice ajustes al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), lo cual la Sutel ha comunicado al MICITT. En la actualidad, gestionar un procedimiento concursal, sin realizar esa modificación, lesiona los principios que establece la Ley General de Telecomunicaciones y el deber de probidad.

II. CRITERIO DE ESTA SUPERINTENDENCIA COMO AUTORIDAD SECTORIAL DE COMPETENCIA

El oficio 03139-SUTEL-OTC-2024 de fecha 02 de mayo de 2024, emitido por la Dirección General de Competencia, indica lo siguiente:

“(...)”

1.2. Sobre la competencia de la SUTEL.

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, facultan a la SUTEL como autoridad sectorial de competencia, a velar porque la regulación impulsada e implementada no genere restricciones anticompetitivas, que afecten el desempeño eficiente del mercado de telecomunicaciones.

De conformidad con lo anterior, la operación de redes, incluyendo aquellas que soportan los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, y la prestación de servicios de telecomunicaciones, están sujetos al régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones y su aplicación corresponde exclusivamente a la SUTEL (artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736); régimen que se aplica en igualdad de condiciones a todos los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, sean estos públicos o privados.

En este sentido, 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.

Legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que posee la SUTEL en materia de promoción y abogacía de la competencia, tales como emisión de opiniones y recomendaciones, emisión de guías, realización de estudios de mercado, actividades de asesoramiento, capacitación y difusión, acuerdos de cooperación, programas de cumplimiento voluntario, además de la difusión y publicación de su labor¹.

En particular, según los artículos 21 de la Ley 9736, 24 del Reglamento a esa misma Ley y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la SUTEL establecen que la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud del Poder Ejecutivo, de la Asamblea Legislativa, demás entidades públicas o de cualquier administrado, sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción.

El proyecto de reforma al RLG^T se refiere a la prórroga de los títulos habilitantes para servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre por el plazo de un año, y por ende se considera que lo dispuesto en la propuesta de modificación reglamentaria tiene incidencia en los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre y por tanto esto faculta el actuar de la SUTEL².

¹ Artículos 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Ley 9736.

² Al respecto se pueden consultar el Dictamen C-089-2010 del 30 de abril de 2010 y el Dictamen C-003-2013 del 15 de enero de 2013, ambos de la Procuraduría General de la República, así como resolución RCS-242-2016 del Consejo de la SUTEL.

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

2. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA AL RLGT DE CARA A LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN LA OPERACIÓN DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

2.1 Sobre el marco para el análisis de la regulación que se pretende promulgar.

En términos generales, el documento en análisis está conformado por dos artículos. El primero adiciona un Transitorio V al Reglamento citado, donde se plantea ampliar por un año la vigencia de los títulos habilitantes de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, manteniendo las mismas condiciones bajo las que originalmente se otorgaron. El segundo artículo hace referencia a la vigencia, la cual se sitúa a partir del 28 de junio de 2024, fecha de vencimiento de las concesiones indicadas.

Visto lo anterior, el documento no se constituye en una propuesta normativa o regulatoria en sí misma, sin embargo, sus disposiciones tienen un impacto en el mercado, afectando a un sector de suma relevancia a nivel país, como lo es el de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre; por ello resulta preponderante su evaluación por parte de esta Superintendencia como autoridad sectorial de competencia.

Sin embargo, la aplicación de la metodología utilizada para el estudio de normas y regulaciones denominada: “Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Perspectiva de la Competencia” aprobada mediante acuerdo 037-061-2022 del 5 de setiembre del 2022, no resulta en un ejercicio óptimo en este caso, debido a la naturaleza del instrumento en consulta; pese a ello, como se indicó líneas arriba, es de relevancia analizar si la propuesta de modificación Reglamentaria en cuestión: i) promueve principios de competencia y libre concurrencia; ii) tiene el potencial de afectar la competencia del mercado y iii) corresponde a una alternativa adecuada que resulte favorable al proceso competitivo del mercado de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre.

2.2. Sobre la importancia del sector de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre

La radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre es un servicio que se presta mediante la propagación de señales a través del espectro radioeléctrico y mediante el empleo de infraestructura de red que soporta la trasmisión de dichos servicios. De tal forma este servicio se encuentra en la intersección de los medios de comunicación y las telecomunicaciones y, por lo tanto, comparte cuestiones regulatorias y de competencia con ellos.

Sin embargo, el sector de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre cumple un fin público de particular importancia para el país, de ahí el especial cuidado que ameritan las acciones regulatorias y normativas que se tomen en relación con este sector.

Este servicio posee dos características económicas que lo diferencian de otros servicios, su consumo es no excluyente y no rival, y eso implica que el mismo puede ser accedido de manera gratuita por todos los usuarios que cuenten con un receptor adecuado, bien

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

sea radio o televisión; son justamente estas características específicas las que sustentan la importancia de dicho sector.

Las actividades realizadas en este sector, si bien en muchos casos son de naturaleza privada, gozan de una importancia pública particular. De lo cual deviene la necesidad de garantizar condiciones de competencia que faciliten el cumplimiento de otros principios asociados a este sector como lo son la pluralidad, la diversidad y la veracidad.

El pluralismo resulta en un pilar de los derechos a la información y la libertad de expresión, por tanto, como tal resulta en un elemento esencial para preservar la democracia³.

Considerando la importante función que juega el sector de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, el Poder Ejecutivo debe promover en relación con éste una política pública transparente, segura y coherente que garantice la continuidad y el desarrollo de dicho sector, con el objetivo de que los usuarios tengan acceso a la diversidad de contenidos que proveen dichos medios.

*En ese sentido, **resulta indispensable, que el Poder Ejecutivo analice el apego a derecho de la modificación reglamentaria puesta en consulta, de cara principalmente a la figura jurídica empleada, sea la modificación de un transitorio, considerando que dicha figura aplica en general para situaciones temporales existentes de previo a la emisión de la norma en cuestión, lo cual no ocurre en el presente caso; en cuanto a la vinculación de dicha figura con el marco normativo consagrado en la Ley General de Telecomunicaciones, en vista de la condición de bien demanial que posee el espectro radioeléctrico, que implica que este sólo se puede asignar por ley o por una ley habilitadora, es decir, es reserva de Ley, de tal forma que resulta necesario determinar si la figura de ampliación que se pretende aplicar vía decreto pudiera resultar inconsistente con los artículos 73 inciso d) de la Ley 7593 y 39 inciso d) de la Ley 8660, y con el citado principio de reserva de Ley.***

*Dada la importancia de este sector para el país, y considerando adicionalmente los innegables retos que enfrenta el mismo en términos de competencia provenientes de la evolución tecnológica, **es innegable la necesidad de encontrar un mecanismo jurídico válido que permita la continuidad de los concesionarios actuales por un período que resulte razonable para la realización de una licitación del espectro radioeléctrico.***

Si bien desde la perspectiva de la competencia la licitación es el escenario ideal, dada la cercanía del plazo del vencimiento de las concesiones en cuestión y el tiempo necesario para la realización de un proceso concursal en relación con dichos servicios,

³ Parlamento Europeo. (2008). "Concentración y pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea". Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de septiembre de 2008, sobre la concentración y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea (2007/2253(INI)).

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

la ampliación se convierte en un escenario necesario para la continuidad de los servicios prestados.

La no ampliación de las concesiones en cuestión implicaría en términos prácticos una salida de activos del mercado, lo cual resulta perjudicial para el mercado y los usuarios. Así, ante la inevitabilidad del vencimiento de las concesiones es más conveniente permitir una ampliación de las concesiones actuales que simplemente dejar que las empresas salgan del mercado y los usuarios pierdan el acceso a dichos servicios. Amén de la importancia particular ya recalcada líneas arriba que juegan los servicios de radiodifusión para el país.

2.3. Sobre la importancia de la certeza jurídica para la inversión, la innovación y la competencia

En diversas opiniones emitidas al Poder Ejecutivo⁴ por parte de la SUTEL se ha sido enfático en la importancia de garantizar la seguridad jurídica como mecanismo indispensable para promover la inversión, la innovación y la competencia en el mercado.

Decisiones que puedan generar dudas sobre su asidero legal no incentivan una sana dinámica en el sector en cuestión, desincentivando a su vez a potenciales nuevos entrantes de ingresar al sector ante la falta de certeza en relación con los plazos y condiciones en que se materializaría una eventual licitación del espectro radioeléctrico en relación con el espectro para la provisión de servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre.

La SUTEL ha hecho saber los plazos que requiere para la realización de una licitación del espectro radioeléctrico (mismos que devienen de la propia normativa legal), los cuales superan el año planteado por el Poder Ejecutivo en su propuesta, y por tanto el plazo propuesto resultaría insuficiente para un eventual proceso concursal. Esta situación genera falta de certeza de lo que ocurriría cuando venza dicho plazo y aún no se cuente con los nuevos contratos de concesión, generando falta de seguridad jurídica para los administrados y para el sector en general.

La falta de certeza jurídica afecta no sólo al sector radiodifusión, sino que impacta la dinámica de muchos otros mercados asociados a este, por ejemplo, la publicidad, la producción y distribución de contenidos, los mercados de empleo de profesiones asociadas a la comunicación, entre otros.

De tal forma es clave que la política pública genere los mecanismos que permitan a los usuarios continuar contando con un servicio de radiodifusión, lo cual requiere de acciones apegadas al marco jurídico vigente, evitando cualquier tipo de ambigüedad que pueda afectar a quienes se encuentran bajo su alcance; tanto a los actuales concesionarios como a los potenciales interesados en poder acceder a dicho espectro en el corto plazo. Esto es un elemento esencial para la inversión, innovación y competencia en este sector.

⁴ Véanse informes 09228-SUTEL-OTC-2022, 09061-SUTEL-OTC-2023 y 02649-SUTEL-OTC-2024.

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

2.4. Sobre la importancia de un proceso concursal que promueva los principios de competencia

Como se indicó de previo, desde la perspectiva de la competencia, pero también de la diversidad informativa, el mecanismo de licitación es el escenario ideal cuando se logra estructurar una licitación que cumpla con los requisitos mínimos necesarios.

*Si bien se entiende que en el momento actual la ampliación de las concesiones es una necesidad, **el Poder Ejecutivo no debe perder de vista la importancia de continuar impulsando el proceso de licitación como el mejor mecanismo para garantizar el fin público.***

*En este sentido **las eventuales prórrogas que se otorguen deben ser las adecuadas para permitir estructurar y ejecutar un correcto proceso concursal que promueva la competencia y a través de ella la pluralidad, pero no ir más allá.***

Una licitación pública de espectro para servicios de radiodifusión debe contener elementos que promueven la libre y mayor concurrencia, incorporando elementos asociados al control de la concentración, que garanticen justamente tanto la competencia como la diversidad que este tipo de servicios debe tener para cumplir con su fin público. Esto pasa por la incorporación de nuevas tecnologías⁵ que faculten el ingreso de un mayor número de agentes en el mercado y también la innovación, como un mecanismo que facilite a su vez la supervivencia del sector en un entorno cambiante y altamente competitivo.”

III. CONCLUSIONES

Al tenor de lo desarrollado de previo, se concluye lo siguiente:

1. La no ampliación de las concesiones de frecuencias para la operación de redes y la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre y gratuito, tiene un impacto social y cultural y, es perjudicial para: el mercado de las telecomunicaciones, mercados relacionados, los usuarios de dichos servicios y sus derechos consagrados en el ordenamiento nacional.
2. El proyecto de reforma al Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones propone una modificación al Transitorio V, y se plantea ampliar por un año la vigencia de los títulos habilitantes de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, manteniendo las mismas condiciones bajo las que originalmente se otorgaron.

A partir de lo anterior se indica lo siguiente:

- A. El sector de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre cumple un fin público de particular importancia para el país, de ahí el especial cuidado que

⁵ El paso del espectro analógico al digital, más eficiente, ha reducido la escasez de capacidad de frecuencias para servicios de radiodifusión, permitiendo transportar más canales a través de menos ondas.

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

ameritan las acciones regulatorias y normativas que se tomen en relación con este sector.

- B.** El artículo 24 de la Ley General de Telecomunicaciones es expreso en disponer el mecanismo para ampliar el plazo de las concesiones, el cual corresponde a la prórroga, para lo cual, es necesario disponer de un criterio técnico de la Sutel, que debe ser emitido de forma individualizada a cada concesionario que lo solicite.
- C.** El ordenamiento jurídico dispone que, para otorgar concesiones para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico, se debe realizar un procedimiento concursal.
- D.** Las actuaciones de la administración deben regirse por el principio de legalidad, que a su vez depende de la jerarquía jurídica, que establece la prevalencia de los distintos instrumentos jurídicos.
- E.** El plazo de un año que se propone en el proyecto de decreto resulta insuficiente para emprender un eventual procedimiento concursal de radiodifusión, en apego a ordenamiento jurídico que rigen la materia.
- F.** Las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo deben dar certeza e incentivar una sana dinámica en el sector en cuestión, para no generar incerteza jurídica, y no afectar, a los actuales concesionarios del espectro, ni desincentivar a potenciales entrantes del sector.
- G.** El Poder Ejecutivo debe promover una política pública transparente, segura y coherente con el marco normativo que, garantice la continuidad del sector de radiodifusión y promueva un procedimiento concursal para la asignación de espectro radioeléctrico.

IV. RECOMENDACIONES

1. Aprobar este informe y enviar al MICITT, tanto este informe, como las siguientes recomendaciones:

- A.** Señalar al MICITT que, la propuesta de reforma del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones contiene elementos que riñen con el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones y, los siguientes principios: jerarquía de normas, principio de legalidad y de reserva de ley. Lo anterior considerando que se trata de la regulación de un bien demanial y, la figura de “ampliación” propuesta en la reforma, no es permitido por el ordenamiento jurídico. Lo que permite el ordenamiento jurídico es la prórroga de las concesiones, regulada en los artículos 24 de la Ley N°8642, 73 inciso d) de la Ley N°7593, y artículo 39 inciso d) de la Ley N°8660.

02 de mayo de 2024

03179-SUTEL-UJ-2024

- B.** Solicitar al Poder Ejecutivo que analice el apego a derecho de la modificación reglamentaria puesta en consulta, principalmente, la figura jurídica empleada, sea la modificación de un transitorio. Debido a que, dicha figura aplica para situaciones temporales existentes de previo a la emisión de la norma en cuestión. Además, que analice el apego de dicha figura con la Ley General de Telecomunicaciones, en vista de la condición de bien demanial que posee el espectro radioeléctrico. Por lo que, es relevante determinar, si la figura de ampliación que se pretende aplicar vía decreto es consistente con los artículos 73 inciso d) de la Ley 7593 y 39 inciso d) de la Ley 8660, y con el principio de reserva de ley.
- C.** Indicar al MICITT que, si se materializa la ampliación del plazo de un año propuesta en la modificación reglamentaria, este plazo, tal como lo ha señalado la Sutel en diversas ocasiones, es insuficiente para realizar los procedimientos concursales. Lo cual genera incerteza de lo que ocurriría cuando venza el plazo propuesto. Esto genera una falta de seguridad para los administrados y para el sector en general, lo que a su vez afecta la inversión, innovación y competencia en este sector.
- D.** Indicar al MICITT que, de conformidad con el oficio número MICITT-DVT-OF-008-2024 del 11 de enero de 2024, esta Superintendencia se encuentra en un proceso avanzado de emisión de los informes técnicos asociados a los expedientes de prórrogas remitidos por el propio MICITT, a los cuales se le están haciendo las modificaciones solicitadas en el oficio MICITT-DVT-OF-161-2024 de fecha 25 de abril del 2024. Al contar el Consejo nuevamente con la debida conformación, tal como ocurrió el pasado 26 de abril, esos informes serán conocidos en los próximos días.
- E.** Indicar al Poder Ejecutivo que, si bien la ampliación de las concesiones es una necesidad debido a la fecha de su vencimiento, desde el punto de vista de la libre concurrencia y asignación eficiente de un bien demanial como el espectro, es importante indicar que el procedimiento de licitación es el mejor mecanismo para garantizar la asignación de este bien demanial. Para lo cual, tal como se ha manifestado, es necesario considerar las eventuales modificaciones al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) que desde el punto de vista técnico, esta Superintendencia ha recomendado al Poder Ejecutivo valorar.

SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

María Marta Allen Chaves
Unidad Jurídica

FOR-SUTEL-CSC-UJU-CGL-00046-2024