

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 081-2018

A LAS TRECE HORAS DEL 4 DE DICIEMBRE DEL 2018

SAN JOSÉ, COSTA RICA

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

Acta número ochenta y uno, correspondiente a la sesión extraordinaria celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en la sala de sesiones "José Gonzalo Acuña González", a partir de las trece horas del cuatro de diciembre del dos mil dieciocho. Presidida por Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, con la asistencia de los señores Gilbert Camacho Mora, Miembro Titular y Jaime Herrera Santiesteban, Miembro Suplente, en sustitución de la señora Hannia Vega Barrantes, quien se inhibió de participar en los temas que se tratarán en esta sesión, tal y como quedó consignado en los acuerdos 018-078-2018 de la sesión ordinaria celebrada el 23 de noviembre, 2018 y 021-080-2018 de la sesión ordinaria celebrada el 28 de noviembre, 2018.

Asisten los funcionarios Ivannia Morales Chaves, Rose Mary Serrano Gómez y Jorge Brealey Zamora, Asesores del Consejo y Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo.

ARTÍCULO 1

PROPUESTA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CALIDAD

1.1 Propuesta de dictamen técnico sobre la solicitud de prórroga de la concesión adecuada mediante resolución N° RT-016-2009 de IBW Comunicaciones, S. A.

Ingresar el señor Glenn Fallas Fallas para participar del conocimiento de los temas de la Dirección a su cargo.

El señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez deja constancia de que en esta oportunidad conforma el Cuerpo Colegiado el señor Gilbert Camacho Mora, Miembro Propietario, Jaime Herrera Santiesteban, Miembro Suplente, en sustitución de la señora Hannia Vega Barrantes, en atención a lo dispuesto mediante acuerdo 018-078-2018, de la sesión ordinaria 078-2018, celebrada el 23 de noviembre del 2018 y su persona, quien preside.

De inmediato, la Presidencia hace del conocimiento del Consejo la propuesta de dictamen técnico presentado por la Dirección General de Calidad, para atender la solicitud de prórroga de la concesión adecuada mediante resolución N° RT-016-2009, de la empresa IBW Comunicaciones, S. A.

Al respecto, se conoce el oficio 09342-SUTEL-DGC-2018, del 09 de noviembre del 2018, por medio del cual esa Dirección se refiere al tema indicado.

Interviene el señor Glenn Fallas Fallas, quien menciona los antecedentes del caso y señala que el dictamen que se presenta al Consejo en esta oportunidad refiere al proceso de adecuación que inició Sutel y remitió para valoración al Poder Ejecutivo.

Agrega que la empresa IBW no obtuvo las frecuencias que tiene asignadas a la fecha por medio de un proceso concursal; en su momento se asignaron en aplicación de lo dispuesto en la Ley de Radio, la cual en su ámbito de aplicación no incluye la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.

Menciona lo referente al interés público que conllevan las frecuencias bajo análisis, por corresponden a segmentos para la prestación de servicios IMT, por lo que debe vigilarse que sea la empresa idónea la que explote las frecuencias.

En virtud de lo expuesto, señala que la recomendación al Consejo es emitir un dictamen al Poder Ejecutivo, en el cual se indique que no se recomienda otorgar el título habilitante y valorar lo anteriormente señalado por esta Superintendencia en relación con las adecuaciones de IBW Comunicaciones, S. A., así como las consideraciones por las cuales, a criterio de la Dirección a su

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

cargo, no debería emitirse un dictamen favorable a esta solicitud de ampliación.

El señor Fallas Fallas aclara que la prórroga es discrecional, es decir, vencido el plazo de 15 años no existe obligación del Estado para brindarla y corresponde al Poder Ejecutivo valorarlo con base en las razones técnicas expuestas por Sutel.

La Presidencia consulta a los Asesores si tienen alguna observación, pregunta o advertencia sobre el tema.

El funcionario Jorge Brealey Zamora menciona que es necesario tener claro lo correspondiente al plazo de vigencia de estas concesiones, por cuanto fueron otorgadas bajo las disposiciones del reglamento de radiocomunicaciones, Decreto Ejecutivo No 31608-G, y se refiere a lo establecido en éste en cuanto al plazo de vigencia y la fecha de vencimiento correspondiente. En consecuencia, según este reglamento, el plazo es de 15 años, a partir vigencia Reglamento de Radiocomunicaciones, Decreto Ejecutivo N 31608-G, publicado en el Alcance N 28 de La Gaceta N 125 del 28 de junio de 2004. Agrega que la solicitud de la empresa está correctamente presentada en tiempo, dado que dicha concesión vencería -según lo anterior- el 28 de junio del 2019 y, el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, establece 18 meses de anticipación al vencimiento de la concesión para presentar la solicitud.

De inmediato, la Presidencia abre el debate para que los Miembros del Consejo se refieran al tema.

El señor Jaime Herrera Santiesteban señala que leyó la documentación y no encuentra la idea de dejar vencer la concesión y efectuar el concurso, por lo que no tiene claro si se debe indicar lo anterior al Poder Ejecutivo o dejar que aplique el vencimiento.

El señor Ruiz Gutiérrez señala que en el documento se encuentran todos los antecedentes que se han desarrollado para llegar a la conclusión que básicamente lo que se analiza es exclusivamente la solicitud de prórroga de la concesión y la potestad que tiene la administración concedente, el Poder Ejecutivo, para brindar la autorización.

Agrega que este tema se ha conocido en sesiones de trabajo anteriores y en esta oportunidad, el Consejo valora las recomendaciones y la decisión que tomaría el Consejo es con respecto a la conveniencia o no de recomendar esa renovación.

El señor Camacho Mora hace ver que se debe entender un aspecto técnico, que es lo indicado en el informe con respecto a que esa banda específicamente de 2300 a 2400 MHz, ha sido identificada no solo por los organismos internacionales, sino que está asignada en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias para uso de sistemas de telecomunicaciones móviles internacionales y esa es la importancia de esa parte del espectro radioeléctrico.

A partir de lo indicado, señala que es relevante entender el informe elaborado por la Dirección General de Calidad, para la no recomendación de la ampliación de la concesión y que el Poder Ejecutivo tome, a partir de ahí, la decisión que corresponda.

El señor Ruiz Gutiérrez se refiere al marco jurídico actual de la explotación del espectro radioeléctrico como bien demanial, que puede ser explotado mediante una concesión administrativa, siempre que sea otorgado, tal como está establecido, mediante la aplicación del concurso público. Por lo anterior, señala que debe ser considerada esta concesión, que fue aprobada bajo la normativa anterior, en procura del mayor beneficio para los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y hacer el uso más eficiente del recurso escaso y el valor que aporta a un mercado cada vez más demandante de nuevos servicios.

El funcionario Jorge Brealey Zamora consulta lo correspondiente a la declaración de confidencialidad del informe que se conoce en esta oportunidad. Agrega que para este tipo de

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

gestiones de prórroga del plazo de concesión del demanio radioeléctrico, es materia de interés público.

El señor Ruiz Gutiérrez menciona que la no renovación de la concesión está apegada a la estricta y transparente utilización de las bandas de espectro que se habilitarían para un concurso público y su promoción generaría mayores beneficios, en el tanto se contaría con más participantes interesados en ofrecer los servicios y no se está haciendo pública ninguna información de carácter confidencial.

El señor Camacho Mora señala la conveniencia de ajustar estos temas a lo que establece la normativa en materia de prórrogas. Para el caso en particular, la Superintendencia está presentando una recomendación técnica basada en la atribución o asignación de este espacio en el espectro radioeléctrico que indica que debe ser utilizado para sistemas IMT, lo cual deja claro al Poder Ejecutivo la razón técnica por la cual no se recomienda la ampliación de la concesión y de esta manera, dejar disponibles las frecuencias para su aplicación en un futuro cercado en el campo de los servicios de telecomunicaciones móviles.

El señor Fallas Fallas hace ver que dada la urgencia de atender el tema a la brevedad, el acuerdo deberá ser aprobado en firme conforme lo que establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de Administración Pública.

La Presidencia somete a votación del Consejo la propuesta de acuerdo que se tiene a la vista, con base en el contenido del oficio 09342-SUTEL-DGC-2018, del 09 de noviembre del 2018 y la explicación brindada por el señor Fallas Fallas, por lo que los señores Miembros resuelven por unanimidad:

ACUERDO 001-081-2018

En relación con el oficio N° MICITT-DNPT-OF-022-2018 del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (en adelante MICITT), NI-0706-2018, para que la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante, SUTEL) remita al Poder Ejecutivo el estudio técnico y recomendación correspondientes a la solicitud de prórroga de la concesión de la empresa IBW Comunicaciones, S. A., que se tramita en esta Superintendencia bajo el número de expediente ER-00210-2018; el Consejo de esta Superintendencia, resuelve lo siguiente:

RESULTANDO:

1. Que el 10 de diciembre de 1996, mediante Acuerdo Ejecutivo N° 74 el Poder Ejecutivo otorgó en concesión el derecho de uso y explotación de los rangos de frecuencias 2.300 MHz a 2.325 MHz, 2.350 MHz a 2.375 MHz y 2.400 MHz a 2.425 MHz a Televisora Canal Diecinueve S.A. para que sean utilizados *"como enlaces del Servicio Troncalizado, en la transmisión de audio y video en forma analógica y digital, entre sus radio bases ubicadas en todo el país"*.
2. Que el 11 de enero de 1999 se publicó en La Gaceta N° 6 Alcance N° 1, el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), Decreto Ejecutivo N° 27554-G, en la nota CR 2.60 el cual establecía que *"[e]l rango de 2.300-2.500 MHz es utilizado por radioenlaces de repetición para la transmisión de audio y video entre las unidades móviles y los estudios de los canales de televisión"*.
3. Que el 18 de julio del 2002, mediante Acuerdo Ejecutivo N° 2760-2002 MSP, el Poder Ejecutivo otorgó en concesión el derecho de uso y explotación de los rangos de frecuencias 2.375 MHz a 2.400 MHz a Librería y Regalos García y García S.A. según el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, nota CR 2.60 Decreto Ejecutivo N° 27554-G, vigente en ese momento.

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

4. Que en el folio 47 del expediente T0059-ERC-DTO-TE-NTV-2012, consta el documento de fecha 29 de setiembre del 2004, en donde el señor Antonio José García Alexandre, en su condición de presidente de Televisora Canal Diecinueve S.A., Radio Costa Rica Novecientos Treinta A.M., S.A. y Librería y Regalos García y García S.A. solicitó al señor Melvin Murillo, Director Departamento de Control de Radio, del Ministerio de Gobernación y Policía lo siguiente: *"(...) confeccionar de forma individual los contratos de concesión, entre otras, para las frecuencias rangos 2300-2375 MHz, 2350 a 2375 MHz confeccionar 2400 a 2425 MHz (...) además frecuencia rango 2375 a 2400 MHz (...) 7350 a 7375 MHz (...)."*
5. Que en el folio 54 del expediente T0059-ERC-DTO-TE-NTV-2012, consta el documento de fecha 14 de octubre del 2004, mediante el cual el señor Antonio José García Alexandre, en su condición de presidente de Televisora Canal Diecinueve S.A. solicitó al señor Melvin Murillo, Director Departamento de Control de Radio, del Ministerio de Gobernación y Policía lo siguiente: *"(...) confeccionar el contrato de concesión para las siguientes frecuencias: Rango 2300-2375 MHz, Rango 2350-2375 MHz y 2400-2425 MHz. (...)"*
6. Que a folio 183 del expediente L0059-ERC-STO-TE-CNN-2012 consta el documento de fecha 14 de octubre del 2004, mediante el cual el señor Antonio José García Alexandre, en su condición de presidente de Librería y Regalos García y García, S.A. solicitó al señor Melvin Murillo, Director Departamento de Control de Radio, del Ministerio de Gobernación y Policía lo siguiente: *"(...) confeccionar el contrato de concesión para las siguiente (sic) frecuencia: Rango 2.375MHz a 2.400 MHz."*
7. Que el 27 de junio del 2007, el señor Antonio José Alexandre García, en su condición de presidente de Televisora Canal Diecinueve S.A. junto a Jan Magnin y Falcon Lavadi, en su condición de presidente de Veintitrés Mil Cuatrocientos Cuatro S.A. suscribieron un contrato de cesión de las frecuencias 2.300 MHz a 2.325 MHz, 2.350 MHz a 2.375 MHz y 2.400 MHz a 2.425 MHz.
8. Que en folios 57 al 59 del expediente T0059-ERC-DTO-TE-NTV-2012 consta el documento de fecha 27 de junio del 2007, en donde el señor Antonio José Alexandre García, en su condición de presidente de Librería y Regalos García y García S.A. junto a Jan Magnin y Falcon Lavadi, en su condición de presidente de Veintitrés Mil Cuatrocientos Cuatro S.A. suscribieron un contrato de cesión de las frecuencias 2.375 MHz a 2.400 MHz.
9. Que en los folios 60 al 62 del expediente T0059-ERC-DTO-TE-NTV-2012, consta el Acuerdo Ejecutivo N° 157-2008-MGP de fecha 13 de febrero del 2008, mediante el cual el Presidente de la República y el Ministro de Gobernación, Policía y Seguridad Pública con base en el criterio favorable de la cesión de frecuencias por parte del Departamento de Control Nacional de Radio, dispusieron lo siguiente: *"Otorgar a la empresa Veintitrés Mil Cuatrocientos Cuatro Sociedad Anónima, concesión de derecho de uso de los rangos de frecuencias 2300 a 2325 MHz, frecuencia central 2312,5 MHz; 2350 a 2375 MHz, frecuencia central 2367,5 y 2400 a 2425MHz, frecuencia central 2412,5 MHz para ser utilizados como enlaces del Servicio Troncalizado, en la transmisión de audio y video en forma analógica y digital, entre sus radio bases ubicadas en todo el país, según las siguientes características (...)."*
10. Que en folios 40 al 42 del expediente I0119-ERC-DTO-TE-EIA-2012, consta el Acuerdo Ejecutivo N° 512-MGP de fecha 9 de junio del año 2008, por medio del cual el señor Presidente de la República y la señora Ministra de Gobernación y Seguridad Pública con base en el criterio favorable del Departamento de Control Nacional de Radio dispusieron siguiente: *"Otorgar a la empresa Veintitrés Mil Cuatrocientos Cuatro Sociedad Anónima, concesión de derecho de uso de los rangos de frecuencia 2300 a 2325 MHz, frecuencia central 2312,5 MHz; 2350 a 2375 MHz, frecuencia central 2367,5 MHz y 2400 a 2425 MHz, frecuencia central 2412,5 MHz, para ser utilizados como enlaces del Servicio Troncalizado, en la transmisión de audio y video en forma analógica y digital, entre sus radio bases ubicadas en todo el país (...)."*

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

11. Que en folios 45 al 46 del expediente I0119-ERC-DTO-TE-EIA-2012, consta el Acuerdo Ejecutivo N° 642-MGP de fecha 1° de octubre del 2008, mediante el cual el señor Presidente de la República y la señora Ministra de Gobernación y Seguridad Pública con base en el criterio favorable del Departamento de Control Nacional de Radio dispusieron lo siguiente: *"Otorgar a la empresa Veintitrés Mil Cuatrocientos Cuatro Sociedad Anónima, concesión de derecho de uso de los rangos de frecuencias 2375 a 2400 MHz, frecuencia central 2387,5 MHz para ser utilizado como enlace del Servicio Troncalizado, en la transmisión de audio y video en forma analógica y digital, entre sus radios bases ubicados en todo el país (...)"*
12. Que el 29 de mayo del 2009, se publicó en La Gaceta N° 103, Alcance N° 19, el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET y sus reformas, el cual en su nota CR 072 dispuso que *"[e]l segmento de frecuencias 2.300 – 2.400 MHz conforme con la Resolución 223 (Rev. CMR07) están atribuidos a servicios IMT pero a condición de que se puedan migrar los radioenlaces de televisión que actualmente son utilizados para la transmisión de audio y video entre las unidades móviles y los estudios de los canales de televisión"* (resaltado intencional).
13. Que el 3 de noviembre del 2009, el Poder Ejecutivo por resolución número RT-016-2009-MINAET de las 10:30 horas adecuó el título habilitante de la empresa IBW Comunicaciones S.A. y la concesión del uso y explotación de los rangos de frecuencias 2.300 MHz a 2.325 MHz, 2.350 MHz a 2.375 MHz y 2.375 MHz a 2.400 MHz.
14. Que el 22 de agosto del 2011, IBW Comunicaciones, S.A. procedió a notificar a la Superintendencia de Telecomunicaciones que suministraría inmediatamente a los usuarios un servicio de *"Internet masivo"* para fines de navegación, correo electrónico y/o redes virtuales privadas.
15. Que el 10 de octubre de 2011, la Dirección General de Calidad mediante el oficio 2521-SUTEL-DGC-2011, presentó al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones el *"Informe técnico-jurídico sobre las concesiones otorgadas y posteriormente adecuadas mediante resolución RT-016-2009 de la empresa IBW Comunicaciones S.A."* en el cual se recomendó iniciar un procedimiento administrativo para determinar si la empresa IBW Comunicaciones, S.A. se encontraba prestando servicios de telecomunicaciones disponibles al público sin contar con la debida concesión o autorización correspondiente.
16. Que el 2 de noviembre del 2011, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones por resolución número RCS-247-2011 se pronunció sobre la ampliación de oferta de servicios presentada por IBW Comunicaciones S.A. para brindar *"Internet masivo"* para fines de navegación, correo electrónico y/o redes virtuales privadas.
17. Que el 23 de marzo del 2012, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones mediante acuerdo 035-019-2012 de la sesión ordinaria número 19-2012, aprobó la resolución número RCS-122-2012 de las 13:25 horas del 23 de marzo del 2012 dictó el auto de apertura del procedimiento, intimación de hechos e imputación de cargos.
18. Que el Consejo de la SUTEL mediante Resolución RCS-246-2013 de las 11:00 horas del 14 de agosto de 2013, resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la empresa IBW Comunicaciones S.A.
19. Que por medio de Resolución N° 2387-2013 de fecha 5 de noviembre de 2013, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Segundo Circuito Judicial de San José, declaró con lugar la solicitud de medida cautelar presentada por IBW Comunicaciones S.A.
20. Que el Tribunal Procesal Contencioso y Civil de Hacienda mediante resolución del 5 de diciembre de 2013, brindó traslado a la SUTEL del proceso ordinario llevado bajo el

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

expediente 13-5824-1027-CA que corresponde a una demanda interpuesta por parte de la empresa IBW Comunicaciones S.A., en contra de las Resoluciones del Consejo de la SUTEL números RCS-247-2012 y RCS-246-2013.

21. Que la SUTEL el 5 de febrero de 2014, en tiempo y forma procedió a dar respuesta al Tribunal Procesal Contencioso y Civil de Hacienda de la demanda interpuesta por parte de la empresa IBW Comunicaciones en contra de la SUTEL.
22. Que el Consejo de la SUTEL mediante acuerdo 016-007-2015 del 4 de febrero del 2015 notificado al MICITT con oficio 00982-SUTEL-SCS-2015 del 13 de febrero del 2015, aprobó el oficio 8862-SUTEL-DGC-2014 del 12 de diciembre del 2014, referente a la recomendación de dictamen técnico para la adecuación de los títulos habilitantes según Acuerdos Ejecutivos N°157-2008-MGP modificado por el N° 512 MGP y N° 642 MGP, otorgados a la empresa IBW Comunicaciones S.A.
23. Que mediante oficio del 15 de noviembre de 2017, la empresa IBW Comunicaciones, solicitó al Viceministerio de Telecomunicaciones, lo siguiente: *"1-Prorrogar por un plazo de diez años contado a partir de su fecha de vencimiento la concesión otorgada y adecuada mediante la resolución del Poder Ejecutivo N° RT-016-2009 de 3 de noviembre de 2009 a la empresa IBW Comunicaciones S.A., cédula jurídica 3-101-265942. 2-Mantener en todos sus extremos, con la salvedad del plazo de vigencia, los términos de la concesión adecuada mediante resolución N°RT-016-2009."*
24. Que el Viceministerio de Telecomunicaciones mediante oficio MICITT-DNPT-OF-022-2018 del 18 de enero de 2018, remitió a la SUTEL la solicitud presentada por parte de la empresa IBW Comunicaciones con el fin de que se emita el criterio correspondiente.
25. Que la Dirección General de Calidad, en conjunto con la Asesoría del Consejo y la Unidad Jurídica, de conformidad con la solicitud realizada por Consejo de la SUTEL, a raíz de la solicitud de criterio técnico del MICITT, realizó el estudio técnico correspondiente incorporado en el oficio 09342-SUTEL-DGC-2018 del 9 de noviembre del 2018.

CONSIDERANDO:

- I. Que la Superintendencia de Telecomunicaciones tiene competencia para rendir estudios técnicos y recomendaciones ante el Poder Ejecutivo, de conformidad con los artículos 59, 60, 73 y 75 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N°7593; artículos 1 y 39 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660; y artículos 1, 10, 11, 19, 26, 29, 30 y 49 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N°8642.
- II. Que de conformidad con el Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF), al Consejo le corresponde 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. Asimismo, el Consejo tiene asignado como funciones las de administrar y controlar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de interferencias perjudiciales; y debe velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.
- III. Que el artículo 121 de la Constitución Política establece en el inciso 14 que no pueden salir

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

del dominio del estado los servicios inalámbricos.

- IV. Que el artículo 60 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos establece como obligaciones fundamentales de la SUTEL las siguientes:

"(...)

f) *Asegurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones.*

g) *Controlar y comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como a inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales y los recursos de numeración, conforme a los planes respectivos. (...)*"

- V. Que el artículo 73 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dispone lo siguiente:

"(...)

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.*

j) *Velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones. (...)*"

- VI. Que el artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones señala que es un objetivo de dicha ley el, "g) *Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos.*"

- VII. Que adicionalmente, el artículo 3 de la ley indicada dispone que es un principio rector el siguiente: "i) *Optimización de los recursos escasos: asignación y utilización de los recursos escasos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios.*

- VIII. Que el artículo 9 de la Ley General de Telecomunicaciones establece la clasificación del espectro radioeléctrico en donde establece que: "(...) *Por su uso, las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico se clasifican como sigue: a) Uso comercial. Comprende la utilización de bandas de frecuencias para la operación de redes públicas y la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, a cambio de una contraprestación económica.*"

- IX. Que el artículo 11 de la Ley general de Telecomunicaciones establece lo siguiente:

"Se otorgará concesión para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones. Dicha concesión habilitará a su titular para la operación y explotación de la red. Cuando se trate de redes públicas de telecomunicaciones, la concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público. La concesión se otorgará para un área de cobertura determinada, regional o nacional, de tal manera que se garantice la utilización eficiente del espectro radioeléctrico."

- X. Que el artículo 12 de la Ley general de Telecomunicaciones establece que "(...) *Las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, serán otorgadas por el Poder Ejecutivo por medio del procedimiento de concurso público*"

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

- XI. Que el inciso 7) del artículo 5 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones define la figura de la concesión de la siguiente forma:
- "El acto jurídico mediante el cual el Poder Ejecutivo otorga a una persona física o jurídica el derecho para usar y explotar las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones."*
- XII. Que el artículo 21 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones dispone que, "Las concesiones de frecuencias serán otorgadas por el Poder Ejecutivo por medio del procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento y corresponderá a la SUTEL la instrucción del procedimiento."
- XIII. Que el artículo 24 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que es posible prorrogar el plazo originalmente brindado por un periodo que sumado con el inicial no exceda los 25 años, y la misma debe presentarse 18 meses antes de su expiración.
- XIV. Que la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-122-1998 ha sostenido que la prórroga en contratos de concesión de bienes demaniales tiene un carácter eventual y no es un derecho del particular, en virtud del interés público involucrado:
- "Al llegar el vencimiento del plazo por el que se otorgó originalmente la concesión o "arrendamiento", surge la posibilidad de su prórroga. Esta figura, tratándose de concesiones sobre bienes demaniales o de servicio público, y salvo disposición en contrario, debe ser siempre vista como una eventualidad y no como un derecho a favor del particular. Esto es así porque existe un evidente interés público involucrado al que la Administración siempre debe responder en cuanto a su cumplimiento y vigilancia..."*
- XV. Que por medio del voto 2101-91 de las 8 horas 40 minutos del 18 de octubre de 1991 y el voto 0894-94 de 11 horas 12 minutos del 11 de febrero de 1994, la Sala Constitucional ha señalado la prevalencia del interés público sobre la solicitud de una prórroga del plazo en la concesión demanial:
- "... en atención a la prevalencia del interés público es que no puede entenderse que existe derecho subjetivo de los concesionarios a la prórroga obligada de la misma, ya que ello implicaría otorgar un derecho a perpetuidad, lo que chocaría con la posibilidad de que el Estado por cambio de costumbres, de medios técnicos y razones de oportunidad, plenamente justificadas, al vencimiento del plazo de una concesión, prescindiera de ella o le introduzca alteraciones o modificaciones. Admitir que existe derecho subjetivo del concesionario a que una vez vencido el término la concesión se prorrogue automáticamente, implica establecer que el interés particular prevalece sobre el interés público y que por un contrato administrativo, el Estado pierde toda posibilidad de fiscalización, exigidas por la Ley en virtud de la naturaleza del contrato."*
- XVI. Que sobre la solicitud de prórroga del plazo de una concesión administrativa demanial, no se tiene un derecho subjetivo a la prórroga automática del plazo de su concesión, sino más bien es una mera expectativa, por lo que, el Poder Ejecutivo ha de ejercer sus potestades siempre en estricto apego al marco de legalidad y en salvaguarda del *interés público*, lo que implica valorar todos aquellos elementos inmersos en la mejor forma de satisfacer el interés público, a partir de la circunstancias objetivas del caso en concreto.
- XVII. Que para que proceda la prórroga del plazo de concesión deben valorarse, entre otros, motivos de utilidad pública o conveniencia general, sea que la planificación del espectro radioeléctrico y el desarrollo de las telecomunicaciones haya variado
- XVIII. Que la asignación de frecuencias radioeléctricas constituye una barrera de entrada, en especial a los mercados de servicios móviles, puesto que es un recurso de asignaciones limitadas además de su valor económico para acceder al él, por lo cual la Ley General de Telecomunicaciones exige que la asignación del espectro debe realizarse de manera

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

eficiente, efectiva, oportuna, objetiva, independiente, transparente y no discriminatoria, todo ello, para garantizar la *competencia efectiva*.

- XIX.** El espectro radioeléctrico constituye un bien escaso y esencial que influye en los costos y en la calidad de varios de los servicios de telecomunicaciones, por consiguiente, es un factor determinante de la estructura de estos mercados, con una importante incidencia para el desenvolvimiento competitivo de los actores en los mercados de telecomunicaciones.
- XX.** Que el concurso público es el mecanismo elegido por el legislador para garantizar una asignación conforme a derecho y que permita cumplir con los objetivos y principios de ley.
- XXI.** Que en el caso concreto, las frecuencias objeto de la concesión no han sido asignadas mediante concurso público.
- XXII.** Que respecto al otorgamiento de espectro de uso comercial de conformidad a la legislación anterior a la Ley General de Telecomunicaciones, la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-151-2011 del 5 de julio del 2011 indicó que “[l]a explotación del espectro radioeléctrico por los particulares requiere concesión conforme lo dispuesto en el artículo 121, inciso 14 de la Constitución Política.” Asimismo, concluyó que “[d]icha concesión es un acto de Derecho Público que debe ser expreso, en tanto en él deben señalarse las condiciones bajo las cuales el particular podrá explotar las frecuencias, así como cuáles son las frecuencias asignadas.”
- XXIII.** Que mediante Dictamen C-031-90 del 05 de febrero de 1990, la Procuraduría estimó lo siguiente:

(...)

c) la indicación imperativa de los únicos medios constitucionalmente disponibles en nuestro ordenamiento jurídico para explotar los bienes, que como los servicios inalámbricos, no pueden salir definitivamente del dominio del Estado, medios éstos que son o una concesión para la explotación de tales bienes "de acuerdo con la ley" general dictada sobre la materia, o bien una concesión "mediante ley especial" dictada por la Asamblea Legislativa "por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa". Queda claro entonces que los servicios inalámbricos son del dominio exclusivo del Estado, que no pueden ser enajenados por éste y que sólo pueden explotarse por otros sujetos (públicos o privados) mediante concesión administrativa fundada en una ley general previa o mediante concesión legislativa, consistente en una ley especial dictada para el caso por la misma Asamblea Legislativa. Para el caso de los servicios inalámbricos es claro que el bien de dominio público que es objeto de explotación a través de tales servicios es el conjunto de fuerzas físicas llamadas "ondas electromagnéticas" que se difunden en el espacio. (...) a saber: concesión administrativa del Estado, otorgada con fundamento en una ley general previa en la materia, que regule los derechos y obligaciones del Estado concedente y del concesionario; pero si no hay ley vigente aplicable, se requerirá de una concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. (Resaltado intencional).

- XXIV.** Que por medio de la Sentencia N° 05386 del 26 de octubre de 1993 sobre el "caso Millicom" se señaló lo siguiente:

(...) a) Una reserva de ley. La explotación por particulares o por las administraciones públicas requiere sea concesión especial, cuando procediere, sea una ley que concursalmente permita a los particulares esa explotación, siempre sin pérdida de la titularidad y de la vinculación a fines públicos. (...)

Los funcionarios públicos no pueden disponer a su antojo autorizaciones relativas a servicios y bienes propios de la Nación que el tiempo tomaría alejadamente inatacables; hay un orden público esencial: El derecho no es simplemente un agregado de derechos subjetivos; también, lo conforma un orden de convivencia -objetivo-, razonable y democrático, expresión de los valores del Estado Social de Derecho (artículos 74 y 50 de la Constitución). (...) (Resaltado intencional)

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

- XXV.** Que previo a la entrada en vigencia de la Ley N°8642, los artículos 22 y 23 del Reglamento de Radiocomunicaciones, decreto N°31608-G establecieron el requisito de efectuar un procedimiento concursal para el otorgamiento de concesiones para el uso del espectro destinado a los servicios de radiocomunicación comercial entre particulares y para los servicios de radiodifusión sonora y televisiva.
- XXVI.** Que el artículo 30 del Reglamento en cuestión dispone que la vigencia de las concesiones accesorias para habilitar la operación de los enlaces requeridos para la explotación de *“los servicios de radiocomunicación al comercial entre particulares”* y *“los servicios de radiodifusión sonora y de televisión (de acceso libre en VHF y en UHF, y por suscripción por ondas radio eléctricas, vía cable o directa por satélite)”* se adecuarán al plazo de las concesiones principales correspondientes, para los casos en cuestión 15 y 20 años, respectivamente.
- XXVII.** Que la banda de 2300 MHz a 2400 MHz se encuentra atribuida por medio de la nota CR 072 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, Decreto N°35257-MINAET, Alcance N° 19 a La Gaceta N° 103 del 29 de mayo de 2009 y sus reformas, para el servicio móvil en particular para el desarrollo de sistemas IMT por lo que reviste de interés público para la prestación a la ciudadanía de servicios móviles, dado que ha sido identificada para el desarrollo de dichos sistemas tanto por *“The 3rd Generation Partnership Project”* (3GPP) como por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).
- XXVIII.** Que el espectro radioeléctrico es un bien demanial el cual en lo tocante a las frecuencias de uso comercial solo puede ser explotado por una concesión administrativa y otorgada por concurso público.
- XXIX.** Que la *concesión administrativa* se revela con una incidencia que no queda en el plano exclusivo del interés económico de los sujetos intervinientes como partes del vínculo, sino que dicha incidencia traspasa esos límites estrechos, para proyectarse hacia toda la comunidad, e involucrar aspectos importantes de los cuales puede depender un sector relevante para el desarrollo y para el mantenimiento de la vida misma de ese grupo social políticamente organizado. Además, de ser expresión del tráfico económico en el sector telecomunicaciones, la *concesión administrativa* extiende sus consecuencias en lo social y en lo político.
- XXX.** Que la forma natural, normal, de extinción de la relación concesional tendrá lugar cuando se produzca el cumplimiento del plazo de vigencia por el que se concedió el ejercicio de los derechos involucrados en el otorgamiento concesional, que marca a su vez el periodo de vigencia de sus obligaciones al respecto.
- XXXI.** Que los Acuerdos Ejecutivos N° 512 MGP y N° 642 MGP fueron tramitados de conformidad con el ordenamiento anterior, y no a la luz del nuevo régimen emitido al efecto y a través de las autoridades competentes.
- XXXII.** Que tanto en la legislación anterior como en el ordenamiento jurídico vigente en materia de telecomunicaciones, específicamente para el otorgamiento de concesiones para el uso comercial del espectro mediante la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, el procedimiento habilitado para una asignación eficiente y efectiva de frecuencias del espectro radioeléctrico es el concurso público.
- XXXIII.** Que el concurso público es el único mecanismo habilitado en la legislación vigente para el otorgamiento de concesiones para la explotación del espectro de uso comercial. en concordancia con los objetivos y principios rectores dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley N°8642.

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

- XXXIV.** Que según la Constitución Política, la única forma de habilitar la prestación de “servicios públicos de telecomunicaciones” era a través de una “ley general” o “concesión especial”, siendo este el caso del ICE y sus empresas, por lo que el hecho de que se facultara a terceros para dicha prestación de conformidad con la normativa anterior representa un aparente desconocimiento y desatención al principio de reserva de ley vigente en nuestro ordenamiento jurídico.
- XXXV.** Que la Ley de Radio únicamente regulaba los servicios “de radio, televisión, radioaficionados o estaciones experimentales, marítimas, aeronáuticas, meteorológicas, estaciones al servicio de industrias, agricultura o comercio entre particulares (autoprestación del servicio)”, por lo que **no se podría utilizar esta Ley** para habilitar la prestación de “servicios públicos de telecomunicaciones” o “servicios de telecomunicaciones disponibles al público”.
- XXXVI.** Que la banda de 2300 MHz a 2400 MHz esta atribuido al servicio móvil a nivel mundial para la implementación de sistemas IMT y es la banda de frecuencias en modo TDD con más despliegues LTE y LTE Avanzadas con 42 hasta agosto del 2018.
- XXXVII.** Que la banda de 2300 MHz a 2400 MHz se encuentra atribuida en el PNAF para el desarrollo de sistemas IMT y su uso beneficiaría la capacidad de las redes móviles de los operadores, satisfaciendo la creciente demanda de los usuarios en ese sentido.
- XXXVIII.** Que la prórroga del plazo de vigencia de las concesiones de espectro radioeléctrico según el artículo 24 de la Ley N°8642, constituye una posibilidad, una eventualidad o expectativa y no un derecho subjetivo a la prórroga automática por parte del concesionario.
- XXXIX.** Que la solicitud de prórroga obliga al Estado y en especial al Poder Ejecutivo a examinar las circunstancias objetivas y frente al interés público involucrado en la asignación, uso y explotación de frecuencias de espectro radioeléctrico, según los fines derivados de la Ley N°8642 y normativa correspondiente. Entre estos aspectos de interés público debe valorarse que, de acuerdo con dicha Ley, una asignación eficiente, efectiva, objetiva, independiente, transparente y no discriminatoria, se entiende una vez que se halla realizado un concurso público, en el caso de frecuencias de uso comercial.
- XL.** Que aunado al interés público de una eficiente y efectiva asignación, debe considerarse también el efecto de estas disposiciones en la promoción y salvaguarda de la competencia efectiva y los efectos que produce el incumplimiento de la normativa de selección de concesionarios de frecuencias del espectro para la operación de redes públicas y prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.
- XLI.** Que el Viceministerio de Telecomunicaciones no ha informado a esta Superintendencia el resultado de otras gestiones previas que recaen sobre las mismas frecuencias objeto de la solicitud analizada en dicho acto, como es el caso del Acuerdo 016-007-2015 del 4 de febrero del 2015 notificado al MICITT con oficio 00982-SUTEL-SCS-2015 del 13 de febrero del 2015.
- XLII.** Que, para el análisis y estudio correspondientes a efectos de atender el trámite de solicitud de prórroga de los títulos habilitantes, conviene extraer del informe técnico presentado mediante oficio 09342-SUTEL-DGC-2018 elaborado por el equipo de la Dirección General de Calidad, en conjunto con la Unidad Jurídica y la Asesoría del Consejo, lo siguiente:

“Luego del análisis expuesto a lo largo del presente documento, de seguido se presentan las siguientes conclusiones más relevantes:

- *El espectro radioeléctrico es un bien demanial el cual en lo tocante a las frecuencias de uso comercial solo puede ser explotado por una concesión administrativa y otorgada por concurso público.*

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

- *La concesión administrativa se revela con una incidencia que no queda en el plano exclusivo del interés económico de los sujetos intervinientes como partes del vínculo, sino que dicha incidencia traspasa esos límites estrechos, para proyectarse hacia toda la comunidad, e involucrar aspectos importantes de los cuales puede depender un sector relevante para el desarrollo y para el mantenimiento de la vida misma de ese grupo social políticamente organizado. Además, de ser expresión del tráfico económico en el sector telecomunicaciones, la concesión administrativa extiende sus consecuencias en lo social y en lo político.*
- *La forma natural, normal, de extinción de la relación concesional tendrá lugar cuando se produzca el cumplimiento del plazo de vigencia por el que se concedió el ejercicio de los derechos involucrados en el otorgamiento concesional, que marca a su vez el periodo de vigencia de sus obligaciones al respecto.*
- *Los Acuerdos Ejecutivos N° 512 MGP y N° 642 MGP fueron tramitados de conformidad con el ordenamiento anterior, y no la luz del nuevo régimen emitido al efecto y a través de las autoridades competentes.*
- *Tanto en la legislación anterior como en el ordenamiento jurídico vigente en materia de telecomunicaciones, específicamente para el otorgamiento de concesiones para el uso comercial del espectro mediante la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, el procedimiento habilitado para una asignación eficiente y efectiva de frecuencias del espectro radioeléctrico, es el concurso público.*
- *El concurso público es el único mecanismo habilitado en la legislación vigente para el otorgamiento de concesiones para la explotación del espectro de uso comercial, en concordancia con los objetivos y principios rectores dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley N°8642.*
- *Según la Constitución Política, la única forma de habilitar la prestación de "servicios públicos de telecomunicaciones" era a través de una "ley general" o "concesión especial", siendo este el caso del ICE y sus empresas, por lo que el hecho de que se facultara a terceros para dicha prestación de conformidad con la normativa anterior representa un aparente desconocimiento y desatención al principio de reserva de ley vigente en nuestro ordenamiento jurídico.*
- *La Ley de Radio únicamente regulaba los servicios "de radio, televisión, radioaficionados o estaciones experimentales, marítimas, aeronáuticas, meteorológicas, estaciones al servicio de industrias, agricultura o comercio entre particulares (autoprestación del servicio)", por lo que no se podría utilizar esta Ley para habilitar la prestación de "servicios públicos de telecomunicaciones" o "servicios de telecomunicaciones disponibles al público".*
- *La banda de 2300 MHz a 2400 MHz esta atribuido al servicio móvil a nivel mundial para la implementación de sistemas IMT y es la banda de frecuencias en modo TDD con más despliegues LTE y LTE Avanzadas con 42 hasta agosto del 2018.*
- *La banda de 2300 MHz a 2400 MHz se encuentra atribuida en el PNAF para el desarrollo de sistemas IMT y su uso beneficiaría la capacidad de las redes móviles de los operadores, satisfaciendo la creciente demanda de los usuarios en ese sentido.*
- *La prórroga del plazo de vigencia de las concesiones de espectro radioeléctrico según el artículo 24 de la Ley N°8642, constituye una posibilidad, una eventualidad o expectativa y no un derecho subjetivo a la prórroga automática por parte del concesionario.*
- *La solicitud de prórroga obliga al Estado y en especial al Poder Ejecutivo a examinar las circunstancias objetivas y frente al interés público involucrado en la asignación uso y explotación de frecuencias de espectro radioeléctrico, según los fines derivados de la Ley N°8642 y normativa correspondiente. Entre estos aspectos de interés público debe valorarse que, de acuerdo con dicha Ley, una asignación eficiente, efectiva, objetiva, independiente, transparente y no discriminatoria, se entiende una vez que se halla realizado un concurso público, en el caso de frecuencias de uso comercial.*

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

- *Aunado al interés público de una eficiente y efectiva asignación, debe considerarse también el efecto de estas disposiciones en la promoción y salvaguarda de la competencia efectiva y los efectos que produce el incumplimiento de la normativa de selección de concesionarios de frecuencias del espectro para la operación de redes públicas y prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.*
- *A lo largo del presente documento se han presentado datos e información que permitirán al Poder Ejecutivo realizar una ponderación de los intereses involucrados en la concesión de IBW por extinguirse una vez vencido su plazo de vigencia, la solicitud de prórroga del plazo de la concesión y, en especial, del interés público involucrado en una asignación efectiva y eficiente conforme con la Ley N° 8642, que establece el concurso público para frecuencias de uso comercial como el único mecanismo para garantizar la objetividad, independencia, transparencia y no discriminación; con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios de telecomunicaciones.*

Por otra parte, y siendo una cuestión previa en la tramitación, resulta importante señalar que, para lograr una buena gestión administrativa deben atenderse los trámites administrativos en un orden que permita resolver dichas gestiones diligentemente y, que permitan continuar con el trámite de otras gestiones.

En este sentido, el requerimiento del MICITT para un dictamen técnico producto de la solicitud de prórroga de la concesión de la empresa IBW, no considera que existen otras gestiones en curso que recaen sobre las mismas frecuencias objeto de la concesión y sobre las cuales, dicho Ministerio no ha informado el resultado a esta Superintendencia. El Viceministerio de Telecomunicaciones no ha comunicado a ésta Superintendencia el resultado del trámite de adecuación de los títulos habilitantes de la empresa IBW Comunicaciones S.A., según la recomendación vertida por SUTEL en el acuerdo del Consejo 016-007-2015 del 4 de febrero del 2015 notificado al MICITT mediante oficio 00982-SUTEL-SCS-2015 del 13 de febrero del 2015 donde se aprobó el oficio 8862-SUTEL-DGC-2014 del 12 de diciembre del 2014, en atención a la disposición 5.1, inciso c) del informe oficio N° DFOR-IFR-IF-6-2012 de la Contraloría General de la República."

- XLIII.** Que este Consejo habiendo analizado el referido informe elaborado por el equipo de la Dirección General de Calidad, en conjunto con la Unidad Jurídica y la Asesoría del Consejo estima conveniente acoger el mismo, y en consecuencia realizar las recomendaciones al Poder Ejecutivo que a continuación se indican y que se amplían en el informe técnico número 09342-SUTEL-DGC-2018 del 9 de noviembre de 2018 y que forma parte integral de este acto administrativo, para lo cual conforme con los artículos 136 párrafo 2 y 335 de la Ley General de la Administración Pública debe incluirse en el acto de comunicación del mismo.

Que de conformidad con los resultandos y considerandos que anteceden, este Consejo, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de sus funciones:

POR TANTO

De acuerdo con las anteriores consideraciones de hecho y derecho y la justificación correspondiente y con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642; La Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660, en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, en el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, y demás normativa de desarrollo y de pertinente aplicación,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
RESUELVE:

PRIMERO: Dar por recibido y aprobar el oficio 09342-SUTEL-DGC-2018, del 9 de noviembre del 2018, con la propuesta de dictamen técnico respecto a la solicitud de prórroga de concesión presentada por parte del representante de la empresa IBW Comunicaciones, S. A.

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

SEGUNDO: Señalar al Poder Ejecutivo que, a la luz de lo indicado en el informe 09342-SUTEL-DGC-2018, del 9 de noviembre de 2018 y el acuerdo 016-007-2015 del 4 de febrero del 2015, es criterio de esta Superintendencia, con base en el interés público, que no procede la prórroga solicitada del plazo de la concesión de los títulos habilitantes adecuados mediante la resolución N°RT-016-2009 del 03 de noviembre del 2009. Así las cosas, se recomienda al Poder Ejecutivo proceder como en derecho corresponda.

TERCERO: Indicar al Poder Ejecutivo que valore las recomendaciones vertidas por SUTEL en el acuerdo 016-007-2015 del 4 de febrero del 2015 notificado al MICITT mediante oficio 00982-SUTEL-SCS-2015 del 13 de febrero del 2015 mediante el cual se aprobó el oficio 8862-SUTEL-DGC-2014 del 12 de diciembre del 2014, referentes a los títulos habilitantes de la empresa IBW Comunicaciones, S.A., en atención a la disposición 5.1, inciso c) del informe oficio N° DFOR-IFR-IF-6-2012 de la Contraloría General de la República.

CUARTO: Remitir el dictamen técnico identificado mediante oficio 09342-SUTEL-DGC-2018 del 9 de noviembre 2018 al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones.

ACUERDO FIRME
NOTIFIQUESE

1.2. Propuesta de dictamen técnico sobre la solicitud de prórroga de Comunicaciones Múltiples.

Seguidamente, la Presidencia hace del conocimiento del Consejo la propuesta de informe elaborado por la Dirección General de Calidad, correspondiente a la solicitud de prórroga presentada por la empresa Comunicaciones Múltiples, S. A.

Sobre el tema, se da lectura al oficio 09790-SUTEL-DGC-2018, del 23 de noviembre del 2018, por medio del cual esa Dirección se refiere al tema mencionado.

El señor Fallas Fallas se refiere al tema y señala que corresponde a frecuencias otorgadas con base en lo dispuesto en la Ley de Radio, que tiene un ámbito de aplicación asociado principalmente a la prestación de servicios de radiodifusión y a la autoprestación de servicios, así como la radiocomunicación privada para efectos de autoprestación. Dicho ámbito no incluye la posibilidad de habilitar la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.

Hace ver que se debe valorar que esa empresa no recibió las frecuencias por medio de un concurso público, como lo establece el reglamento de radiocomunicaciones anterior y también la normativa vigente y agrega que el concurso público es el mecanismo que dispuso el legislador para elegir la entidad que le dé mejor valoración al recurso y que tendría las mejores opciones para su explotación.

Señala la necesidad de valorar que Comunicaciones Múltiples corresponde a un conjunto de empresas agrupadas por ésta, la cual no tiene título habilitante.

Además, es necesario considerar que el uso del espectro es personalísimo y el Poder Ejecutivo habilita para ejecutar las frecuencias es a quien le asigna la concesión. En este caso, las empresas señaladas son las encargadas de explotar los servicios y en apariencia, las empresas, de forma separada, no brindan el servicio como tal.

Con base en estas condiciones se recomienda al Consejo la no procedencia de la prórroga solicitada para la empresa Comunicaciones Múltiples. Aclara que la prórroga no es una obligación del Poder Ejecutivo, son discrecionales de éste.

La Presidencia consulta a los señores Asesores si tienen alguna observación, pregunta o

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

advertencia referente a lo antes anotado, a lo que los señores Asesores responden que no.

De inmediato, la Presidencia abre el debate para que los señores Miembros del Consejo se refieran al punto, a lo cual mencionan no tener observaciones al respecto.

El señor Ruiz Gutiérrez da lectura a la propuesta de acuerdo que se conoce en esta oportunidad.

El señor Fallas Fallas hace ver que dada la urgencia de atender el tema a la brevedad, el acuerdo deberá ser aprobado en firme conforme lo que establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de Administración Pública

La Presidencia somete a votación del Consejo la propuesta de acuerdo que se tiene a la vista, con base en el contenido del oficio 09790-SUTEL-DGC-2018, del 23 de noviembre del 2018 y la explicación brindada por el señor Fallas Fallas, por lo que los señores Miembros resuelven por unanimidad:

ACUERDO 002-081-2018

En relación con el oficio N° MICITT-DNPT-OF-032-2018 del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (en adelante MICITT), NI-00866-2018, para que la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante, SUTEL) remita al Poder Ejecutivo el estudio técnico y recomendación correspondientes a la solicitud de prórroga de los títulos habilitantes de las empresas Tortiatlantic S.A., Quantum Comunicaciones S.A., Cristal Asesores Forestales S.A., Jalova del Tortuguero S.A., Proyecto Aries S.A. y Comunicaciones Ilma S.A., que se tramita en esta Superintendencia bajo los expedientes número ER-00238-2018, ER-00243-2018, ER-00244-2018, ER-00245-2018, ER-00246-2018, ER-00247-2018, ER-00794-2012, ER-00849-2012, ER-00979-2012, ER-01021-2012, ER-00438-2012, ER-01333-2012; el Consejo de esta Superintendencia, resuelve lo siguiente:

RESULTANDO:

1. Que en atención a la disposición 5.1 inciso c) del informe oficio N° DFOE-IFR-IF-6-2012 de la Contraloría General de la República (en adelante, CGR) referida a aquellos casos relacionados con la situación de los concesionarios de espectro que obtuvieron su título habilitante con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 8642 para su ajuste al marco normativo vigente (adecuaciones, reasignaciones y revocaciones o extinciones de títulos mediante el transitorio IV de la Ley N° 8642), y la revisión de los trámites de adecuación que se han efectuados a la fecha, esta Superintendencia emitió los siguientes dictámenes técnicos sobre las empresas en mención:

Tabla 1. Dictámenes técnicos para la recomendación de adecuación de los títulos habilitantes de las empresas Tortiatlantic S.A., Quantum Comunicaciones S.A., Cristal Asesores Forestales S.A., Jalova del Tortuguero S.A., Proyecto Aries S.A. y Comunicaciones Ilma S.A.

EMPRESA	OFICIO DICTAMEN TÉCNICO	ACUERDO DEL CONSEJO	OFICIO DE REMISIÓN AL MICITT
Tortiatlantic S.A.	5981-SUTEL-DGC-2014 del 8 de setiembre de 2014	Acuerdo 021-054-2014 del 19 de setiembre de 2014	6364-SUTEL-SCS-2014 del 22 de setiembre de 2014
Quantum Comunicaciones S.A.	5982-SUTEL-DGC-2014 del 8 de setiembre de 2014	Acuerdo 022-054-2014 del 19 de setiembre de 2014	6366-SUTEL-SCS-2014 del 22 de setiembre de 2014
Proyecto Aries S.A.	5983-SUTEL-DGC-2014 del 8 de setiembre de 2014	Acuerdo 023-054-2014 del 19 de setiembre de 2014	6367-SUTEL-SCS-2014 del 22 de setiembre de 2014
Jalova del Tortuguero S.A.	5984-SUTEL-DGC-2014 del 8 de setiembre de 2014	Acuerdo 018-054-2014 del 19 de setiembre de 2014	6360-SUTEL-SCS-2014 del 22 de setiembre de 2014
Cristal Asesores Forestales S.A.	5985-SUTEL-DGC-2014 del 8 de setiembre de 2014	Acuerdo 019-054-2014 del 19 de setiembre de 2014	6361-SUTEL-SCS-2014 del 22 de setiembre de 2014
Comunicaciones Ilma S.A.	5986-SUTEL-DGC-2014 del 8 de setiembre de 2014	Acuerdo 020-054-2014 del 19 de setiembre de 2014	6362-SUTEL-SCS-2014 del 22 de setiembre de 2014

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

2. Que mediante oficio recibido en el Viceministerio de Telecomunicaciones el 29 de noviembre de 2017, el representante legal de las empresas Tortiatlantic S.A., Quantum Comunicaciones S.A., Cristal Asesores Forestales S.A., Jalova del Tortuguero S.A., Proyecto Aries S.A. y Comunicaciones Ilma S.A, solicitó: *"...formal prórroga de diez años a las concesiones otorgadas a TORTIATLANTIC S.A., QUANTUM COMUNICACIONES S.A., CRISTAL ASESORES FORESTALES S.A., JALOVA DEL TORTUGUERO S.A., PROYECTO ARIES S.A. Y COMUNICACIONES ILMA S.A. a efecto que las concesionarias continúen prestando los servicios que actualmente brindan y cualesquiera otros que sean posibles en el futuro, con plena sujeción al ordenamiento jurídico."*
3. Que el Viceministerio de Telecomunicaciones mediante oficio MICITT-DNPT-OF-032-2018 del 26 de enero de 2018, remitió a la SUTEL la solicitud presentada por parte de las empresas mencionadas, con el fin de que se emita el criterio técnico correspondiente.
4. Que por medio del oficio MICITT-DVT-OF-238-2018 del 3 de abril del año en curso, el Viceministerio de Telecomunicaciones remitió a la Procuraduría General de la República copia certificada del expediente N° GCP-AT-004-2009 en el cual consta la resolución N° 002-R-2018-TEL-MICITT del 23 de enero de 2018, donde se declaran lesivos los actos administrativos correspondientes a los títulos habilitantes de las empresas en mención, con el fin de proceder a incoar el procedimiento contencioso administrativo respectivo ante los Tribunales de Justicia, situación que fue puesta en conocimiento de esta Superintendencia.
5. Que la Dirección General de Calidad, de conformidad con la solicitud realizada por Consejo de la SUTEL, a raíz de la solicitud de criterio técnico del MICITT, realizó el estudio técnico correspondiente incorporado en el oficio 09790-SUTEL-DGC-2018 del 23 de noviembre del 2018.

CONSIDERANDO:

- I. Que la Superintendencia de Telecomunicaciones tiene competencia para rendir estudios técnicos y recomendaciones ante el Poder Ejecutivo, de conformidad con los artículos 59, 60, 73 y 75 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N°7593; artículos 1 y 39 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660; y artículos 1, 10, 11, 19, 26, 29, 30 y 49 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N°8642.
- II. Que de conformidad con el Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF), al Consejo le corresponde 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. Asimismo, el Consejo tiene asignado como funciones las de administrar y controlar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de interferencias perjudiciales; y debe velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.
- III. Que el artículo 121 de la Constitución Política establece en el inciso 14 que no pueden salir del dominio del estado los servicios inalámbricos.
- IV. Que el artículo 60 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos establece como obligaciones fundamentales de la SUTEL las siguientes:

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

(...) f) Asegurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones.
g) Controlar y comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como a inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales y los recursos de numeración, conforme a los planes respectivos. (...)

- V. Que el artículo 73 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dispone lo siguiente:

(...) 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.
j) Velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones. (...)

- VI. Que el artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones señala que es un objetivo de dicha ley el, *"g) Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos."*

- VII. Que adicionalmente, el artículo 3 de la ley indicada dispone que es un principio rector el siguiente: *"j): asignación y utilización de los recursos escasos y de las Optimización de los recursos escasos infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios."*

- VIII. Que el artículo 9 de la Ley General de Telecomunicaciones establece la clasificación del espectro radioeléctrico en donde establece que: *"(...) Por su uso, las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico se clasifican como sigue: a) Uso comercial. Comprende la utilización de bandas de frecuencias para la operación de redes públicas y la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, a cambio de una contraprestación económica."*

- IX. Que el artículo 11 de la Ley general de Telecomunicaciones establece lo siguiente:

"Se otorgará concesión para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones. Dicha concesión habilitará a su titular para la operación y explotación de la red. Cuando se trate de redes públicas de telecomunicaciones, la concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público. La concesión se otorgará para un área de cobertura determinada, regional o nacional, de tal manera que se garantice la utilización eficiente del espectro radioeléctrico."

- X. Que el artículo 12 de la Ley general de Telecomunicaciones establece que *"(...) Las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, serán otorgadas por el Poder Ejecutivo por medio del procedimiento de concurso público"*.

- XI. Que el inciso 7) del artículo 5 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones define la figura de la concesión de la siguiente forma:

"El acto jurídico mediante el cual el Poder Ejecutivo otorga a una persona física o jurídica el derecho para usar y explotar las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones."

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

- XII.** Que el artículo 21 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones dispone que, *“Las concesiones de frecuencias serán otorgadas por el Poder Ejecutivo por medio del procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento y corresponderá a la SUTEL la instrucción del procedimiento.”*
- XIII.** Que el artículo 24 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que es posible prorrogar el plazo originalmente brindado por un periodo que sumado con el inicial no exceda los 25 años, y la misma debe presentarse 18 meses antes de su expiración.
- XIV.** Que la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-122-1998 ha sostenido que la prórroga en contratos de concesión de bienes demaniales tiene un carácter eventual y no es un derecho del particular, en virtud del interés público involucrado:
- “Al llegar el vencimiento del plazo por el que se otorgó originalmente la concesión o “arrendamiento”, surge la posibilidad de su prórroga. Esta figura, tratándose de concesiones sobre bienes demaniales o de servicio público, y salvo disposición en contrario, debe ser siempre vista como una eventualidad y no como un derecho a favor del particular. Esto es así porque existe un evidente interés público involucrado al que la Administración siempre debe responder en cuanto a su cumplimiento y vigilancia...”*
- XV.** Que por medio del voto 2101-91 de las 8 horas 40 minutos del 18 de octubre de 1991 y el voto 0894-94 de 11 horas 12 minutos del 11 de febrero de 1994, la Sala Constitucional ha señalado la prevalencia del interés público sobre la solicitud de una prórroga del plazo en la concesión demanial:
- “... en atención a la prevalencia del interés público es que no puede entenderse que existe derecho subjetivo de los concesionarios a la prórroga obligada de la misma, ya que ello implicaría otorgar un derecho a perpetuidad, lo que chocaría con la posibilidad de que el Estado por cambio de costumbres, de medios técnicos y razones de oportunidad, plenamente justificadas, al vencimiento del plazo de una concesión, prescinda de ella o le introduzca alteraciones o modificaciones. Admitir que existe derecho subjetivo del concesionario a que una vez vencido el término la concesión se prorrogue automáticamente, implica establecer que el interés particular prevalece sobre el interés público y que por un contrato administrativo, el Estado pierde toda posibilidad de fiscalización, exigidas por la Ley en virtud de la naturaleza del contrato.”*
- XVI.** Que sobre la solicitud de prórroga del plazo de una concesión administrativa demanial, no se tiene un derecho subjetivo a la prórroga automática del plazo de su concesión, sino más bien es una mera expectativa, por lo que, el Poder Ejecutivo ha de ejercer sus potestades siempre en estricto apego al marco de legalidad y en salvaguarda del interés público, lo que implica valorar todos aquellos elementos inmersos en la mejor forma de satisfacer el interés público, a partir de la circunstancias objetivas del caso en concreto.
- XVII.** Que el concurso público es el mecanismo elegido por el legislador para garantizar una asignación conforme a derecho y que permita cumplir con los objetivos y principios de ley.
- XVIII.** Que en el caso concreto, las frecuencias objeto de la concesión no han sido asignadas mediante concurso público.
- XIX.** Que respecto al otorgamiento de espectro de uso comercial de conformidad a la legislación anterior a la Ley General de Telecomunicaciones, la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-151-2011 del 5 de julio del 2011 indicó que *“[l]a explotación del espectro radioeléctrico por los particulares requiere concesión conforme lo dispuesto en el artículo 121, inciso 14 de la Constitución Política.”* Asimismo, concluyó que *“[d]icha concesión es un acto de Derecho Público que debe ser expreso, en tanto en él deben señalarse las condiciones bajo las cuales el particular podrá explotar las frecuencias, así como cuáles son las frecuencias asignadas.”*

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

- XX. Que mediante Dictamen C-031-90 del 05 de febrero de 1990, la Procuraduría estimó lo siguiente:
- (...)*
c) la indicación imperativa de los únicos medios constitucionalmente disponibles en nuestro ordenamiento jurídico para explotar los bienes, que como los servicios inalámbricos, no pueden salir definitivamente del dominio del Estado, medios éstos que son o una concesión para la explotación de tales bienes "de acuerdo con la ley" general dictada sobre la materia, o bien una concesión "mediante ley especial" dictada por la Asamblea Legislativa "por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa". Queda claro entonces que los servicios inalámbricos son del dominio exclusivo del Estado, que no pueden ser enajenados por éste y que sólo pueden explotarse por otros sujetos (públicos o privados) mediante concesión administrativa fundada en una ley general previa o mediante concesión legislativa, consistente en una ley especial dictada para el caso por la misma Asamblea Legislativa. Para el caso de los servicios inalámbricos es claro que el bien de dominio público que es objeto de explotación a través de tales servicios es el conjunto de fuerzas físicas llamadas "ondas electromagnéticas" que se difunden en el espacio. (...) a saber: concesión administrativa del Estado, otorgada con fundamento en una ley general previa en la materia, que regule los derechos y obligaciones del Estado concedente y del concesionario: pero si no hay ley vigente aplicable, se requerirá de una concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. (Resaltado intencional).
- XXI. Que por medio de la Sentencia N° 05386 del 26 de octubre de 1993 sobre el "caso Millicom" se señaló lo siguiente:
- "(...) a) Una reserva de ley. La explotación por particulares o por las administraciones públicas requiere sea concesión especial, cuando procediere, sea una ley que concursalmente permita a los particulares esa explotación, siempre sin pérdida de la titularidad y de la vinculación a fines públicos. (...)*
- Los funcionarios públicos no pueden disponer a su antojo autorizaciones relativas a servicios y bienes propios de la Nación que el tiempo tomaría alegadamente inatacables; hay un orden público esencial: El derecho no es simplemente un agregado de derechos subjetivos; también lo conforma un orden de convivencia -objetivo-, razonable y democrático, expresión de los valores del Estado Social de Derecho (artículos 74 y 50 de la Constitución). (...)"* (Resaltado intencional)
- XXII. Que previo a la entrada en vigencia de la Ley N°8642, los artículos 22 y 23 del Reglamento de Radiocomunicaciones, decreto N°31608-G establecieron el requisito de efectuar un procedimiento concursal para el otorgamiento de concesiones para el uso del espectro destinado a los servicios de radiocomunicación comercial entre particulares y para los servicios de radiodifusión sonora y televisiva.
- XXIII. Que el espectro radioeléctrico es un bien demanial el cual en lo tocante a las frecuencias de uso comercial solo puede ser explotado por una concesión administrativa y otorgada por concurso público.
- XXIV. Que la concesión administrativa se revela con una incidencia que no queda en el plano exclusivo del interés económico de los sujetos intervinientes como partes del vínculo, sino que dicha incidencia traspasa esos límites estrechos, para proyectarse hacia toda la comunidad, e involucrar aspectos importantes de los cuales puede depender un sector relevante para el desarrollo y para el mantenimiento de la vida misma de ese grupo social políticamente organizado. Además, de ser expresión del tráfico económico en el sector telecomunicaciones, la concesión administrativa extiende sus consecuencias en lo social y en lo político.
- XXV. Que la forma natural, normal, de extinción de la relación concesional tendrá lugar cuando se produzca el cumplimiento del plazo de vigencia por el que se concedió el ejercicio de los

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

derechos involucrados en el otorgamiento concesional, que marca a su vez el período de vigencia de sus obligaciones al respecto.

- XXVI.** Que tanto en la legislación anterior como en el ordenamiento jurídico vigente en materia de telecomunicaciones, específicamente para el otorgamiento de concesiones para el uso comercial del espectro mediante la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, el procedimiento habilitado para una asignación eficiente y efectiva de frecuencias del espectro radioeléctrico es el concurso público.
- XXVII.** Que el concurso público es el único mecanismo habilitado en la legislación vigente para el otorgamiento de concesiones para la explotación del espectro de uso comercial, en concordancia con los objetivos y principios rectores dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley N°8642.
- XXVIII.** Que según la Constitución Política, la única forma de habilitar la prestación de *“servicios públicos de telecomunicaciones”* era a través de una *“ley general”* o *“concesión especial”*, siendo este el caso del ICE y sus empresas, por lo que el hecho de que se facultara a terceros para dicha prestación de conformidad con la normativa anterior representa un aparente desconocimiento y desatención al principio de reserva de ley vigente en nuestro ordenamiento jurídico.
- XXIX.** Que la Ley de Radio únicamente regulaba los servicios *“de radio, televisión, radioaficionados o estaciones experimentales, marítimas, aeronáuticas, meteorológicas, estaciones al servicio de industrias, agricultura o comercio entre particulares (autoprestación del servicio)”*, por lo que no se podría utilizar esta Ley para habilitar la prestación de *“servicios públicos de telecomunicaciones”* o *“servicios de telecomunicaciones disponibles al público”*.
- XXX.** Que la prórroga del plazo de vigencia de las concesiones de espectro radioeléctrico según el artículo 24 de la Ley N°8642, constituye una posibilidad, una eventualidad o expectativa y no un derecho subjetivo a la prórroga automática por parte del concesionario.
- XXXI.** Que la solicitud de prórroga obliga al Estado y en especial al Poder Ejecutivo a examinar las circunstancias objetivas y frente al interés público involucrado en la asignación, uso y explotación de frecuencias de espectro radioeléctrico, según los fines derivados de la Ley N°8642 y normativa correspondiente. Entre estos aspectos de interés público debe valorarse que, de acuerdo con dicha Ley, una asignación eficiente, efectiva, objetiva, independiente, transparente y no discriminatoria, se entiende una vez que se halla realizado un concurso público, en el caso de frecuencias de uso comercial.
- XXXII.** Que aunado al interés público de una eficiente y efectiva asignación, debe considerarse también el efecto de estas disposiciones en la promoción y salvaguarda de la competencia efectiva y los efectos que produce el incumplimiento de la normativa de selección de concesionarios de frecuencias del espectro para la operación de redes públicas y prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.
- XXXIII.** Que, para el análisis y estudio correspondientes a efectos de atender el trámite de solicitud de prórroga de los títulos habilitantes, conviene extraer del informe técnico presentado mediante oficio 09790-SUTEL-DGC-2018 elaborado por la Dirección General de Calidad, lo siguiente:

“(…) Luego del análisis expuesto a lo largo del presente documento, de seguido se presentan las conclusiones más relevantes:

- *El espectro radioeléctrico es un bien demanial el cual en lo tocante a las frecuencias de uso comercial solo puede ser explotado por una concesión administrativa y otorgada por concurso*

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

público.

- *La concesión administrativa se revela con una incidencia que no queda en el plano exclusivo del interés económico de los sujetos intervinientes como partes del vínculo, sino que dicha incidencia traspasa esos límites estrechos, para proyectarse hacia toda la comunidad, e involucrar aspectos importantes de los cuales puede depender un sector relevante para el desarrollo y para el mantenimiento de la vida misma de ese grupo social políticamente organizado. Además, de ser expresión del tráfico económico en el sector telecomunicaciones, la concesión administrativa extiende sus consecuencias en lo social y en lo político.*
- *La forma natural, normal, de extinción de la relación concesional tendrá lugar cuando se produzca el cumplimiento del plazo de vigencia por el que se concedió el ejercicio de los derechos involucrados en el otorgamiento concesional, que marca a su vez el período de vigencia de sus obligaciones al respecto.*
- *Tanto en la legislación anterior como en el ordenamiento jurídico vigente en materia de telecomunicaciones, específicamente para el otorgamiento de concesiones para el uso comercial del espectro mediante la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, el procedimiento habilitado para una asignación eficiente y efectiva de frecuencias del espectro radioeléctrico, es el concurso público.*
- *El concurso público es el único mecanismo habilitado en la legislación vigente para el otorgamiento de concesiones para la explotación del espectro de uso comercial, en concordancia con los objetivos y principios rectores dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley N°8642.*
- *Según la Constitución Política, la única forma de habilitar la prestación de "servicios públicos de telecomunicaciones" era a través de una "ley general" o "concesión especial", siendo este el caso del ICE y sus empresas, por lo que el hecho de que se facultara a terceros para dicha prestación de conformidad con la normativa anterior, representa un aparente desconocimiento y desatención al principio de reserva de ley vigente en nuestro ordenamiento jurídico.*
- *La Ley de Radio únicamente regulaba los servicios "de radio, televisión, radioaficionados o estaciones experimentales, marítimas, aeronáuticas, meteorológicas, estaciones al servicio de industrias, agricultura o comercio entre particulares (autoprestación del servicio)", por lo que no se podría utilizar esta Ley para habilitar la prestación de "servicios públicos de telecomunicaciones" o "servicios de telecomunicaciones disponibles al público".*
- *La prórroga del plazo de vigencia de las concesiones de espectro radioeléctrico según el artículo 24 de la Ley N°8642, constituye una posibilidad, una eventualidad o expectativa y no un derecho subjetivo a la prórroga automática por parte del concesionario.*
- *La solicitud de prórroga obliga al Estado y en especial al Poder Ejecutivo a examinar las circunstancias objetivas y frente al interés público involucrado en la asignación, uso y explotación de frecuencias de espectro radioeléctrico, según los fines derivados de la Ley N°8642 y normativa correspondiente. Entre estos aspectos de interés público debe valorarse que, de acuerdo con dicha Ley, una asignación eficiente, efectiva, objetiva, independiente, transparente y no discriminatoria, se entiende una vez que se halla realizado un concurso público, en el caso de frecuencias de uso comercial.*
- *Aunado al interés público de una eficiente y efectiva asignación, debe considerarse también el efecto de estas disposiciones en la promoción y salvaguarda de la competencia efectiva y los efectos que produce el incumplimiento de la normativa de selección de concesionarios de frecuencias del espectro para la operación de redes públicas y prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.*
- *A lo largo del presente documento se han expuesto datos e información que permitirán al Poder Ejecutivo realizar una ponderación de los intereses involucrados en las concesiones de las empresas Tortiatlantic S.A., Quantum Comunicaciones S.A., Cristal Asesores Forestales S.A., Jalova del Tortuguero S.A., Proyecto Aries S.A. y Comunicaciones Ilma S.A. para analizar la procedencia de la solicitud de prórroga de dichas concesiones, para lo cual deberá considerarse el interés público involucrado en una asignación efectiva y eficiente del espectro conforme con*

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

la Ley N° 8642, que establece el concurso público para la explotación comercial de dicho recurso como el único mecanismo para garantizar la objetividad, independencia, transparencia y no discriminación; con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios de telecomunicaciones.(...)"

- XXXIV.** Que este Consejo habiendo analizado el referido informe elaborado por la Dirección General de Calidad, estima conveniente acoger el mismo, y en consecuencia realizar las recomendaciones al Poder Ejecutivo que a continuación se indican y que se amplían en el informe técnico número 09790-SUTEL-DGC-2018 del 23 de noviembre de 2018 y que forma parte integral de este acto administrativo, para lo cual conforme con los artículos 136 párrafo 2 y 335 de la Ley General de la Administración Pública debe incluirse en el acto de comunicación del mismo.

Que de conformidad con los resultandos y considerandos que anteceden, este Consejo, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de sus funciones:

POR TANTO

De acuerdo con las anteriores consideraciones de hecho y derecho y la justificación correspondiente y con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642; La Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660, en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, en el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, y demás normativa de desarrollo y de pertinente aplicación,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
RESUELVE:

PRIMERO: Dar por recibido y aprobar el informe técnico de la Dirección General de Calidad rendido mediante oficio 09790-SUTEL-DGC-2018 del 23 de noviembre de 2018, respecto a la solicitud de prórroga de los títulos habilitantes adecuados mediante las Resoluciones RT-017-2009, RT-018-2009, RT-019-2009, RT-020-2009, RT-021-2009 y RT-022-2009, todas del 16 de noviembre de 2009, de las empresas Tortiatlantic, S. A., Quantum Comunicaciones, S. A., Cristal Asesores Forestales, S. A., Jalova del Tortuguero, S. A., Proyecto Aries, S. A. y Comunicaciones Ilma, S. A.

SEGUNDO: Señalar al Poder Ejecutivo, que a la luz de lo indicado en el presente informe, los acuerdos 018-054-2014, 019-054-2014, 020-054-2014, 021-054-2014, 022-054-2014 y 023-054-2014 y el oficio MICITT-DVT-OF-238-2018 del 3 de abril del año en curso, mediante el cual el Viceministerio de Telecomunicaciones remitió a la Procuraduría General de la República copia certificada del expediente N° GCP-AT-004-2009 en el cual consta la resolución N° 002-R-2018-TEL-MICITT del 23 de enero de 2018, donde se declaran lesivos los actos administrativos correspondientes a los títulos habilitantes de las empresas en mención, con el fin de proceder a incoar el procedimiento contencioso administrativo respectivo ante los Tribunales de Justicia, es criterio de esta Superintendencia, con base en el interés público, que no procede la prórroga solicitada del plazo de la concesión de los títulos habilitantes adecuados mediante las resoluciones RT-017-2009, RT-018-2009, RT-019-2009, RT-020-2009, RT-021-2009 y RT-022-2009, todas del 16 de noviembre de 2009, de las empresas Tortiatlantic S.A., Quantum Comunicaciones S.A., Cristal Asesores Forestales S.A., Jalova del Tortuguero S.A., Proyecto Aries S.A. y Comunicaciones Ilma S.A.

TERCERO: Indicar al Poder Ejecutivo que valore las recomendaciones vertidas por SUTEL en los acuerdos 018-054-2014, 019-054-2014, 020-054-2014, 021-054-2014, 022-054-2014 y 023-054-2014, todos del 19 de setiembre de 2014, mediante los cuales se aprobaron los dictámenes técnicos referentes a la recomendación de adecuación de los títulos habilitantes de las empresas Tortiatlantic S.A., Quantum Comunicaciones S.A., Cristal Asesores Forestales S.A., Jalova del Tortuguero S.A.,

SESIÓN EXTRAORDINARIA 081-2018
4 de diciembre del 2018

Proyecto Aries S.A. y Comunicaciones Ilma S.A., en atención a la disposición 5.1, inciso c) del informe oficio N° DFOR-IFR-IF-6-2012 de la Contraloría General de la República.

CUARTO: Remitir el dictamen técnico identificado mediante oficio 09790-SUTEL-DGC-2018 del 23 de noviembre 2018 al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones.

ACUERDO FIRME
NOTIFIQUESE

A LAS 14:45 HORAS FINALIZA LA SESIÓN

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES


LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO DEL CONSEJO




MANUEL EMILIO RUIZ GUTIÉRREZ
PRESIDENTE A. I. DEL CONSEJO