

MEMORÁNDUM

MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Para:	Teodoro Willink Castro Viceministro de Telecomunicaciones – Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones.
De:	Cynthia Morales Herra Directora de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones.
Copia	Paola Vega Castillo, Ministra MICITT Angélica Chinchilla Medina, Directora DENT Francisco Troyo Rodríguez, Director DERRT
Fecha:	20 de diciembre de 2021
Asunto:	Respecto a las Resoluciones N° 021-2021-R-TEL-MICITT y N° 022- 2021-R-TEL-MICITT.

Estimado señor:

Reciba un cordial saludo. Por este medio me refiero al memorándum N° MICITT-DVT-MEMO-045-2021 de fecha 02 de diciembre de 2021, el cual se refiere a “Observaciones a resoluciones N° 021-2021-R-TEL-MICITT y N° 022-2021-R-TEL-MICITT”.

Según se indica en su memorándum dichas consultas se fundamentan en la revisión realizada por el Grupo de Apoyo Legal Presidencial (GALP) a las propuestas de Resoluciones administrativas N° 021-2021-R-TEL-MICITT y N° 022-2021-R-TEL-MICITT, por lo que al respecto hacemos las siguientes consideraciones atendiendo las consultas el mismo orden que fueron planteadas.

“1. ¿Comparte el Micitt la interpretación de la Sutel, contenida en el oficio 09509-SUTEL-DGC-2021, en el sentido que el artículo 21 de la Ley 8642, es aplicable únicamente en el supuesto que la concesionaria haya hecho uso eficiente del espectro asignado, aunque ello ‘no se presenta de manera explícita en el texto’?”





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Con relación a esta consulta, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, referido a la figura de la reasignación, debemos señalar que no es un tema que se haya analizado por parte de la Dirección, y por ello, no está siendo objeto de las propuestas de resolución administrativa de referencia. Se debe aclarar que, **el objeto del análisis realizado versa sobre la determinación de la verdad real de los hechos a partir de los indicios del supuesto incumplimiento contractual de las obligaciones por parte de la empresa concesionaria, puestos en conocimiento por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), lo cual se determinaría por medio de la instauración de un órgano director encargado de instruir el procedimiento ordinario, según lo establecido en los artículos 308 y siguientes de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, todo lo anterior, respetando los derechos que le asisten al concesionario en cuanto al debido proceso y derecho de defensa.** Lo anterior, dentro de las obligaciones por parte de la Administración Concedente de asegurar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, al ser un bien demanial escaso.

Bajo este contexto, desde la perspectiva técnica por parte del Departamento de Administración de Espectro Radioeléctrico, y técnica y jurídica por parte de la Dirección de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones, ambas dependencias del Viceministerio de Telecomunicaciones, no encontramos razones de orden público o interés nacional para recomendar al Poder Ejecutivo separarse de las recomendaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, **en cuanto a determinar la verdad real de los hechos sobre el presunto incumplimiento de las condiciones del uso del espectro concesionado.**

Adicionalmente, en cuanto a la propuesta de Resolución administrativa N° 021-2021-R-TEL-MICITT tiene como objeto la declaratoria de lesividad del acto de adecuación del título habilitante del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz, lo anterior, ante las nulidades advertidas mediante los dictámenes técnicos emitidos por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones, recomendaciones técnicas que, desde la perspectiva técnica por parte del Departamento de Administración de Espectro Radioeléctrico, y técnico y jurídico por parte de la Dirección de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones, no se





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

encuentran razones de orden público o interés nacional para recomendar al Poder Ejecutivo para separarse de éstos.

“2. ¿Por qué se descartó los procedimientos de reasignación (art. 21 de la Ley 8642) y de extinción por “rescate por causa de interés público” (art. 22 inciso 2) sub inciso c) de la Ley 8642) en el caso de Racsa? Por ejemplo en la propuesta se observa en el resultando X, donde cita el oficio 03191-SUTEL-SCS-2017, que se cita como sustento legal “inciso 2) subinciso c) del artículo 22 de la LGT”, por parte de Sutel.”

En relación con esta consulta, cabe señalar que las competencias de la Dirección de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones (asesoría jurídica) del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, se limitan a aspectos técnico-jurídicos que garanticen en los procesos que se llevan a cabo en materia de telecomunicaciones, el estricto cumplimiento de los elementos formales y sustanciales dispuestos por el ordenamiento jurídico, y en todos los casos, se han recomendado a las autoridades considerando para ello los principios generales de razonabilidad y legalidad, tomando en cuenta la mejor satisfacción del interés público y con ello garantizar el cumplimiento de las competencias que ostenta el Poder Ejecutivo en cuanto a asegurar el uso eficiente y óptimo del espectro radioeléctrico, en respeto de los postulados que informan el procedimiento administrativo, máxime dada la especialidad de la materia de telecomunicaciones.

Por lo anterior, con relación a lo establecido en el artículo 21 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, referente a la reasignación, tal y como se desarrolló en el punto anterior, no es un tema que haya sido analizado desde la perspectiva técnica y jurídico, ni tampoco es parte del objeto de las propuestas de resoluciones administrativas, **las cuales como se indicó versan sobre la conformación de un órgano director para determinar la verdad real de los hechos sobre el supuesto incumplimiento contractual de las obligaciones por parte de la empresa concesionaria, y la declaratoria de la lesividad del acto administrativo de adecuación del título habilitante del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz.**

En cuanto a la determinación de la procedencia del rescate por causa de interés público establecido en el artículo 22 inciso 2) subinciso c), que indica: **“2) Las**





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

concesiones, las autorizaciones y los permisos se extinguen por las siguientes causales (...) c) El rescate por causa de interés público (...)”, resulta indispensable señalar que esta Dependencia técnico-jurídica, se ajusta a los procedimientos objetivos que se han venido realizando, indistintamente del concesionario que se trate. De esta manera cuando la Superintendencia de Telecomunicaciones pone en conocimiento al Poder Ejecutivo sobre presuntos incumplimientos de las obligaciones de cualquier índole por parte de un concesionario, que implicaría la revocación de su concesión, **se recomienda al Poder Ejecutivo la designación de un órgano director para la determinación de la verdad real de los hechos, con respecto a las garantías procesales de debido proceso y derecho de defensa, y previo cumplimiento de un procedimiento ordinario dispuesto por la Ley General de la Administración Pública que permita mediante el contradictorio determinar esa verdad real.**

De esta forma, ante los distintos dictámenes técnicos de la Superintendencia de Telecomunicaciones, y en cumplimiento de las disposiciones emitidas por parte de la Contraloría General de la República, así como la instrucción superior de la señora Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, y el señor Viceministro de Telecomunicaciones (instrucciones giradas verbalmente en abril, y reiteradas por escrito en junio del presente año mediante oficios N° MICITT-DM-OF-519-202 y N° MICITT-DVT-OF-454-2021), la Dirección se avocó al análisis de los distintos dictámenes técnicos de la SUTEL, así como de los informes técnicos emitidos por parte de la Dirección de Espectro Radioeléctrico y Redes de Telecomunicaciones, determinándose que se coincide con la citada Dirección técnica especialista en espectro radioeléctrico, en cuanto a que no se encontraron razones de orden público o interés nacional de las recomendaciones de la SUTEL, y por ende, proceder a instaurar un órgano director que, en aplicación de los procedimientos legales, y bajo los principios de derecho de defensa y debido proceso, determine si en la especie configura o no, un incumplimiento contractual, y por ende, una causal de revocación de la concesión.

Lo anterior, sin perjuicio que el Poder Ejecutivo se separe del dictamen técnico de la Superintendencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 39 inciso d) de la Ley N° 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

del Sector de Telecomunicaciones, o también que valore desde su competencia la adopción de una decisión política de proceder con el rescate de interés público previsto en el artículo 2 inciso 2) subinciso c), aspecto que al ser es una decisión política, escapa del ámbito competencial de esta Dirección.

“3. Si el fin público principal es la recuperación de la frecuencia concesionada a Racsa, a fin de poder disponer de ella mediante concurso y evitar concentración y considerando el artículo 131 de la LGAP. ¿Cuál es el procedimiento administrativo que mejor garantiza ese fin? a) Recuperación de frecuencia (art 21), b) Resolución de concesión (art 22 inciso 1), c) Extinción de concesión (art 22 inciso 2), o d) Lesividad en sede judicial.”

Con relación a esta consulta, cabe reiterar que, del análisis realizado por este Dependencia técnico-jurídica, el fin público principal del procedimiento que se recomienda instaurar es para determinar la verdad real de los hechos por medio la instauración de un órgano director, procedimiento administrativo que mejor garantiza el fin y resguarda los derechos del concesionario en cuanto al debido proceso y derecho de defensa.

Adicionalmente, resulta indispensable señalar que **el fin del procedimiento no es la extinción de la concesión para la recuperación de la frecuencias, sino más bien lo que busca es, mediante un procedimiento reglado, determinar si los hechos puestos en conocimiento por parte de la SUTEL se comprueban o no, y si comprobándose éstos configuran el incumplimiento contractual que deriva en una extinción o revocación de una concesión.** Al respecto el artículo 214 de la Ley General de la Administración Pública dispone:

“Artículo 214.-

1. El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración; con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.



20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

2. Su objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final.”

Es decir, se aclara que **esta Dirección de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones**, nunca ha recomendado a la Administración que se proceda con la recuperación del espectro radioeléctrico (el cual sería la revocación de la concesión). **Lo que se ha recomendado al Poder Ejecutivo es que se proceda a determinar la verdad real de los hechos mediante la conformación de un órgano director y cumplimiento con los procedimientos establecidos en la Ley General de Administración Pública.** Lo anterior, en virtud de no existir razones de orden público o interés nacional de separarse de los dictámenes técnicos de la SUTEL y ante los hechos puestos en conocimientos los cuales refieren a un presunto incumplimiento contractual por parte de la concesionaria.

Adicionalmente, en el caso de los vicios de nulidad advertidos por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones de un punto de la resolución administrativa de adecuación del título habilitante, lo que se pretende proceder con entablar el juicio contencioso de lesividad dispuesto en la Ley General de Administración Pública y por el Código Procesal Contencioso-Administrativo.

De esta manera, **ningún órgano director parte de la premisa que se procederá con la recuperación del espectro radioeléctrico**, dado que eso implicaría violar el derecho fundamental de presunción de inocencia, así como desconocer los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad, transparencia, debido proceso y derecho de defensa.

Adicionalmente, el interés público que se pretende asegurar con los procedimientos (órgano director y lesividad) es el cumplimiento de los objetivos de la Ley General de Telecomunicaciones, los principios rectores y los objetivos de la planificación, administración y control del régimen sectorial de las telecomunicaciones, contenidos en los artículos 2, 3 y 8 de la Ley General de Telecomunicaciones, particularmente el deber de *“Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos”* y de *“Asegurar que la explotación de las frecuencias se realice de manera eficiente”*. Interés público que dista de la recuperación del espectro radioeléctrico.





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

“4. Valorar eliminar frases como “rompimiento del hasta entonces esquema monopólico” y hablar únicamente de la apertura del mercado de telecomunicaciones, para que no se pueda interpretar algún interés de afectar al ICE.”

Con relación a esta observación y como se ha reiterado, el proceso de análisis desde la perspectiva técnica-jurídica efectuada por esta Dirección, se encuentran dirigidos a recomendar al Poder Ejecutivo a acoger los dictámenes técnicos emitidos por parte de la SUTEL, tanto en su rol como Autoridad Sectorial de Competencia, como en su rol de Regulador de las Telecomunicaciones. Para ello, se han cumplido con los procedimientos dispuestos tanto a nivel legal, como a la normativa interna, con estricto apego a la transparencia, objetividad e imparcialidad. De esta manera la frase del “rompimiento del hasta entonces esquema monopólico” se efectúa de forma objetiva, estableciéndose como parte de los antecedentes y hechos históricos, para efectos de determinar un cambio en el esquema de prestación de los servicios de telecomunicaciones.

Véase que el texto donde se incluye esta frase indica lo siguiente:

“De esta forma la apertura comercial de los servicios de telecomunicaciones provocaría un rompimiento del hasta entonces esquema monopólico de servicio público para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, cuyo marco de apertura envuelve la exclusión de los servicios de telecomunicaciones de la clasificación dispuesta en el artículo 5 inciso b) de Ley N° 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), de fecha 9 de agosto de 1996, para establecer desde el ámbito del derecho nacional un esquema regulatorio que sujeta su prestación dentro de un régimen jurídico de competencia.

El nuevo esquema regulatorio incorporaría nuevas definiciones en relación con los agentes económicos que participan del mercado de las telecomunicaciones; de esta forma la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, en su artículo 6 se establecen las siguientes definiciones:

“ARTÍCULO 6.- Definiciones

Para los efectos de esta Ley se define lo siguiente:

(..)





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

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

(...)

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

17) *Operadores o proveedores importantes: operadores o proveedores que tienen la capacidad de afectar materialmente, teniendo en consideración los precios y la oferta, los términos de participación en los mercados relevantes, como resultado de controlar las instalaciones esenciales o hacer uso de su posición en el mercado.*

(...)

23) *Servicios de telecomunicaciones: servicios que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de telecomunicaciones. Incluyen los servicios de telecomunicaciones que se prestan por las redes utilizadas para la radiodifusión sonora o televisiva.*

24) *Servicios de telecomunicaciones disponibles al público: servicios que se ofrecen al público en general, a cambio de una contraprestación económica”.*

También se promulga un marco jurídico para fortalecer al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), Radiográfica Costarricense S.A., y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL), a fin de que con agilidad puedan adaptarse al nuevo entorno de competencia en virtud del monopolio estatal imperante en dicho contexto. De esta forma el compromiso que nuestro país adquiere se da únicamente en relación con la apertura a la competencia y no así la privatización de dicha empresa pública y sus restantes subsidiarias.

En este contexto es que en el artículo 5 inciso a) de la Ley N° 8660, Ley Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, dispuso que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE SOCIEDAD ANÓNIMA (RACSA), con cédula de persona jurídica N° 3-101-009059 es una empresa perteneciente al Grupo ICE.

Sin embargo, a fin de interpretar y aplicar adecuadamente el régimen jurídico dispuesto en la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, resulta imprescindible considerar que las concesiones, en su carácter de título habilitante para la prestación de servicios de telecomunicaciones, son un acto jurídico generador de obligaciones a cargo o a favor de la empresa concesionaria de ‘colaboración’ o de ‘atribución’, en carácter ‘intuitu personae’. Dicho de otra forma, del título habilitante de concesión deriva el carácter





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

personalísimo en el cumplimiento de las obligaciones y condiciones contenidas que corresponden al concesionario.”

Lo anterior, se desarrolla con el objetivo de determinar la condición jurídica de la empresa RACSA en relación con sus obligaciones prestacionales con el Estado, en su condición de concesionaria del espectro radioeléctrico, así como hacer referencia que el anterior régimen monopólico, se deja sin efecto, para establecer nuevas reglas, las cuales son de acatamiento obligatorio para cualquier persona física o jurídica que ostente un título habilitante. Por lo que en el párrafo transcrito, en efecto no se hace alusión a la apertura de la participación privada para la prestación del servicio público, sino se refiere al momento en el cual, legalmente el legislador, estableció un rompimiento del monopolio, dando la posibilidad de que puedan ingresar otros prestadores de servicios de telecomunicaciones.

Por ende, en nuestro criterio técnico jurídico la redacción se encuentra ajustada al bloque de legalidad vigente, sin detrimento de que el Poder Ejecutivo acoja la recomendación del Grupo de Asesores Legal Presidencial y decida variar la redacción, aplicando decisiones de índole política, las cuales nos abstraemos por no estar dentro de nuestras atribuciones reglamentarias.

Adicionalmente, como se ha indicado anteriormente, la recomendación efectuada por esta Dirección está basada en la aplicación objetiva de los procedimientos dispuestos por la Ley General de Telecomunicaciones y la Ley General de Administración Pública, e independientemente de la persona física o jurídica concesionaria. Desde esta perspectiva, el interés público perseguido no es “afectar al ICE” de ninguna manera, sino cumplir con los principios sectoriales y objetivos dispuestos por la Ley General de Telecomunicaciones de “Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos” y de “Asegurar que la explotación de las frecuencias se realice de manera eficiente”.

Así las cosas, en este caso concreto, el cual versa sobre la relación jurídico concesional del Estado con la empresa pública Radiográfica Costarricense S.A., como cualquier concesionario o permisionario del espectro radioeléctrico, se encuentra compelido a cumplir con el bloque legal, así como a satisfacer el interés





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

público de prestar el servicio de telecomunicaciones, lo anterior dado que ostenta una concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico. De forma tal, que el interés público de velar por la prestación del servicio de telecomunicaciones tiene inmersos dos aspectos que debe velar el Poder Ejecutivo los cuales son: por un lado, que los usuarios finales puedan hacer uso y disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento, y por el otro, que el bien demanial del espectro radioeléctrico, como bien escaso y estratégico sea aprovechado precisamente en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, puesto que de lo contrario, se afectan los intereses de las personas que tienen el derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración que estas acciones se encuentran enmarcadas dentro de las disposiciones emitidas por la Contraloría General de la República mediante el **Informe N° DFOE-IFR-IF-6-2012** de fecha 30 de julio de 2012, realizó un estudio especial con el fin de analizar el cumplimiento de las responsabilidades en cuanto a la gestión del espectro radioeléctrico, de manera que se garantice un uso eficiente de este bien público. En dicho informe se estableció para cumplimiento de la Rectoría de Telecomunicaciones y de la SUTEL, la disposición contenida en el punto 5.1. c) i., que en lo que interesa dispuso: *“Identificar conjuntamente todos los casos en los que resulta requerida una adecuación de los títulos habilitantes (o corrección de las ya efectuadas), así como la reasignación, revocación o extinción de las concesiones, autorización y permisos otorgados, lo mismo que la recuperación y devolución de frecuencias; de acuerdo con el marco jurídico aplicable, los títulos habilitantes respectivos y en razón de uso, servicios, cobertura u otros. En esta identificación deberán considerarse todas las asignaciones otorgadas (incluyendo las de radiodifusión), las necesidades de recuperación prioritarias y tener en cuenta además las recomendaciones contenidas en el ‘Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica’ elaborado por la SUTEL en mayo de 2009”.*

“Observaciones sobre la Resolución N° 021-2021-R-TEL-MICITT (Lesividad):

1. Valorar eliminar el capítulo de hechos no probados. En este caso no se ve necesario, por el contrario, su redacción confunde, porque son los mismos





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

hechos probados con una redacción distinta, en su lugar podría indicarse.
Hechos no demostrados: “No se observa que existan hechos relevantes que no fuesen acreditados” o alguna frase similar.”

Sobre el particular, se solicita la eliminación de los hechos no probados, para ser sustituidos por oración genérica que no existen hechos relevantes que no hayan sido acreditados. Para mejor entendimiento se analizarán cada uno los hechos no probados para aclarar cuál es el objeto, y por ende, determinar en qué se distingue de los hechos probados:

1. Que mediante el oficio N° 251-SUTEL-2009 de fecha 25 de mayo de 2009, la Superintendencia de Telecomunicaciones recomendara al Poder Ejecutivo la adecuación del título habilitante primigenio, Acuerdo Ejecutivo N° 125-MSP de fecha 16 de mayo de 1997, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 75 de fecha 20 de abril de 1998 otorgado a la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE SOCIEDAD ANÓNIMA, con cédula de persona jurídica N° 3-101-009059, para la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz, a fin de modificar el servicio radioeléctrico conferido (“servicio Fijo”) al servicio radioeléctrico “Móvil” para sistemas IMT.

En este caso el hecho no probado versa respecto a que el dictamen técnico N° 251-SUTEL-2009 de fecha 25 de mayo de 2009, en el cual se fundamenta la Resolución administrativa de adecuación de título habilitante del segmento de frecuencias 3425 MHz a 3625 MHz, explícitamente no incluía una recomendación para que el Poder Ejecutivo modificara el servicio radioeléctrico conferido (“servicio Fijo”) al servicio radioeléctrico “Móvil” para sistemas IMT. Este hecho no probado es relevante, por cuanto si bien es cierto, existe un dictamen técnico emitido por la Superintendencia de Telecomunicaciones para efectuar una adecuación del título habilitante primigenio, éste no abarcaba la posibilidad de modificación del espectro radioeléctrico, como sucedió en la especie.

2. Que conste en el expediente administrativo N° GCP-AT-029-2009 dictamen técnico emitido por parte de la Superintendencia de





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Telecomunicaciones, en donde recomienda al Poder Ejecutivo modificar, mediante el instituto jurídico de la adecuación, el servicio radioeléctrico habilitado originalmente en el Acuerdo Ejecutivo N° 125-MSP de fecha 16 de mayo de 1997, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 75 de fecha 20 de abril de 1998, y de esta forma habilitar a RACSA para que en el segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz brindara servicios de telecomunicaciones móviles mediante sistemas IMT.

Uno de los postulados primordiales en los cuales se sustentó en análisis jurídico para la determinación de la existencia de nulidades en la adecuación del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz, es cuál fue el fundamento jurídico efectuado por parte del Poder Ejecutivo en ese entonces para habilitar a RACSA la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles mediante sistemas IMT. Tomando en consideración que, la adecuación del título habilitante parte de la existencia de una recomendación efectuada por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones como requisito previo indispensable, cuya ausencia genera un vicio de nulidad absoluta del acto administrativo emanada por el Poder Ejecutivo.

De esta manera, este hecho no probado resulta crucial para la determinación de la lesividad en cuestión, por cuanto no se advirtió en todo el expediente administrativo recabado al efecto, algún dictamen técnico emitido por parte del órgano competente (Superintendencia de Telecomunicaciones), que fundamentara el punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, mediante el cual se adecuó el Acuerdo Ejecutivo N° 125-MSP de fecha 16 de mayo de 1997 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 75 de fecha 20 de abril de 1998, correspondiente a la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz conferida a la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE SOCIEDAD ANÓNIMA. Por lo que su omisión, debilita la propuesta de resolución administrativa.

3. Que el principio de convergencia contenido en el artículo 6 inciso 8) de la Ley General de Telecomunicaciones, o que el bloque de legalidad vigente al dictado de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, facultara a la





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Administración Concedente para que, mediante la figura jurídica de la adecuación de títulos habilitantes, se modificara el servicio radioeléctrico “Fijo” conferido de forma primigenia en el Acuerdo Ejecutivo N° 125-MSP de fecha 16 de mayo de 1997, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 75 de fecha 20 de abril de 1998 al servicio radioeléctrico “Móvil” para sistemas IMT.

Otra de las premisas que fueron ampliamente discutidas a nivel del Viceministerio de Telecomunicaciones y la Superintendencia de Telecomunicaciones desde su constitución fue precisamente los alcances del principio de convergencia y si éste, posibilitaba la modificación de los títulos habilitantes conferidos bajo el anterior régimen jurídico de telecomunicaciones. Tanto así, que ambas entidades, Rectoría de Telecomunicaciones y la Superintendencia de Telecomunicaciones, en cumplimiento de una disposición de la Contraloría General de la República, establecieron un lineamiento sobre el particular.

Para los efectos de la propuesta de resolución administrativa de lesividad en análisis, se analizó técnicamente por parte de la Dirección de Espectro Radioeléctrico y Redes de Telecomunicaciones y de esta Dirección, sobre el alcance de la aplicación de dicho principio como fundamento del punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, y que conllevó de forma antijurídica la modificación del servicio radioeléctrico del título primigenio a través del instituto jurídico de la adecuación.

Es por este motivo, que dicho hecho no probado resulta pertinente para la fundamentación del acto de lesividad, objeto de la propuesta de resolución de reiterada cita.

4. Que el régimen jurídico sectorial de las telecomunicaciones establezca la figura de la adecuación de los títulos habilitantes regulada por el Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, como un procedimiento para la asignación de espectro radioeléctrico.





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Otro de los aspectos medulares que sustentan la determinación de que no existen razones de orden público o interés nacional para separarse del dictamen técnico de la SUTEL, en cuanto a la existencia de vicios de nulidad, consiste en el análisis técnico jurídico respecto a si el procedimiento de la adecuación puede implicar la asignación de recurso del espectro radioeléctrico.

Ello es primordial, por cuanto, al modificar el servicio radioeléctrico conferido por el Poder Ejecutivo mediante el título habilitante primigenio, utilizando para ello el procedimiento de la adecuación, implicó habilitar a la empresa pública RACSA la habilitación de servicios de telecomunicaciones que no estaban abarcados en su concesión original, y por ello, se constituyó una nueva relación prestacional entre RACSA y la Administración Concedente. Esto es, el punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, tuvo como consecuencia el otorgamiento de una nueva concesión.

Por lo anterior, es criterio de esta Dirección que omitir estos hechos no probados debilitarían la fundamentación de la propuesta de resolución administrativa, aspecto que no fueron demostrados en etapas procesales previas a la que nos encontramos y son indispensables como parte de la motivación debida de esta propuesta de resolución y posterior análisis de fondo, razón por la cual esta Dirección considera recomienda mantenerlos dentro del contenido de la propuesta resolución administrativa en estudio. Lo anterior sin detrimento de las facultades del Poder Ejecutivo de separarse del dictamen técnico emitido por parte de esta Dirección.

“2. En la parte dispositiva, eliminar el I, en el cual indica que Poder Ejecutivo aprueba los dictámenes de la Sutel, ya que éstos son aprobados por el Consejo de la Sutel, únicamente.”

Sobre dicha recomendación debe aclararse que, en el Anexo 13 del Capítulo 13 del Tratado de Libre Comercio, se establecieron una serie de “Principios Regulatorios”, tanto en relación con la Autoridad Reguladora de los servicios del sector telecomunicaciones, como en la asignación del recurso escaso el espectro radioeléctrico), el cual en lo conducente dispone:



20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

“Independencia de la Autoridad Reguladora

*Costa Rica establecerá o mantendrá una autoridad reguladora para los servicios de telecomunicaciones, que será independiente de todo proveedor de servicios de telecomunicaciones, y no responderá ante ellos. Costa Rica asegurará que su autoridad reguladora para los servicios de telecomunicaciones esté autorizada a imponer sanciones efectivas para hacer cumplir las medidas domésticas relacionadas a las obligaciones establecidas en este Anexo. **Esta autoridad reguladora podrá incluir jurisdicción sobre la administración del espectro**, servicio universal, fijación de tarifas y otorgamiento de licencias para nuevos participantes al mercado. Las decisiones y los procedimientos de la autoridad reguladora serán imparciales con respecto a todos los participantes en el mercado.”*

“4. Asignación y Utilización de Recursos Escasos

Costa Rica asegurará que los procedimientos para la asignación y utilización de recursos escasos, incluyendo frecuencias, números y los derechos de vía, sean administrados de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria, por una autoridad doméstica competente.

*La República de Costa Rica emitirá licencias directamente a los proveedores del servicio para el uso del espectro, **de conformidad con el artículo 121, inciso 14 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.**” (El resaltado no corresponde al original).*

Así las cosas, se procedió posteriormente a crear formalmente en el derecho interno costarricense el Sector Telecomunicaciones y se le asignó a este Ente Rector Sectorial un conjunto de competencias específicas en materia de telecomunicaciones. Lo anterior de conformidad con las disposiciones de los artículos 1, 38 y 39 de la Ley N° 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, los cuales disponen en lo conducente:

“ARTÍCULO 1.- Objeto y ámbito de aplicación

Créase, por medio de la presente ley, el sector telecomunicaciones y se desarrollan las competencias y atribuciones que corresponden al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (Micitt), que por medio de su jerarca ejercerá la rectoría de dicho sector. Además se modernizan y fortalecen el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y sus empresas; también, se modifica la Ley N.º 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Públicos, de 9 de agosto de 1996, para crear la Superintendencia de Telecomunicaciones, en adelante denominada Sutel, que será el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.

Quedan sometidos al ámbito de aplicación de esta Ley toda la Administración Pública, tanto la centralizada como la descentralizada incluyendo a aquellas que pertenezcan al régimen municipal, las instituciones autónomas las semiautónomas y las empresas públicas y privadas, que desarrollen funciones o actividades relacionadas con las telecomunicaciones, infocomunicaciones, productos y servicios de información, interconexión y demás servicios en convergencia del Sector Telecomunicaciones.

(...)

ARTÍCULO 38.- Sector Telecomunicaciones

Créase el Sector Telecomunicaciones, dentro del marco de sectorización del Estado. Estará constituido por la Administración Pública, tanto la centralizada como la descentralizada, así como por las empresas públicas que desarrollen funciones o actividades relacionadas con las telecomunicaciones.

Por su parte el artículo 39 inciso d) del mismo cuerpo normativo creó la Rectoría de Telecomunicaciones, el cual establece entre otras funciones:

“ARTÍCULO 39.- Rectoría del Sector Telecomunicaciones

El rector del sector será el ministro o la ministra de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (Micitt), a quien le corresponderán las siguientes funciones:

(...)

*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.** (El resaltado y subrayado es nuestro).*

Cabe indicar que el artículo 39 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

(RIOF), establece en cuanto a las Direcciones Generales que conforman la SUTEL, lo siguiente:

“Artículo 39. Naturaleza y estructura de las Direcciones Generales de la Sutel.

La Superintendencia de Telecomunicaciones contará con las siguientes Direcciones Generales:

- . *Dirección General de Calidad.*
- . *Dirección General de Mercados.*
- . *Dirección General del Fondo Nacional de Telecomunicaciones.*
- . *Dirección General de Competencia*

(Así adicionado el punto anterior por resolución N° 0170 del 7 de julio del 2020)

- . *Dirección General de Operaciones.*

Las Direcciones Generales, son dependencias que reportan directamente del Consejo de la Sutel en materia regulatoria, son las que le brindan servicios especializados en la ejecución de estudios técnicos, así como, la formulación de recomendaciones técnicas y en general en la ejecución de las gestiones que sean necesarias para que dicho Consejo adopte la resolución final y realice la conducta debida en los asuntos propios de su competencia establecidos en el artículo 20 de este reglamento y conforme con el ordenamiento jurídico.

(...)”

Con base en lo anterior dichas Direcciones de la SUTEL brindan las recomendaciones técnicas al Consejo para que éste adopte la resolución final, por lo que efectivamente el Consejo en su condición de superior jerárquico, con fundamento en la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, recibe y acoge





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

dichos dictámenes en caso de que lo considere procedente y como parte de sus funciones rinde los dictámenes técnicos al Poder Ejecutivo tal y como se establece en el artículo 73 de la Ley N° 7593 que indica:

Artículo 73.- Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son funciones del Consejo de la Sutel:

(...)

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.

e) Administrar y controlar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de interferencias perjudiciales.

(...)” (El resaltado no corresponde al original).

Por lo anterior, puede observarse que el legislador le otorgó a la Rectoría de Telecomunicaciones la función de **aprobar** los informes de la SUTEL, lo cual fundamenta y justifica lo indicado en el Resuelve I de la parte dispositiva de la propuesta de resolución N° 021-2021-R-TEL-MICITT.

3. Indicar expresamente incluso en la parte dispositiva, el tipo de intereses públicos a favor de los cuales se pretende la lesividad (económicos, tecnológicos, otros). Además, fundamentar en los considerandos el o los tipos de interés que se indiquen en el considerando.”

Con relación a esta solicitud, se informa que los intereses públicos que se pretenden con la lesividad se encuentran establecidos en la propuesta de resolución en la cual se indica que: *“los concesionarios deberán ejecutar su concesión conforme al interés público y a los objetivos de política pública definidos en el Plan Nacional de Desarrollo y a nivel sectorial en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones.”*





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Aunado a lo anterior como puede observarse en el *Considerando Cuarto* de la resolución bajo estudio, se desarrolla ampliamente los intereses de política pública, social y económicos que se encuentran vulnerados por la emisión del punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, por lo que esta Dirección es del criterio que se encuentran ampliamente desarrollados en la propuesta de resolución administrativa bajo análisis.

“4. Valorar que en la propuesta se hacen citas de informes técnicos sobre no uso o uso ineficiente lo cual en este procedimiento de lesividad, es un contexto pero no es el punto de partida para que se dé la nulidad absoluta del acto administrativo. Por ejemplo, en página 71 se indica: ‘... esta Superintendencia considera urgente la recuperación del recurso ocioso, así como el utilizado de manera no eficiente en las bandas de 2600 MHz y 3500 MHz, con el fin de que se dispongan al mercado en el corto plazo.’, valorar si estas referencias son oportunas y necesarias para decretar la lesividad. También en página 299, por ejemplo, se hacen citas que señalan a un ‘uso ineficiente’ lo cual es propio del tema sancionatorio y no de la lesividad. En similar sentido puede verse los comentarios al margen en las páginas 317, 318 y 322.”

En cuanto a la página 71 la transcripción hace referencia a las conclusiones que se derivan del Informe Técnico Jurídico N° MICITT-DCNT-DNPT-INF-145-2021 de fecha 06 de setiembre de 2021, expresamente está refiriéndose a la conclusión 27 donde se estipula que:

“27. Que la Superintendencia de Telecomunicaciones mediante el dictamen técnico emitido en el oficio N° 04482-SUTEL-DGC-2021, de fecha 28 de mayo de 2021, titulado ‘PROPUESTA DE INFORME SOBRE FACTIBILIDAD DE UN EVENTUAL PROCESO CONCURSAL PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DISPONIBLES AL PÚBLICO A TRAVÉS DE SISTEMAS IMT’ estableció al Poder Ejecutivo:

‘De las recomendaciones anteriores se puede extraer que esta Superintendencia considera urgente la recuperación del recurso ocioso,





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

así como el utilizado de manera no eficiente en las bandas de 2600 MHz y 3500 MHz, con el fin de que se dispongan al mercado en el corto plazo. Es decir, esta Superintendencia considera, una vez analizado el interés de los operadores y posibles nuevos entrantes sobre este recurso, así como las tendencias mundiales en cuanto al uso de estas bandas de frecuencias, que el eventual proceso concursal debe incluir el espectro de las bandas de 700 MHz, 2300 MHz, 3300 MHz a 3400 MHz, 26 GHz y 28 GHz, así como el recurso recuperado de las bandas de 2600 MHz y 3500 MHz.

Esta recomendación se realiza desde el punto de vista técnico, con el fin de atender el requerimiento del MICITT, tomando en cuenta el escenario ideal que permita a los operadores que resulten adjudicados la implementación de redes IMT-2020 utilizando las bandas de frecuencias que cuentan con mayores economías de escala y despliegues alrededor del mundo, facilitando el desarrollo de estas redes y el acceso a más y mejores servicios por parte de los usuarios finales.'

Dicho párrafo se encuentra estrechamente ligado con las conclusiones 25 y 28 del referido Informe Técnico Jurídico N° MICITT-DCNT-DNPT-INF-145-2021 de fecha 06 de setiembre de 2021, entregado en la misma fecha al Despacho del Viceministro de Telecomunicaciones, denominado: "Actualización del informe N° MICITT-DCNT-DNPT-INF-104-2021 'Análisis jurídico sobre la procedencia de la declaratorio de lesividad de la adecuación de los títulos habilitantes, resolución N° RT-025-2009-MINAET del 18 de diciembre del 2009 (segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz), Radiográfica Costarricense, S.A.'" que, para mayor claridad se proceden a transcribir de seguido:

*"25. Que se considera lesionado el interés público con la emisión de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET en su punto 4, segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz, **puesto que ocasiona falta de seguridad sobre la disponibilidad futura de espectro en la banda de 3500 MHz tendría el efecto de disuadir a operadores móviles de invertir en el despliegue futuro de servicios, reduciendo así la rivalidad del mercado y la existencia de una competencia agresiva, perjudicando a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones móviles al ver limitada las posibilidades que el despliegue de redes 5G puede ofrecer.**"*





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

“28. Que dado lo transcrito en el punto anterior, la SUTEL establece una vinculación entre la acreditación de la factibilidad y necesidad de un eventual concurso público para IMT y que el Estado emprenda las acciones necesarias para dilucidar la situación jurídica de la nulidad advertida en el punto 4 para el segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas del 18 de diciembre de 2009.” (Lo resaltado no corresponde al original).

Véase que el establecido por la Superintendencia de Telecomunicaciones y que es ahondado por esta Dirección en el informe técnico jurídico aludido se encuentra dentro del contexto del análisis relativo a las fases previas y verificación de los requisitos necesarios para cumplir con el cronograma de asignación de espectro radioeléctrico (y una eventual instrucción del espectro radioeléctrico incluyendo las bandas de 2600 MHz y 3500 MHz), vinculados con el interés público de promover la implementación de los servicios de telecomunicaciones móviles de quinta generación, lo que popularmente se conoce como 5G. Así como los eventuales perjuicios o lesiones al interés público que advierte la SUTEL, en el caso de no emprender de forma oportuna los procedimientos jurídico-administrativos para declarar lesivo el punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de reiterada cita.

Al respecto, precisamente uno de los aspectos que fundamentan la lesividad de los intereses públicos económicos, sociales y de política pública es que no se hayan emprendido los actos jurídicos administrativos para dilucidar la condición jurídica de RACSA en relación con la posibilidad de ésta de prestar el servicio de telecomunicaciones móviles internacionales 5G, y por ende, generando una inseguridad jurídica a los actuales concesionarios o posibles interesados de constituirse operadores de servicios de telecomunicaciones móviles internacionales respecto a las bandas de frecuencias que serán utilizadas en Costa Rica para la prestación de dichos servicios. Lo anterior, sin demérito que la SUTEL ha señalado algunas consideraciones sobre impactos económicos que supone el hecho que el Estado no haya emprendido los mecanismos jurídicos para determinar la condición jurídica y registral de la banda de frecuencias de 3500 MHz, y que esto siga retrasando el desarrollo de tecnologías móviles principalmente las 5G, acotando que:





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

*“Por último, considerando un WACC del 11,28% establecido por el Consejo de la SUTEL mediante resolución RCS-365-2018, se estima el valor presente neto del impacto en el PIB en función del año en que se instruyan los procesos de asignación de espectro. Así, en la medida que dichos procesos sean demorados, el valor presente neto del impacto positivo en el PIB será menor. Es decir, por cada año que se demoren los procesos concursales de espectro IMT, el Estado verá disminuido el aporte en el PIB por el despliegue de redes 4G y 5G. **En caso de instruirse los procesos sin demora, el valor presente neto del impacto en el PIB es de 3.166 millones USD. Tal como se indicó previamente, dicha demora se refiere a un atraso respecto al nivel de avance y preparación del mercado para la asignación de espectro de estas tecnologías.***

(...)

Así se puede ver que, producto de la demora en la instrucción de los procesos de asignación de espectro, el impacto positivo del PIB podría verse reducido en hasta un 36% o 1.134 millones USD (expresado en términos del valor presente del mismo) en el caso que dicha demora sea de 4 años. Para demoras de 1, 2 o 3 años el impacto es de 10%, 19% o 27% respectivamente (321, 609 y 868 millones USD).¹ (El resaltado es intencional).

En complemento a lo expuesto en la página 99 con relación a que “se hacen citas que señalan a un ‘uso ineficiente’ lo cual es propio del tema sancionatorio y no de la lesividad”, para mayor claridad se procede a transcribir las citas textuales que se aluden, así como los párrafos anteriores y siguientes para una mayor comprensión:

*“Al realizar la adecuación del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz, mediante el punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, **no se cumplió con lo recomendado por el Órgano Regulador, de promover un uso eficiente del espectro radioeléctrico**, sino que el acto que se emitió como ya se indicó para dicho segmento fue la asignación de nuevos servicios a RACSA, sin cumplir con los procedimientos legales dispuestos (concurso público), con lo cual a partir de la emisión de dicho acto del Poder Ejecutivo, **se afectaron los futuros procesos para desarrollos de servicios móviles mediante sistemas IMT en el país, así como las posibilidades del Estado para permitir el ingreso de nuevos oferentes dentro del mercado de las telecomunicaciones, que vinieran a prestar nuevos servicios innovadores***

¹ Dictamen técnico N° 05071-SUTEL-DGC-2020 de fecha 09 de junio de 2020 “PROPUESTA DE ACTUALIZACIÓN DEL CRONOGRAMA DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO PARA EL DESARROLLO DE SISTEMAS IMT E IMT-2020 EN COSTA RICA PARA EL PERIODO 2021-2025.”





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

y en competencia con los operadores actuales. Al respecto la SUTEL ha indicado:

‘Según lo señalado, es evidente que la tenencia de espectro IMT por parte del operador incumbente no se ha traducido en la prestación de servicios móviles de alta calidad, siendo que, de conformidad con las comparaciones anteriores ha mantenido los menores índices de calidad y percepción por parte de los usuarios en los últimos dos periodos, lo cual comprueba el uso ineficiente del espectro para del instituto.

(...)

La tenencia de espectro por parte del ICE, atenta contra lo dispuesto en la Ley Nº 8642 y el PNDT (Programa Nº 20: Plan de Utilización de las Bandas IMT en Costa Rica) y demás ordenamiento aplicable, toda vez que el acaparamiento de espectro y con más énfasis el recurso ocioso, limitan el futuro desarrollo y expansión de redes por parte de otros operadores en el país. En este sentido se reitera el criterio de esta Superintendencia respecto a que proyecciones y estimaciones futuras no corresponden a una justificación válida para motivar la tenencia de espectro’.

Esta decisión plasmada por el Poder Ejecutivo en el punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución Nº RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, ocasiona una violación a los principios rectores del sector de telecomunicaciones contenidos en la Ley General de Telecomunicaciones y a los objetivos de la política pública dispuestos en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, ya que afecta de manera directa la optimización del recurso escaso, respecto a la administración y planificación de uso del espectro y la competencia efectiva y no discriminatoria en el sector. Estos aspectos se ven violentados, con la existencia de la resolución de adecuación, pues evita que el Poder Ejecutivo tome las acciones correspondientes a fin de cumplir sus mandatos legales y pueda generar nuevos procesos licitatorios con dicho bien demanial.”

El referido análisis efectuado como parte de la fundamentación de los intereses públicos económicos, sociales y de política pública lesionados, está dentro del contexto de que la adecuación de título por medio del punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución Nº RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, correspondiente al segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz, **no** contó con un criterio técnico del Órgano Regulador que dispusiera el sustento técnico para que este Poder Ejecutivo fundamentara la disposición contenida en la Resolución de cita, ya que si bien existió de previo a la emisión del acto, un dictamen técnico de parte de la SUTEL, sea el **Dictamen técnico N° 251-**



20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

SUTEL-2009: “Adecuación de títulos habilitantes al Grupo ICE” de fecha 25 de mayo de 2009, con lo cual se fundamentó la adecuación de títulos para la empresa RACSA, para el segmento específico de 3425 MHz a 3625 MHz, la recomendación **no consideró** la adecuación en los términos establecidos en el punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009.

Para realizar la fundamentación de esta afirmación, en la propuesta de Resolución administrativa se ahondó sobre lo que recomendó la SUTEL en el dictamen técnico N° 251-SUTEL-2009, y lo dispuesto finalmente en el punto 4 de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET.

En este sentido en la propuesta de resolución se indicó lo siguiente:

*“Al respecto el dictamen técnico emanado de la SUTEL recomendó:
‘Una de las bandas más utilizadas a nivel mundial para la prestación de servicios inalámbricos mediante el estándar IEEE 802.16 es la comprendida en el rango de 3400 a 3600 MHz. De acuerdo con la documentación presentada RACSA y el ICE tienen el 100% (dividido 50 /50) de estas bandas, **razón por la cual se recomienda que la adecuación del título habilitante se realice de forma tal que mediante la canalización de la recomendación ITU-R F 1488 Anexo 1 (misma recomendada en el estándar IEEE 802.16-2004) se habiliten canales para nuevos operadores, tal y como se muestra en la siguiente figura:***

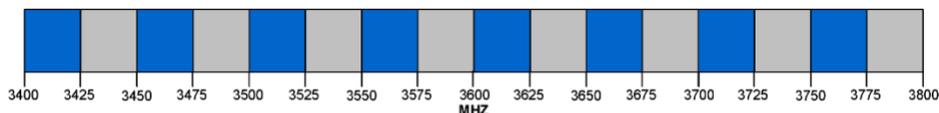


Figura 4. Canalización indicada en el anexo 1 de la recomendación ITU-R F.1488 para el rango de frecuencias de 3400 a 3800 MHz (25 MHz por canal)

*De acuerdo con esta figura se dispone de 16 canales de 25 MHz de ancho de banda que deben ser asignados de forma equitativa entre los operadores existentes y los potenciales, **razón por la cual se recomienda asignación de éstos brindando a lo sumo 4 canales por operador (con el fin de que puedan existir al menos 4 competidores).** Adicionalmente, esta asignación se deberá realizar por zona geográfica (cobertura de la red) para obtener una mayor reutilización de frecuencias. (...)*





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

*Asimismo, las dependencias técnica y técnica jurídica del Viceministerio de Telecomunicaciones de la Rectoría de Telecomunicaciones recomendaron, en cuanto a la adecuación de título habilitante correspondiente a la empresa RACSA, que la concesionaria mantuviera los segmentos de 3425 MHz a 3450 MHz y de 3500 MHz a 3550 MHz, dado que consideraron que eran necesarios para garantizar la continuación de los servicios de usuario final que actualmente estaban prestando RACSA, que eran WiMAX, correspondiente al servicio radioeléctrico “Fijo”. Con respecto al resto de las frecuencias indicaron que: ‘(...) El resto de las frecuencias (3450 [sic]-3500 MHz y 3550 [sic]-3625 MHz) quedarán en propiedad del Estado para ser asignados a otros concesionarios cumpliendo con el uso compartido y eficiente que se le debe dar al espectro radioeléctrico al ser un bien escaso y **por lo tanto, se recomienda valorar el mecanismo jurídico para que el estado disponga de las frecuencias sobrantes.** (...)’” (El resaltado no es del original).*

Así las cosas, la transcripción está aludiendo a que en el año 2009, la Superintendencia de Telecomunicaciones para el segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz en el dictamen técnico N° 251-SUTEL-2009: “Adecuación de títulos habilitantes al Grupo ICE” de fecha 25 de mayo de 2009, recomendó que se abrieran órganos directores tendientes a la determinar la verdad real de los hechos sobre presuntos incumplimientos ante presunto uso ineficiente del espectro, partiendo del mismo reporte rendido por parte de la empresa RACSA dentro de los procedimientos previos de la adecuación de los títulos habilitantes, así como que se realizara una redistribución de la banda de frecuencias para que al menos 4 operadores pudieran utilizarla, recomendaciones que no fueron analizadas por la Resolución N° RT-025-2009-MINAET ni tampoco consta en ésta las razones de orden público o interés nacional para separarse de las recomendaciones efectuadas por la SUTEL.

Sin embargo, no es un análisis específico de uso ineficiente del espectro propio de un estudio sobre la eventual determinación de la apertura de procedimientos como pareciera desprenderse de lo establecido en la observación, sino **lo que se alude es que en el año 2009 las recomendaciones de la SUTEL referían a aspectos relacionados con la optimización del segmento de frecuencias**, tanto para propiciar la inclusión de nuevos operadores dentro de éste (a través de una redistribución del espectro), o emprender procedimientos ordinarios sancionatorios para determinar la verdad real de los hechos. Aspectos que son importantes de





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

mantenerlos como parte de la fundamentación de la propuesta resolución administrativa, dado que da cuenta no sólo de los intereses públicos que se encuentran lesionados, sino también para una mayor claridad sobre la divergencia de lo recomendado de la SUTEL y lo finalmente dictado por parte del Poder Ejecutivo en el punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-024-2009-MINAET, y que implica la existencia de un vicio de nulidad al carecer de la debida motivación y fundamentación del acto administrativo de adecuación.

Literalmente en la propuesta de resolución se indica lo señalado en líneas anteriores:

“Por el contrario las recomendaciones realizadas tanto por la Superintendencia de Telecomunicaciones como las dependencias técnica y técnica jurídica del Viceministerio de Telecomunicaciones, dada la importancia que se visualizaba para el segmento de frecuencias, era la de promover un uso eficiente del espectro, por un lado, para el caso de la SUTEL una redistribución de la banda de frecuencias para que al menos 4 operadores pudieran utilizarla, y para el caso del Viceministerio de Telecomunicaciones era la de recuperar los segmentos de frecuencias que, según el reporte efectuado por parte de la empresa RACSA no estaban siendo empleados, siguiendo los principios de debido proceso y derecho de defensa. Pero en ningún caso, estas recomendaciones implicaban que el Poder Ejecutivo debía asignar -mediante la figura de la adecuación- un título habilitante nuevo a favor de la concesionaria para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles mediante sistemas IMT.”

Así las cosas, la referencia a estos temas son parte del fundamento y motivación de la propuesta de resolución administrativa, y como parte del análisis jurídico que permite una mayor comprensión sobre los alcances de los vicios advertidos, así como los intereses públicos lesionados. Por lo que su omisión podría debilitar el análisis, y e incluso podría confundir al juzgador, dado que la SUTEL en sus diversos dictámenes técnicos parte de las referidas recomendaciones, y son premisas para establecer la lesividad a los interés económicos, sociales y de





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

política pública, del punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-024-2009-MINAET.

En igual sentido se encuentran las transcripciones de las páginas 317, 318 y 322 de la propuesta de resolución administrativa, en donde se analiza la posición de la Superintendencia de Telecomunicaciones respecto a cuáles son los intereses públicos de índole económico, social y de política pública que son lesionados con los vicios advertidos en el punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET, y como parte de su análisis recoge el tema de que no existiría un daño o perjuicio a RACSA, en la medida que desde históricamente (apuntando el dictamen N° 251-SUTEL-2009) ha advertido que se debe buscar la optimización del espectro radioeléctrico. Para mayor claridad del tema se procede a incluir la literalidad del argumento de la Superintendencia de Telecomunicaciones:

“Al respecto la SUTEL ha señalado:

*‘Según lo analizado de previo, la situación histórica del ICE en relación con la tenencia completa de las bandas de de [sic] espectro de 2600 MHz y 3500 MHz en conjunto con el retraso en la recuperación del espectro sin uso o uso ineficiente en estas, además de rozar con los principios de optimización del recurso escaso y asignación y uso eficiente del espectro, **tiene el potencial de generarle una ventaja al ICE en el despliegue de un servicio clave para la competencia futura del mercado móvil como sería el 5G. Esta ventaja a su vez podría generar una reconfiguración de la participación de mercado, la cual, según lo analizado en una sección previa, ha tendido a equilibrarse entre los operadores de telecomunicaciones móviles en los últimos años, generando así a su vez un desmejoramiento en los indicadores de concentración del mercado móvil costarricense, lo cual en última instancia podría afectar la rivalidad competitiva del mercado.***² (El resaltado es intencional).

Lo anterior, puede verse como una falta de seguridad sobre la disponibilidad futura de espectro en la banda de 3500 MHz, que tendría

² Dictamen Técnico N° 4225-SUTEL-OTC-2021 de fecha 19 de mayo del 2021, “INFORME SOBRE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO PARA DESPLIEGUE FUTURO DE REDES 5G DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA.



20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

el efecto de disuadir a operadores móviles de invertir en el despliegue futuro de estos servicios, reduciendo así la rivalidad del mercado y la existencia de una competencia agresiva. Esta situación fue advertida por la SUTEL durante el proceso de consulta a los operadores móviles, según lo indicado en dictamen técnico emitido mediante oficio N° 00138-SUTEL-DGC-2021 de fecha 7 de enero de 2021, al indicar:

(...)

- *En cuanto a las respuestas recibidas durante la consulta pública, prácticamente todas hicieron ver sobre la necesidad de disponer al mercado algún segmento de frecuencias en las bandas de 2600 MHz y 3.5 GHz (actualmente otorgadas en su totalidad al Grupo ICE). **En este sentido, diferentes empresas y cámaras señalaron que la no inclusión de estas bandas de frecuencias en un eventual proceso concursal va en detrimento del desarrollo tecnológico y de los sistemas IMT en el país, lo cual es consistente con las recomendaciones de esta Superintendencia teniendo en consideración el no uso o uso ineficiente de segmentos en las bandas en mención.***
- *Siendo que la consulta pública busca conocer las observaciones y comentarios de los posibles interesados del mercado de telecomunicaciones y en específico, en un eventual proceso concursal de frecuencias para la implementación de sistemas IMT, **estas respuestas muestran la urgencia del mercado por contar con recurso en las bandas de frecuencias consideradas vitales (2600 MHz y 3.5 GHz) para el despliegue de redes 5G, todo en consistencia con los principios rectores de optimización de recursos escasos.***

*Así las cosas, **el mercado de telecomunicaciones ha mostrado su interés, no solo en las bandas de frecuencias incluidas en la consulta pública, sino también en las bandas de frecuencias de 2600 MHz y 3.5 GHz, con el fin de que, desde la perspectiva de asignación de espectro, se cuente con un escenario más equitativo entre los operadores actuales y los posibles nuevos entrantes.** Asimismo, se recomienda al Poder Ejecutivo, en su búsqueda de concretar los planes de desarrollo nacionales de telecomunicaciones y el despliegue de redes 5G, realizar las acciones que resulten necesarias para que el mercado pueda tener como disponibles las bandas de frecuencias de 3.5 GHz y de 2600 MHz, para procesos concursales de este recurso". (El resaltado es intencional).*





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Finalmente, la SUTEL ha señalado algunas consideraciones sobre impactos económicos que supone el hecho que el Estado no haya emprendido los mecanismos jurídicos para determinar la condición jurídica y registral del segmento de frecuencias de 3500 MHz, y que esto siga retrasando el desarrollo de tecnologías móviles principalmente las 5G, acotando que:

*‘Por último, considerando un WACC del 11,28% establecido por el Consejo de la SUTEL mediante resolución RCS-365-2018, se estima el valor presente neto del impacto en el PIB en función del año en que se instruyan los procesos de asignación de espectro. Así, en la medida que dichos procesos sean demorados, el valor presente neto del impacto positivo en el PIB será menor. Es decir, por cada año que se demoren los procesos concursales de espectro IMT, el Estado verá disminuido el aporte en el PIB por el despliegue de redes 4G y 5G. **En caso de instruirse los procesos sin demora, el valor presente neto del impacto en el PIB es de 3.166 millones USD. Tal como se indicó previamente, dicha demora se refiere a un atraso respecto al nivel de avance y preparación del mercado para la asignación de espectro de estas tecnologías.***

(...)

Así se puede ver que, producto de la demora en la instrucción de los procesos de asignación de espectro, el impacto positivo del PIB podría verse reducido en hasta un 36% o 1.134 millones USD (expresado en términos del valor presente del mismo) en el caso que dicha demora sea de 4 años. Para demoras de 1, 2 o 3 años el impacto es de 10%, 19% o 27% respectivamente (321, 609 y 868 millones USD).³ (El resaltado es intencional).”

“5. En la propuesta de resolución de lesividad se hace referencia a “empresas del grupo ICE” cuando se hace cita de informes técnicos por lo que debe valorarse incluir las aclaraciones que correspondan.”

Sobre lo apuntado, es relevante señalar que en los antecedentes VI y IX de la propuesta Resolución administrativa “*ut supra*”, se efectúan dos aclaraciones

³ Dictamen técnico N° 05071-SUTEL-DGC-2020 de fecha 09 de junio de 2020 “PROPUESTA DE ACTUALIZACIÓN DEL CRONOGRAMA DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO PARA EL DESARROLLO DE SISTEMAS IMT E IMT-2020 EN COSTA RICA PARA EL PERIODO 2021-2025.”





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

relevantes. La primera de ellas referida a que el Grupo de Interés Económico ICE está compuesto el ICE y la empresa RACSA, y a que la Superintendencia de Telecomunicaciones alude en sus dictámenes técnicos ICE o Grupo ICE para referirse tanto a RACSA como al ICE. Adicionalmente, también se aclara que conforme al artículo 5 de la Ley N° 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, RACSA forma parte del Grupo de Interés Económico.

Dichos antecedentes por su orden establecen: “(...)siguientes bandas de frecuencias asignadas al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y a la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. (GRUPO ICE),” (...) “del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y la empresa RACSA (denominados por la Superintendencia en el referido dictamen como ICE o Grupo ICE conforme al artículo 5 de la Ley N° 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones)”, respectivamente.

Igualmente, en el considerando primero se indica: “En este contexto es que en el artículo 5 inciso a) de la Ley N° 8660, Ley Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, dispuso que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE SOCIEDAD ANÓNIMA (RACSA), con cédula de persona jurídica N° 3-101-009059 es una empresa perteneciente al Grupo ICE.”

Por ello, se considera que en la propuesta resolución administrativa se encuentra incluidas las aclaraciones apuntadas sobre la forma en que indistintamente la SUTEL hace referencia al Grupo ICE o a RACSA.

También en el antecedente VII de la propuesta de resolución se indica que en el reporte efectuado por parte de la concesionaria la banda de frecuencias de 3500 MHz estaba siendo empleada 50% por el ICE y 50% por RACSA. De ahí que, en sus dictámenes la SUTEL se refiera a Grupo de Interés Económico de ICE, o inclusive ICE o RACSA. Sin embargo, estrictamente desde la perspectiva técnica jurídica en la parte dispositiva, así como en los resultados y considerandos se analiza el título habilitante conferido expresamente a RACSA, aspecto que se establece desde el primer párrafo donde se estipula:





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

*“El Presidente de la República y la Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones conocen las diligencias administrativas para **declarar lesivo el punto 4 de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET** de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, mediante el cual se adecuó el Acuerdo Ejecutivo N° 125-MSP de fecha 16 de mayo de 1997 publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 75 de fecha 20 de abril de 1998, correspondiente a la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz conferida a la empresa **RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE SOCIEDAD ANÓNIMA**, pudiéndose abreviar como “RACSA”, con cédula de persona jurídica N° 3-101-009059, (...)”*

“Observaciones sobre la Resolución N° 022-2021-R-TEL-MICITT (Sancionatorio):

1. Valorar si jurídicamente son excluyentes el procedimiento administrativo de resolución propuesto con el procedimiento administrativo de extinción, también regulado en el artículo 22 de la Ley 8642.”

Con relación a esta consulta, no es factible desprender a cuáles de las causales se está haciendo referencia, dada la naturaleza disímil regulada en el artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones, por lo que no es factible realizar una respuesta a ésta.

Adviértase que el artículo 22 inciso 2) de la Ley General de Telecomunicaciones dispone como causales de extinción las siguientes:

“2) Las concesiones, las autorizaciones y los permisos se extinguen por las siguientes causales:

a) El vencimiento del plazo pactado.

b) La imposibilidad de cumplimiento como consecuencia de medidas adoptadas por los Poderes del Estado.

c) El rescate por causa de interés público.

d) El acuerdo mutuo de la administración concedente y el concesionario. Este acuerdo deberá estar razonado debidamente tomando en consideración el interés público.





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

e) *La disolución de la persona jurídica concesionaria.*”

De esta manera, por ejemplo ante una disolución de la persona jurídica concesionaria, sería excluyente realizar un órgano director sancionatorio, por cuanto la concesionaria a la cual se le podría atribuir una falta ya no existe, y por ende, resultaría imposible desde la perspectiva jurídica abrir un órgano director contra ésta.

Igual es el caso del vencimiento del plazo de la concesión, la cual aplica de pleno derecho sin requerir de la realización de un procedimiento, por ser una causal de terminación normal de las obligaciones contractuales.

Paralelo a lo expuesto, los presupuestos de extinción contractual no es parte del objeto de la resolución, dado que ésta expresamente alude a que se está conociendo: **“sobre el nombramiento del ÓRGANO DIRECTOR PARA INSTRUIR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO SANCIONATORIO tendiente a averiguar la verdad real de los hechos que se detallan a continuación ante el presunto incumplimiento por parte de la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE SOCIEDAD ANÓNIMA, pudiendo abreviarse su nombre como RACSA, con cédula de persona jurídica N° 3-101-009059, de las obligaciones prestacionales, legales y contractuales derivadas del título habilitante de concesión otorgado mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 125-MSP emitido en fecha 16 de mayo de 1997 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 75 de fecha 20 de abril de 1998, y adecuado mediante el punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz para la prestación de servicios de telecomunicaciones”**. Lo anterior, a partir de una serie de dictámenes técnicos de la SUTEL donde se pone en conocimiento al Poder Ejecutivo sobre los presuntos incumplimientos contractuales por parte de la concesionaria RACSA, y dentro de las competencias del Poder Ejecutivo de velar por el uso óptimo y la sana administración del recurso escaso, como lo es el espectro radioeléctrico, así como el cumplimiento de los demás principios sectoriales y objetivos establecidos por el marco jurídico vigente, los cuales exigen





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

del Estado el deber de actuar ante el conocimiento de presuntos incumplimientos en relación con el uso y explotación del espectro radioeléctrico.

Así las cosas según lo aludido en párrafos anteriores, el objeto del análisis realizado versa sobre la determinación de la verdad real de los hechos sobre el supuesto incumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa concesionaria, por medio de la instauración de un órgano director encargado de instruir el procedimiento ordinario, según lo establecido en los artículos 308 y siguientes de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, todo lo anterior, respetando los derechos que le asisten al concesionario en cuanto al debido proceso y derecho de defensa.

2. ¿Cuáles son las razones por las cuales en este caso no se hizo una propuesta de inicio de procedimiento ordinario para la extinción de la concesión conforme el artículo 22 inciso 2, por ejemplo, por “El rescate por causa de interés público”?

Al respecto se reitera lo señalado en la consulta 2 del primer bloque de consultas, en donde se aclaró que el “rescate por causa de interés público” es un aspecto de análisis de oportunidad y de conveniencia, cuya decisión resulta de resorte del Poder Ejecutivo, lo cual escapa de las competencias de esta Dirección.

De esta manera, lo recomendado por esta Dirección se encuentra dentro del contexto de la puesta en conocimiento por parte de la Superintendencia al Poder Ejecutivo sobre presuntos incumplimientos de las obligaciones derivadas de la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico. Por lo que, en estos casos, se recomienda al Poder Ejecutivo la designación de un órgano director sancionatorio para la determinación de la verdad real de los hechos, con respecto a las garantías procesales de debido proceso y derecho de defensa, y previo cumplimiento ordinario dispuesto por la Ley General de la Administración Pública que permita mediante el contradictorio determinar esa verdad real.

Por ello, ante los distintos dictámenes técnicos de la Superintendencia de Telecomunicaciones, y en cumplimiento de las disposiciones emitidas por parte de la Contraloría General de la República, así como la instrucción superior de la señora Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, y el señor





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Viceministro de Telecomunicaciones (instrucciones giradas verbalmente en abril, y reiteradas por escrito en junio del presente año mediante oficios N° MICITT-DM-OF-519-202 y N° MICITT-DVT-OF-454-2021), la Dirección se avocó al análisis de los distintos dictámenes técnicos de la SUTEL, así como de los informes técnicos emitidos por parte de la Dirección de Espectro Radioeléctrico y Redes de Telecomunicaciones, determinándose que se coincide con la citada Dirección técnica especialista en espectro radioeléctrico, en cuanto a que no se encontraron razones de orden público o interés nacional de las recomendaciones de la SUTEL, y por ende, proceder a instaurar un órgano director que, en aplicación de los procedimientos legales, y bajo los principios de derecho de defensa y debido proceso, determine si en la especie configura o no, un incumplimiento contractual, y por ende, una causal de revocación de la concesión.

“3. Valorar si el procedimiento de resolución, una vez acreditado el incumplimiento, ¿Tiene como consecuencia por sí mismo, la recuperación de las frecuencias concesionadas? ¿O bien, si se necesita de otro procedimiento o trámite para recuperarlas y tenerlas listas para concursarlas? Ello por cuanto el artículo 22 lo que prevé, de forma expresa, es la sanción de inhabilitación temporal, pero no se indica expresamente la pérdida de la concesión por resolución.”

Tal y como se ha indicado en líneas anteriores, el objeto del procedimiento ordinario de carácter sancionatorio es la verificación de la verdad real de los hechos, en relación sobre un presunto incumplimiento contractual, con sustento en las causales establecidas en el artículo 22 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones. De ahí que el interés público de la Administración no es recuperar las frecuencias y tenerlas listas para concursarlas, sino es velar porque el uso y explotación del espectro radioeléctrico, esto es, la prestación del servicio de telecomunicaciones se efectúe bajo los parámetros de calidad y bajo criterios de eficiencia y optimización para lograr el beneficio en favor de los usuarios finales. Este aspecto es sumamente relevante, dado que la mayoría de las consultas que se están analizando se estarían relacionando con el tema de la recuperación registral de las frecuencias, y no así lo que se pretende mediante la propuesta resolución de mérito.



20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Ahora bien, también es relevante apuntar qué es lo que está previsto en el artículo 22 de la referida Ley y cuál es el alcance de la figura jurídica de “resolución contractual”. En lo concerniente a lo expuesto, el numeral citado establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 22.- Revocación y extinción de las concesiones, las autorizaciones y los permisos

Para efectos de esta Ley, son causales de resolución y extinción del contrato de concesión las siguientes:

1) La resolución del contrato de concesión procede por las siguientes causas:

(...)

2) Las concesiones, las autorizaciones y los permisos se extinguen por las siguientes causales:

(...)”

De esta manera, el artículo transcrito que está previendo dos tipos de institutos jurídicos la resolución contractual, y por el otro la extinción del título habilitante.

Sobre la revocación de las concesiones se debe señalar lo siguiente. El espectro radioeléctrico, en su condición de bien de dominio público, sólo puede ser explotado 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 el legislador, según lo instituye el artículo 121 inciso 14) subinciso c) de la Constitución Política que señala:

“Artículo 121.-

(...)

14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado

a) (...)

b) (...)

c) Los servicios inalámbricos





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores 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 (...).”

Debido a lo anterior, las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico sólo confieren a su titular, el derecho de explotar o de hacer uso de éste en los términos y las condiciones técnicas estipuladas en el respectivo título habilitante, sin que se genere derecho alguno de dominio sobre éste.

El principal efecto del otorgamiento de una concesión y por ende de la celebración de un contrato es precisamente su fuerza obligatoria, la cual “(...) *se traduce en el imperativo de que las partes den cumplimiento, de buena fe, a las obligaciones surgidas del acuerdo de voluntades, así como a aquellas que emanan de la naturaleza de las obligaciones pactadas o que por ley pertenecen a ellas.*”⁴ De manera que, de la emisión de estos actos administrativos, surge el deber, tanto para la administración como para el concesionario, de cumplir de buena fe con todas y cada una de las obligaciones emanadas directamente del contrato y de aquellas que surgen de su naturaleza misma.

De conformidad con esta función, la Administración debe vigilar y verificar que, durante toda la vigencia de la concesión, el concesionario cumpla con las obligaciones contractuales. Esto quiere decir que, ante un eventual incumplimiento o anomalía en la ejecución de la concesión por parte del concesionario, la Administración deberá tomar inmediatamente las medidas pertinentes en aras de que el bien común no se vea perjudicado. Esto es así porque la ejecución contractual, ejecutada en tiempo y forma, se traduce en la tutela efectiva del interés público.

Ahora bien, el incumplimiento de un concesionario en cuanto a las obligaciones convenidas con la Administración Pública acarrea consecuencias jurídicas que

⁴ RODRÍGUEZ (Libardo). “Los efectos del incumplimiento de los contratos administrativos”, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, N° 5 (enero-junio 2009), p. 344.





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

podrían afectar o revocar el título habilitante otorgado. El incumplimiento contractual se puede definir de la siguiente manera:

“Hay incumplimiento de las obligaciones jurídicas cuando el deudor no cumple lo debido ya sea porque no previó adecuadamente su capacidad de cumplimiento, es decir creyó en un inicio poder obligarse y poder cumplir con dichas obligaciones, pero luego por diversas circunstancias que le son imputables no puede hacerlo (negligencia). Es consecuencia de la mala fe o la negligencia del obligado y por ende no produce la satisfacción del interés del acreedor que debió haber quedado satisfecho con el cumplimiento de la prestación.”⁵

Asimismo el Tribunal Contencioso Administrativo señala:

“En síntesis, el objeto del contrato está constituido por la obligación impuesta contractualmente, que implica una prestación, que constituye siempre una conducta de dar, hacer no hacer algo. Ahora bien, si el objeto del contrato es siempre la obligación de una prestación debida, entonces, se cumple con el objeto del contrato, realizando la conducta o comportamiento obligado. La idea contraria, es decir, la falta de ejecución de la prestación debida; implica el incumplimiento del objeto del contrato.”⁶

En similar sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conceptualiza el incumplimiento contractual de la siguiente forma:

“(...) el incumplimiento contractual significa no ejecutar determinada prestación en los términos originalmente pactados. El incumplimiento, específicamente en cuanto a contratos administrativos se refiere, está referido (sic) a un modo anormal de extinción de tales convenios, y puede ser imputable tanto a la Administración como al contratista.”⁷

Tomando estos conceptos, la omisión de la obligación de prestación “hace referencia al caso en el cual no se consigue el objetivo de la obligación porque (...)”

⁵ JIMÉNEZ (Jorge). “Caso fortuito y fuerza mayor diferencia conceptual”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 123, (setiembre-diciembre 2010), p. 79.

⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Resolución N° 83, del 07 de octubre de 2014, 11 horas.

⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 1205, de 15 de marzo de 1996, 9 horas.





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

no se recibe prestación alguna, o mejor, absolutamente nada en relación con la obligación pactada. Se trata de la inejecución absoluta de la obligación.”⁸

En virtud del incumplimiento contractual por parte del concesionario, en la ejecución de sus obligaciones, este se expone a sanciones o la resolución de su contrato y por ende la revocación de su título habilitante. Revocación que conlleva a la extinción de la relación jurídica contractual con la Administración Concedente y por ende, implica regresar al estado originario la condición de ambas, lo que conlleva, en cuanto al espectro radioeléctrico, éste regresa disposición del Estado.

Al respecto, se concluye que el artículo 22 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, prevé la declaratoria de la resolución del contrato de concesión como primera consecuencia de la verificación del incumplimiento - precedido de la realización de un debido proceso y derecho de defensa, mediante el procedimiento ordinario establecido en la Ley General de Administración Pública- y la inhabilitación temporal a que hace referencia el citado artículo es cuanto dicho incumplimiento contractual acreditado, es de naturaleza grave, por lo que en estos casos, además de decretarse la resolución contractual, se pone la sanción de la inhabilitación para mantener nuevas concesiones por un plazo determinado, como se puede ver a continuación:

“ARTÍCULO 22.- Revocación y extinción de las concesiones, las autorizaciones y los permisos

Para efectos de esta Ley, son causales de resolución y extinción del contrato de concesión las siguientes:

*1) La resolución del contrato de concesión procede por las siguientes causas:
(...)*

*La declaratoria de resolución del contrato estará precedida de un proceso administrativo que respetará las reglas del debido proceso. **El titular de la concesión cuya resolución haya sido declarada por incumplimiento grave de sus obligaciones, estará imposibilitado para mantener nuevas***

⁸ RODRÍGUEZ, óp. cit., p. 178.





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

concesiones de las previstas en esta Ley, por un plazo mínimo de tres años y máximo de cinco años, contado a partir de firmeza de la resolución.
(...)." (El resaltado es nuestro).

"4. Eliminar en la parte dispositiva I y en el resto de la propuesta la facultad dada, en la propuesta, al órgano director de intimar otra causal que no sea las dadas en la propuesta por el órgano decisor. Ello en atención las competencias del Poder Ejecutivo, y la competencia material de quien instruye el procedimiento."

Como se establece en la propuesta de resolución y fundamentado en la normativa jurídica el Órgano Director posee competencias claramente establecidas y las cuales se encuentran limitadas por ley.

Precisamente, por estas competencias y al ser el Órgano Director una extensión del Órgano Decisor para el procedimiento Administrativo, se considera que no hay violación al debido proceso si estos determinaran producto del análisis del expediente administrativo la existencia de otras causales imputables al concesionario, siempre y cuando sean debidamente intimadas en la resolución inicial que se notifique a la parte y se garantice sobre estas causales el derecho de defensa a la parte imputada.

Conforme al principio de intimación, que al respecto la Sala Constitucional ha indicado:

"a) Principio de intimación: consiste en el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento del funcionario la acusación formal. La instrucción de los cargos tiene que hacerse mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos que se le imputan y sus consecuencias jurídicas. b) Principio de imputación: es el derecho a una acusación formal, debe el juzgador individualizar al acusado, describir en detalle, en forma precisa y de manera clara el hecho que se le imputa. Debe también realizarse una clara calificación legal del hecho, estableciendo las bases jurídicas de la acusación y la concreta pretensión punitiva. Así el imputado podrá defenderse de un supuesto hecho punible o sancionatorio como en este caso, y no de simples conjeturas o suposiciones." (Voto N° 632-99 de las 10:48 horas del 29 de enero de 1999. En sentido similar, véase los votos N° 2253-98 de las 13:03 horas del





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

27 de marzo y el N° 2376-98 de 1 de abril ambos de 1998). “IV. El principio de intimación pretende garantizar dos aspectos: a) que a la persona investigada, se le comuniquen de manera exacta los hechos que dan origen al proceso que se interesa, con la finalidad de que pueda proveer a su defensa, y b) que en el pronunciamiento de fondo se de una identidad entre lo intimado y lo resuelto.”. (Resolución No 216-I-98 de las 16:45 horas del 14 de abril de 1998). “El principio de intimación expuesto en dicha sentencia, significa el derecho de ser instruido de los cargos que se le imputan a cualquier persona o personas, y el principio de imputación, el derecho a tener una acusación formal, en el sentido de individualizar al o los imputados que se pretendan someter a proceso, describir en forma detallada, precisa y claramente el hecho que se les acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando incluso los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión (sic) punitiva.” (Resolución N° 2376-98 de las 16:54 horas del 1 de abril de 1998).

Sobre las facultades del órgano director y el principio de intimación de los cargos dentro del procedimiento administrativo ordinario de carácter sancionatorio se procederá a analizar en la respuesta de la siguiente pregunta, lo anterior para efectos de determinar que legalmente se prevé las facultades de éste para que, una vez analizados los autos que conforman el expediente administrativo, determine cuáles son los hechos que se incluyen dentro del traslado de cargos, y cuáles son los presuntos incumplimientos y sanciones.

“5. Dado que, sobre la misma frecuencia concesionada, se intimará “no utilización” y “subutilización”, podría considerarse que dichas acusaciones son incluso contradictorias entre sí, ¿Se puede técnicamente o jurídicamente identificar puntualmente, de lo concesionado que de forma exacta fue lo no utilizado y cuál sí fue utilizada, pero de forma poco eficiente? En caso que si pueda precisarse, debe hacerse en el considerando y en la parte dispositiva. ¿Existe alguna parte de la frecuencia 3500 MHz sobre la cual no haya incumplimiento y por ello, no es parte del procedimiento sancionatorio y la conservaría Racsa?”

En primer lugar, se debe reiterarse que el objeto de la propuesta de resolución administrativa es la conformación de un órgano director del procedimiento. De





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

conformidad con los pronunciamientos de la Procuraduría General de la República dicho órgano director tiene entre otras funciones las siguientes:

“II- SOBRE LAS NORMAS DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA QUE REGULAN LAS FACULTADES Y POTESTADES DEL ORGANO DIRECTOR DEL PROCEDIMIENTO: Reiteramos, que el órgano director es el encargado de llevar a cabo el procedimiento administrativo hasta dejar los autos listos para la decisión final. Con el fin de realizar esa función, la Ley General de la Administración Pública le confiere una serie de atribuciones y deberes. Seguidamente hacemos indicación de los mismos, sin pretender abarcarlos todos. Es menester advertir que en lo sucesivo al hacer mención de un artículo sin indicar el cuerpo legal al que pertenece debe entenderse que nos referimos a la Ley General de la Administración Pública. II.A- Deberes del órgano director del procedimiento:

- 1- Abstenerse de conocer y tramitar un asunto, cuando se incurra en alguna causal prevista por la ley, siguiendo para ello con el trámite correspondiente (artículo 230 al 238). Sobre este tema puede consultarse el dictamen de la PGR de la República C- 070-92 de 23 de abril de 1992.*
- 2- El órgano director debe impulsar de oficio el procedimiento (artículo 222).*
- 3- Cuando deba interpretar las normas del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, deberá hacerlo en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados (artículo 224).*
- 4- El órgano debe conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado (artículo 225.1). Este deber reviste especial importancia si tomamos en consideración que ese mismo artículo indica que serán responsables la Administración y el servidor por cualquier retardo grave e injustificado.*
- 5- Debe adoptar las resoluciones con apego al ordenamiento, y en caso de actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél (artículo 216).*
- 6- El órgano director debe observar las formalidades sustanciales del procedimiento, pues de lo contrario se causará nulidad de lo actuado en los términos del artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública. Así, por ejemplo, el numeral 247 del mismo cuerpo legal se refiere a la nulidad de la comunicación de actos del procedimiento, y el artículo 254 a la nulidad de la citación.*





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

- 7- *La actuación administrativa debe tener lugar en la sede normal del órgano y dentro de los límites territoriales de su competencia, so pena de nulidad absoluta del acto, salvo que éste por su naturaleza deba realizarse fuera. El servidor podrá actuar excepcionalmente fuera de sede por razones de urgente necesidad (artículo 268).*
- 8- *El órgano director deberá resolver todas las cuestiones previas surgidas durante el curso del procedimiento, aunque entren en la competencia de otras autoridades administrativas; pero deberá consultarlas a éstas inmediatamente después de surgida la cuestión y el órgano consultado deberá dictaminar en el término de tres días (artículo 227.1).*
- 9- *Debe garantizar el derecho de defensa de las partes. Por ejemplo permitirles el acceso al expediente (Artículo 217). Las partes, sus representantes y cualquier abogado, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir su certificación, (el costo de las copias y certificaciones a cargo del petente) con las salvedades que indica el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública (artículo 272). (...)*
(...)
- 16- *Debe adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún contra la voluntad de ellas. Lo anterior con el fin de verificar de la forma más fiel y completa, los hechos que sirven de motivo al acto final. (Artículo 221)”.*

En este sentido, siendo que la instrucción del procedimiento administrativo se estaría delegando en el órgano director por parte del Poder Ejecutivo la intimación e imputación de los hechos objeto del procedimiento respectivo será competencia precisamente de dicho órgano director. Así lo ha dispuesto la Procuraduría General de la República, en el Manual de Procedimiento Administrativo:

“De conformidad con estos principios de intimación e imputación el órgano director (si ha existido delegación) deberá fundamentalmente notificar al interesado de los hechos, cargos, motivos, carácter y fines por los cuales se abre el respectivo procedimiento administrativo (principios de intimación e imputación). En ese sentido se le notifica al interesado el carácter y fines del procedimiento, de esta forma debe señalarse exactamente el tipo de procedimiento que se va a seguir, por ejemplo si es ordinario (artículos 308 a 319 de la LGAP) o sumario (artículos 320 a 326 de la LGAP), también es





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

necesario delimitar expresamente hacia qué tiende el procedimiento (tipo de procedimiento que se va a seguir y el fin que se persigue con él), esto es, si es para declarar la nulidad del acto, imponer una sanción administrativa, procesos sancionatorios (incluidos los disciplinarios) determinar responsabilidades civiles, etc. Nótese que el cumplimiento de tal obligación no puede interpretarse como un adelanto de criterio de la Administración, puesto que el objeto del procedimiento es verificar la verdad real de los hechos investigados y darle oportunidad al administrado para ejercer una adecuada y oportuna defensa.”

Por ello, no es factible para esta Dirección determinar de forma a priori en esta fase procesal preliminar cuál sería el alcance de la intimación e imputación de cargos, puesto que de otra forma, sería adelantar criterio sobre un aspecto que es parte de las atribuciones de los órganos decisor y director del procedimiento sancionatorio.

Adicionalmente, se reitera que lo que se está fundamentado en la propuesta de resolución administrativa en análisis es el grado de probabilidad de los presuntos incumplimientos contractuales que configuran el mérito para recomendar al Poder Ejecutivo aprobar los dictámenes técnicos de la SUTEL y ordenar la conformación de un órgano director administrativo de carácter sancionatorio encargado de determinar la verdad real de los hechos en relación con los supuestos incumplimientos contractuales (grado de verosimilitud para la determinación del mérito respectivo). Así en la propuesta de resolución administrativa se manifiesta:

“A partir de la puesta en conocimiento a este Poder Ejecutivo por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones y de las dependencias técnicas del Viceministerio de Telecomunicaciones de los presuntos incumplimientos contractuales derivados de la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz por parte de la empresa RACSA detalladas en la presente Resolución administrativa, se procede a determinar la existencia sobre el mérito para la apertura de un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio para determinar la verdad real de los hechos identificados por estas instancias. Todo lo anterior, de conformidad con la obligación legal ineludible de la Administración Concedente de velar por el cumplimiento de las obligaciones prestacionales y el uso óptimo y eficiente del recurso





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

escaso demanial del espectro radioeléctrico, y la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones de los habitantes del país.”

Ahora bien, la determinación de los hechos imputados, sobre si éstos serán por la no utilización, o por la subutilización, son aspectos que será determinados por parte del órgano director del procedimiento, no siendo en esta fase, el momento procesal oportuno para dilucidarlo. La misma línea de pensamiento resulta aplicable a la consulta respecto a si es posible identificar técnica o jurídicamente de lo concesionado que partes no están siendo utilizadas y utilizadas de manera poco eficiente, esto sólo se podría determinar a partir del análisis que el órgano director realice de las información que consta en el expediente administrativo, la que el órgano recabe de forma oficiosa y la que la concesionaria suministre dentro de su defensa.

Paralelamente a lo expuesto, se debe puntualizar que desde la perspectiva técnica, la Superintendencia de Telecomunicaciones y el Departamento de Administración de Espectro Radioeléctrico al analizar los resultados de las mediciones del uso y ocupación de la banda de frecuencias de 3500 MHz especifican que existen partes donde presuntamente no se están recibiendo ningún tipo de señal, lo que devendría presuntamente en una no utilización del espectro radioeléctrico concesionado. Así como adicionalmente, se identifica de forma preliminar en las mediciones efectuadas que existe también una subutilización de los segmentos en los que sí se tienen transmisiones activas (por ejemplo, sin aprovechar la reutilización por región geográfica). Siendo que es un tema netamente técnico se procede a extraer algunos de los aspectos que son conceptualizados por la SUTEL y el DAER como una presunta subutilización del espectro radioeléctrico y que son objeto de la propuesta de resolución “*ut supra*”:

“Al respecto es necesario indicar que, en el año 2012, mediante el dictamen técnico emitido mediante oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012 la SUTEL señaló:

*“La canalización diseñada por RACSA deja 23 MHz (23%) **sin utilización del total de 100 MHz disponibles entre los segmentos de 3400 MHz a 3450***



20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

MHz y de 3500 MHz a 3550 MHz. Lo anterior, representa un esquema de subutilización del espectro otorgado, por cuanto mediante una disposición de canales más adecuada se permitiría una optimización en el uso del recurso escaso.

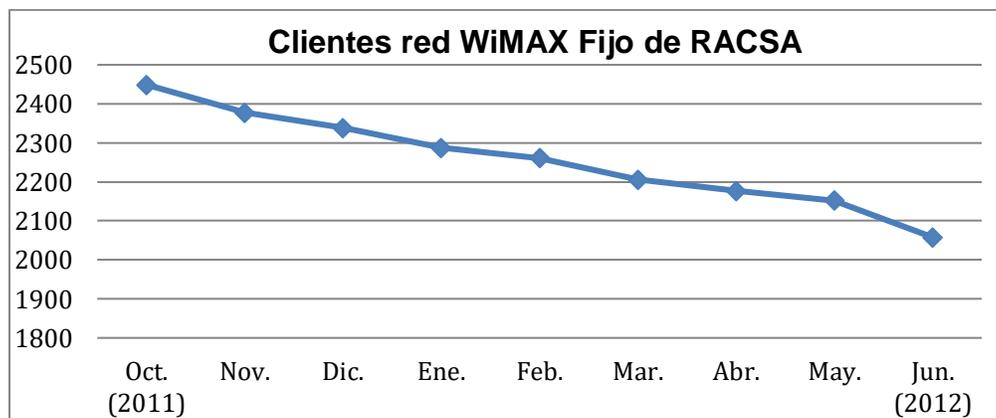
En términos de lo anterior, **se concluye que el segmento de 3400 MHz a 3600 MHz es empleado mediante tecnologías del servicio fijo.** Con respecto al diseño empleado de distribución de radiocanales, pareciera que existe un escaso esquema de reutilización que no propicia la optimización del recurso escaso”. (El resaltado no corresponde al original).

Más adelante en la referida propuesta de resolución administrativa, en cuanto a los antecedentes y transcripción del dictamen técnico emitido mediante oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012 literalmente se citó:

“(…)

En relación con la red de RACSA de WiMAX Fijo (802.16d), se reportó que se encuentra compuesta únicamente por 11 radiobases (4 en San José, 2 en Heredia, 1 en Cartago, 3 en Alajuela y 1 en Limón). Adicionalmente, RACSA reporta 2058 clientes utilizando su red (según los datos suministrados por dicha entidad a través del oficio GG-535-2012). **Esto evidencia una escasa cobertura y subutilización de recurso, al encontrarse la cobertura de estos servicios limitada a pocos lugares del país. De la misma forma, se subutiliza el recurso al disponerse de gran cantidad de espectro para la atención de pocos clientes.**

El siguiente gráfico muestra el comportamiento en el tiempo de la cantidad de suscriptores en la red de WiMAX Fijo de RACSA:





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Figura 10. Comportamiento de cantidad de suscriptores red WiMAX Fijo de RACSA(...)

De la figura anterior, se extrae una tendencia decreciente en el número de clientes de éstas [sic] red, que agudiza el panorama de subutilización del recurso con el transcurso del tiempo, máxime al compararlo con la cantidad de suscriptores que podría albergar una red móvil (IMT) con una porción de espectro cinco veces menor (20 MHz canalización óptima) y hasta veinte veces menor (5 MHz canalización mínima). Adicionalmente, se puede extraer que durante los últimos 9 meses, RACSA ha perdido aproximadamente un 16% de sus clientes en esta red (391 clientes)."

Posteriormente, al transcribir en el apartado de los antecedentes de la propuesta de resolución administrativa, lo manifestado por la SUTEL a través del oficio N° 5882-SUTEL-SCS-2016 de fecha 12 de agosto de 2016, en donde se comunicó que mediante el Acuerdo N° 025-043-2016, adoptado en la sesión ordinaria N° 043-2016, celebrada en fecha 10 de agosto de 2016, se acogió por unanimidad el **oficio N° 05726-SUTEL-DGC-2016** titulado "SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TÍTULOS HABILITANTES, ADECUACIONES Y OCUPACIÓN EFECTIVA DEL ESPECTRO CONCESIONADO AL GRUPO ICE", de fecha 04 de agosto de 2016, mediante el cual el Órgano Regulador actualizó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012, se volvió a reiterar el análisis de la presunta subutilización en los siguientes términos:

"(...) En todo caso, es pertinente señalar que la operación actual del Grupo ICE en esta banda es mediante una red de WiMAX Fijo (estándar 806.16d) y como se indicó en su momento, dicha tecnología no es considerada como IMT y se evidencia la subutilización del espectro y la necesidad de habilitar la operación de redes IMT según lo dispuesto en el PNAF.

Esta subutilización de espectro indicada se comprobó a través de la figura 3, dado que el uso del espectro no se repite en todas las frecuencias de la banda (Grupo ICE la tiene asignada en su totalidad y reportó uso en toda la banda) ni en todos los puntos medidos en el país y no parece existir un factor de reutilización de los radiocanales del sistema WiMAX."





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Por su parte y sin pretender ser exhaustivos, dado que es un tema que ampliamente desarrollado en la propuesta de resolución en análisis, en el resultando IX se indica literalmente lo siguiente:

*“IX. Que en virtud del dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 05726-SUTEL-DGC-2016 de fecha 04 de agosto de 2016 por parte de la SUTEL, mediante **Informe Técnico N° MICITT-GAER-INF-184-2016** titulado “Actualización del criterio técnico emitido en el informe MICITT-GAER-IT-157-2013”, de fecha 16 de diciembre de 2016, el Departamento de Administración del Espectro Radioeléctrico del Viceministerio de Telecomunicaciones actualizó el Informe Técnico N° MICITT-GAER-IT-157-2013 de fecha 04 de octubre de 2013, el cual se integra como parte de la fundamentación del presente acto, en donde estableció y recomendó:*

‘(...) De acuerdo con dichos resultados, en el rango de 3400 MHz a 3600 MHz se encontraron algunas señales que corresponden a portadoras de un sistema WiMAX con dos diferentes anchos de banda. No obstante, en otros segmentos y a pesar de que el ICE reportó el uso completo del segmento, se identificaron señales que más parecen ser interferencias, y que no son consistentes con las señales del sistema WiMAX.

*En razón de los resultados del proceso de medición, **SUTEL hizo el señalamiento de que se está dando una subutilización del espectro, puesto que, según el patrón de las portadoras observadas, no se repite en todas las frecuencias de la banda ni en todos los sitios de medición y, tampoco existen [sic] factor de reutilización de radiocanales del sistema WiMAX.***

(...).

En virtud de los elementos que se discutieron en el presente informe, se concluye que el panorama de ocupación analizado en el informe MICITT-GAER-IT-157-2013 se mantiene muy similar de forma que debe procederse jurídicamente como corresponda, respecto de la posible subutilización del espectro en la banda de 3400 MHz a 3625 MHz’. (El resaltado no corresponde al original).”





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

De esta manera, la SUTEL y posteriormente el Departamento de Administración de Espectro Radioeléctrico hacen una serie de análisis desde la perspectiva técnica especializada para llegar a concluir que en apariencia existe un grado de subutilización, en tanto que el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones establece como una de las obligaciones de los concesionarios, el diseñar las redes de forma tal que se promueva una reutilización y una óptima y eficiente utilización del espectro radioeléctrico, lo cual puede conllevar a que se esté utilizando (es decir, no se están frente a la no utilización), pero que este uso no esté ajustado a los parámetros técnicos de eficiencia espectral, definidos según las mejores prácticas internacionales, las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, los parámetros del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, y demás normativa técnica aplicable.

Desde la perspectiva técnica jurídica, en todo caso, la no utilización y subutilización del espectro radioeléctrico comprenden en tesis de principio (a nivel teórico) un uso ineficiente del espectro radioeléctrico, y por ende, cuando existe un grado de presunción que algún concesionario o permisionario no esté utilizando el recurso escaso de forma óptima (subutilización), de forma objetiva, transparente e imparcial se deben emprender los procedimientos jurídicamente dispuestos para la determinación de la verdad real de los hechos. Y es en el seno de este órgano director administrativo, donde se dilucidará si se la falta configura una de las causales establecidas por el marco jurídico vigente como incumplimiento contractual, y por ende, si aplica la resolución contractual, e incluso si resulta aplicable por su gravedad la inhabilitación de la empresa para ser concesionaria del espectro radioeléctrico. No obstante estos elementos no son propios de ser analizados en esta fase procesal preliminar.

Finalmente, respecto a lo consultado, en cuanto a si RACSA podría eventualmente utilizar o no alguna parte de la banda de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz en la que no haya incumplimiento, es criterio de esta Dirección que compete al órgano director determinar lo que corresponda al respecto y efectuar la respectiva recomendación al Órgano Decisor para que resuelva como en derecho corresponda.





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

“6. ¿Puede atribuirse no uso y uso ineficiente contra Racsa, desde el año 2012 y hasta 2021, o bien son los cambios tecnológicos recientes los que hacen que el uso actualmente sea cuestionable? Ello porque en la resolución se indica: “El presunto no uso evidenciado desde el año 2012 y hasta el año 2021 por la SUTEL, en sus dictámenes técnicos emitidos mediante oficios N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012,...”. En otras palabras ¿El tener un margen de tiempo a investigar de casi una década, podría jugar a favor de Racsa en el sentido, que es hasta ahora que la frecuencia recobra importancia para nuevas tecnologías, y por lo cual no correspondería sanción? ¿Es útil al proceso investigar todo el periodo o podría acortarse a los últimos años? Por ejemplo, el artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias que se cita para señalar el incumplimiento es del año 2009 pero sufrió una modificación en el año 2015, podría revisarse si dicha reforma afecta los hechos que se atribuyen.”

Con relación a esta consulta, es criterio de esta Dirección que corresponde al Órgano Director, realizar el análisis respectivo con el fin de determinar los períodos que va a investigar a partir de la valoración de toda la información que consta en el expediente sobre los hechos acaecidos y que la SUTEL ha emitido en cumplimiento de las competencias otorgadas como Órgano Regulador y Autoridad Sectorial de Competencia, razón por la cual no es factible atender las consultas efectuadas en este momento procesal preliminar, donde como se indicó se está recomendando la conformación de un órgano director para determinar la verdad real de los hechos.

Adicionalmente la utilidad de investigar en el proceso todos los períodos que fueron sometidos a revisión o parte de ellos, y sobre la modificación del artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias sobre los hechos investigados, también recae sobre el dicho Órgano, si encuentra razones suficientes para considerarlo y corresponde o no la sanción, por lo que no es mediante la propuesta resolución que instaura el Órgano Director donde se determine su procedencia, por lo que no es factible atender lo consultado.

“7. Preocupa que si bien la propuesta es clara que el procedimiento ordinario sancionatorio es contra Racsa, en los insumos técnicos utilizados se menciona “Grupo ICE”. Por ello, es necesario tener claridad si los hechos que se van a investigar son faltas que técnicamente se pueden atribuir a Racsa que es la





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

concesionaria. En este mismo tema, debe tenerse claro desde este momento, lo siguiente: En el supuesto que Racsa resultare sancionado, cómo afecta dicha sanción al ICE, considerando el artículo 5 de la Ley N° 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, que indica que la empresa RACSA constituye parte del Grupo Económico del ICE. ¿Quedaría tanto el ICE como Racsa imposibilitados para mantener nuevas concesiones de frecuencias, por un plazo mínimo de 3 años y máximo de 5 años?”

Tal y como se apuntó líneas arriba, en el encabezado de la propuesta de resolución administrativa expresamente se delimitan los alcances de la conformación del órgano director, estableciendo claramente que se refieren a los presuntos incumplimientos por parte de RACSA derivados de la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz, así se procede a transcribir nuevamente:

*“El Presidente de la República y la Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones conformados como Poder Ejecutivo conocen sobre el nombramiento del **ÓRGANO DIRECTOR PARA INSTRUIR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO SANCIONATORIO** tendiente a averiguar la verdad real de los hechos que se detallan a continuación ante el presunto incumplimiento por parte de la empresa **RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE SOCIEDAD ANÓNIMA**, pudiendo abreviarse su nombre como RACSA, con cédula de persona jurídica N° 3-101-009059, de las obligaciones prestacionales, legales y contractuales derivadas del título habilitante de concesión otorgado mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 125-MSP emitido en fecha 16 de mayo de 1997 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 75 de fecha 20 de abril de 1998, y adecuado mediante el punto 4 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-025-2009-MINAET de las 11:05 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz para la prestación de servicios de telecomunicaciones (...)”*





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

De conformidad con el numeral 5 inciso a) de la Ley N° 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones legalmente se establece que la empresa RACSA forma parte del GRUPO ICE, por tratarse de una empresa pública perteneciente al Instituto Costarricense de Electricidad, no obstante, los insumos técnicos desarrollados en la propuesta de resolución identifican claramente las presuntas faltas que técnicamente se pueden atribuir a RACSA, como empresa concesionaria.

Tal y como se ha apuntado anteriormente, la referencia al GRUPO ICE por parte de la SUTEL se debe a dos factores concretos. El primero de ellos referido a que una parte de la banda de 3500 MHz históricamente fue reservada al Instituto Costarricense de Electricidad (segmento de frecuencias de 3400 MHz a 3425 MHz, segmento que no es objeto de la propuesta resolución administrativa), así como que la misma concesionaria al cumplir con la obligación de rendir el informe sobre el uso del espectro radioeléctrico concesionado bajo el régimen anterior, informó que el ICE estaba utilizando el 50% de esa banda de frecuencias). Para mayor claridad se extrae una de las transcripciones donde se analiza este tema en la propuesta de resolución en análisis:

“(...) por indicación del ICE se le solicitó directamente a RACSA que brindara la información técnica de la utilización de la banda de 3400 MHz a 3600 MHz, lo cual fue efectuado mediante oficio 2949-SUTEL-DGC-2012 del 19 de julio del 2012 [sic].

RACSA a través del oficio DJ.447.2012 del 06 de agosto del año en curso, brindó respuesta al requerimiento de SUTEL, de donde se extrae lo siguiente:

<i>Segmento de Frecuencia</i>	<i>Uso</i>
<i>3400 [sic, léase MHz]-3450 [sic, léase MHz]</i>	<i>WiMAX</i>
<i>3500 [sic, léase MHz]-3550 [sic, léase MHz]</i>	<i>WiMAX</i>

Nota: De la tabla solo se toma lo correspondiente al segmento de 3400 MHz a 3600 MHz.

Lo citado respecto a la utilización reportada por el Grupo ICE, se ilustra a través de la siguiente figura:



20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

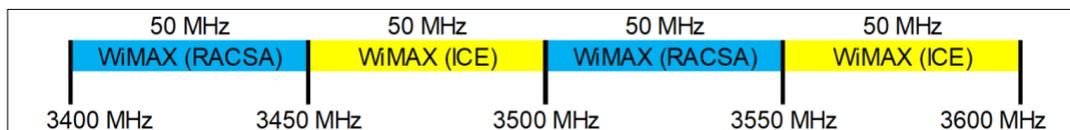


Figura 1. Utilización reportada de la banda de 3,5 GHz según lo indicado por el Grupo ICE

Tal y como se puede apreciar RACSA utiliza la mitad del espectro de la banda de 3,5 GHz (100 MHz) en una red de WiMAX Fijo (estándar 806.16d) y en lo que respecta a la otra mitad, de la misma manera, el ICE lo emplea en una red de WiMAX Fijo (estándar 806.16d)."

Sin embargo, a fin de interpretar y aplicar adecuadamente el régimen jurídico dispuesto en la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, y de forma particular lo dispuesto en cuanto al régimen de sancionatorio, resulta imprescindible considerar que las concesiones en su carácter de título habilitante para la prestación de servicios de telecomunicaciones, son un acto jurídico generador de obligaciones a cargo o a favor de la empresa concesionaria de "colaboración" o de "atribución", en carácter *intuitu personae*. Dicho de otra forma, del título habilitante de concesión deriva el carácter personalísimo en el cumplimiento de las obligaciones y condiciones contenidas que corresponden al concesionario. Lo cual expresamente fue señalado en el Considerando primero de la propuesta de resolución.

Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante Resolución N° 05403-1995 de las 16:06 horas de fecha 03 de octubre del 1995 se ha manifestado en relación con el carácter personalísimo que ostentan las concesiones públicas, y en el caso particular del RACSA la otorgada para la explotación de un bien de dominio público:

"V. DEL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LAS CONCESIONES. Así, una característica típica de la contratación administrativa es que crea una obligación o un derecho personal a cargo o a favor del contratante, según se esté en presencia de 'colaboración' o de 'atribución', respectivamente; dicho en otros términos, se trata de un acto intuitu personae. Así, resulta preponderante la elección de la autoridad concedente respecto del concesionario cuya competencia técnica y capacidad financiera y ética garanticen la mejor ejecución del servicio





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

*público. De ese carácter personalísimo de la contratación administrativa se desprende el corolario de que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato le corresponde 'personalmente' al concesionario, lo que no excluye la posibilidad de una transferencia de la concesión bajo ciertos supuestos. La confianza que le ha sido acordada por la Administración no puede ser alterada por una transmisión a tercero no autorizada administrativamente, motivo por el cual el concesionario está obligado a ejecutar por sí mismo la concesión; el principio *intuitu personae* entraña la ilicitud de las cesiones y subcontrataciones no autorizadas.” (El resaltado no corresponde al original).*

En ese mismo Considerando primero de la propuesta de resolución se abordó como una cuestión previa un análisis referido a los alcances del régimen jurídico sectorial y las concesiones conferidas a la empresa RACSA, aspecto no menor, dado que históricamente ha sido objeto de análisis sobre si la condición de fortalecimiento legal que se le brinda a través de la Ley General de Telecomunicaciones y la Ley N° 8660 inhiben el ejercicio sancionatorio del Estado o no, por lo que posibilitaría a la Administración Concedente el verificar en condición de igualdad como cualquier concesionario, si las empresas o instituciones públicas con una concesión cumplen con sus obligaciones legales en materia de prestación de servicios de telecomunicaciones.

Al respecto, en la propuesta de resolución administrativo se especificó que la Procuraduría General de la República, con respecto al régimen creado por el nuevo marco jurídico de Telecomunicaciones y la situación de la empresa RACSA, señaló lo siguiente:

“Se ha indicado que RACSA es una empresa pública. Titularidad pública que deriva del capital social en manos del ICE, según lo indicado. Carácter empresarial que proviene del giro de su actividad: explotación de servicios de telecomunicaciones, una actividad económica susceptible de ser prestada bajo reglas de Derecho Privado al igual que lo podría hacer un particular. Ese ámbito especial (recuérdese que las empresas públicas se rigen por la especialidad del objeto social, según resulte de la ley) se amplía con la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, N° 8660 de 8 de agosto de 2008.





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Con dicha Ley se modifican normas aplicables al ICE y sus empresas, por ende RACSA, con el objetivo de que puedan enfrentar el proceso de apertura del mercado de telecomunicaciones. Estas empresas ven reforzada la posibilidad de generar y prestar servicios de electricidad y telecomunicaciones, así como infocomunicaciones, productos y servicios de información y demás servicios en convergencia. La referencia que este artículo 2, inciso a) de la Ley 8660 hace de la convergencia, permite considerar que RACSA como empresa de telecomunicaciones puede prestar los distintos servicios que la tecnología existente le permita prestar en convergencia; por ende, que RACSA deviene autorizada para innovar en otros campos más allá de las telecomunicaciones a que se ha dedicado tradicionalmente y a las cuales se refieren la Ley 3293 y sus reformas. Recordemos que la convergencia es definida en el artículo 6 de la Ley General de Telecomunicaciones como la posibilidad de ofrecer a través de una misma red diversos servicios de telecomunicaciones, información, radiodifusión o aplicaciones informáticas.”

Y en virtud de lo anterior, y de elementos jurídicos que son establecidos en la propuesta de resolución, se determinó que dicho fortalecimiento legal es respecto a la operación y funcionamiento, para el desarrollo de su actividad en un régimen de competencia, lo cual no implica, la omisión del cumplimiento de la normativa sectorial que rige las Telecomunicaciones derivada de la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, para la prestación de los servicios autorizados por la ley conforme a las competencias asignadas a la empresa RACSA.

En otras palabras, las empresas pertenecientes al Grupo ICE son concesionarias en el nuevo régimen de las telecomunicaciones, y por ende, no están exentas de ajustarse a las regulaciones vigentes que sean dictadas por la SUTEL o que están establecidas en el ordenamiento jurídico, de esta forma, al no constituir un monopolio de derecho, aun cuando cuenten con una concesión especial dada por la Ley, lo cierto es que los títulos habilitantes que les sean conferidos deben ajustarse a los plazos y los requisitos dispuestos por a su otorgamiento, y a partir de éstos títulos, como cualquier concesionario, las empresas del Grupo ICE deben cumplir con las obligaciones legales, reglamentarias y regulatorias derivadas de su relación jurídica contractual con el Estado, so pena de la aplicación de las consecuencias sancionatorias aplicables, previo cumplimiento del debido proceso y derecho de defensa.





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Por lo anterior, el objeto de la propuesta de resolución administrativa es la verificación de la verdad real de los hechos que recaen únicamente sobre la empresa concesionaria, en este caso RACSA.

“8. Se debe uniformar la propuesta de resolución porque en algunas partes indica incumplimiento de las obligaciones prestacionales, legales y contractuales, luego se mencionan dos de ellas indistintamente, como si se tratase de tres sinónimos. ¿Se pretende profundizar en distinguir entre los tres “tipos” de obligaciones mencionados?”

Con relación a esta observación, cabe indicar que el objeto de la propuesta resolución administrativa es analizar los hallazgos que se ponen en conocimiento por parte de la SUTEL sobre presuntos incumplimientos de diversa índole, por lo que la determinación de si éstos son de carácter contractual, prestacional o de otra naturaleza, se realizaría directamente mediante el procedimiento que lleve a cabo el órgano director.

Cabe señalar que el análisis que se realiza mediante la propuesta de resolución, no genera un estado o se define una situación jurídica, ya que la naturaleza de la resolución es instaurar el órgano para que determine la verdad real de los hechos, por lo que mediante dicha propuesta resolución administrativa no se puede pretender definir concretamente el tipo de obligaciones que se incumplen por parte del concesionario, ya que será en el contradictorio y atendiendo los principios del debido proceso y defensa, que el órgano director contará con el panorama completo, no solo con los resultados de los análisis de la SUTEL si no también con las pruebas que presente la empresa concesionaria y de esta manera recomendar al Órgano Decisor previa oportunidad otorgada a la concesionaria para ejercer su derecho de defensa.

Por otra parte, la decisión de iniciar un procedimiento administrativo supone solo la valoración preliminar por parte de la Administración, en cuanto a que ciertos elementos fácticos y jurídicos determinan la oportunidad o no de la apertura de dicho proceso, siendo así una fase preliminar, en la que es necesario otorgar al órgano director las facultades necesarias para que lleve adelante el procedimiento.





20 de diciembre de 2021
MICITT-DCNT-MEMO-117-2021

Así las cosas, con el nombramiento o designación del órgano director, no puede reputarse como el inicio formal del procedimiento administrativo, sino que el inicio del contradictorio es a partir de que el órgano director después de ser instaurado por el órgano decisor, decreta su inicio, intime e impute los hechos a las partes, garantizando así el debido proceso y el principio de defensa, puesto que será en la sede del órgano director durante la instrucción del procedimiento administrativo donde a partir de las pruebas de descargo presentadas, así como elementos que fundamentaron la apertura del procedimiento se determine la existencia o no del incumplimiento de las diferentes obligaciones, sean estas prestacionales, legales y/o contractuales y, por ende, el establecer una determinación en esa fase procesal preliminar, esto es, mediante la propuesta resolución administrativa que instaura el órgano director, el tipo de infracción en la que presuntamente se encuentra, implicaría adelantar criterio, lo cual afectaría la imparcialidad y objetividad del órgano director que se pretende instaurar.

“Notas adicionales:

- *En el resultando XVI en el año de la fecha, revisar si debe corregirse “2009” por “2010” a fin que sea consistente con el año que se consignó en la resolución que ahí se indica.”*

En este caso la observación se refiere a la Resolución administrativa N° 021-2021-R-TEL-MICITT de fecha 08 de octubre de 2021, específicamente donde se menciona la resolución N° RT-011-2010-MINAET de las 09 horas de fecha 11 de mayo de [2009], siendo lo correcto 2010.

Cordialmente,

