



18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

Señora
Cynthia Morales Herra
Directora Concesiones y Normas de Telecomunicaciones

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo. De acuerdo con lo expresado en el memorando N° MICITT-DCNT-MEMO-096-2021 del 21 de octubre de 2021, me permito manifestarle lo siguiente.

Como usted conoce de primera mano, pues ha estado involucrada desde hace muchos años en el tema del espectro radioeléctrico, y particularmente en los últimos meses, a instancia de este Despacho, de manera directa en la preparación y elaboración de los actos preparatorios relacionados con el trámite de recuperación del espectro radioeléctrico en poder del ICE-RACSA, el Despacho Ministerial conjuntamente con el Despacho del Viceministerio de Telecomunicaciones, se ha dedicado, en coordinación con la Dirección a su cargo, a estudiar y analizar el caso a efecto de instar los procesos correspondientes. Para ello, le solicitamos a su Dirección llevar a cabo los actos preparatorios, tales como los informes técnicos, propuestas de resolución, así como recopilar la información necesaria para constituir los respectivos expedientes administrativos, los cuales hasta ese momento no se habían conformado, para lo cual se brindó el apoyo del Despacho Ministerial. Como a usted le consta, han sido los actuales jefes de MICITT quienes instruimos los trámites de recuperación, y quienes además impulsamos decididamente su avance, atendiendo un tema postergado por casi 10 años.

Además, gracias al análisis y revisión que realizaron el Despacho Ministerial y el Despacho del Viceministerio de Telecomunicaciones sobre la documentación remitida inicialmente por la Dirección a su cargo, se detectaron errores de forma y de contenido, que generaron una serie de preguntas para las que se solicitaron aclaraciones y correcciones con miras a mejorar dichos documentos, situación que



Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

Zapote, 200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA, Apartado Postal: 5589.1000
Tel. 2539-2270 / Fax: 2257-8765

Correo Electrónico: despacho.ministerial@micitt.go.cr / www.micitt.go.cr



18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

implicó tiempo adicional de procesamiento y que, particularmente en el caso de las resoluciones, por sí mismos causan su devolución.

Es de importancia recordar que a su vez, como parte del proceso, el equipo jurídico de Presidencia está realizando las revisiones que a ellos corresponde, quienes también podrían generar observaciones o cambios que deberán ser atendidos. De esta manera, hasta que esté debidamente terminado el documento y listo para tramitar su firma, es cuando se incorporarán los nombres de las personas funcionarias que serán parte de los órganos directores que se integren.

Por otro lado, dado que usted ha sido testigo del avance en estos procesos, sorprende que envíe el memorando N° MICITT-DCNT-MEMO-096-2021, insinuando sin fundamento, que no se ha avanzado, y en el que se atribuye competencias que no le corresponden, por lo cual me veo en la obligación de precisar en los siguientes términos.

Partiendo de la claridad que se tiene con respecto a sus facultades y las de la Dirección de Concesiones y Normas, así como de las competencias y facultades de los superiores a dicha Dirección, llámese el Viceministro de Telecomunicaciones, la Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, y el señor Presidente como máxima autoridad del Poder Ejecutivo, es que se desprende que las facultades de su Dirección están relacionadas, como usted indica, con la asesoría, acciones preparatorias de los actos jurídicos, estudios relativos a los temas de revocación, entre otros, con respecto al espectro radioeléctrico. Es decir, estas facultades en ningún momento le confieren a su Dirección la competencia para dictar actos administrativos que corresponden a las autoridades superiores, so pena de ir en contra del ordenamiento jurídico que usted misma señala.

Tal como se consigna en el informe técnico-jurídico N°MICITT-DCNT-DNPT-INF-103-2021 aprobado por usted como Directora de Concesiones y Normas:





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

“El Departamento de Normas y Procedimientos en Telecomunicaciones de la Dirección de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones procede a emitir las siguientes recomendaciones, para que el señor Viceministro de Telecomunicaciones recomiende a su vez al Poder Ejecutivo, con fundamento en el análisis efectuado respecto a la situación jurídica de las concesiones del segmento de frecuencias de 3425 MHz a 3625 MHz otorgadas por el Poder Ejecutivo a la empresa RACSA y valore lo siguiente.” (el resaltado es propio).

En relación con lo anterior, es oportuno recordar que las personas funcionarias públicas somos simples depositarios del poder y que debemos conformar nuestra actuación al ordenamiento jurídico, al principio de legalidad, doctrina y jurisprudencia de los artículos 11 de la Constitución Política en relación con el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, que establecen lo siguiente:

“Artículo 11.- Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública.” (Constitución Política de Costa Rica).

Por su parte la Ley General de la Administración Pública en su artículo 11 dispone:

“Artículo 11.- 1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.”

De forma reiterada la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

"El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración".

Es decir, la Administración Pública, por ende las personas funcionarias, deben sujetar su accionar al principio de legalidad consagrado en los artículos 11 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, los cuales establecen que la actuación de la administración está sujeta a la existencia de una norma jurídica que así lo autorice, toda persona funcionaria pública puede dictar solamente aquellos actos que conforme a sus competencias y a lo dispuesto en la ley esté previamente autorizada para hacerlo .

En el ámbito administrativo la Procuraduría General de la República, nos ha orientado en el sentido de que:

"... El principio de legalidad, es efecto y manifestación directa del sometimiento del Poder Público al Derecho. En este sentido, todo el comportamiento de la Administración Pública está afecto y condicionado a una norma habilitadora, ya sea escrita o no escrita. De esta forma, el instituto se proyecta en su doble vertiente positiva y negativa. En su primera dimensión, se constituye como fuente permisiva de la conducta administrativa específica, en tanto se traduce en concretas potestades administrativas, que por ser tales, adquieren el carácter de funcionales, es decir, dispuestas al servicio de la colectividad y para el cumplimiento de los fines públicos. Son pues, apoderamientos que se confieren a la Administración, no para su ejercicio facultativo, sino por el contrario, para su obligada aplicación, ejecutando no sólo el mandato del legislador, sino además, complementándolo mediante los diversos poderes que el Ordenamiento Jurídico le atribuye. Por ende, la función administrativa no puede verse como la ciega y cerrada ejecución del precepto legal, sino como complementaria y ejecutiva de lo dispuesto por las





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

normas superiores. Por otro lado, en su fase negativa, el principio se proyecta como límite y restricción del comportamiento público, pues cualquier actuación suya, deberá ajustarse a la norma de grado superior, so pena de invalidez. (Res. número 274-2005 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Primera, 10:55 horas del 6 de julio de 2005.).

Por otro lado, es precisamente con base en los artículos 28 y 214 de la LGAP que es función de la cartera ministerial, de la cual hacemos parte todas personas funcionarias del ministerio, el apoyar de varias formas el accionar del Gobierno, del Poder Ejecutivo. Entre ellas, asesorando y emitiendo propuestas de documentos para la consideración de las autoridades superiores, sin que esa propuesta y aún el criterio técnico jurídico emitido en la condición de órgano asesor, implique que el destinatario, en este caso el Poder Ejecutivo, el señor Presidente o la suscrita Ministra estemos obligados a acogerlos, sin analizar estas propuestas y criterios de forma previa a disponer o autorizar determinado acto. Por el contrario, es un deber inherente al cargo, estudiar, valorar y acordar si se acoge o no lo recomendado. Así, el artículo 28 de la LGAP, dispone como funciones de los Ministros:

(...)

“b) Preparar y presentar al Presidente de la República los proyectos de ley, decretos, acuerdos, resoluciones, órdenes y demás actos que deban suscribir conjuntamente relativos a las cuestiones atribuidas a su Ministerio;”

Por su parte, el artículo 214 de la LGAP indica:

“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.”

En el memorándum MICITT-DCNT-MEMO-096-2021, usted indica:





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

“Como parte de esta competencia esta Dirección y sus dependencias, en este caso el Departamento de Normas y Procedimientos en Telecomunicaciones, emitió la recomendación plasmada en el Informe Técnico Jurídico N° MICITT-DCNT-DNPT-INF- 103-2021 emitido en fecha 22 de junio de 2021 y su actualización efectuada mediante el Informe Técnico Jurídico N° MICITT-DCNT-DNPT-INF-144-2021 emitido en fecha 06 de setiembre de 2021, e incluida en la propuesta de Resolución **N° 022-2021-R-TEL-MICITT**, en la cual se consignó formalmente, los nombres de los funcionarios del Viceministerio de Telecomunicaciones que se recomienda conformar el órgano director del procedimiento administrativo por presunto incumplimiento de la empresa RACSA (banda 3500 MHz),...” (el resaltado es propio)

En efecto, existe coincidencia de criterio en que usted y la Dirección a su cargo, en su condición de órgano asesor del Despacho del Viceministro de Telecomunicaciones y del Despacho Ministerial, tiene dentro de sus funciones la de recomendar. En estos procesos lo relevante es lo que dispone la norma, no la costumbre, pues aunque usted indica que *“siempre ha confeccionado dichos actos preparatorios, los cuales corresponden a: elaboración del informe técnico jurídico, elaboración de la propuesta de la Resolución administrativa que procedería a suscribir el Poder Ejecutivo, así como la integración por parte de los funcionarios de la Dirección de los órganos directores en materia de telecomunicaciones”*, la decisión de si se insta un órgano director, su conformación y objetivos corresponde al órgano decisor.

Llama entonces la atención la insistencia de su parte en un extremo que así está reglado y que no confiere a ningún director o dirección, como inferior jerárquico del Viceministro de Telecomunicaciones, de la Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones y del Presidente de la República, las competencias para imponer una actuación o aspectos específicos de la misma. De acuerdo con la legislación vigente, la valoración de las recomendaciones emitidas corresponde al órgano decisor, en este caso ni más ni menos que la jerarca Ministerial conjuntamente con el Presidente como máximo jerarca del Poder Ejecutivo. Pretender imponer una





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

recomendación es contrario no solo al principio de legalidad, sino que también implica extralimitarse en sus competencias.

Arrogarse una facultad que por ley no le ha sido conferida, tal como la integración de los órganos directores, equivale a asumir una facultad del superior jerárquico; facultad que es conferida por la LGAP al órgano decisor, es decir al Poder Ejecutivo, respaldada en la ley y en la propia constitución. Resulta por demás totalmente impropio, improcedente y cuestionable ejercer presiones sobre los superiores para que se acaten las recomendaciones que se generen por parte del inferior. Pretender que el superior adopte, de oficio y sin cuestionamiento o revisión las recomendaciones del inferior, al realizar señalamientos innecesarios a un acto que está en proceso de preparación, sí compromete la transparencia y sin duda la independencia del superior para adoptar las decisiones que considere más adecuadas para el mayor interés público.

Ahora bien, dado que el órgano decisor no ha resuelto respecto de quienes resulten designados como integrantes de ese Órgano Director, resulta incomprensible la razón de proceder tan oficiosamente con estos comentarios y además en el tono en que se refieren. En todo caso, serán las partes legitimadas en ese procedimiento quienes podrían ejercer las acciones recusatorias que pudiera corresponder. De sus manifestaciones da la impresión de que, por parte de la Dirección a su cargo, se busca tener el control absoluto de todo este trámite, desde los actos preparatorios, criterio jurídico, resoluciones, la decisión de quiénes integran el órgano director, etc. El órgano director debe ser independiente y objetivo, evitando perjudicar un resultado anticipado.

Considerando que en ningún momento se están cuestionando las competencias de su Dirección, y que además, reitero, se trata de un acto que está en etapa de preparación, la exacerbada preocupación que usted expresa es totalmente infundada. Ninguna de las instancias superiores desacatará el ordenamiento jurídico, y precisamente en el marco de este ordenamiento, ejercerán sus facultades considerando el interés público y su deber como funcionarios públicos.





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

Es indudable que la idoneidad de las personas que conformen cualquier órgano director será observada, dado que es un deber establecido por ley y resulta en el mayor interés de una adecuada resolución del tema en estudio por parte de dicho órgano. En esto también estamos de acuerdo con usted, y esa idoneidad se refiere concretamente al ejercicio de sus respectivos cargos y realización de las tareas que les corresponde ordinariamente en el Ministerio, y por supuesto pueden ser llamados a integrar cualquier órgano director dentro del Ministerio. Sin embargo, la norma no expresa que el órgano decisor, en este caso el Poder Ejecutivo, esté obligado a acatar su recomendación. De ser así ya no sería una recomendación, sería un orden, y como usted comprende, sería contrario al principio de legalidad que el inferior emita órdenes al superior. Además, también resultaría contrario al principio de legalidad, que la Directora de Concesiones y Normas se avoque una función que corresponde al Poder Ejecutivo según la LGAP y Manual de Procedimiento Administrativo de la Procuraduría General de la República. Más aún, por razones de un adecuado control interno, transparencia, objetividad e independencia, el órgano decisor, en uso de las facultades conferidas por ley, podría decidir no acoger su recomendación, e integrar el órgano con otras personas, sin más que velar porque aquellos integrantes tengan la idoneidad, conocimiento y capacidades requeridas. La ley incluso le confiere al órgano decisor la facultad de no instar el órgano director.

En apariencia, el no aceptar el borrador de resolución que se propone desde su Dirección no sólo le resulta molesto, sino que en su opinión es ilegal que una propuesta sea modificada por quien tiene la facultad de convertirla en un acto administrativo y aprobarlo con su firma. Nuevamente, esto es a todas luces una imposición inaceptable, pues implicaría que una propuesta por su sola existencia se convierta en una orden del inferior al superior. Una vez más, indico que quien por ley tiene la facultad de conformar el órgano director es el órgano decisor; en ninguna norma se establece que esa facultad se la puede avocar o le corresponde a otras dependencias inferiores. De nuevo, esto es abiertamente una imposición inaceptable y que resulta de especial cuidado con respecto al debido proceso y garantías procesales de las partes. De aquí surge una inquietud mayor sobre el resguardo de esa objetividad e imparcialidad que debe caracterizar estos procedimientos, pues se





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

podría dar la impresión de que ya se tiene un veredicto y de que no se aceptaría de parte del colegiado que se integre al efecto, otro veredicto que no sea el que refleje esa posición.

Ahora bien, nadie ha cuestionado el conocimiento del personal del Viceministerio de Telecomunicaciones. La referida resolución no se ha emitido, sino que, al ser una propuesta, es un borrador en estudio. Entonces, sus aseveraciones son prematuras e infundadas, en tanto que el acto administrativo no se ha adoptado. En el momento en que se promulgue, obviamente contendrá los nombres de las personas que integran el órgano director y se considerará su recomendación. Adicionalmente, al insistir en que se acojan las propuestas por su Dirección para el órgano director, ha olvidado que podría haber más personas funcionarias de la administración pública que también cuenten con la idoneidad para integrar dicho órgano.

En otro orden de las cosas, no es cierto que el órgano decisor deba fundamentar su decisión de apartarse de la recomendación sobre quiénes pueden integrar el órgano director. El nombramiento del órgano director es una competencia exclusiva del órgano decisor, tal como ha indicado la Procuraduría General de la República, Dictamen número C-343-2001 (Manual de Procedimiento Administrativo, Procuraduría General de la República).

“En cuanto al nombramiento del órgano director, este órgano Asesor ha sido claro, en su jurisprudencia, en el sentido de que el nombramiento del órgano director de un procedimiento administrativo le corresponde al órgano decisor del procedimiento...”

“El órgano decisor, será el órgano competente para dictar la decisión final de un asunto determinado; es quien debe iniciar el procedimiento administrativo”.
(Procuraduría General de la República, pronunciamientos C-343-2001 de 11 de diciembre de 2001, C-353-2001 de 20 de diciembre de 2000, y otros).





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

Respetamos su opinión, su recomendación, pero el criterio de la PGR justamente, habilita, permite al órgano decisor decidir cuáles personas funcionarias considera idóneas para llevar adelante la averiguación del verdad real de los hechos, como podría ser el caso donde se observa una reiterada posición respecto a determinado asunto o persona física o jurídica, con lo cual podría también violentarse el debido proceso, y que consecuentemente podría ser otra forma en la que podría viciarse un procedimiento.

Por su parte la Sala Constitucional ha indicado:

“la competencia de la formación del procedimiento administrativo corresponde al Jerarca, que es quien debe tomar la decisión...”. (Voto número 7190-94 de las 15:24 horas de 6 de diciembre de 1994).

Conforme a lo expuesto, el Jerarca, el órgano decisor, es el Poder Ejecutivo, quien no solo tiene la competencia, sino también el deber de integrar el órgano director del procedimiento conforme a derecho y con personas funcionarias idóneas, pero la ley no obliga ni refiere a que deben ser exclusivamente del Viceministerio de Telecomunicaciones. Por otra parte, como usted sabe, el órgano director incluso puede, de ser necesario, recurrir a expertos en la materia en caso de que estime pertinente asesorarse en debida forma. En tal sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional en resolución número 3054-98.

La idoneidad que se exige a los integrantes de estos colegiados no se agota con el hecho de que haga parte de una determinada institución, sino que tengan la experiencia en conducir este tipo de procedimientos administrativos, y claro está el conocimiento jurídico o técnico o ambos en la materia, pero el elemento principal de la idoneidad de “un juez” es su capacidad para resolver con justicia conforme a derecho, a la técnica, a la ciencia y la razón.

Resalto aquí que se aprecian sus recomendaciones, y que usted puede tener plena seguridad de que el Poder Ejecutivo es conocedor de sus deberes. Por esta razón,





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

no omito expresar que resulta muy lamentable y preocupante el tono con que se usted se manifiesta, máxime considerando que el Órgano Decisor es el superior y está actuando como en derecho corresponde; además de que está llevando a cabo, como es su deber, la debida revisión y análisis de las recomendaciones y propuestas de resolución elaboradas por su Dirección. En el mayor beneficio de este proceso, confío que no se pretenda coartar el derecho y el deber del Poder Ejecutivo de analizar, revisar, estudiar e informarse de previo a tomar sus decisiones, e igualmente confío en que no se pretenda que el Poder Ejecutivo únicamente se limite a firmar una resolución sin analizar un caso por demás de muchísima complejidad, y después sí venir a alegar que lo usted emitió fue una recomendación, una propuesta y que la responsabilidad es del Poder Ejecutivo en su condición de jerarca y órgano decisor. Estos informes, propuestas de resolución y sus recomendaciones, que sólo en el caso de la banda de 3500MHz rondan en total alrededor de 1000 páginas, deben ser leídas y analizadas en su totalidad por quienes deben firmar y adoptar actos administrativos con consecuencias muy importantes en un tema que, como usted conoce, es de tanta complejidad, de manera que resulta imprudente pretender que sobre lo no actuado en más de una década se resuelva de forma inmediata y atropellada y sin una cuidadosa revisión.

Por otra parte, se rechazan tajantemente las insinuaciones de” implicaciones de atrasos en los procedimientos”. Cabe destacar que en este tema el verdadero atraso fue el que por más de una década sufrió este asunto sin ser atendido, a juzgar por la fecha de los primeros informes técnicos que hacen parte del expediente. Al respecto, usted, como funcionaria del Viceministerio de Telecomunicaciones desde el 2013, ha sido testigo de la existencia de informes de este mismo tema generados desde las Direcciones del Viceministerio de Telecomunicaciones que nunca fueron materializadas por los jefes de turno en una recuperación de estas bandas, lo cual implicó llegar a un retraso que totalizó al menos nueve años para el abordaje de estas situaciones. En contraste, y como usted de primera mano conoce, los actuales jefes del MICITT son la única administración a cargo que le han dado la atención debida y célere a este asunto. Como usted recordará, con antelación a las instrucciones dadas por mi persona el 25 de junio, se ordenó la conformación de un



Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

Zapote, 200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA, Apartado Postal: 5589.1000
Tel. 2539-2270 / Fax: 2257-8765

Correo Electrónico: despacho.ministerial@micitt.go.cr / www.micitt.go.cr



18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

expediente administrativo que ni siquiera existía, así como de los actos preparatorios y de recomendar se analice la apertura de los procedimientos que en derecho corresponda, además de ser la única administración que ha accionado los procesos de recuperación de espectro de las bandas de 3500MHz, 2600MHz y 1900MHz concesionadas al Grupo ICE. Esto demuestra que nos encontramos cumpliendo cabalmente nuestros deberes como funcionarios públicos, así como el interés definitivo en llevar adelante el tema que las administraciones anteriores no atendieron.

Compartimos que hace parte de las funciones de la Dirección a su cargo y suyas como Directora de la misma, emitir esas recomendaciones, no obstante es necesario recordar el alcance de esas recomendaciones, y para ello lo mejor es recurrir a la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República:

“A. EL CARÁCTER NO VINCULANTE DE LOS DICTAMENES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS INSTITUCIONALES.

La naturaleza de las unidades administrativas encargadas de la Asesoría Legal, denominadas normalmente como Asesorías Legales o Direcciones Jurídicas según corresponda en el organigrama institucional respectivo, es funcionar como órgano consultivo interno de la respectiva administración.

La función, por consecuencia, de las asesorías legales es de carácter técnico - auxiliar y tiene por fin guiar y aclarar a otros órganos, en especial los órganos jerárquicos, sobre los fundamentos y el contenido de sus decisiones. (Al respecto, debe verse ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. TESIS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Vol. II, Stradtman, San José, 2002, P. 68)

Luego, esta función consultiva se manifiesta, normalmente, mediante la elaboración de informes y dictámenes escritos, aunque también puede concretarse en otro tipo de asesoramiento más inmediato. Al respecto, conviene citar lo indicado en la Opinión Jurídica OJ-64-2011 de 27 de setiembre de 2011:





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

“(..) la función consultiva más formal – que se manifiesta mediante la elaboración de informes y dictámenes escritos -, como también de ejercer otro tipo de asesoramiento jurídico más inmediato y no sometido a las formalidades de un dictamen escrito.” (Sobre el concepto, clasificación y funcionamiento de los órganos consultivos, ver: ENTRENA CUESTA, RAFAEL. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Volumen 1, Técnos, Madrid, 1988, P. 147)

Al respecto, puede verse también el dictamen C-203-2014 de 25 de junio de 2014.

Ahora bien, debemos señalar que, por regla general, los dictámenes y demás criterios de las asesorías jurídicas institucionales no tienen un carácter vinculante. Así lo ha dispuesto expresamente el artículo 303 de la Ley General de la Administración Pública.

“Artículo 303.-Los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley.”

En efecto, es claro que los dictámenes de las asesorías legales instituciones tienen un carácter preparatorio, y su finalidad es meramente informar el contenido del acto administrativo sobre el sentido y alcance del Derecho aplicable. Al respecto, conviene citar lo señalado por CASSAGNE:

“Para Barra el dictamen consultivo es, en su funcionalidad procesal, un acto preparatorio, en la medida que sirve para la elaboración de actos decisorios y, en su otra faz, un elemento causal, en tanto “el elemento cognoscitivo contenido en el dictamen debe ser incorporado a la determinación y configuración de los hechos o a la identificación e interpretación del derecho aplicable”. De esta forma, el dictamen jurídico integra la causa del acto administrativo decisor en tanto que el dato cognoscitivo que contiene es un antecedente fáctico de aquél.” (CASSAGNE EZEQUIEL. EL DICTAMEN DE





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

LOS SERVICIOS JURIDICOS DE LA ADMINISTRACION. EN: LA LEY 15/08/2012)

Nuevamente, entonces, los dictámenes de las asesorías legales de los ministerios constituyen actos preparatorios que contribuyen a la formación del acto administrativo que deba tomar el órgano con la competencia decisoria – esto informando sobre el Derecho aplicable –. No obstante, se impone precisar que, en ninguna forma, el dictamen de la asesoría legal sustituye al decisor en el ejercicio de sus competencias, pues corresponde a éste, por su supuesto determinar el contenido del acto y, a este efecto, acordar si se acoge al dictamen de su asesoría o se aparta de él. Al respecto, conviene citar el dictamen C-261-2011 de 24 de octubre de 2011 – que reitera los dictámenes C-198-2009 de 20 de julio de 2009 y C-141-2011, de 27 de junio del 2011-

“En esa línea de pensamiento y al tenor de la doctrina de los artículos 302.1 y 303 de la Ley General de la Administración Pública,[3] es claro que los criterios vertidos por un órgano asesor legal de la Administración Activa, son importantes para la correcta formación de la voluntad administrativa, aunque sus efectos no ostentan el carácter vinculante para la administración a la cual sirven, salvo que una norma legal establezca lo contrario. Al respecto, resulta pertinente transcribir lo que este Despacho ha referido ampliamente en relación con la citada normativa:

“Sobre este tema, la Procuraduría General de la República se ha referido en anteriores oportunidades, resultando de especial relevancia lo dispuesto en el dictamen C-198-2009 de 20 de julio de 2009, el cual procederemos a citar por cuanto resuelve el tema planteado en esta oportunidad. Señala dicho pronunciamiento en lo conducente:

“La función consultiva desempeñada por los diferentes órganos administrativos ha sido de profundo estudio por parte de esta Procuraduría. Así, hemos indicado que:





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

"Los órganos activos necesitan, en muchas ocasiones, para llegar a una adecuada formación de la voluntad administrativa, el asesoramiento de otros órganos, especialmente capacitados para ello, por su estructura y por la preparación de sus elementos personales.

Tales órganos son denominados consultivos, y su labor la realizan mediante la emisión de dictámenes o informes, verbalmente o por escrito, de carácter jurídico o técnico." (Entrena Cuesta, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos S.A., 1988, pág 147).

En concordancia con lo anterior, los órganos consultivos se han definido como aquellos que "desarrollan una función consultiva asesorando a los órganos activos, preparando así la acción de éstos, facilitándoles elementos de juicio que sirvan de base para la formación de la voluntad del órgano llamado a actuar."

(Alessi, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, Bosch Editorial, Barcelona, 1970, pág. 128).

Asimismo, cabe señalar que la actividad de dichos órganos se desarrolla de manera previa a la decisión de la Administración activa, pues si la decisión ya ha sido tomada sería inútil que el órgano consultivo emita su parecer. A la vez, tal actividad no se ejerce de oficio sino que debe ser promovida por los órganos activos, y es de naturaleza interna, de suerte que en la formación del criterio técnico- jurídico no intervienen los interesados en el asunto que pende en el reparto administrativo correspondiente. (...)

Los criterios emitidos por los órganos consultivos suelen ser clasificados en facultativos o preceptivos, y, vinculantes o no vinculantes.

La primera categoría responde a la obligatoriedad de su emisión.





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

De esta forma, serán facultativos aquellos cuya solicitud no esté exigida en ninguna norma, y, serán preceptivos, por el contrario, cuando una norma disponga la obligación de la Administración de solicitar a un órgano técnico una determinada consulta.

La segunda categoría obedece al criterio de la fuerza que éstos tengan una vez emitidos. Así, será vinculante aquél que obliga a la administración consultante a seguir el criterio que éste contenga, y será no vinculante cuando se le otorgue la posibilidad a la administración de separarse de éste.

La regla general que establece la Ley General de la Administración Pública es que los dictámenes son facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley (art. 303). "(C-231-1999 del 19 de noviembre de 1999).

Tal y como lo señala el criterio anterior, el artículo 303 de la Ley General de la Administración Pública dispone como regla de principio, la no vinculatoriedad de los pronunciamientos y dictámenes emitidos por los órganos consultivos, dejando a la ley la determinación de cuales pronunciamientos pueden ser considerados como vinculantes.

Al respecto, este Órgano Asesor ha señalado que:

“Constituye un principio en materia consultiva que los dictámenes son facultativos y no vinculantes. A efecto de no lesionar la competencia legalmente atribuida, se establece que la consulta es una formalidad facultativa y no vinculante. En consecuencia, la autoridad administrativa es, por principio, libre para decidir si solicita un criterio y en su caso, para sujetarse o no a lo dictaminado.”

En efecto, es acertado insistir en que el órgano con la competencia decisoria, normalmente el superior jerárquico administrativo, siempre puede separarse





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

del criterio expedido por la asesoría jurídica institucional. Esto motivando en el acto administrativo las razones por las que se aparta de ese criterio jurídico institucional. Al respecto, se transcribe el artículo 136.1.c de la Ley General de la Administración Pública.

“Artículo 136.-

*1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos(...)
c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; (...)”*

Así las cosas, es claro que, por regla general, los dictámenes y criterios de las asesorías jurídicas de los ministerios carecen de efecto vinculante.

B. EN ORDEN A LA DILIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION CONSULTIVA

No obstante, el carácter no vinculante de los criterios y dictámenes de las asesorías jurídicas institucionales no resta a su relevancia en el actuar administrativo.

En efecto, si bien es cierto que sus dictámenes y criterios no son vinculantes para los órganos con las competencias decisorias, lo cierto, como se ya se ha dicho, es que estos dictámenes tienen por finalidad servir y contribuir a la formación de la voluntad administrativa.

En este sentido, debe destacarse que los dictámenes de las asesorías jurídicas pueden incorporarse dentro de la motivación del acto administrativo. Al respecto, se transcribe el artículo 136.2 de la Ley General de la Administración Pública:

“2. La motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia.”





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

Es decir que el dictamen o criterio que elabore la respectiva asesoría jurídica institucional debe procurar ser útil y relevante para informar correcta y acertadamente al órgano con la competencia decisora. Al respecto, conviene citar nuevamente a CASSAGNE:

“la intervención previa de los servicios jurídicos debe efectuarse mediante dictámenes que individualicen la cuestión traída en consulta, la desarrollen exhaustivamente, desde el punto de vista fáctico y jurídico, con el agregado de toda la documentación que tenga incidencia en el tema. Ello así por cuanto el dictamen jurídico supone el análisis específico, exhaustivo y profundo de una situación concreta y jurídicamente determinada, efectuada a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que las informan, a efectos de recomendar conductas acordes con la justicia.”

Consecuentemente, es notorio que la función asesora que ejercen las asesorías jurídicas ministeriales implica que sus dictámenes y demás criterios jurídicos se deban realizar de tal manera que examinen, de forma razonable y diligente, los puntos jurídicos y fácticos sometidos a su conocimiento.

En todo caso, adviértase que la inexcusable negligencia en el asesoramiento de la administración constituye causal de responsabilidad administrativa conforme lo previsto en el artículo 38.f de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

C. CONCLUSION. *Con fundamento en lo expuesto, se concluye que los dictámenes y criterios jurídicos de las asesorías legales de los ministerios carecen de efecto vinculante...”. (Procuraduría General de la República, dictamen C-225-2014 de 30 de julio, 2014.)*

Con respecto a los dictámenes que fueron emitidos por SUTEL como ente técnico, cabe destacar que los integrantes de los órganos directores que se establezcan al efecto, si bien deben basar la investigación de la verdad real en esos informes, no se





18 de noviembre de 2021
MICITT-DM-OF-1047-2021

puede pretender que sencillamente deban acoger el informe técnico y resolver, pues se estaría violentando el debido proceso al omitir la función que como “juzgador” debe llevar a cabo. De ser así, no se requeriría de un procedimiento administrativo, y esto resultaría contrario a lo que la legislación establece respecto a la obligatoriedad de ir a un procedimiento administrativo con todas las garantías de defensa para la persona física o el ente procesado. En relación con esto, el artículo 52, inciso l) de la Ley General de Telecomunicaciones indica que es función de SUTEL:

“l) Emitir opinión, en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de las leyes, los reglamentos, los acuerdos, las circulares y los demás actos administrativos relacionados con el sector telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva, sin que tales criterios tengan ningún efecto vinculante.”

Por último, no se observa la pertinencia de invertir el tan escaso tiempo disponible con que contamos los funcionarios de MICITT, en elaborar este tipo de documentos como el memorando de referencia, que por lo demás no resultan constructivas ni aportan a resolver el tema y que nos distraen de la ejecución de nuestras funciones.

En aras de la disposición del espectro para beneficio del país, se continuará avanzando con total apego a la legalidad de manera oportuna y pertinente en el proceso de recuperación, tal como he procedido en todas mis acciones como Ministra Rectora y como parte del Poder Ejecutivo.

Atentamente,

Dr.-Ing. Paola Vega Castillo
Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones
DESPACHO MINISTERIAL

