

07 de febrero del 2020
MICITT-DM-OF-113-2020

Señora
Marcela Aragón Sandoval
Gerente de Área
División de Fiscalización Operativa y Evaluativa
Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura
Contraloría General de la República

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo. En atención al documento N° MICITT-DVT-MEMO-006-2020, suscrito por el señor Edwin Estrada Hernández, Viceministro de Telecomunicaciones, me permito solicitar aclaración y adición sobre la disposición 4.7 del Informe N° DFOE-IFR-IF-00001-2020 denominado “Informe de Auditoría sobre la eficacia de los proyectos financiados con recursos del FONATEL”, en relación con los alcances de lo dispuesto por la Contraloría General de la República respecto a la obligación de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) de incluir dentro del diagnóstico de los procesos concursales los lineamientos para aprovechar y maximizar la vías alternativas que faculta la ley como la imposición de obligaciones. Dicha disposición literalmente señala:

*“4.7 Analizar los procesos concursales realizados a la fecha, como parte de los proyectos a cargo del Fondo, en particular lo relativo a la participación de potenciales oferentes; a fin de determinar las causas de las condiciones de participación que se han presentado en los concursos más recientes, en particular la escasa participación; e implementar los lineamientos necesarios para que en futuros concursos se incorporen las mejoras que promuevan una mayor participación. **Como parte de dicho diagnóstico, deberá valorar, y en caso de que resulte factible, establecer como lineamiento el aprovechar y maximizar el uso de las vías alternativas que la ley faculta como la imposición de obligaciones, para lo cual debe instar ante el Poder Ejecutivo la modificación del título habilitante**”.* (Énfasis agregado)

En relación con lo expuesto, la Contraloría General de la República hace referencia a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, numeral que estipula lo siguiente:



“ARTÍCULO 36.- Formas de asignación

Los recursos de Fonatel serán asignados por la Sutel de acuerdo con el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, **para financiar:**

a) Las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores y proveedores en sus respectivos títulos habilitantes.

Serán financiadas por Fonatel, las obligaciones que impliquen un déficit o la existencia de una desventaja competitiva para el operador o proveedor, según lo dispone el artículo 38 de esta Ley. La metodología para determinar dicho déficit, así como para establecer los cálculos correspondientes y las demás condiciones se desarrollará reglamentariamente. En cada caso, se indicará al operador o proveedor las obligaciones que serán financiadas por Fonatel.

b) Los proyectos de acceso y servicio universal según la siguiente metodología: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de esta Ley, la Sutel publicará, anualmente, un listado de los proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad por desarrollar con cargo a Fonatel. El anuncio especificará, para cada proyecto, las localidades beneficiadas, la calidad mínima del servicio requerido, el régimen aplicable de tarifas, el período asignado, la subvención máxima, la fecha estimada de iniciación del servicio, el plazo de ejecución del proyecto y cualquier otra condición necesaria que se requiera en el cartel. **Estos proyectos serán adjudicados por medio de un concurso público que llevará a cabo la Sutel. El operador o proveedor seleccionado será el que cumpla todas las condiciones establecidas y requiera la subvención más baja para el desarrollo del proyecto. El procedimiento establecido se realizará de conformidad con la Ley N.º 7494, Contratación administrativa, de 2 de mayo de 1995, y sus reformas, y lo que reglamentariamente se establezca. (Énfasis agregados)**

Del artículo transcrito se infiere en un primer lado, la vinculación de la asignación de los recursos Fondo Nacional de Telecomunicaciones, el cual es administrado por parte de la SUTEL al Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (PNDT), lo cual se extrae de su enunciado “Los recursos de Fonatel serán asignados por la Sutel de acuerdo con el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones”.



En segundo lugar, la norma en relación con lo dispuesto en el artículo 32 “Objetivos del acceso universal, servicio universal y solidaridad” de la misma Ley N° 8642, estipula específicamente qué aspectos serán financiados por parte del FONATEL; indicando expresamente “**para financiar**” dos supuestos distintos regulados en los incisos a) y b).

En cuanto a su inciso a) se extrae que los recursos de FONATEL podrán financiar “Las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores y proveedores en sus respectivos títulos habilitantes”, siempre y cuando “**impliquen un déficit o la existencia de una desventaja competitiva para el operador o proveedor, según lo dispone el artículo 38 de esta Ley (...)**” Es decir, únicamente podrán establecerse en el título habilitante de un operador o proveedor de telecomunicaciones obligaciones para ser financiadas con recursos de FONATEL, siempre y cuando se haya verificado que:

- Impliquen un déficit o;
- Exista una desventaja competitiva para el operador o proveedor.

Para determinar lo anterior, expresamente el inciso a) del numeral 36, nos remite al artículo 38 de la LGT, que en lo que interesa dispone:

“ARTÍCULO 38.- Financiamiento del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel)

(...)

Los recursos de Fonatel no podrán ser utilizados para otro fin que no sea para lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, en el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, definidos en el artículo 32 de esta Ley, y deberán asignarse íntegramente cada año. (...).

(...)”

Sea que, el espíritu de la norma es que la imposición de obligaciones al título habilitante de operadores o proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público o no, únicamente puede darse bajo dos circunstancias: cuando éstas impliquen un déficit (que debe regularse vía reglamento según lo indica el artículo 36 de la LGT), o cuando exista una desventaja competitiva para el operador o proveedor; y los fondos asignados solo podrán utilizarse para el cumplimiento del PNDD vigente, en consonancia con los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad dispuestos en el artículo 32 de la Ley General de Telecomunicaciones.

En relación con el inciso a) del artículo 36 de la LGT, el numeral 33 del mismo cuerpo normativo dispone que Sutel *establece* las obligaciones de acceso universal y servicio universal, sin embargo, quien *impone* de las obligaciones al título habilitante, es el Poder Ejecutivo, conforme lo contemplado en el artículo 140 inciso 14) subinciso c) de la



Constitución Política. Dicha imposición presupone que se estarían incluyendo dentro de un título habilitante una serie de obligaciones que el proveedor u operador de telecomunicaciones deberá cumplir, so pena de la aplicación del régimen sancionatorio correspondiente.

En este sentido, es relevante aclarar que la Ley General de Telecomunicaciones regula tres distintos tipos de títulos habilitantes: a) autorización otorgada por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en el tanto no implique el uso y explotación de espectro radioeléctrico; b) el permiso de uso de frecuencias, que es para los fines establecidos en los incisos b), c) y d) del artículo 9 de la Ley General de Telecomunicaciones; y por último la concesión ya sea directa (artículo 19 de la LGT y 34 de su Reglamento) o mediante un concurso público (artículos 11 y siguiente de la citada Ley) para los casos de servicios disponibles al público.

Adicionalmente, la norma establece que se le podrán imponer esas obligaciones tanto a operadores, definidos por el inciso 12) del numeral 6 de la citada Ley como *“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**”*; así como a los proveedores, conceptualizados en el inciso 16 del artículo 6 de la LGT como *“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”*.

Lo anterior implica que, dependiendo de la interpretación que se efectúa, podría inferirse que la norma abre la posibilidad para que la imposición de las obligaciones sea tanto para los casos donde existe una habilitación para prestar servicios de telecomunicaciones en general, lo cual incluye los servicios de radiodifusión sonora y televisiva, de comunicación privada, entre otros, así como para la prestación de servicios disponibles al público definidos como *“aquellos “que se ofrecen al público en general, a cambio de una contraprestación económica”* (inciso 24 del artículo 6 de la LGT).

Al respecto, para el caso de los servicios disponibles al público y para los servicios de radiodifusión sonora y televisiva, la normativa legal establece que para su asignación deberá cumplir con un concurso público salvo el caso de que verse sobre bandas de asignación no exclusiva, en donde se podrá seguir la contratación directa. Y, para los demás casos como autorizaciones y permisos de uso de frecuencias se sigue un procedimiento reglado, previsto por la Ley General de Telecomunicaciones y desarrollado por su Reglamento, pero no implica la existencia de un concurso público previo.



En complemento a lo indicado, la norma no distingue si la imposición de la obligación es a un título habilitante vigente, lo que conllevaría a su modificación posterior, o a un acto administrativo que está en proceso de ser emitido, es decir un título habilitante que será emitido a futuro.

En el caso que versara de un título habilitante ya emitido, cuyo objeto sea el uso o explotación de espectro radioeléctrico (bien demanial), conlleva a que en aplicación del principio de paralelismo de las formas que se requeriría un dictamen técnico previamente dictado por parte de la SUTEL, y posteriormente, la aprobación o improbación por parte del Poder Ejecutivo, integrado en este caso, por el Señor Presidente de la República y el Ministro de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, a fin de realizar una modificación parcial.

Y si el título habilitante tiene como objeto el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios disponibles al público o de radiodifusión sonora y televisiva, además de lo indicado en el párrafo anterior, se requiere de la modificación tanto del acto de adjudicación como del Contrato de Concesión, y en los casos que corresponda cumplir con el refrendo Contralor (regulado en la Ley N°7479, Ley de Contratación Administrativa).

En este último supuesto, es relevante valorar que ya se precedió de un proceso concursal, donde su marco de condiciones se definió en un pliego de condiciones, donde previamente la persona física o jurídica con su oferta los aceptó, y se obligó a su cumplimiento, y que aseguró que la asignación del recurso escaso y estratégico haya sido justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria (artículo 8 inciso b) de la LGT), y que cumpla con los principios rectores sectoriales contemplados en el artículo 3 de la Ley N° 8642 (transparencia, publicidad, competencia efectiva, no discriminación, entre otros), y los previstos a nivel constitucional derivados del numeral 182 de la Constitución Política.

No obstante, no se persigue ahondar estos procedimientos por no ser de interés para el presente caso, pero sí debe ser valorado en que una vez que se impongan obligaciones al título habilitante, esta imposición implicaría una modificación esencial del contrato original, es decir, estaría por esta vía, interpretándose que puede cambiar la naturaleza primigenia de la concesión, para añadirle un contrato nuevo a éste, y creando inseguridad jurídica al proceso, así como al propio sector de telecomunicaciones.

Véase que existen una naturaleza distinta de los objetos contractuales en este caso, y particularidades distintas. Uno es el brindar un servicio de telecomunicaciones, derivado



del uso y explotación del espectro radioeléctrico, y el otro, es la ejecución de un proyecto dentro de los programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, que no en todos los casos, implica un uso y explotación de los servicios de telecomunicaciones, puesto que dentro de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad se encuentra la dotación de equipo.

Sumado a lo anterior, al efectuar la modificación del título habilitante mediante la imposición de una obligación de FONATEL, implicaría que no habrá distinción entre lo concedido al operador o proveedor de servicios de telecomunicaciones disponibles al público (uso y disfrute del espectro radioeléctrico dado en concesión) y las nuevas obligaciones impuestas, ya que como unidad que es el título habilitante, cualquier incumplimiento podría derivar en una causal de revocación y extinción de las concesiones, las autorizaciones y los permisos de las dispuestas en el artículo 22 de la LGT.

Esto es relevante, por cuanto el objeto de la concesión de uso y explotación, particularmente de servicios disponibles al público o de radiodifusión sonora y televisiva, tienen como última finalidad brindar un servicio a un usuario final, y en el supuesto que, mediante un acto posterior al concurso público, se imponga una obligación (no prevista en el cartel ni en el contrato de concesión firmado), incidirá sobre los fines públicos que se persiguieron en su origen.

Por lo anterior, si hubiese una asignación de fondos de Fonatel a un operador o proveedor de servicio de telecomunicaciones disponibles al público, por proyectos adjudicados por medio de un concurso público, en caso de incumplimiento no se estaría atentando contra el título habilitante original, consecuentemente no se estaría ante una de las causales de revocación y extinción de las concesiones, del artículo 22 de la LGT, sino únicamente ante los procedimientos de ejecución de las garantías y cláusulas contractuales y penales pactadas en el concurso (y que se rigen por la Ley de Contratación Administrativa) que dio origen al otorgamiento de los fondos de Fonatel. O bien podría Sutel en el ejercicio de la competencia del inciso b) del artículo 37 de la LGT, disminuir o eliminar el financiamiento a los ejecutores.

La diferencia, es de trascendental importancia ya que Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (TLC), incorporado al ordenamiento nacional por medio de la ley N°8622, emitida el 21 de noviembre de 2007 y publicada en el Alcance N° 40 al Diario Oficial La Gaceta N°246 de fecha 21 de diciembre de 2007, regula expresamente en el Anexo 13 al servicio universal como uno de los principios rectores, estipulando:



“1. Servicio Universal

*Costa Rica tiene derecho a definir el tipo de obligaciones de servicio universal que desee mantener. Dichas obligaciones no se considerarán **anticompetitivas** per se, a condición de que sean administradas de manera transparente, no discriminatoria y con neutralidad en la competencia **y no sean más gravosas de lo necesario para el tipo de servicio universal definido.**”* (El resaltado no corresponde al original).

Para efecto de interpretar el alcance del inciso a) del artículo 36 de la LGT, tendrían tanto la Sutel como el Poder Ejecutivo que ponderar si dicha obligación es o no más gravosa de lo necesario para el tipo de servicio universal o de acceso universal definido. Y si su posible incumplimiento podría también generar condiciones desfavorables para los usuarios finales de servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Tampoco puede implicar la adopción de medidas anticompetitivas, como podrían surgir al asignar recursos de FONATEL sin contar con un mecanismo que asegure la libertad de participación y competencia entre los diferentes personas físicas o jurídicas que cumplan con los criterios objetivos para ser elegidas.

No se omite indicar que, además, de conformidad con el artículo 73 inciso c), de la Ley N° 7593, “Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)”, emitida en fecha 09 de agosto de 1996 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 169, de fecha 05 de setiembre de 1996, Sutel por medio de su Consejo, se encuentra en la obligación de:

“(…)

- c) *Incentivar la inversión en el Sector Telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que garantice transparencia, no discriminación, equidad y seguridad jurídica, a fin de que el país obtenga los máximos beneficios del progreso tecnológico y de la convergencia.”*

Lo anterior, en consonancia con los objetivos plasmados en el numeral 8 de la Ley N° 8646, dirigidos a **“d) Proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, más y mejores alternativas en la prestación de los servicios, así como garantizar la privacidad y confidencialidad en las comunicaciones, de acuerdo con nuestra Constitución Política”;** **“e) Promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles”;** **g) Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos”,** y **“h)**



Incentivar la inversión en el sector de las telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que contenga mecanismos que garanticen los principios de transparencia, no discriminación, equidad, seguridad jurídica y que no fomente el establecimiento de tributos”.

Como complemento a lo expuesto, otro de los aspectos a ponderar a efectos de interpretar que del inciso a) es factible por la vía directa contratar un servicio o un bien con recursos público de FONATEL, está relacionado con los criterios objetivos para determinar cuál de los operadores o proveedores de telecomunicaciones con título habilitante (autorización, permiso o concesión) es el idóneo para satisfacer la necesidad administrativa, así como cuáles fueron los mecanismos empleados para determinar las condiciones objetivas (plazo, precio y calidad) que deben ser cumplidos por éste para ejecutar el contrato con cargo a FONATEL, y que mediante un concurso público se garantizan, al asegurarse al menos la participación de más de una empresa donde en su oferta establece dichas condiciones, y sobre las cuales la Administración pondera y valora para adoptar la decisión de adjudicar un contrato.

Bajo esta línea de pensamiento, es criterio de este Ministerio, que el inciso a) del artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones, requiere de ser interpretado dentro del marco regulador sectorial y constitucional vigente, en el sentido, que no conlleve a desnaturalizar el régimen dispuesto, así como la naturaleza propia de los mecanismos previstos por el regulador tanto para la asignación del recurso escaso y estratégico como lo es el espectro radioeléctrico, así como para determinar la idoneidad del oferente para cumplir con los proyectos a ser financiados con los recursos de FONATEL. Y menos podría interpretarse que se pueda derivar del artículo 36 que se pueda modificar sustancialmente un contrato previamente firmado, incluyéndole uno nuevo, en perjuicio de la seguridad jurídica, la efectiva competencia, transparencia y la legalidad.

La interpretación de ese numeral, para este Ministerio, debe estar fundamentado en los principios sectoriales y constitucionales, lo que conlleva a concluirse, que en cualquier caso de asignación de recursos de FONATEL además de estar vinculado a las metas, objetivos y lineamientos plasmados en el PNDT, debe estar precedido por el cumplimiento de mecanismo precisamente previsto por el legislador en el inciso b) del artículo 36 de la Ley en comentario, el cual es el concurso público. Procedimiento que la Sala Constitucional ha definido como el que garantiza el cumplimiento de los principios de legalidad, transparencia, publicidad, seguridad jurídica, transparencia, competencia efectiva, no discriminación, igualdad de trato, al tenor de lo establecido en el numeral 182 de la Constitución Política. Al respecto Sala Constitucional mediante la resolución Nº 2002-3816 de las 14:53 horas de fecha 24 de abril del 2002 manifestó:



“(...)

V. Conforme a lo establecido por el artículo 182 de la Constitución Política, la Administración Pública en cumplimiento de las finalidades establecidas por el ordenamiento jurídico y de satisfacer de manera eficiente y oportuna sus necesidades, debe recurrir a los procedimientos de contratación administrativa, con el fin de seleccionar la oferta que estima más conveniente para suplir la necesidad pública en beneficio de la colectividad. El ejercicio de la actividad contractual del Estado, está sujeta a una serie de principios que han sido delimitados por la Sala Constitucional a partir del voto 0998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998 y reiterado en los fallos posteriores, en donde se ha considerado lo siguiente: ‘(...)

VI. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. En virtud de lo anterior, debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan **todos** los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado. Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son: **1.- de la libre concurrencia**, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece; **2.- de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes**, principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de **disposiciones legales o reglamentarias** con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental; **3.- de publicidad**, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate; **4.- de legalidad o transparencia de los procedimientos**, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política; **5.- de seguridad jurídica**, que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación; **6.-**



formalismo de los procedimientos licitatorios, en cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia; (...) y **10.- del control de los procedimientos**, principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. (...) Estos principios tienen reconocimiento tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y ya han sido desarrollados por este Tribunal en reiteradas ocasiones y con anterioridad a esta sentencia, de la siguiente manera (...).”

Esta interpretación, como se apuntó en líneas anteriores, resulta ser conteste con el conjunto de principios rectores que orientan la conducta administrativa del Ente rector (dentro del actual modelo de competencia), en aras de propiciar una amplia oferta que permitan determinar cuáles son las empresas físicas o jurídicas más aptas para la satisfacción de interés público, que precisamente pretende que todos los usuarios finales, independiente de su condición económica, social o geográfica puedan acceder a los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento.

Además de brindar seguridad jurídica a todos los involucrados dentro del sector de telecomunicaciones, al establecer previamente las reglas y condiciones que regulan su participación como proveedores y operadores de telecomunicaciones, respetando sus situaciones jurídicas consolidadas.

En este sentido, se debe ponderar que el Poder Ejecutivo en el ejercicio de una potestad de imperio podría realizar la modificación o adenda al título habilitante, pero para ello se requiere de un debido proceso, que es el derecho constitucional que asiste a la otra parte (concesionario) para referirse a las obligaciones se pretenden imponer en el título, y de respetar las situaciones jurídicas consolidadas, en cumplimiento con el artículo 34 de la Constitución Política que estipula:

“ARTÍCULO 34.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.”

En ese orden de ideas la Sala Constitucional se ha referido a las situaciones jurídicas consolidadas de esta manera:

*“(...) Por su parte, la ‘situación jurídica consolidada’ representa no tanto un plus patrimonial, **sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido aún**. Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que -por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado- haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico*



(hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado).”¹ (El resaltado no pertenece al original).

Aún y cuando de manera unilateral la Administración en el ejercicio de una potestad de imperio podría modificar el título habilitante, debe cumplirse con un debido proceso que a su vez sea garante de la protección (que podría llevar una indemnización) de su situación jurídica consolidada. En el caso de las concesiones para uso y explotación del espectro radioeléctrico, el contrato es el instrumento jurídico que plasma el acuerdo de voluntades (integrado por la Administración Pública y el concesionario), sea que una vez creado, perfeccionado con todos sus elementos y requisitos, produce efectos que no quedan al arbitrio de las partes, sino por el contrario, se cumplen en atención al orden público; conforme a la ley; a lo acordado en las cláusulas y al procedimiento de licitación.

En materia de contratos civiles y comerciales impera el principio *“pacta sunt servanda”* lo que significa que en términos generales contempla que los contratos se cumplen al tenor de sus propias cláusulas. Mientras que en materia de contratación administrativa una de las partes, la Administración, posee el derecho de modificar unilateralmente el contrato. Sin embargo, debe considerarse que ello no significa que la Administración puede variar en cualquier momento un contrato, sino que debe hacerlo bajo ciertas reglas. El derecho a la modificación unilateral del contrato está contemplado en los artículos 12 de la Ley de Contratación Administrativa citada y desarrollado en el artículo 208 de su Reglamento, y velando en todo momento que se cumpla con el interés público y se garanticen los derechos de los usuarios finales.

De esta forma, una de las interpretaciones del inciso a) del artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones, alineada al bloque de legalidad vigente, particularmente por los principios constitucionales de contratación administrativa así como seguridad jurídica y legalidad, los principios sectoriales anteriormente expuestos, así como los compromisos asumidos por el país con la firma del Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (TLC), incorporado al ordenamiento nacional por medio de la ley N°8622, emitida el 21 de noviembre de 2007, es que en los procesos concursales de espectro radioeléctrico que vaya a efectuarse en el futuro, se valore la incorporación en el cartel de una serie de obligaciones relacionadas con el acceso universal, servicio universal y solidaridad.

Esta incorporación dentro del cartel de concesión, deberá cumplir con todas los requisitos legales y reglamentarios vigentes, así como con las recomendaciones que efectúa la Contraloría General de la República en el informe de fiscalización de mérito, relacionadas con la previa planificación, estudios de factibilidad económica, social, y

¹ Ver Voto N° 2765, de las 15 horas 3 minutos, del 20 de mayo de 1997 de la Sala Constitucional de la República de Costa Rica.



técnica, que permitan determinar de forma clara los alcances, limitaciones, y condiciones del objeto contractual y deberá ser concordante con las metas, objetivos y lineamientos dispuestos en el Plan Nacional de Desarrollo de Telecomunicaciones vigente para el momento de su formalización.

De esta forma, se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República que adicione y aclare los alcances de la disposición 4.7. del informe N° DFOE-IFR-IF-00001-2020, en relación con la interpretación que estaría efectuando respecto al inciso a) del artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones, en particular al apuntar que se incluya dentro del diagnóstico que deberá efectuar la SUTEL las valoraciones las “**vías alternativas que la ley faculta como la imposición de obligaciones, para lo cual debe instar ante el Poder Ejecutivo la modificación del título habilitante**”, en relación con los aspectos técnico jurídicos apuntados en líneas anteriores.

Adicionalmente, en cuanto a los plazos establecidos en el citado informe de auditoría para el cumplimiento de las disposiciones, se somete a valoración de la Contraloría General de la República extenderlos hasta el cierre del proceso de implementación de televisión digital, dado que conforme lo contemplado en el Decreto Ejecutivo N° 36774-MINAET, Reglamento para la Transición a la Televisión Digital Terrestre en Costa Rica, emitido en fecha 06 de setiembre de 2011 y sus reformas, el 30 de abril y el 15 de agosto de este año se prevé que cesen las transmisiones de los enlaces de microondas y las matrices y repetidoras de televisión analógica para la Región 2 (todo el país), para lo cual se encontraba programado una serie de labores previas que implican que los equipos técnicos, jurídicos, económicos y de ciencias políticas estén enfocados en su totalidad en su atención, principalmente, por sus implicaciones hacia los habitantes, los procedimientos técnicos y legales en curso (adecuación y otorgamiento de enlaces de microondas, adecuación de canales matrices y repetidoras) y las intensivas actividades de capacitación e información a la población que estaban planificadas para los siguientes meses.

De esta forma, es crucial para el país que este proceso que lleva implementándose desde el 2011 pueda ser cumplido a cabalidad, a fin de asegurarse el cumplimiento de los objetivos de política pública que fueron plasmados en el Plan Nacional de Desarrollo de Telecomunicaciones.

Este sentido, las disposiciones incorporadas en el informe de Contraloría General implica el establecer una coordinación entre la SUTEL y el MICITT, y por ende, que participen los equipos de las tres direcciones del Viceministerio de Telecomunicaciones como actualmente ha estado efectuando, y que en este momento, están enfocadas en las



DESPACHO MINISTERIAL

actividades planificadas anteriormente para culminar con el proceso hacia la transición de la televisión digital.

Atentamente,

Luis Adrián Salazar Solís
Ministro
DESPACHO MINISTERIAL

AMM

C: Sr. Edwin Estrada Hernández, Viceministro de Telecomunicaciones, MICITT.
Archivo

