

25 de enero del 2019

MICITT-DM-OF-100-2019

Señor

Paul Stephen Herrera

Despacho Diputada Aida María Montiel Héctor

Asamblea Legislativa

Estimado señor:

Reciba un cordial saludo. En atención a su correo electrónico recibido en fecha 10 de enero del presente año, mediante el cual solicitó *“información sobre cómo obtener una frecuencia FM y el canon que debe pagarse”* se procede a dar respuesta a su solicitud, abarcando tres apartados, a saber: i) la naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico; ii) el régimen jurídico concesional de radiodifusión; y iii) las obligaciones derivadas del uso de espectro radioeléctrico de radiodifusión.

I. Sobre la Naturaleza Jurídica del Espectro Radioeléctrico

El artículo 44 de la Ley N° 8100, Ley de aprobación de la constitución y convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, (Convenio firmado en Ginebra el 22 de diciembre de 1992) y el instrumento de enmienda a la constitución y al convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Kioto, 1994) determina que el espectro radioeléctrico es un “recurso natural”. Como tal, la Constitución Política determinó en el inciso 14) del artículo 121 que los “servicios inalámbricos” no podrán salir del dominio del Estado.



Como recurso natural que es, el espectro radioeléctrico constituye un bien de dominio público, tal y como lo prescribe el artículo 7 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642. Debido a este carácter, posee las características de los bienes demaniales, es decir, son aquellos que por su naturaleza o por decisión de la Asamblea Legislativa, por una votación de al menos dos terceras partes de sus miembros, están afectados a un uso público; por lo que son inalienables, imprescriptibles y están fuera del comercio de los hombres. Sobre los mismos, la Sala Constitucional mediante su voto N° 02408 de las 16:13 horas del 21 de febrero de 2007, ha indicado:

“(...) son aquellos que tienen una naturaleza y régimen jurídico diverso de los bienes privados –los cuales se rigen por el derecho de propiedad en los términos del artículo 45 de la Constitución Política–, en tanto, por expresa voluntad del legislador se encuentran afectos a un destino especial de servir a la comunidad, sea al interés público, y que por ello, no pueden ser objeto de propiedad privada, de modo que están fuera del comercio de los hombres, por lo cual, no pueden pertenecer individualmente a los particulares, ni al Estado, en sentido estricto, por cuanto éste se limita a su administración y tutela.(...)”

Es decir, se encuentra comprometido el interés público, por lo que se les aplica lo dispuesto en el artículo 261 del Código Civil y que reza:

“Artículo 261:

Son cosas públicas, las que por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquéllas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas a uso público (...).”



En virtud de lo anterior, resulta evidente que los bienes públicos y con ellos el espectro radioeléctrico, tienen un destino diferente, por estar afectados a un uso común tal y como lo indicó la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 2301-91, de fecha 6 de noviembre de 1991, al señalar que:

“El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son los llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud norma expresa.

Como lo indica la jurisprudencia, solo pueden ser explotados mediante concesión, la cual según el autor Ernesto Jinesta Lobo, en su Tratado de Derecho Administrativo, se define como:

“(...) el acto por el cual la administración pública le transfiere a otro sujeto de derecho— normalmente, un sujeto de derecho privado sea persona física o jurídica— un poder o derecho propio o no que el segundo no tenía antes. La concesión confiere un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, precisamente, su característica esencial estriba en caracterizarse por ser un acto administrativo creador de derechos.” (Ernesto Jinesta Lobo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Biblioteca Jurídica, pág. 451).



Así las cosas, este Viceministerio comparte lo establecido por la Procuraduría General de la República en el Dictamen Jurídico N° C-017-2000, de fecha 31 de enero de 2000 al indicar que:

“Conforme lo dispuesto en el artículo 121, inciso 14 de la Constitución Política y lo ha desarrollado la jurisprudencia constitucional y administrativa, el espectro electromagnético constituye un bien del Estado. Como tal es un bien demanial, que no puede salir del dominio del Estado (...).”

Por todo lo indicado, de conformidad con su consulta, para la obtención, uso y explotación de una frecuencia del espectro radioeléctrico para radiodifusión sonora y/o televisiva en la zona de Guanacaste; debe considerarse que al ser un bien demanial no podrá salir del dominio del Estado y su planificación, administración y control se rige según lo establecido en la Constitución Política de la República de Costa Rica, los tratados internacionales, las leyes y reglamentos que al efecto se emitan, así como lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2015-2021 y el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), según lo estipula el artículo 10 de la citada Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642. Y que para su obtención se requiere de un proceso concesional, mismo que será analizado en el punto N° 2 del presente oficio.

II. Sobre régimen concesional de radiodifusión televisiva

Para iniciar este punto, debemos citar a la Procuraduría General de la República (PGR) que ha dispuesto, lo siguiente:

“Ahora bien, se ha indicado que la Ley de Telecomunicaciones impone el concurso como medio para otorgar la concesión de radiodifusión. Dicha Ley no establece reglas especiales de concurso para tal efecto, como



*sí sucede para efectos de la concesión de redes públicas de telecomunicaciones, respecto de las cuales a partir del artículo 12 regula elementos del concurso público. **En ausencia de normas especiales sobre contratación, considera la Procuraduría que el concurso para otorgar la concesión de la red de radiodifusión debe ser tramitado conforme lo establece la Ley de Contratación Administrativa, norma general en materia de contratación administrativa.** (...)”¹ (El resaltado es nuestro).*

Así, ante cualquier vacío o laguna que derive de la aplicación de la Ley de Radio, Ley N° 1758, no solo resulta factible acudir supletoriamente a la Ley General de Telecomunicaciones referida, sino también de la Ley de Contratación Administrativa, norma general que regula la Contratación o Licitación de bienes y servicios para el Estado, y que regula la consecuente protección del interés público que llevan implícitos los procesos citados.

Dicho lo anterior, el otorgamiento de concesiones sobre servicios inalámbricos tiene su base jurídica en las disposiciones conferidas por la Constitución Política, conforme lo dispuesto por el artículo 121 inciso 14) aparte c); siendo que (como se indicó supra) para poder operar un servicio de radiodifusión (sea televisiva o sonora) se requiere contar con una concesión, tal y como lo ha indicado la Sala Constitucional.

Asimismo, el artículo 7 de la Ley de Radio (Servicios Inalámbricos) en concordancia con el artículo 29 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones², disponen el marco regulatorio para optar por una frecuencia de radiodifusión, siendo que debe seguirse el

¹ Dictamen N° C-110-2016 de fecha 10 de mayo de 2016, emitido por la Procuraduría General de la República.

² El artículo 29 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones dispone las reglas a que se sujetan las redes de radiodifusión para una optimización del espectro, lo que comprende una asignación y utilización de esos recursos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente.



debido proceso licitatorio dentro del procedimiento concursal tutelado en los artículos 27 al 43 de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494. Lo anterior es conteste con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Ejecutivo N° 34765-MINAET, Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones:

*“Artículo 21. —Concesiones. Se otorgará concesión para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones, (...)
Las concesiones de frecuencias serán otorgadas por el Poder Ejecutivo por medio del procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento y corresponderá a la SUTEL la instrucción del procedimiento.”*

Por lo anterior, las concesiones de frecuencias solamente podrán ser otorgadas por el Poder Ejecutivo mediante el procedimiento de concurso público. Para ello se requiere de la realización de los estudios necesarios, para determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento, trámite que le corresponde a la SUTEL, cómo órgano regulador establecido por ley para determinar técnicamente la posibilidad del otorgamiento de cualquier frecuencia solicitada, lo cual requiere de una solicitud formal (del Poder Ejecutivo) y un estudio detallado de la disponibilidad.

Una vez emitido el criterio técnico correspondiente a los estudios previos por parte de SUTEL, en el que se determine la disponibilidad de frecuencias atribuidas a radiodifusión sonora o televisiva, y comprobada la necesidad y factibilidad de la concesión, el Poder Ejecutivo emitiría la decisión de inicio del procedimiento concursal respectivo, que se trasladará al Órgano Regulador para que lo instruya. Así lo estipula el artículo 22 del Reglamento citado el cual literalmente estipula lo siguiente:

“Artículo 22. —Estudios previos al inicio del procedimiento concursal. El Poder Ejecutivo, previo a emitir la decisión de inicio del procedimiento concursal,



deberá solicitar a la SUTEL la realización de los estudios necesarios y la factibilidad del otorgamiento de las concesiones. (...)

Asimismo, el artículo 23 del Decreto Ejecutivo N° 34765-MINAET, regula los requisitos que deben ser acreditados para que el Poder Ejecutivo se vea posibilitado a tomar la decisión de iniciar un proceso de concurso público para la concesión de frecuencias de espectro radioeléctrico:

“Artículo 23. —Decisión inicial. Una vez emitido el criterio técnico de los estudios previos por parte de la SUTEL y comprobada la necesidad y factibilidad de la concesión, el Poder Ejecutivo emitirá la decisión de inicio del procedimiento concursal respectivo, que trasladará a la SUTEL para que lo instruya.

La decisión administrativa que da inicio al procedimiento de contratación será emitida por el Poder Ejecutivo. Esta decisión se adoptará una vez que se haya acreditado al menos, lo siguiente:

- a) Una justificación de la procedencia del concurso público, con indicación expresa de la necesidad a satisfacer, considerando para ello los planes de largo y mediano plazo, el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones y las políticas sectoriales.*
- b) Las especificaciones técnicas y características de la frecuencia del espectro radioeléctrico a concesionar.*
- c) Deberá acreditarse la existencia de estudios necesarios y la factibilidad del otorgamiento de la concesión.*

La SUTEL valorará el cumplimiento de los anteriores requisitos, previo inicio del procedimiento y dispondrá la confección de un cronograma con tareas y responsables de su ejecución y velará por el debido cumplimiento del procedimiento.”



Siendo la conclusión que, según el bloque de legalidad, para poder operar un servicio de radiodifusión (sea televisiva o sonora) se requiere contar con una concesión. Para optar por una concesión deberá abrirse un proceso licitatorio. Los requisitos para optar por una o varias frecuencias deberán señalarse en el cartel que al efecto se publique para dicho concurso público. No obstante, lo más importante, previo al inicio de cualquier proceso licitatorio será que la SUTEL, con fundamento en estudios técnicos, determine la disponibilidad de frecuencias para transmitir en todo el país o a nivel regional para concesionar y, finalmente, que el Poder Ejecutivo emita la orden de inicio del citado proceso.³

Así las cosas, en apego al principio de legalidad, no existe posibilidad alguna de abrir un concurso público a petición del administrado, ya que dicha situación violentaría los derechos de cualquier otro interesado que tenga interés en participar; transgrediendo consecuentemente los principios y parámetros constitucionales que regulan la actividad contractual del Estado⁴, el cual tiene la obligación de promover un mercado donde exista la igualdad de trato para los administrados y se promueva el más amplio acceso a la información referente con el concurso público y con la transparencia de los procedimientos a seguir.

Es potestad del Estado costarricense proteger, administrar y controlar el uso que se haga de este bien demanial y corresponde al Poder Ejecutivo tomar la decisión de realizar la concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público mediante la apertura del procedimiento concursal, decisión que sería notificada a la colectividad según los mecanismos establecidos en la ley.⁵

³ Opinión Jurídica N°C-280-2011 de fecha 11 de noviembre de 2011.

⁴ Voto 4547-00 de la Sala Constitucional.

⁵ Voto N° 06053-2002 de la Sala Constitucional.



III. Obligaciones pecuniarias derivadas del uso de espectro radioeléctrico de radiodifusión.

Los servicios de radiodifusión de acceso libre es un servicio de telecomunicaciones, y en este sentido debemos considerar que las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones se le aplican únicamente respecto de las materias expresamente indicadas por el legislador, que decidió excepcionar esa aplicación general y uniforme, manteniendo vigente la Ley de Radio.

Estos servicios tienen la particularidad de que pueden ser recibidos libremente por el público “*sin pago de derechos de suscripción*”, y cuyas señales se transmiten en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea. Por lo cual, en los términos de la referida Ley General de Telecomunicaciones, estos servicios no pueden ser considerados servicios de telecomunicaciones disponibles al público, por lo que no se les aplica el régimen correspondiente.

Sin embargo, la referida Ley General de Telecomunicaciones resulta aplicable a las redes de soporte de los servicios de radiodifusión de acceso libre en lo que se refiere a la planificación, administración y control de espectro radioeléctrico, al régimen sectorial de competencia y a las disposiciones de acceso e interconexión, sin que eso signifique que esas redes se rijan por disposiciones aplicables a las redes públicas de telecomunicaciones.

Así las cosas, los servicios de radiodifusión de acceso libre están sujetos a la Ley N° 1758, Ley de Radio en todas sus disposiciones, siendo que en sus artículos 7, 18, 20 y 22 disponen, lo siguiente:

“Artículo 7.- () Para operar una estación radiodifusora debe obtenerse la concesión del caso, previo pago del impuesto que por esta ley se establece y haber llenado los requisitos que el Reglamento respectivo imponga. Todo nuevo concesionario gozará de seis meses de término, a partir de la fecha de su*



concesión, para poner en operación su radioemisora, con seis meses más de prórroga cuando pueda comprobar que ha hecho inversiones considerables a juicio del Ministerio de Ambiente y Energía que justifiquen esa prórroga. Pasado este último plazo será cancelada la licencia.

(...)

Artículo 18.- A partir de la vigencia de la presente ley, deberá pagarse un impuesto anual de radiodifusión en la siguiente forma: a) Las radiodifusoras de onda larga pagarán ajustándose a la siguiente tarifa proporcional a su potencia: Hasta 1.000 watts, mil colones (¢1,000.00).

De 1.001 a 2.500 watts, mil quinientos colones (¢1.500.00). De 2.501 a 5.000 watts, dos mil colones (¢2,000.00).

De 5.001 a 10.000 watts, dos mil quinientos colones (¢2,500.00). De 10.001 watts en adelante, tres mil colones (¢3,000.00).

b) Las estaciones radiodifusoras de onda corta para servicio internacional pagarán por año mil quinientos colones (¢1,500.00); y

c) Las estaciones de fonía privadas dedicadas a actividades agrícolas o industriales pagarán cien colones (¢100.00) al año y las otras que sirvan a actividades comerciales pagarán quinientos colones (¢ 500.00).

(...)

Artículo 20.- () Las radiodifusoras que tengan por fin exclusivamente la difusión cultural y las estaciones radiodifusoras al servicio meteorológico y de navegación aérea o marítima estarán exentas de todo impuesto, siempre y cuando no se dedique a realizar propaganda comercial ni de otra clase que sea remunerada.*

(...)



Artículo 22.- El pago de los impuestos señalados por esta ley deberá hacerse por trimestres adelantados y tal obligación implicará preferencia a cualesquiera otros gravámenes sobre las estaciones radiodifusoras afectadas.”

A partir de las anteriores disposiciones normativas, ha sido criterio de la Procuraduría General de la República (dictamen N° C-089-2010 de fecha 30 de abril de 2010) que el impuesto de radiodifusión que establece el artículo 18 de la referida Ley de Radio, grava el derecho de uso del espectro electromagnético y la extensión del derecho está determinada por las frecuencias cuyo uso se concede.

Ahora bien, de lo expuesto se desprende que para la prestación del servicio de radiodifusión sonora de acceso libre, no resultan aplicables las disposiciones de los artículos 62 y 63 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, es decir, que no procede el pago del canon de regulación y el canon de reserva de espectro, dispuestos en este cuerpo legal por la prestación del servicio de radiodifusión de acceso libre.

Sin embargo, resulta de relevancia estimar que para el otorgamiento de concesiones o permisos que conlleven el uso y explotación del espectro, resultan aplicables las disposiciones relativas a estar al día en el pago de cargas sociales con la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) y el Fondo de Asignaciones Familiares (FODESAF), de conformidad con el mandato impuesto por los artículos 74 inciso 1) de la Ley N° 17, Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, y/o el artículo 22 inciso a) de la Ley N° 5662, Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares.

Asimismo, en consulta a la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, debe verificarse respecto al estado de las obligaciones tributarias materiales y formales, a fin de que los solicitantes se encuentren en condición de “al día” de conformidad con el artículo 18 bis del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Norma legal que define que para la emisión de cualquier concesión,



DESPACHO MINISTERIAL

permiso o autorización para explotar bienes o servicios públicos, se requiere que la persona física o jurídica solicitante se encuentre al día en sus obligaciones tributarias. De este modo, dentro del término y forma conferidas al efecto por la legislación nacional, este Viceministerio de Telecomunicaciones da por respondida la consulta planteada.

Ante cualquier duda o consulta adicional, quedo a su disposición;

Saludos cordiales,

Edwin Estrada Hernández

Ministro a.i.

C. Sra. Cynthia Morales Herra, Directora de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones, MICITT

Sr. Francisco Troyo Rodríguez, Director de Espectro Radioeléctrico y Redes de Telecomunicaciones, MICITT

Sr. Freddy Artavia Estrada, Jefe de la Unidad de Control Nacional de Radio, MICITT.

Archivo

