

Sentencia: 12790 Expediente: 09-013141-0007-CO Fecha: 30/07/2010 Hora: 8:58:00 AM Emitido por: Sala Constitucional	

<b>Tipo de Sentencia:</b>	De Fondo
<b>Redactor:</b>	Ernesto Jinesta Lobo
<b>Clase de Asunto:</b>	Recurso de amparo

### Texto de la sentencia

### Sentencia Relevante

\* 090131410007CO \*

**Exp: 09-013141-0007-CO**

**Res. N° 2010012790**

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas y cincuenta y ocho minutos del treinta de julio del dos mil diez .**

Recurso de amparo interpuesto por **ANDRÉS OVIEDO GUZMÁN, FABIO ISAAC MASÍS FALLAS Y JUAN MANUEL CAMPOS ÁVILA**, en su orden, portadores de la cédula de identidad Nos. 2-550-256, 1-893-800 y 9-068-434, a su favor, contra el **MINISTERIO DE AMBIENTE, ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES, MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA.**

#### Resultando :

#### 1.-

Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 18:47 hrs. de 3 de setiembre de 2009, los recurrentes interponen recurso de amparo en contra el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones y el Ministerio de la Presidencia. Indican que luego de la aprobación y entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA), se aprobó la Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642 de 4 de junio de 2008, que entró a regir el 30 de junio de 2008, como parte de las obligaciones asumidas por Costa Rica frente a los otros suscribientes del Tratado. Señalan que en ella se desarrollaron varios de los preceptos normativos necesarios para la apertura del mercado de las telecomunicaciones, así, en el Transitorio V, se estableció que en un plazo no mayor a tres meses, contado desde la integración del Consejo de SUTEL, el Poder Ejecutivo gestionará ante este órgano el inicio de los procedimientos correspondientes para el otorgamiento de las concesiones de las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras bandas requeridas. Acusan que una vez aprobada la Agenda de Implementación en la Asamblea Legislativa, aún se requerían una serie de actos por parte del Poder Ejecutivo para que el CAFTA entrara en vigencia. Por esto, la Viceministra de Comercio Exterior remitió una nota al representante Comercial Adjunto para las Américas de la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos, fechada 22 de diciembre de 2008, de la cual se desprende el compromiso de Costa Rica en relación con la asignación de frecuencias. De esta manera, dado que, el 26 de enero de 2009 entró en funciones el Consejo de la SUTEL, el plazo máximo establecido en el transitorio V venció el 26 de abril de 2009. Además el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones fue firmado por el Presidente de la República el 3 de mayo anterior.

Argumentan los recurrentes que la omisión de los accionados vulnera los derechos fundamentales de los amparados, por lo que solicitan se declare con lugar el recurso y en consecuencia se declare lesiva a la Constitución Política, la mora del Poder Ejecutivo de no dictar el acto de inicio del proceso para el otorgamiento de concesiones de banda de frecuencia de telefonía celular.

**2.-**

Mediante resolución de las 13:21 horas de 7 de setiembre de 2009 se dio curso al proceso y se solicitó informes a las autoridades recurridas (ver folios 14).

**3.-**

Informa bajo juramento Rodrigo Arias Sánchez, en su condición de de Ministro de la Presidencia (folio 18). Indica que en el artículo 39 de la Ley No. 8606, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones se dispuso que el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones sea el rector en materia de telecomunicaciones. Por su parte, el numeral 12 de la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642, publicada en La Gaceta No. 125 de 6 de junio de 2008 se establece el procedimiento concursal a seguir para la concesión de frecuencias, para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, las cuales serán otorgadas por el Poder Ejecutivo, siendo la SUTEL la encargada de la instrucción de esos procedimientos. Ahora bien, respecto de la participación de la Presidencia de la República en los citados procedimientos, resalta que conforme al artículo 146 de la Constitución Política, para la validez, acuerdos, resoluciones y órdenes del Poder Ejecutivo se requiere la suscripción de manera conjunta. Afirma que la Presidencia de la República no ha incumplido, pues en los registros de la Presidencia o de la Dirección de Leyes y Decretos no existe a la fecha, ninguna propuesta en firme presentada por el MINAET, en cuanto a la orden de inicio de las citadas concesiones, lo cual es competencia de la citada cartera ministerial. Solicita que se desestime el recurso planteado.

**4.-**

Informa bajo juramento Jorge Rodríguez Quirós, en su condición de Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (folio 24). Reconoce como ciertos los hechos primero al décimo planteados por los recurrentes. Indica que, si bien, el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) establece un plazo máximo de tres meses contado desde la integración del Consejo de la SUTEL para gestionar ante ese órgano, el inicio de los procedimientos para el otorgamiento de las concesiones de las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras bandas requeridas, lo cierto es que para hacerlo, resulta necesaria la realización de un proceso de identificación de las bandas correspondientes. El Consejo de SUTEL, mediante la resolución No. RCS-005-2009 de las 16:00 horas de 20 de febrero de 2009, señaló que los concesionarios debían aportar la información determinado en el transitorio IV de la LGT y, además, estableció como fecha límite para su presentación el 26 de abril del año en curso. Lo anterior, debido a que ese Consejo fue integrado el 26 de enero de 2009, siendo que tres meses después vencería la fecha fijada por la SUTEL. Ahora bien, lo dispuesto en el mencionado transitorio IV contrasta con el transitorio V, en razón del idéntico plazo. Por lo anterior, era imposible para el MINAET girar la instrucción de inicio del procedimiento concursal antes de 26 de abril de 2009 en vista que a esa fecha, la SUTEL no había podido tener listo su informe, pues hasta ese día, los concesionarios tenían la posibilidad de presentar la información emanada del Transitorio IV de la LGT. La existencia y necesidad del informe de la SUTEL resulta por disposición de los artículos 22 y 23 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones que condiciona la decisión de inicio del procedimiento concursal respectivo a la emisión de ese criterio. Pero además, contiene un fundamento técnico porque para emitir cualquier decisión en ese sentido, es imperativo para el Poder Ejecutivo conocer la distribución y usos que se le están dando a las bandas y el estado en general del espectro electromagnético. Una vez analizada la importancia y necesidad del informe de SUTEL, el traslape de plazos, debe agregarse que el órgano técnico no contó con los insumos necesarios

para confeccionar ese instrumento, ya que, el operador incumbente (ICE) no entregó el informe que por ley estaba en la obligación de brindar. Ante esta situación y, dada la trascendencia para la totalidad del proceso concursal de la información que el ICE debía suministrar sobre las bandas que tenía a su favor, es que la Viceministra de Telecomunicaciones reiteró a esa institución su deber de rendir ante la SUTEL sin más dilación, el informe contenido en el transitorio IV de la LGT mediante oficios Nos. DVT-167-2009 de 4 de mayo de 2009 y el DVT-172-2009 de 5 de mayo de 2009, recibidos ambos en el ICE el 8 de mayo de 2009. Ante esas circunstancias, indica que a través de los oficios Nos. DM-741-09 y DVT-183-09 se le solicitó a la SUTEL, hacer el estudio técnico sobre el estado del espectro radioeléctrico para determinar la factibilidad del otorgamiento de concesiones de bandas de frecuencia. El 15 de mayo de 2009, mediante oficio No. 225-SUTEL-2009, la SUTEL remitió al MINAET el *“Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica”*, el cual versa sobre las bandas de frecuencia para servicios móviles, el estado actual del espectro radioeléctrico, el número óptimo de operadores en el mercado de telefonía móvil y la secuencia de entrega de operadores; siendo adicionado el 22 de mayo de 2009 mediante el oficio No.250-SUTEL-2009. Estos estudios del espectro del espectro radioeléctrico por parte de la Rectoría y del informe de SUTEL determinaron que las bandas apropiadas para otorgar en concesión las tiene asignadas el ICE y RACSA. Por lo expuesto, queda claro que el MINAET y la SUTEL se encontraron en medio de una antinomia entre normas (transitorios IV y V) de la misma jerarquía, dictadas al mismo tiempo con un mismo ámbito de aplicación y en el mismo territorio. Esto produjo la existencia de un vacío legal que el Ministerio y SUTEL integraron apegándose a lo dispuesto en las restantes normas y principios existentes dentro del ordenamiento jurídico, a pesar de las limitaciones que significa para ambas entidades el no contar en su totalidad con los insumos técnicos necesarios que debieron ser dados en plazo por el ICE, los que determinarían la factibilidad de otorgamiento de las concesiones de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. Lo que se tradujo en una limitante para la Rectoría de instruir a la SUTEL, de conformidad con el Transitorio V de la ley citada, dado que, fue hasta el 15 de mayo que se recibió el informe de SUTEL y su complemento el 22 de mayo, sin la información del Grupo ICE. En virtud de lo anterior, alega que resultaba irresponsable y contrario a los principios dispuestos en la LGT e incluso, atentaría en contra de los usuarios finales, dictar el inicio del procedimiento concursal sin tener el bien objeto de concesión. Indica que el mediante nota No. DM-1013 de 17 de junio de 2009 el Poder Ejecutivo solicitó al ICE, devolver las frecuencias indispensables para iniciar la apertura de las telecomunicaciones celulares conforme al artículo 10 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. Ante esta solicitud, mediante oficio No. 0012-2007-2009 de 27 de agosto de 2009, el ICE indicó que no se consideraba competente para reasignar o renunciar a frecuencias de manera unilateral y no admitió emplear el artículo 10 del Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones para ese efecto. Con posterioridad, por oficio No. OF-DVT-302-2009 de 27 de agosto de 2009, la Viceministra de Telecomunicaciones recomendó al MINAET, apartarse del informe técnico de la SUTEL, únicamente, respecto a la ocupación de la banda 850 MHz y, en consecuencia, mantener para el INCE, cuatro espacios de 2x5 MHz. Una vez más, el 02 de setiembre de 2009, a través del oficio No. DM-1572-2009, el MINAET solicitó al Consejo Director del ICE la suscripción de un acuerdo con el Poder Ejecutivo con fundamento en el artículo 22.2.d) de la LGT. Reconoce que el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones fue firmado por el Presidente de la República el 13 de mayo de 2009. Rechaza que el Gobierno de Costa Rica se encuentre en mora. En ese sentido, indica que se ha gestionado ante el ICE todo lo necesario para disponer de las bandas de frecuencia y dar inicio al concurso, institución que no se ha pronunciado por el fondo sobre la última petición planteada, ya que, el Consejo Directivo, únicamente, acordó por unanimidad dar por recibida la solicitud presentada por el Poder Ejecutivo y remitirla a la Administración y a la División Jurídica institucional para que brinde las recomendaciones correspondientes, lo cual le fue comunicado al MINAET a través del oficio

No. 0012-245-2009 de 11 de setiembre de 2009. En conclusión, rechaza que el Poder Ejecutivo atente contra el derecho de libre elección de los recurrentes, pues, si bien, se aprobó la legislación tendiente a permitir que nuevos operadores entraran al mercado de las telecomunicaciones, el artículo 121, inciso 14) de la Constitución Política dispone que los privados podrán explotar los servicios inalámbricos pero debe hacerse con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. Arguye que el legislador estableció un mismo momento de partida para contabilizar los plazos de situaciones diferentes. Por esto, solicita que se tome en cuenta el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones sino también el Transitorio IV, ya que, el Poder Ejecutivo requiere contar con todos los insumos necesarios para instruir a la SUTEL el inicio del procedimiento concursal. Insiste en el MINAET tiene claro el derecho de elegir y cambiar de proveedor de los usuarios finales según el artículo 45, inciso 2) de la Ley General de Telecomunicaciones pero debe respetarse el principio de transparencia y publicidad.

**5.-**

Mediante escrito dirigido a la Presidencia de la Sala, el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones solicitó la confidencialidad de varia de la documentación aportada dentro de la copia del expediente administrativo. En ese sentido, indica que como el Estado costarricense está en la fase de determinación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que serán ofrecidas en el concurso de licitación de telefonía móvil, no es legalmente posible hacer pública esa información (folio 34-35).

**6.-**

Por escrito recibido el 21 de setiembre de 2009, los recurrentes realizan manifestaciones adicionales (folio 37-52). Asimismo, refutan los términos en que fueron rendidos los informes por las autoridades accionadas.

**7.-**

Mediante resolución de Magistrado Instructor de las 14:48 horas de 30 de setiembre de 2009, se dispuso el desglose de un documento agregado a folios 260-284 de la copia certificada del expediente administrativo, toda vez que contenía información confidencial (folio 58).

**8.-**

Mediante escrito presentado el 05 de octubre de 2009, el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones amplía su informe (folio 60). Alega que los recurrentes intentan hacer valer la tesis de que la Administración, únicamente, ha presentado excusas ante el señalado retraso en el inicio del procedimiento concursal. Sin embargo, los recurrentes olvidan que el Poder Ejecutivo se encuentra sujeto al principio de legalidad, por lo que no se pueden aplicar normas cuando éstas entran en colusión con otras o bien, cuando su aplicación genera a su vez, el desconocimiento de los derechos de los administrados. Arguyen que los recurrentes insisten en invocar el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones, sin traer a colación el Transitorio IV del mismo cuerpo legal, con lo que se demuestra una intención de confundir a la Sala al hacer la relación jurídica de manea parcial, ya que, si bien es cierto, el Transitorio V establece un plazo también lo hace el Transitorio IV, el cual no se puede obviar, puesto que se violarían derechos de los administrados. Además, cuestionan los recurrentes las razones por las cuales la Rectoría no le requirió la respuesta al ICE mediante el dictado de un acto administrativo con la estipulación de un plazo definido para que respondiente dicha entidad descentralizada. Al respecto, señala que esa solicitud se hizo mediante los oficios Nos. DVT-167-2009 de 04 de mayo de 2009 y DVT-172-2009 de 5 de mayo de 2009, ambos recibidos en el ICE el 08 de mayo de 2009. Sin embargo, alega que esa Rectoría no podía estipular un plazo más allá al establecido en el Transitorio IV, ya que, estaría violentando el principio de legalidad. Finalmente, los recurrentes alegaron que lo que debería aplicarse es el artículo 21 de la Ley General de Telecomunicaciones. Sobre este aspecto, reconocen que si bien ese artículo establece el tema de la reasignación de frecuencias, una vez más, obvian los recurrentes la existencia de otra norma importante y, en ese sentido, el apartado c) del inciso

2), del artículo 22 de LGT que establece que las concesiones se extinguen por el acuerdo mutuo de la administración concedente y el concesionario y ésta es precisamente la norma que está aplicando la Rectoría, ya que, como se demostró en el escrito de respuesta al amparo, se están haciendo las diligencias necesarias para lograr dicho acuerdo. Los concesionarios no son quienes para indicar cual es el procedimiento a aplicar para la recuperación de las bandas en manos del operador incumbente, ya que, paralelo a los intereses de los usuarios y los administrados en general, ya que hacer un equilibrio y respetar, además, el interés público y la institucionalidad del ICE. Solicita que se desestime el recurso planteado.

**9.-**

Mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2009, los recurrentes realizan manifestaciones adicionales en torno a los hechos objeto de este recurso (folio 64). En la versión digital del periódico La Nación se publicó una nota titulada "*Estado indemnizará al ICE con \$7 millones por ceder frecuencias*". En esa nota se indica que el Estado indemnizará al ICE por la devolución de bandas de frecuencias que, actualmente, son utilizadas por la red de telefonía TDMA. Los rangos de frecuencias que el ICE entregará van de 1730 a 1805 MHz; 1825 a 1920 MHz; 1935 a 1990 MHz y de 2125 a 2170 MHz. Esa noticia gran incidencia en el expediente de mérito, por lo que solicitan a esta Sala que se le requiera al ICE y al Poder Ejecutivo, copia de ese acuerdo así como de las actas en las cuales el asunto fue discutido, para que se evalúe la legalidad y la legitimidad de los acuerdos. Dada la naturaleza del acuerdo y la importancia que entraña para el asunto que aquí se discute, solicitan a esta Sala que se haga un análisis de la legalidad del mismo.

**10.-**

Por escrito presentado el 05 de febrero de 2010, el Ministro de Energía, Ambiente y Telecomunicaciones presenta prueba para mejor resolver. Indica que mediante Decreto Ejecutivo No.35646-MP-MINAET, publicado en el Alcance No.51 en La Gaceta No.248 de 22 de diciembre de 2009, por el cual el Poder Ejecutivo instruyó a la Superintendencia de Telecomunicaciones para que el inicie el procedimiento concursal público para el otorgamiento de bandas de espectro radioeléctrico dispuesto por los artículos 11 siguientes y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones. Esa instrucción fue posible una vez que se firmara con el ICE un acuerdo mutuo a tenor del numeral 22, inciso 2), de la Ley General de Telecomunicaciones por medio del cual se extinguieron las concesiones de las frecuencias objeto del concurso. Solicita la desestimación del recurso planteado.

**11.-**

Mediante resolución de Magistrado Instructor de las 14:50 horas de 22 de marzo de 2010 (folio 71) se tuvo como recurrido al Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones y al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad. Asimismo, se solicitó ampliación del informe al Ministro de Ambiente Energía y Telecomunicaciones.

**12.-**

Informa George Miles Rojas, en su condición de Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (folio 75). Alega que es un hecho notorio que la Ley General de las Telecomunicaciones No.8642 se aprobó el 4 de junio de 2008 y entró en vigencia el 30 de junio de ese mismo año y que esa ley es consecuencia de los compromisos asumidos por Costa Rica con el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana y los Estados Unidos. Es cierto que el Transitorio V establece el plazo máximo de tres meses, contado a partir de la integración del Consejo de la SUTEL, para que el Poder Ejecutivo gestione ante la SUTEL el inicio de los procedimientos correspondientes para el otorgamiento de las concesiones de las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras bandas requeridas. Consta la existencia de una carta de 22 de diciembre de 2008, la cual confirma el compromiso adquirido por Costa Rica en el referido tratado y expresa que el inicio del cumplimiento de esa obligación se llevará a

cabo mediante los estudios que debe realizar la SUTEL así como la iniciación formal del concurso público según corresponda. Asegura que la SUTEL quedó, definitivamente, integrada bajo juramento el 26 de enero de 2009 y, por consiguiente, el plazo mencionado ya transcurrió. Desconoce cuando el Presidente de la República firmó el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones pero esa Superintendencia le fue comunicado el 15 de mayo de 2009, fecha en la que se dio a conocer, ese plan. El 20 de febrero de 2009, mediante la resolución No. RCS-005-2009 la Superintendencia indicó que, de conformidad con el Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, los concesionarios debían aportar la información determinada en ese Transitorio a más tardar el 26 de abril de 2009. El Instituto Costarricense de Electricidad no entregó esa información en la fecha indicada, por lo que el MINAET, por oficios Nos. DVT-167-2009 y DVT-172-2009 de 4 y 5 de mayo de 2009, respectivamente, solicitó y reiteró al ICE su deber de rendir ese informe ante la SUTEL. El 08 de mayo de 2009, mediante los oficios Nos. SM-741-09- y DVT-183-09 del Ministro y la Viceministra de Telecomunicaciones se solicitó a esa Superintendencia, iniciar los estudios necesarios para determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de concesiones de bandas de frecuencia. En esa fecha, el Poder Ejecutivo, formalmente, gestionó por primera vez ante la SUTEL, iniciar los procedimientos correspondientes para el otorgamiento de las concesiones de bandas de frecuencias para servicios como la telefonía móvil celular. Este primer procedimiento tiene como objetivo, determinar la necesidad y factibilidad de las concesiones, sin el cual no puede hacer concurso. Luego y solo si, existen los motivos necesarios y suficientes, como la existencia de bandas y las condiciones de mercado, sería viable otro procedimiento como es el concurso público. El 15 de mayo de 2009, mediante oficio No.225-SUTEL-2009, esa Superintendencia remitió al MINAET el "Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica", el cual fue adicionado el 22 de mayo de 2009 mediante oficio No. 250-SUTEL-2009. En ese informe se indicó que debía ordenarse al operador incumbente, el reacomodo y reordenamiento de sus redes con la finalidad que sea el Estado el que pueda disponer de ese recurso de tal forma que se asegure que las posibilidades de competencia en el mercado de las telecomunicaciones móviles, así como, ordenar a ese operador el reordenamiento y reutilización de frecuencias utilizadas para enlaces punto a punto, que permitan un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico. Los estudios realizados por la Rectoría y del Informe de la SUTEL determinaron que las bandas apropiadas para otorgar concesión las tiene asignadas el ICE y RACSA. Teniendo estas dos instituciones las bandas de frecuencias útiles para otorgar en concesión, se debía primero, liberar estas bandas antes de proceder con el concurso público. Por esto, el Poder Ejecutivo y el ICE entraron en negociaciones para liberar las bandas respectivas. El 17 de junio de 2009 el Poder Ejecutivo solicitó al ICE, devolver las frecuencias indispensables para iniciar el procedimiento de concurso público pertinente para el servicio de telefonía móvil celular, siendo que el 27 de agosto de 2009, el ICE señaló que no era de su competencia reasignar o renunciar a frecuencias de forma unilateral. El 18 de diciembre de 2009, el Poder Ejecutivo y el ICE suscribieron un convenio denominado "Acuerdo Mutuo de Extinción de Concesiones", con lo cual se resolvió la situación descrita en cuanto a las bandas de frecuencia para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, no así, para las frecuencias de enlaces de microondas, tal y como esa Superintendencia lo había recomendado. Señala que, mediante el Decreto Ejecutivo No.35646-MP-MINAET, publicado en el Alcance No.51 en La Gaceta No.248 de 22 de diciembre de 2009, el Poder Ejecutivo instruyó a la Superintendencia de Telecomunicaciones a fin que inicie el procedimiento concursal público para el otorgamiento de bandas de espectro radioeléctrico dispuesto por los artículos 11 siguientes y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones. Agrega que el 13 de enero de 2010, mediante oficio No. 45 SUTEL, la Superintendencia de Telecomunicaciones le indicó al Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones que para continuar con el concurso público era necesario contar con los enlaces de microondas con la operación de las redes y la prestación de los servicios de

telefonía móvil. Alega que el MINAET está en proceso de resolver el tema de los recursos asociados (enlaces de microondas) y una vez resuelto, esa Superintendencia continuará el procedimiento de concurso público y publicará el cartel respectivo. Señala que aunque el cartel no ha sido publicado, éste ha estado finalizado desde antes de la publicación del Decreto Ejecutivo No.35646-MP-MINAET. Sin embargo, por la ausencia de una solución técnica por parte del Poder Ejecutivo en el tema de las frecuencias de microondas, la Superintendencia de Telecomunicaciones no ha estado en la capacidad de publicarlo. Apunta que ya inició el concurso público para el otorgamiento de la concesión de las bandas de frecuencia de telefonía celular. Los procedimientos a los que se refiere el Transitorio V son los siguientes: El Poder Ejecutivo debió —así lo hizo— gestionar el inicio del procedimiento para determinar la necesidad y factibilidad de la concesión, lo cual sucedió el 8 de mayo de 2009 y ese mismo Poder, una vez acreditada la necesidad y factibilidad, debía dar inicio al procedimiento de concurso público, lo cual hizo el 22 de diciembre de 2009. Arguye que de conformidad con el Transitorio V de la Ley de Telecomunicaciones, el Poder Ejecutivo gestionó ante la SUTEL en tiempo y forma, el inicio del procedimiento respectivo mediante la solicitud de los estudios necesarios para determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de las concesiones que correspondieran según el caso. Argumenta que el vocablo “gestionará” utilizado en el Transitorio V, no se limita al concurso público sino que también incluye el procedimiento cuyo objeto es la determinación de la necesidad y factibilidad de la concesión que permitiría hablar de la existencia de un eventual proceso de concurso público. Argumenta que, de conformidad con la Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento, un procedimiento de concurso público no inicia con el cartel. El cartel es una etapa más dentro del procedimiento que debe realizar una determinada Administración Pública. Igual de importante resulta la identificación de las necesidades públicas que se pretenden satisfacer y las opciones de satisfacerlas. Por esto, es que el reglamento a la Ley de Contratación Administrativa señala que *“la decisión inicial”* da inicio al procedimiento de contratación. En ese orden, argumenta que la solicitud formal de los estudios para determinar la necesidad de las concesiones de frecuencia, así como su realización y ampliaciones son actuaciones previas pero que forman parte del acto final de la orden de inicio o de la decisión inicial. Por esta razón, desde un punto de vista material, en esencia, el procedimiento —como compromiso asumido en el TLC o en el Transitorio V— dio inicio con la solicitud de realizar estos estudios, la realización de los mismos y finalmente, el acto final mediante el cual, el Poder Ejecutivo determina la procedencia o no de una concesión que otorgar. Luego giraría la instrucción necesaria a esa Superintendencia para instruir el concurso público en cuestión. Añade que el legislador estableció un plazo de tres meses de la integración del Consejo para que los concesionarios entregaran un informe al Poder Ejecutivo a fin que éste conociera la situación actual del espectro y tomara las medidas necesarias para dar cumplimiento al nuevo ordenamiento jurídico. Lo relevante es que este mismo plazo coincide con el de tres meses del Transitorio V, para que el Poder Ejecutivo diera inicio a las gestiones ante la SUTEL para el otorgamiento de las bandas de frecuencias necesarias para servicios como el de telefonía móvil celular. Por tanto, en su criterio, en el Transitorio V, el legislador no estaba pensando, únicamente, en el inicio del concurso público sino también en la gestión de otros procedimientos como el de los estudios necesarios para determinar la necesidad y factibilidad de la concesión. Ambos transitorios son consistentes pues el Poder Ejecutivo, al gestionar ante la SUTEL, el inicio de dichos estudios, ese órgano técnico ya contaría con los informes remitidos por los concesionarios. Argumenta que el Poder Ejecutivo y esa Superintendencia han hecho esfuerzos para cumplir los plazos establecidos y, a su vez, cumplir eficiente y eficazmente las atribuciones encomendadas. Solicita la desestimación del recurso.

### **13.-**

Rinde informe Jorge Rodríguez Quirós, en su calidad de Ministro de Ambiente Energía y Telecomunicaciones (folio 103). Mediante oficio No. DM-2318-2009, recibido en la

Superintendencia de Telecomunicaciones el 4 de enero de 2010, esa Rectoría remitió a ese órgano los *"Lineamientos técnicos adicionales del Ministro Rector en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 del decreto ejecutivo N° DE-35646-2009-MP-MINAET"*, a fin que dicho órgano técnico los considere en razón de lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Alega que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 *in fine* de la Ley General de Telecomunicaciones No.8642 se dispone que es la SUTEL el órgano encargado de la instrucción del procedimiento concursal. Asimismo, el artículo 23 del Reglamento a esa Ley dispone que como resorte del Poder Ejecutivo, emitir la decisión de inicio del procedimiento concursal respectivo, que trasladará a la SUTEL para que lo instruya. Esto ocurrió con la publicación del Decreto Ejecutivo No. 35646-MP-MINAE el 22 de diciembre de 2009 y con la remisión del citado oficio No. DM-2318-2009 el 4 de enero del presente año. En estricto apego al principio de legalidad, la instrucción del procedimiento es competencia de SUTEL, quien, según lo contenido en el párrafo segundo, artículo 16, de la Ley General de Telecomunicaciones, recomendará al Poder Ejecutivo si la adjudicación procede o no, el cual, con fundamento a lo establecido en el artículo 12 de la misma ley, procederá a otorgar la respectiva concesión. Así las cosas, alega que del anterior cuadro fáctico se infiere que el Poder Ejecutivo ha cumplido con los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y volverá a tomar parte en el procedimiento una vez que SUTEL haya emitido la respectiva recomendación. Tomando en cuenta que SUTEL es un órgano técnico con desconcentración máxima adscrito a un ente autónomo —Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos—, el Poder Ejecutivo en respeto al principio de autonomía, que consagra para estas instituciones el artículo 188 de la Constitución Política, se abstrae de intervenir en el desarrollo de esta fase del procedimiento concursal que es entera competencia del órgano regulador. Lo anterior sin detrimento de las funciones otorgadas a la Rectoría del Sector en el inciso c), artículo 39, de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones No. 8660, en cuanto a velar porque las políticas públicas del sector sean ejecutadas por las entidades públicas y privadas que participan en el mismo. Solicita que se desestime el recurso planteado.

#### **14.-**

Rinde informe José Abraham Madrigal Saborío, en su condición de Gerente General con facultades de Apoderado General sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad. Cita lo manifestado por el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. Sobre lo anterior, precisa que el cómputo del plazo de los tres meses iniciaría a partir de la integración del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones y no de la integración del Consejo de SUTEL. Tal interpretación del Poder Ejecutivo de un transitorio legal, provoca —según su criterio— una distorsión del verdadero espíritu de la ley y, consecuentemente, que se traslapen los plazos contenidos en los transitorios IV y V de la LGT, tal y como ha sido ampliamente explicado en los diferentes escritos de los recurrentes. El "Consejo Sectorial de Telecomunicaciones", a que hace mención el Transitorio IV, no fue creado por norma legal alguna, y no existe disposición normativa que le otorgue existencia orgánica dentro de ministerio o institución autónoma alguna, ni competencias, presupuesto, personal, etc. En virtud de lo anterior, se considera que dicho transitorio adolece de un vacío legal por hacer referencia a un órgano que no existe en ninguna parte del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, constituye un gazapo de ley que, solamente, puede ser corregido por norma de igual rango, para mayor claridad, por medio de otra ley. En ese sentido, únicamente, la Asamblea Legislativa —en el ejercicio de su potestad constitucional de emitir, derogar e interpretar las leyes— es competente para subsanar el error cometido. No obstante lo anterior, el Poder Ejecutivo excediendo su potestad reglamentaria, interpreta los alcances del Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, al establecerse en el inciso 18), del artículo 5, del Decreto Ejecutivo No. 34765-MINAET, publicado en la Gaceta No. 186 del 26 de setiembre de 2008, lo siguiente: *"Artículo 5.- Definiciones: 8) Consejo Sectorial de Telecomunicaciones: Para los efectos del transitorio IV de*

*la Ley General de Telecomunicaciones, deberá entenderse Consejo Sectorial de Telecomunicaciones por Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. (El destacado no es del original)*". En su criterio, la corrección realizada constituye una evidente extralimitación de las potestades de reglamentación que ostenta el Poder Ejecutivo y, también un flagrante menoscabo a las competencias constitucionales de emisión, derogación e interpretación de las leyes atribuida a la Asamblea Legislativa. Rechaza lo alegado por el Ministro de Ambiente Energía y Telecomunicaciones, en cuanto a que el ICE incumplió sus obligaciones legales, puesto que su representado entregó en tiempo y forma, el informe requerido, según consta en el documento No. 0060-0103-2009, el cual se aporta como anexo al presente informe. Aduce que ese Ministro insinuó que por culpa del ICE, fue imposible para el Ejecutivo el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Transitorio V de la LGT, dentro los plazos legales establecidos. Sin embargo, esa misma autoridad reconoció que al existir plazos idénticos en los transitorios IV y V, ambos de la LGT, era imposible el cumplimiento de tales obligaciones legales, por encontrarse ante una antinomia entre normas de igual rango, circunstancia de la cual, considera no puede ser responsable el ICE. Aduce que una correcta interpretación del Transitorio IV de la LGT, sería dimensionarla en los pasos lógicos de proceso de adecuación como el que plantea la norma, a saber, en una primera fase, la obligación de los concesionarios estaba limitada a rendir un informe respecto de las frecuencias a su favor y la utilización que se daban a las mismas; en una segunda fase, la obligación consistiría en la devolución de aquellas frecuencias que, a criterio del Poder Ejecutivo, (fundamentado, claro está, en el informe rendido por la SUTEL, del estado, utilización y disponibilidad de las frecuencias) deban ser objeto de reasignación conforme las disposiciones contenidas en el artículo 21, mismo cuerpo normativo. Alega que, de acuerdo con el artículo 21 de la LGT, se le exige al Poder Ejecutivo, la aplicación de varios procedimientos, valoraciones y estudios, que lleven a procedimiento de adecuación de frecuencias, con pleno respeto a los derechos de los concesionarios (lo cual, aduce, no es otra cosa que la aplicación del debido proceso y la instrucción de las formalidades contenidas en el procedimiento ordinario que se regula en la Ley General de la Administración Pública, en sus artículos 308 en adelante, incluida la audiencia oral y privada, como requisito de validez). Lo anterior, evidencia que el informe emitido por el MINAET, no se ajusta a la realidad de los hechos, y trata de imputarle responsabilidades por incumplimientos del Ejecutivo de sus obligaciones legales. Añade que el Ejecutivo pretende confundir a la Sala Constitucional, en perjuicio del ICE, cuando afirma en su informe, que mediante nota No. DM-1013, de fecha 17 de febrero de 2009, se le había solicitado al ICE la devolución de las frecuencias indispensables para iniciar el proceso de apertura de las telecomunicaciones, conforme las disposiciones contenidas en el artículo 10 del Reglamento a la LGT. Sin embargo, obvió que, conforme se dispone el artículo 21 de la LGT, el Poder Ejecutivo tenía que haber llevado a cabo un procedimiento, conforme a las reglas del debido proceso y definirle a los operadores concesionarios, cuáles frecuencias debía devolver, indicando la causal establecida en la ley. Así, debería ordenar la devolución y si conforme a la ley se requería indemnización o no, todo ello en respecto a los derechos de los concesionarios, establecidos en la normativa de cita. Por último, de acuerdo con el artículo 22.2.d) de la LGT, es voluntario que las partes dispongan los mecanismos adecuados, plazos y condiciones en los cuales se llevará el acuerdo y la correspondiente extinción de las frecuencias sometidas al acuerdo. Considera que la causal (contenida en el artículo 22.2.d), propuesta por el Poder Ejecutivo al ICE, es el medio legal válido que le permite a las partes entrar en un proceso de negociación, donde pueden definir, dentro del ámbito de la legalidad, las frecuencias que serán objeto de negociación, los procedimientos de transición, así como sus plazos, considerando que están frecuencias concesionadas a mi representado, se encuentran en operación, soportando redes inalámbricas, mediante las cuales se prestan servicios de telecomunicaciones a nuestros clientes, lo que requiere llevar a cabo un proceso de migración, que lleva tiempo e inversión. Señala que los

procesos migratorios hacia otras redes inalámbricas, los obliga a realizar inversiones y planificación de traslado de clientes, de forma que durante el proceso sufran de una afectación mínima, de ahí que, al tratarse de una iniciativa del Ejecutivo de rescatar frecuencias para la apertura de las redes celulares, se debe discutir el tema de la indemnización, como efectivamente, se hizo durante el proceso de negociación. Considera necesario que se dimensionen las acciones y obligaciones legales que contienen los transitorios IV y V de la Ley General de Telecomunicaciones y las diferentes etapas en que cada obligación debe ser cumplida y por quien. Arguye que el ICE carece de responsabilidad sobre los hechos que se le imputan por parte del MINAET, así como tampoco se le puede imputar si existe o no, una antinomia entre la redacción de los transitorios de referencia, y si los plazos legales fueron o no suficientes para el cumplimiento de las obligaciones que estaban llamados a realizar los diferentes agentes del mercado. Reclama que, al rendir el informe sobre las frecuencias concesionadas a favor del ICE, aún cuando no se ha esclarecido aún la discusión legal sobre la verdadera naturaleza del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones y si este puede ser sustituido por el Consejo de SUTEL con la sola interpretación en un reglamento ejecutivo. La resolución de esta discusión será de suma importancia para determinar si existieron incumplimientos por parte de los concesionarios, así como la delimitación de las competencias de los entes para ejercer los derechos y obligaciones derivados de la ley. Solicita que el presente recurso sea declarado sin lugar.

**15.-**

Pedro Pablo Quirós Cortés, en su condición de Presidente Ejecutivo con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad rinde informe bajo juramento (folio 152). En ese sentido, aduce que ratifica en todos sus extremos el informe rendido ante la Sala Constitucional por el Gerente General con facultades de Apoderado General sin límite de suma de ese instituto. Solicita que el presente recurso sea declarado sin lugar en todos sus extremos a favor del ICE, toda vez, que ese ente no puede ser responsabilizado por los atrasos experimentados en la apertura del sector de telecomunicaciones.

**16.-**

Mediante escrito presentado el 06 de mayo de 2010 (folio 154), el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones se refiere a las manifestaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones y el Instituto Costarricense de Electricidad. En cuanto a las manifestaciones del Instituto Costarricense de Electricidad, respecto del Consejo Sectorial, señala que el texto original o base de la que hoy es la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, No. 8660 del 8 de agosto de 2008, tramitado bajo el expediente No. 16.397, analizado y dictaminado en la Comisión No. 16524, no pretendió, en ningún momento, la creación de un Consejo Sectorial de Telecomunicaciones. En relación con la Rectoría y Poder Ejecutivo no se les otorgaba entre sus funciones hacer la entrega de las concesiones. Según este texto, el ente facultado para otorgar las concesiones era la Junta Directiva de ARESEP a quien se le asignaban los siguientes deberes y atribuciones: *"1) Otorgar, revocar, prorrogar y declarar la caducidad y extinción de las concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieren para la operación y explotación de las redes públicas de telecomunicaciones, previo dictamen técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Para apartarse de dicho dictamen, deberá motivar su resolución."* Asimismo, el artículo 12 del texto base de la Ley General de Telecomunicaciones, establecía que la entrega de las concesiones era resorte de la Junta Directiva de ARESEP (Por economía procesal, y de conformidad con la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos N° 8220, ver fotocopia certificada del folio 39 del expediente legislativo de la Ley General de Telecomunicaciones N° 8642, aportada como prueba documental para el Informe del Recurso de Amparo Expediente No. 09- 015421-0007-CO). Anudado al artículo 28, inciso a), del proyecto de Fortalecimiento de las Entidades Públicas del

Sector Telecomunicaciones, que proponía reformar el artículo 53 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593, del 9 de agosto de 1996. Siendo que al proponerse SUTEL como un órgano de ARESEP, entre las funciones de su Consejo se establecía la siguiente: *"Artículo 73... 9.- Rendir un dictamen técnico a la Junta Directiva de Aresep en relación con el otorgamiento, cesión, prórroga, caducidad y extinción de las concesiones que se requieran para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones."* Hace notar que en esta etapa del proyecto de ley, estaban muy bien definidas y delimitadas las funciones de cada uno de los entes y órganos mencionados, a saber: Junta Directiva de ARESEP, entregaba las concesiones; el Consejo de SUTEL, hacer la recomendación técnica al ente que entregaba las concesiones mientras que el Poder Ejecutivo, no tenía función alguna en este proceso. Por medio del dictamen afirmativo de mayoría de la Comisión que estudió el proyecto No. 16.397 del 20 de junio de 2007, los Diputados tomaron la decisión de darle la responsabilidad al Poder Ejecutivo de otorgar las concesiones de explotación del espectro radioeléctrico. Adicionaron como función de la Rectoría el *"considerar el criterio del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones, al momento de resolver la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y contratación de las concesiones de las frecuencias del espectro radioeléctrico"*. Este fue el momento procesal dentro de la Comisión Dictaminadora en la Asamblea Legislativa en el que se incluyó en el texto en discusión el Consejo Sectorial de Telecomunicaciones como un órgano de desconcentración máxima del MINAET; el cual se proponía estuviera integrado por el Ministro del Ambiente y Energía, quien lo presidiría; el de Ciencia y Tecnología, el de Planificación y dos miembros designados por el Consejo de Gobierno cada dos años, apoyados por una Secretaría Técnica. En este sentido, la exposición de motivos de dicho dictamen reza taxativamente: *"Para recomendar técnicamente las concesiones del espectro radioeléctrico al Poder Ejecutivo, en este texto de ley, se crea el Consejo Sectorial de las Telecomunicaciones"*. Recalca que entre las funciones del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones se encontraban: *"a- Recomendar al Poder Ejecutivo la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y contratos de las concesiones de las frecuencias del espectro radioeléctrico. b- Otorgar las autorizaciones o permisos para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones que no requieran espectro radioeléctrico así como para la prestación de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones. De igual manera le corresponderá resolver la extinción, caducidad o revocación de dichas autorizaciones o permisos."* Señala que en la reforma al artículo 53 de la Ley de ARESEP que propone el artículo 46 del Dictamen, se eliminó de las funciones de la Junta Directiva de ARESEP el otorgamiento de las concesiones. Asimismo, en la propuesta de una adición de un nuevo artículo 73 a la Ley de ARESEP, se determinó que parte de las funciones del Consejo de SUTEL sería: *"8. Rendir los dictámenes técnicos que le solicite el Ministro Rector, en relación con el otorgamiento, cesión, prórroga, caducidad y extinción de las concesiones que se requieran para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, así como cualquier otro que la ley indique."* Debe resaltarse que en este Dictamen Afirmativo de Mayoría se redistribuyen las funciones, siendo que ahora a la Rectoría le corresponde considerar el informe técnico sobre la entrega de concesiones; al Consejo de la SUTEL elaborar dicho criterio, mientras que a la Junta Directiva de ARESEP se le excluyó del procedimiento. Aunado a lo anterior, el dictamen afirmativo de Mayoría de la Comisión que analizó el proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, estableció en su artículo 12 que era resorte del Poder Ejecutivo otorgar las concesiones; reformando ese mismo artículo contenido en el texto base de discusión del proyecto de Ley General de Telecomunicaciones. Finalmente, se indica que la moción 1-59 que incorpora al Consejo Sectorial de Telecomunicaciones al texto del proyecto de Ley, fue aprobada el día 6 de junio de 2007, en la sesión ordinaria No. 55 de la Comisión dictaminadora. Para justificar la aprobación de dicha moción la diputada Xinia Nicolás Alvarado, en la página 17 de la respectiva acta,

indicó que la creación del Consejo "se justifica en que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos no puede dar las concesiones del espectro electromagnético regulado por el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política." Ahora bien, la eliminación en el texto del Consejo Sectorial se debe a la moción No. 25-68 (768), aprobada el 8 de diciembre de 2007 y que consta en el acta No. 68 de la Comisión Dictaminadora del Proyecto de Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones y que para lo que interesa establece lo siguiente: "3. Para que se elimine del proyecto de ley lo siguiente y se corra la numeración: a.- Del Capítulo 11 Consejo Sectorial de Telecomunicaciones..." Situación que se mantuvo en el proyecto de Ley hasta su votación final en el Plenario Legislativo. Al eliminarse el Consejo Sectorial de Telecomunicaciones, sus funciones primordiales (recomendar al Poder Ejecutivo la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y contratos de las concesiones de las frecuencias del espectro radioeléctrico; y otorgar las autorizaciones o permisos para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones que no requieran espectro radioeléctrico) fueron trasladadas de nuevo a SUTEL, tal y como consta en la Ley vigente. Por lo cual el Consejo Sectorial de Telecomunicaciones nunca fue creado por disposición legislativa. Pese a lo anterior, el texto del Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 (LGT) nunca fue modificado en razón de la eliminación del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones, constituyendo un error material presente en la Ley hoy vigente, puesto que ninguna de las dos leyes crean dicho órgano. En relación a la potestad reglamentaria que tiene el Poder Ejecutivo, el ICE manifiesta: "(...) el Poder Ejecutivo excediendo su potestad reglamentaria, interpreta los alcances del Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, al establecerse en el inciso 18 del artículo 5, del Decreto Ejecutivo No. 34765-MINAET (...) "Artículo S.-Definiciones 8) Consejo Sectorial de Telecomunicaciones: Para los efectos del transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, deberá entenderse Consejo Sectorial de Telecomunicaciones por Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. [El destacado no es del original) La corrección realizada constituye en consecuencia una evidente extralimitado!! de las potestades de reglamentación que ostenta el Poder ejecutivo y, también un flagrante menoscabo a las competencias constitucionales de emisión, derogación e interpretación de las leyes atribuida a la Asamblea Legislativa." En razón del resabio existente en el transitorio IV y, dada la claridad de las funciones otorgadas a SUTEL, es que el Poder Ejecutivo, al momento de reglamentar la LGT vino a desarrollar, interpretativamente, las normas legales al establecer en el artículo 5 de dicho Reglamento un desarrollo interpretativo en apego absoluto a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP). Precisamente, el Poder Ejecutivo, previendo y garantizando la realización del fin público al cual la LGT se dirige, y en respeto al establecimiento de la SUTEL como órgano regulador de este sector, desarrolló interpretativamente la norma tutelando que las facultades otorgadas a este órgano contralor no se vieran disminuidas y, con ello, afectara no solamente a operadores sino incluso a los usuarios finales y al administrado en general. Véase que incluso el inciso 2, del referido artículo 10 manda a que este desarrollo interpretativo de la ley se haya hecho tomando en cuenta las normas conexas. De manera que, no cabía otra opción que hacer conteste el contenido de las normas de fondo dispuestas en la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones con el transitorio de la Ley General de Telecomunicaciones para una adecuada aplicación de las mismas. Así las cosas, en su criterio, resulta claro y evidente que la interpretación ofrecida por el ICE parte de una hipótesis claramente errada, por lo que, en ningún momento, se ha "distorsionado el espíritu de la ley" por parte del Poder Ejecutivo como lo manifiesta el ICE, sino que al contrario se ha mantenido y resguardado en la aplicación de la ley. En cuanto a la interpretación del transitorio IV de la LGT y el artículo 5, inciso 8), del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones N° 34765-MINAET (RLGT), el Poder Ejecutivo, en ningún momento, ha excedido su potestad reglamentaria, puesto que, si el ICE hubiera realizado una adecuada interpretación del

derecho, tal y como lo manda el artículo 10 de la LGAP supra citado, hubiera llegado a concluir que ambas normas deben necesariamente aplicarse de forma conjunta, por cuanto es su suma y no su resta la que da sustento al Sector de Telecomunicaciones vigente. Por lo que la afirmación que hace el ICE que hay un *"...flagrante menoscabo a las competencias constitucionales de emisión, derogación e interpretación de las leyes..."* resulta ser sin sustento ni de derecho ni de hecho, por ende, falaz. En cuanto al incumplimiento del ICE respecto a lo dispuesto en el Transitorio IV, señala que, no puede esa entidad, tal y como trata de hacerlo ver en el oficio No. 0060-0103-2009 de 27 de abril de 2009, obviar o eximirse de presentar el informe respectivo sobre las bandas de frecuencias que tenía asignadas dentro del plazo de tres meses indicado en el Transitorio IV ante el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en los términos señalados, puesto que el informe presentado no corresponde a su obligación. Dicho oficio, el ICE lo dirige al señor Ministro del MINAET, lo cual se hace en los casos de procedimiento para adecuación de títulos habilitantes, y no al Consejo de SUTEL, como lo establece la norma legal, para el caso de la apertura. Asimismo, se puede observar que el ICE relaciona la adecuación de títulos habilitantes y el concurso público (apertura) como si fueran el mismo procedimiento, siendo que ambos poseen naturalezas jurídicas diferentes y por lo tanto son independientes entre sí. Indica que el procedimiento de adecuación de títulos habilitantes busca que los concesionarios que hayan adquirido su derecho antes del 30 de junio de 2008, fecha en que entró en vigencia la LGT, se ajusten a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente. Dicho procedimiento encuentra su sustento en lo dispuesto por el principio de neutralidad tecnológica en la ley de marras. Por el mismo, el Estado tiene la obligación de hacer un uso eficiente del espectro radioeléctrico, por lo que en la era de la convergencia tecnológica corresponde otorgar a los concesionarios de las frecuencias radioeléctricas la posibilidad de explotarlas de la mejor manera, promoviendo su uso eficiente, la innovación tecnológica, la concurrencia de más actores al mercado y la puesta a disposición al público servicios de telecomunicaciones, todo lo cual debe contribuir al desarrollo integral del Sector. La entrada en vigencia de la LGT, implicó el inicio de la aplicación del principio de convergencia en la administración del espectro radioeléctrico. Lo cual propició un cambio de paradigma respecto de los procesos para el otorgamiento de concesiones de frecuencias en el sector. Efectivamente, el inciso 8), del artículo 6 de la LGT textualmente define convergencia como: *"8) Convergencia: posibilidad de ofrecer a través de una misma red diversos servicios, simultáneos o no, de telecomunicaciones, información, radiodifusión o aplicaciones informáticas."* Este concepto permea toda gestión dentro del Sector Telecomunicaciones, y en particular, en la administración del espectro, en el tanto que, modernamente, lo que se busca es que el usuario final posea conectividad total mediante un aparato terminal en el cual reciba múltiples servicios de su operador o proveedor. Ello implica que la ley actualmente determina que: *"una concesión habilita a los operadores a proveer la variedad y la cantidad de productos, servicios y aplicaciones que la tecnología puede brindar y que los clientes o usuarios requieran."* Precisamente, es en razón de lo anterior que el poseer un título habilitante implica, a su vez, tener asignada una frecuencia para el uso y explotación de la misma, con independencia de los servicios, puesto que el ser titular de ésta conlleva estar autorizado para brindar todos los servicios que con ella pueda prestar, según se lo permita el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias y su tecnología. De esta forma es regulado en la LGT. Puntualmente, en el caso del procedimiento de concesión, su artículo 11, además de otros aspectos accesorios, determina concretamente: Que el título habilitante otorga el uso y explotación de las "frecuencias" del espectro radioeléctrico", y, Que, tratándose de redes públicas de telecomunicaciones disponibles al público, *"la concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público."* Es decir, dentro del ordenamiento jurídico costarricense la concesión regulada por la LGT recae sobre la asignación de "frecuencias", no así de "servicios", puesto que al otorgarse el uso y explotación de las mismas, de manera inherente, puede el titular ofrecer "todos" los servicios que, en su

frecuencia, se encuentra autorizado. Por lo anterior, es que el artículo 27 de la citada LGT dispone que cuando el poseedor de un título habilitante sobre una frecuencia decide dar "nuevos servicios" (entiéndase como otros distintos a los que ya daba] debe "simplemente" informar a SUTEL para que esa entidad anote en el registro correspondiente este hecho. De manera que, para competir efectivamente, las empresas a las que el Poder Ejecutivo les otorgó concesiones o permisos de uso antes de la entrada en vigencia de la LGT, deben proceder a adecuar sus títulos habilitantes, conforme a las regulaciones emanadas del marco jurídico vigente en materia de telecomunicaciones. Esta adecuación de títulos está regulada en el transitorio IV, párrafo primero, de la LGT citada que establece la facultad del Poder Ejecutivo para adecuar el título habilitante a las reglas de la nueva Ley de todos aquellos concesionarios de bandas de frecuencias públicas o privados que presenten su solicitud ante el Viceministerio de Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. El título adecuado otorga plena seguridad jurídica y técnica al administrado, porque las bandas de frecuencias asignadas permiten la explotación de tales servicios dentro de las condiciones determinadas en la Ley y en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias y la normativa jurídica vigente. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21 y 22 de la LGT. Por lo anterior, resulta evidente que el proceso de adecuación se encuentra dirigido a un fin diferente al requerido por el informe de bandas asignadas y uso de las mismas, requisito necesario para el proceso de apertura, el cual debía presentársele en apego al principio de legalidad (párrafo 1 transitorio IV LGT) al Consejo de SUTEL, no al MINAET, por lo que, con la presentación del informe referido por el ICE en su oficio No. 0060-0103-2009, no se da el cumplimiento de la obligación contenida en esta norma. En cuanto a la existencia de una antinomia normativa alegada por el ICE, señala que, si bien es cierto, que el transitorio V de la LGT establece un plazo máximo de 3 meses, contado desde la integración del Consejo de SUTEL, para gestionar ante dicho órgano el inicio de los procedimientos correspondientes para el otorgamiento de las concesiones de las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras bandas requeridas, lo cierto es también que el Poder Ejecutivo, como insumo sine qua non, requería previamente de la SUTEL el informe que debía ser elaborado con base en la información remitida por los concesionarios públicos y privados de bandas, según lo establecido en el transitorio IV del mismo cuerpo legal. Situación que, alega, por las fechas de establecimiento del Consejo de SUTEL, era imposible para esa Rectoría girar la instrucción de inicio del procedimiento concursal antes del 26 de abril de 2009, en vista que a esa fecha, la SUTEL tampoco podía tener listo su informe, pues hasta ese día los concesionarios tenían la posibilidad de presentar la información emanada del transitorio IV de la LGT. Además, previo a emitir cualquier decisión en este sentido, resultaba imperativo para el Poder Ejecutivo, conocer la distribución y usos que se le estaban dando a las bandas, y el estado en general del espectro radioeléctrico. No obstante, el órgano técnico tampoco contó con la información necesaria para poder confeccionar el informe respectivo al Poder Ejecutivo, ya que tal y como consta en autos el operador incumbente no entregó el Informe que por Ley estaba en la obligación de brindar, tal como se evidenció supra. Al no contarse con los insumes técnicos necesarios, que determinarían la factibilidad de otorgamiento de las concesiones, de acuerdo con el artículo 22 del RLGT, la Rectoría se encontraba limitada para instruir a SUTEL, de conformidad con el transitorio V de la citada Ley, lo anterior dado que, no fue sino hasta el 15 de mayo de 2009, que se recibió el Informe No. 225-SUTEL-2009, mismo que fue ampliado, mediante oficio No. 250-SUTEL-2009, por parte del órgano regulador el 22 de mayo de 2009, sin contener la información del Grupo ICE y que era la más importante, puesto que las bandas objeto de concurso, estaban asignadas a esta empresa. Dada la negativa a la entrega de información a SUTEL, mediante nota No. DM-1013 de fecha 17 de junio de 2009, el Poder Ejecutivo solicitó al ICE devolver las frecuencias indispensables para iniciar el proceso de apertura de las telecomunicaciones celulares conforme al artículo 10 del RLGT. Ante lo cual el ICE el 27 de agosto de 2009, mediante oficio No. 0012-207-2009, indicó que no se consideraba

competente para reasignar o renunciar a frecuencias de manera unilateral, no admitió emplear dicho artículo para devolver las frecuencias de manera unilateral y declaró su disposición de colaborar con el Poder Ejecutivo en el cumplimiento de la legislación vigente. Por lo expuesto, es que el Poder Ejecutivo mediante oficio No. DM-1572-2009, solicitó al Consejo Director del ICE, *"la suscripción de un acuerdo con el Poder Ejecutivo con fundamento en el artículo 22.2.d) de la LGT, debiendo ambas partes establecer en él los procedimientos, plazos, condiciones, costos y demás derechos y obligaciones que correspondan en aras de cumplir el mandato legal de garantizar el uso eficiente, efectivo, oportuno, objetivo, no discriminatorio y transparente del espectro radioeléctrico, en aras de asegurar la competencia efectiva del mercado de las telecomunicaciones en el país"*. No es sino hasta el 11 de setiembre de 2009 que el ICE, mediante oficio No. 0012-245-2009 indicó que dio por recibida la solicitud de suscripción de Acuerdo Mutuo con el Poder Ejecutivo, con fundamento en el artículo 22.2.d) de la LGT; y fue hasta el 17 de diciembre de 2009 que el ICE, por medio de oficio No. 0012-365-2009, informó que su Consejo Directivo había autorizado al señor Pedro Pablo Quirós para que firmara el Mutuo Acuerdo con el Poder Ejecutivo, mismo que se suscribió al día siguiente, es decir, el 18 de diciembre de 2009. El ICE citó el artículo 21 de la LGT, y lo relacionó con el proceso de adecuación, proceso que es totalmente diferente a la reasignación, ya que como quedó demostrado supra, la adecuación solo viene a ajustar a la ley vigente en materia de telecomunicaciones, los títulos habilitantes otorgados con anterioridad a la promulgación de la misma, por ende, no es potestad del Poder Ejecutivo, por medio de este procedimiento, reasignar espectro radioeléctrico o extinguir concesiones de administrados. En este sentido, no es aceptable que el ICE señale que no se cumplieron con los requisitos del artículo 21 de la LGT, ya que dicho artículo no es de aplicación para el procedimiento realizado, puesto que el Poder Ejecutivo no ha llevado a cabo ninguna reasignación o rescate de frecuencias, lo cual se observa del desglose de actuaciones de la Rectoría, dentro de las cuales no se señala en ningún momento la utilización de dicho procedimiento. Ante lo cual resulta evidente que no tenía la obligación de justificar su actuar con ninguna de las causales de dicho artículo. En cuanto a las manifestaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). La Superintendencia de Telecomunicaciones señaló en su informe: "(...) por la ausencia de una solución técnica por parte del Poder Ejecutivo en el tema de frecuencias de microondas, la Superintendencia de Telecomunicaciones no ha estado en capacidad de publicar dicho cartel" En relación a esta acotación se procede a realizar un análisis de las competencias de la Rectoría de Telecomunicaciones (RETEL) y de SUTEL en cuanto al procedimiento que se ha seguido para la apertura de telecomunicaciones sobre el tema de microondas.

**COMPETENCIAS DE RETEL Y SUTEL:** a) En cuanto a un procedimiento de rescate. RETEL constituye el órgano rector del Sector Telecomunicaciones y como tal cumple una serie de funciones. Entre ellas, caben resaltar las siguientes dispuestas por el artículo 39 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones sean: a. Formulación de políticas para el uso y desarrollo de las telecomunicaciones (inciso a); b. Velar porque dichas políticas sean ejecutadas por las distintas entidades, sean públicas o privadas, que participan en el Sector (inciso c); c. Aprobar o rechazar el criterio técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones, sobre la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y rescate de las concesiones y los permisos de las frecuencias del espectro radioeléctrico. En el caso que se separe de dicho criterio, el Poder Ejecutivo deberá justificar las razones de orden público o interés nacional que lo sustenten. Por su parte, a SUTEL según el artículo 59 de la Ley de ARESEP N° 7593, le corresponde regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones; para lo cual se rige por lo dispuesto en las leyes y en las demás disposiciones reglamentarias que resulten aplicables. Particularmente, resaltan funciones específicas como las siguientes (artículo 73 Ley N° 8660): a. Controlar y comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas,

así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales y los recursos de numeración, conforme a los planes respectivos (inciso g); b. Velar porque los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones (inciso j). En cuanto al procedimiento concursal señala que a partir del artículo 12 de la LGT se regula el procedimiento concursal, el que dispone el ámbito competencial tanto de RETEL así como de SUTEL, lo anterior sin detrimento de otras disposiciones particulares y específicas como parte de las pautas a seguir en el proceso. Así las cosas, señala que corresponde al Poder Ejecutivo, y por ende a RETEL, el otorgamiento de las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones por medio del procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. Por su parte, corresponde a SUTEL instruir el procedimiento. Más, de forma previa, ha de realizar los estudios necesarios que permitan determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de las concesiones, de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones y las políticas sectoriales. Lo anterior, resulta razonable en el tanto que SUTEL constituye el órgano técnico y por ende, asesor del Poder Ejecutivo en esta materia. De aquí la necesidad, sine qua non, de la emisión del informe técnico respectivo como fase previa a la instrucción del concurso. Igualmente, en virtud de ese carácter técnico asesor que posee, al momento de evaluar las ofertas elegibles presentadas en el concurso, el párrafo segundo del artículo 16 de la LGT indica que corresponde a SUTEL recomendar al Poder Ejecutivo si la adjudicación procede o no. Por su parte, la Rectoría, podrá desestimar todas las ofertas cuando considere que estas no se ajustan al cartel, a los objetivos y las metas definidos en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, a lo dispuesto en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias o a los acuerdos, tratados y convenios internacionales de telecomunicaciones ratificados por Costa Rica. Aclara que según el inciso c), del artículo 39 de la Ley No. 8660 ya mencionado, el Poder Ejecutivo puede apartarse del criterio de SUTEL de forma razonada. En cuanto al procedimiento de reasignación o rescate de frecuencias del espectro radioeléctrico rige lo dispuesto por el artículo 21 de la LGT. Concretamente, ese numeral indica que procede el rescate cuando: Lo exijan razones de interés público o utilidad pública; Lo exijan razones de eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico; Se requiera para poner en práctica nuevas tecnologías; Sea necesario para resolver problemas de interferencia; Exista una concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva; Sea necesario para cumplir tratados internacionales suscritos por el país. El segundo párrafo del mencionado numeral 21 es el que determina el ámbito competencial. Así las cosas, corresponde a SUTEL (su Consejo) recomendar previamente al Poder Ejecutivo la reasignación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para ello se deberán tomar en cuenta los derechos de los titulares y la continuidad en la operación de redes o la prestación de los servicios. Por su parte, el Poder Ejecutivo acuerda o no la respectiva reasignación. Claro está, de apartarse debe hacerlo de forma razonada según lo dispone el artículo 39 en su inciso c) de la Ley N° 8660. De las consideraciones expuestas queda claro que el rol competencia que posee SUTEL respecto a los procedimientos de concurso público así como de reasignación de frecuencias, se encuentra directamente relacionado con su carácter de órgano técnico y, por lo tanto, asesor en esta materia. Mientras que el Poder Ejecutivo toma la posición de órgano decisor, y, por ende, político, que puede apartarse del criterio técnico de manera razonada. Análisis de la documentación presentada por SUTEL respecto a la necesidad de incluir las frecuencias de microondas en concurso. Al respecto, indica que el 08 de mayo de 2009 el Ministro de MINAET, mediante oficio N° DM-741-2009, solicitó formalmente a la SUTEL realizar el estudio técnico sobre el estado del espectro radioeléctrico para determinar la factibilidad del otorgamiento de concesiones de bandas de frecuencia. Ante esta solicitud, SUTEL, mediante informe N° 225-SUTEL-2009, hizo entrega del documento denominado "Informe Técnico sobre

el Uso y Asignación del Espectro Radioeléctrico en Costa Rica" en el que, entre otras cosas, concluye que considerando los niveles de ocupación del espectro radioeléctrico en las bandas comerciales para servicios de telecomunicaciones móviles, así como las mejores prácticas en cuanto al uso eficiente del recurso escaso, es factible la reasignación del espectro para dar cabida, de forma inmediata, a tres nuevos operadores en las bandas de 850 MHz, 1800 MHz y 1,9/2,1 GHz. Asimismo, se determinó que en el caso de la banda de 900 MHz, es técnicamente viable la disposición de ésta para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles para dos nuevos operadores en segmentos de 2x10MHz cada uno. No obstante, al considerar los procesos de reasignación de al menos 70 concesionarios en esta banda y las indemnizaciones correspondientes, se recomienda que este espectro sea liberado en forma paulatina para estar disponible en el mediano plazo. En cuanto al proceso de concurso público para el otorgamiento de concesiones, con el fin de obtener los mayores ingresos por bandas, se recomienda iniciar este proceso con las bandas de 850 MHz y 1800 MHz de forma simultánea y en el mediano plazo la banda de 1,9/2,1 GHz y finalmente los segmentos de la banda de 900 MHz. Dada la alta concentración del espectro por parte del operador incumbente, se le debe ordenar el reacomodo y reordenamiento de sus redes, con la finalidad de que el estado costarricense pueda disponer de este recurso y concesionario de tal forma que se asegure las posibilidades de competencia en el mercado de las telecomunicaciones móviles. De la misma forma, debe ordenarse al operador incumbente, el reordenamiento y reutilización de frecuencias utilizada para enlaces punto a punto, que permitan un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico." De las conclusiones del informe se evidencia que SUTEL de los estudios previos ordenados por ley, solamente los realizó para las bandas de 850 MHz, 900 MHz, 1800 MHz y 1,9/2,1 GHz; más no así, para las bandas microondas utilizadas para enlaces punto a punto, mencionando únicamente en este sentido el tema de la reutilización por parte del operador incumbente, lo que no constituye por sí misma un estudio técnico que justifique cualquier acción que deba tomar el Poder Ejecutivo sobre las mismas, ni mucho menos concluye que dichas frecuencias son imprescindibles para el concurso público que se estaba iniciando. El 22 de mayo del 2009 la SUTEL remitió mediante oficio N° 250-SUTEL-2009, el addendum al Informe sobre Uso y Asignación del Espectro Radioeléctrico en Costa Rica. En esta ampliación al informe, la SUTEL tampoco emite el estudio respectivo que justifique cualquier acción que deba tomar el Poder Ejecutivo sobre las frecuencias microondas para enlaces punto a punto. Reitera que, ni en el informe N° 225-SUTEL-2009, ni en su ampliación, 250-SUTEL-2009, la SUTEL indicó que las frecuencias microondas para enlaces punto a punto son imprescindibles para la implementación de los servicios de telefonía móvil de acuerdo con la solicitud del Ministro de MINAET en su oficio N° DM-741-2009. El 02 de setiembre del 2009 el Ministro del MINAET, mediante oficio N° DM-1572-2009, solicita al Consejo Director del ICE, la suscripción de un acuerdo con el Poder Ejecutivo, con fundamento en el artículo 22.2.d) de la LGT, sobre la extinción de concesión de las bandas de frecuencias que SUTEL indica en su informe N° 225-SUTEL-2009 y la ampliación de éste, 250-SUTEL-2009, como necesarias para la implementación de servicios de telefonía móvil. No fue sino hasta el 7 de setiembre del 2009 que la SUTEL, mediante el informe N° 1190-SUTEL-2009, recomienda una asignación de canales para cada banda de frecuencias microondas para enlaces punto a punto con el fin de tener una distribución equitativa de las bandas entre el operador incumbente y los nuevos operadores de telefonía móvil. No obstante, lo recomendado en este informe requeriría una reasignación de todos los concesionarios de algunas bandas de frecuencias de microondas además de las de los operadores de telefonía móvil, sin incluir un análisis técnico que dé sustento a tal recomendación. Asimismo, no toman en cuenta los derechos adquiridos de los concesionarios sobre dichas frecuencias, ni los posibles perjuicios que se les causaría al realizar dicha acción. El 18 de diciembre del 2009 el Poder Ejecutivo, mediante resolución N° RT-24-2009-MINAET, adecuó los títulos habilitantes del ICE y resolvió en el punto 15 de la parte dispositiva lo siguiente: *"Indicarle al concesionario, que en los casos*

*en que algunas de las frecuencias sean adecuadas para uso no exclusivo, los mecanismos técnicos que impidan la interferencia perjudicial al Instituto Costarricense de Electricidad, serán definidos en forma conjunta con la SUTEL, de acuerdo con las competencias establecidas en la Ley.*" Con lo cual el ICE quedó notificado de la posibilidad de que la herramienta establecida por ley para determinar los usos y modo de asignación de las frecuencias (Plan Nacional de Atribución de Frecuencias) estableciera que algunas de las frecuencias iban a ser de asignación o uso no exclusivo. Al tenor de la recomendación de SUTEL en su informe N° 225-SUTEL-2009 del 15 de mayo del 2009 y la ampliación del mismo, N° 250-SUTEL-2009, el Poder Ejecutivo logra extinguir la concesión del ICE en las frecuencias mencionadas y poner a disposición del Estado las mismas como necesarias para la implementación de servicios de telefonía móvil por medio de la firma del acuerdo mutuo con el ICE. El 15 de enero del 2010, SUTEL mediante oficio N° 45-SUTEL-2010, remite a la Rectoría el informe denominado "Informe de reutilización de frecuencias para enlaces de microondas en Costa Rica. No es sino hasta el 15 de marzo del 2010 que SUTEL, mediante informe N° 450-SUTEL-2010, presenta de manera extemporánea, sus observaciones y alegatos al proyecto citado y además indica: "Lo anterior por cuanto este informe - último mencionado - (oficio 45-SUTEL-2010, Informe de reutilización de frecuencias para enlaces de microondas en Costa Rica) busca subsanar la omisión del MINAET al no incluir en la instrucción de inicio del procedimiento concursal para la concesión de bandas de telefonía móvil (Decreto Ejecutivo No. DE-35.646-MP-MINAET), las bandas microondas indispensables para el establecimiento de comunicaciones entre los elementos de estas redes, tal y como se les recomendó en múltiples ocasiones a través del Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica, remitido al MINAET mediante oficio No. 225-SUTEL-2009, de fecha de 19 de mayo de 2009 y mediante oficio No.1190-SUTEL-2009 del 4 de setiembre del 2009 (Espectro radioeléctrico para radioenlaces en redes móviles). En cuanto a la anterior observación de SUTEL, ya quedó demostrado que en el oficio N° 225-SUTEL-2009, dicho órgano no indicó, en ningún momento, a la Rectoría que las bandas microondas fueran "indispensables para el establecimiento de comunicaciones entre las frecuencias determinadas como objeto de concurso". Igualmente, sobre el oficio N° 1190-SUTEL-2009 ya se demostró que este carecía del fundamento técnico suficiente para llevar a cabo el rescate de las frecuencias indicadas sin tomar en cuenta los derechos adquiridos de los concesionarios. Finalmente, pese a la remisión extemporánea de las observaciones y alegatos al proyecto de reforma del PNAF, la Rectoría, mediante oficio N° DVT-2010-102 de 26 de marzo de 2010, da respuesta a las observaciones y alegatos técnicos presentados por SUTEL indicándole que los mismos van a ser incorporados al decreto final y expresó consideraciones técnicas adicionales. El 6 de abril del 2010, la SUTEL, mediante oficio No. 540-SUTEL-2010, envió una nueva propuesta de modificación al PNAF en la que indica los siguientes puntos: El "Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica" realiza un estudio específico de las frecuencias microondas que utilizan los operadores de telefonía móvil como backhaul de sus redes. De las anteriores conclusiones emanadas por SUTEL, se observa que dicho órgano insiste en que desde la presentación del "Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro en Costa Rica" ha dejado ver que las frecuencias de microondas son imprescindibles para llevar a cabo el concurso público y la Rectoría debía proceder a rescatarlas, cosa que como se ha evidenciado no se apega a la realidad de los hechos. Además, promueve la alternativa de "uso no exclusivo" reiterando lo dicho en el informe del 15 de enero del 2010 donde se indicó que la frecuencias deberían ser reutilizadas. Propuesta que la Rectoría había considerado desde mucho antes, como se comprueba de la simple lectura del punto 15 de la parte dispositiva de la Resolución RT-24-2009-MINAET, en la que se adecuó los títulos habilitantes del ICE. El 07 de abril del 2010 a las 09:00 a.m. se llevó a cabo en las instalaciones del Viceministerio de Telecomunicaciones, una reunión en la que participaron el Consejo de SUTEL, la señora Viceministra de Telecomunicaciones y funcionarios técnicos de ambas

instituciones, en la que se discutieron temas referidos al oficio No. 540-SUTEL-2010 sobre microondas y el decreto de modificación al PNAF. A solicitud de la Viceministra, la reunión se grabó y se elaboró la minuta MI-GAER-2010-015. Entre varios de los puntos que se mencionaron en dicha reunión, consta que uno de los miembros del Consejo de SUTEL indicó expresamente que dicho órgano, en ningún momento ha elaborado un informe técnico que fundamente la reasignación de las frecuencias microondas para enlaces. Adicionalmente, se acordó que la SUTEL entregaría un informe ese mismo día en el cual fundamentaría la asignación no exclusiva de las microondas del operador incumbente, y no las de los demás concesionarios de este tipo de banda con el fin de crear un decreto de modificación al PNAF que sea viable. De acuerdo a lo convenido en la reunión del 7 de abril del 2010 citada en el punto anterior, ese mismo día la SUTEL, mediante oficio N° 548-SUTEL-2010, amplió el criterio sobre la bandas microondas de conformidad con la reunión de ese día y con el fin fundamentar las inquietudes planteadas en el oficio No. DVT-2010-102. Con esto, la Rectoría procede a modificar el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias y a emitir el respectivo Decreto Ejecutivo. De las anteriores consideraciones se concluye lo siguiente. El rol competencial que posee SUTEL, respecto a los procedimientos de concurso público así como de reasignación de frecuencias, se encuentra directamente relacionado con su carácter de órgano técnico y, por lo tanto, asesor en esta materia. SUTEL en su informe No. 225-SUTEL-2009 del 15 de mayo de 2009 y su addendum 250-SUTEL-2009 del 22 de mayo de 2010, no realizó el estudio técnico referente al uso eficiente de las frecuencias de microondas, ni indica que las mismas son necesarias para implementar el servicio de telefonía móvil, tal y como se lo solicitó el Poder Ejecutivo en su oficio No. DM-741-09, del 8 de mayo de 2009, por lo que, no tenía el Poder Ejecutivo porque presumir algo que el órgano técnico no menciona en ese momento. Igualmente, se demuestra que no es sino hasta el día 15 de enero de 2010, que SUTEL propone que las frecuencias de microondas en uso del ICE se utilicen o asignen de manera no exclusiva, lo cual tampoco significa estudio técnico ni tampoco se señala la necesidad de las mismas para el concurso, aunado que dicha propuesta se manifiesta mucho tiempo después de haberse realizado el mutuo acuerdo con el ICE y publicado el Decreto de Instrucción a SUTEL. La Superintendencia, en ningún momento, ha entregado a la Rectoría un informe técnico que justifique y fundamente el rescate de las frecuencias de microondas, tal y como lo ratificó uno de los miembros de SUTEL en la reunión sostenida el día 7 de abril de 2010. La LGT establece como uno de los requisitos de inicio del concurso público para concesionar frecuencias del espectro radioeléctrico, la emanación de informes técnicos por parte de SUTEL; y ante la ausencia de éstos en el tema de microondas, el Poder Ejecutivo estaba imposibilitado legalmente para iniciar procedimiento alguno que pretendiera la concesión de dichas frecuencias. Por todo lo anterior, en su criterio, la SUTEL yerra al manifestar que *"por la ausencia de una solución técnica por parte del Poder Ejecutivo"* ha estado imposibilitada a publicar el cartel, puesto que es la SUTEL la responsable de establecer la necesidad de las microondas para la apertura, mediante un estudio técnico válido y con los requerimientos de ley factibles que justifiquen e instruyan el actuar del Poder Ejecutivo en ese sentido.

**17.-**

En la substanciación del proceso se ha observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Jinesta Lobo** ; y,

**Considerando :**

**I.-**

**OBJETO DEL RECURSO.** Los recurrentes reclaman que a la fecha de interposición de este proceso de amparo, el Poder Ejecutivo no ha dictado el acto de inicio del procedimiento para la asignación de las concesiones de banda de frecuencia de telefonía celular, en contravención de lo dispuesto en el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642. Arguyen que esa omisión conculca los derechos de los consumidores pues, de haberse

cumplido con lo estipulado, podrían acceder a los servicios inalámbricos móviles que brinden distintos proveedores en el mercado.

II .-

**HECHOS PROBADOS.** De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: **1)** El **19 de diciembre de 2008**, los miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones fueron ratificados por la Asamblea Legislativa (folio 11, informe folio 26). **2)** El **01 de enero de 2009** entró en vigencia el Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (TLC) (folio 25). **3)** El **26 de enero de 2009**, el Consejo de la SUTEL entró en funciones (informe folio 26). **4)** El Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones mediante resolución No. RCS-005-2009 de las 16:00 horas de **20 de febrero de 2009**, ordenó que los concesionarios aportaran la información relacionada con las bandas de frecuencia que tenían asignadas así como el uso que estuvieran haciendo de ellas —a tenor de lo dispuesto en el Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones—, fijándose el **26 de abril de 2009** como fecha límite para presentar ese documento (informe folio 27). **5)** Mediante oficio No.0060-0103-2009 de **27 de abril de 2009**, recibido el **28 de abril de 2009** en el despacho del Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, el Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad presentó el informe de las bandas de frecuencia que tenían asignadas y el uso que le estaban dando el Instituto Costarricense de Electricidad, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz y Radiográfica Costarricense S.A. (folios 136-144). **6)** En relación con el oficio indicado en el hecho inmediato anterior, a través del oficio No. DVT-167-2009 de **4 de mayo de 2009**, recibido el **08 de mayo de 2009**, la Viceministra de Telecomunicaciones le indicó al Presidente de ICE que estaba confundiendo el procedimiento para la presentación del informe de bandas de frecuencia y el procedimiento de adecuación de títulos habilitantes. Por esta razón, le solicitó que rindiera a la SUTEL, el informe sobre las bandas del espectro radioeléctrico y el uso que se estaba haciendo de ellas, conforme el Transitorio IV de la Ley No.8642, Ley General de Telecomunicaciones (documento sin foliatura en copias aportadas al proceso) **7)** A través del oficio No. DVT-172-2009 de **5 de mayo de 2009**, recibido el **8 de mayo de 2009**, la Viceministra de Telecomunicaciones le reiteró al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad que debía presentar ante la SUTEL, el informe sobre las bandas del espectro radioeléctrico y el uso que se estaba haciendo de ellas así como cualquier otro documento pertinente (informe folio 28, documentos sin foliatura en copias aportadas al proceso). **8)** Mediante oficios Nos. DM-741-09 y DVT-183-09, ambos de **08 de mayo de 2009**, el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones y la Viceministra de Telecomunicaciones le solicitaron al Presidente del Consejo de Superintendencia de Telecomunicaciones que, en atención a lo dispuesto en el Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones, rindiera el informe técnico sobre el estado del espectro radioeléctrico para determinar la factibilidad de otorgamiento de concesiones de bandas de frecuencia, fijando como plazo el **15 de mayo de 2009** (folio 81-83 copia certificada del expediente administrativo). **9)** A través del oficio No. 0060-0120-2009 de **08 de mayo de 2009**, recibido el **11 de ese mismo mes y año**, el Presidente Ejecutivo del ICE presentó ante el Ministerio de la Presidencia, una propuesta para garantizar las frecuencias necesarias para la concesión de la telefonía celular con las frecuencias asignadas al ICE (folio 64-65 copia certificada del expediente administrativo aportada al proceso). **10)** El **15 de mayo de 2009**, mediante oficio No. 225-SUTEL-2009, el Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones el *“Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica”*; documento que fue adicionado mediante el oficio No.250-SUTEL-2009 el **22 de mayo de 2009** (folios 67, 197 copia certificada del expediente administrativo, informe folio 28, folio 92). **11)** De acuerdo con los estudios del espectro radioeléctrico se determinó que las bandas apropiadas para otorgar en concesión las tiene asignadas el Instituto Costarricense de Electricidad y RACSA (informe

folio 28). **12)** Mediante oficio No. DVT-234-2009 de **08 de junio de 2009**, recibido el **10 de junio de 2009**, la Viceministra de Telecomunicaciones le solicitó al Presidente Ejecutivo del ICE, una información relacionada con el uso de las frecuencias, posición geográfica de las estaciones y el tipo de antena utilizada en cada caso respecto de las frecuencias detalladas en ese documento (folio 302-303 copia certificada del expediente administrativo). **13)** A través del oficio No. DM-10-13-09 de **17 de junio de 2009**, el Ministro de Energía, Ambiente y Telecomunicaciones le solicitó al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad que procediera a la reasignación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico detalladas en ese documento (folio 306 copia certificada del expediente administrativo). **14)** Mediante oficio No. 0012-207-2009 de **27 de agosto de 2009**, el Secretario del Consejo Directivo del ICE le manifestó al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones que esa institución no era competente para reasignar las frecuencias de manera unilateral, rechazando la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones (folio 304-305 copia certificada del expediente administrativo). **15)** Por oficio No. 0012-2008-2009 de **27 de agosto de 2009**, el Secretario del Consejo Directivo del ICE le remitió al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, el “Informe Técnico sobre uso y disposición de bandas celulares del ICE” (309-310 copia certificada del expediente administrativo). **16)** Por oficio No. OF-DVT-302-2009 de **27 de agosto de 2009**, la Viceministra de Telecomunicaciones le remitió al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, el informe técnico No. PRO-DVT-006 denominado “*Informe técnico sobre el criterio 225-SUTEL-2009 de 15 de mayo de 2009 y su Adendum de fecha 22 de mayo de 2009 en relación con el “informe técnico sobre uso y disposición de bandas celulares del ICE”*” (folios 335-336 ibidem). **17)** Por oficio No. DM-1572-2009 de **02 de setiembre de 2009** del Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones le solicitó al Consejo Directivo del ICE, la suscripción de un acuerdo con el Poder Ejecutivo con fundamento en el artículo 22.2, d), de la Ley General de Telecomunicaciones, debiendo ambas partes establecer los procedimientos, plazos, condiciones, costos y demás derechos y obligaciones correspondientes en aras de cumplir el mandato legal de garantizar el uso eficiente, efectivo, oportuno, no discriminatorio y transparente del espectro radioeléctrico y asegurar la competencia efectiva del mercado de telecomunicaciones en el país (folio 351-361 ibidem). **18)** Mediante oficio No.1190-SUTEL-2009 de **4 de setiembre de 2009**, denominado “*Espectro Radioeléctrico para radioenlaces en redes móviles*”, la SUTEL recomendó a la Viceministra de Telecomunicaciones, la distribución de las bandas del espectro radioeléctrico para que se posibilite la entrada de nuevos operados de redes móviles al mercado (folio 146-151 copia aportada al proceso). **19)** Por resolución de las 11:00 horas de **9 de setiembre de 2009** del Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, se acogieron las recomendaciones del Estudio técnico sobre el criterio 225-SUTEL-2009 del 15 de mayo de 2009 y su Adendum de fecha 22 de mayo de 2009 en relación con el “Informe Técnico sobre uso y Disposición de Bandas Celulares del ICE”. Asimismo, se dispuso acoger los criterios indicados por la SUTEL en torno a la ocupación de las Bandas GSM-900 MHz., GSM-1800 MHz. Y GSM-1900/2100 MHz. Además, se decidió apartar del criterio técnico de la SUTEL, únicamente, respecto a la ocupación de la banda 850 MHz. y mantener para el ICE cuatro espacios de 2x5 MHz; realizando una segmentación de esta banda en rangos de 5 MHz (uplink/downlink), de modo que se concentren las comunicaciones del operador incumbente en 2x20 MHz (20 MHz. uplink y 20 MHz.downlink). (folios 364-374 copia del expediente administrativo). **20)** Por oficio No. 0012-245-2009 de **11 de setiembre de 2009** el Secretario del Consejo Directivo del Instituto Costarricense de Electricidad le remitió a la Viceministra de Telecomunicaciones, el acuerdo adoptado por ese Órgano en el artículo 4 de la sesión extraordinaria No.5883 de **8 de setiembre de 2009**, en relación con la solicitud del MINAET de elaborar un acuerdo mutuo sobre el espectro radioeléctrico. Al respecto, se dispuso lo siguiente: “*Dar por recibida la solicitud presentada por el Poder Ejecutivo y remitirla a la Administración y a la División Jurídica Institucional, para que*

*brinden las recomendaciones correspondientes*” (folio 409-410 ibidem). **21)** Por oficio No. 1793-SUTEL-2009 de **7 de diciembre de 2009**, recibido el **09 de diciembre de 2009**, la Presidente a.i. de la Superintendencia de Telecomunicaciones le solicitó a la Viceministra de Telecomunicaciones, un informe sobre el estado actual de las negociaciones con el operador incumbente para el rescate de las frecuencias y la fecha estimada para el inicio del proceso concursal (folios 93-94). **22)** Por oficio No. DM- 2318-2009 de **18 de diciembre de 2009**, recibido el **4 de enero de 2010** en la Superintendencia de Telecomunicaciones, la Ministra a.i. de Ambiente Energía y Telecomunicaciones remitió a ese órgano los *“Lineamientos técnicos adicionales del Ministro Rector en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 del decreto ejecutivo N° DE-35646-2009-MP-MINAET”* (informe folio 103, documento a folios 106-123). **23)** El **18 de diciembre de 2009**, el Poder Ejecutivo y el ICE suscribieron un convenio denominado *“Acuerdo Mutuo de Extinción de Concesiones”* (informe folio 77). **24)** Mediante Decreto Ejecutivo No.35646-MP-MINAET, publicado en el Alcance No.51 en La Gaceta No.248 de **22 de diciembre de 2009**, el Poder Ejecutivo instruyó a la Superintendencia de Telecomunicaciones a fin que inicie el procedimiento concursal público para el otorgamiento de bandas de espectro radioeléctrico dispuesto por los artículos 11 siguientes y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones (folio 69-70). **25)** Mediante oficio No. 45 SUTEL de **13 de enero de 2010**, la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió el informe denominado *“Informe de Reutilización de frecuencias para enlaces de microondas en Costa Rica”*. El **15 de enero de 2010** se presentó ese documento en el despacho de la Viceministra de Telecomunicaciones (folio 100, 101, informe folio 77-78, folio 185). **26)** En el Alcance No. 3 de La Gaceta No.30 de **12 de febrero de 2010**, el Poder Ejecutivo publicó el proyecto para reformar los artículos 18, 19 y 20 del Decreto Ejecutivo No. 35.257-MINAET, Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, otorgando un plazo de diez días para que los interesados plantearan sus observaciones y alegatos (folio 185, La Gaceta Digital). **27)** Mediante informe No. 450-SUTEL-2010, presentado el **15 de marzo de 2010**, la SUTEL brindó su criterio respecto del Informe IT-GAER-2010-005 en el que se realizó un análisis de las recomendaciones de la Superintendencia para la modificación del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (documento sin foliatura copia aportada al proceso). **28)** Por oficio No. DVT-2010-102 de **26 de marzo de 2010**, la Rectoría de Telecomunicaciones le planteó a la SUTEL, una serie e inquietudes respecto del tema de microondas, analizado en los oficios Nos. 45-SUTEL-2010 de 15 de enero de 2010 y 450-SUTEL2010 de 19 de marzo de 2010 (copia sin foliar copia aportada al proceso). **29)** Por oficio No.540-SUTEL-2010 de **6 de abril de 2010**, la SUTEL envió al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones una propuesta de modificación al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, Asignación de bandas de microondas, oficio No. DVT-2010-102 MINAET (copia sin foliar copia aportada al proceso). **30)** El **07 de abril de 2010** se realizó una reunión en la que participaron la Viceministra de Telecomunicaciones y el Consejo de la SUTEL así como otros funcionarios de ambas dependencias para discutir la reforma del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias Microondas, en la que se llegaron a los siguientes acuerdos: *“A.- SUTEL se compromete a remitir una ampliación técnica donde se solucionen las inquietudes expuestas: a. Fundamental que la razón de la discriminación es para que se compartan las microondas entre iguales y por un tema de mercado (operador móvil con operador móvil). b. En la misma vía, indicar que el ICE es el único operador móvil en el país y por lo que solo se deben de afectar las microondas de este. B.- SUTEL se compromete a retirar las modificaciones nuevas para pasarlas a una siguiente modificación del PNAF con el fin de evitar tener que publicar para consulta el PNAF de nuevo”* (copia sin foliar copia aportada al proceso). **31)** Por oficio No. 548-SUTEL-2010 de **7 de abril de 2010**, la SUTEL le envió a la Viceministra de Telecomunicaciones una ampliación a la nota No. 540-SUTEL-2010 que es respuesta al oficio No. DVT-2010-102-MINAET (copia sin foliar copia aportada al proceso). **32)** A las 14:00 horas del **21 de mayo del 2010** se realizó la audiencia pública previa en la licitación pública No. 2010LI-000001-89900 *“Concesión para el*

Uso y Explotación de Espectro Radioeléctrico para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Móviles” (acta visible en la página <http://www.aresep.go.cr/docs> ).

III.-

**DERECHO A UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PRONTO Y CUMPLIDO.** Las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades, competencias o atribuciones deben conocer y resolver en la sede administrativa o gubernativa previa, a través de un procedimiento, múltiples solicitudes de los administrados o usuarios de los servicios públicos a efecto de obtener un acto administrativo final, cuyo contenido psíquico puede ser volitivo, de juicio o de conocimiento. Ese acto administrativo conclusivo de un procedimiento administrativo puede otorgar o reconocer derechos subjetivos o intereses legítimos —situaciones jurídicas sustanciales— (actos favorables) o bien suprimirlos, denegarlos o imponer obligaciones (actos de gravamen o ablatorios). Es lógico y sensato que no puede haber una justicia administrativa inmediata, puesto que, la administración pública y sus órganos requieren de un plazo prudencial para tramitar de forma adecuada la respectiva petición y dictar la resolución administrativa más acertada y apegada a la verdad real de los hechos que constituyen el motivo del acto final. Lo anterior significa que entre el pedimento inicial formulado por el administrado y su resolución final debe mediar un tiempo fisiológicamente necesario (*vacatio o distantia temporis*), impuesto por la observancia de los derechos fundamentales de aquel (debido proceso, defensa, bilateralidad de la audiencia o contradictorio) y la mejor satisfacción posible de los intereses públicos. No debe perderse de perspectiva que el procedimiento administrativo se define como un conjunto de actos —del órgano administrativo director, decisor y del propio gestionante— concatenados y teleológicamente vinculados o unidos que precisan de tiempo para verificarse. Consecuentemente, la substanciación de las solicitudes formuladas por los administrados requiere de un tiempo necesario que garantice el respeto de los derechos fundamentales de éstos, una ponderación adecuada de los elementos fácticos, jurídicos, del interés particular, de terceros y de los intereses públicos involucrados. Sin embargo, lo anterior no legitima jurídicamente a las administraciones públicas para que prolonguen indefinidamente el conocimiento y resolución de los asuntos que los administrados les han empeñado, puesto que, en tal supuesto los procedimientos se alargan patológicamente por causas exclusivamente imputables a éstas, siendo que los administrados no tienen el deber o la obligación de tolerar tales atrasos y dilaciones indebidas. El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita, en el Derecho Administrativo, al ámbito jurisdiccional, esto es, a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, pronto, oportuno y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados. Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1°, *ibidem*). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las administraciones públicas, denominado

autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por éstas para causarle una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos.

#### IV.-

**CASO CONCRETO.** Los recurrentes centran su alegato en el retardo del Poder Ejecutivo para iniciar el procedimiento para la asignación de las concesiones de banda de frecuencia de telefonía celular, en contravención de lo dispuesto en el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642. Arguyen que, además, con ese retardo se afectan otros derechos fundamentales, concretamente, el derecho de los consumidores a elegir distintas opciones de servicios de Internet y telefonía celular. Partiendo del elenco de hechos demostrados, se tiene que, desde el 26 de enero de 2009, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones entró en funciones (informe folio 26), siendo que esa autoridad, por resolución No. RCS-005-2009 de las 16:00 horas de 20 de febrero de 2009, ordenó que los concesionarios aportaran la información relacionada con las bandas de frecuencia que tenían asignadas así como el uso que estuvieran haciendo de ellas —a tenor de lo dispuesto en el Transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones—, fijándose el 26 de abril de 2009 como fecha límite para presentar ese documento. Posteriormente, luego que realizaron los estudios técnicos relacionados con el estado actual del uso del espectro radioeléctrico y que se determinara la factibilidad y necesidad de otorgar en concesión los segmentos de frecuencia recomendados por la SUTEL en el estudio No. 225-SUTEL-2009 de 15 de mayo de 2009 y su *Adendum* de 22 de mayo de 2009, el Poder Ejecutivo —conforme lo dispuesto en el Transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones—, mediante Decreto Ejecutivo No.35646-MP-MINAET, publicado en el Alcance No.51 en La Gaceta No.248 de 22 de diciembre de 2009, se instruyó a la Superintendencia de Telecomunicaciones a fin que iniciara el procedimiento concursal público para el otorgamiento de bandas del espectro radioeléctrico dispuesto por los artículos 11 siguientes y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones (folio 69-70). Ahora bien, para analizar si, en el caso concreto, transcurrió un plazo irrazonable para que el Poder Ejecutivo dictara la decisión inicial, debe atenderse a lo dispuesto en el transitorio V de la Ley General de Telecomunicaciones, norma que establece en lo que interesa lo siguiente: “ *En el plazo máximo de tres meses, contado desde la integración del Consejo de la Sutel, el Poder Ejecutivo gestionará ante la Sutel el inicio de los procedimientos correspondientes para el otorgamiento de las concesiones de las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras bandas requeridas, de conformidad con los principios de esta Ley, el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y las políticas sectoriales.*”. Partiendo de ese precepto, este Tribunal observa que el plazo de **once meses** transcurrido entre la integración y entrada en funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones —lo que ocurrió el 26 de enero de 2009— y la fecha en que el Poder Ejecutivo dictó el inicio del procedimiento —sea, el 22 de diciembre de 2009—, se estima irrazonable y desproporcionado. Incluso, debe llamarse la atención que, aún a la fecha, no se ha concretado la apertura real del mercado de las telecomunicaciones pues todavía persisten las dificultades en cuanto al tema de las frecuencias de enlaces microondas. Es claro que, tratándose de la apertura del mercado de las telecomunicaciones, debían realizarse una serie de actuaciones, por parte de los distintas autoridades involucradas, esencialmente, aquellas encaminadas a definir el estado del espectro radioeléctrico, así como la factibilidad y necesidad de otorgar en concesión los segmentos de frecuencia. Esto, sin duda alguna, es una tarea que debía realizarse en forma cuidadosa atendiendo al fin público en juego. No obstante, aún cuando el artículo 41 de la Constitución Política no ha constitucionalizado un derecho a los plazos, en el caso de marras transcurrió el tiempo suficiente para que quedaran superados los escollos y lagunas interpretativas —que se alegan en este proceso constitucional— y se actuara con la diligencia que las circunstancias ameritaban. Retardo que, a su vez, incidió en el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales que se indican en el considerando subsiguiente.

## V.-

**DERECHOS FUNDAMENTALES CONCULCADOS.** En cuanto a este último punto, debe decirse que el avance en los últimos veinte años en materia de tecnologías de la información y comunicación (TIC's) ha revolucionado el entorno social del ser humano. Sin temor a equívocos, puede afirmarse que estas tecnologías han impactado el modo en que el ser humano se comunica, facilitando la conexión entre personas e instituciones a nivel mundial y eliminando las barreras de espacio y tiempo. En este momento, el acceso a estas tecnologías se convierte en un instrumento básico para facilitar el ejercicio de derechos fundamentales como la participación democrática (democracia electrónica) y el control ciudadano, la educación, la libertad de expresión y pensamiento, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos y la transparencia administrativa, entre otros. Incluso, se ha afirmado el carácter de derecho fundamental que reviste el acceso a estas tecnologías, concretamente, el derecho de acceso a la Internet o red de redes. En tal sentido, el Consejo Constitucional de la República Francesa, en la sentencia No. 2009-580 DC de 10 de junio de 2009, reputó como un derecho básico el acceso a Internet, al desprenderlo, directamente, del artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Lo anterior, al sostener lo siguiente: *“Considerando que de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley»; que en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea así como a la importancia que tienen estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones, este derecho implica la libertad de acceder a estos servicios; (...)*” (el resaltado no pertenece al original). En este contexto de la sociedad de la información o del conocimiento, se impone a los poderes públicos, en beneficio de los administrados, promover y garantizar, en forma universal, el acceso a estas nuevas tecnologías. Partiendo de lo expuesto, concluye este Tribunal Constitucional que el retardo verificado en la apertura del mercado de las telecomunicaciones ha quebrantado no solo el derecho consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política sino que, además, ha incidido en el ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales como la libertad de elección de los consumidores consagrada en el artículo 46, párrafo in fine, constitucional, el derecho de acceso a las nuevas tecnologías de la información, el derecho a la igualdad y la erradicación de la brecha digital (info-exclusión) –artículo 33 constitucional-, el derecho de acceder a la internet por la interfase que elija el consumidor o usuario y la libertad empresarial y de comercio.

## VI.-

**COROLARIO.** En virtud de las consideraciones expuestas, se impone declarar con lugar el recurso con las consecuencias que se detallan en la parte dispositiva de esta sentencia.

### **Por tanto :**

Se declara con lugar el recurso. En consecuencia, se le ordena a Teófilo de la Torre Argüello, en su condición de Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, George Miles Rojas, en su condición de Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones y Pedro Pablo Quirós Cortés, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad, o a quienes ocupen esos cargos, que coordinen y realicen las acciones pertinentes dentro de la esfera de sus competencias, para la realización efectiva y conclusión definitiva de los concursos públicos a efecto de otorgar las concesiones para las bandas de frecuencia de telefonía celular u otras ondas. Lo anterior, deberán cumplirlo dentro del plazo de **TRES MESES** contado a partir de la comunicación de la parte dispositiva de esta sentencia, bajo la advertencia que, de no hacerlo, podrán incurrir en el delito de desobediencia conforme

lo dispone el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, norma que advierte que se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado, al Instituto Costarricense de Electricidad y a la Superintendencia de Telecomunicaciones, al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los cuales se liquidarán en el proceso de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese a las autoridades recurridas en forma personal. **COMUNÍQUESE a todas las partes y a la Presidente de la República.**

Ana Virginia Calzada M.  
Presidenta

Ernesto Jinesta L.  
Fernando Castillo V.  
Víctor Ardón A.

Fernando Cruz C.  
Aracelly Pacheco S.  
Doris Arias M.

801/203/ibj.-

Información Jurídica el:

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de  
23/4/2012 10:12:15 AM