

RÉGIMEN DE ADECUACIÓN DE TÍTULOS HABILITANTES DE ACUERDO CON LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES (LEY 8642) Y SU REGLAMENTO.

Licda. Alina Guadamuz Flores

Resumen: Con la apertura del mercado de las Telecomunicaciones en Costa Rica, fue necesario realizar un cambio normativo para que hubiera un ajuste de situaciones jurídicas a la nueva realidad del país. Los Transitorios IV y VII de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley marco para este sector, mencionan los términos “*adecuación*” o “*adecuar*”, para hacer referencia al procedimiento al cual se someterán los títulos preexistentes al año 2008, momento en que entra en vigencia dicha normativa. Sin embargo, no se indica ni el contenido, ni el alcance, ni el procedimiento de tal *adecuación*, por lo que existe un vacío legal en la LGT, que da paso a interpretaciones diversas. Llevando a cabo una investigación, se determina que el mal llamado procedimiento de adecuación de Títulos Habilitantes, consiste en un procedimiento de **Reasignación de bandas de frecuencias (Artículo 21 LGT)**. Lo anterior se desprende de un estudio detallado de la Disposición Transitoria IV, de la Ley.

Palabras claves: Apertura comercial, Aprovechamiento del espectro radioeléctrico, Autorización, Bandas de Frecuencia, Bien Demanial, Concesión, Derechos Reales Administrativos, Disposiciones Transitorias, Espectro Radioeléctrico, Interés Público, Licencia, Permiso, Reasignación de Bandas de Frecuencia, Régimen de Adecuación, Servicio de Acceso Universal, Telecomunicaciones, Título Habilitante, Uso eficiente y Vacío legal.

RÉGIMEN DE ADECUACIÓN DE TÍTULOS HABILITANTES DE ACUERDO CON LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES (LEY 8642) Y SU REGLAMENTO.

Licda. Alina Guadamuz Flores

1- Introducción

Las telecomunicaciones siempre han sido un elemento sumamente importante para lograr mantener la comunicación entre las personas.

Inicialmente, cuando lo que se utilizaban eran medios de comunicación como el télex o el correo convencional, aunque eran lentos, lograban mantener en contacto a las personas y era un sistema útil, dentro de su contexto, ya que permitía a la población, mantenerse informada de los acontecimientos, tanto públicos, como de asuntos personales.

Hoy más que nunca, las telecomunicaciones se han vuelto un instrumento si se quiere vital, del cual dependen las personas, no solo para su entretenimiento, sino para mantenerse en contacto con sus seres queridos, para ámbitos académicos, comerciales y laborales.

Las telecomunicaciones van de la mano con la tecnología, ya que es esta quien determina el ritmo de las primeras. Conforme se llevan a cabo los avances tecnológicos, se proveen los medios necesarios para que se den las telecomunicaciones. Desde utilizar materiales que permitan un mejor tránsito

de información (v.gr.: fibra óptica), hasta aparatos que desarrollen de forma idónea su difusión (p.ej.: nuevos móviles que permiten la convergencia de servicios).

El avance tecnológico en telecomunicaciones, es un fenómeno que se está dando a nivel mundial y Costa Rica, no es la excepción.

Pero dicho avance en la materia, no solo se da de forma tecnológica, sino también, de forma jurídica, por lo que el Derecho debe tratar de regular todos los aspectos que se involucren en este sector, siendo que el Estado debe emitir ordenanzas indicando cómo deben realizarse los procedimientos pertinentes; debe crear los órganos necesarios para que estos se encarguen de la dirección del sector; se deben establecer sanciones, penas y demás, de forma tal que se alcance una normativa bastante completa, que no dé lugar a múltiples interpretaciones, como resultado de una norma oscura u omisa.

Para dar una guía a los Estados sobre el manejo que debe darse a este tema, la UIT emite “recomendaciones” que son documentos que tratan aspectos técnicos, tanto jurídicos como ingenieriles, lo cual facilita el trabajo a los diferentes países sobre cómo debe de ser regulado el

espectro radioeléctrico¹, cómo debe ser utilizado y cómo se pueden evitar problemas, entre otros.

Con base en esos lineamientos, los diferentes países emiten leyes, reglamentos, planes de atribución de frecuencias, etc., para mantener el adecuado control del bien, permitiendo, a la vez, que los administrados, quienes son parte de la Nación, también puedan hacer uso y disfrute del bien demanial, teniendo presente, siempre, que todos aquellos bienes que administra el Estado, solo pueden ser “usados” por los administrados y nunca adquiridos, dado que estos bienes son inembargables, inalienables e imprescriptibles.

Costa Rica ha venido regulando este ámbito desde los años de 1800, cuando se instauran las telecomunicaciones en el país, pero es con la Ley 1758 del año 1954, que se regula de forma específica a las telecomunicaciones, en cuanto a servicios inalámbricos. Dicha ley quedó, parcialmente, derogada al entrar en vigencia la Ley 8642. Esta última es una exigencia de la apertura comercial, por lo que, al abrirse el mercado, es necesario cambiar de normativa y ajustar las situaciones jurídicas existentes, al marco normativo vigente.

Evidentemente, ambas leyes, tanto la de Radio y Televisión, como la LGT, fueron creadas en contextos diferentes, por lo que es necesario que las situaciones jurídicas pre-existentes a la LGT, sean sometidas a un procedimiento de adecuación, para que queden conforme con el ordenamiento jurídico, tanto en derechos, como en obligaciones.

Los parámetros desde los cuales se llevan a cabo este tipo de procedimientos, se encuentran explicados, sea en la ley marco o en algún decreto que emita el Poder Ejecutivo, esto para no dejar por la libre, la regulación del sector.

2- Problemática

El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público y se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico costarricense, tanto en la Carta Magna, en su numeral 121, inciso 14), subinciso c), como en la actual LGT, en su artículo 7. Dicho bien pertenece a la Nación y es el Estado el que se encarga de velar por su correcto uso, control, administración y planificación.

En Costa Rica, las telecomunicaciones se mantuvieron bajo un monopolio de hecho, llevado a cabo por el ICE y la regulación correspondiente al ámbito de comunicaciones inalámbricas, era la Ley 1758. Al darse la apertura comercial en la década de los noventa (Artículo 46 concordado con el numeral 50, ambos de la Constitución Política), la normativa costarricense debe adaptarse al nuevo contexto, lo cual origina situaciones jurídicas previas y su inmediata definición de acuerdo al nuevo ordenamiento. La LGT, indica un procedimiento de “adecuación” para llevar a cabo el ajuste de situaciones a la nueva ley. Dicho procedimiento, se encuentra regulado en los Transitorios IV y VII de la LGT. Sin embargo, este cuerpo normativo tiene un vacío legal y el mismo consiste en que solo se hace la mención de dicho procedimiento,

1 “El espectro electromagnético es infinito, mientras que el radioeléctrico-comprendido entre las bandas 9 KHz a 3000 GHz-es limitado”. Culler March, Cristina. (2011) La Regulación del espacio radioeléctrico. Editorial Bosch S.A. Barcelona.

pero no se explica en qué consiste el mismo y cómo debe ser llevado a cabo. Por otro lado, el Transitorio IV, hace remisión expresa y específica al numeral 21 de la ley, es decir, al procedimiento de Reasignación de bandas de frecuencias, lo cual determinaría la situación jurídica de cada concesionario.

3- Espectro Radioeléctrico

El Espectro Radioeléctrico, catalogado como bien demanial y delimitado desde los 9 KHz, hasta los 3000 GHz, es un bien trascendental en la actualidad, debido a la importancia que cobran las telecomunicaciones² con el avance de la tecnología, avance que se lleva a cabo, día con día.

Como es sabido en Costa Rica, los bienes demaniales, no son susceptibles de apropiación por parte de los particulares, esto, como consecuencia directa de las características propias de los bienes que son propiedad de la Nación: inalienables, inembargables e imprescriptibles. De ahí que la administración que el Estado haga sobre ellos, deba ser clara, concreta y minuciosa, para que se evite que los administrados vayan a hacer un uso indebido de estos bienes tan valiosos, generando así, una daño que afecte a la generalidad de las personas.

Tal y como se mencionó antes, el espectro radioeléctrico es un bien demanial, así lo estipula la Carta Fundamental y de igual forma, la ley marco en temas de telecomunicaciones, es decir, la Ley General de Telecomunicaciones, lo refuerza en su

numeral 7, donde indica que para llevar a cabo la administración de este bien, deben tomarse en cuenta, tanto la Constitución Política, como la ley marco y su reglamento, el documento técnico en telecomunicaciones, cual es el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias *“y los demás reglamentos que al efecto se emitan”*, acota la misma norma.

La falencia que se presenta en la LGT y sus Disposiciones Transitorias, específicamente, la IV y la VII, es que por su ambigüedad, no se indica de forma clara y concreta, el alcance, contenido y procedimiento de la adecuación de títulos, lo cual genera interpretaciones diversas, como las de MINAET, que es el órgano Rector y la SUTEL, correspondiente al órgano Regulador, en temas de telecomunicaciones.

De toda la normativa en Telecomunicaciones en el país, solamente el Reglamento de Radiocomunicaciones del año 2004 (ya derogado) y la LGT, mencionan en sus cuerpos normativos, el término *“adecuación”* o *“adecuar”*, por lo que no puede entenderse, entonces, que exista un antecedente que ayude a despejar la vicisitud planteada sobre el vacío legal, presente en la nueva normativa. Es claro que este fallo en la técnica legislativa utilizada en la elaboración de estos dos transitorios, no fue la óptima (respecto al tema de la *“adecuación”*) y debido a esto, se desvirtúa la función de la Ley, la cual es, ser clara y precisa, de forma tal, que no se interprete la norma, sino que solo se aplique.

2 La LGT, en su numeral 6, inciso 29), las define como *“toda transmisión, emisión y/o recepción de signos, señales, escritos, datos, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por hilo, conductores, ondas radioeléctricas, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.”*

Dado que no existen, sobre este tema específico, antecedentes doctrinales, normativos o jurisprudenciales que den una luz sobre cómo debe llevarse a cabo el ajuste de situaciones jurídicas, deben estudiarse todos los temas relacionados al central, para tratar de encontrar una solución, al vacío legal.

4- Adjudicación de Títulos Habilitantes

Cuando hablamos de Títulos Habilitantes, debemos saber que los mismos consisten en distintas clases de actos administrativos, tales como autorizaciones, permisos, concesiones y licencias, estas últimas existían conforme con la normativa derogada, pero con la entrada en vigencia de la LGT, las mismas deben entenderse como concesiones, tal y como lo indica el artículo 76 de la ley de maras: *“Modifícase la Ley de Radio N° 1758, de 19 de junio de 1954, en las siguientes disposiciones: ..., donde se menciona “licencias” se lea “concesiones”...”*

El término licencia para telecomunicaciones, es utilizado, principalmente, para mercados más liberalizados; es un término propio de Estados Unidos y no tanto para el sistema de Derecho costarricense, de ahí que se aclare que este título, deba ser entendido como una concesión.

Con la apertura comercial, las telecomunicaciones inalámbricas pasan de ser un servicio público, a un servicio económico de interés general y, es la LGT, la que se encarga de establecer sobre cuáles principios se va a basar este ámbito, teniendo al Universal y al de Solidaridad, como transversales a toda la materia, lo cual asegura un buen servicio,

de calidad, que respeta la privacidad de los usuarios, pero a la vez mantiene un precio asequible, para que todas las personas tengan acceso a él, de manera tal, que no existan discriminaciones de tipo económico-sociales, lo cual prive del servicio a ciertos sectores de la población. Con base en lo anterior, es que se le denomina “Servicio de Acceso Universal de las Telecomunicaciones”.

Por ser este, un ámbito de Derecho Público, los Principio Doctrinales de Contratación Administrativa, que se manejan en Derecho Administrativo, se mantendrán incólumes en cuanto a la adjudicación de Títulos Habilitantes para uso del espectro radioeléctrico, centrándose la importancia, en las concesiones otorgadas para prestar servicios a terceros, donde hay de por medio, un interés general.

Además de la LGT y su reglamento, en el momento de adjudicación de los títulos, se tomarán en cuenta: la LCA, la LGAP, propiamente, por la influencia del Derecho Administrativo, pero también esos títulos, serán otorgados, conforme lo que indique el PNAF, ya que este determina cuál banda de frecuencia es la más apropiada para brindar servicios específicos. Esto contribuye con la administración y correcta planificación del espectro, lo cual genera un uso óptimo del mismo, todo con miras a evitar interferencias.

Las concesiones, son los títulos que han sido sometidos al “procedimiento de adecuación” que se indica en la ley, esto según personeros del MINAET. El otorgamiento de las concesiones, se va a regir de acuerdo con las disposiciones indicadas a partir del artículo 11 de la ley. En el RLGT, se establecen desde el numeral 21.

Si las redes de telecomunicaciones que son utilizadas, resultan ser públicas, el concesionario será libre de prestar todo tipo de servicio que esté disponible al público, siempre y cuando su título así lo estime; el administrado solo podrá prestar aquellos servicios que estén estipulados en el contrato de concesión, que firmó con la Administración. La zona de acción de la concesión, será para un área geográfica determinada, ya que de esta manera, se logra hacer un uso eficiente del bien demanial.

La SUTEL, será el órgano encargado de instruir estos procedimientos de concesión, además de los procedimientos atinentes a la adjudicación de permisos. La Superintendencia se encargará de otorgar directamente, las autorizaciones. El órgano regulador, por ser el órgano técnico en telecomunicaciones, tendrá como labor realizar los estudios que determinan la factibilidad de otorgar un segmento del espectro. Con base en sus informes, es que se estableció que el mercado costarricense estaba preparado para recibir a tres operadores de telecomunicaciones, más el operador incumbente, que en este caso es el ICE (*"Informe técnico sobre el uso y la asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica"*). Por medio de estos estudios, la SUTEL emite recomendaciones sobre cómo debe hacerse la prestación del servicio, poniendo como ejemplo el mecanismo de otros países, para que, por cada MegaHertz, se le preste el servicio a un millón de usuarios y que por cada segmento del espectro que se otorgue, la explotación sobre el mismo sea llevada a cabo por varios operadores y no por uno solo, así, el servicio llegará a millones de usuarios finales.

5- Derechos Reales Administrativos

El MINAET indica, que dentro del procedimiento de adecuación de títulos habilitantes, se pueden incluir "derechos adquiridos" a favor de los administrados que son titulares para hacer uso del bien demanial. De ahí la importancia de referirnos concretamente sobre este tema.

Los Derechos Reales Administrativos, son aquellos derechos de uso y disfrute que pueden llevar a cabo los administrados sobre el bien demanial. Jamás podrán ejercerse derechos de propiedad sobre los mismos, dado que en nuestro ordenamiento jurídico, se establece de manera clara y expresa, que los bienes demaniales no saldrán de los dominios de la Nación. Excepción a esta regla, lo son los derechos que adquirieron algunos habitantes de la Zona marítimo terrestre, ya que para cuando se crea la Ley N° 6043, del año de 1977, los administrados habían comprado estos terrenos, porque se encontraban dentro del comercio de los hombres. No sucede así, con el espectro radioeléctrico, donde es sabido y así consta constitucionalmente, que el mismo forma parte de los bienes de la Nación; por eso es que de él, solo puede hacerse un uso y disfrute y, para explotarlo, se debe contar con el título habilitante, pertinente.

En el dictamen 151-2011 de la PGR, se indica que la inercia administrativa no puede interpretarse como silencio positivo a favor de los administrados, cuando se habla de bienes demaniales, ya que si la Administración no ha creado expectativas en aquellos y, los mismos saben que si

hacen uso y explotación del espectro sin contar con un título habilitante, sin pagar el canon respectivo o, si están haciendo un uso ilegal del bien, no solo no tienen un derecho adquirido, sino que, más bien, se encuentran en las causales de faltas muy graves, del artículo 67 LGT, lo cual conlleva a una sanción.

Asimismo, en el dictamen 280-2011, la PGR vuelve a indicar que no hay lugar para los derechos adquiridos, en el siguiente supuesto: habiéndosele adjudicado un título al administrado, para que preste servicios de manera privada, se procede a asignársele un sector específico del espectro, pero tiempo después, llevando a cabo otro estudio técnico (el cual se realiza de manera periódica), se determina que ese segmento del espectro, otorgado al beneficiario, ahora es apto para prestar servicios comerciales, es decir, servicios al público, no puede desprenderse de este hecho, que el administrado tenga derechos para prestar servicios a terceros, porque es en ese sector del espectro en el cual se encuentra ubicado, aunque esa ubicación fuera señalada por la Administración. Esto se debe, a que su título fue adjudicado para prestar un servicio específico, en este caso, para servicios privados. Lo que procede en este caso, indica la Procuraduría, es llevar a cabo la *Reasignación de Bandas de Frecuencias* que indica la LGT y no que el administrado haga con su título, lo que le convenga. Señala la PGR, que no hay derechos adquiridos bajo estos supuestos.

A nuestro parecer, el derecho adquirido que debe respetársele al administrado, es el hecho de que contaba con un título

habilitante, por lo que puede acogerse a la Reasignación.

6- *Derecho Transitorio*

Esta rama del Derecho, es sumamente importante, sobre todo cuando es la base de la definición de situaciones jurídicas. Mario Rotondi, concibe al Derecho Transitorio así: *“no es más que una determinación de la extensión o alcance de las normas en el tiempo; digamos que es una de las dimensiones ideales de la norma jurídica, acorde con la ponderación del tiempo como cuarta dimensión.”*³

Debido a la existencia de la Ley de Radio y Televisión, como normativa vigente, desde el año 1954, se necesitó un tiempo de acoplamiento de situaciones, las cuales eran existentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 8642, pero que deben adaptarse a esta, ya que la misma es posterior y será la que regule el tema desde el año 2008, dentro del área costarricense.

A continuación, se hará la transcripción de los transitorios que mencionan, dentro de su redacción, el “Procedimiento de Adecuación”:

“Transitorio IV.-

*En el plazo máximo de tres meses, contado desde la integración del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones, los **concesionarios** de bandas de frecuencia, públicos o privados, deberán rendirle un informe en el que indiquen las bandas de frecuencia que tienen*

3 Lewin, Ivan y van Nierop, Bárbara. Disposiciones Transitorias. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 2003. Pág. 127

*asignadas, así como el uso que estén haciendo de cada una de ellas. Mediante resolución fundada, el Poder Ejecutivo resolverá lo que corresponda para **adecuar** su condición a lo establecido en esta Ley.*

Los concesionarios de bandas de frecuencia, públicos o privados, excepto los concesionarios indicados en el artículo 29 de esta Ley, deberán devolver las bandas de frecuencias que el Poder Ejecutivo determine que deben ser objeto de **reasignación, de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 21 de esta Ley.****

*En el caso de los concesionarios de bandas de frecuencia de radiodifusión, deberán rendir un informe en el que indiquen las bandas de frecuencias que tienen asignadas, así como el uso que estén haciendo de ellas. Mediante resolución fundada y siguiendo las reglas del debido proceso, el Poder Ejecutivo resolverá la **devolución** de las bandas que no se estén utilizando, **de conformidad con la legislación vigente y el respectivo contrato de concesión.** (El resaltado no es del original)*

Transitorio VII.-

Una vez que los concesionarios de bandas de frecuencia, públicos o privados, cuenten con la adecuación del correspondiente título habilitante, deberán satisfacer las tasas, los cánones y las contribuciones especiales que fije la presente Ley general de telecomunicaciones.”.

Solo en las disposiciones transcritas, se menciona la figura de la “adecuación” de Títulos Habilitantes. El resto de la ley, el

reglamento y la normativa en general, no lo menciona y tampoco lo desarrolla. También, puede observarse claramente, que es el Transitorio IV, el que menciona de forma más explícita que el Transitorio VII, el proceso de reasignación de bandas de frecuencias, procedimiento al que deben someterse todos los concesionarios, para determinar en cuál frecuencia quedarán ubicados para seguir prestando el servicio específico que brindaban, esto, en caso de que, efectivamente, tengan derecho a continuar usando el bien demanial.

Como resultado de lo anterior, puede observarse que en el propio cuerpo normativo de la LGT, no consta qué debe entenderse por “Adecuación de Títulos Habilitantes”, cómo debe realizarse, etc., creando, de esta manera, un vacío legal, tal y como se ha insistido, ambigüedad que da paso a múltiples interpretaciones, lo cual resulta sumamente peligroso, dado que legalmente no se indica de manera clara y concreta cómo debe de realizarse el procedimiento referido, así como qué contenido y alcance tendría el acto administrativo respectivo. Esto puede dar cabida a que cada quien busque la solución que más le favorezca, dejándose de lado que el problema gira en torno a un bien de carácter demanial, que debe ser protegido de los intereses privados. Esto podría desvirtuar, completamente, el fin de la norma, ya que no es la idea que los operadores y usuarios del Derecho, entren a interpretar la misma. Esta debe ser lo suficientemente clara, como para que no exista margen de errores de esta clase y, la misma, sea simplemente aplicada.

Para el caso específico de las disposiciones transitorias, estas deben regirse de acuerdo con dos reglas principales, la cuales son:

- a- “Deben indicar la vigencia del nuevo texto, la pervivencia de la ley antigua o el establecimiento de un régimen transitorio con las bases para facilitar la aplicación de la nueva ley.
- b- Las disposiciones transitorias serán expresas, detalladas y precisas en lo relativo al régimen aplicable a las situaciones jurídicas pendientes.”⁴

Este último aspecto que señala el Doctor Hugo Alfonso Muñoz, fue el que afectó directamente a la LGT, ya que no se indicó dentro de sus disposiciones transitorias, aunque fuera de forma breve, qué debía entenderse por proceso de adecuación de la condición de los títulos. La insistencia en cuanto a la concepción concreta de la figura jurídica de la adecuación, dentro de las disposiciones transitorias, es porque es allí en donde dicha figura se menciona, no sucede así, en el resto de la normativa.

Es de destacar que, a la vez que el transitorio IV nos indica la palabra “adecuación”, el mismo remite de manera expresa, al artículo 21 de la LGT, donde después de haber realizado los estudios pertinentes, si así procede, lo que se llevará a cabo es una reasignación de frecuencias y, los adjudicatarios de las concesiones, podrán seguir brindando el servicio que venían prestando, tal y como lo establece su Título Habilitante, pero en la banda de frecuencia apropiada, conforme lo establezca el PNAF. Dicho esto, se entendería que el cambio al que se someterían los concesionarios, apegándonos a la disposición transitoria IV, es a la “Reasignación” de bandas de

frecuencias y, el término de “adecuación”, ya innecesario desde nuestra perspectiva, solo vendría a opacar la norma, produciendo confusión. Para evitar esta, se podría haber indicado en la ley, que la “adecuación” de títulos, consiste en realizar un estudio previo y si procede, continuar con una reasignación, a favor del administrado.

7- Planificación, gestión, control y administración del espectro radioeléctrico.

La gestión del espectro, se toma en cuenta de manera relevante a nivel mundial, para lograr una buena administración nacional de dicho bien. Esto, para lograr una coordinación eficiente y la optimización del bien demanial, a nivel internacional.

Cuando se habla de temas atinentes al espectro radioeléctrico, no puede dejarse por fuera el de la Planificación, al cual, la misma Unión Internacional de Telecomunicaciones, le suma preeminencia y que, además, se encuentra fuertemente ligado a la reasignación de bandas de frecuencias, que menciona el Transitorio IV de la LGT, al remitir de manera expresa al numeral 21 de la ley de maras.

Este, es un tema sumamente relevante a nivel mundial y, Costa Rica, lo regula en los artículos 7 y 8 de la LGT; artículos 6 y 8 del RLGT y en los numerales 11 y siguientes del PNAF.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones, regula el tema de gestión y control del espectro, dándole mucha importancia,

4 Muñoz, Hugo Alfonso. (2000) Manual Centroamericano de Técnica Legislativa. San José, Costa Rica. Diseño Alternativo S.A. Pág. 90

ya que una buena administración del bien, implica la optimización del uso del mismo y disminuye la posibilidad de que existan interferencias en las telecomunicaciones. Documentos como el “*Manual de Gestión Nacional del Espectro*”, emitido justamente, por esta organización internacional, perteneciente a Naciones Unidas, indica que deben llevarse a cabo los estudios técnicos pertinentes, para determinar cuáles son las bandas de frecuencias apropiadas para llevar a cabo la prestación de servicios específicos. Datos que se indica en los Cuadros nacionales de atribución de frecuencias, en cada uno de los países.

La UIT indica, que el espectro debe considerarse como un bien demanial y que su asignación debe hacerse con cautela y apegarse a la normativa, tanto nacional como internacional. Según nuestro ordenamiento jurídico, la Reasignación de bandas de frecuencias, encuentra fundamento en esa optimización que se quiere hacer sobre el uso del bien. El tema de la Reasignación, es traído a colación, ya que el Transitorio IV de la LGT, hace una remisión expresa y clara al numeral 21 de la misma Ley, todo con la finalidad de utilizar de manera apropiada un recurso que es escaso y, como consecuencia, suficientemente, caro.

8- Fenómeno tecnológico de la Convergencia

El tema de la Convergencia, es uno de los pilares donde se cimenta la tendencia del MINAET, en cuanto al reconocimiento de derechos adquiridos por parte de los

administrados, en el procedimiento de ajuste de situaciones al nuevo ordenamiento jurídico. A continuación, una breve explicación sobre el mismo.

Con el uso masivo de la Internet a través de redes de mayor capacidad (banda ancha), se ha intensificado el fenómeno de la convergencia y su impacto económico y social.⁵ Inicialmente, la Internet de banda ancha era asequible para las grandes empresas, exclusivamente, pero ahora la accesa cualquier persona, porque se ha vuelto un servicio de consumo masivo, pudiendo tener a su alcance, la generalidad de la población, servicios “*de voz, datos y video por intermedio de la plataforma IP (Internet). En términos prácticos, estos servicios son denominados IP enabled services*”⁶.

La convergencia, necesariamente, va de la mano de los avances tecnológicos. Es esa la base de su existencia. De tener un solo servicio, como era la telefonía inicialmente, se pasa a un sistema de bienes, donde se brindan multiservicios. Esto, como resultado del interés existente por parte de las grandes empresas especializadas en tecnología, en alcanzar mayor eficiencia con un solo aparato, que pueda soportar varios servicios, pero a un costo más y más bajo.

No existe una única definición de Convergencia, tal y como pasa con los Derechos Adquiridos, pero podemos hacer referencia a la aproximación que hace la UIT, sobre la misma. Este organismo internacional define el fenómeno tecnológico de la convergencia de las telecomunicaciones,

⁵ <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/34282/Doc30.pdf> 6 de diciembre de 2010 20:07

⁶ *Ibidem*.

“como la “evolución coordinada de redes que antes eran independientes hacia una uniformidad que permita el soporte común de servicios y aplicaciones” (UIT, 2004), es decir, como la tendencia a que una amplia gama de contenidos (audio, video, texto e imágenes) y servicios se distribuyan a través de distintas redes (fija, de banda ancha, infraestructura móvil, satélite, cable terrestre) a una variedad de dispositivos de consumo (PC, TV, teléfonos móviles) (OFCOM, 2008, 61).”⁷ Es en el período 2002-2003, cuando surge el fenómeno de la Convergencia, tal y como es concebido actualmente, esto como resultado directo, del final de la crisis de las telecomunicaciones, la cual se dio en esos años.

En Costa Rica, el tema de la convergencia se regula en la LGT, en su numeral 6, inciso 8). Uno de los principios fundamentales que se ha tomado en cuenta en este aspecto, es el de “Neutralidad tecnológica”⁸. Asimismo, se les permite a los concesionarios que brinden múltiples servicios, con el fin de llegar a ser un país desarrollado tal y como lo indicaron los legisladores, durante la redacción de la Ley. De estos beneficios gozarán, todas aquellas personas que gestionen un Título Habilitante, después de la entrada en vigencia de la LGT.

El PNDT vigente, indica la definición del fenómeno tecnológico:

“Concepto de Convergencia: *“Posibilidad de ofrecer mediante una misma red diversos servicios, simultáneos o no, de telecomunicaciones,*

información, radiodifusión o aplicaciones informáticas.”⁹

La gran ventaja con la redacción de la norma referente a la Convergencia, se debe a que por ser números apertus, permite la introducción de nuevas tecnologías dentro de la figura tecnológica, sin tener que estar reformando el artículo número 6 LGT.

En las actas de la Asamblea Legislativa, se indica que la idea es hacer un trámite expedito, donde se evite la burocracia, teniendo que hacer un doble proceso para obtener, mediante concurso público, los beneficios de la Convergencia. La idea es que con un solo concurso público, se adjudique la concesión y los beneficios de la Convergencia, es decir, todo, en un solo proceso concursal. Al cumplir con los requisitos del cartel, se le está otorgando un título compatible con la prestación de servicios al público, por lo que puede acogerse a los beneficios de este fenómeno. Se entiende que todo esto, aplica para los títulos obtenidos después del año 2008, cuando empieza a regir la nueva normativa, que rige la arena de las telecomunicaciones.

9- Divergencias en cuanto al Procedimiento de adecuación.

Con la Ley 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de las Telecomunicaciones, se pretende fortalecer el ICE, se crea el Viceminis-

7 <http://www.economiainstitucional.com/pdf/No23/aaldana23.pdf>26 de mayo de 2011 10:39

8 Posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y se garanticen, en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio a que se refiere esta Ley. **Artículo 3, inciso h), LGT.**

9 Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. 2009. Pág. 93.

terio de Telecomunicaciones que se agrega al MINAET, siendo el Ministro, el Rector del Sector y, finalmente, se crea la SUTEL. Al eliminarse la Oficina Nacional de Control de Radio, sus funciones pasan al Ministerio de Ambiente y Energía, añadiéndosele, de esta forma, la cartera de Telecomunicaciones.

Algunas personas, son partidarias del traslado del Viceministerio de Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología, ya que este es especializado en la materia, justamente, de Tecnología, la cual se encarga de definir a las telecomunicaciones. De ocurrir el traslado, el MINAET, otra vez tendría como tarea exclusiva, el cuidado del medio ambiente y la creación de energía amigable con la naturaleza. Mientras ocurre el eventual traslado del Viceministerio, podemos indicar que, el MINAET, se encuentra conformado por varias direcciones y, entre ellas está, la de Espectro Radioeléctrico, integrado por tres dependencias. Una de ellas es la de Concesiones y Permisos, que tiene entre otras, las siguientes atribuciones:

- Analizar los carteles de los concursos públicos para el otorgamiento de frecuencias del espectro radioeléctrico;
- Analizar las ofertas y recomendar la adjudicación de los concursos públicos, para el otorgamiento de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico;
- Participar en la elaboración de proyectos de normas, reglamentos e instructivos para la aprobación de las autoridades.

La importancia de este despacho, se debe a que, es aquí, donde se han llevado a cabo los procedimientos de adecuación de las concesiones.

La posición del Viceministerio al respecto, concluye que la adecuación de títulos es un proceso que se realiza a instancia de parte y que, por el hecho de que el administrado contara con un título antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, le genera derechos adquiridos, en cuanto a la explotación del bien, por lo que los titulares, pueden beneficiarse de los avances tecnológicos de la Convergencia, dado que, indican ellos, lo que se concesionan son redes y no servicios.

La SUTEL, por su parte, es un órgano que cuenta con desconcentración máxima, va a pertenecer a ARESEP, junto con otros tres órganos: la Junta Directiva, un regulador general y un regulador general adjunto y la Auditoría interna. (Artículo 45, Ley 8660). Algunas de sus funciones son las siguientes (Artículo 60 Ley 8660):

- a- *Aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del Sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.*
- b- *Administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones.*
- c- *Promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones y la introducción de nuevas tecnologías.*

- d- *Garantizar y proteger los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones.*

La Superintendencia se conformará por un Consejo, que consta de tres miembros propietarios y uno suplente y tendrá entre sus funciones (Artículo 73):

- a- *“Someter a la aprobación de la Junta Directiva de la Aresep las estrategias institucionales, los planes anuales operativos, los estados financieros y la rendición de cuentas de la entidad.*
- b- *Proponer a aprobación de la Junta Directiva de la Aresep los reglamentos técnicos que se requieran para la correcta aplicación del marco regulatorio de las telecomunicaciones.*
- c- *Dictar las normas técnicas para la operación de redes y prestación de los servicios de telecomunicaciones, publicarlas, administrarlas y fiscalizar su cumplimiento.*
- d- *Dictar las normas técnicas que definan los estándares mínimos de calidad para las redes públicas y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, publicarlas, administrarlas y fiscalizar su cumplimiento.*

La SUTEL, es partidaria de la siguiente tendencia: la adecuación de títulos es obligatoria, no a instancia de parte, por lo que todos los títulos deben ser adecuados, ya que así los señala la ley. Además, para llevar a cabo la adecuación de títulos, debe tomarse en cuenta el título habilitante en concreto y corroborar, que dicho título, sea compatible con la prestación de servicios a terceros y ver si puede otorgársele, a sus titulares, las prerrogativas a las conlleva la Convergencia. La adecuación, no puede “usarse” para transformar un título que fue

adjudicado para la prestación de servicios de forma privada, para que ahora se preste un servicio comercial. No es esa la naturaleza jurídica del título habilitante. Así lo ha señalado la PGR, en sus dictámenes 151 y 280, ambos del año 2011.

10- Legislación Extranjera

Puede tomarse en cuenta, a la legislación extranjera, para tratar de encontrar una solución al problema presente en la LGT, de forma tal, que, mediante la analogía, pueda determinarse en qué consiste el procedimiento de adecuación de títulos habilitantes, en materia de Telecomunicaciones.

a- Bolivia

Esta nación cuenta con autorizaciones, concesiones, licencias y registros como títulos habilitantes para la regulación de las telecomunicaciones. El plazo existente para realizar la adecuación es de seis meses, a partir del momento cuando la nueva norma entre a regir.

Se indica que, una vez que la nueva ley entre en vigencia, los títulos deben adecuarse a lo que esta disponga, pero no se indica en qué consiste ese proceso de “adecuación” al cual ellos se refieren, no indican ante quién debe realizarse y tampoco se indica cómo es que debe llevarse a cabo este procedimiento. Se deduce que quienes deben someterse al proceso de ajuste de títulos, son todos aquellos administrados que tengan adjudicado uno de estos títulos, a su favor.

No se habla ni de la ganancia de nuevos derechos, ni de la pérdida de derechos con los que se contara, antes de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Los títulos habilitantes sujetos al procedimiento de transformación en España, son mencionados de forma general, es decir, de la norma se desprende que es cualquiera de los títulos (aquel que lo ocupe), el que se someterá al procedimiento de adecuación.

b- España

El ordenamiento jurídico español indica, que los títulos vigentes antes de la entrada en vigor de la nueva ley, se mantienen válidos y efectivos, siempre que no contraríen el ordenamiento jurídico. Establece plazos específicos para llevar a cabo la transformación de títulos, dependiendo del servicio que brinden los titulares.

No se indica qué es el proceso de transformación de títulos, ni cómo ha de realizarse. Sí indica que el procedimiento de adecuación, será llevado a cabo por el órgano del Estado, que tenga dentro de sus funciones, la modificación de títulos. Este órgano sería el mismo que concedió el título inicialmente, con la ley derogada.

En caso de que alguno de los beneficiarios tuviera que cancelar su título, debido a la entrada en vigencia de la nueva ley y eso le generara daños o perjuicios, no le serán reconocidos, ya que la normativa ibérica, no menciona dentro de su cuerpo, alguna circunstancia donde se reconozcan derechos adquiridos por parte de los usuarios. Solo para el caso de los concesionarios, será reconocida la indemnización, si resulta ser que con la transformación del título, pierden derechos de los cuales gozaban, como resultado de la adjudicación anterior.

Un aspecto particular de esta normativa, es que transforma los títulos habilitantes, pero

no para hacerlos equivalentes en sentido estricto. En Costa Rica, si de acuerdo con el ordenamiento jurídico anterior, se le otorgó a una persona una autorización, de acuerdo con la nueva normativa, esa autorización se transforma de manera tal, que siga siendo una autorización, pero que esté acorde a las disposiciones vigentes. En el caso de España, una autorización general, podría convertirse en una licencia individual con la nueva normativa, una vez que se haya valorado el caso en concreto.

c- México

Las solicitudes de concesión que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de la ley mejicana, deben someterse a las disposiciones de la nueva legislación. Sin embargo, si ya se realizaron los estudios técnicos y de acuerdo con la normativa derogada, esta le resulta más beneficiosa al adjudicatario, se registrará por las disposiciones de la normativa antigua, pero en lo que respecta al procedimiento administrativo. Esto se llevará a cabo, siempre y cuando se haya publicado el resultado del estudio técnico. Si quieren brindar los servicios que estipula la nueva normativa, deben gestionarlos ante la Secretaría, ya que no son considerados como derechos adquiridos, por tener adjudicado un título, anteriormente.

Los demás títulos se manejarán, de acuerdo con las disposiciones con las que fueron otorgados, en el pasado.

No llega a mencionarse un proceso de modificación de Títulos, tal y como lo hace la LGT de Costa Rica, sino que, si un beneficiario quiere brindar los servicios estipulados en la nueva normativa y que no está autorizado para desempeñarlos, dado que su título fue

otorgado mediante otra regulación, entonces deben acudir a la Secretaría, para que esta determine si les permite llevar a cabo los nuevos servicios, utilizando la misma banda de frecuencia, adjudicada con la normativa anterior.

d- República Dominicana

El proceso de “ajuste”, que se menciona en la ley dominicana, no indica qué significa este.

Aplica para los beneficiarios, quienes posean un título habilitante antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa.

El encargado de llevar a cabo el ajuste normativo, es el órgano regulador, pero no existe descripción de cómo es ese procedimiento. Se entiende que no es la ley la que debe describir este procedimiento, sino que es el órgano regulador, quien emitirá directrices inferiores a la ley, pero que será por medio de esos actos, como se llevará a cabo la adecuación.

Con el estudio realizado a la legislación extranjera en telecomunicaciones, puede desprenderse que, ninguna de las leyes, define lo que es el proceso de adecuación de títulos y cómo debe ser llevado a cabo. Si se lee la normativa de estos países, no se logra concluir, qué es el proceso de adecuación.

Si se echa un vistazo a la Directiva N° 462 de la Comunidad Andina, podrá verse que el tipo homologación del cual se habla es de títulos habilitantes, pero de país a país y no a lo interno del mismo, por lo que dicha normativa, tampoco sirve de aporte para esta investigación.

Igualmente, la Unión Europea regula el tema de las telecomunicaciones, pero sin

ahondar sobre la adecuación u homologación de títulos.

No puede obtenerse aporte por parte de las legislaciones analizadas, dado que se encuentran con el mismo vacío legal, del cual sufre Costa Rica en la actualidad.

11- *Análisis del transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones y su aplicación práctica*

Hemos observado que, efectivamente, existe un vacío legal en la actual LGT, que deja sin precisar el Contenido, Alcance y el Procedimiento de la adecuación de concesiones y lo dispuesto por el transitorio IV de la misma ley, aspectos que fueron introducidos en el ordenamiento jurídico costarricense y que se encuentran desamparados en su definición.

Ciertamente, era necesario que la figura de la adecuación, introducida en el citado transitorio IV, fuera implantada en la legislación costarricense, dado que se necesita un procedimiento donde las situaciones previas se ajusten al nuevo ordenamiento jurídico. El desatino legal se encuentra, en que los legisladores no definieron dicha figura en la ley, lo cual implica una posible solución, mediante decreto, donde el Poder Ejecutivo, a través de un reglamento, aclare “lo que se quiso decir” con “adecuación” de títulos, lo cual no es óptimo de acuerdo con la naturaleza jurídica de la ley, tal y como se explicó en el apartado de Derecho Transitorio.

La falencia existente en la LGT, da paso a múltiples interpretaciones sobre cómo

debe llevarse a cabo tal Procedimiento. Un ejemplo claro y concreto de ello, son las posiciones contrapuestas que sostienen el MINAET y la SUTEL, donde la primera, además de reconocer los Derechos Reales Administrativos (para ellos “Derechos Adquiridos”) de los adjudicatarios, esto como fruto de la Seguridad Jurídica que debe imperar en cualquier Sistema de Derecho, también son de la tesis de variar las condiciones previamente establecidas en su concesión, para permitir un uso comercial donde había sido establecido un uso no comercial y autorizar más servicios, pese a que su concesión solo había autorizado el uso del espectro, para un servicio específico. De esto, se deriva una serie de beneficios que adquieren los adjudicatarios, solo por el hecho de poseer un título otorgado por la Administración, pese a términos y condiciones establecidas, antes de la entrada en vigencia de la actual ley de telecomunicaciones.

Por su parte, la SUTEL indica, que, si bien es cierto, que los derechos adquiridos deben reconocerse, estos derechos son los que se derivan de las condiciones y términos que se establecieron en las respectivas concesiones originariamente otorgadas; de modo tal que la adecuación es para ajustar esos derechos y la actividad del concesionario al nuevo PNAF y, donde sea necesario, recuperar las bandas de frecuencias para asignarlas eficientemente y reasignarles otras bandas que, igualmente, sean útiles para los propósitos de la clase de uso y el servicio autorizado, que señalan las respectivas concesiones.

El espectro radioeléctrico, como bien demanial, está destinado al beneficio de la colectividad y no puede entrabarse el manejo y control de este, otorgando prerrogativas, por

medio del transitorio IV, que el ordenamiento no incluye dentro de la ley, aunque los beneficios de la convergencia se puedan disfrutar y por ello flexibilizar la asignación y gestión del espectro, ello requiere que se realice en las *nuevas* concesiones y no a través del transitorio IV, para las antiguas. Utilizando, de esta manera, dicha disposición transitoria, se desvirtúa el fin que persigue la norma y se ocasionan lesiones a los principios de no discriminación y eficiencia, favoreciendo a los concesionarios anteriores, a los cuales nunca se les otorgó ningún derecho de uso del espectro, con semejantes facultades y derechos, los cuales permite ahora el ordenamiento jurídico. Si pretenden esas ventajas y nuevos derechos, entonces, deben someterse a las mismas reglas que cualquier interesado debe seguir y competir en igualdad de condiciones. De otro modo, resultaría contrario a derecho y solo estaría permitiendo que los particulares, obtengan un lucro a expensas de un bien que pertenece a la Nación. Incluso pudimos ver también, como la SUTEL cree firmemente en los parámetros establecidos por la UIT donde, si debe haber reasignación de frecuencias con tal de sacar el mayor provecho posible del espectro radioeléctrico (el cual es un bien escaso y el mismo tiene un valor económico muy elevado a nivel mundial) debe hacerse, esto como resultado del bien común, el cual es el que impera sobre el bienestar de los particulares, tal y como se explicó en el apartado atinente a “Derechos Adquiridos” (Derechos Reales Administrativos).

Si bien es cierto, podríamos deducir, que parte del problema acaecido en el momento de la elaboración de la ley, fue por razones políticas y económicas, como es común que suceda en el Poder Legislativo, tampoco podemos afirmarlo. Y es que no

se encuentra plasmada la voluntad del legislador en las actas legislativas. No se indicó, expresamente, nada respecto de la figura de Adecuación. De ahí la necesidad de incluir dentro de este estudio, aspectos como la Convergencia, que no solo se encuentran relacionados directamente dentro el tema de la Adecuación, sino que sí existe constancia de lo que pensó el legislador en el momento de la elaboración de la ley, indicando que la idea es que se puedan brindar varios servicios a través de una misma red, lo que hace pensar que, beneficios como la convergencia, sí proceden a favor de los administrados, dentro del Procedimiento de Adecuación, *siempre y cuando se trate de un título que sea apto para brindar servicios a terceros.*

12- Recomendaciones

A la hora de realizar un procedimiento de adecuación, deben tomarse en cuenta varias circunstancias, entre ellas, podemos mencionar las siguientes, las cuales han sido resultado de un análisis llevado a cabo, por el Consejo de Estado español:

“Con carácter general, en todas las resoluciones de transformación de títulos habilitantes es preciso examinar cada una de las obligaciones impuestas (y los derechos reconocidos) al operador en el título preexistente e incluirlas en alguna de las siguientes categorías:

- a- Las condiciones del título incompatibles con la nueva legislación, que deben*

eliminarse en todo caso. Por ejemplo, las que establecen derechos especiales o exclusivos o lesionan los derechos que la nueva Ley reconoce a otros competidores. Es obvio que tales condiciones deben suprimirse.

- b- Las condiciones del título que, no siendo incompatibles con la nueva legislación, sin embargo deben igualmente suprimirse porque solo tenían sentido en un contexto no liberalizado, o no habían sido asumidas o impuestas con la finalidad de ser exigidas tras la liberalización.*
- c- Las condiciones que deben conservarse como condiciones específicas del nuevo título.”¹⁰*

Al igual que lo indica la PGR, lo hace la doctrina y nosotros compartimos estos criterios y lo que se señala es que, cualquier modificación que se lleve a cabo sobre un Título Habilitante, debe hacerse de acuerdo con un debido proceso (Artículos 39 y 41 de la Constitución Política) y basándose en razones de planificación, control, gestión y administración del espectro, tal y como lo ha indicado la UIT:

“La modificabilidad de autorizaciones y concesiones sólo se justifica en las necesidades de la planificación y el uso eficiente y de la disponibilidad del espectro radioeléctrico...la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se derivan de la modificación de un concreto título habilitante, siempre

10 Torre de Silva y López de Letona, Javier. (2005) La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la sociedad de la información: un estudio de derecho administrativo económico. Consejo de Estado: Boletín oficial del Estado. Madrid. Pág. 160

y cuando no medie causa imputable a su titular y dejando a salvo los supuestos en los que las modificaciones vayan impuestas por normas internacionales o comunitarias o que las modificaciones encuentren ocasión en la renovación del título y vengán exigidas para su adaptación...”¹¹

Es importante resaltar lo que apunta la doctrina, en cuanto al hecho de que una eventual indemnización procederá siempre y cuando se demuestre que el administrado es sujeto de resarcimiento, ya que, de demostrarse que el beneficiario hizo un uso ilegal de un bien que pertenece a la Nación, no cabrá indemnización alguna y, en los casos de reasignación, a criterio nuestro, tampoco procederá resarcimiento económico, ya que de igual manera, se le está adjudicando al administrado una banda de frecuencia, lo cual le permite continuar utilizando el bien, para su beneficio personal, sea privado o comercial, por lo que no se le está perjudicando o causando agravio, de ninguna forma.

A nuestro parecer, el mal llamado Procedimiento de Adecuación de Títulos Habilitantes en Costa Rica, en la LGT, consiste en una **Reasignación de bandas de frecuencias** que se basa en el PNAF y en la normativa internacional, de forma tal, que lo que se busca es utilizar de la mejor forma posible, el espectro radioeléctrico, eliminando posibles *interferencias*, como consecuencia de un uso inapropiado del mismo y dicho Procedimiento de Reasignación, se hará en armonía con el Título Habilitante que posea el concesionario, asignándole a este, la

banda apropiada, de acuerdo con el servicio que tiene como permitido prestar, de acuerdo con su título, concreta y específicamente adjudicado. La PGR se ha pronunciado al respecto, argumentando lo siguiente:

“...la circunstancia de que las frecuencias sobre las que recayó el permiso permitan hoy la prestación de servicios disponibles al público, no es causa que justifique que deban mantenerse las frecuencias y que se le deba dar una concesión. Como indicamos, lo procedente es que se le reasignen las frecuencias, de modo tal que puedan contar con las frecuencias para operar la red privada que le permita proveer de los servicios de comunicación que requiere para sus propias necesidades. Consecuentemente que a las frecuencias que son propias de la operación de redes públicas y de prestación de servicios disponibles al público se le dé el uso más eficiente posible, el cual obviamente no corresponde a una solicitud para servicios privados”¹².

Cuando a un administrado se le adjudica una banda de frecuencia por primera vez, la Administración se interesa por darle la idónea al mismo, tomando como parámetro, el servicio que va a prestar, es decir, el uso que va a hacer del bien. En el caso de los beneficiarios que ya tenían adjudicada una frecuencia para cuando entra a regir la nueva legislación, deben someterse a un estudio que realiza la Administración, ya que si están usando una banda que no

11 González García, Julio V. y otros. (2009) Derecho de los Bienes Públicos. Valencia. Guada Impresores, S.L. Pág. 1177

12 Dictamen **C-280-2011**. 11 de noviembre de 2011. Procuraduría General de la República. Pág. 22, último párrafo.

es la más adecuada, deben, entonces, y como consecuencia directa, someterse al “Procedimiento de Reasignación de Bandas de Frecuencia”, mediante el cual se va retirar la banda que disfrutaban (puesto que existe la obligación de devolverlas, según transitorio IV LGT), durante la vigencia de la antigua normativa y, si así corresponde, se les otorgará una nuevamente, para que sigan utilizando el bien demanial, de la manera que les fuera autorizado en su concesión original, en la banda que corresponda.

Deben tomarse en cuenta diversos aspectos, como ya se indicó, el realizar los estudios pertinentes y determinar si el adjudicatario está haciendo un uso personal del bien, es decir, no comercial, ya que de ser así, procede la mencionada Reasignación de Frecuencias. Pero si del estudio hecho resulta, que el administrado desea prestar servicios a terceros, o sea, hacer un uso comercial del espectro y no cuenta con la respetiva concesión de uso comercial, entonces no cabe la Reasignación, sino que el administrado debe someterse al procedimiento de Concurso Público, tal y como lo indica la normativa administrativa en Costa Rica y tal y como se explica en el dictamen de la PGR, número 151, con fecha 5 de julio del año 2011.

Lo anterior se debe a que, en Costa Rica y, tomando en cuenta a la doctrina patria, *“no hay posibilidad de un mercado secundario de derechos de propiedad sobre el espectro y el modelo de exención de licencias cubre muy poco espectro... Lo que hace suponer y concluir que nuestro modelo de gestión del espectro radioeléctrico viene de un modelo*

*de comando control, el cual se conserva en la actualidad con el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, y los mecanismos de asignación mediante concurso público o en forma directa, excepcionalmente.”*¹³ Todo esto, es resultado de que, por ser el espectro un bien de dominio público, el administrado debe adaptarse, principalmente, a lo que indique el ordenamiento jurídico y como lo aclaró la Procuradora Adjunta, para prestar servicios a terceros, debe el interesado, haberse sometido a un procedimiento concursal, ya que así lo estipula la normativa costarricense y, el titular, no puede disponer libremente de su habilitación, para hacer lo que le genere más beneficio, sin tomar en cuenta las disposiciones específicas, del acto administrativo.

Conclusiones

- 1- Salvo que se trate de un administrado que se encuentre realizando actos o usos indebidos, como lo es el no pago de los cánones correspondientes o, usar el espectro sin contar con un título o, utilizar la frecuencia teniendo los títulos vencidos o, realizar un uso no correspondiente a ese título, la frecuencia la va a conservar el adjudicatario. Si el uso dado es indebido, lo que procede es el retiro de las bandas, sin indemnización;
- 2- Si el adjudicatario ha hecho un uso adecuado de la frecuencia, pero esta no es apta para llevar a cabo la prestación de un determinado servicio, le será **reasignada** una banda apropiada para que lleve a cabo el uso respectivo del bien

13 Brealey Zamora, Jorge. *Generalidades de la regulación del espectro radioeléctrico y los servicios inalámbricos de telecomunicaciones en Costa Rica*, San José, 2011, págs. 10. [obra inédita].

demanial, manteniendo el administrado, exclusivamente, el derecho adquirido de uso y disfrute sobre el bien demanial y nunca un derecho de disposición sobre el bien. (Derechos Reales Administrativos). Ya dijimos en repetidas ocasiones, que no se pueden alegar derechos adquiridos de propiedad, frente a bienes que son propiedad de la Nación. Por eso estos no llegan a incorporarse al patrimonio del particular. Lo que procede a Reasignarse, son las frecuencias para títulos existentes, antes de la entrada en vigor de la LGT;

- 3- Todo aquel administrado que desee prestar servicios a terceros de manera comercial, deberá tener adjudicada una concesión de uso comercial. Si en el momento de la entrada en vigencia de la LGT, no contaban con dicho Título Habilitante, deberá: 1) someterse a un concurso público y participar de la licitación respectiva, si le interesa ser el titular de una concesión, para realizar un uso comercial del espectro, tal y como corresponde, en materia de Contratación Administrativa. Entonces, si un administrado cuenta con un permiso o una autorización, no procede la prestación del servicio a terceros, dado que no es esa la naturaleza de estos títulos, los cuales eran otorgados única y exclusivamente, para probar equipos (permisos) y de uso personal o, 2) Si al administrado no le interesa adjudicarse la titularidad de la concesión,

pero quiere realizar algún contrato con una persona física o jurídica, que sea concesionaria para poder, aunque sea de forma indirecta, hacer uso del bien, obteniendo lucro de ese contrato realizado entre el interesado en usar el bien demanial y la concesionaria, que es quien cuenta con el Título Habilitante, para usar y aprovechar el espectro, debe ser revisado por la SUTEL, esto porque el servicio de telecomunicaciones y, por tanto, el uso del espectro radioeléctrico, se encuentra regulado, en la normativa costarricense.

- 4- En el caso particular de los nuevos concesionarios, los mismos podrán beneficiarse de la convergencia, mientras su Título Habilitante lo manifieste expresamente, por lo que no deben someterse a un doble proceso para adquirir los beneficios de la figura. Para el caso de los concesionarios que obtuvieron su título con la legislación derogada, no pueden beneficiarse de este fenómeno tecnológico, como resultado del cambio normativo, ya que deben apegarse a lo que indique su contrato de concesión y sujetarse a las disposiciones del PNAF, tal y como lo indica el Transitorio IV de la LGT. Indica la PGR:

“Es decir, la aplicación de la convergencia no permite que en las redes privadas se presten servicios disponibles al público”¹⁴

14 Dictamen C-280-2011. 11 de noviembre de 2011. **PGR**. Pág. 24, párrafo segundo.

Bibliografía

Brealey Zamora, Jorge. *Generalidades de la regulación del espectro radioeléctrico y los servicios inalámbricos de telecomunicaciones en Costa Rica*, San José, 2011, págs. 10. [obra inédita].

Culler March, Cristina. (2011) La Regulación del espacio radioeléctrico. Editorial Bosch S.A. Barcelona.

Dictamen **C-280-2011**. 11 de noviembre de 2011. Procuraduría General de la República. González García, Julio V. y otros. (2009) *Derecho de los Bienes Públicos*. Valencia. Guada Impresores, S.L.

Lewin, Ivan y van Nierop, Bárbara. *Disposiciones Transitorias*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 2003.

Ley N° 1632 Ley de Telecomunicaciones de Bolivia. Publicada el 5 de Julio de 1995.

Ley General de Telecomunicaciones de España de 1998.

Ley Federal De Telecomunicaciones de Méjico de 1995.

Ley General de las Telecomunicaciones de República Dominicana de 1998.

Muñoz, Hugo Alfonso. (2000) *Manual Centroamericano de Técnica Legislativa*. San José, Costa Rica. Diseño Alternativo S.A.

Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. 2009.

Torre de Silva y López de Letona, Javier. (2005) *La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la sociedad de la información: un estudio de derecho administrativo económico*. Consejo de Estado: Boletín oficial del Estado. Madrid.

1<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/34282/Doc30.pdf> 6 de diciembre de 2010 20:07

<http://www.economiainstitucional.com/pdf/No23/aaldana23.pdf> 26 de mayo de 2011 10:39