

INFORME TÉCNICO JURÍDICO

IT-DNP-2011-059

“DETERMINACIÓN DE LAS RAZONES JURIDICAS POR LAS CUALES EN CONCESIÓN DIRECTA NO SE PAGA POSTURA INICIAL”

Informe realizado por: *Licda. Milena Montero Rodríguez*
Asesora de la Dirección de Normas y Procedimientos.

Supervisado y avalado por: *MSc. Sylvia Solís Mora*
Directora de Normas y Procedimientos

Fecha: *21 de junio del 2011.*

I. ANTECEDENTES

En atención al Memorandum ME-DNP-2011-328 fechado 07 de junio de 2011, suscrito por la MSc. Sylvia Solís Mora, Directora de Normas y Procedimientos del Viceministerio de Telecomunicaciones del MINAET; y en el cual se indica que la señora Viceministra de Telecomunicaciones solicitó verbalmente a esta Dirección, determinar las razones jurídicas por las cuales en Concesión Directa no se debe “pagar” postura inicial, como sí sucede en Concurso Público, pero sí debe cancelar lo correspondiente por el canon de reserva del espectro radioeléctrico; se presenta el siguiente análisis jurídico.

II. JUSTIFICACIÓN

El Reglamento de Organización del Viceministerio de Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo N° 34997-MINAET, regula en su Capítulo VII todo lo referente a la Dirección de Normas y Procedimientos, dependencia fundamental de la Rectoría de Telecomunicaciones. Dicho cuerpo normativo en su artículo 37 inciso a) establece como facultad esencial de la misma:

“Art. 37. Competencias y relación jerárquica.

a) Actuar en procura de la aplicabilidad y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico relacionado con el Sector Telecomunicaciones, velando porque las actuaciones del Viceministerio de Telecomunicaciones y de sus Direcciones sean conformes con dicho ordenamiento, particularmente en los asuntos estratégicos relacionados con la Rectoría del Sector.”

Razón por la cual es que el inciso f) del artículo 38 del referido Reglamento le otorga la competencia asesora en última instancia dentro del Viceministerio de Telecomunicaciones, sea:

“Art. 38. Atribuciones.

(...)

f) Asesorar y emitir dictámenes a requerimiento de la Auditoría Interna y de las diferentes Direcciones, en asuntos relacionados con la actividad ordinaria del Viceministerio de Telecomunicaciones.”

Precisamente, en ejecución de las citadas competencias es que se procede a realizar el análisis solicitado.

III. ANÁLISIS

Para el cumplimiento de los objetivos de planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, éste se clasifica sus bandas de frecuencias, en cinco tipos distintos, todo de conformidad con el artículo 09 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642 publicada en La Gaceta N° 125 del 30 de junio de 2008, que expresa:

“ARTÍCULO 9.- Clasificación del espectro radioeléctrico

Por su uso, las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico se clasifican como sigue.:

a) *Uso comercial.* *Comprende la utilización de bandas de frecuencias para la operación de redes públicas y la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, a cambio de una contraprestación económica.*

b) *Uso no comercial.* *Consiste en la utilización de bandas de frecuencias para operaciones de carácter temporal, experimental, científico, servicios de radiocomunicación privada, banda ciudadana, de radioaficionados o redes de telemetría de instituciones públicas.*

c) *Uso oficial.* *Corresponde a las bandas de frecuencias necesarias para establecer las comunicaciones de las instituciones del Estado, las cuales implican un uso exclusivo y no comercial.*

d) *Uso para seguridad, socorro y emergencia.* *Corresponde a las bandas de frecuencias atribuidas para radionavegación, seguridad aeronáutica, marítima y otros servicios de ayuda.*

e) *Uso libre.* *Corresponde a las bandas de frecuencias así asignadas en el Plan nacional de atribución de frecuencias. Estas bandas no requerirán concesión, autorización o*

permiso y estarán sujetas a las características técnicas establecidas reglamentariamente.”

Según esta clasificación, las frecuencias pueden ser dadas en uso o concesionadas a los administrados o interesados mediante concurso público, concesión directa, permiso o autorización. En el caso de las bandas de frecuencias consideradas como de uso libre, no se requiere concesión, autorización o permiso para su uso, pero sí estarán sujetos a las características técnicas establecidas mediante reglamento. Concretamente, nos centraremos en la Concesión Directa, ya que ésta es el objeto de nuestro estudio.

1. CONCESIÓN DIRECTA

El Poder Ejecutivo asignará de forma directa, y sin que medie concurso público, las frecuencias requeridas para la operación de **redes privadas y de las que no requieran asignación exclusiva para su óptima utilización**. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley General de Telecomunicaciones que permite a las redes privadas otorgarlas también por medio de permiso. Así, el numeral 19 de la Ley General de Telecomunicaciones expone:

“ARTÍCULO 19.- Concesión directa

*Cuando se trate de frecuencias requeridas para la operación de **redes privadas y de las que no requieran asignación exclusiva para su óptima utilización**, las concesiones serán otorgadas por el Poder Ejecutivo en forma directa, según el orden de recibo de la solicitud que presente el interesado. La Sutel instruirá el procedimiento de otorgamiento de la concesión.”* (Lo resaltado no pertenece al texto original)

En similares palabras establece el artículo 34 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones:

*“Artículo 34.— Concesión directa. Cuando se trate de frecuencias requeridas para la operación de **redes privadas y de las que no requieran asignación exclusiva para su óptima utilización**, las concesiones serán otorgadas por el Poder Ejecutivo en forma directa, según el orden de recibo de la solicitud que presente el interesado. La SUTEL instruirá el procedimiento de otorgamiento de la concesión según sus procedimientos internos”* (Lo resaltado no pertenece al texto original)

Se deduce de los artículos de cita que los Administrados interesados en frecuencias de asignación no exclusiva deberán presentar su solicitud ante la Administración Pública, y éstas se atenderán según el orden de presentación. El Poder Ejecutivo asignará dichas frecuencias, previa instrucción del procedimiento de concesión directa por parte de SUTEL, es decir, que la Superintendencia de Telecomunicaciones emitirá recomendaciones técnicas en las cuales se apoye el Poder Ejecutivo para concesionar las frecuencias solicitadas a los interesados.

Ya en un anterior Informe Técnico que emitiera esta Dirección (IT-DNP-2011-020 BIS del 21 de marzo de 2011), se hizo un análisis sobre la naturaleza jurídica de la Concesión Directa. Criterio que se reitera en el presente análisis. Entre otras cosas, el informe de cita anterior, determinó que:

“Así, nos encontramos ante dos escenarios normativos posibles, por los cuales se podría regir el procedimiento de Concesión Directa:

Uno de esos escenarios se podría desarrollar bajo el Régimen establecido en la Ley General de la Administración

Pública, Ley N° 6227 de mayo de 1978, si consideráramos que la Concesión Directa se trata de la promulgación de un acto administrativo por parte de la Administración, de frente a la solicitud de un administrado que cumple con ciertos requisitos. Así lo define el jurista mexicano Cano Meléndez, al referirse a la concesión:

“[...] es un acto administrativo público, por medio del cual el Estado, llamado concedente, faculta a particular, llamado concesionario, para que administre y explote en su provecho, en forma regular y continua, pero por tiempo determinado, bienes del dominio público o servicios públicos, en vista de satisfacer un bien colectivo, mediante una ley preconcebida y un contrato formulado entre las partes”¹

Bajo este esquema, la Concesión es vista como “un acto unilateral”, es decir, un acto típico del poder público, en ejercicio exclusivo de la potestad soberana.

Al respecto, la Ley General de Telecomunicaciones dispone en su artículo 04, lo siguiente:

*“Artículo 4: Alcance. Esta Ley es de orden público, sus disposiciones son irrenunciables y es de aplicación obligatoria sobre cualesquiera otras leyes, reglamentos, costumbres, prácticas, usos o estipulaciones contractuales en contrario. **Para lo no previsto en esta Ley regirá, supletoriamente, la Ley General de la Administración Pública, N°. 6227, de 2 de mayo de 1978, en lo que resulte aplicable.**” (Lo resaltado no pertenece al texto original)*

Cómo se puede observar, existe una referencia directa a una fuente de derecho específica, en caso de vacío normativo, por parte de la Ley General de Telecomunicaciones, cual es acudir supletoriamente a la Ley General de la Administración

¹ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19.pdf>

Pública. Así mismo, los artículos 22 y 65 de la Ley General de Telecomunicaciones y 36 de su Reglamento, remiten expresamente a la Ley General de la Administración Pública, en casos de aplicación del debido proceso, por revocación o resolución de los actos de concesión, o por aplicación del Régimen Sancionatorio. En aplicación del marco de legalidad establecido en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, y el cual establece que la Administración actuará sometida al ordenamiento jurídico y solo podrá realizar los actos o prestar servicios de conformidad con el ordenamiento jurídico; la Administración deberá aplicar supletoriamente la Ley General de la Administración Pública sobre todo lo que no se regule en la Ley General de Telecomunicaciones.

El otro escenario posible, es aquel regulado por la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, ya que la figura de Concesión, es un instituto propio de la Contratación Administrativa.

En este sentido, hay una teoría sobre la naturaleza jurídica de la concesión, que ve esta figura como “un contrato”. El jurista francés H. Berthelemy dice al respecto:

“La concesión es un contrato por el cual un empresario se compromete a efectuar o gestionar un trabajo público, mediante el derecho de percibir las rentas que se obtengan del uso de esa cosa pública”²

Por último, la doctrina francesa ha propuesto una tercera teoría sobre la naturaleza jurídica de la concesión, la cual es vista como un “acto mixto”, es decir, que dicho acto se descompone en dos elementos, a saber, la situación reglamentaria y el acto administrativo, y de esto se desprende sus dos fases, como acto unilateral y como acto administrativo.

² <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19.pdf>

La Sala Constitucional, en su voto 2008-4569 de las catorce horas con treinta minutos de veintiséis de marzo de dos mil ocho, dispuso en lo que interesa:

*“El precepto consultado (sobre Concesión Directa) hace referencia a que las “frecuencias requeridas para la operación de redes privadas y de las que no requieran asignación exclusiva para su óptima utilización” pueden ser objeto de una concesión directa por el Poder Ejecutivo. **La posibilidad de conceder directamente tales frecuencias obedece, precisamente, a su particularidad de no requerir una asignación exclusiva para su óptima utilización, esto es, que no se presenta el problema respecto de las frecuencias existentes en el campo radioeléctrico que sí precisan de un uso o explotación exclusiva, casos en los cuales sí es necesario garantizar la libre concurrencia, la igualdad de trato entre potenciales oferentes, la publicidad, la legalidad y la transparencia. Bajo esa inteligencia, este Tribunal Constitucional no estima que la figura de la concesión directa, bajo los supuestos de hecho regulados en el proyecto, quebrante el Derecho de la Constitución. Nótese que, en todo caso, el numeral consultado le impone la obligación a la SUTEL de instruir un procedimiento de otorgamiento, en el cual es de esperar que se garanticen los principios de juridicidad, legalidad, publicidad y participación.**”*

Al amparo de lo transcrito, se puede concluir que para aquellas frecuencias que precisan de un uso o explotación exclusiva, sí es necesario garantizar la libre concurrencia, la igualdad de trato entre potenciales oferentes, la publicidad, la legalidad y la transparencia, principios todos de Contratación Administrativa en el caso del concurso público. No obstante, continua diciendo la Sala que las frecuencias requeridas para la operación de redes privadas y de las que no requieran asignación exclusiva para su óptima utilización, pueden ser objeto de una Concesión Directa por el Poder

Ejecutivo, y que en este caso lo que se espera es que el procedimiento de Concesión Directa vigile la aplicación de los principios de juridicidad o licitud como también es llamado, legalidad, publicidad y participación.

*Teniendo en la palestra estas ideas, se puede concluir que la “**Concesión Directa**”, si bien se considera un instituto propio de la contratación administrativa, la Ley General de Telecomunicaciones se refiere a ella en forma escueta y remite los vacíos de su normativa en este tema a la Ley General de la Administración Pública, con lo cual se puede decir que **la concesión desde la óptica de la Ley General de Telecomunicaciones es vista como “un acto administrativo” por medio del cual la Administración muestra aquiescencia a que un particular que cumple con ciertas características, use y explote bienes de dominio público, sin que medie concurso licitatorio para tal asignación.**”*

Llegando a esta conclusión, se tiene entonces que **no existe un procedimiento concursal por medio del cual se puedan concesionar frecuencias de uso no exclusivo**. Hemos visto que la Ley General de Telecomunicaciones otorga éstas de forma directa mediante un procedimiento que no es regido por la Ley de Contratación Administrativa.

Así las cosas, al no haber competencia entre potenciales interesados, impera el principio de “*prior tempore, potior iure*”, de conformidad con el marco de legalidad que rige a la Administración Pública, **el cual no impone ningún requerimiento en este sentido**. Es decir, **se puede concluir, que no se debe solicitar al interesado el pago de algún tipo de postura económica por las frecuencias de uso no exclusivo que desee solicitar en concesión.**

En otras palabras, ni la Ley General de Telecomunicaciones ni su Reglamento, indican que el administrado deba presentar algún tipo de postura económica para poder ser concesionario de lo que solicita. Y aún cuando lo indicara, consituiría un sin sentido puesto que no podría presentarse postura económica alguna cuando no existe concurso alguno y pueden todos los postulantes ser adjudicatarios en razón de que las frecuencias son de “asignación no exclusiva”.

No obstante, no se omite indicar que, una vez que el administrado tenga otorgada la concesión directa deberá cancelar ante la Administración lo correspondiente por concepto de cánones, tributos establecidos por ley, tal y como veremos más adelante.

2. PAGO DE CÁNONES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

La Ley General de Telecomunicaciones contempla dos tipos de cánones: el Canon de Regulación y el Canon de Reserva del Espectro.

El primero financiará la administración eficiente del Espectro Radioeléctrico, y el segundo atenderá los gastos de planificación, administración y control del uso de este bien demanial.

El canon de regulación, según el artículo 62 de la Ley General de Telecomunicaciones, debe ser cancelado por cada operador de redes de telecomunicaciones y proveedor de servicios de telecomunicaciones, de forma anual y que será determinado por el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N. ° 7593, de 9 de agosto de 1996

Por su parte, el artículo 63 de esta misma ley regula el canon de reserva del espectro e indica que serán sujetos pasivos de esta tasa los operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, a los cuales se haya asignado bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, independientemente de que hagan uso de dichas bandas o no.

Así bien, tenemos que aquellos operadores o proveedores que sean concesionarios de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, sea de forma concursal (frecuencias de asignación exclusiva) o directa (frecuencias de asignación no exclusiva), deberán pagar tanto el canon de regulación como el de reserva del espectro. Por lo que se tiene lo siguiente:

	PAGO DE POSTURA ECONÓMICA	PAGO CANON DE REGULACIÓN	PAGO DE CANON DE RESERVA
CONCESIÓN DIRECTA	NO	SI	SI

IV. CONCLUSIONES

Como principales conclusiones se tienen:

1. Las frecuencias de asignación no exclusiva se asignarán de forma directa, tal y como lo indica el artículo 19 de la Ley General de Telecomunicaciones.

2. La Concesión Directa se rige no solo por la Ley General de Telecomunicaciones sino también por la Ley General de la Administración Pública.
3. Desde el punto de vista de la Ley General de Telecomunicaciones, la Concesión Directa **no es un procedimiento de Contratación Administrativa**, por lo cual la Ley de Contratación Administrativa no le es aplicable.
4. Al no ser la Concesión Directa un concurso, en razón de que las frecuencias a otorgar no poseen una asignación exclusiva, se adjudica a todos los interesados según el orden de presentación de la solicitud, previo cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto.
5. En Concesión Directa no se paga postura económica porque no hay concurso, además de que no existe regulación legal que indique que sea así.
6. Que, una vez otorgadas mediante Concesión Directa las frecuencias de asignación no exclusiva, los concesionarios sí tienen que cancelar lo correspondiente por canon de regulación y por canon de reserva del Espectro Radioeléctrico, una vez que ostenten el título habilitante.

* _ * _ * _ * _ *