MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES
RECIBIDO POR: Dinia Araya
10 MAY. 2016
Hora: 1:45 pm
DESPACHO MINISTRO

10 de mayo, 2016
C-110-2016

MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES
RECIBIDO POR Quesada S.
10 MAY. 2016
Hora: 1:38
RECEPCIÓN DE DOCUMENTO

Doctor
Marcelo Jenkins Coronas
Ministro de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones

Estimado señor:

Me refiero a su atento oficio N. MICITT-DM-OF-075-2016 de 2 de febrero último, mediante el cual solicita el criterio de la Procuraduría General de la República, "en cuanto a la determinación de las pautas a seguir conforme a la legislación vigente sobre la integración de normas en caso de posibles vacíos o lagunas contenidas en la Ley N. 1758, Ley de Radio (Servicios Inalámbricos) del 26 de junio de 1954". Así como *"sobre las pautas a seguir de cara al proceso de transición a la televisión digital terrestre en virtud de lo establecido por el Poder Ejecutivo mediante Decreto Ejecutivo N. 36009-MINAET de fecha 25 de mayo de 2010".* En concreto, consulta:

*1-. "¿Los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de libre acceso, son concebidos como servicios de telecomunicaciones?*

*2-. Siendo que los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre son servicios de telecomunicaciones, ¿En caso de la existencia de lagunas o vacíos en la Ley de Radio, es la Ley General de Telecomunicaciones la norma que debe aplicarse supletoriamente con el fin de llenar los mismos?*

*3-. ¿Es la Superintendencia de Telecomunicaciones el órgano encargado de la regulación del servicio y de las redes relacionadas con la radiodifusión sonora y televisiva; incluyendo el régimen de competencia, acceso e interconexión, y de determinar cuándo la concentración de frecuencias afecte la competencia efectiva?*

*4-. ¿La regulación de interconexión, administración y control del espectro en materia de radiodifusión, en razón de todos los motivos técnicos y legales expuestos, se encuentran debidamente regulados en la Ley General de Telecomunicaciones?*

*5-. Tomando en cuenta que el operador de canal lógico o programador, es una persona física o jurídica que utiliza la concesión otorgada a un tercero, para proveer sus servicios de televisión digital terrestre, ¿es posible que puede regularse por medio de alguna o todas las siguientes maneras: a) vía reglamento, b) Por medio de las especificaciones técnicas que se establezcan en el respectivo cartel de licitación en el marco del concurso público, cuyo objeto sea el ancho de banda de 6MHz; c) Por medio del proceso de concentración, regulado a partir del artículo 56 de la LGT, donde se permiten las alianzas estratégicas o incluso cualquier otro acto que se realicen entre operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones que han sido independientes entre sí, o d) Por medio del título habilitante denominado "autorización" y regulado por la LGT?".*

Remite Ud. el informe *"Acerca de la consulta a la Procuraduría General de la República sobre la aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones en materia de radiodifusión sonora y televisiva, en cumplimiento de las disposiciones de la Contraloría General de la República"*, N. MICITT-DCN-IT-001-2016 de 1 de febrero del presente año. En este se concluye:

1) La Ley General de Telecomunicaciones es el cuerpo legal que asegura la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos.

2) Los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de libre acceso son concebidos como servicios de telecomunicaciones y están sometidos al régimen mixto regulado por la Ley de Radio como por la LGT.

3) Dichos servicios son servicios de telecomunicaciones regulados por un régimen jurídico mixto y que en defecto de especificación expresa en la legislación especial aplicará la ley general (supletoriamente en los ámbitos en que no existe disposición específica en la Ley de Radio y no resulte prohibida la aplicación.

4) SUTEL es el órgano encargado de la regulación del servicio y de las redes relacionadas con la radiodifusión sonora y televisiva.

5) En cuanto a los informes DFOE-IFR-IF-06-2012 y DFOE-IFR-05-2013 de la Contraloría General de la República, concluye que:

a) se está en presencia de un régimen mixto que permite integrar la normativa en la materia y solventar cualquier vacío normativo o la aplicación de la LGT en lo no dispuesto por la Ley de Radio.

b) los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre al implicar el uso del espectro, encuentran su regulación en la LGT y sus principios rectores.

c) La regulación de interconexión, administración y control del espectro en materia de radiodifusión se encuentra en la LGT.

d) Si bien se está ante un cambio tecnológico, no se cambia la naturaleza del servicio de radiodifusión, ya que lo que varía son sus características técnicas de transmisión y resolución, sin que implique que se brinden servicios de telecomunicaciones disponibles al público a través de sus redes.

e) el procedimiento para la asignación de concesiones de radiodifusión, por aplicación supletoria y en atención al fin y principios que establece la norma es el dispuesto por la Ley de Radio, aplicándose supletoriamente la LGT cuando existan vacíos o lagunas.

f) El modelo de operar multiplex es una modalidad de negocios y servicios que se posibilita a través de la televisión digital terrestre, cuyos componentes encuentran regulación en las figuras de la LGT.

g) Bajo el marco legal de la LGT se regulan los servicios en convergencia, entre ellos los de radiodifusión sonora y televisiva y por ende, la televisión digital terrestre que es una de las modalidades.

6) el objeto de la concesión de espectro radioeléctrico, sea 6 MHz de espectro es indivisible, por lo que no se puede técnicamente concesionar a diferentes personas, por ejemplo en 6 programaciones o canales lógicos del ancho de 1 MHz cada uno, por lo que deberá concesionarse los 6 MHz en un solo bloque.

7) Por el carácter indivisible de los 6 MHz, por su carácter de asignación exclusiva según el PNAF y el tipo de proceso, no es posible declarar como adjudicatario de la concesión a más de una persona.

8) El legislador estableció que la materia de radiodifusión queda sujeta a dicha Ley en cuanto a la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico,

acceso e interconexión y al régimen sectorial de competencia. Por lo que Sutel es el llamado a regular todo lo concerniente a la prestación de los servicios de radiocomunicaciones y temas del espectro.

9) La definición del mecanismo del otorgamiento del espectro es reserva de ley, y esa situación está resuelta desde la promulgación de la LGT y de la Ley de Radio.
10) El operador de canal lógico o programador es una persona física o jurídica que utiliza la concesión otorgada a un tercero para proveer sus servicios de televisión digital terrestre y su habilitación puede regularse por cuatro maneras:

a) vía reglamento

b) por medio de especificaciones técnicas del cartel de licitación en el marco de un concurso público cuyo objeto sea el ancho de banda de 6 MHz.

c) mediante un proceso de concentración con base en el artículo 56 de la LGT

d) Por medio de una autorización.

La Procuraduría General analiza los temas consultados, tomando en consideración que:

- Los servicios de radiodifusión son servicios de telecomunicaciones.
- La aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones a los servicios de radiodifusión.
- Competencia de la SUTEL sobre radiodifusión.
- Regulación del operador de canal lógico o programador.

## A-. LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSION SONORA SON TELECOMUNICACIONES

En el Informe remitido con la consulta se señala que los servicios de radiodifusión son servicios de telecomunicaciones, desde el punto de vista del ordenamiento nacional y de Unión Internacional de Telecomunicaciones. Punto en que se transcribe lo señalado en el dictamen N. C-089-2010 de 20 de abril de 2010 de esta Procuraduría.

En el estado actual del ordenamiento legal, no existe una definición de radiodifusión. Ciertamente, la Ley de Radio definía el servicio de radiodifusión como el servicio de radiocomunicación dirigido a ser recibido directamente por el público en general, lo que comprende la emisión sonora, televisiva o de otro género. En efecto, disponía el artículo 10 de la Ley, hoy derogado:

> *"Es servicio de radiodifusión el que, mediante emisiones sonoras o visuales -televisión- trasmite directamente al público programas culturales educativos, artísticos, informativos o de entretenimiento que respondan al interés general".*

Definición que se conformaba con la internacional. El Convenio sobre la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, aprobado por la Ley N° 8100 de 4 de abril de 2002, en su Anexo, define dicho servicio como:

> *"1010 Servicio de radiodifusión: Servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género".*

En tanto que es:

> ***"1009 Radiocomunicación:** Toda telecomunicación transmitida por ondas radioeléctricas".*

> ***"1012 Telecomunicación:** Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos".*

El término telecomunicación hace referencia tanto a los servicios que se transmiten por ondas electromagnéticas como a otro tipo de servicios donde la comunicación no hace uso de esas ondas. Habrá telecomunicación en tanto se esté en presencia de una transmisión, emisión o recepción de señales, escritos, imágenes, sonidos o cualquier otra información por un sistema de hilo, medios ópticos, radioeléctricos u electromagnéticos. Agrupa, entonces, las radiocomunicaciones y otros tipos de telecomunicación. Las radiocomunicaciones son telecomunicaciones transmitidas por ondas radioeléctricas, tal como indica el punto 1009 del Anexo del Convenio sobre la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, antes transcrito. Las ondas hertzianas son energía radioeléctrica definida por cualidades

físicas (longitud y frecuencia) y que se propagan por el espacio aéreo. Es este bien el que permite la explotación de diversos servicios, entre ellos telegrafía, telefonía inalámbrica, radionavegación y radiodifusión, entre otros.

Por lo que no queda duda de que a nivel internacional, la radiodifusión por ser radiocomunicación es telecomunicación. Concepción que retiene nuestro legislador en la Ley General de Telecomunicaciones, que define telecomunicaciones en su artículo 6 como:

> *"29) Telecomunicaciones: 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".*

Al comprender la definición legal de telecomunicaciones la transmisión, emisión o recepción a partir de ondas radioeléctricas, abarca la radiodifusión. Incorporación que ratifica el concepto de redes de telecomunicaciones y de servicios de telecomunicaciones:

> ***"19) Red de telecomunicaciones:*** *sistemas de transmisión y demás recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios radioeléctricos, con inclusión de las redes satelitales, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos o de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, utilizadas para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada.*
>
> ***23) Servicios de telecomunicaciones:*** *servicios que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de telecomunicaciones. Incluyen los servicios de telecomunicaciones que se prestan por las redes utilizadas para la radiodifusión sonora o televisiva".*

Las redes de radiodifusión sonora y televisiva y las redes de televisión por cable son redes de telecomunicaciones y el servicio de radiodifusión es un servicio de telecomunicación en tanto se preste por esas redes. Es por ello que en el dictamen N. C-89-2010 de 30 de abril de 2010, manifestó la Procuraduría: *"Dada la amplitud de la definición del término telecomunicaciones, no puede existir duda en cuanto que la*

*radiodifusión es una especie de telecomunicaciones".* Criterio que reafirmó en el dictamen N. C-280-2011 de 11 de noviembre de 2011.

Dada esa naturaleza podría considerarse que le resulta aplicable el conjunto de disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones. Se sometería, así, al régimen jurídico de las telecomunicaciones por ella establecido. No obstante, el legislador dispuso mantener la vigencia de la Ley de Radio, por lo que el régimen jurídico es mixto.

## B-. RADIODIFUSION: SUJECIÓN A UN RÉGIMEN MIXTO

Partiendo de que la radiodifusión es telecomunicación, el Ministerio pregunta si al existir lagunas o vacíos en la Ley de Radio, puede aplicarse la Ley General de Telecomunicaciones para llenar dichos vacíos. Una consulta que se plantea a raíz de que la Ley General de Telecomunicaciones derogó una parte apreciable de las disposiciones de la Ley de Radio. Al mismo tiempo, estableció la sujeción de los servicios de radiodifusión a ciertas disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones.

La norma general en materia de telecomunicaciones es la Ley General. Dado ese carácter y al ser la radiodifusión un servicio de telecomunicación, cabría considerar la aplicación de la norma general. Sin embargo, el legislador decidió excepcionar esa aplicación general y uniforme, manteniendo la aplicación de la Ley de Radio en lo no derogado.

Dispone la Ley General sobre ese régimen:

> ***"ARTÍCULO 29.- Servicios de radiodifusión y televisión***
>
> *El aprovechamiento de la radiodifusión sonora y televisiva, por sus aspectos informativos, culturales y recreativos, constituye una actividad privada de interés público. El otorgamiento de concesiones y la prestación de los servicios de radiodifusión y televisión continuarán rigiéndose por lo dispuesto en la Ley de radio, N.º 1758, de 19 de junio de 1954, sus reformas y su Reglamento. A la Sutel le corresponderá realizar las actividades y los estudios necesarios para preparar el concurso de la concesión y recomendarle al Poder Ejecutivo el otorgamiento o no de estas concesiones.*

*Los servicios de radiodifusión sonora o televisiva definidos en el presente artículo, son los de acceso libre; estos se entienden como servicios de radiodifusión sonora o televisión convencional, de programación comercial, educativa o cultural, que pueden ser recibidos libremente por el público, en general, sin pago de derechos de suscripción, y sus señales se transmiten en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, las redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión y televisión, quedan sujetas a la presente Ley en lo dispuesto en materia de planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y al régimen sectorial de competencia previsto en esta Ley.*

*Cuando los proveedores de servicios de radiodifusión y televisión se encuentren habilitados tecnológicamente para prestar servicios de telecomunicaciones por medio de sus redes, deberán sujetarse a las regulaciones previstas en la presente Ley. Para prestar servicios de telecomunicaciones deberán contar con el respectivo título habilitante y cumplir los requisitos legales y administrativos que para ello se requiera".*

La Procuraduría General analizó el contenido de este artículo en el citado dictamen C-089-2010 antes citado, en el que se señaló:

*"Lo primero que salta a la vista es la afirmación legislativa de la naturaleza del servicio, afirmación que no se hace respecto del resto de servicios de telecomunicaciones. En efecto, respecto de estos no se precisa cuál es la naturaleza jurídica de la actividad, obligando al operador jurídico a derivarlo del conjunto de sus disposiciones. Luego, la exclusión de la Ley General de Telecomunicaciones en cuanto al régimen de los títulos habilitantes y respecto de la propia prestación de los servicios. Estos ámbitos continúan rigiéndose por la Ley de Radio. SUTEL realiza los trámites necesarios para preparar el concurso de la concesión y recomienda el otorgamiento de esas concesiones.*

*El párrafo segundo hace una precisión a lo anterior: La Ley de Radio continúa aplicándose a los servicios de radiodifusión de acceso libre, sea los que pueden ser recibidos libremente por el público, "sin pago de derechos de suscripción" y cuyas señales se transmiten en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea. De esa forma, el párrafo segundo del artículo marca diferencias sustanciales con el resto de servicios de*

*telecomunicaciones e incluso con otros servicios de radiodifusión. Con base en ese párrafo es posible afirmar la inaplicabilidad de las distintas disposiciones de la Ley referidas a los servicios disponibles al público. O mejor dicho, los servicios de radiodifusión de acceso libre no son servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Ello en el tanto en que estos se definen en el artículo 6 de la Ley como:*

***"24) Servicios de telecomunicaciones disponibles al público: servicios que se ofrecen al público en general, a cambio de una contraprestación económica".***

*En el concepto de servicios disponibles al público va implícito el pago por el servicio recibido. Ergo, para recibir el servicio el usuario debe cubrir una tarifa, sin que pueda recibirlos en forma gratuita. Gratuidad que se postula en la radiodifusión de acceso libre, puesto que cualquiera puede recibir el servicio a partir de la tenencia del aparato correspondiente sin tener que cubrir suma alguna por esa recepción.*

*De acuerdo con la definición de redes de telecomunicaciones, estas comprenden las "redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada". Unas redes que no pueden ser calificadas como redes públicas de telecomunicaciones, ya que de acuerdo con el inciso 21 del artículo 6, las redes públicas de telecomunicaciones se utilizan total o principalmente para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y como ya se sabe, los servicios de radiodifusión de acceso libre no son servicios disponibles al público y no en toda red de radiodifusión convencional puede prestarse un servicio de telecomunicaciones disponible al público. Tampoco son redes privadas puesto que estas excluyen la prestación y explotación de servicios a terceros. Precisamos, de acuerdo con el artículo 6, inciso 19, el concepto de redes de telecomunicación en tanto sistema de transmisión y recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos, en este caso, por medios radioeléctricos, abarca las redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva, pero estas no son ni redes públicas ni redes privadas. En ese sentido, si la Ley de Telecomunicaciones se aplica a las redes con que se proveen los servicios de radiodifusión de acceso libre es por el interés en sujetarlas a la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, al régimen sectorial de competencia y a las disposiciones de acceso e*

*interconexión, sin que eso signifique que esas redes se rijan por otras disposiciones aplicables a las redes públicas de telecomunicaciones.*

*El tercer párrafo de este artículo 29 significa, a contrario sensu, que cualquier regulación de la Ley General que no concierna directamente la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y el régimen sectorial de competencia, resulta inaplicable a las redes de soporte de los servicios de radiodifusión de acceso libre. A diferencia de lo que se sostiene en la consulta, considera la Procuraduría que de los párrafos tercero y cuarto de ese artículo no es posible concluir que los servicios de radiodifusión sonora y televisiva sólo están regulados en la Ley de Radio y su reglamento en orden al otorgamiento de concesiones y la prestación de los servicios. Por el contrario, estos servicios presentan la particularidad de que están sujetos a la Ley de Radio en todas sus disposiciones y a la de Telecomunicaciones en orden a los aspectos expresamente señalados en el párrafo tercero de mérito: planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, al régimen sectorial de competencia y a las disposiciones de acceso e interconexión.*

*El último párrafo del artículo 29 manifiesta claramente la exclusión de los servicios de radiodifusión de acceso libre a las regulaciones de la Ley de Telecomunicaciones. Solo en el tanto en que los proveedores de estos servicios se encuentren habilitados tecnológicamente para prestar "servicios de telecomunicaciones" (lo que reafirma que para efectos de la Ley, los de radiodifusión de acceso libre no son servicios de telecomunicaciones) por medio de sus redes, se sujetan plenamente a la Ley y por ello requerirán el título habilitante previsto en ella y cumplir el resto de requisitos obligatorios allí establecidos".*

Criterio que se mantiene en el dictamen C-105-20146 de 3 de mayo último, cuya conclusión manifiesta:

*1. "El estudio de los antecedentes legislativos también demuestra la intención para que la radiodifusión sonora y televisiva se siguiera rigiendo por la Ley de Radio, salvo en los aspectos expresamente señalados por el actual artículo 29, párrafo segundo de la LGT, a saber: planificación, administración y control del espectro, acceso e interconexión y el régimen de competencia. En estas materias regiría esta última normativa, como también para el momento en que los proveedores de radio y televisión contaran con la capacidad tecnológica para prestar servicios de*

*telecomunicaciones, que en el sentido entendido por los mismos congresistas, se diferencian de los primeros por su carácter bidireccional e interactivo".*

La Ley General de Telecomunicaciones dispuso, además, la derogación de una parte importante de los artículos de la Ley de Radio:

***"ARTÍCULO 76.- Ley de radio***

*Modifícase la Ley de radio N.º 1758, de 19 de junio de 1954, en las siguientes disposiciones:*

***a)*** *Se reforman los artículos 7, 8, 11, 12, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26 de manera que donde se menciona "estaciones inalámbricas" se lea "estaciones radiodifusoras", donde se menciona "licencias" se lea "concesiones", donde se menciona "servicios inalámbricos" se lea "servicios de radiodifusión y donde se menciona el "Ministerio de Gobernación" o el "Departamento de Control Nacional de Radio" se lea "el Ministerio de Ambiente y Energía".*

***b)*** *Se derogan los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 15, 16 y 19".*

Derogación referente al objeto de la Ley, la creación y competencia del Departamento de Control Nacional de Radio, órgano competente para analizar las solicitudes de licencia para establecer estaciones radiotransmisoras, artículo 5. El artículo 6 atribuía competencia al Poder Ejecutivo para otorgar y revocar licencias de explotación de las ondas radioeléctricas, así como para autorizar los traspasos de licencia. El numeral 9 sujetaba tanto el uso de las frecuencias como el servicio de radiocomunicaciones a las normas internacionales. Además, obligaba a la emisión de un Reglamento que ofreciera las facilidades técnicas para la televisión, según los acuerdos internacionales. Y como se indicó, el numeral 10 definía la radiodifusión como el servicio que transmite directamente al público programas culturales, educativos, artísticos, informativos o de otra naturaleza, mediante emisiones sonoras o visuales. El numeral 13 regulaba los servicios de radioaficionados y el 14 las estaciones meteorológicas. Los servicios de radiocomunicación privada eran regulados en el numeral 15. El artículo 16 prohibía a las radiodifusoras comerciales transmitir mensajes de carácter particular u oficial, locales o internacionales y a las dedicadas al servicio de radiocomunicaciones les prohibía difundir programas comerciales. En fin, el 19 exoneraba del pago del tributo a las estaciones de radioaficionados que sirvan

como estaciones meteorológicas y fijaba el monto a pagar por dichas emisoras en los otros supuestos.

Quedan vigentes los artículos 7, 8, 11, 12, 17, 18, 20 y siguientes de la Ley de Radio. Por consiguiente, no se dio una respuesta legislativa satisfactoria para la radiodifusión. La Procuraduría tradicionalmente ha considerado que la Ley de Radio no proporciona una regulación suficiente y moderna para la radio y televisión. Al conocer del proyecto de Ley de Telecomunicaciones reiteramos esa posición, señalando:

> *"La Ley de Radio fue dictada en 1954 en un entorno histórico y tecnológico radicalmente diferente al que vivimos. Lo que explica las deficiencias de esa normativa. El desarrollo tecnológico a nivel mundial era precario, se conocían y explotaban pocos servicios y se concebía el espectro electromagnético como un espacio infinito y no como un bien escaso y estratégico como sucede en la actualidad. Por lo que no puede ignorarse que la Ley de Radio no responde a las necesidades actuales en el ámbito de la radiodifusión. Si se examina cuidadosamente su texto, tampoco puede considerarse que responda a las exigencias constitucionales, tal como hoy día son interpretadas. En efecto, no contiene suficientes regulaciones sobre el mecanismo de otorgamiento de la concesión, lo que ha hecho necesario que en los últimos tiempos el Poder Ejecutivo emita regulaciones dirigidas a normar distintos aspectos relacionados con el uso del espectro y la explotación de los servicios. de radiocomunicación. Podría incluso afirmarse que la Ley de Radio remite al Poder Ejecutivo a efecto de que proceda a regular el procedimiento de concesión, en orden a aspectos tan importantes como los requisitos que debe llenar el solicitante, el plazo de la concesión, etc. Por lo que en la realidad es el Reglamento y no la Ley la que regula el uso del espectro electromagnético y la prestación del servicio de radiodifusión, desconociéndose la reserva de ley en la materia.*
>
> *Dado que el legislador se enfrenta a la necesidad de dar una respuesta normativa al uso del espectro electromagnético para la era de la convergencia, estima la Procuraduría necesario y razonable que ejercite su potestad legislativa para regular tanto el uso del espectro para servicios de radiodifusión como dichos servicios en sí mismos considerados. Al efecto, no parece razonable que la Ley que se*

*propone resulte aplicable en materia de interconexión, administración y control del espectro pero se excluya dicha aplicación en tratándose del otorgamiento de la concesión y de la regulación del servicio. Por otra parte, la redacción del segundo párrafo deja la duda si "acceso" se refiere al acceso al servicio o bien a acceso al uso del espectro electromagnético". Opinión Jurídica N. OJ-015-2007 de 26 de febrero de 2007.*

Carácter obsoleto de la Ley de Radio que fue puesto de manifiesto durante la discusión legislativa del proyecto de Ley de Telecomunicaciones. Al presentarse la moción que dio origen al artículo 76 de la Ley 8642, el entonces Diputado Solís Bolaños manifestó:

*"Debo aclarar que nosotros en principio como una concepción general, nosotros no estamos de acuerdo con que en esta Ley se mantenga la Ley de radio de 1954. Nos parece que eso es una de las grandes fallas de esta Ley el no haber aprovechado para modernizar esta Ley, y que en realidad también se adapte a las nuevas circunstancias. Pues ya tiene más de cincuenta años" Expediente Legislativo, folio 10411.*

En igual sentido se manifestó el Diputado Madrigal Brenes según se deriva del folio 10416 del expediente.

La falta de una nueva regulación que contemple la radiodifusión de una manera más acorde con la Ley General de Telecomunicaciones, es lo que conduce al Ministerio a preguntarse sobre la norma que debe solucionar vacíos normativos en materia de radiodifusión. Señala el Ministerio que la Ley de Radio se ve limitada para satisfacer aspectos de regulación como son la planificación, administración y control del espectro. Ámbito en que estima debe recurrirse a la norma general para suplir la laguna normativa. En orden a las lagunas normativas, tómese en cuenta que:

*"Si existe una laguna en un sistema normativo y, no obstante pretendemos ofrecer una solución jurídica –lo que, como sabemos, para el juez representa una obligación- entonces irremediablemente habremos de crear una norma nueva que sirva para regular el caso....la constatación de que existe una laguna o de que, por el contrario, el Derecho es pleno resulta ser una operación que sigue a la interpretación, al menos a una primera interpretación. Por eso, tiene razón Guastini al decir que la interpretación constituye una vía tanto para evitar las lagunas como para crearlas. Mediante la interpretación, en efecto, el juez decide que el caso*

*contemplado forma parte del supuesto abstracto de una norma, eludiendo la laguna, o que no forma parte del mismo, provocando la laguna....*

*Constatada o creada una laguna, se plantea el problema de su integración, esto es, de la creación de una norma nueva apta para resolver el caso. Pero de nuevo aquí son varios los caminos que se pueden tomar, unos que pudiéramos llamar restrictivos y otros expansivos....",* L, PRIETO SANCHIS: **Apuntes de Teoría del Derecho**, Editorial Trotta, pp. 126-127.

Una labor de integración que hemos indicado debe hacerse dentro del ordenamiento y considerando, entonces, sus normas expresas:

*"En orden a lo expuesto, es necesario manifestar que si bien el operador jurídico debe interpretar e integrar el ordenamiento jurídico a efecto de concretizar el interés público, esa labor no puede desconocer el mandato legal. La interpretación debe mantenerse dentro del precepto legal, ya que no puede sustituir al legislador en la creación del Derecho y en la valoración de las opciones políticas implícitas en la ley. En el caso que nos ocupa, existe norma expresa que remite a otra norma y excluye de su esfera de aplicación ciertos supuestos. Aspecto que no puede ignorar esta Procuraduría".* Dictámen C-221-98 de 28 de octubre de 1998.

Ahora bien, cabe aclarar que el artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones sujeta las redes de radiodifusión a sus estipulaciones en materia de planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y régimen sectorial de la competencia. Por consiguiente, en estos ámbitos no puede considerarse que exista una situación de vacío normativo. Ergo, en esas materias no se presenta la necesidad de integrar el ordenamiento a efecto de llenar el vacío. Sencillamente, el legislador decidió regular las redes de radiodifusión de acceso libre en materia de planificación, administración y control, sustrayendo estos ámbitos de la regulación de la Ley de Radio y consecuentemente, de las normas especiales que esta establezca. Así, planificación, administración y control de la red de radiodifusión, se rigen por la Ley de Telecomunicaciones y ello con independencia de que se trate de la radiodifusión abierta o de la radiodifusión digital. Sobre estos ámbitos el operador jurídico no tiene que integrar el ordenamiento, porque el propio legislador decidió cómo se regían esos temas, sujetándolos a la Ley General de Telecomunicaciones. Por ende, lo que corresponde es aplicar sus disposiciones.

La planificación de las telecomunicaciones está a cargo del MINAET (artículo 6, incisos 14 y 15, 7 y 10 de la citada Ley de Telecomunicaciones y 39 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, N° 8660 de 8 de agosto de 2008). Las redes de radiodifusión abierta están sujetas al Plan Nacional de Atribución de frecuencias dictado por el Poder Ejecutivo. Por ende, los operadores de estas redes deben respetar los usos específicos que dicho Plan atribuye a cada una de las bandas del espectro. Asignación de frecuencias que en un determinado momento pueden requerir una reasignación o bien un rescate.

A la administración y control nos referiremos más adelante.

La presente consulta refiere la competencia para otorgar títulos habilitantes y el procedimiento para hacerlo, tema en el cual la Ley General de Telecomunicaciones remite a la Ley de Radio. Ante lo cual debe señalarse que la Ley de Radio no contempla hoy una norma que expresamente confiera competencia a XX órgano para otorgar un título para prestar servicios de radiodifusión. Esa norma de competencia deriva, por el contrario, del artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones. Por lo que podría considerarse contradictorio que el artículo 29 de esta establezca que la Ley de Radio continuará regulando el otorgamiento de las concesiones. Y es que en orden a la competencia, la Ley de Radio se limita a señalar a quién corresponde aprobar una prórroga del plazo para que inicie operación una radioemisora. Dispone el artículo 7:

> *"Artículo 7º.- Para operar una estación radiodifusora debe obtenerse la concesión del caso, previo pago del impuesto que por esta ley se establece y haber llenado los requisitos que el Reglamento respectivo imponga. Todo nuevo concesionario gozará de seis meses de término, a partir de la fecha de su concesión, para poner en operación su radioemisora, con seis meses más de prórroga cuando pueda comprobar que ha hecho inversiones considerables a juicio del Ministerio de Ciencia Tecnología y Telecomunicaciones(*) que justifiquen esa prórroga. Pasado este último plazo será cancelada la licencia".*

El numeral transcrito se circunscribe a establecer la necesidad de una concesión, para lo cual es requisito el pago del impuesto establecido por la Ley. Ese artículo y, por ende, la Ley de Radio remiten a una norma reglamentaria para que establezca los elementos que necesariamente debe cumplir el solicitante, así como en general el procedimiento que debe seguirse para otorgar las concesiones. Como se indicó, el texto de este artículo 7 obliga a determinar si disposiciones reglamentarias pueden regular los requisitos y condiciones bajo las cuales se otorgará una concesión

y, por ende, si pueden constituir el marco para que estas sean concedidas. Lo anterior considerando que el propio artículo 29 de la Ley 8642 regula la competencia para concesionar y que el régimen del espectro encuentra su fundamento en la Constitución Política. Por lo que el reglamento solo puede intervenir como norma secundaria que desarrolla lo dispuesto por la Ley. Permítasenos la siguiente cita:

> ***"2.- Un vacío legislativo que no puede ser llenado con normas reglamentarias***
>
> *El vacío legislativo que la Procuraduría General ha señalado en reiterados criterios concierne los requisitos y condiciones para el otorgamiento de una concesión. En ese sentido, se ha dicho que no existen las disposiciones de rango legal que operen como la ley marco que la Constitución requiere para el otorgamiento de la concesión de uso de las aguas para generación hidroeléctrica. En consecuencia, cualquier tentativa de demostrar que esa ley marco existe requiere, obviamente, que se determine la existencia de una norma con rango legal que regule el otorgamiento de esa concesión y no sólo establezca la competencia para ello. Una regulación que tienda a permitir el otorgamiento de la concesión, a normar el procedimiento correspondiente a efecto de que el Ministerio de Ambiente y Energía pueda dictar un acto administrativo, llamado concesión, que autorice el aprovechamiento del agua para fines hidroeléctricos.*
>
> *Si existe una reserva constitucionalmente establecida a favor de la ley, el reglamento tiene que ser necesario desarrollo de la ley en la materia, sin posibilidad de desconocer lo dispuesto por ella o innovar en materia de requisitos o condiciones no previstas legalmente. Recuérdese que la reserva de ley implica que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación, sin posibilidad alguna de remitirse a otras normas, en concreto al reglamento, para hacerlo. Las concesiones a que se refiere el artículo 121, inciso 14 deben encontrar su regulación en la ley, de modo que no es el reglamento la norma para establecer tal requisito.*
>
> *Ese sistema normativo no puede construirse, entonces, con normas de rango infralegal que están destinadas a normar la explotación de una concesión otorgada con base en otras normas. La referencia misma a las disposiciones reglamentarias demuestra el vacío legal a que hemos hecho referencia, con el agravante de que parte de las disposiciones*

*reglamentarias presuponen que el MINAE ha otorgado ya una concesión. Este es el caso del Decreto Ejecutivo N° 32868 de 24 de agosto de 2005, "canon por concepto de aprovechamiento de aguas"*, dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria y con base en lo dispuesto en la Ley de Aguas N° 276 del 27 de agosto de 1942, la Ley Orgánica del Ambiente N° 7554 del 4 de octubre de 1995, Ley Forestal N° 7575 del 13 de febrero de 1996 y el Decreto Ejecutivo N° 26635-MINAE del 18 de diciembre de 1997. C-445-2007 de 14 de diciembre de 2007.

Elementos cuya consideración no pueden dejarse de lado cuando se valora la necesidad de una nueva ley sobre radiodifusión.

El artículo 29 de la Ley de Telecomunicaciones reafirma que el título habilitante requerido para redes de telecomunicaciones que hacen uso y explotación del espectro radioeléctrico es la concesión, tal como sienta en su artículo 11. De allí que al requerir dicho título para explotar redes para radiodifusión asegura un tratamiento uniforme en ese tema y su preeminencia en la regulación del espectro.

Por demás, el artículo 29 no se limita a señalar que el título debe ser la concesión, sino que también señala el procedimiento para otorgarla. Sea, el concurso, el cual es preparado por la SUTEL, órgano a que corresponde recomendar al Poder Ejecutivo el otorgamiento o no de estas concesiones. De modo que, por expresa disposición de la Ley General de Telecomunicaciones, el órgano competente para otorgar una concesión de radiodifusión es el Poder Ejecutivo, para lo cual debe seguir el procedimiento de concurso. Lo que confirma que la radiodifusión de acceso libre no se rige exclusivamente por la Ley de Radio, sino que su régimen está regulado tanto por esta Ley como por la de Telecomunicaciones. Se revela, además, la insuficiencia de la Ley de Radio para normar esos aspectos y para constituirse en una ley marco en materia de radiodifusión abierta. Insuficiencia que no puede llenarse a partir de disposiciones reglamentarias, salvo que estas constituyan verdaderas normas de ejecución de una ley. Lo que implica que el reglamento debe encontrar suficiente fundamentación en una norma de rango legal.

Ahora bien, se ha indicado que la Ley de Telecomunicaciones impone el concurso como medio para otorgar la concesión de radiodifusión. Dicha Ley no establece reglas especiales de concurso para tal efecto, como sí sucede para efectos de la concesión de redes públicas de telecomunicaciones, respecto de las cuales a partir del artículo 12 regula elementos del concurso público. En ausencia de normas especiales sobre contratación, considera la Procuraduría que el concurso para otorgar la concesión de la red de radiodifusión debe ser tramitado conforme lo establece la

Ley de Contratación Administrativa, norma general en materia de contratación administrativa.

Se afirma que uno de los temas respecto de los cuales debería posibilitarse la aplicación supletoria de la Ley General de Telecomunicaciones a la radiodifusión es el de los plazos de la concesión. Aplicación que sería una respuesta a la laguna normativa en orden a ese plazo. Respecto del plazo de la concesión, la Ley de Radio, artículo 25, establece que es concedida por tiempo limitado pero no fija ese límite y, por el contrario, permite prórrogas automáticas indefinidas, siempre que el concesionario pague el impuesto de radiodifusión. Lo que determina que en la práctica las concesiones sean perpetúas. Por lo que cabría preguntarse sobre la aplicación del artículo 24 de la Ley General. Este numeral establece el plazo de las concesiones. Así, se dispone que:

> ***"ARTÍCULO 24.- Plazos y prórroga***
>
> *El plazo y la prórroga de las concesiones y autorizaciones se regirá de la siguiente manera:*
>
> ***a)*** *Las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones se otorgarán por un período máximo de quince años, prorrogable a solicitud de parte, hasta por un período que sumado con el inicial y el de las prórrogas anteriores no exceda veinticinco años. La solicitud de prórroga deberá ser presentada por lo menos dieciocho meses antes de su expiración.*
>
> ***b)*** *Las autorizaciones se otorgarán por un período máximo de diez años, prorrogable a solicitud de parte, por períodos de cinco años, hasta un máximo de tres prórrogas. La solicitud de prórroga deberá ser presentada por lo menos seis meses antes de su expiración."*

De esa forma, veinticinco años se convierte en el plazo máximo por el que puede disfrutarse una concesión del espectro. La circunstancia de que se fije ese plazo revela que este es limitado. El artículo 24 regula el plazo de la concesión para operar y explotar una red pública de telecomunicaciones, por lo que no tiene como objeto constituirse en la regla general toda red de telecomunicaciones, ya que no se aplica las redes privadas ni indica su aplicación a las redes de radiodifusión. No obstante, lo así dispuesto es un índice de cuál debería ser la norma en tratándose de la concesión de una red de radiodifusión. Por ende, que cuando se saca a concurso una concesión

para radiodifusión, el plazo no debería exceder de quince años, prorrogable hasta veinticinco.

Se plantea si fuera de los supuestos expresamente señalados en la Ley General, esta puede resultar de aplicación supletoria a la radiodifusión abierta. Al analizar el título habilitante para acordar frecuencias en el proceso de transición de la televisión analógica a la digital, la Procuraduría ha señalado la preeminencia y generalidad de la Ley de Telecomunicaciones en cuanto a gestión eficiente del espectro radioeléctrico y los títulos habilitantes para su uso y explotación:

> *"Cabe recordar que fuera de las limitadas disposiciones de la Ley de Radio, la norma de rango legal que regula el espectro radioeléctrico es la Ley General de Telecomunicaciones, que tiene como objeto establecer el ámbito y los mecanismos de regulación de las telecomunicaciones, que comprende el uso y la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones, artículo 1, abarcando las redes de los servicios de radiodifusión. Norma cuyos objetivos y principios resultan aplicables a estos servicios en lo que nos interesa, sea la asignación del espectro. Por lo que se entiende como natural que en caso de omisión de la Ley de Radio, esa omisión sea suplida por la Ley General de Telecomunicaciones*
>
> *(...).*
>
> *Por demás, la Procuraduría no comprende cómo se afirma la ilegalidad de una aplicación supletoria de la Ley General de Telecomunicaciones, que es la norma general en la materia y se pretende una aplicación de un numeral que no tiene el objeto y contenido que se pretende y, por ende, no es susceptible de constituirse en la norma habilitante del otorgamiento del permiso de uso precario del espectro radioeléctrico. Tampoco es comprensible cómo se afirma que la Ley General de la Administración Pública es aplicable supletoriamente a la Ley de Radio porque el artículo 4 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone la aplicación supletoria de la primera Ley, si por otra parte se afirma que la Ley de Telecomunicaciones no puede ser aplicada supletoriamente a la radiodifusión. Si la Ley de Telecomunicaciones no puede ser aplicada a la radiodifusión, salvo en lo que expresamente indique, tampoco podría aplicarse el mencionado artículo 4, para establecer la supletoriedad de la Ley de Administración Pública".* Dictamen C-003-2013 de 15 de enero de 2013.

Dictamen en que se concluyó que las redes de radiodifusión se regulan por la Ley Telecomunicaciones y deben sujetarse a los objetivos y principios que rigen las telecomunicaciones. De modo que el uso de una frecuencia para radiodifusión no podría otorgarse si ese uso no satisface el objetivo de optimizar el espectro radioeléctrico y su explotación racional, eficiente, transparente y no discriminatoria. En ese sentido, la Ley General de Telecomunicaciones, sus objetivos y principios enmarcan el otorgamiento de las concesiones para radiodifusión, las que deben satisfacer los citados objetivos.

Con lo cual la Procuraduría reconoce la preeminencia de la Ley General de Telecomunicaciones en la regulación del espectro y de las redes para explotarlo. En esos ámbitos, la Ley de Radio solo es aplicable cuando una norma de rango legal así lo dispone.

Cuestión aparte es determinar si la Ley General puede ser de aplicación en otros ámbitos de la radiodifusión. Aplicación que tiene como límite las propias regulaciones de la Ley y los valores y principios del ordenamiento en relación con la potestad tributaria y la sancionatoria, así como la insuficiencia de regulación del servicio, según se señalará más adelante.

Debe tomarse en cuenta, por ejemplo, la inexistencia de un régimen sancionatorio que tipifique conductas específicas que puedan presentarse en relación con la operación de estas redes, pero sobre todo con la prestación del servicio de radiodifusión abierta. Ciertamente, en el tanto en que una infracción tipificada en la Ley General refiera a redes de telecomunicaciones en general cabe considerar que los operadores de redes de radiodifusión podrían incurrir en dichas infracciones. Es el supuesto, por ejemplo, de la operación y explotación de redes sin concesión, o la utilización y explotación de las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico sin concesión o en violación de lo dispuesto en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, o el caso de que un concesionario ceda la concesión sin contar con aprobación. Supuestos en que, al estar referido el tipo sancionatorio a una red, sin que se especifique que se trata de una red pública de telecomunicaciones, puede considerarse que el objetivo es abarcar también a los operadores de redes de radiodifusión. Igual conclusión puede hacerse en relación con el régimen de competencia, dado que el artículo 29 expresamente impone la aplicación de ese régimen a las redes de radiodifusión.

Cabría, por el contrario, anotar la ausencia de un régimen sancionatorio adecuado para la prestación de los servicios de radiodifusión. Las infracciones establecidas en la Ley General de Telecomunicaciones no responden a la especificidad

de esa prestación en el mundo actual, sin dejar de considerar que no existe en la Ley de Radio pero tampoco en dicha Ley General un régimen jurídico específico para los prestadores de los servicios de radiodifusión. Las prohibiciones del artículo 17 de la Ley de Radio quedan restringidas a la transmisión y recepción de correspondencia privada o la divulgación del contenido o existencia de dicha correspondencia; la retransmisión de programas provenientes de otras estaciones sin el consentimiento del derecho habiente; el funcionamiento sin autorización legal; el traspaso de una frecuencia o el cambio de sitio de instalación de una estación transmisora, sin autorización del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones. En tanto que del artículo 11 de la Ley de Radio se deriva la obligación de contribuir a elevar el nivel educativo y cultural de la población; la cesión de espacios al Tribunal Supremo de Elecciones en época electoral para dar instrucciones sobre temas cívico-culturales. Así, como la obligación de propiciar los programas nacionales, entendiendo por tales los confeccionados en cualesquiera países de Centro América con los que haya reciprocidad en esta materia; con respeto de los límites cuantitativos en relación con los programas grabados o filmados en el extranjero. Por otra parte, si bien hay una obligación de participar en la divulgación de la ciencia y de la cultura, a través de la transmisión de los programas que determine el Ministerio de Educación Pública, no se encuentran mayores disposiciones sobre el pluralismo cultural, en orden a atención de las minorías y de los menores o bien, de regulación de la publicidad o la contribución a la afirmación de los valores y principios constitucionales.

Estos vacíos normativos, reiteramos, deben ser resueltos por medio de una nueva Ley de Radio.

La Ley de Telecomunicaciones dejó vigente las disposiciones de la Ley de Radio en orden a las sumas que deben cubrirse por la explotación del espectro. De esa forma se dejó vigente el impuesto anual de radiodifusión establecido en el artículo 18 de la Ley de Radio, impuesto con tarifas de ¢1,000 a ¢ 3,000 emisoras de onda larga y de ¢ 1,500 para estaciones de onda corta. Impuesto del cual se excepcionan las emisoras de difusión cultural y las estaciones al servicio meteorológico y de navegación aérea o marítima, que no realicen propaganda comercial, artículo 20. Dichas sumas, como es ampliamente conocido, no guardan ninguna relación con el carácter estratégico del espectro y del beneficio que de dicha explotación se extrae, por lo que resultan irrisorias. Calificativo aplicable también a las multas que se establecen en la Ley. Por demás, los concesionarios de radio y televisión no son sujetos pasivos del canon de reserva del espectro, según señaló el dictamen C-089-2010 antes citado y reafirmó el dictamen C-105-2016 de 3 de mayo de 2016. En este dictamen, entre otros aspectos, se concluye que:

*"Aun cuando las emisoras de radio y televisión operen sus propias redes (lo que incluye las ondas hertzianas) para transportar y difundir la señal radial o audiovisual, no quedan obligadas al pago del canon de reserva del espectro, salvo si esas infraestructuras son utilizadas para una finalidad estricta de telecomunicaciones, con lo cual entran de lleno dentro del ámbito de cobertura de la LGT".*

El canon de reserva del espectro es, entonces, un ámbito que también plantea la necesidad de una nueva legislación sobre radio.

## III-. COMPETENCIA DE LA SUTEL SOBRE RADIODIFUSIÓN

Consulta el Ministerio si la Superintendencia de Telecomunicaciones es el órgano encargado de la regulación del servicio y de las redes relacionadas con la radiodifusión sonora y televisiva, incluyendo el régimen de competencia, acceso e interconexión, así como determinar cuándo la concentración de frecuencias afecta la competencia efectiva. Y si la interconexión, administración y control del espectro en materia de radiodifusión se encuentran reguladas en la Ley General de Telecomunicaciones.

En relación con las dudas planteadas por el consultante es importante tener en cuenta que el espectro radioeléctrico es un bien demanial que debe ser asignado, explotado, administrado y controlado conforme los principios que establece la propia Ley General de Telecomunicaciones en su artículo 3. Entre ellos, la optimación de los recursos escasos; entendiendo por tal una asignación y utilización de esos recursos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente. De forma que se logre una competencia efectiva, pero también la expansión y mejora de redes y servicios.

Optimización de los recursos escasos que es prioritaria en tanto uno de los objetivos de la Ley, según el artículo 2, es:

*"**g)** Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos".*

Recursos escasos que comprenden necesariamente el espectro radioeléctrico. Su optimización, eficiente y efectiva asignación, uso, explotación y administración, no

pueden lograrse si se escinde la regulación en razón de los servicios que con dicho recurso pueden proveerse.

A una asignación y uso eficiente del espectro tiende el resto del articulado de la Ley General. Lo que explica la disposición del tercer párrafo del artículo 29 antes transcrito, en el sentido de que las redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión y televisión quedan sujetas a la Ley General no solo en orden a la planificación, sino también respecto de la administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y régimen sectorial de competencia". Notamos que la Ley, artículo 7, sujeta esa planificación, administración y control a la Constitución Política, los tratados internacionales, y a la propia Ley, sin hacer referencia a la Ley de Radio. Lo que es consecuencia del interés del legislador de que esa planificación, administración y control se sujete a la Ley, artículo 29. Uniformidad de aplicación que contribuye a la concreción de los objetivos de la planificación, administración y control, regulados en el artículo 8 de la Ley 8642:

> ***"ARTÍCULO 8.- Objetivos de la planificación, la administración y el control***
>
> *Los objetivos de la planificación, la administración y el control del espectro radioeléctrico son los siguientes:*
>
> ***a)** Optimizar su uso de acuerdo con las necesidades y las posibilidades que ofrezca la tecnología.*
>
> ***b)** Garantizar una asignación justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria.*
>
> ***c)** Asegurar que la explotación de las frecuencias se realice de manera eficiente y sin perturbaciones producidas por interferencias perjudiciales".*

A este último objetivo contribuye la facultad de la SUTEL no solo de instruir procedimientos de concurso sino de recomendar al Poder Ejecutivo el otorgamiento o no de concesiones para radiodifusión abierta. A lo cual se une la competencia general de la Superintendencia de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, artículo 6, inciso 27. Control que se extiende a la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales, numeral 10 in fine. Inspección y verificación del uso eficiente del espectro que no

puede estar en razón del servicio de que se trate, sino que debe ser independiente de esa red y servicio correspondientes. No puede dejar de considerarse que en materia de servicios de radiodifusión existe una obligación, artículo 12 de la Ley de Radio, de funcionar libre de interferencias, no obstante lo cual pueden presentarse usos ineficientes del espectro y en particular, que estos servicios pueden operar con interferencias respecto de servicios de telecomunicaciones disponibles o no disponibles al público, los cuales también son regulados por la SUTEL.

Esa competencia de la Superintendencia es desarrollada en la Ley de la ARESEP, que confirma que sus potestades se extienden a la radiodifusión. El artículo 59 de esa Ley le atribuye potestades en materia de regulación, aplicación, vigilancia y control del ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, sin que pueda considerarse que ese ordenamiento esté integrado únicamente por la Ley General. El numeral 60, inciso g) le impone controlar y comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, en general, las emisiones radioeléctricas e inspeccionar, detectar, identificar y eliminar interferencias perjudiciales. En relación con esa inspección preceptúa el numeral 76 de la Ley de la ARESEP:

> ***"Articulo 76.- Inspección***
>
> *Con el objeto de garantizar la integridad y calidad de las redes y los servicios de telecomunicaciones, así como las demás obligaciones que se impongan por medio de esta Ley, la Sutel podrá inspeccionar las condiciones de uso y explotación de las redes y los servicios de telecomunicaciones, así como los demás equipos, aparatos e instalaciones. De igual manera, corresponderá a la Sutel la inspección de las redes de radiodifusión y televisión, cuando estas sirvan de soporte para ofrecer servicios de telecomunicaciones".*

Dado el texto de la disposición, no puede existir duda de la competencia de la Superintendencia en materia de regulación del servicio y redes de radiodifusión y televisión cuando sean el soporte para ofrecer servicios de telecomunicaciones. Lo que no significa que sea incompetente en relación con la radiodifusión abierta. El 29 de la Ley General de Telecomunicaciones establece esa competencia en relación con las redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión y televisión, que deben ser entendidos en los términos de ese numeral.

Competencia de control que origina que en el Registro Nacional de Telecomunicaciones, administrado por SUTEL, se registren las concesiones y

autorizaciones otorgadas para la operación de las redes de telecomunicaciones y para la prestación de los servicios de telecomunicaciones pero también las *"concesiones de frecuencias de radiodifusión y televisión"*, artículo 80 de la Ley de la ARESEP.

El capítulo de competencia efectiva así como el de concentración hacen referencia a las redes de telecomunicaciones. Término cuya definición abarca no solo las redes públicas y privadas de telecomunicaciones sino en general las redes de telecomunicaciones y que por expresa definición del artículo 6 comprende las redes de radiodifusión sonora y televisiva. A partir de lo cual cabe considerar que las disposiciones en materia de competencia efectiva se aplican a la radiodifusión sonora y televisiva. Aplicación que determina la competencia de SUTEL.

El capítulo de acceso e interconexión precisa que las redes concernidas son las redes públicas de telecomunicaciones. Ese acceso e interconexión puede ser convenido entre los operadores de la red y, en su defecto, impuesto por la Superintendencia. Si tomamos en cuenta que el acceso se define en el artículo 6 como la puesta a disposición de terceros por parte de un operador de redes públicas o proveedor de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, de sus instalaciones o servicios con fines de prestación de servicios por parte de terceros, no es posible determinar en qué medida el servicio de radiodifusión de acceso libre está sujeto a la obligación de acceso. E igual comentario es aplicable respecto de la interconexión, que presupone redes públicas de telecomunicaciones: es la conexión entre estas, a efecto de que usuarios de las distintas redes se puedan comunicar entre sí o acceder a servicios prestados por otros operadores o proveedores. Lo que permitiría concluir que ese capítulo no se aplica a las redes de radiodifusión. Empero, debe tomarse en cuenta que si problema de acceso e interconexión de redes de radiodifusión llegare a presentarse, el artículo 29 ordena que se rija por la Ley General de Telecomunicaciones. La expresa disposición del legislador impide considerar que se está ante un vacío normativo, que haga necesaria una integración normativa. Se trata simplemente de aplicar lo ya dispuesto por el legislador en esta materia.

## IV-. EN CUANTO A LA TELEVISIÓN DIGITAL

Consulta el Ministerio sobre el mecanismo para regular la operación de un canal lógico o programador.

La consulta pretende responder a la situación que se presenta con la televisión digital, televisión que se caracteriza por la aplicación de una plataforma de

comunicación basada en tecnologías digitales para la transmisión de señales. Tecnología digital que permite una utilización más eficaz del espectro radioeléctrico, con posibilidad de liberar las frecuencias radioeléctricas para otras utilizaciones. Se postula, además, una mejor calidad de video y audio, un aumento de la oferta de programas televisivos y nuevas posibilidades de servicio, así como una mayor interacción de la audiencia (comunicación bidireccional telespectador y emisora) mediante canales interactivos y un portal para servicios en línea.

El paso a la tecnología digital permitirá una utilización más eficaz del espectro radioeléctrico. Particularmente, porque se podrían distribuir 4 a 6 programas digitales de calidad aceptable en el ancho de la banda, canal físico, que hoy día se utiliza para difundir un programa de televisión analógica. Se afirma en la consulta que esa posibilidad permite que un concesionario de uno o varios canales físicos pueda asumir el rol de operador multiplex; a esas programaciones se les conoce técnicamente como canales lógicos. La UTI, se señala, recomendó la explotación técnica de los servicios lógicos con la asignación del acceso y la capacidad disponible a cada servicio, programación, por medio de la figura del operador multiplex que se configura mediante un modelo tripartito compuesto por el concesionario de la frecuencia o canal físico, los operadores de canales lógicos o programaciones y en tercer lugar los desarrolladores o administradores de la red, los cuales pueden converger o no en la figura del concesionario, lo que significa que un tercero no concesionario podría ser operador de un canal lógico o programación y /o ocuparse del desarrollo y administración de la red.

Conforme lo indicado, una de las características fundamentales que presenta la televisión digital es la posibilidad de transmitir más de una señal televisiva por un mismo canal (canal múltiple digital o múltiplex). Lo que permite considerar en una banda de frecuencia múltiples subcanales, con transmisión de diversa información para dispositivos fijos, móviles, audio y otros datos; ergo, un uso más eficiente del espectro radioeléctrico. (A, Magenta: *La transición de la televisión analógica a la digital. http://www.itu.int/itunews/manager/display.asp?lang=es&year=2006&issue=03&ipage=transition,* revisado el 18 de abril 2016).

Esa multiplexación de la señal televisiva plantea la necesidad de definir el uso de las bandas disponibles, a qué se dedica el espectro sobrante pero también el mecanismo para acceder a esa explotación. En la consulta se indica que la Unión Internacional de Telecomunicaciones, al elaborar una Hoja de Ruta para la transición de la Televisión Analógica a la Televisión Digital Terrestre en la República de Costa Rica, "recomendó la explotación técnica de los servicios lógicos, con la asignación del

acceso y la capacidad disponible a cada servicio por medio del operador multiplex. El cual presenta un modelo tripartito:

- el concesionario de la frecuencia o canal físico que es, en principio, el operador de la red.
- los operadores de canales lógicos o programaciones
- los desarrolladores o administradores de la red,

Realidad que puso de manifiesto la Procuraduría en el dictamen C-105-2016, al aclarar el dictamen C-089-2010 en orden a la posibilidad de esa disociación:

> *"Recordemos que la frontera entre la radiodifusión (sonora y televisiva) y las telecomunicaciones radica básicamente en ese carácter pasivo que distinguía a la primera, subrayándose el carácter unidireccional y no interactivo de la radio y televisión tradicional. No interactivo en el sentido de que una cosa es recibir pasivamente una señal de la televisión o de la radio en la que no queda más opción que apagar el receptor o cambiar de canal o estación, y otra muy distinta seleccionar directamente el contenido que se quiere ver y elegir el momento para ello.*
>
> *Naturalmente, con la digitalización de las señales esta frontera entre el audiovisual y las telecomunicaciones se ha difuminado ostensiblemente, pues todo contenido – datos, imágenes y sonido – se ve reducido al mismo lenguaje numérico, de forma que la señal puede ser transmitida a través de cualquier tipo de red. He aquí el único aspecto que sea conveniente aclarar de la parte considerativa – no de sus conclusiones – del dictamen C-089-2010 cuando indica que "no puede dejarse de lado que en tratándose de la radiodifusión de acceso directo no existe una disociación entre operador de la red y quien presta el servicio"; pues, podría entenderse como un planteamiento muy cerrado. De tal suerte, que si bien en este momento esa podría ser la realidad del paisaje radiofónico y televisivo, según lo explicamos líneas atrás, habría que aclarar que no se descarta que esas mismas redes puedan quedar habilitadas para que terceros soliciten acceso para prestar sus propios servicios de radiodifusión y televisión y el titular se convierta en un mero gestor de la red".*

Se debe definir la figura jurídica para ese sistema tripartita.

El ancho de banda del canal físico debe ser asignado mediante concesión, según lo dispone la Ley General de Telecomunicaciones. Concesión que, al ser la banda de

6MHz indivisible, deberá ser concedida a un único concesionario. Se duda, empero, en orden a la figura del operador del canal lógico o programador y aquella del administrador o desarrollador.

La construcción de una red de telecomunicaciones puede ser asumida en forma directa por el concesionario. No obstante, también puede suceder que este acuda a una contratación con un tercero para ese fin. Esta última posibilidad se presenta en relación con las instalaciones (torres y antenas) de telecomunicaciones. La decisión que así tome es de carácter privado y no requiere ser autorizada por la Administración. Lo que se explica por cuanto independientemente de quién asuma la construcción y administración de la red, el responsable de esa administración y operación es el concesionario.

En razón de esa responsabilidad, el Reglamento de Construcciones, emitido por el Instituto Nacional de Urbanismo dispone en lo que interesa:

> *"Artículo XIX. 2 Bis.-**Ubicación**. "La instalación, ampliación o modificación de la red o infraestructura de telecomunicación se podrá ubicar en cualquier parte del territorio nacional, deberá cumplir con los parámetros técnicos de calidad y cobertura definidas por la SUTEL y estará a cargo de los operadores y proveedores de las telecomunicaciones debidamente acreditados y habilitados para tal efecto, debiendo acudir a la Municipalidad respectiva para la obtención del uso del suelo conforme, a las disposiciones técnicas del presente reglamento, y la licencia de construcción. En caso de zonas sensibles; así identificadas por el Ministerio de Salud, será esta entidad quien se encargará de definir los retiros y condiciones aplicables".*

La licencia de construcción es otorgada al operador o proveedor de telecomunicaciones, para lo cual estos deben acreditar tal condición. Ergo, contar con el título habilitante correspondiente. Y en el caso del operador de red de radiodifusión ese título habilitante es la concesión. Pero el operador de la red, titular de una concesión, puede contratar con un tercero la construcción de la infraestructura que necesite.

En principio, el proveedor del servicio de radiodifusión es el mismo concesionario. No obstante, la televisión digital abre la posibilidad de que el servicio de radiodifusión sea prestado no solo por el concesionario sino por un operador lógico o programador. Por tanto, la frecuencia debe ser concesionada en su unidad, sin posibilidad de que sea adjudicada en forma fragmentada. De modo que el operador

de canal lógico no puede ser adjudicatario de la frecuencia. Como consecuencia de lo cual, debe determinarse el fundamento de la prestación de una servicio de radiodifusión por medio del canal lógico.

El Ministerio plantea cuatro posibles mecanismos, que afirma no excluyentes entre sí, que le permitirían reglar el acceso del operador al canal programador. Así,

- vía reglamentaria
- Por medio de las especificaciones técnicas de cartel de licitación
- Por medio del proceso de concentración, que permite alianzas estratégicas
- Por medio de una autorización como título habilitante.

El texto constitucional impone que la explotación de este bien demanial se realice mediante una concesión especial aprobada por la Asamblea Legislativa o bien, de acuerdo con una ley marco que permita a la Administración el otorgamiento de las concesiones. Pero la Constitución no se limita a requerir de la ley que otorgue competencia para concesionar. Antes bien, dicha Ley debe establecer las condiciones y especificaciones bajo las que la explotación del bien tendrá lugar. En el supuesto que se contempla, tenemos que existe una concesión de espectro, la cual debió ser otorgada por medio de concurso. La concesión no transfiere el dominio sobre el espectro, sino que habilita su uso dentro del marco jurídico establecido por la ley. La circunstancia de que el concesionario tenga el derecho de explotar la frecuencia asignada no le permite disponer de la frecuencia. Indisponibilidad que le impide decidir vender la concesión o cederla sin autorización del Poder Ejecutivo. En efecto, el artículo 20 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que la cesión está sujeta a "autorización previa" del Poder Ejecutivo, que debe contar con una recomendación del Consejo Superior de Telecomunicaciones sobre la procedencia de la cesión. La cesión obliga a una nueva formalización del contrato de concesión, en este caso con el cesionario.

La referencia a la cesión nos permite señalar que el concesionario no puede decidir motu proprio que la explotación de la concesión la realice un tercero. Así como la cesión requiere ser autorizada, así también la provisión de servicios de radiocomunicación por un tercero a través de las frecuencias concesionadas requiere de un título habilitante. La Ley General de Telecomunicación regula el supuesto en el que un servicio de telecomunicaciones puede ser prestado por un proveedor de servicios que no es operador de red. Es la hipótesis regulada en el inciso b) del artículo 23. Sea la autorización. Es de advertir que la norma se refiere a la prestación de servicios disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que

no se encuentren bajo la operación o explotación del proveedor. La televisión digital no configura un servicio de telecomunicaciones disponible al público, lo que podría llevar a considerar que la posibilidad de otorgar una autorización no aplica a la televisión digital. Empero, considérese que la red para radiodifusión es una red de telecomunicaciones, sujeta a la Ley General de Telecomunicaciones. Por otra parte, la especificidad de la televisión digital permite que se provean varios servicios a través de la frecuencia concesionada. Luego, es importante que esos servicios y su proveedor sean regulados y para tal efecto es necesario que cuenten con una habilitación. Habilitación que se otorgaría mediante una autorización dispuesta por la Ley General de Telecomunicaciones en el referido artículo 23.

Título habilitante que es otorgado por la SUTEL a quien corresponder fijar las condiciones de la autorización. En su caso, denegar la autorización si no se ajusta a los objetivos y metas del Plan Nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.

La especificación de las relaciones entre el operador de la red y el operador del canal lógico puede, ciertamente, ser objeto de una reglamentación, de la misma forma que el cartel del concurso para otorgar una concesión puede contener disposiciones sobre el acceso de terceros para explotar el canal lógico. No obstante, la Procuraduría considera que la explotación del canal lógico no debe encontrar su fundamento exclusivamente en esas disposiciones técnicas, sino que requiere una habilitación. Acto que permitirá la imposición de obligaciones al proveedor del canal lógico y facilitará el control por la Superintendencia. Así como el registro de la habilitación en el Registro de Telecomunicaciones.

Plantea el Ministerio la posibilidad de considerar que esa participación se dé por medio de un proceso de concentración, que permita las alianzas estratégicas o cualquier acto entre operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones. La inclusión de las palabras "que han sido independientes entre sí", da a entender que el supuesto refiere a la posibilidad de asociación entre actuales concesionarios para efecto de explotación de un canal de televisión digital.

La concentración regulada por la Ley General de Telecomunicación abarca una diversidad de actos, como son la fusión, la adquisición del control accionario, las alianzas u otro tipo de acto dirigido a concentrar las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general, que se realicen entre operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones que han sido independientes entre sí. Concentración que debe ser autorizada por la SUTEL dentro del ámbito de regulación de la competencia dentro del mercado de telecomunicaciones. Por ello el artículo 56 prohíbe la concentración que conduzca a

adquirir un poder sustancial o incremento de la posibilidad de ejercer poder sustancial en el mercado relevante, que facilite la coordinación expresa o tácita entre operadores o proveedores, o produzca resultados adversos para los usuarios finales. No obstante, la norma faculta a SUTEL para valorar si la concentración es necesaria para alcanzar economías de escala, desarrollar eficiencias o para evitar la salida, en perjuicio de los usuarios, de un operador o proveedor, y cualquier otra circunstancia prevista reglamentariamente.

Una concentración podría ser autorizada si permite una utilización más eficiente del espectro radioeléctrico. Hipótesis que podría presentarse en el supuesto de que actuales operadores de redes de radiotelevisión decidan un proceso de fusión o una alianza estratégica que permita la explotación del canal lógico en una red de otro concesionario.

En cuyo caso, se podría liberar frecuencias y plantearse con mayor intensidad el problema de su reasignación en los términos del artículo 21 de la Ley General, así como la adecuación del título habilitante.

**CONCLUSION:**

Conforme lo anterior, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

1-. La Ley General de Telecomunicaciones es la norma general en materia de telecomunicaciones, particularmente en orden a las redes de telecomunicaciones. Sin embargo, el legislador decidió excepcionar esa aplicación general y uniforme, manteniendo vigente una parte de la Ley de Radio.

2-. La norma que establece el título habilitante para el otorgamiento de frecuencias del espectro radioeléctrico para radiodifusión, la competencia para otorgarlo y el procedimiento es la Ley General de Telecomunicaciones, artículo 29. Esta Ley dispone sobre las reglas a que se sujetan las redes de radiodifusión para una optimización del espectro, lo que comprende una asignación y utilización de esos recursos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente.

3-. El artículo 25 de la Ley de Radio dispone que la concesión se otorga por tiempo limitado pero no fija un límite y, por el contrario, permite prórrogas automáticas indefinidas, siempre que se pague el impuesto de radiodifusión. Lo que determina que

en la práctica las concesiones sean perpetúas. La insuficiencia de la norma no conduce a la aplicación automática de los límites establecidos en el artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones. Este regula el plazo de las concesiones de redes públicas de telecomunicaciones, no de todo tipo de red de telecomunicaciones. No obstante, lo así dispuesto es un índice sobre cuál debería ser la norma en tratándose de la concesión de una red de radiodifusión. Por ende, el plazo durante el Poder Ejecutivo podría otorgar una concesión.

4-. La aplicación supletoria de la Ley General de Telecomunicaciones a la radiodifusión no permite responder a grandes insuficiencias de la Ley de Radio. Es el caso de la ausencia de un régimen sancionatorio adecuado para la prestación de los servicios de radiodifusión; así como a una regulación obsoleta en materia tributaria. Y claro está la sujeción al canon de reserva del espectro. Ámbitos que requieren una nueva Ley de Radio.

5-. La competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones en relación con la radiodifusión deriva no solo del artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones sino que, conforme a la Ley de Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, le corresponde regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, por ende, la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales.

6-. Esa competencia se extiende a la regulación de la interconexión y acceso de redes de radiodifusión en razón del artículo 29 por la Ley General de Telecomunicaciones. Por lo que en este tema no existe vacío normativo que obligue a una integración normativa.

7-. La televisión digital abre la posibilidad de transmitir más de una señal televisiva por un mismo canal. Lo que permite considerar en una banda de frecuencia múltiples subcanales, con transmisión de diversa información para dispositivos fijos, móviles, audio y otros datos, permitiendo un uso más eficiente del espectro radioeléctrico.

8-. Esa *multiplexación* lleva a diferenciar el rol de operador de red, la construcción y administración de red y el operador del canal lógico o programador.

9-. Si bien el operador es responsable de la construcción y operación de la red de radiodifusión, puede encargar dicha construcción a un tercero, sin que para ello necesite autorización administrativa.

Doctor
Marcelo Jenkins Coronas
Ministro de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones

10 de mayo, 2016
C-110-2016
Página 33

10-.El operador lógico o programador debe contar con un título habilitante. Dado que este canal opera en una red que ha sido concesionada, esa habilitación debe provenir de una autorización, emitida por la Superintendencia de Telecomunicaciones. Acto que permitirá la imposición de obligaciones al proveedor del canal lógico y facilitará el control por la Superintendencia.

11-. Si bien a través de un reglamento o del cartel del concurso pueden establecerse regulaciones para la operación del canal lógico o programador, esas regulaciones no constituyen un título habilitante del funcionamiento del operador lógico.

Atentamente,




Dra. Magda Inés Rojas Chaves
PROCURADORA GENERAL ADJUNTA

MIRCH/gap