

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

**TEMA: JURISPRUDENCIA SOBRE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A
EMPRESAS PRIVADAS EN TELECOMUNICACIONES, RADIODIFUSIÓN.**

SUMARIO

Índice de contenido

JURISPRUDENCIA.....	2
EJERCICIO LIBRE DE LA RADIOFONIA.....	2
IMPUGNA POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LEY RADIO Y TELEVISIÓN.....	9
FUENTES UTILIZADAS.....	31

JURISPRUDENCIA

EJERCICIO LIBRE DE LA RADIOFONIA¹

Resultando:

1.- Los accionantes promueven acción contra el artículo 15 de la Ley de Radio y Televisión, número 1758, de diecinueve de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, en cuanto impone una restricción en lo que se refiere a la materia de comunicación al impedir ejercer libremente la radiofonía al limitar el servicio dentro del territorio nacional y no permitirlo a nivel internacional, lo cual resulta contrario a los artículos 7, 28, 33, 46 y 47 de la Constitución Política.

2.- Figura como asunto previo de esta acción de inconstitucionalidad el recurso de amparo tramitado ante esta Sala bajo expediente número 982-92, al cual por resolución de las dieciséis horas veintisiete minutos se le confirió un plazo de quince días hábiles para interponer la acción correspondiente.

3.- Por resolución de las trece horas cuarenta minutos del veintiocho de abril del año próximo pasado se le dio curso a la acción, confiriéndose audiencia a la Procuraduría General de la República y a la Oficina de Control de Radio del Ministerio de Gobernación.

4.- Los edictos respectivos fueron publicados en los Boletines Judiciales números 100, 101 y 102, del veinticinco, veintiséis y veintisiete de mayo de ese año.

5.- Por resolución número 376-I-94, de las catorce horas diez minutos del diecinueve de julio último, se tiene como parte al Instituto Costarricense de Electricidad.

6.- La Procuraduría General de la República considera que no hay violación de los artículos 28 y 46 de la Constitución Política, por cuanto no se trata de un bien que esté en el comercio de los hombres, sino que se trata de un bien demanial, el cual sólo puede ser explotado mediante concesión y el cumplimiento de ciertos requisitos. Por sentencia número 5386-93 la Sala Constitucional determinó que los servicios inalámbricos que se prestan mediante un servicio de dominio público constituyen un bien de la Nación, afectado al servicio público, y que es la propia Constitución la

que le da esta categoría al espectro electromagnético, en el artículo 121 inciso 14.). Tales bienes son imprescriptibles e inalienables, y su explotación sólo pueden hacerla los concesionarios según las condiciones determinadas por ley. En este caso, la concesión especial fue tomada exclusivamente a favor del Instituto Costarricense de Electricidad y de RACSA, por lo cual los particulares tienen prohibición constitucional para explotar los citados servicios. En cuanto a la violación del artículo 7 constitucional por ser contrario a lo dispuesto en los diferentes convenios internacionales de la materia, señala que no es cierto que los mismos dispongan el derecho de explotación de tales servicios, sino únicamente el derecho de comunicación, disponiendo la suspensión de las comunicaciones internacionales cuando se hagan infringiendo la ley, y los textos internacionales se hacen con el respeto de la soberanía de cada país.

7.- Warren Murillo Martínez, en su condición de Jefe del Departamento de Control Nacional de Radio, se adhiere en todo sus extremos a lo que manifieste en esta instancia la Procuraduría General de la República.

8.- El Licenciado Jorge Rojas Solórzano, en su carácter de representante judicial del Instituto Costarricense de Electricidad, manifestó que la norma impugnada no roza con los principios constitucionales 28 y 33 constitucionales ya que el artículo 121 inciso 14.) de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Sala (sentencia número 5386-93) disponen que los servicios inalámbricos pertenecen al dominio del Estado, y que no pueden salir del dominio público, de manera que la aplicación a usos públicos sólo puede darse a particulares por medio de ley o concesión de la Asamblea Legislativa, la cual la otorgó al Instituto Costarricense de Electricidad y a RACSA. La distinción establecida en la norma impugnada responde a una realidad política y técnica existentes, que se impone para evitar interferencias que de otro modo harían imposible la comunicación. En relación con la violación a textos internacionales, señala que los mismos no establecen un derecho a la explotación de servicios de telecomunicaciones por los particulares, sino un derecho a la comunicación, afirmando en todo momento la soberanía de los Estados sobre las telecomunicaciones, por lo cual esta materia es de remisión al ordenamiento jurídico nacional.

9.- El párrafo segundo del artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para rechazar por el fondo, en cualquier momento procesal, incluso desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o

similar rechazada, no encontrando motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión.

Redacta el Magistrado Castro Bolaños; y,

Considerando:

I. Los accionantes impugnan el artículo 15 de la Ley de Radio y Televisión, número 1758, de diecinueve de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, en cuanto impone una restricción en lo que se refiere a la materia de comunicaciones al impedir ejercer libremente la radiofonía, pues limita el servicio dentro del territorio nacional y no lo permite a nivel internacional, lo cual considera contrario a los artículos 7, 28, 33, 46 y 47 de la Constitución Política.

II. La explotación de los servicios inalámbricos -ondas electromagnéticas en el caso en concreto- que se discute debe de estudiarse de conformidad con la naturaleza del bien de que se trata. Olvidan los promoventes que los servicios inalámbricos pertenecen al dominio de la Nación , según lo dispone el artículo 121 inciso 14.) de la Carta Magna , que dice en lo conducente:

"Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde a la Asamblea Legislativa :

...

14.) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.

No podrán salir definitivamente del dominio del estado:

a.) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;

b.) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;

c.) Los servicios inalámbricos.

Los bienes mencionados en los apartes a.), b.) y c.) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial

otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. "

En razón de lo anterior es que se concluye que no es un bien directamente utilizable o explotable por los particulares, ya que participa de las características propias de los bienes demaniales: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, de manera que no es susceptible de ser objeto de propiedad privada, y su explotación está sujeta a las condiciones que expresamente establezca al respecto la Asamblea Legislativa, tal como lo ha definido en forma reiterada esta Sala al señalar que los bienes demaniales son diversos de la propiedad privada en razón de que:

"... la naturaleza y régimen jurídicos son diferentes tratándose de propiedad privada o de propiedad pública o del Estado, ello por cuanto la primera es regulada de conformidad con el artículo 45 Constitucional y la normativa del Código Civil pertinente, de manera que se protege la inviolabilidad de la misma, introduciéndose el concepto de función social, de manera que no se puede privar a nadie de la suya si no es motivado en un interés social y mediante ley aprobada por la Asamblea Legislativa con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Por su parte, la regulación de la propiedad demanial se fundamenta en el inciso 14.) del artículo 121 Constitucional, como ya lo indicó esta Sala por resolución número 2306-91, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del seis de noviembre, de modo que su naturaleza jurídica es virtualmente diferente, la cual indicó que:

"El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos de Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio. Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad, el permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la

Administración , en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa. La precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por la construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública. En consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público, ... los coloca fuera del comercio de los hombres y por ello los permisos que se otorguen serán siempre a título precario y revocables por la Administración , unilateralmente, cuando razones de necesidad o de interés general así lo señalan." (Resolución número 5976-93, de las quince horas cuarenta y dos minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres.)

Por otra parte, también ha señalado que sobre tales bienes:

"... no es posible tener por violado el artículo 45 Constitucional, ... ya que no se imponen limitaciones a la propiedad privada, sino que al regularse el dominio público, la ley lo que hace es establecer condiciones mediante las que es posible el uso y disfrute ..., por parte de los particulares. Así quien pretenda por medios no autorizados ejercer un uso privativo de esa zona tendrá vedada la posibilidad de consumarlo, pues es aceptable también, desde tiempo inmemorial, que se trata de bienes imprescriptibles en favor de particulares y que están fuera de comercio." (Resolución número 5399-93, de las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y tres.)

III. Asimismo, por sentencia número 5386-93, de las dieciséis horas del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y tres, esta Sala señaló que los servicios inalámbricos se prestan mediante un bien de dominio público, bien que es de la Nación y que está afectado al servicio público. En aquella ocasión se indicó:

"Para un elenco de bienes, servicios y recursos han sido constitucionalmente definidos los límites del mercado y del tráfico económico. La Constitución no establece una uniforme intensidad de demanialidad ni de reserva al sector público de servicios o recursos esenciales. Según el artículo 121 inciso 14.), el que ahora nos ocupa, los servicios inalámbricos "no

podrán salir definitivamente del dominio del Estado". Pública es la titularidad: han sido constitucionalmente vinculados a fines públicos y su régimen es exorbitante del derecho privado. No obstante, cabe la explotación por la Administración pública o por particulares,

"... de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. "

Infiérase entonces: a.) Una reserva de ley. La explotación por particulares o por las administraciones públicas requiere sea concesión especial, cuando procediere, sea una ley que concursalmente permita a los particulares esa explotación, siempre sin pérdida de la titularidad y de la vinculación a fines públicos. b.) La propia Constitución califica a ciertos bienes como del dominio público -espectro electromagnético, en la especie. c.) La actividad económica -los servicios que explotan esos bienes- es reserva al Estado, con previsión de un régimen de explotación por parte de los particulares.

El servicio público de telefonía, los yacimientos petroleros, las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público y otros bienes y actividades son "propios de la Nación "; se los designa, ciertamente, también como "dominio del Estado", pero el giro del Constituyente conlleva que a aquel son encomendados ciertos bienes porque la Nación carece de personificación jurídica. El Estado viene a ser una suerte de fiduciario de la Nación , fórmula coherente con las reivindicaciones que históricamente justifican la demanialidad constitucionalmente declarada que examinamos. Los funcionarios públicos no pueden disponer a su antojo autorizaciones relativas a servicios y bienes propios de la Nación que el tiempo tornaría alegadamente inatacables; hay un orden esencial: El derecho no es simplemente un agregado de derechos subjetivos: también lo conforma un orden de convivencia -objetivo-, razonable y democrático, expresión de los valores del Estado Social de Derecho (artículos 74 y 50 de la Constitución)."

De esta manera se tiene que es la propia norma constitucional la que califica de bienes de la Nación el espectro electromagnético, afectándolo a ciertos servicios públicos -que corresponden específicamente al Instituto Costarricense de Electricidad y a la empresa RACSA- pero no autoriza a un uso público de éste, por lo cual se trata de un bien que no puede salir bajo ninguna circunstancia del dominio de control del Estado, razón por la que tales servicios inalámbricos únicamente pueden ser explotados por

particulares en los términos previstos por la Constitución , ya que están en juego bienes propios de la Nación. En este sentido puede afirmarse que existe una propiedad pública o demanial sobre el uso y explotación de este bien, que se afirma por la necesidad de una explotación pública de la utilidad que puede comportar el bien para la sociedad, en tanto que se trata de una riqueza colectiva. Así, tanto el bien -ondas electromagnéticas-, como su uso y explotación están fuera del comercio de los hombres, por lo que no es cualquier persona la puede explotarlos fundamentándose en su voluntad y libertad de comercio, como pretende el accionante, por lo cual no existe infracción alguna a los artículos 28 y 46 de la Constitución Política.

IV. Como se indicó anteriormente, los bienes demaniales están sujetos a un régimen jurídico particular en orden a su explotación, régimen que determina que los particulares sólo pueden explotarlos en tanto sean concesionarios. Esta concesión puede ser especial en cuanto sea acordada por la Asamblea Legislativa , o por el Poder Ejecutivo de conformidad con una ley de la materia. Lo fundamental aquí es que en virtud de la reserva de ley que existe en este asunto, le corresponde a la Asamblea Legislativa la fijación y regulación de las condiciones y estipulaciones para el otorgamiento de dicha concesión; resultando prohibitiva la disposición constitucional que impide la prestación privada de servicios inalámbricos sin ley o sin concesión especial del legislador. En nuestro ordenamiento esta decisión legislativa ha sido tomada exclusivamente a favor del Instituto Costarricense de Electricidad y de RACSA, y no a favor de los particulares, por lo cual éstos tienen prohibición para explotar estos servicios, prohibición que es de rango constitucional. En este sentido, el artículo 15 de la Ley de Radio y Televisión impugnado al prohibir a las estaciones de radio hacer "comunicaciones internacionales" lo que hace es precisar lo dispuesto en el artículo 124 inciso 14.) de la Constitución Política.

V. En relación con la alegada violación del artículo 7 de la Constitución Política por infringir los tratados y convenios internacionales de la materia, debe aclararse que los mismos no disponen que los particulares puedan prestar servicios de comunicaciones, muy al contrario de lo que señalan los accionantes, dichos instrumentos internacionales lo que hace es reconocer el derecho universal a ser usuario de los servicios, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de Málaga:

"Los Miembros reconocen al público el derecho a comunicarse por medio del servicio internacional de correspondencia pública ..."

Asimismo, cabe señalar que los convenios y tratados internacionales de la materia parten del reconocimiento de la soberanía de cada país para reglamentar sus telecomunicaciones, lo anterior sin perjuicio de una explotación particular en los casos y según las condiciones en que el ordenamiento así lo disponga. Así, no se reconoce el derecho a la explotación del servicio, las afirmaciones de Telepuerto ICAN, Sociedad Anónima resultan infundadas en el sentido de que la actividad que pretende realizar está basada en la Convención de Málaga, muy por el contrario, el artículo 19.2 de esa convención permite que los Estados interrumpan las comunicaciones internacionales cuando éstas se hacen infringiendo la ley, infracción que se produce cuando se pretende realizar la actividad sin ser titular de una concesión otorgada por la Asamblea Legislativa.

VI. En vista de que se trata de un bien demanial, sujeto a un régimen jurídico especial de explotación, la norma impugnada resulta acorde a lo dispuesto en el artículo 121 inciso 14.) de la Constitución Política, no vulnerando los numerales 7, 33, 46 y 47 constitucionales, y tampoco los tratados y convenios internacionales de la materia.

Por tanto:

Se rechaza por el fondo la acción.

Luis Paulino Mora M./Presidente/Jorge E. Castro B./Luis Fernando Solano C./Eduardo Sancho G./Hernando Arias G./José Luis Molina Q./Danilo Elizondo C

IMPUGNA POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LEY RADIO Y TELEVISIÓN²

* La omisión del Poder Ejecutivo de iniciar procedimiento " para ajustar a derecho la conducta de las empresas COMCEL S.A y MILLICON que hacen uso indebido de una frecuencia radiofónica".

* La omisión del Poder Ejecutivo " de hacer cumplir los mandatos contenidos en el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política ", la Ley de Radio y Televisión y su Reglamento.

Legitimación : invoca un interés de la colectividad en su conjunto (sic).

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD No. 2730-91 (acumulada):

Accionante: Sindicato de Ingenieros del ICE:

Impugna por inconstitucional:

* El acuerdo del Poder Ejecutivo número 268 del 4 de diciembre de 1987.

* La interpretación y aplicación del artículo 6 de la Ley de Radio y Televisión y de los artículos 59 inciso b, 61 y 62 de su Reglamento Ejecutivo.

Legitimación: Asunto previo: diligencias de ese Sindicato ante la Oficina Nacional de Control de Radio en que invoca la inconstitucionalidad del mencionado acuerdo número 268 y pide agotamiento de la vía administrativa.

RESULTANDO

1) La acción número 2444-91 se presentó el 2 de octubre de 1991; la número 2730-91, el 24 del mismo mes y se ordenó acumularlas el 29 de abril de 1992 (folio 55).

2) Acción de inconstitucionalidad N. 2444-91:

A) El Poder Ejecutivo, no ha iniciado procedimiento para ajustar a derecho la conducta de las empresas COMUNICACIONES CELULARES (COMCEL S.A.) y MILICOM Costa Rica S.A., las cuales hacen uso indebido de una frecuencia radiofónica.

B) Las empresas mencionadas utilizan una frecuencia radiofónica para vender a terceros un servicio de telefonía inalámbrica con abierta violación de lo dispuesto en el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política (escrito inicial, folio 11).

C) Invoca don Marco A. González el artículo 73 inciso f) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: cabrá la acción de inconstitucionalidad " contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas ". Asimismo invoca un interés que a su juicio atañe a la colectividad en su conjunto: los bienes y servicios que figuran en el inciso 14 del artículo 121 constitucional son " propiedad de la Nación " y todos los costarricenses están interesados en que si son explotados por particulares se sigan los procedimientos constitucionales. " El Poder Ejecutivo y más concretamente, el Ministerio de Gobernación y Policía tienen la obligación legal y constitucional de ajustar la conducta de las mencionadas empresas a los canones de la

legalidad, ordenando el cese inmediato de la actividad realizada en forma irregular y revocando si es del caso la concesión otorgada, todo con apego a principios básicos del debido proceso" (escrito inicial, folio 11).

3) Según el artículo constitucional 121, inciso 14 " no podrán salir definitivamente del dominio del Estado...c) los servicios inalámbricos ", que " sólo podrán ser explotados por la administración Pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa..." .

Las disposiciones de la Ley de Radio y Televisión, así, no pueden ser aplicadas analógicamente a la telefonía. Esa Ley y su Reglamento no autorizan a la Oficina Nacional de Radio a otorgar frecuencias para la explotación de servicios telefónicos. Dada la ausencia de una ley marco, se requiere para la explotación del servicio telefónico en sus diversas modalidades, de concesión legislativa especial, como la otorgada por Ley n. 3226 del 28 de octubre de 1963 al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). La autorización así concedida por la Asamblea Legislativa es posterior a la Ley de Radio y Televisión, emitida en 1954, y refuerza la tesis según la cual la Oficina Nacional de Radio es incompetente para otorgar concesiones en cuanto a servicios telefónicos (ver especialmente folios 8 y 9 del escrito inicial de la acción n. 2444-91).

4) ACCION 2730-91, acumulada :

El Presidente del Sindicato de Ingenieros del Instituto Costarricense de Electricidad (personería a folio 38) cuestiona la constitucionalidad del acuerdo del Poder Ejecutivo número 268 del 4 de diciembre de 1987 y la interpretación y aplicación de las normas que se dirá. Dispone tal acuerdo: " El Presidente de la República y el Ministro de Gobernación y Policía,

Considerando:

1. Que el señor Rodrigo Eduardo Montealegre Mendiola, cédula número 1-248-905, en calidad de Presidente de Comunicaciones Celulares, COMCEL Sociedad Anónima, ha presentado formal solicitud tendiente a que se le autorice a su representada un sistema de radiocomunicación en ultra alta frecuencia entre sus bases situadas en San José, Puntarenas, Limón, Cartago, Alajuela, repetidoras en Cerro Garrón, Volcán Irazú y Cerro Gallo.

2. Que según certificación del notario público, Lic. Rolando Laclé Castro, el señor Rodrigo Eduardo Montealegre Mendiola, es Presidente de Comunicaciones Celulares, COMCEL, Sociedad Anónima.

3. Que la Unidad de Control Nacional de Radio, hizo el estudio del expediente de Comunicaciones Celulares, COMCEL Sociedad Anónima, encontrándolo ajustado a derecho, por lo que ha dado su parecer favorable para que dicho sistema sea autorizado.

Por tanto,

Acuerdan:

Autorizar el rango de frecuencias de 830 mHz a 835 m H z y de 875 mHz a 880 mHz a COMUNICACIONES CELULARES, COMCEL, Sociedad anónima, con las siguientes características:

Letras de llamada : (...)

(....)

Letras de llamada : (....)

(...)

Servicio : Comercial.

Queda entendido el concesionario de estas frecuencias, que es obligación de su parte observar la legislación vigente o la que en el futuro se dicte, acatando las indicaciones de la Unidad de Control Nacional de Radio.

Publíquese (...)"

(énfasis agregado; ver copia del acuerdo a folio 169, publicado en el Alcance N. 7 a La Gaceta. n. 33 de 17 de febrero de 1988).

5) Otorgar una frecuencia de radio para explotar servicios telefónicos se contrapone al artículo 121 inciso 14 apartado c) de la Constitución Política, y son también inconstitucionales la interpretación y aplicación que de los artículos 6 de la Ley de Radio y Televisión, 59 inciso b, 61 y 62 de su Reglamento Ejecutivo realiza la Oficina Nacional de Radio, interpretación avalada por el Poder Ejecutivo. A tenor de la Ley de Radio y Televisión, n. 1758 de 19 de junio de 1954 y sus reformas, artículo 6:

" Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Gobernación y previa consulta al Departamento de Control Nacional de Radio, el otorgamiento y la cancelación de licencias para operar estaciones radiodifusoras, de radioaficionados, marítimas, aeronáuticas, meteorológicas, particulares al servicio del comercio, agricultura e industrias y de radiotelevisión. Los trasposos de licencias otorgadas los debe aprobar también el Poder Ejecutivo en la misma forma ".

Conforme al artículo 59 inciso b) del Reglamento a la Ley de Radio, Decreto Ejecutivo n. 63 de 11 de diciembre de 1956 y sus reformas:

" Las bandas de 3800 a 3900 y 7300 a 7400 KCs únicamente podrían ser usadas en los siguientes tipos de transmisión:

A-1 Telegrafía

A-2 Telegrafía modulada por amplitud

A-3 Telefonía

A-4 Telefonía por modulación de frecuencia".

Los artículos 61 y 62 del mismo Reglamento, respectivamente disponen:

" El Departamento de Control Nacional de Radio, exigirá como requisitos mínimos para la operación de equipos de radiotelefonía de muy alta frecuencia, en los sistemas de modulación por amplitud y frecuencia, excepto en las bandas de aficionados, lo siguiente:

Para radiotransmisores:

a) Una atenuación de radiaciones espurias de por lo menos 40 decibeles, debajo del nivel de la portadora, y;

b) Operación a cristal, con estabilidad limitada a más y menos 0.005 por ciento o mejor, del canal asignado.

Para radioreceptores:

Una repulsa de radiaciones espurias de 60 decibeles o mejor."

" Las solicitudes presentadas ante el Departamento de Control Nacional de Radio para pruebas, instalaciones, operaciones o reformas de los equipos de radiotelefonía de frecuencia muy alta

en los sistemas de modulación por amplitud o por frecuencia, deberán acompañarse de información completa y detallada de la fábrica o constructor... Sin estos requisitos no se dará curso a ninguna clase de solicitud...".

6) Asunto pendiente en la acción de inconstitucionalidad n.2730-91 :

Como tal figuran las diligencias iniciadas por el Sindicato de Ingenieros del ICE ante el Departamento de Control Nacional de Radio. Consta certificación literal del libelo en que se invoca la inconstitucionalidad de la concesión otorgada a Comcel S.A., con petitoria de que en apelación el Ministro de Gobernación " declare la nulidad de las concesiones de radio otorgadas a favor de COMCEL S. A..." y de que " en caso de...(rechazo del)... presente recurso ...se dé por agotada la vía administrativa " (folio 42; ver certificación notarial visible a folio 43 vuelto).

7) Es inconstitucional la interpretación y aplicación del artículo 6 de la Ley de Radio y Televisión porque ésta no confiere a la Oficina Nacional de Control de Radio ni al Poder Ejecutivo ninguna potestad en materia de telefonía celular, como equivocadamente se ha interpretado y aplicado. Por lo demás, la aplicación de los numerales 59 inciso b), 61 y 62 del Reglamento citado a la telefonía celular es inconstitucional, dado que se pretende regular reglamentariamente materia reservada a la Ley por el artículo 121 inciso 14 de la Constitución. Conforme al criterio de la Procuraduría General de la República, " lo que es del dominio público del Estado es el sistema de ondas electromagnéticas, explotable mediante servicios inalámbricos o de telecomunicaciones, prestables bien directamente por el Estado u otros sujetos, públicos y privados, definidos por el artículo 121 inciso 14 constitucional, a saber: concesión administrativa del Estado, otorgada con fundamento en una ley general previa en la materia, que regule los derechos y obligaciones de estado concedente y del concesionario; pero si no hay ley vigente aplicable, se requerirá de una concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa ".

(escrito inicial, folio 32; énfasis agregado).

8) La Presidencia de la Sala dió curso a la acciones acumuladas el 21 de setiembre de 1992 (folio 58 del expediente principal); confirió audiencia al Señor Presidente de la República, al Señor Ministro de Gobernación, a la Procuraduría General de la República, a la Oficina Nacional de Radio, a las empresas MILLICOM

S. A. y COMCEL S. A. Los avisos de ley fueron publicados el 13, 14 y 15 de octubre de 1992 en el Boletín Judicial (folio 170).

9) Audiencias escritas:

A) La Procuraduría General de la República manifiesta:

"...Es inconstitucional la interpretación dada a la ley n. 1758 y sus reformas -Ley de Radio y Televisión- por la Oficina Nacional de Radio, en cuanto autoriza el otorgamiento de frecuencias para operar el servicio de telefonía celular, por contravenir lo dispuesto en los artículos 11 y 121 inciso 14 de la Constitución Política ".

(énfasis agregado; folio 85).

"...En materia de radiotelefonía y telecomunicaciones no se puede extender analógicamente los preceptos de la Ley de Radio y Televisión, por lo que prevalece, como servicios inalámbricos que son aquellos, lo regulado por la Constitución en su artículo 121, inciso 14. De ahí que su explotación sólo se puede dar dentro de los parámetros de esa norma constitucional..."

(énfasis agregado; informe, folio 75).

B) El Señor Presidente de la República en sus "conclusiones" manifiesta :

" En cuanto al fondo de las alegaciones de inconstitucionalidad que se formulan en las presentes acciones y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la Presidencia de la República se adhiere a las manifestaciones que expresara la Procuraduría General de la República... en el escrito mediante el cual contesta la audiencia que también se le confiriera en virtud del auto inicial de este expediente " (folio 91).

Empero, en cuanto a la acción del señor González Salazar observa:

" De manera improcedente se alega una pretendida defensa de los intereses de la colectividad, cuando en realidad sólo se hace un recuento de los antecedentes históricos del actual inciso 14 del numeral 121 constitucional..." (folio 87). " No puede, desde luego, entenderse que cualquier conducta supuestamente contraria a disposiciones constitucionales por sí misma entrañe una lesión a los intereses de la colectividad en su conjunto... ello obligaría a admitir la existencia de la acción popular en esta materia, lo que ha sido negado reiteradamente por esa misma Sala " (folio 88).

Objeta asimismo la admisibilidad de la acción que promueve el Sindicato de Ingenieros del ICE:

"... La pretensión que formula el referido sindicato en vía administrativa es absolutamente inadmisibile, por cuanto no está legitimado para accionar por esa vía. Recuérdese que el numeral 275 de la Ley General de la Administración Pública dispone que para ser parte del procedimiento administrativo, se requiere ser titular de un " interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final." (Folio 89).

C) El Señor Ministro de Gobernación expresa:

"... Lo que se autorizó, debe quedar claro, fue una concesión para un servicio privado de radiocomunicación entre bases y unidades móviles, razón por la cual no han salido los servicios privados de radiocomunicación inalámbricos del dominio del Estado..." (folio 94; énfasis agregado).

Agrega :

" Referente a las inconstitucionalidades alegadas por el Sindicato de Ingenieros del ICE, con respecto al otorgamiento de frecuencias en la banda de 800 MHZ, para operar un sistema de telefonía celular, según indican, debe quedar claro que el acuerdo ejecutivo de concesión de las mismas, no es para operar un sistema de telefonía celular, lo cual se comprueba de la simple lectura de dicho acuerdo en que se autoriza un servicio privado de radiocomunicación inalámbrica en ultra alta frecuencia entre sus bases y repetidoras y no para operar sistemas de telefonía celular, ya que ésta implica una concesión que no es competencia de este Ministerio, sino del Instituto Costarricense de Electricidad (sic) que es el encargado de explotar los servicios de telecomunicaciones, e implica el tener acceso a la red telefónica nacional y es sólo por autorización de este ente que puede darse lo cual desconoce este Despacho si se dió o no ". (énfasis agregado, folios 94 frente in fine y 94 vuelto).

D. Las empresas MILICOM COSTA RICA S.A. y COMUNICACIONES CELULARES COMCEL S. A. (personerías a folios 124 y 125) expresan:

" La firma Comunicaciones Celulares Comcel S. A... es la concesionaria de las frecuencias en la banda 800 MHZ y la firma MILLICOM COSTA RICA S. A. es la propietaria de los derechos telefónicos otorgados por el ICE ... Ambas empresas en un esfuerzo

mancomunado técnico y empresarial ofrecen al público en el mercado un servicio de comunicación con el nombre comercial " MILLICOM " (folio 97).

La " interrelación con la Central del ICE se describe en la nota ST 003433 de 17 de mayo de 1989 cuya copia se adjunta " (Ibidem), la cual reza, en lo conducente:

" Con el propósito de atender su solicitud respecto a que el ICE les brinde el servicio telefónico con la facilidad de Discado Interno Directo (DID), permitiéndole la interconexión de la Central Novatel propiedad de su representada a la Central Digital de Tránsito, propiedad del ICE... por medio de equipo MIC suministrado por ustedes y sobre el cual se enrutará tanto el tráfico entrante como el saliente de su Central (...):

2. Del Plan Nacional de Numeración, el ICE les reserva la numeración comprendida entre el 880000 y el 880999, para un total de 1000 números inicialmente (...)

3. Para facturar lo correspondiente a Tráfico Nacional Saliente, la Central Digital Novatel, obligatoriamente deberá tener su propio sistema de tasación y toda la información que éste genere será enviada por medio de canal de datos a un computador del ICE (...)

6.(...)

a. El ICE debe participar en las pruebas de los equipos, a fin de asegurarse que la interconexión con la central correspondiente no le presentará ningún problema al Sistema Nacional de Telecomunicaciones. (...)

c. Si por algún motivo los equipos de MILLICOM pusieren en peligro la operación de los equipos del ICE, éste último lo comunicará a MILLICOM, quien deberá tomar las medidas del caso para la pronta solución del problema (...)

f. Millicom será responsable de cubrir los daños que ocurran a los equipos e instalaciones del ICE , debidas a negligencia, imprudencia o impericia por parte de sus empleados (...)

7. Millicom no adquiere derecho alguno sobre los equipos propiedad del ICE que se usen para brindar la interconexión de las centrales de Millicom y del ICE, además el ICE tampoco adquiere derechos sobre los equipos de MILLICOM que se usen en la citada interconexión (...)

(expediente principal, folios 147 a 150, aportados por las empresas interesadas; énfasis agregado).

" Señores Magistrados ", continúan las empresas Millicom y Comcel, " cada aparato con apariencia de teléfono que ustedes ven en poder de nuestros usuarios, con botones que indican dígitos, un auricular y un micrófono, es como dijimos un aparato con apariencia de teléfono pero es un radio. Es un equipo de radio que transmite y recibe señales de radio para comunicarse con una central, la que a su vez conecta a ese radio con el sistema telefónico y la red telefónica nacional que pertenece al ICE" (folio 102). "Lo que nosotros brindamos es un acceso a esa red por medio de un aparato de radio. No podría existir nuestro sistema sin utilizar la red telefónica nacional. De donde se dice por eso que la "telefonía celular" es un sistema mixto, inalámbrico y alámbrico, pero lo inalámbrico es una señal de radio que utiliza una frecuencia como vimos, otorgada por la oficina encargada de ello y con arreglo a la ley, y lo alámbrico (sic) es la red telefónica alámbrica (sic) del ICE y para lo cual se adquirieron DE BUENA FE los derechos telefónicos que lo permiten, como cualquier otro usuario y la parte alámbrica que forma parte de nuestro sistema" (folios 103 y 104).

Añaden las empresas:

" De previo a la inversión se tomaron las medidas que la diligencia y la prudencia empresarial y legal disponen, entre ellas, se solicitaron las frecuencias conforme a la ley, se solicitó al Ministerio de Gobernación y Policía y al Instituto Costarricense de Electricidad la oferta de los servicios en ambos casos en forma expresa, para el desarrollo del sistema de telefonía celular, y se solicitó al Ministerio de Economía y Comercio que indicara la legalidad de los servicios de nuestras representadas en Costa Rica". "Tanto el Ministerio de Gobernación que otorgó las frecuencias, como el ICE con el cual suscribimos el contrato de servicios, como el Ministerio de Economía y Comercio (mediante carta fechada 20 de octubre de 1988) garantizaron la legalidad de nuestra operación". (folio 119, énfasis agregado).

10) La vista tuvo lugar el 26 de agosto de 1993 (constancia a folio 381).

Redacta el Magistrado Castro Bolaños, y;

CONSIDERANDO:

*Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

PRIMERO: LA LEGITIMACION ACTIVA EN LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD NUMERO 2730-91. SOBRE EL ASUNTO PREVIO: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO INICIADO CONFORME AL ARTICULO 291 DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

A) Han sido puestos reparos a la admisibilidad de esta acción (folios 90 y 98 especialmente): El Sindicato de Ingenieros del ICE, se argumenta, carente de derecho subjetivo o de interés legítimo que pudiera ser directamente afectado por el acto final en las diligencias interpuestas ante el Departamento Nacional de Control de Radio, no tendría legitimación para pedir en sede administrativa la nulidad de las frecuencias otorgadas; falta así de asunto previo, la acción de inconstitucionalidad de ese Sindicato devendría en inadmisibles.

B) En lo que hace a la acción de Don Marco A. Gonzalez, como se dirá luego, no es necesario asunto previo dada la naturaleza de lo debatido -ante todo, pero no exclusivamente, el menoscabo de una norma atinente a una atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa- pues no existe perjuicio individual y directo. Un razonamiento similar fundamentaría la legitimación activa del Sindicato de Ingenieros del ICE incluso si las diligencias administrativas ante el Departamento de Control Nacional de Radio se estimaran inadmisibles.

C) El derecho positivo, sin embargo, arbitra medios diversos de instar la actividad de la administración, cuya voluntad es impugnabile mediante recursos administrativos que hacen valer un derecho subjetivo o un interés legítimo, pero no es esa la única forma de iniciar un procedimiento: basta un interés simple a ciudadanos que hagan notar motivadamente a la administración la irregularidad de un acto -a fortiori si se lo tacha de inconstitucional, como es el caso, y están en juego bienes propios de la Nación- :

" Ley General de la Administración Pública, Título V, Capítulo I. De la Iniciación del Procedimiento (...)

Artículo 291. Quedará a juicio de la administración proceder en la forma que a bien tenga cuando se le formule una petición por persona sin derecho subjetivo o interés legítimo en el caso."

La Ley de Radio y Televisión, No. 1758 de 19 de junio de 1954 y sus reformas, por su parte, encomienda al Departamento de Control Nacional de Radio :

"Informar al Ministerio de Gobernación para que éste proceda a

cancelar la licencia o suspender el funcionamiento de una radioestación por razones técnicas o de cualquier otra índole previstas en esta ley"

(artículo 5, inciso e).

Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Gobernación, previa consulta a ese Departamento, "el otorgamiento y cancelación" de esas licencias (Ibidem, artículo 6). La administración, aún de oficio, hubiera estado obligada a anular el acto absolutamente nulo, "dentro de las limitaciones de esta ley" (Ley General de la Administración Pública, artículo 174, inciso 1).

D) El Departamento de Control Nacional de Radio fue puesto en conocimiento de la ilegitimidad que afecta al otorgamiento de frecuencias debatido en autos; legalmente debió haber oído a quienes derivasen derechos subjetivos o intereses legítimos del acto cuestionado y finalmente haber solicitado el dictamen de la Procuraduría General de la República sobre la manifiesta y evidente nulidad del acto. Fundamentan esa legitimación en sede administrativa el artículo 291 de la Ley General de la Administración Pública, el derecho fundamental de petición y el deber de la administración de restaurar la juridicidad, con especial énfasis si de bienes propios de la Nación se trata y si son cuestionados "actos y convenios contra las leyes prohibitivas", cuya nulidad la propia Constitución decreta (artículo 129).

E) Finalmente, fue puesta en conocimiento del Departamento Nacional de Radio la inconstitucionalidad del otorgamiento de la frecuencia que interesa el 30 de agosto de 1991 (ver folio 34 del expediente administrativo), cuando no había transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años para declarar en vía administrativa (artículo 175, Ley General de Administración Pública) la nulidad evidente y manifiesta del acto, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República. Obsérvese que el libelo en que se invoca la inconstitucionalidad y se apela ante el Ministro de Gobernación es del 22 de octubre de 1991 (expediente principal, folio 39), con petitoria de anulación del acuerdo ejecutivo No. 268 de 4 de diciembre de 1987, publicado en La Gaceta el 17 de febrero de 1988.

SEGUNDO: LA LEGITIMACION ACTIVA EN LA ACCION No. 2444-91: POR LA NATURALEZA DEL ASUNTO NO EXISTE LESION INDIVIDUAL Y DIRECTA.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional insta una legitimación

que sin autorizar el planteamiento de la acción popular es abierta y flexible para que las personas contribuyan a mantener la supremacía constitucional. No está legitimado el aquí accionante -como sostiene- porque defienda intereses de la colectividad en su conjunto en el sentido a que ello atribuye el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sino por otra excepción a la regla del asunto previo: dada la naturaleza del asunto no existe lesión individual y directa (Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 75, párrafo segundo). En efecto, sólo si media ley o concesión especial pueden los particulares explotar servicios inalámbricos (artículo constitucional 121, inciso 14). La acción de inconstitucionalidad puede presentarse sin asunto previo porque del acto impugnado y de las normas inconstitucionalmente interpretadas no derivan perjuicio directo los ciudadanos en sus derechos e intereses individuales. Está de por medio -primordial, pero no únicamente- una regla de competencia, una atribución constitucional exclusiva de la Asamblea Legislativa. Así, el control de constitucionalidad se ejerce aquí ante todo con relación a una norma que atribuye competencia exclusiva al Legislativo en punto a autorizar a particulares para que exploten "servicios inalámbricos".

Esta consideración, pertinente para tornar innecesario en el presente proceso el asunto previo, es también válida para excluir que las pretensiones del accionante hubieran podido ser susceptibles de amparo (artículo 73 inciso b. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional): Por la naturaleza de la omisión reclamada (Ibidem, artículos 73 inciso f y 75 párrafo segundo), ajustar a derecho una frecuencia ilegítimamente utilizada para ofrecer un servicio público de telefonía, persona alguna no podría alegar la violación de un derecho fundamental. Y de la relación de hechos pertinentes luego transcrita, añadamos, se inferiere que la administración es la primera interesada en abstenerse de arreglar a derecho la situación denunciada: véase cómo COMCEL solicitó las frecuencias expresamente para establecer un sistema de telefonía celular; ello no obstante, el Departamento de Control Nacional de Radio encontró el expediente "ajustado a derecho" y dió su "parecer favorable" para que finalmente el Poder Ejecutivo autorizara el rango de frecuencias solicitado.

TERCERO: HECHOS DE TRASCENDENCIA PARA EL MERITO DE LAS CUESTIONES DEBATIDAS:

1) La "Unidad de Control de Radio" estudió el expediente de COMCEL S.A. y lo encontró "ajustado a derecho":

Ello resulta del considerando 3 del acuerdo de 4 de diciembre de

1987 (visible a folio 169).

2) Las frecuencias fueron solicitadas por la empresa COMCEL S.A. para establecer un sistema de telefonía celular: Resulta probado del dicho de COMCEL Y MILLICOM y de la solicitud presentada por COMCEL al Departamento de Control Nacional de Radio:

A) Conferida por el Presidente de la Sala audiencia a los apoderados de Millicom y de COMCEL, expresaron:

"De previo a la inversión se ... solicitaron las frecuencias conforme a la ley, se solicitó al Ministerio de Gobernación y Policía y al Instituto Costarricense de Electricidad la oferta de los servicios en ambos casos en forma expresa, para el desarrollo del sistema de telefonía celular ..."

(manifestaciones de MILLICOM y COMCEL a folio 119; énfasis agregado)

B) En la "solicitud de frecuencias comunicación privada" n. 3293 presentada por COMCEL al Departamento de Control Nacional de Radio (visible a folios 165 a 168, expediente principal), en el "detalle del sistema" el apoderado de COMCEL S.A. declara que esta empresa:

" ...ha sido creada con el fin primordial de establecer en Costa Rica un moderno sistema de telefonía móvil celular con una inversión inicial cercana a los doscientos cincuenta millones de colones"

(ver folio 167; énfasis agregado).

Asimismo, se expresa que:

"Ninguna de las frecuencias que solicitamos está siendo utilizada por el ICE en este momento"

(folio 168; énfasis agregado).

3) El sistema telefónico nacional está conformado tanto por aspectos alámbricos como inalámbricos, según hace constar la Gerencia General del ICE (ver folio 206).

4) MILLICOM y COMCEL "ofrecen al público en el mercado un servicio de comunicación con el nombre comercial MILLICOM..."

(manifestaciones de esas empresas a folio 97).

5) La relación entre MILLICOM y la Central del ICE "se describe en la nota suscrita por el ... Jefe de la Subdirección Comercial del Area Metropolitana, referida como ST003433 de 17 de mayo de 1989 cuya copia se adjunta" (manifestaciones del MILLICOM y COMCEL a folio 97).

6) La nota SP 003433 prueba que el ICE negoció con MILLICOM un acceso al sistema telefónico nacional que va más allá de una venta de derechos telefónicos a un usuario cualquiera. (La nota es transcrita en lo conducente en el apartado D) del resultando 9 del presente fallo).

CUARTO: LOS SERVICIOS INALAMBRICOS PUEDEN SER EXPLOTADOS POR PARTICULARES SOLO EN LOS TERMINOS PREVISTOS POR LA CONSTITUCION. ESTAN EN JUEGO BIENES PROPIOS DE LA NACION

Para un elenco de bienes, servicios y recursos han sido constitucionalmente definidos los límites del mercado y del tráfico económico. La Constitución no establece una uniforme intensidad de demanialidad ni de reserva al sector público de servicios o recursos esenciales. Según el artículo 121 inciso 14, el que ahora nos ocupa, los servicios inalámbricos "no podrán salir definitivamente del dominio del Estado". Pública es la titularidad; han sido constitucionalmente vinculados a fines públicos y su régimen es exorbitante del derecho privado. No obstante, cabe la explotación por la administración pública o por particulares,

"de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa".

Infiérese entonces :

a) Una reserva de ley . La explotación por particulares o por las administraciones públicas requiere sea concesión especial, cuando procediere, sea una ley que concursalmente permita a los particulares esa explotación, siempre sin pérdida de la titularidad y de la vinculación a fines públicos.

b) La propia Constitución califica a ciertos bienes como del dominio público -el espectro electromagnético, en la especie-.

c) La actividad económica -los servicios que explotan esos bienes- es reservada al Estado, con previsión de un régimen de explotación por parte de los particulares.

El servicio público de telefonía, los yacimientos petroleros, las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público y otros bienes y actividades son "propios de la Nación"; se los designa, ciertamente, también como "dominio del Estado", pero el giro del Constituyente conlleva que a aquel son encomendados ciertos bienes porque la Nación carece de personificación jurídica. El Estado viene a ser una suerte de fiduciario de la Nación, fórmula coherente con las reivindicaciones que históricamente justifican la demanialidad constitucionalmente declarada que examinamos. Los funcionarios públicos no pueden disponer a su antojo autorizaciones relativas a servicios y bienes propios de la Nación que el tiempo tornaría alegadamente inatacables; hay un orden público esencial: El derecho no es simplemente un agregado de derechos subjetivos; también lo conforma un orden de convivencia -objetivo-, razonable y democrático, expresión de los valores del Estado Social de Derecho (artículos 74 y 50 de la Constitución) . El Orden desvinculado de los derechos de las personas es dictatorial; la tutela de derechos subjetivos sin sujeción a un sentido objetivo de la justicia es el reino de los más fuertes. Ambos extremos son ajenos a la Constitución, vigilante tanto de los principios esenciales de la justicia como de los derechos subjetivos fundamentales: Autoridades y Libertades han de encontrar en todas las tareas estatales, no se diga en las jurisdiccionales, su difícil y siempre inestable equilibrio.

QUINTO: LOS EFECTOS, LA INTERPRETACION Y LA APLICACION DEL ACUERDO EJECUTIVO NUMERO 268 DE 4 DE DICIEMBRE DE 1987, Y LAS NEGOCIACIONES ENTRE MILLICOM Y EL ICE INFRINGEN DIRECTAMENTE EL ARTICULO 121 INCISO 14, APARTADO C DE LA CONSTITUCION POLITICA:

A) Ese acuerdo es inconstitucional porque se le utiliza para prestar al público un servicio de telefonía sin ley alguna que así lo autorice: Según su texto a COMCEL S.A. se ha autorizado un "servicio comercial" (sic), que comporta un "sistema de radiocomunicación en ultra alta frecuencia entre sus bases...". Pero su efectivo funcionamiento y su interpretación y aplicación por las autoridades públicas infringen el artículo constitucional 121 inciso 14, apartado c):

"Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales" (Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 3; énfasis agregado).

De la relación de hechos pertinentes para examinar el fondo de las acciones acumuladas se infiere que las frecuencias autorizadas por el Ministerio de Gobernación se utilizan para prestar un servicio público de telefonía, para lo cual han sido instrumentales también las negociaciones entre MILLICOM y el ICE (aquella, a su vez, íntimamente relacionada con COMCEL S.A), referidas en la nota de la Subdirección Comercial del Area Metropolitana del ICE n. ST003433 de 17 de mayo de 1989, lo cual conlleva que cualesquiera negociaciones que faciliten la operación del sistema de telefonía celular aquí examinado, asimismo, han de anularse por conexión o consecuencia (artículo 89, Ley de la Jurisdicción Constitucional).

B) La preceptiva manifestación de voluntad de la Asamblea Legislativa para la explotación de servicios telefónicos (aún si es en favor de instituciones públicas, y sin que pudiera bastar, como se ha pretendido, que un particular acuda al Ejecutivo para que le otorgue autorización presuntamente conforme a la Ley de Radio y Televisión) es confirmada por la concesión otorgada al ICE, con posterioridad a esa Ley; nótese que se requirió de otra ley, la No. n. 3226 de 28 de octubre de 1963:

"Artículo 1. Adiciónase el artículo 2 del Decreto Ley n. 449 de 8 de abril de 1949, por medio del cual se creó el ICE, con el siguiente nuevo inciso, así :

H) Procurar el establecimiento, mejoramiento, extensión y operación de los servicios de comunicaciones telefónicas, telegráficas , radiotelegráficas y radiotelefónicas, para lo cual tendrá de pleno derecho la concesión correspondiente por tiempo indefinido".

Por su parte, la ley 2199 de 31 de marzo de 1958, expresamente derogada por el artículo 6 de la citada Ley n. 3226 ya otorgaba una concesión al ICE por treinta años:

" Artículo 2. Otórgase al Instituto Costarricense de Electricidad una concesión para establecer y operar un servicio de telecomunicaciones en todo el territorio nacional, sujeto a la regulación del servicio nacional de electricidad y sobre la base de servicio público al costo. El término de la concesión será de treinta años a partir de la fecha en que entre en vigencia esta ley."

Interesa la mencionada ley 2199, aún derogada, por el principio de transparencia e igualdad entre potenciales empresas oferentes que buscaba garantizar (Constitución Política artículo 182): El ICE

era autorizado, obsérvese el artículo 7, a "constituir con empresarios particulares, nacionales o extranjeros, una sociedad que establezca y explote los servicios a que se refiere esta ley (...). El Instituto Costarricense de Electricidad podrá ceder temporalmente a la sociedad como parte de su aporte el aprovechamiento temporal de la concesión que por esta ley se le otorga..."(énfasis agregado). Se disponía también que las empresas interesadas debían participar en una licitación pública (art. 10) y que "cualquier contrato, concesión o sociedad que suscriba el Instituto Costarricense de Electricidad deberá tener la aprobación del Servicio Nacional de Electricidad y el refrendo de la Contraloría General de la República, en cuanto a su concordancia con la presente ley" (artículo 11). Por Ley 3293 de 18 de junio de 1964, agreguemos, "se autoriza al Instituto para constituir una sociedad anónima mixta con la Compañía Radiográfica Internacional de Costa Rica, con el fin de llevar a cabo la explotación a que se refiere el artículo I..." ("servicios de telecomunicaciones a que se refiere la Ley n. 47 de 25 de julio de 1921..."). " Las partes cederán a la nueva sociedad sus respectivos derechos en la concesión a que se refiere esta ley".

SEXTO: EL ARTICULO 15 DE LA LEY DE RADIO Y TELEVISION IMPIDE QUE UNA ESTACION "PRIVADA" OFREZCA AL PUBLICO SERVICIOS DE TELEFONIA.

La Ley de Radio y Televisión N. 1758 de 19 de junio de 1954 y sus reformas no permite que una frecuencia sea utilizada para establecer un servicio público de telefonía. Ha sido entonces inconstitucionalmente interpretada y aplicada por parte del Ministerio de Gobernación, como lo han sido los artículos 59 inciso b), 61 y 62 de su Reglamento, No. 63 de 11 de diciembre de 1956 y sus reformas. Al referirse este último a "telefonía" y a "telefonía por modulación de frecuencia" lo hace en el ámbito de las estaciones de radio autorizadas por la ley que ejecuta, ninguna de las cuales está legalmente prevista para ofrecer servicios de telefonía más allá de la comunicación entre las bases del sistema. Léase el acuerdo ejecutivo n. 268 varias veces citado: La autorización de frecuencias a COMCEL es denominada "servicio: comercial". Y, "estaciones comerciales" son aquellas, establece el Reglamento en su artículo 3:

"que se dedican a la explotación lucrativa permanente de propaganda comercial, por medio de programas musicales, literarios, científicos, deportivos, etc, de interés general para el público".

El establecimiento de un servicio público de telefonía infringe tanto el Reglamento como la Ley de Radio y Televisión, pues reza

el considerando primero del acuerdo impugnado:

"Comcel ...ha presentado solicitud tendiente a que se le autorice a su representada un sistema de radiocomunicación en ultra alta frecuencia entre sus bases situadas en San José, Puntarenas, Limón, Cartago, Alajuela, repetidoras en Cerro Garrón, Volcán Irazú y Cerro Gallo".

Luego, el servicio autorizado no es, como reza el texto del acuerdo, "comercial", sino "privado", expresamente definido como sigue por el artículo 15 de la Ley:

"La radiofonía al servicio de industrias, agricultura y comercio se hará únicamente entre estaciones dedicadas a esas actividades dentro del territorio nacional. No podrán efectuar servicios de otra índole, ni hacer comunicaciones internacionales, ni invadir las frecuencias que correspondan a otros servicios de radiocomunicaciones y solamente en casos de emergencia puede comunicarse con estaciones de radioaficionados." (énfasis agregado)

En igual sentido establece el Reglamento, artículo 51:

"La estación de radio de servicio privado es aquella dedicada exclusivamente a proporcionar comunicación entre una persona o empresas y sus actividades comerciales, industriales, agrícolas o profesionales, propias, en diferentes zonas del país."

(énfasis agregado)

Así las cosas, y como resulta del propio dicho de las empresas que sus actividades no se limitan a la comunicación entre estaciones del sistema autorizado, la autorización de frecuencias no solamente se torna ilegal (por explotarse una estación de servicio "privado" para ofrecer un servicio público en contra del artículo mencionado de la Ley de Radio y Televisión) sino contraria a la Constitución, artículo 121 inciso 14. Obsérvese que se ha requerido para establecer el sistema debatido de un acceso negociado ilegítimo al sistema telefónico nacional, que es un servicio público en parte inalámbrico, acceso que va más allá de la compra de derechos telefónicos como pudiera hacerlo cualquier usuario, y que ninguna norma autoriza al ICE a negociar una subexplotación del servicio telefónico nacional, concesión especial que le fuera conferida por Ley n. 3226 de 28 de octubre de 1963. Aún si esta última permitiera al ICE explotar la concesión conjuntamente con empresas particulares, el procedimiento debería ser concursal, en atención a la licitación

como medio constitucional de proveer a la libre competencia y a la igualdad de las empresas potencialmente oferentes (artículo 182 de la Constitución).

SETIMO: De todo lo anterior se concluye la inconstitucionalidad del acuerdo ejecutivo No. 268 de 4 de diciembre de 1987 varias veces citado y se declara, además, inconstitucional la interpretación y aplicación de la Ley de Radio y de los artículos mencionados de su Reglamento Ejecutivo por parte del Ministerio de Gobernación y Policía. Por conexidad o consecuencia se declaran inconstitucionales también los negocios jurídicos celebrados entre el Instituto Costarricense de Electricidad y las empresas Millicom Costa Rica S.A. y Comunicaciones Celulares Comcel, S.A., cuyo objeto sea facilitar la operación del sistema de telefonía celular debatido en autos. Esta sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de los actos y disposiciones que se anulan, salvo los derechos adquiridos de buena fe.

OCTAVO: Un último orden de razones alude a la procedencia de anular en esta sentencia un acuerdo ejecutivo contrario a la Constitución declaratorio de derechos subjetivos y una interpretación inconstitucional de la Ley de Radio y Televisión. Para excluir la procedencia de esa declaratoria se ha argumentado en autos como sigue:

" El acto que concedió la autorización para los fines pretendidos no fue objetado en su oportunidad por alguna persona legitimada, de modo que adquirió firmeza desde hace más de cuatro años ...plazo de sobra ya transcurrido en la especie" (folios 110 y 111).

Ciertamente, para que en sede administrativa pudiera decretarse la nulidad del acto, se requeriría acudir dentro del plazo de caducidad de cuatro años al procedimiento establecido al efecto en la Ley General de la Administración Pública. Tal término no viene al caso en el presente proceso: el acto impugnado y las normas ilegítimamente interpretadas adolecen de vicios de inconstitucionalidad, no meramente de ordinaria ilegalidad y han sido sopesadas las razones siguientes:

a) Están en juego bienes propios de la Nación, declarados así como trasunto constitucional de reivindicaciones históricas de bienes y actividades estimados esenciales por los costarricenses.

b) La Constitución excluye la posibilidad de una licencia radial perpetua: Los particulares sólo pueden explotar servicios inalámbricos "por tiempo limitado" (artículo 121, inciso 14,

apartado c).

c) El otorgamiento de frecuencias a COMCEL S.A. conlleva la limitación temporal inherente a una "licencia" relacionada con la explotación del dominio público constitucionalmente definido, éste INALIENABLE e IMPRESCRIPTIBLE.

d) Si hipotéticamente se tomara el acuerdo aquí anulado por su valor facial de autorización de frecuencias de radio, la licencia tampoco sería perpetua: establece el artículo 25 de la propia Ley de Radio y Televisión:

"Las licencias se entenderán concedidas por tiempo limitado, pero se prorrogarán automáticamente mediante el pago de los derechos correspondientes, siempre y cuando se ajuste el funcionamiento e instalación de las estaciones a los términos de esta ley".
(énfasis agregado).

e) "Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa" (párrafo cuarto del artículo 129 de la Constitución Política). Ha de entenderse prohibitiva la disposición constitucional que impide la prestación privada de servicios telefónicos sin ley o sin concesión especial del legislador.

Por último, se reclama en este proceso -plenario y contralor objetivo de constitucionalidad- no únicamente la nulidad de un acto sino la inconstitucional interpretación y aplicación de la Ley de Radio y de su Reglamento, las cuales han dado lugar al funcionamiento del servicio público de telefonía cuestionado. Aseverar que en esta acción de inconstitucionalidad ha caducado la potestad anulatoria de la Sala respecto de un acto inconstitucional y la de declarar la inconstitucionalidad de la interpretación debatida de la Ley de Radio, significaría perpetuar un acto absoluta y manifiestamente nulo por violación de la Constitución Política a varios títulos y convalidar una interpretación inconstitucional del ordenamiento. Por lo que hace a derechos adquiridos por terceros de buena fe en relación con los actos que ahora se anulan, conforme al artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional quedan dimensionados los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el tiempo a efecto de protegerlos, manteniendo la situación actual por un período improrrogable de un año, contado a partir de la publicación de esta sentencia en el Boletín Judicial. Resulta así innecesario pronunciarse sobre la invocada inercia, omisión o abstención del Poder Ejecutivo de iniciar procedimiento para ajustar a derecho la conducta de las empresas Comcel y Millicom (acción número 2444-

91).

POR TANTO:

Se declaran con lugar las acciones. Se anula el Acuerdo Ejecutivo No. 268 de 4 de diciembre de 1987, publicado en el Alcance No. 7 a La Gaceta No. 33 del 17 de febrero de 1988, que otorgó el rango de frecuencias de 830 MHZ a 835 MHZ y de 875 MHZ a 880 MHZ a la firma Comunicaciones Celulares Comcel, Sociedad Anónima. Se declara, además, inconstitucional la interpretación y la aplicación que hace la Oficina Nacional de Control de Radio del Ministerio de Gobernación y Policía de la Ley de Radio y Televisión N. 1758 de 19 de junio de 1954 y sus reformas, y de los artículos 59 inciso b), 61 y 62 del Reglamento a dicha Ley, Decreto Ejecutivo No. 63 de 11 de diciembre de 1956 y sus reformas, en cuanto autorizan el otorgamiento de frecuencias en la banda de 800 mhz para operar sistemas de telefonía celular. Por conexión o consecuencia, se declaran inconstitucionales también los negocios jurídicos celebrados entre el Instituto Costarricense de Electricidad y las empresas Millicom Costa Rica Sociedad Anónima y Comunicaciones Celulares Comcel, Sociedad Anónima, cuyo objeto sea facilitar la operación del sistema de telefonía celular examinado en esta acción de inconstitucionalidad. Esta sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de los actos y disposiciones que se anulan, salvo los derechos adquiridos de buena fe. De conformidad con lo que dispone el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensionan los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el tiempo a efecto de proteger los derechos de terceros adquiridos de buena fe, en relación con los actos que ahora se anulan, manteniendo la situación actual por un período improrrogable de un año, contado a partir de la primera publicación de esta Sentencia en el Boletín Judicial, ello de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 88 y 90 de la Ley de esta Jurisdicción. Comuníquese a la Asamblea Legislativa, al Ministerio de Gobernación y Policía y a la Contraloría General de la República. Notifíquese. Reséñese y publíquese.

El Magistrado Granados Moreno salva el voto en cuanto a la admisibilidad de las acciones al estimar que ambas son inadmisibles. Sobre el fondo, los Magistrados Del Castillo Riggioni y Granados Moreno salvan el voto y declaran sin lugar ambas acciones.

Luis Paulino Mora M.

Presidente

Jorge E. Castro B. Eduardo Sancho G.

Carlos Ml. Arguedas R. José Luis Molina Q.

Fernando Del Castillo R. Mario Granados M.

Francisco Mendoza B.

FUENTES UTILIZADAS

1 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.Resolución N° 3067 de las quince horas con cuarenta y dos minutos del trece de junio de mil novecientos noventa y cinco

2 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.Resolucion N° 5386 de las dieciséis horas del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y tres.