



EL CANON POR RESERVA DEL ESPECTRO

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Administración Pública.
Palabras Claves: Canon, Espectro, Telecomunicaciones.	
Fuentes de Información: Normativa, Jurisprudencia de Hacienda y Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República.	Fecha: 06/11/2013.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
El Canon por Reserva del Espectro	2
JURISPRUDENCIA DE HACIENDA	3
1. Requisitos Previos ante la Superintendencia de Telecomunicaciones para la Efectiva Cancelación del Canon por Reserva del Espectro.....	3
2. Procedimiento para la Notificación del Cobro del Canon de Reserva del Espectro Radioeléctrico y Contribución Especial Parafiscal.	6
3. Procedimiento de la Dirección General de Tributación para la Administración de Tributos de SUTEL Y FONATEL	11
PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA .	31
1. Opinión Jurídica de la PGR en torno a la Posibilidad de la SUTEL de Otorgar Autorizaciones a para la Prestación de Servicios de Telefonía Internacional y por Ende Cobrar el Canon de Reserva del Espectro.....	31
2. Dictamen sobre la Aplicación del Canon del Artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones a los Servicio de Radiodifusión Sonora y Televisiva .	43
3. Dictamen sobre el Canon de Reserva del Espectro.....	74

RESUMEN

El presente documento contiene Jurisprudencia Administrativa emanada de la Dirección General de Tributación Directa y Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República sobre el Canon por Reserva de Espectro, considerando las estipulaciones del artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones.

NORMATIVA

El Canon por Reserva del Espectro

[Ley General de Telecomunicaciones]ⁱ

Artículo 63. Canon de reserva del espectro. Los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán cancelar, anualmente, un canon de reserva del espectro radioeléctrico. Serán sujetos pasivos de esta tasa los operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, a los cuales se haya asignado bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, independientemente de que hagan uso de dichas bandas o no.

El monto por cancelar por parte de los concesionarios será calculado por la Sutel con consideración de los siguientes parámetros:

- a) La cantidad de espectro reservado.
- b) La reserva exclusiva y excluyente del espectro.
- c) El plazo de la concesión.
- d) La densidad poblacional y el índice de desarrollo humano de su población.
- e) La potencia de los equipos de transmisión.
- f) La utilidad para la sociedad asociada con la prestación de los servicios.
- g) Las frecuencias adjudicadas.
- h) La cantidad de servicios brindados con el espectro concesionado.
- i) El ancho de banda.

El objeto del canon es para la planificación, la administración y el control del uso del espectro radioeléctrico y no para el cumplimiento de los objetivos de la política fiscal. La recaudación de esta contribución no tendrá un destino ajeno a la financiación de las actividades que le corresponde desarrollar a la Sutel, conforme a los artículos 7 y 8 de esta Ley. En octubre de cada año, el Poder Ejecutivo debe ajustar el presente canon,

vía decreto ejecutivo, realizando de previo el procedimiento participativo de consulta señalado por esta Ley.

Cualquier ajuste que contravenga los criterios anteriores, será nulo y regirá el canon del año anterior.

El monto por pagar por parte del contribuyente de este canon será determinado por este mediante una declaración jurada, correspondiente a un período fiscal año calendario. El plazo para presentar la declaración y pago vence dos meses y quince días posteriores al cierre del respectivo periodo fiscal. La administración de este canon se hará por la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, por lo que para este canon resulta aplicable el título III, Hechos ilícitos tributarios, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. La Tesorería Nacional estará en la obligación de depositar los dineros recaudados en una cuenta separada a nombre de la Sutel, dentro de los quince días naturales del mes siguiente a su ingreso a la Tesorería.

JURISPRUDENCIA DE HACIENDA

1. Requisitos Previos ante la Superintendencia de Telecomunicaciones para la Efectiva Cancelación del Canon por Reserva del Espectro

[Dirección General de Tributación]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTACIÓN

DGT-R-036-2011. Dirección General de Tributación.—San José, a las diez horas del veinticinco de octubre del dos mil once.

CONSIDERANDO:

1º—Que el artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios faculta a la Administración Tributaria, para dictar normas generales para la correcta aplicación de las leyes tributarias dentro de los límites que fijen las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.

2º—Que el artículo 109 de ese mismo Código faculta a la Dirección General de Tributación para establecer directrices, respecto a la forma en que deberá consignarse la información tributaria.

3º—Que mediante resolución DGT-R-007-2011 de las quince horas del veinticinco de febrero del dos mil once, publicada en *La Gaceta* N° 44 del 3 de marzo del 2011, esta

Dirección estableció el uso del formulario D-176 de “Declaración jurada del canon de reserva del espectro radioeléctrico - Ley N° 8642”, para los operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, a los cuales se haya asignado bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, en su condición de sujetos pasivos a cargo del Canon de reserva del espectro. Indicando además que los formularios citados estarían accesibles desde la página Web del Ministerio de Hacienda.

4º—Que mediante Voto N° 2011008408 de las catorce horas, treinta minutos del veintiocho de junio de dos mil once, notificado a este Despacho el diez de octubre del mismo año, la Sala Constitucional ordenó a esta Dirección implementar y ofrecer a los contribuyentes, dentro de los tres meses siguientes a la notificación de dicho Voto, los medios físicos o tradicionales para presentar cualquier declaración tributaria.

5º—Que en aras de cumplir con el mandato de la Sala Constitucional, se estima conveniente derogar la resolución DGT-R-007-2011 y, no contando esta Administración con los medios económicos para facilitar el formulario de declaración por medio físico, establecer la obligación de cancelar mediante el formulario normalizado de pago, D.110, y establecer internamente los mecanismos de liquidación, verificación y control por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

6º—Asimismo se estima conveniente que el formulario normalizado D.176 que estableció la resolución DGT-R-007-2011 para autoliquidación del canon, permanezca ya no de modo obligatorio sino como un mecanismo de ayuda para autoliquidar el impuesto sin necesidad de acudir a SUTEL para ese fin y que se mantenga como medio de pago para aquellos contribuyentes que deseen hacerlo por Tribunet. **Por tanto,**

RESUELVE:

Artículo 1º—**Regularización de situación y pago del canon.** Los operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, a los cuales se haya asignado bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, en su condición de sujetos pasivos a cargo del Canon de reserva del espectro establecido en el artículo 63 de la Ley N° 8642, previo al pago del tributo, deberán apersonarse a la Superintendencia de Telecomunicaciones o bien enviar un correo a la dirección canonespectro@sutel.go.cr (administrado por la SUTEL) para regularizar su situación y proceder a pagar el monto que corresponda, mediante el formulario normalizado de pago D-110, que les será suministrado en las entidades recaudadoras y en los kioscos de las Administraciones Tributarias territoriales o bien por la SUTEL en sus oficinas sitas en Guachipelín de Escazú, 200 metros norte de Construplaza, en Oficentro Multipark, edificio Tapantí, tercer piso.

Quienes tengan regularizada su situación pueden solicitar a SUTEL la liquidación del monto a pagar llamando al teléfono 800-887-8835, o escribiendo al correo electrónico

canonespectro@sutel.go.cr, o consultando la página www.sutel.go.cr, y proceder al pago mediante el formulario normalizado de pago D-110, disponible en las entidades recaudadoras y en los kioscos de las Administraciones Tributarias territoriales.

Artículo 2º—Uso opcional del formulario de autoliquidación por el sistema Tribunet. Se establece el uso opcional del formulario D-176 de “Declaración jurada del canon de reserva del espectro radioeléctrico-Ley N° 8642”, para los contribuyentes indicados en el artículo 1º de esta resolución que hayan regularizado su situación y deseen autoliquidar el tributo sin acudir a la SUTEL.

Dicho formulario estará disponible en el sitio de Tribunet: <https://www.haciendadigital.go.cr/tribunet>, accesible desde la página Web del Ministerio de Hacienda. El formato e instrucciones del formulario pueden ser modificados por la Administración Tributaria, según sus necesidades, sin requerir al efecto una resolución que los implemente, con la sola publicación de estas modificaciones en el sitio Web de Tribunet indicado.

Quienes opten por utilizar el sistema de Tribunet, están obligados a pagar en forma electrónica por ese mismo medio, para lo cual deberán acatar lo dispuesto en el artículo 7º de la resolución DGT-44-01 de las diez horas con treinta minutos del treinta y uno de octubre del dos mil uno, autorizando al Ministerio de Hacienda para aplicar una orden de débito directo a una o varias cuentas cliente previamente domiciliadas.

Si por motivos no imputables a los sistemas de la Administración Tributaria, la declaración jurada no ingresa dentro de los plazos estipulados, el sujeto pasivo será el único responsable por la presentación ocurrida fuera de los plazos legales establecidos en la normativa que regula la materia.

Artículo 3º—Deróguese la resolución de esta Dirección N° DGT-R-007-2011 de las quince horas del veinticinco de febrero del dos mil once, publicada en *La Gaceta* N° 44 del 3 de marzo del 2011.

Artículo 4º—Rige a partir de su publicación.

Publíquese.—Juan Carlos Gómez Sánchez, Director General a. í.—1 vez.—O. C. N° 11138.—Solicitud N° 2354.—C-45665.—(IN2011085551).

LA GACETA N° 213 DEL 7 DE NOVIEMBRE DEL 2011.

2. Procedimiento para la Notificación del Cobro del Canon de Reserva del Espectro Radioeléctrico y Contribución Especial Parafiscal.

[Dirección General de Tributación Directa]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

DR-DI-17-2012

San José, 23 de noviembre del 2012

Directriz: procedimiento para la notificación del cobro del Canon de Reserva del Espectro Radioeléctrico y Contribución Especial Parafiscal

SUTEL

Estimado señor:

Conforme a lo acordado con esa Superintendencia, se le remite el presente manual denominado **“PROCEDIMIENTO PARA LA NOTIFICACIÓN DEL COBRO DEL CANON DE RESERVA DEL ESPECTRO RADIOELECTRICO Y CONTRIBUCION ESPECIAL PARAFISCAL”**.

Se le recomienda poner en conocimiento del personal a su cargo el presente documento, y hacerlo constar fehacientemente en los archivos de esa Superintendencia para efectos de eventuales responsabilidades disciplinarias.

Rige a partir su notificación.

Atentamente,

Director General de Tributación

I. INTRODUCCION

Por acuerdo entre las autoridades de **SUTEL** y esta Dirección, se determinó la conveniencia de que **SUTEL** asuma la notificación a los morosos de las deudas por los tributos arriba indicados. El presente documento contiene el debido proceso mediante el cual la Administración Tributaria hace efectivo el cobro de las deudas líquidas y exigibles de los contribuyentes que se encuentran morosos.

Dicho procedimiento servirá de guía al personal de **SUTEL** ya que en él se detalla en forma ordenada y sistemática el trámite que se debe seguir con la notificación del Cobro del **Canon de Reserva del Espectro Radioeléctrico y Contribución Especial Parafiscal**.

Además se pretende, proporcionar a los funcionarios de **SUTEL** la información básica necesaria para ejecutar eficientemente sus tareas, y asegurar con ello que dicho

procedimiento se lleve a cabo conforme a las regulaciones legales y administrativas vigentes.

II. OBJETIVO GENERAL

Brindar a los funcionarios de **SUTEL**, como ente colaborador en el proceso de notificación, el manual de funciones y procedimientos que deberán aplicar en cada una de las actividades que se realizan para la notificación del cobro administrativo de los créditos a su favor, con el fin estandarizar, simplificar, agilizar e integrar el mecanismo de pago de los mismos.

III. COMPETENCIAS

Corresponde a la Dirección General de Tributación (**DGT**) del Ministerio de Hacienda la administración fiscalización y cobro del Canon de Reserva del Espectro Radiológico y de la Contribución Especial Parafiscal así como la aplicación de las sanciones administrativas y a **SUTEL** brindar la asistencia para colaborar con los procesos de notificación y contribuir a facilitar los registros de contribuyentes que mantiene la **SUTEL**.

Se establecen como canales de comunicación los siguientes correos:

Por **SUTEL**: [...] : [...]

Por la DGT: [...] : [...]

IV. FUNDAMENTO LEGAL

La base legal en la cual se fundamenta el derecho de la Administración Tributaria de efectuar el cobro administrativo de las deudas tributarias del contribuyente, se establece en los artículos 39 y 63 de la Ley General de Telecomunicaciones, N°8642, y en el artículo 192 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley N° 4755.

V. FUNCIONES GENERALES DEL PROCESO DE NOTIFICACIÓN DE COBRO ADMINISTRATIVO

5.1. Determinación de deudores y morosos

Una vez identificados los contribuyentes morosos, conviene que, previamente a los pasos que se indican a continuación, se establezca contacto informal con el contribuyente, vía teléfono, correo, fax, etc., invitándole a hacer pago de la deuda para no ser remitido al cobro administrativo, en caso de un resultado infructuoso, corresponde iniciar el proceso de notificación del cobro administrativo.

El proceso de notificación del cobro administrativo involucra las actividades que se indican a continuación:

- **Remisión de lista de concesionarios de SUTEL a la Subdirección de Entidades Colaboradores de la DGT.:**

Se refiere a la lista que suministra SUTEL a la Subdirección de Entidades Colaboradores, de los concesionarios del canon, con el fin de que estos sean colocados en el sitio web de la DGT, de manera que esta herramienta les permita a los concesionarios cumplir con sus obligaciones tributarias respecto al pago de los impuestos citados.

- **Remisión de los montos recaudados a SUTEL.**

La administración Tributaria recopila los montos recibidos de las entidades bancarias y por el sitio Tribunet y envía a **SUTEL** una lista en un archivo de Excel para que ésta compare lo puesto al cobro y verifique que los montos coincidan con lo que le están entregando para que se determine los saldos al descubierto o los pendientes de pago.

- Remisión por parte de SUTEL a la Dirección de Recaudación, del detalle de cobro a deudores

SUTEL cruza la información y envía a la Dirección de Recaudación la información de los saldos al descubierto, verificando que se indique en ello toda la información necesaria para efectuar la gestión de cobro, a saber: nombre y cédula del contribuyente, dirección señalada ante SUTEL para atender notificaciones, monto de la deuda, desglosada por tributo a que corresponde y el período.

Esta información constituye la cartera morosa a gestionar.

5.2 Gestión cobratoria

La Dirección de Recaudación verificará los domicilios fiscales de los deudores, siendo este el primer domicilio que deberá usarse para notificar, en caso de que el domicilio suministrado por **SUTEL** sea diferente, constituirá el segundo domicilio a notificar en caso de no ser hallado en el primero.

La Dirección de Recaudación velará por la elaboración y firma los “**Requerimientos de Pago**” (aviso del artículo 192 del Código Tributario) y los enviará a **SUTEL** para que gestione su notificación mediante correo certificado de Correos de Costa Rica.

En el requerimiento se le solicita al contribuyente el pago de sus deudas en un plazo de 15 días hábiles después de la fecha de notificación.

5.3 Formas de notificación

La notificación debe hacerse, de acuerdo a lo que permite la normativa del Artículo 137 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, por correo certificado, al no ser **SUTEL** la administración tributaria de estos tributos.

Se dobla el requerimiento de pago, y se inserta dentro del sobre con ventanilla de tal manera que se vea claro el nombre del contribuyente y el domicilio fiscal, o en sobre sin ventanilla, indicando en el mismo dichos datos.

Por fuera, el sobre debe llevar la leyenda (que puede ser por medio de un sello), que diga: **“CERTIFÍQUESE DE OFICIO”**.

Se confecciona lista que se entregará junto con las cartas a la oficina de Correos, en donde se indica, el nombre y cédula de los contribuyentes a notificar, y cantón que figura en la dirección.

La oficina de correo, recibe la lista y la chequea contra los documentos, si está correcta la firma como recibida; asimismo una vez notificado el caso devolverá la constancia de recibo.

Al funcionario de la oficina de correos que practique la notificación se le aplican los derechos y deberes de la Ley General de la Administración Pública.

SUTEL verificará que la razón de notificación, o acta, o cédula de notificación, cumpla con los requisitos de validez.

5.4 Requisitos de acta de notificación, que debe presentar Correos de Costa Rica:

- La notificación debe ser entregada a cualquier persona que aparente ser mayor de quince años.
- En el acta o cédula de notificación debe constar la entrega del documento y el nombre de la persona que la recibe, y su firma.
- En ausencia de firma, el funcionario de Correos deberá consignar esa circunstancia y la razón, bajo su responsabilidad, ya que tiene fe pública.
- En la cédula, debe consignarse a la fecha y la hora de notificación, y la firma del notificador.

5.5 Situaciones que pueden presentarse

En caso de que el contribuyente no sea localizado por la oficina de Correos, el funcionario de **SUTEL** deberá de localizar al contribuyente por todos los medios

posibles (teléfono, fax, municipalidad, otros). Si el contribuyente es localizado, se enviará nuevamente la notificación a la nueva dirección.

5.6 Continuación de la gestión cobratoria

Una vez realizado el proceso de notificación, los funcionarios de **SUTEL** remitirán a la Dirección de Recaudación los siguientes expedientes:

1. Transcurridos los 15 días de plazo para el pago y permaneciendo morosos, se trasladarán los expedientes de los casos notificados, debidamente foliados en orden cronológico con la copia del aviso del 192, acta o cédula de notificación, y demás documentos que se hayan tramitado en relación al caso, por ejemplo: investigaciones de dirección, respuesta del interesado. Lo anterior para que la Dirección de Recaudación gestione con la Administración competente, la elaboración de certificaciones para el proceso de cobro judicial.

2. Asimismo se trasladarán los expedientes de los casos no notificados, debidamente foliados en orden cronológico con la copia del aviso del 192, acta o cédula de notificación donde se indica por qué razón no se pudo notificar, y demás documentos que se hayan tramitado en relación al caso, entre los que necesariamente deben incluirse las investigaciones de dirección como un informe del gestor de **SUTEL** que tuvo a cargo el caso. **La Dirección de Recaudación confeccionará el edicto correspondiente, para estos casos, el cual será remitido a SUTEL para su publicación en el Diario Oficial La Gaceta.**

3. Veinte días después de publicado el edicto, **SUTEL** deberá remitir la indicación de la Gaceta en que fue publicado el Edicto de los que continúan morosos, para que la Dirección de Recaudación gestione con la Administración competente, la elaboración de certificaciones para el proceso de cobro judicial.

5.7 Monto exiguo para Cobro Judicial

No se remitirá en ningún caso el expediente de aquellos contribuyentes morosos cuyo monto de la deuda no sea igual o mayor que la suma de **¢265.000**, por constituir el monto exiguo para Cobro Judicial.

Cuando la acumulación de las deudas de un contribuyente supere dicho monto, sí deberá remitirse los expedientes de notificación respectivos.

Cada vez que el monto exiguo para Cobro Judicial se actualice, será comunicado por la Dirección de Recaudación a **SUTEL**.

3. Procedimiento de la Dirección General de Tributación para la Administración de Tributos de SUTEL Y FONATEL

[Dirección General de Tributación Directa]^{iv}

Voto de mayoría

Señores:

Superintendencia de Telecomunicaciones

Dirección de Control Extensivo

Dirección de Recaudación

Directores Regionales Centro, Sur, Norte y Pacífico

Director de Grandes Contribuyentes Nacionales

Estimados señores:

La Dirección General de Tributación, en uso de las facultades otorgadas por el artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y la Dirección de Recaudación, en uso de las facultades otorgadas por el artículo 35, incisos c) y d) del Decreto Ejecutivo N°35688-H, publicado en La Gaceta N° 14 del 21 de enero de 2010, les remite la presente directriz denominada **“Procedimiento de la Dirección General de Tributación para la administración de tributos de SUTEL y FONATEL”**.

El presente documento debe formar parte del archivo permanente y ser puesto en conocimiento del personal a su cargo, lo cual deberá constar de forma fehaciente en los archivos del Subgerente o Coordinador respectivo. El incumplimiento injustificado de los lineamientos aquí contenidos acarreará responsabilidades disciplinarias para los funcionarios encargados de su aplicación y superiores inmediatos, quienes deberán velar por el debido conocimiento y la correcta aplicación de esta Directriz por parte del personal a cargo.

Rige a partir de su notificación.

Carlos Vargas Durán

DIRECTOR GENERAL

PROCEDIMIENTO DE LA DIRECCION GENERAL DE TRIBUTACION PARA

LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS DE SUTEL Y FONATEL

(Ley General de Telecomunicaciones N° 8642)

A. INTRODUCCIÓN

La presente instrucción define los lineamientos para procurar una gestión tributaria óptima para el cobro y traslado de los tributos definidos en la Ley General de Telecomunicaciones N° 8642 (LGT), creados específicamente como un canon de reserva del espacio radioeléctrico que deben cancelar anualmente los operadores de

redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones a la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUTEL) y una contribución parafiscal para el financiamiento del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (en adelante FONATEL), cuyos tributos son contribuciones que deben realizar dichos entes para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad de las telecomunicaciones, definidos en el Artículo 32 de la Ley General de Telecomunicaciones N° 8642 (LGT).

El artículo 6 de esa misma ley, define en su inciso (27 a la SUTEL como el *“órgano de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.”*. Asimismo, el artículo 34 detalla el objetivo de la creación del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) y en el 35, la relación de ambas: *“Corresponde a la SUTEL la administración de los recursos de FONATEL. Dicha administración deberá hacerse de conformidad con esta Ley, el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y los reglamentos que al efecto se dicten”*.

Si bien es cierto, dichas contribuciones se convierten en una de las fuentes de financiamiento del FONATEL y por ende, la administración, asignación y ejecución de estos recursos le corresponde a la SUTEL, la ley supracitada indica en el Artículo 39 que la administración tributaria de estos impuestos corresponderá a la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda.

En el mes de abril del presente año, la Contraloría General de la República remitió el informe N° DFOE-IFR-IF-02-2013 donde hace las observaciones respectivas para que se delimiten correctamente las competencias de las áreas involucradas en lo que respecta a la gestión y cobro de estos tributos, por lo cual en dicho informe se dispone sobre la responsabilidad de la Dirección General de Tributación para elaborar los lineamientos respectivos, razón por la cual la Dirección de Recaudación se encarga de llevar a cabo dicha disposición.

Para tales efectos, el presente documento se referirá en primer lugar a las generalidades de cada tributo y finalmente, a la gestión y procedimiento para el cobro y control en el cumplimiento de presentación de declaraciones y el pago de estos tributos. El diagrama del proceso, así como la gestión y tareas de las partes involucradas, se detalla en el Anexo 1.

B. OBJETIVO

Proporcionar a las partes involucradas en el cobro y administración de la contribución especial parafiscal (Ministerio de Hacienda y SUTEL), los lineamientos o procedimientos en los que se establezcan las actividades necesarias para procurar una

gestión tributaria óptima respecto al cobro y traslado de los tributos creados en la Ley General de Telecomunicaciones.

C. MARCO NORMATIVO

Ley Nº 8642 “Ley General de Telecomunicaciones” del 04 de junio de 2008, publicada en la Gaceta Nº 125 del 30 de junio de 2008.

Ley Nº 4755 “Código de Normas y Procedimientos Tributarios” y sus reformas. Reforma, Ley Nº 7900, del 3 de agosto de 1999, publicada en la Gaceta No. 159 del 17 de agosto de 1999, y reforma Ley 9069, del 10 de setiembre de 2012, publicada en la Gaceta No.188 del 28 de setiembre de 2012).

Resolución DGT-R-036-2011 de las 10:00 horas del 25 de octubre de 2011, publicada en la Gaceta Nº213 del 7 de noviembre del 2011.

Resolución DGT-R-Nº 44-01 de las 10:30 horas del 31 de octubre de 2001, publicada en Alcance Nº80 de la Gaceta Nº125 del 8 de noviembre del 2001.

D. TRIBUTOS ADMINISTRADOS

Los artículos 39 y 63 de la Ley General de Telecomunicaciones establecen los siguientes tributos:

- Contribución especial parafiscal de operadores y proveedores de telecomunicaciones a FONATEL
- Canon de Reserva del Espectro Radioeléctrico

E. COMPETENCIAS

Según la LGT, las instituciones involucradas tienen sus competencias respectivas:

1. SUTEL

A SUTEL le corresponde la administración de los recursos de FONATEL. El artículo 35 de la LGT señala que *“(...) Dicha administración deberá hacerse de conformidad con esta Ley, el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y los reglamentos que al efecto se dicten.*

Se autoriza a la SUTEL para que administre los recursos financieros del Fondo, mediante la constitución de los fideicomisos que le sean necesarios para el cumplimiento de sus fines.”

2. DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTACIÓN

El artículo 39 y el 63 de la LGT le otorgan la administración tributaria de los tributos creados en la Ley a la Dirección General de Tributación:

A la Dirección General de Tributación le corresponderá la administración tributaria de la **Contribución especial parafiscal de operadores y proveedores de telecomunicaciones a FONATEL**: *“La administración tributaria de esta contribución especial parafiscal será la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, por lo que para esta contribución resulta aplicable el título III, Hechos ilícitos tributarios, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios”* (art. 39 LGT).

Asimismo, el artículo 63 de la LGT regula la relación de la DGT con respecto al **Canon de Reserva del Espectro Radioeléctrico**: *“La administración de este canon se hará por la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, por lo que para este canon resulta aplicable el título III, Hechos ilícitos tributarios, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios”*.

En razón de lo anterior y en procura de una buena administración tributaria, le corresponderá a la DGT velar por el cobro efectivo, facilitar el cumplimiento de los sujetos pasivos así como la aplicación de las disposiciones reglamentarias que correspondan de acuerdo con el CNPT.

3. TESORERÍA NACIONAL

El artículo 39 y el 63 de la LGT señalan la competencia de la Tesorería Nacional como parte de la recaudación de esta contribución parafiscal: *“La Tesorería Nacional estará en la obligación de depositar los dineros recaudados en una cuenta separada a nombre de la SUTEL y girarlos a FONATEL dentro de los quince días naturales del mes siguiente a su ingreso (...)”*.

F. CONTRIBUCIÓN ESPECIAL PARAFISCAL DE OPERADORES Y PROVEEDORES DE TELECOMUNICACIONES A FONATEL

1. SUJETOS PASIVOS

Los contribuyentes de esta contribución son los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y los proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, que realizan el hecho generador de esta contribución al desarrollar dichas actividades y recibir el beneficio individualizable de la actividad estatal.

2. BASE IMPONIBLE

La base imponible de esta contribución corresponde a los ingresos brutos obtenidos, directamente, por la operación de redes públicas de telecomunicaciones o por proveer servicios de telecomunicaciones disponibles al público.

3. TARIFA DEL TRIBUTO

La tarifa será fijada por la SUTEL a más tardar el 30 de noviembre del período fiscal respectivo. Dicha tarifa podrá ser fijada dentro de una banda con un mínimo de un uno coma cinco por ciento (1,5%) y un máximo de un tres por ciento (3%); dicha fijación se basará en las metas estimadas de los costos de los proyectos por ser ejecutados para el siguiente ejercicio presupuestario y en las metas de ingresos estimados para dicho siguiente ejercicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de esta Ley. En el evento de que la Superintendencia no fije tarifa al vencimiento del plazo señalado, se aplicará la tarifa establecida para el período fiscal inmediato anterior.

4. PERIODO FISCAL

Para esta contribución, el período fiscal se da por año natural, es decir, del 1º de enero al 31 de diciembre

5. DECLARACIÓN JURADA

La contribución será determinada por el contribuyente por medio de una declaración jurada que debe realizar utilizando como base los ingresos brutos directos obtenidos en el año calendario anterior. (Art. 39, LGT).

Para realizar dicha declaración se utiliza un formulario normalizado en cualquiera de los dos formatos disponibles: electrónico y papel. Los detalles de cada uno de estos se encuentran en el siguiente punto 7.

Ejemplo 1: Periodo 2012

- Se consideran los ingresos brutos obtenidos durante el 2012 (año calendario).
- Antes del 30 de noviembre de 2012, SUTEL fija la tarifa entre un 1.5% y un 3% de esos ingresos.
- Con cierre a diciembre 2012, se realiza la declaración jurada y se presenta dentro de los 2 meses y 15 días posteriores al cierre (antes del viernes 15 de marzo 2013).

Ejemplo 2: Periodo 2013

- Se consideran los ingresos brutos obtenidos de Enero a Diciembre del 2013 (año calendario).
- Antes del 30 de noviembre de 2013, SUTEL fija la tarifa entre un 1.5% y un 3% de esos ingresos.
- Con cierre a diciembre 2013, se realiza la declaración jurada y se presenta dentro de los 2 meses y 15 días posteriores al cierre (antes del lunes 17 de marzo 2014 ya que el 15 es sábado).

6. PLAZO PARA PRESENTAR LA DECLARACIÓN

El plazo para presentar la declaración vence dos meses y quince días naturales posteriores al cierre del respectivo período fiscal (Diciembre). El formulario que debe utilizarse para presentar la declaración jurada, es el D-177 “Declaración contribución especial parafiscal a FONATEL –Ley 8642”. Tanto la imagen de formulario como el instructivo para su llenado, se encuentran en el Anexo 2.

7. PRESENTACIÓN DE LA DECLARACIÓN

Para presentar la declaración, el contribuyente cuenta con la opción de presentarlo ya sea de forma electrónica o por medio de las entidades bancarias con un formulario impreso.

7.1 Declaración electrónica:

El contribuyente puede realizar la presentación de la declaración por medio del sitio TRIBUNET (<https://www.haciendadigital.go.cr/tribunet/principal.html>), para lo cual deberá primeramente registrar al contribuyente como usuario del sitio:

- Ingresar a la opción “Registro Tributario” y ahí mismo, la opción “Actualización de datos para trámites electrónicos”.
- Suministrar los datos que se le solicitan, ya sea de persona física o jurídica, para obtener la clave de usuario para ese contribuyente.
- Una vez registrado, ingresa nuevamente a la página y a la opción “Declaraciones y Pago”-“Declaración y pago electrónico” para digitar los datos de acceso.
- Dentro del sitio, el usuario “Crea” la declaración y selecciona el tipo de modelo (D-177 Declaración Contribución Especial...).

- Para mayores detalles, se adjunta el instructivo para el ingreso y declaración por medio de TribuNet. Ver anexo 3

7.2 Declaración en papel:

El contribuyente puede realizar la presentación de la declaración por medio de un formulario impreso (papel), el cual se encuentra disponible para su impresión en el sitio <http://dgt.hacienda.go.cr/tiposimpuestos/Publishingimages/Formulario%20FONATEL.xls> [1] dicho formulario se debe imprimir en 3 tantos (original y 2 copias) para la Administración, el contribuyente y el Banco, respectivamente.

Los 3 tantos de la declaración, deberán ser presentados ante la entidad bancaria autorizada de preferencia.

8. PAGO DEL TRIBUTO

El pago de la contribución se distribuirá en cuatro tractos equivalentes, pagaderos al día quince de los meses de marzo, junio, setiembre y diciembre del año posterior al cierre del período fiscal que corresponda. En caso de que el día quince no sea un día hábil, se da una prórroga al día hábil siguiente.

Ejemplo: Periodo fiscal 2012

- Presentación de declaración D-177 y pago del primer tracto: 15 de marzo de 2013.
- Pago del segundo tracto: 17 de junio de 2013 (el día 15 es sábado, se habilita el 17).
- Pago del tercer tracto: 16 de setiembre de 2013 (el día 15 es domingo, se habilita el 16).
- Pago del cuarto tracto: 16 de diciembre de 2013 (el día 15 es domingo, se habilita el 16).

Para realizar el pago tanto de la contribución parafiscal como de los tractos respectivos, el contribuyente cuenta con dos opciones: realizando el pago electrónico por el sitio de TRIBUNET o bien presentándose a las entidades bancarias autorizadas.

8.1 Pago electrónico:

- Primeramente, se deberá domiciliar ante la entidad bancaria, al menos una cuenta en moneda nacional, para el pago de tributos del contribuyente, para lo cual deberá presentarse debidamente lleno el formulario “Boleta de domiciliación” disponible en TribuNet (<https://www.haciendadigital.go.cr/tribunet/principal.html>) en “Otros servicios en línea”-“Domiciliación de cuentas bancarias”.
- Dicho formulario se completa y se presenta ante la entidad bancaria de preferencia. Una vez presentado, el interesado debe apersonarse a la Administración Tributaria correspondiente con el documento de domiciliación debidamente sellado por el banco. Si el trámite fuera realizado vía telefónica, tiene la opción de enviar el documento de domiciliación vía correo electrónico.
- Para mayores detalles, se adjunta el instructivo para la domiciliación de cuentas. Ver anexo 4
- Para pagar en línea, se dispone de dos opciones: pago simultáneo con la presentación de la declaración (sólo para contribuyentes con cuenta domiciliada). Para ello, el sistema abre un cuadro de diálogo, donde aparece la aplicación de pagos, con el monto por pagar. Se escoge la cuenta bancaria y se digita el monto que desea pagar.
- La otra opción es cancelar en TribuNet mediante el recibo oficial de pago electrónico D-110, luego de haber presentado la declaración.

8.2 Pago ante las entidades bancarias:

Para efectuar el pago ante las entidades bancarias, el contribuyente cuenta con las siguientes opciones:

- Utilizar la declaración D-177 “Declaración contribución especial parafiscal a FONATEL Ley 8642” (ver punto 7.2), de la cual deberán imprimirse 3 tantos, distribuidos entre la Administración Tributaria, Banco y Contribuyente. Este medio se recomienda para realizar de forma simultánea la presentación y pago del primer tracto cuya fecha es la misma en ambos casos. Estos formularios no contarán con numeración impresa.
- Formulario D-110 “Recibo Oficial de Pago” que está disponible para su venta en las entidades recaudadoras autorizadas.
- Formulario D-110 “Recibo Oficial de Pago” que se puede confeccionar utilizando el programa para elaboración de declaraciones EDDI7. Dicho programa se puede instalar desde la página principal de la Dirección General de Tributación:

<http://dgt.hacienda.go.cr/oficina/herramientas/Paginas/EDDIElaboracionDigitaldeDeclaracionesdelImpuestos.aspx> 2[2]

Importante: En el caso de los documentos “Recibo Oficial de Pago” es muy importante diferenciar correctamente a qué corresponde la cancelación por lo cual, para la contribución parafiscal debe indicarse en las siguientes casillas, estos valores:

Casilla 20 (Nombre del impuesto): **Contribución Parafiscal**

Casilla 21 (Código de impuesto): **23**

Casilla 22 (Nombre del concepto de pago): **Declaración**

Casilla 23 (Código del concepto de pago): **01**

8.3 Confección de Recibos EDDI-SUTEL:

Para facilitar el cumplimiento de la obligación a los operadores, la Dirección General de Tributación diseñó una versión especial del programa EDDI el cual se encuentra disponible en la SUTEL para que los contribuyentes de este tributo que así lo necesiten, se apersonen ahí y confeccionen los recibos de pago para que sean cancelados en las entidades bancarias.

9. INTERESES Y SANCIONES:

Si se incumple con la obligación de efectuar los pagos en los plazos legalmente establecidos, se aplicarán los intereses establecidos en el artículo 57 del Código mencionado.

9.1 Sanciones aplicadas por SUTEL

Al tributo le son aplicables las sanciones establecidas en el Título III, “Hechos Ilícitos Tributarios” del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, más la facultad sancionadora, le corresponde a SUTEL, quien aplicará una multa por concepto de mora, equivalente a un cuatro por ciento (4%) por cada mes o fracción de mes transcurrido desde el momento en que debió satisfacerse la obligación hasta la fecha del pago efectivo, según el artículo 64 de la LGT.

Asimismo, tendrá la potestad de aplicar las sanciones contenidas en el Título V de la LGT: REGIMEN SANCIONATORIO, en su capítulo único de “Infracciones y Sanciones” y todos sus artículos (del 65 al 72 de la LGT). En caso de que el mismo hecho esté tipificado en varias infracciones, aplicará la sanción más gravosa.

G. CANON DE RESERVA DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

1. SUJETOS PASIVOS

Los contribuyentes de esta contribución son los operadores de servicios de telecomunicaciones, a los cuales se les haya asignado bandas de frecuencias del espectro radioelectrónico, independientemente de que hagan uso de dichas bandas o no. Es un monto que deben cancelar los concesionarios y permisionarios del espectro radioeléctrico para la planificación, administración y control del uso del espectro radioeléctrico, labores que realiza la Superintendencia de Telecomunicaciones.

2. TARIFA DEL CANON

El monto por pagar es calculado directamente por la SUTEL para cada permisionario y concesionario, con base en los parámetros establecidos en el artículo 63 de la Ley N° 8642 y el procedimiento establecido por el Consejo de la SUTEL mediante la resolución RCS-534-2010:

- La cantidad de espectro reservado
- La reserva exclusiva y excluyente de espectro
- El plazo de la concesión
- La densidad poblacional y el índice de desarrollo humano de su población
- La potencia de los equipos de transmisión
- La utilidad para la sociedad asociada con la prestación de los servicios
- Las frecuencias adjudicadas
- La cantidad de servicios brindados con el espectro concesionado
- El ancho de banda

El período fiscal es de un año calendario, y el pago debe efectuarse dentro de los dos meses y quince días posteriores al cierre del respectivo período fiscal, es decir, el 15 de marzo.

3. PERIODO FISCAL

Para efectos del pago del canon, el período fiscal también se da por año natural, es decir, del 1º de enero al 31 de diciembre. La tarifa debe ser fijada y ajustada por la SUTEL con antelación a la fecha de vencimiento de la presentación.

Ejemplo 1: Periodo 2013

- El pago del canon abarca de Enero a Diciembre del año 2013.
- Antes del vencimiento para la presentación de la declaración, SUTEL fija y publica el canon para cada sujeto pasivo.
- Se realiza la declaración jurada y se presenta dentro de los 2 meses y 15 días posteriores al cierre (antes del lunes 17 de marzo 2014).

Ejemplo 2: Periodo 2014

- El pago del canon abarca de Enero a Diciembre del año 2014.
- Antes del vencimiento para la presentación de la declaración, SUTEL fija y publica el canon para cada sujeto pasivo.
- Se realiza la declaración jurada y se presenta dentro de los 2 meses y 15 días posteriores al cierre (antes del lunes 16 de marzo 2015).

4. PLAZO PARA PRESENTAR LA DECLARACIÓN

El plazo para presentar la declaración vence dos meses y quince días naturales posteriores al cierre del respectivo período fiscal (Diciembre). El formulario que debe utilizarse para presentar la declaración jurada, es el D-176 “Declaración Jurada del Canon de Reserva del Espectro Radioeléctrico – Ley Nº 8642

Tanto la imagen de formulario como el instructivo para su llenado, se encuentran en el Anexo 5.

5. PRESENTACIÓN DE LA DECLARACIÓN

Para presentar la declaración, el contribuyente cuenta con la opción de presentarlo ya sea de forma electrónica o por medio de las entidades bancarias con un formulario impreso.

Cabe indicar que, por tratarse en este caso de un monto ya predeterminado, la declaración cumple la misma función de un recibo oficial de pago para liquidar una deuda, no para determinarla.

5.1 Declaración electrónica:

El contribuyente puede realizar la presentación de la declaración por medio del sitio TRIBUNET (<https://www.haciendadigital.go.cr/tribunet/principal.html>), para lo cual deberá primeramente registrar al contribuyente como usuario del sitio:

- Ingresar a la opción “Registro Tributario” y ahí mismo, la opción “Actualización de datos para trámites electrónicos”.
- Suministrar los datos que se le solicitan, ya sea de persona física o jurídica, para obtener la clave de usuario para ese contribuyente.
- Una vez registrado, ingresa nuevamente a la página y a la opción “Declaraciones y Pago”-“Declaración y pago electrónico” para digitar los datos de acceso.
- Dentro del sitio, el usuario “Crea” la declaración y selecciona el tipo de modelo (D-176 Declaración Jurada del Canon de Reserva...).
- Para mayores detalles, se adjunta el instructivo para el ingreso y declaración por medio de TribuNet. Ver anexo 3

5.2 Declaración en papel:

El contribuyente puede realizar la presentación de la declaración por medio de un formulario impreso (papel), el cual se encuentra disponible para que sea impreso desde el sitio web, en la siguiente dirección: <http://dgt.hacienda.go.cr/tiposimpuestos/PublishingImages/D-176%20Canon%20de%20reserva%20del%20espectro%20Ley%20N%208642%20Sutel%2027%20ene2011.pdf> 3[3], dicho formulario se debe imprimir en 3 tantos (original y 2 copias) para la Administración, el contribuyente y el Banco, respectivamente.

Los 3 tantos de la declaración, deberán ser presentados ante la entidad bancaria autorizada de preferencia.

6. PAGO DEL CANON

El pago del canon se realizará en un solo tracto, pagadero dentro de los dos meses y quince días posteriores al cierre del respectivo período fiscal, es decir, el 15 de marzo. En caso de que el día quince no sea un día hábil, se da una prórroga al día hábil siguiente.

Para realizar el pago, el contribuyente cuenta con dos opciones: realizando el pago electrónico por medio del sitio de TRIBUNET o bien presentándose a las entidades bancarias autorizadas.

6.1 Pago electrónico:

- Primeramente, se deberá domiciliar ante la entidad bancaria, al menos una cuenta en moneda nacional, para el pago de tributos del contribuyente, para lo cual deberá presentarse debidamente lleno el formulario “Boleta de domiciliación” disponible en TribuNet (<https://www.haciendadigital.go.cr/tribunet/principal.html>) en “Otros servicios en línea”-“Domiciliación de cuentas bancarias”.
- Dicho formulario se completa y se presenta ante la entidad bancaria de preferencia. Una vez presentado, el interesado debe apersonarse a la Administración Tributaria correspondiente con el documento de domiciliación debidamente sellado por el banco. Si el trámite fuera realizado vía telefónica, tiene la opción de enviar el documento de domiciliación vía correo electrónico.
- Para mayores detalles, se adjunta el instructivo para la domiciliación de cuentas. Ver anexo 4
- Para pagar en línea, se dispone de dos opciones: pago simultáneo con la presentación de la declaración (sólo para contribuyentes con cuenta domiciliada). Para ello, el sistema abre un cuadro de diálogo, donde aparece la aplicación de pagos, con el monto por pagar. Se escoge la cuenta bancaria y se digita el monto que desea pagar.
- La otra opción es cancelar en TribuNet mediante el recibo oficial de pago electrónico D-110, conociendo previamente el monto a cancelar.

6.2 Pago ante las entidades bancarias:

Para efectuar el pago ante las entidades bancarias, el contribuyente cuenta con las siguientes opciones:

- Utilizar la declaración D-176 “Declaración Jurada del Canon de Reserva del Espectro Radioeléctrico – Ley Nº 8642” (ver punto 5.2), de la cual deberán imprimirse 3 tantos, distribuidos entre la Administración Tributaria, Banco y Contribuyente.
- Formulario D-110 “Recibo Oficial de Pago” que está disponible para su venta en las entidades recaudadoras autorizadas.
- Formulario D-110 “Recibo Oficial de Pago” que se puede confeccionar utilizando el programa para elaboración de declaraciones EDDI7. Dicho programa se puede instalar desde la página principal de la Dirección General de Tributación: <http://dgt.hacienda.go.cr/oficina/herramientas/Paginas/EDDIElaboracionDigitaldeDeclaracionesdelImpuestos.aspx> 4[4]

Importante: En el caso de los documentos “Recibo Oficial de Pago” es muy importante diferenciar correctamente a qué corresponde la cancelación por lo cual, para el pago del canon de reserva debe indicarse en las siguientes casillas, estos valores:

Casilla 20 (Nombre del impuesto): **Canon de Reserva**

Casilla 21 (Código de impuesto): **24**

Casilla 22 (Nombre del concepto de pago): **Declaración**

Casilla 23 (Código del concepto de pago): **01**

6.3 Confección de Recibos EDDI-SUTEL:

Para facilitar el cumplimiento del pago del canon a los operadores, la Dirección General de Tributación diseñó una versión especial del programa EDDI el cual se encuentra disponible en la SUTEL para que los contribuyentes de este tributo que así lo necesiten, se apersonen ahí y confeccionen los recibos de pago para que sean cancelados en las entidades bancarias.

7. INTERESES Y SANCIONES:

Si se incumple con la obligación de efectuar los pagos en los plazos legalmente establecidos, se aplicarán los intereses establecidos en el artículo 57 del Código mencionado.

7.1 Sanciones aplicadas por SUTEL

Al tributo le son aplicables las sanciones establecidas en el Título III, “Hechos Ilícitos Tributarios” del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, mas no corresponde a la DGT la facultad sancionadora. SUTEL aplicará una multa por concepto de mora, equivalente a un cuatro por ciento (4%) por cada mes o fracción de mes transcurrido desde el momento en que debió satisfacerse la obligación hasta la fecha del pago efectivo, según el artículo 64 de la LGT.

Asimismo, tendrá la potestad de aplicar las sanciones contenidas en el Título V de la LGT: REGIMEN SANCIONATORIO, en su capítulo único de “Infracciones y Sanciones” y todos sus artículos (del 65 al 72 de la LGT). En caso de que el mismo hecho esté tipificado en varias infracciones, aplicará la sanción más gravosa.

H. REGISTRO DE PAGOS REALIZADOS

1. ENTIDADES FINANCIERAS COLABORADORAS

El registro de los pagos realizados por concepto tanto de la contribución parafiscal como del canon de reserva, inicia con la recepción y/o registro de las declaraciones juradas presentadas y los pagos realizados. La presentación si bien es cierto puede ser realizada por medio del sitio TribuNet, otro gran porcentaje se presenta directamente en las ventanillas de las entidades financieras colaboradoras (Bancos, Cooperativas, etc.).

Dichos documentos luego de ser recibidos, se digitan de forma manual dentro del Sistema de Captura de Información del Impuesto Solidario, Parafiscal y Canon (SICISPC) y se integran dentro de planillas de forma separada que son reportadas a la Subdirección de Declaraciones, Pagos y Entidades Colaboradoras (SDPEC) de la Dirección de Recaudación. Cabe aclarar primeramente que estos formularios no cuentan con una numeración consecutiva y tampoco pueden ser cargados en el sistema informático tributario SIIAT (Sistema de Información Integral de la Administración Tributaria) como se hace con otros tributos por lo cual se utiliza este sistema alternativo (SICISPC).

2. SUBDIRECCION DE DECLARACIONES, PAGOS Y ENTIDADES COLABORADORAS

2.1 Listado de documentos

En vista del punto anterior, la SDPEC se encarga de elaborar de forma manual un listado con la totalidad de documentos recibidos por concepto de la contribución parafiscal (D-177), del canon de reserva (D-176) o pagos (D-110) de ambos tributos, por separado.

Para llevar a cabo la extracción de la información de los documentos recibidos por los Bancos, esa Subdirección utiliza el sistema SICISPC, desarrollado específicamente para obtener ese tipo de datos.

El listado de documentos recibidos se actualiza de forma mensual pero para ello, se solicita a la Dirección de Informática la extracción de los datos de los documentos presentados por medio de TribuNet en procura de incluir los documentos presentados por todos los medios. Toda la información debe estar consolidada a más tardar el día 5 del mes siguiente.

Cabe señalar que por errores en la confección de los documentos o por errores de digitación por parte de los Bancos, el listado se encuentra muy propenso a omisiones; por esa razón, los datos del listado son comparados con los datos de la recaudación reportados por las diferentes entidades financieras.

2.2 Datos de SINPE

De igual forma, la SDPEC se encarga de realizar de forma mensual una revisión de la recaudación reportada por las distintas entidades financieras por medio del Sistema Nacional de Pagos Electrónicos (SINPE) cuyo concepto de pago sea la contribución parafiscal o el canon de reserva. De esta manera, se coteja que lo reportado por medio de los formularios (electrónicos y papel), coincida con lo efectivamente cancelado.

Como complemento a esta labor, se coteja de igual forma con lo que tengan reportado como recaudación por concepto de los tributos de FONATEL (contribución parafiscal y canon de reserva), la Tesorería Nacional y Contabilidad Nacional; con esta comparación, se pueden obtener diferencias en cuyo caso, se investiga a fondo en cuál de las partes involucradas se están presentando errores tales como omisión o atraso en la acreditación, equivocación en el concepto de pago por cancelar (reclasificación), errores de digitación, entre otros.

Esta conciliación debe estar lista entre el día 6 y el día 12 de cada mes.

2.3 Reporte de información a SUTEL

El día 15 de cada mes, la SDPEC envía a la Contabilidad Nacional el monto conciliado y a la SUTEL de forma digital el listado actualizado con la información del mes anterior, descrito en el punto 2.1. El mismo como fuente de información para ambas partes. Con base en este monto la CN remite a la TN la certificación de ingresos para proceder a depositar los fondos.

3. TESORERIA NACIONAL

3.1 Acreditación de la Recaudación

Según el artículo 39 de la LGT, *“La Tesorería Nacional estará en la obligación de depositar los dineros recaudados en una cuenta separada a nombre de la SUTEL y girarlos a FONATEL dentro de los quince días naturales del mes siguiente a su ingreso a dicha cuenta”*. Por esa razón, las partes involucradas en la conciliación de la recaudación por estos tributos, deberán coordinar todo lo necesario para dicha conciliación se realice dentro del plazo anterior al día 15 para que el depósito se realice oportunamente.

I. GESTION DE COBRO

1. RESPONSABILIDAD DE LA SUTEL: SUMINISTRO DEL PADRON DE REFERENCIA

Para llevar a cabo la labor de gestión de cobro, primeramente es necesario contar con un padrón de referencia que permita identificar a la totalidad de contribuyentes. En

vista de que el registro de los operadores y proveedores no se realiza ante Tributación sino ante la SUTEL, la Administración Tributaria se ve obligada a solicitar esta información.

Por esa razón, en procura de efectuar una labor cobratoria efectiva, se deberá calendarizar el suministro del listado (padrón) de los contribuyentes que, según la SUTEL, se encuentren obligados a realizar el pago de la contribución parafiscal y del canon de reserva.

En vista de lo anterior, SUTEL deberá suministrar en una primera vez, el listado de la totalidad de contribuyentes afectos al pago de la contribución parafiscal y por otro lado, al pago del canon de reserva del espectro radioeléctrico. Luego de enviar esa información, se convertirá en una labor permanente en la cual de forma mensual, dentro de los primeros 5 días hábiles del mes siguiente, SUTEL informará sobre aquellos contribuyentes que durante el mes hayan ingresado o salido de dicho listado (control de cambios).

Cabe resaltar la importancia de estos datos ya que entre la información que deberá suministrar la SUTEL, se encuentra los periodos en los cuales el contribuyente ha cumplido con el deber formal de presentar, al menos la declaración. Dado que esta información servirá de insumo para llevar a cabo los planes de cobros y control del cumplimiento, es importante que la misma sea precisa por lo cual es responsabilidad de SUTEL que la misma contenga datos reales que no induzcan a la Administración Tributaria a que lleve a cabo gestiones infructuosas.

El formato para el suministro de esta información, se encuentra en los anexos 6 y 7 según sean contribuyentes de la contribución parafiscal o del canon de reserva.

2. REVISIÓN DE PAGOS

Con la base de datos suministrada según el punto anterior, se realiza un control cruzado contra la base de pagos que genera la Subdirección de Declaraciones, Pagos y Entidades Colaboradoras (SDPEC) indicada en el punto 2.1 del tema F de este documento, cuyo resultado será en teoría, aquellos contribuyentes que no presentaron la declaración respectiva en el caso de ambos tributos y por ende, la cancelación del primer tracto o no hayan realizado la cancelación de los demás tractos en el caso de la contribución parafiscal.

3. GESTIÓN DE COBRO EN LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS

Del resultado de la aplicación del punto anterior, se extraen aquellos contribuyentes que según la revisión, se encuentran morosos en el pago de la contribución parafiscal o en el pago del canon de reserva.

La Subdirección de Programación y Seguimiento de Cobro Administrativo (SPSCA) se encargará de distribuir los casos entre las distintas Administraciones Tributarias de acuerdo con la jurisdicción de cada una. Cada Administración atenderá los casos de acuerdo a su planeación y dentro de la medida de sus posibilidades.

Asimismo es importante resaltar que, dada la escasez de recursos y en busca del mayor aprovechamiento de los mismos, la gestión de cobro se llevará a cabo siguiendo la estrategia 80-20 de la Administración Tributaria, la cual procura que los casos que se envían a cobro, representen el 80% del total de las deudas. Por esta razón, no se podrán gestionar la totalidad de las deudas sino aquellas que representen dicho porcentaje.

3.1 Componentes de la deuda

Para los efectos del cobro de deudas provenientes de la Contribución Parafiscal y el Canon de Reserva, se considerará únicamente el principal de la deuda y los intereses hasta la fecha de la cancelación.

En cuanto al cobro de las sanciones no será considerado ya que el régimen sancionatorio que se aplica para estos tributos es el que se establece en la Ley General de Telecomunicaciones y por ello, la aplicación y el cobro de las sanciones, es responsabilidad de SUTEL.

3.2 Requerimiento de pago

Dado que algunos de los contribuyentes del canon de reserva y de la contribución parafiscal no necesariamente se encuentran registrados en el SIAT, se hace necesario generar un requerimiento de pago que debe llenarse manualmente. Ver Anexo 8

Es importante señalar que, en vista de que las sanciones las aplica SUTEL, el requerimiento lleva la siguiente leyenda *“Lo anterior sin perjuicio de las sanciones que correspondan, cuya imposición corresponde a la SUTEL en cumplimiento del Régimen Sancionatorio de la Ley General de Telecomunicaciones (artículos del 63, y 64 y siguientes)”*.

El formato de dicho requerimiento manual, debe llevar un número de consecutivo para lo cual, es necesario que cada Administración Tributaria maneje la consecutividad de esos documentos para lo cual, se les deberá enumerar de la siguiente manera:

REQ-(TT)-(000)-(AAAA)

Donde:

- (TT)= Código de la Administración Tributaria, 2 dígitos. En el caso de San José, podrán agregar una letra según sea la división de dicha Administración.
- (000)= Consecutivo de los requerimientos de pago, 3 dígitos.
- (AAAA)= Año del requerimiento, 4 dígitos.

Ejemplos:

REQ-07-001-2013: primer requerimiento de la AT Limón del 2013

REQ-01E-012-2013: requerimiento número 12 de la AT San José Este del 2013

REQ-09-008-2013: requerimiento número 8 de la AT de Zona Sur del 2013

3.3 Corrección de declaraciones

Cuando, durante la labor cobratoria la Administración Tributaria que tiene el caso llega a determinar que la deuda obedece a un error ya sea del banco o del contribuyente (digitación, periodo, etc.) y se hace necesario corregir documentación aportada por el contribuyente como descargo, la Administración Tributaria enviará un oficio junto con la documentación aportada por el contribuyente, a la Subdirección de Declaraciones, Pagos y Entidades Colaboradoras (SDPEC) para que sean estos últimos quienes procedan a corregir el error directamente en las bases de datos.

4. RESOLUCIÓN DE LOS CASOS

Una vez finalizada la gestión de cobro por parte de la Administración Tributaria, deberá comunicar el resultado a la SUTEL para que estos a su vez continúen con las medidas respectivas sobre el contribuyente, según su régimen sancionatorio y de concesiones.

Para tal efecto, se deberá remitir por medio de correo electrónico (firmado digitalmente), un oficio a la Dirección de la SUTEL para que ellos canalicen el trámite siguiente a la oficina respectiva. Dicho documento, dependiendo del tributo gestionado, se remitirá a los siguientes contactos:

- Contribución Parafiscal: Paola Bermúdez Quesada, e-mail: paola.bermudez@sutel.go.cr
- Canon de Reserva: Mónica Rodríguez Alberta, e-mail: monica.rodriguez@sutel.go.cr

Asimismo, se debe remitir copia de dicho oficio a la Dirección de Recaudación de la DGT.

J. GESTION DE CONTROL-OMISOS

1. PADRON DE REFERENCIA

De igual forma, se tomará como referencia el padrón suministrado y actualizado por la SUTEL para determinar aquellos contribuyentes que hayan incurrido en el incumplimiento de la presentación de la declaración D-176 ó D-177, según sea el caso.

Para ello, la Subdirección de Programación y Seguimiento de Cobro Administrativo utilizará la base de datos de los pagos recibidos por ambos medios (manual y electrónico) y se realizará un cruce contra el padrón, resultando aquellos contribuyentes que aparentemente no presentaron la declaración correspondiente (D-176, D-177).

2. REMISIÓN DE LISTADOS PARA GESTIÓN DE CONTROL

El resultado del cruce del punto anterior, será remitido a la Subdirección de Control Cumplimiento Tributario Extensivo Formal quien por competencia, es el encargado de la asignación de estos casos.

Dicha Subdirección se encargará de distribuir y asignar los casos a cada Administración Tributaria según su jurisdicción, quien atenderá los casos de acuerdo a su planeación y dentro de la medida de sus posibilidades.

2.1 Requerimiento de omisos

Tomando en consideración que los contribuyentes de canon de reserva y de la contribución parafiscal no necesariamente se encuentran con la obligación registrada en el SIAT, se hace necesario generar el requerimiento de declaraciones de forma manual (ver anexo 9). La numeración de dicho requerimiento debe llevarse de forma manual, asignándole un número de consecutivo por Administración Tributaria.

Es importante señalar que, en vista de que las sanciones las aplica SUTEL, el requerimiento lleva la siguiente leyenda *“Lo anterior sin perjuicio de las sanciones que correspondan, cuya imposición corresponde a la SUTEL en cumplimiento del Régimen Sancionatorio de la Ley General de Telecomunicaciones (artículos del 63, y 64 y siguientes)”*.

3. RESOLUCIÓN DE LOS CASOS

Una vez finalizada la gestión de control del cumplimiento por parte de la Administración Tributaria, deberá comunicar el resultado a la SUTEL para que estos a

su vez continúen con las medidas respectivas sobre el contribuyente, según su régimen sancionatorio y de concesiones.

Para tal efecto, se deberá remitir por medio de correo electrónico (firmado digitalmente), un oficio a la Dirección de la SUTEL para que ellos canalicen el trámite siguiente a la oficina respectiva. Dicho documento, dependiendo del tributo infringido, se remitirá a los siguientes contactos:

- Contribución Parafiscal: Paola Bermúdez Quesada, e-mail: paola.bermudez@sutel.go.cr

- Canon de Reserva: Mónica Rodríguez Alberta, e-mail: monica.rodriguez@sutel.go.cr

K. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

La totalidad del procedimiento de administración de los tributos de SUTEL por parte de la Dirección General de Tributación, conlleva actividades que involucran a cada una las partes responsables y que deben llevarse a cabo durante el año. Por esa razón, y para facilitar la asignación de estas actividades durante las diferentes etapas del proceso, se adjunta el anexo respectivo. Ver Anexo 10.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. Opinión Jurídica de la PGR en torno a la Posibilidad de la SUTEL de Otorgar Autorizaciones a para la Prestación de Servicios de Telefonía Internacional y por Ende Cobrar el Canon de Reserva del Espectro

[Procuraduría General de la República]^v

Voto de mayoría

OJ-073-2009

11 de agosto, 2009

Señores: Leda María Zamora Chaves, Rafael Madrigal Brenes, Grettel Ortiz Alvarez

Diputados Partido Acción Ciudadana

Asamblea Legislativa

Estimados señores Diputados:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento oficio N° LZCH-110-09 de 23 de julio último, por medio del cual consultan en relación con la

legalidad de las competencias atribuidas a la Superintendencia de Telecomunicaciones por la Ley N° 8642. El objetivo es que se determine “si la SUTEL es legalmente competente para otorgar autorizaciones a operadores o proveedores para la prestación de servicios de telefonía internacional”. Se consulta si legalmente es posible que la SUTEL establezca como condiciones de una autorización para prestar servicios de telecomunicaciones la cancelación del canon de regulación anual y el de reserva del espectro. Consideran que al imponer SUTEL la obligación de cancelar el canon de reserva del espectro da por un hecho de que la persona es concesionaria de dicho espectro del que hará uso para la prestación de los servicios.

Señalan Uds. que a través de los servicios de “telefonía IP” y “voz sobre Internet” es posible tecnológicamente brindar servicios de telefonía internacional. SUTEL resolvió otorgar a una empresa privada autorización para prestar servicios como los indicados. El Transitorio II de la Ley 8642 determinaría que otorgar licencias para servicios internacionales no aparenta ser una potestad legal de la SUTEL. Consultan que en caso de que un operador o proveedor no requiera concesión para el espectro, porque ya la tiene, si “¿es posible que el órgano regulador declare “secreto” el cálculo del canon por el uso del espectro?”. Lo anterior tomando en cuenta el artículo 23 de la Ley 8642, que sujeta a SUTEL a los principios de transparencia y no discriminación.

En razón de lo consultado, estima la Procuraduría que debe pronunciarse sobre el régimen jurídico de la prestación del servicio de telefonía internacional y en relación con ese régimen, las competencias de SUTEL y los principios que la rigen.

A. LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

La “función consultiva” de la Procuraduría General se materializa en la emisión de dictámenes y opiniones jurídicas para las diferentes autoridades administrativas que componen la Administración Pública activa y que, por disposición de ley, se encuentran legitimadas para solicitar el criterio de este Órgano Consultivo. El fin último que se persigue con la emisión de dictámenes y opiniones jurídicas es el de ayudar a esclarecer a la autoridad administrativa, mediante el criterio técnico jurídico, sobre los principios y modalidades de sus competencias en relación con las diversas actuaciones administrativas, así como sobre el alcance de las diversas normas que integran el ordenamiento jurídico. Todo a efecto de que la Administración adopte la conducta que el ordenamiento prescriba. En ese sentido, la función de orientación y la función consultiva tienen de común que ambas preceden la decisión administrativa.

El sustento normativo de la función consultiva se encuentra en los artículos 2, 3, 4 y 5 de nuestra Ley Orgánica. A efecto del presente análisis es importante citar el artículo 4:

“ARTÍCULO 4°. CONSULTAS: *Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio*

técnico-jurídico de la Procuraduría; en cada caso, deberán acompañar la opinión de la asesoría legal respectiva, salvo el caso de los auditores internos, quienes podrán realizar la consulta directamente”.

(Así reformado por el inciso c) del artículo 45 de la Ley N ° 8292 de 31 de julio del 2002, Ley de Control Interno).

Al tenor del citado artículo, la consulta a la Procuraduría General debe reunir una serie de requisitos que la Administración consultante debe cumplir. Entre ellos:

- Las consultas deben ser formuladas por los jefes de la respectiva Administración Pública
- Se debe acompañar la opinión de la asesoría legal respectiva. Se exceptúa el caso de los auditores internos
- Las consultas no deben versar sobre casos concretos
- Debe respetarse la competencia consultiva de otros órganos, por ejemplo la de la Contraloría General de la República en materia de hacienda pública.
- La consulta debe plantearse en ejercicio de las funciones de la Autoridad consultante.

Interesa aquí el primer punto: la función consultiva se ejerce en relación con la Administración Pública y a solicitud de la autoridad administrativa. Lo anterior tiene consecuencias respecto de la Asamblea Legislativa y los señores Diputados. La Asamblea Legislativa sólo excepcionalmente puede ser considerada Administración Pública. Para tal efecto se requiere que ejerza función administrativa. Por demás, la calidad de diputado es incompatible con la de autoridad administrativa.

No obstante, en un afán de colaborar con los señores miembros de la Asamblea Legislativa, la Procuraduría ha venido evacuando las consultas que formulan los señores diputados, a efecto de facilitarles el ejercicio de las altas funciones que la Constitución les atribuye. Es este el caso de las opiniones no vinculantes que se rinden en relación con un determinado proyecto de ley o en relación con aspectos que pueden considerarse cubiertos por la función de control político y que razonablemente puedan considerarse de interés general. Es claro que esta forma de colaboración no dispuesta en la Ley tiene como objeto, reiteramos, colaborar en la satisfacción de las funciones parlamentarias y ello mediante un asesoramiento de índole estrictamente jurídico. Asesoramiento que no puede desnaturalizar la función consultiva de la Procuraduría y particularmente mediatizar su función, al punto de impedirle suministrar la asesoría a quien está legitimado para solicitársela, sea la Administración Pública. En ese sentido, el asesoramiento a los señores diputados tiene como límite el contenido propio de la función consultiva, su eficiente ejercicio respecto de la

Administración Pública y la razonabilidad y medida de la consulta que se formule.
Criterios que respeta la consulta que nos ocupa

B. TITULOS HABILITANTES PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS

La consulta se plantea porque SUTEL habría otorgado una autorización para prestar servicios de telefonía IP y voz sobre INTERNET que tecnológicamente permiten prestar servicios de telefonía internacional.

El desarrollo tecnológico ha planteado el problema de la prestación de diversos servicios de telecomunicaciones. El punto fundamental ha residido en determinar si cualquier particular puede prestar dichos servicios al público. La respuesta no depende únicamente del desarrollo tecnológico sino, fundamentalmente, de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Al respecto, no puede olvidarse que las telecomunicaciones son consideradas un elemento estratégico para el desarrollo de un país.

Conforme lo dispuesto en el artículo 121, inciso 14 de la Carta Política, el espectro electromagnético constituye un bien de dominio público, por lo que su explotación no es libre. Se ha considerado, en efecto, que al referirse la Constitución a los “servicios inalámbricos” se está protegiendo el uso y explotación de las ondas electromagnéticas. El dominio público radioeléctrico comprende el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas. La jurisprudencia constitucional reafirma la titularidad pública sobre el dominio radioeléctrico. En palabras de la Sala Constitucional, dado lo dispuesto en el artículo 121, inciso 14 de la Carta Política, existe una “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...”. Por lo que no hay un uso público, común del bien. Lo que conlleva que tanto el bien como su uso y explotación estén fuera del comercio de los hombres (sentencia antes citada). Ya en la sentencia del caso Millicom, N° 5386-93 de las 16:00 hrs. del 26 de octubre de 1993, la Sala había señalado tres aspectos fundamentales en torno a la demanialidad de mérito: la reserva de ley, en tanto que la explotación requiere una regulación por ley, el carácter demanial del bien y “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”.

Dentro de las actividades económicas que pueden hacer uso del bien demanial se encuentran las telecomunicaciones. De conformidad con el Anexo 2 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones, suscrito en Málaga, Torremolinos, ley N° 6347 de 3 de setiembre de 1979, se define como telecomunicaciones:

"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."

Concepto que retoma el artículo 6, inciso 29 de la Ley General de Telecomunicaciones:

“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”.

De las definiciones transcritas se sigue que no toda telecomunicación requiere uso del espectro radioeléctrico. Aspecto que toma en cuenta la Ley General, al regular los títulos habilitantes necesarios para la explotación de redes y la explotación de servicios de telecomunicaciones. La regulación de esos títulos habilitantes está en relación con el uso o no uso del espectro electromagnético y de los servicios que pueden ser prestados. Se distingue entre la concesión y la autorización y dentro de la concesión entre concesión por concurso y concesión directa, como títulos habilitantes de la operación de una red de telecomunicaciones y de la provisión de servicios.

La concesión es el título habilitante normal cuando se trata de la operación y explotación de redes que implican uso y explotación del espectro radioeléctrico. Dado su objetivo, habilita para prestar todo tipo de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, salvo lo que se dirá de seguido. Puede decirse, entonces, que para la Ley General es el título de alcance más amplio y general. Dispone el artículo 11:

“ARTÍCULO 11. Concesiones. Se otorgará concesión para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones. Dicha concesión habilitará a su titular para la operación y explotación de la red. Cuando se trate de redes públicas de telecomunicaciones, la concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público. La concesión se otorgará para un área de cobertura determinada, regional o nacional, de tal manera que se garantice la utilización eficiente del espectro radioeléctrico”.

El uso del espectro tiene consecuencias no solo en orden al título habilitante, sino que produce efectos respecto del procedimiento de concesión. En principio, la concesión para operar y explotar redes públicas de telecomunicaciones se otorga por procedimiento concursal (artículo 12 y siguientes). No obstante, la regla tiene su excepción regulada en el artículo 19: el concurso no es necesario cuando se trate de redes privadas y de las que no “requieran asignación exclusiva”, para lo cual se dispone:

“ARTÍCULO 19. Concesión directa. Cuando se trate de frecuencias requeridas para la operación de redes privadas y de las que no requieran asignación exclusiva para su óptima utilización, las concesiones serán otorgadas por el Poder Ejecutivo en forma

directa, según el orden de recibo de la solicitud que presente el interesado. La Sutel instruirá el procedimiento de otorgamiento de la concesión”.

De acuerdo con dicho numeral, la concesión directa es el título habilitante para la operación de redes privadas, en cuyo supuesto el Poder Ejecutivo otorga el título habilitante sin necesidad de concurso. Dado los términos en que está redactada la consulta, habría que indicar que la concesión es un título otorgado por el Poder Ejecutivo, que escapa a SUTEL. Por el contrario, a este Órgano le corresponde el otorgamiento de autorizaciones, conforme lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley:

“ARTÍCULO 23. Autorizaciones

Requerirán autorización las personas físicas o jurídicas que:

- a) Operen y exploten redes públicas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico.*
- b) Presten servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo su operación o explotación. El titular de la red pública que se utilice para este fin, deberá tener la concesión o autorización correspondiente.*
- c) Operen redes privadas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico.*

La autorización será otorgada por la Sutel previa solicitud del interesado; un extracto de esa solicitud deberá ser publicado en el diario oficial La Gaceta y en un periódico de circulación nacional. De no presentarse ninguna objeción en un plazo de diez días hábiles, contado desde la última publicación, la Sutel deberá resolver acerca de la solicitud en un plazo máximo de dos meses, para ello deberá tener en consideración los principios de transparencia y no discriminación. En la resolución correspondiente, la Sutel fijará al solicitante las condiciones de la autorización. Mediante resolución razonada, la Sutel podrá denegar la autorización solicitada cuando se determine que esta no se ajusta a los objetivos y las metas definidos en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.”

Conforme lo antes expuesto, para que se otorgue una autorización para explotar redes públicas o privadas de telecomunicaciones es indispensable que no requieran uso del espectro radioeléctrico. En la medida en que lo requieran, el título habilitante necesariamente será una concesión. En igual forma, la autorización es el título habilitante para la provisión de servicios disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo la operación o explotación del proveedor de servicio. Esa autorización es dada por SUTEL.

Se sigue de lo expuesto que servicios de telecomunicaciones pueden ser prestados válidamente mediante autorización otorgada por SUTEL en la medida en que no requieran utilización del espectro electromagnético o bien, aunque lo necesiten si la provisión de servicios disponibles al público es realizada por medio de redes públicas de telecomunicaciones operadas o explotadas por persona distinta al proveedor de servicio.

C. TELEFONIA INTERNACIONAL POR MEDIO DE TELEFONIA IP O VOZ SOBRE INTERNET

Se consulta si la SUTEL es legalmente competente para otorgar autorizaciones para operadores o proveedores del servicio de telefonía internacional. Lo anterior tomando en consideración que a través de la Telefonía IP y Voz sobre Internet es tecnológicamente posible brindar servicios de telefonía internacional.

Como se indicó, de las normas anteriormente transcritas se deriva que la competencia de la SUTEL está referida al otorgamiento de las autorizaciones, título habilitante para explotar redes públicas o privadas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico o servicios disponibles al público por medio de redes públicas que sean explotadas por un concesionario distinto al proveedor del servicio. Competencia que reafirma la reforma a la Ley de Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, cuyo artículo 73 expresamente otorga competencia a la Superintendencia para otorgar las autorizaciones.

Se afirma que escapa a la competencia de la Superintendencia otorgar licencias para servicios internacionales. Importa destacar que el título habilitante, en particular, la autorización no está en función de un determinado tipo de servicio. En ese sentido, la circunstancia de que un servicio de telecomunicaciones sea o implique telefonía no determina que requiera per se de concesión. Aspecto que cobra particular importancia en el mundo actual marcado por la convergencia de las tecnologías, proceso de confluencia de tecnologías e información que es dinámico, lo que permite la provisión de distintos servicios conforme los avances tecnológicos. Así, una misma tecnología puede ser utilizada en diversos sectores, como telecomunicaciones, información o medios de comunicación, permitiendo a una misma red transportar servicios de distinta naturaleza. Ese proceso permite, por ejemplo, a los proveedores de internet ofrecer otros servicios como puede ser la telefonía y servicios de televisión. Dados los términos de la consulta, procede recordar que el IP o Internet Protocol es un conjunto de protocolos que permiten establecer un lenguaje común, permitiendo intercambiar información a través de un medio de telecomunicaciones que los interconecte. Dicho Protocolo es la base del espacio global y único de direcciones que une internet. El IP se utiliza como base de internet en tanto soporte de comunicaciones. Recordemos que:

*“Internet es la suma de muchos medios de transporte que consisten en cables, fibra óptica, señales radioeléctricas, conexiones de satélite, etc. Se puede acceder a este conjunto desde cualquier otra red y pueden prestarse, por quienes se conectan a la red de redes, los servicios más variados. En Internet convergen los universos hasta ahora separados de las redes informáticas, el audiovisual y las telecomunicaciones. Las fronteras de los Estados se desmoronan ante la arquitectura universal de la gran telaraña, de manera que los prestadores de servicios y sus usuarios se desenvuelven en un mercado de difícil gobierno, creado en libertad y dispuesto a absorber para sí la mayor parte del tráfico económico que, hasta el fin del siglo, se desarrollaba mediante transacciones directas, con referencias territoriales normalmente concretas respecto de la nacionalidad y el domicilio de los intervinientes”. S. Muñoz Machado: La libertad y el poder en la gran telaraña mundial. En **Telecomunicaciones, Infraestructuras y Libre Competencia**, Tirant Monografías, Valencia, 2004, p.63.*

Entonces, a través de una infraestructura específica puede ser prestado servicio de telefonía IP, permitiendo transmisión de voz, fax y servicios relacionados a través de una red IP. El IP es capaz de transportar los elementos de un servicio multimedia (texto, imagen, vídeo de animación y sonido), permitiendo la prestación de los servicios correspondientes. Entre ellos, la telefonía que puede ser obviamente un servicio internacional.

El punto es si en el estado actual del ordenamiento existe alguna prohibición para que esa prestación tenga lugar.

Ciertamente, antes de la entrada en vigencia de la Ley General de Telecomunicaciones no habría sido posible que un particular prestare servicios de telefonía a través de telefonía IP o sobre Internet, ello en el tanto implicara uso del espectro electromagnético. Simplemente no existía el marco legal mediante el cual la Administración otorgara la concesión o autorización. Así se sostuvo en la Opinión Jurídica OJ-130-2001 de 18 de septiembre de 2001, en que se concluyó que “los particulares no están autorizados para prestar servicios de telefonía IP. Dicho servicio implica explotación del espectro electromagnético, por lo que está comprendido en los supuestos del artículo 121, inciso 14 de la Carta Política”.

Empero, dicho marco regulatorio existe con la Ley General de Telecomunicaciones. A partir de esta Ley, estos servicios, independientemente de que incluyan telefonía, pueden ser prestados por medio de autorización otorgada por la SUTEL si se prestan por una red que no implica uso y explotación del espectro electromagnético. O bien, si necesítandolo el servicio es prestado por un proveedor utilizando una red de telecomunicaciones que es operada por un concesionario diferente. Es de advertir que escapa a la competencia consultiva de la Procuraduría determinar si las autorizaciones que la SUTEL ha otorgado se enmarcan dentro de los supuestos indicados, por lo que

se omite pronunciamiento sobre lo actuado. Nótese, por otra parte, que no existe disposición legal alguna que en el estado actual del ordenamiento atribuya esa prestación a un organismo determinado. En efecto, ni el artículo inciso h) del Decreto Ley de Creación del ICE puede ser interpretado con ese alcance de exclusividad (disposición que, en todo caso, ya no especifica el servicio telefónico como sucedía con el texto anterior), ni tampoco encontramos alguna disposición con ese alcance en la Ley que dio origen a RACSA.

Refieren Uds. al Transitorio II de la Ley General de Telecomunicaciones. Estima al respecto la Procuraduría que la referencia a su segundo párrafo debe comprender la integridad de su texto, de manera de no hacer una lectura parcial del mismo. El legislador no se limitó a los servicios inalámbricos móviles, sino que comprende cualquier servicio que surja en virtud de los adelantos tecnológicos. Dispone el párrafo en cuestión:

“A partir de la entrada en vigencia de esta Ley, los operadores y proveedores podrán competir efectivamente para suministrar directamente al cliente los servicios de telecomunicaciones de redes privadas, Internet y servicios inalámbricos móviles, así como todos los nuevos servicios que surjan en virtud de los adelantos tecnológicos”.

De modo que el artículo permite la prestación de otros servicios que sean posibles en virtud de la convergencia, debiendo entenderse que si una tecnología permite prestar una forma de telefonía que no sea la básica, esto es posible. Dado que la consulta se plantea en relación con la competencia de la SUTEL, es preciso señalar, por otra parte, que el Transitorio II no tiene como objeto normar la competencia y, en concreto, la competencia de la SUTEL. Desde el momento en que se incluyen los servicios inalámbricos móviles no puede existir duda alguna de que se está en presencia de uso del espectro electromagnético y que en consecuencia puede ser requerida una concesión. Por ende, que está de por medio la competencia del Poder Ejecutivo, según el artículo de la Ley General de Telecomunicaciones. De modo que el segundo párrafo del Transitorio II no puede ser leído en función de las competencias de la SUTEL y, en particular, para estimar prohibida una determinada prestación de servicios de telecomunicaciones.

D. SUTEL Y CANON DE RESERVA DEL ESPECTRO

Se consulta si SUTEL puede imponer a una empresa autorizada la obligación de cancelar el “canon de reserva del espectro”, así como si lo relativo a ese canon puede ser declarado como secreto.

De previo a referirnos a lo consultado, procede recalcar que no corresponde a la Procuraduría referirse a las autorizaciones concretas que hayan sido otorgadas por la Superintendencia de Telecomunicaciones. La Procuraduría se limita, entonces, a

interpretar las normas jurídicas en relación con el canon de reserva del espectro y su publicidad o no.

El canon de reserva del espectro encuentra regulación en el artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones, que dispone en lo que aquí interesa:

“ARTÍCULO 63. Canon de reserva del espectro. Los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán cancelar, anualmente, un canon de reserva del espectro radioeléctrico. Serán sujetos pasivos de esta tasa los operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, a los cuales se haya asignado bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, independientemente de que hagan uso de dichas bandas o no.

El monto por cancelar por parte de los concesionarios será calculado por la Sutel con consideración de los siguientes parámetros:

- a) La cantidad de espectro reservado.*
- b) La reserva exclusiva y excluyente del espectro.*
- c) El plazo de la concesión.*
- d) La densidad poblacional y el índice de desarrollo humano de su población.*
- e) La potencia de los equipos de transmisión.*
- f) La utilidad para la sociedad asociada con la prestación de los servicios.*
- g) Las frecuencias adjudicadas.*
- h) La cantidad de servicios brindados con el espectro concesionado.*
- i) El ancho de banda.*

El objeto del canon es para la planificación, la administración y el control del uso del espectro radioeléctrico y no para el cumplimiento de los objetivos de la política fiscal. (...).”

El canon se paga por el uso del espectro electromagnético. Es por ello que el primer párrafo del artículo se refiere a la asignación de bandas de frecuencias de espectro. En igual forma, el monto se calcula en razón de determinados elementos relacionados con el espectro, como son la cantidad del espectro reservada, la reserva exclusiva y excluyente del espectro, las frecuencias adjudicadas, la cantidad de servicios brindados con el espectro, el ancho de banda. No son sujetos pasivos del canon los operadores de redes que no impliquen uso del espectro, así como los proveedores de servicios que no requieran tal uso.

Si una red pública requiere el uso del espectro, el título habilitante es la concesión. En cuyo caso se estaría ante un supuesto distinto al de la consulta. Pero como se indicó, en tratándose de la provisión de servicios, el legislador ha permitido la autorización como título habilitante cuando se trata de servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren

bajo su operación o explotación. Si esos servicios requieren el uso del espectro, la autorización implicará el pago del canon.

Ahora bien, se consulta si en caso de que el operador o proveedor no requiera de concesión por el espectro, SUTEL puede declarar secreto el cálculo del canon. Como se indicó, no le corresponde a la Procuraduría determinar si un determinado cálculo de canon ha sido declarado o no como secreto. Importa señalar, simplemente, que el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones, al definir la transparencia señala:

“d) Transparencia: establecimiento de condiciones adecuadas para que los operadores, proveedores y demás interesados puedan participar en el proceso de formación de las políticas sectoriales de telecomunicaciones y la adopción de los acuerdos y las resoluciones que las desarrollen y apliquen. También, implica poner a disposición del público en general: i) información relativa a los procedimientos para obtener los títulos habilitantes, ii) los acuerdos de acceso e interconexión, iii) los términos y las condiciones impuestas en todos los títulos habilitantes, que sean concedidos, iv) las obligaciones y demás procedimientos a los que se encuentran sometidos los operadores y proveedores, v) información general sobre precios y tarifas, y vi) información general sobre los requisitos y trámites para el acceso a los servicios de telecomunicaciones”.

Transparencia implica el derecho del público de conocer las condiciones impuestas en los títulos habilitantes, sin que para el efecto se diferencie entre concesión y autorización. Por consiguiente, si a un determinado proveedor de servicios se le impone la obligación de pagar el canon, esa obligación está informada por el principio de transparencia.

CONCLUSION:

De conformidad con lo antes expuesto, es criterio no vinculante de la Procuraduría General de la República, que:

1. De conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones, los servicios de telecomunicaciones pueden ser prestados válidamente mediante autorización otorgada por SUTEL en la medida en que no requieran utilización del espectro electromagnético o bien, aunque lo necesiten, si la provisión de servicios disponibles al público es realizada por medio de redes públicas de telecomunicaciones operadas o explotadas por persona distinta al proveedor de servicio.
2. Por el contrario, si se trata de explotar redes públicas o privadas de telecomunicaciones que requieran uso y explotación del espectro radioeléctrico, el título habilitante es la concesión.

3. Se sigue de lo expuesto que el título habilitante está más relacionado con el uso y explotación del espectro radioeléctrico que con la naturaleza del servicio de telecomunicaciones de que se trate. Lo que explica que para el servicio de telefonía, nacional o internacional, no haya sido previsto un determinado título habilitante.
4. Máxime que las telecomunicaciones en el mundo actual se ven informadas por la convergencia de tecnologías, fenómeno que fue contemplado en la Ley General de Telecomunicaciones. De acuerdo con lo cual una misma tecnología puede ser utilizada en diversos sectores, como telecomunicaciones, información o medios de comunicación, permitiendo a una misma red transportar servicios de distinta naturaleza.
5. Los servicios de Telefonía IP y Voz sobre Internet, aún cuando incluyan telefonía internacional, pueden ser prestados por medio de autorización otorgada por la SUTEL si la red correspondiente no implica uso y explotación del espectro electromagnético. O bien, si necesítandolo el servicio es prestado por un proveedor utilizando una red de telecomunicaciones que es operada por un concesionario diferente.
6. El Transitorio II, que no es una norma atributiva de competencia, se refiere no sólo a internet o servicios inalámbricos móviles sino que comprende cualquier servicio que surja en virtud de los adelantos tecnológicos. Disposición que contempla implícitamente la convergencia tecnológica, debiendo entenderse que si una tecnología permite prestar una forma de telefonía que no sea la básica, esto es posible.
7. El canon de reserva del espectro se paga por el uso del espectro electromagnético. Es por ello que el primer párrafo del artículo se refiere a la asignación de bandas de frecuencias de espectro. En igual forma, el monto se calcula en razón de determinados elementos relacionados con el espectro, como son la cantidad del espectro reservada, la reserva exclusiva y excluyente del espectro, las frecuencias adjudicadas, la cantidad de servicios brindados con el espectro, el ancho de banda.
8. De lo anterior se sigue que el ser titular de una autorización puede ser determinante de la obligación de pago del canon de reserva del espectro y lo será cuando esa autorización implique uso del espectro.
9. Conforme el principio de transparencia que informa el régimen jurídico de las telecomunicaciones, los términos y condiciones impuestas en todo título habilitante, el establecimiento de una determinada obligación, incluida la del

pago de canon por la reserva del espectro, deben ser puestos a disposición del público en general (artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones).

Atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves

Procuradora Asesora

2. Dictamen sobre la Aplicación del Canon del Artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones a los Servicio de Radiodifusión Sonora y Televisiva

[Procuraduría General de la República]^{vi}

Voto de mayoría

C-089-2010

30 de abril, 2010

Señor

George Miley Rojas

Presidente

Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento oficio N° 498-SUTEL-2010 de 18 de marzo anterior, mediante el cual consulta el criterio de la Procuraduría General respecto de la aplicación del canon de reserva del espectro a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva. Señala Ud. que la Ley General de Telecomunicaciones no excluye expresamente los servicios de radiodifusión como servicios de telecomunicaciones y la radiodifusión opera con redes de soporte que son redes de telecomunicaciones, inciso 19 del artículo 6 y párrafo 3 del artículo 29. Asimismo, indica que las empresas de radio y televisión están sujetas a la Ley General de Telecomunicaciones y a SUTEL en relación con la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico. Por lo que los titulares de esas redes y concesionarios del espectro son operadores de redes de telecomunicaciones para los efectos de canon de reserva del espectro. Agrega que no hay una diferencia en cuanto al uso del espectro entre la radiodifusión y otros servicios de telecomunicaciones, para lo cual se requiere que el órgano regulador optimice su uso, garantice una asignación justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria, así como que controle el uso eficiente del espectro. Añade que la Ley de Radio no regula la planificación, administración y control de las bandas de frecuencias del espectro. El artículo 63 de la ley 8642 presupone que el concepto de operadores de redes de telecomunicaciones abarca a todos los concesionarios de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, independientemente del uso que le den. Por lo que consulta:

“a) Si a pesar de que la norma del artículo 63 de la Ley N° 8642 indica que los sujetos pasivos de la tasa de reserva del espectro son los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, acatando la disciplina tributaria, siendo que la misma norma dispone que el hecho generador es la titularidad de una concesión mediante la cual se haya asignado bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, independientemente de que se haga uso de dichas bandas o no, y siendo que el objeto de dicha tasa es la financiación de la planificación, la administración y el control del uso del espectro; lo cierto es, que los sujetos pasivos abarcan todos los concesionarios de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico? (sic).

b) Según lo anterior, ¿si los operadores de redes y proveedores de servicios de radiodifusión sonora o televisiva, tengan asignadas (sic) bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para fines de la gestión y control del espectro, también son sujetos pasivos de esta tasa o canon de reserva del espectro?.

c) En caso de que estén excluidos de esta tasa algunos operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones a los cuales se le haya asignado bandas de radiofrecuencias del espectro, y dado que la finalidad y destino de los recursos recaudados con esta tasa son para sufragar los gastos de la planificación, la administración y el control del uso del espectro, y siendo que la SUTEL no puede utilizar dichos fondos para gestión y control de las frecuencias de bandas del espectro de los concesionarios de radio y televisión; (sic) ¿debe el Poder Ejecutivo presupuestar y trasladar los recursos suficientes para este caso a la SUTEL?

d) De otra manera, ¿puede la SUTEL –sin recursos para la gestión y control de las bandas de frecuencias asignadas a los operadores y proveedores de radiodifusión sonora y televisiva- enviar los casos respectivos al Ente Rector del Poder Ejecutivo para que realice las actividades y servicios correspondientes (sic) a la gestión y control?

e) ¿Quién legalmente estaría obligado a pagar los costos incurridos por la SUTEL por ejercer las competencias otorgadas en los artículos 7, 8 y 10 en relación con el 29 de la Ley N. 8642, en relación con las bandas de radiofrecuencias asignadas a operadores y proveedores de radiodifusión sonora o televisiva: -el Poder Ejecutivo, -los concesionarios de banda de frecuencias para radio y televisión, beneficiarios de la planificación, administración y control del uso de este espectro o algún otro?

f) Cualquier otro tema jurídico concreto planteado en el dictamen o criterio jurídico del asesor jurídico (ver sección (ii) del criterio, relacionado con las anteriores consideraciones y que pretenden definir la correcta aplicación del artículo 63 de la Ley 8642 y la solución legal de cómo se financiaría la actividad de SUTEL respecto de la gestión y control del espectro radioeléctrico que haya sido asignado a los concesionarios de radiodifusión sonora y televisiva”.

Adjunta Ud. el oficio N° 355-SUTEL-2010 de 22 de febrero de 2010 de la Asesoría Jurídica. En el oficio se concluye que los sujetos pasivos del canon de reserva del espectro radioeléctrico del artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones son toda persona física o jurídica que tenga asignadas bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, independientemente de que haga uso o no de dichas bandas, para la explotación de redes, según definición del artículo 6, inciso 19, que incluye las redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y que por esa condición sea beneficiado por la realización de actividades y la prestación de servicios de SUTEL. Esta incurre en gastos para el cumplimiento de sus funciones respecto de la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, entre las cuales se encuentran las bandas de frecuencias asignadas al contribuyente. Por otra parte, están sujetos al canon toda persona, física o jurídica, que tenga asignadas bandas de frecuencias para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público sobre una red de telecomunicaciones y que por tal condición provoque la realización de actividades y la prestación de servicios de SUTEL, que debe incurrir en gastos para el cumplimiento de sus funciones respecto de la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, entre las cuales se encuentran las bandas de frecuencia asignadas al contribuyente. El Gobierno puede realizar las transferencias presupuestarias a favor de SUTEL para contribuir con ese órgano en el financiamiento de sus gastos. No puede entenderse que dichos recursos cubran los gastos por las actividades de la SUTEL para la gestión y el control de las bandas de radiofrecuencias de los sujetos excluidos, porque el legislador reservó un tributo para el financiamiento de esas funciones. La SUTEL no puede renunciar a sus competencias a favor de otro ente u órgano del Estado, por lo que no puede remitir los casos correspondientes al Poder Ejecutivo. La SUTEL no puede destinar los recursos obtenidos de la tasa de reserva del espectro para cubrir los gastos en que deba incurrir para la realización de actividades y la prestación de servicios en la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, en relación con las bandas de frecuencias asignadas a los sujetos excluidos del canon de reserva del espectro.

Mediante oficio N° ADPb-2622-2010 de 5 de abril siguiente, la Procuraduría concedió audiencia al Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones para que se refiriera a la consulta formulada.

Por oficio N° DM-473-2010 de 14 de abril siguiente, el señor Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones remite oficio IT-DPN-2010-0042 en relación con la audiencia otorgada. Dicho oficio señala que el artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones sujeta la radiodifusión sonora y televisiva libre a la Ley de Radio (párrafos primero y segundo). El tercer párrafo de ese artículo permite que a las redes que sirvan de soporte se les aplique la Ley 8642 respecto de las políticas que dicte la Rectoría y las directrices o reglamentaciones técnicas que establezca SUTEL, ambos en materia de planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e

interconexión y al régimen sectorial de competencia. 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 de la Ley, lo cual implica obtener un título habilitante. Pero mientras eso no ocurra, los servicios de radiodifusión sonora y televisiva, por ser libres, se encuentran sujetos a la Ley de Radio y, por ende, a la rectoría del MINAET y a las funciones que correspondían al Ministerio de Gobernación y Policía y que fueron transferidos a ese Ministerio, según el artículo 76 de la Ley de Telecomunicaciones. Así como a SUTEL en los supuestos del Transitorio II de la Ley 8660. Por lo que el control del espectro radioeléctrico que poseía anteriormente el Ministerio de Gobernación y Policía y que se relacionaba con el Departamento de Control Nacional de Radio pasa a SUTEL. Corresponde a esta ejercer sus facultades y obligaciones en materia de radiodifusión sonora y televisiva de conformidad con la Ley de Radio. Considera que los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre se sujetarán a las regulaciones de la Ley 8642 cuando se encuentren habilitados técnicamente para prestar servicios de telecomunicaciones. Caso en el cual pagarían los cánones. En cuanto al financiamiento de las competencias de SUTEL respecto de los servicios de radiodifusión de acceso libre se sostiene que el Transitorio III de la Ley 8660 dispone la transferencia del presupuesto del Departamento Nacional de Control de Radio del Ministerio de Gobernación y Policía asignado a control del espectro radioeléctrico a SUTEL.

Como se deriva de lo expuesto, se pretende de la Procuraduría un pronunciamiento sobre la sujeción de la radiodifusión de acceso libre al pago del canon de reserva del espectro radioeléctrico. Para lo cual se hace necesario determinar si dichos servicios se encuentran sujetos a la Ley General de Telecomunicaciones en orden a ese canon.

A. LA LEY GENERAL TELECOMUNICACIONES: UNA APLICACIÓN RESTRINGIDA RESPECTO DE LA RADIODIFUSION DE ACCESO LIBRE

De acuerdo con el planteamiento de la consulta, la radiodifusión sonora y televisiva es telecomunicación. Por lo que se le aplica la Ley General de Telecomunicaciones, incluidas las normas que atribuyen competencia a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). En particular, se sostiene que al ser las redes que dan soporte a la radiodifusión, redes de telecomunicaciones les resultan aplicables las disposiciones de la Ley relativas a esas redes, incluido el pago de la tasa sobre que se consulta.

Si bien es un servicio de telecomunicaciones, la radiodifusión de acceso libre se rige por la Ley General de Telecomunicaciones en los ámbitos expresamente señalados por el legislador.

1. Ley General de Telecomunicaciones: una regulación de las telecomunicaciones

De lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones se deriva que su objeto es establecer el ámbito y los mecanismos de regulación de las telecomunicaciones, incluyendo tanto el uso y explotación de las redes como la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Por lo que el principio en orden a la aplicación de la ley, es la sujeción de todos aquellos que “operen redes o presten servicios de telecomunicaciones que se originen, terminen o transiten por el territorio nacional”.

Las telecomunicaciones son definidas en el artículo 6 de la Ley General 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”.

Definición legal que está en plena conformidad con la definición dada por el Anexo del Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra, 22 de diciembre de 1992), aprobado por la Ley 4 de abril de 2002.

El término telecomunicación hace referencia, entonces, 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. Se desprende que el término telecomunicaciones es amplio y abarca diversos servicios. 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. Empero, dentro de estos ocupan una posición especial los servicios de radiocomunicaciones, esto es, la telecomunicación que emplea ondas radioeléctricas. 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. Se trata de un bien que presenta características específicas y sujeto a un régimen jurídico particular, propio de los bienes demaniales, según se deriva del artículo 121, inciso 14 de la Constitución Política:

“... 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 del 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 que 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...", Sala Constitucional, N° 3067-95 de las 15:42 hrs. del 13 de junio de 1995 .

Las ondas hertzianas no tienen un valor de cambio en el mercado, es un objeto poco adecuado para el tráfico jurídico. Normalmente se ha considerado que tanto las ondas como la electricidad son inmensurables e inapropiables, caracteres que permitirían considerar que son también inagotables y, consecuentemente, que su explotación no provoca problemas. Aspecto que hoy día no es sostenible. Antes bien, cabe sostener que se trata de un bien escaso, ya que ofrece posibilidades muy limitadas de utilización, las cuales dependen de sus cualidades físicas:

“El espectro radioeléctrico es un recurso natural que constituye el medio o soporte por el cual se propagan las ondas radioeléctricas o electromagnéticas y por tanto las radiocomunicaciones o comunicaciones que utilizan tecnologías inalámbricas. Sin embargo, lo que define el espectro radioeléctrico es precisamente su carácter de recurso natural escaso, ya que del rango infinito de frecuencias existentes ni mucho menos todas son utilizables para la comunicación. En efecto, las bandas de frecuencias por debajo de los 9 kilohertzios (KHz) producen excesivas interferencias y por encima de los 50 Gigahertzios (GHz) está todavía pendiente el desarrollo de la tecnología para permitir un uso comercial.

La característica definitoria del espectro radioeléctrico como recurso escaso se ve agravada por dos circunstancias. Por un lado, el hecho de que cada frecuencia presente unas propiedades físicas particulares (ancho de banda, atenuación de la señal, interferencias asociadas...), lo cual supone que determinadas bandas de frecuencias sólo puedan ser utilizadas para servicios concretos. La consecuencia inmediata que ello se deriva es la pugna de distintos servicios por ocupar una misma banda. Los objetivos de estos servicios son de hecho muy variados y deben convivir juntos. Valgan como ejemplo los siguientes: el uso intensivo de una Administración Pública en servicios de protección civil o ayuda a la navegación aérea; los servicios de telecomunicaciones prestados por operadores privados; o los usos no privativos del espectro como los realizados por los radioaficionados o los de carácter experimental.

Por otro lado, si bien es cierto que la constante evolución de la tecnología va abriendo camino al uso de nuevas bandas de frecuencias, así como al uso más eficaz de las existentes permitiendo incluso la compartición de bandas por distintos servicios de telecomunicaciones, no es menos cierto que los mismos avances en la tecnología son directamente responsables del incremento en el número de servicios que se basan en el uso del espectro radioeléctrico, de forma que en los últimos años aquéllos se han multiplicado. Así pues, el aumento de capacidad en el uso del espectro es directamente proporcional con un aumento en el uso del mismo.

Por ello, ante la escasez natural del espectro, agravada por la especificidad de determinadas bandas para el uso de ciertos servicios y la demanda cada vez mayor de servicios que se basan en el uso del espectro, la importancia y necesidad de la regulación y planificación de este segmento de las telecomunicaciones cobra especial relevancia. El uso racional y eficaz del espectro de frecuencias dependerá de la capacidad de cada estado para ordenarlo y gestionarlo". J, MARZO CONCULLUELA: *"El Dominio Público Radioeléctrico"*. En Telecomunicaciones: Estudio sobre Dominio Público y Propiedad Privada. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 2000, páginas 150 y 152).

De allí la protección constitucional y legal que determina que un uso privativo del espectro requiere de habilitación en los términos constitucional y legalmente establecidos.

A esa escasez se une la circunstancia de que las ondas hertzianas son de carácter instrumental, dado que su explotación permite tanto la prestación de diversos servicios públicos como el ejercicio de ciertos derechos y libertades públicas (derechos de información, libertad de expresión, comunicación, educación y cultura, por ejemplo).

Supuestos que se evidencian en los servicios de radiodifusión. De acuerdo con el Convenio sobre la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, antes citado, el servicio de radiodifusión se define como:

"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".

Dada la amplitud de la definición del término telecomunicaciones, no puede existir duda en cuanto que la radiodifusión es una especie de telecomunicaciones:

"Así, pues, recapitulando, la Radio, Junto con la Televisión, constituye una forma de Telecomunicación, del tipo denominado "servicios de difusión", cuyo funcionamiento puede basarse en el empleo de ondas electromagnéticas o de cable, y que solo en el

primer caso se denomina técnicamente radiocomunicación y, por ende, radiodifusión. Además de todo ello, constituye un medio de comunicación social, lo que hace de ella un fenómeno singular dentro del conjunto de las telecomunicaciones, característica esta –obvio es decirlo- que comparte con la Televisión”. Carmen Chinchilla Marín: “El Régimen Jurídico de la radiodifusión sonora”. **Derecho de las Telecomunicaciones**, La Ley Actualidad, 1997, p. 599.

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 eximirlos de esa aplicación en forma sustancial, tal como se indica de seguido.

2. La radiodifusión directa: un régimen jurídico mixto

A efecto de establecer si el canon por reserva de espectro debe ser cubierto por los operadores de servicios de radiodifusión, tanto el consultante como el MINAET se refieren a los alcances del artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones. Norma que dispone:

“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”

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.

Asimismo, el hecho de que no se esté ante un servicio disponible al público produce sus efectos respecto del término proveedor. Ello en el tanto en que este término es definido en relación con los servicios disponibles al público:

“16) Proveedor: persona física o jurídica, pública o privada, que proporciona servicios de telecomunicaciones disponibles al público sobre una red de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, según corresponda”.

Puesto que quienes operan los servicios de radiodifusión de acceso libre no proporcionan servicios de telecomunicaciones disponibles al público se sigue que legalmente no constituyen un proveedor. Y dado que el operador de servicios de radiodifusión de acceso libre no constituye un proveedor, no puede aplicársele las disposiciones de la Ley referidas a los proveedores, salvo una expresa disposición en contrario.

El punto es si podrían ser considerados un operador, término que legalmente se define en el artículo 6 como:

“12) Operador: persona física o jurídica, pública o privada, que explota redes de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, las cuales podrán prestar o no servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general”.

El operador es el que explota la red de telecomunicaciones, sin que se requiera que estas sean redes públicas. Las redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva son redes de telecomunicación. Por lo que en principio podría considerarse que el que explota la red de radiodifusión de acceso libre es operador.

Ahora bien, las redes de soporte a los servicios de radiodifusión y televisión quedan sujetas a la Ley de Telecomunicaciones “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”. 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 . El artículo 10 antes citado dispone:

“ARTÍCULO 10. Definición de competencias. Corresponde al Poder Ejecutivo dictar el Plan nacional de atribución de frecuencias. En dicho Plan se designarán los usos específicos que se atribuyen a cada una de las bandas del espectro radioeléctrico, para ello se tomarán en consideración las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y de la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (Citel). Además, se definirán los casos en que las frecuencias no requieren asignación exclusiva, para lo cual se tomarán en consideración los siguientes criterios: disponibilidad de la frecuencia, tiempo de utilización, potencia de los equipos, tecnología aplicable, ancho de banda, modulación de la portadora de frecuencia y zona geográfica.

El Poder Ejecutivo podrá modificar el Plan nacional de atribución de frecuencias por razones de conveniencia y oportunidad.

El Poder Ejecutivo asignará, reasignará o rescatará las frecuencias del espectro radioeléctrico, de acuerdo con lo establecido en el Plan nacional de atribución de frecuencias, de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria, de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta Ley.

A la Sutel le corresponderá la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales”.

Esa potestad de planificación abarca la definición de las metas y prioridades para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, para lo cual se establece una agenda digital.

“ARTÍCULO 33. Desarrollo de objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad. Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, definir las metas y las prioridades necesarias para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en el artículo anterior. Con este fin, dicho Plan deberá contener una agenda digital, como un elemento estratégico para la generación de oportunidades, el aumento de la competitividad nacional y el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento, que a su vez contenga una agenda de solidaridad digital que garantice estos beneficios a las poblaciones vulnerables y disminuya la brecha digital.

La Sutel establecerá las obligaciones; y también definirá y ejecutará los proyectos referidos en el artículo 36 de esta Ley, de acuerdo con las metas y prioridades definidas en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones”.

Puede decirse que la competencia del Poder Ejecutivo en la materia es consecuencia de la potestad de dirección que la Constitución atribuye a dicho Poder y que es desarrollada en diversas Leyes. Entre ellas, la 8660 que atribuye al Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones la rectoría del sector de telecomunicaciones y señala los ámbitos cubiertos por esa rectoría. Entre estos:

“**ARTÍCULO 39. Rectoría del Sector Telecomunicaciones.** El rector del Sector será el ministro de Ambiente, Energía y (Telecomunicaciones (Minaet), a quien le corresponderán las siguientes funciones:

- a) Formular las políticas para el uso y desarrollo de las telecomunicaciones.
- b) Coordinar, con fundamento en las políticas del Sector, la elaboración del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones. El primer Plan que se dicte deberá establecer, como mínimo, el acceso para las personas físicas a opciones o paquetes de

tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial, con objeto de garantizar el acceso al servicio telefónico para las personas con necesidades sociales especiales, los habitantes de las zonas donde el servicio no sea financieramente rentable, o las personas que no cuenten con recursos suficientes

c) Velar por que las políticas del Sector sean ejecutadas por las entidades públicas y privadas que participan en el Sector Telecomunicaciones.

d) Aprobar o rechazar el criterio técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones, sobre la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y rescate de las concesiones y los permisos de las frecuencias del espectro radioeléctrico. En el caso de que se separe de dicho criterio, el Poder Ejecutivo deberá justificar las razones de orden público o interés nacional que lo sustenten

e) Dictar el Plan nacional de telecomunicaciones, así como los reglamentos ejecutivos que in correspondan

h) Coordinar las políticas de desarrollo de las telecomunicaciones con otras políticas públicas destinadas a promover la sociedad de la información (...)."

Congruente con lo anterior, el artículo 40 de esa misma Ley señala que el plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones define las metas, los objetivos y prioridades del sector de telecomunicaciones y se dicta tomando en cuenta las políticas del sector y en coordinación con el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica.

En cuanto a la administración y control del espectro estas son funciones que corresponden a la Superintendencia de Telecomunicaciones, de acuerdo con los artículos 60 y 73 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, reformada por la N. 8660. Este último artículo establece que compete al Consejo de la SUTEL:

“e) Administrar y controlar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de interferencias perjudiciales”.

El acceso e interconexión está referido a las redes públicas de telecomunicaciones, según lo dispuesto en el artículo 59. 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 públicos, 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. En 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.

Caso contrario es el del régimen sectorial de competencia aplicable a la operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones en general. Por el contenido de este régimen, resulta aplicable a la radiodifusión de acceso libre.

De ese modo, en el párrafo tercero del artículo 29 queda definido el ámbito de aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones a los servicios en cuestión. Es por ello que en la Opinión Jurídica OJ-085-2009 de 8 de septiembre de 2009 indicamos al respecto:

“Conforme se deriva del artículo 29 de la Ley 8642, los servicios de radiodifusión son los únicos servicios de telecomunicaciones que no se regulan totalmente por la Ley de Telecomunicaciones. La aplicación de esta Ley está excluida en tratándose del otorgamiento de las concesiones necesarias para prestar el servicio. No obstante, esa exclusión es parcial. En primer lugar, porque las redes que sirven a la prestación de los servicios de radiodifusión quedan sometidos a la Ley “ en materia de planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y al régimen sectorial de competencia previsto en esta Ley”. Por otra parte, si los proveedores de estos servicios se encuentran habilitados tecnológicamente para prestar por la red servicios de telecomunicaciones se deberán sujetar a la nueva Ley, incluso para obtener el título habilitante correspondiente”.

Se sigue de lo expuesto que, por expresa disposición de la Ley General de Telecomunicaciones, los servicios de radiodifusión de acceso libre se rigen por la Ley de Radio y por excepción se rigen por la Ley General de Telecomunicaciones en las materias expresamente señaladas en el párrafo tercero.

En ese sentido, continúan rigiendo las disposiciones de la Ley de Radio sobre el uso y explotación del espectro radioeléctrico para radiodifusión de acceso libre. Nótese que no se trata sólo del procedimiento para habilitar la prestación del servicio. Antes bien, se trata del alcance de la habilitación y del contenido mismo del servicio que son distintos a lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones.

En orden a la habilitación, conforme lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones el título habilitante para operar redes que requieran el uso del espectro es la concesión, en tanto que la autorización se requiere para las redes que no requieren uso del espectro y para proveer servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se

encuentren bajo su operación o explotación . La concesión habilita al titular para la operación y explotación de la red y si esta red es pública, habilita al titular para prestar todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponible al público.

Por el contrario, de acuerdo con la Ley de Radio, el alcance de la concesión para operar una estación de radiodifusión es limitado, puesto que con base en esa concesión solo se puede explotar la red para prestar el servicio de radiodifusión de que se trate, sin que pueda darse el efecto propio del artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones. Sea la posibilidad de prestar todos y cuantos servicios de telecomunicaciones disponibles al público la red y la tecnología permitan. Por demás, la regulación del contenido de la radiodifusión se muestra en los artículos 11 y 17 de la Ley de Radio.

Establecido que el legislador dispuso una regulación diferente para los servicios de radiodifusión de acceso libre, corresponde determinar si esa diferencia abarca la sujeción o no sujeción respecto del canon de reserva del espectro.

B. EL FINANCIAMIENTO DE LA ADMINISTRACION Y CONTROL DEL ESPECTRO RADIOELECTRICO

A partir de que considera que las redes de soporte para prestar los servicios de radiodifusión son redes de telecomunicaciones y que los operadores de radiodifusión sonora y televisiva están sujetos a la Ley General de Telecomunicaciones y a la competencia de SUTEL, ese órgano afirma que los titulares de las redes y los concesionarios del espectro son operadores de redes de telecomunicaciones para los efectos del llamado canon de reserva del espectro. Respecto de ellos se habría producido el hecho generador de ese canon a partir de que son titulares de una concesión que asigna bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, por lo que tendrían que cubrir dicho tributo, máxime que este tiene como objeto el financiamiento de la planificación, administración y control del uso del espectro, facultades a las cuales están sujetos los servicios de radiodifusión.

De conformidad con lo indicado en el párrafo anterior, la Ley General de Telecomunicaciones no ha previsto la aplicación de sus normas sobre cánones a la radiodifusión. No obstante, en razón de los argumentos esbozados por SUTEL y MINAET, corresponde referirnos a este punto.

1. El canon de reserva del espectro radioeléctrico

Dispone la Ley General de Telecomunicaciones:

“ARTÍCULO 63. Canon de reserva del espectro. Los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán cancelar, anualmente, un

canon de reserva del espectro radioeléctrico. Serán sujetos pasivos de esta tasa los operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, a los cuales se haya asignado bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, independientemente de que hagan uso de dichas bandas o no.

El monto por cancelar por parte de los concesionarios será calculado por la Sutel con consideración de los siguientes parámetros:

- a) La cantidad de espectro reservado.
- b) La reserva exclusiva y excluyente del espectro.
- c) El plazo de la concesión.
- d) La densidad poblacional y el índice de desarrollo humano de su población.
- e) La potencia de los equipos de transmisión.
- f) La utilidad para la sociedad asociada con la prestación de los servicios.
- g) Las frecuencias adjudicadas.
- h) La cantidad de servicios brindados con el espectro concesionado.
- i) El ancho de banda.

El objeto del canon es para la planificación, la administración y el control del uso del espectro radioeléctrico y no para el cumplimiento de los objetivos de la política fiscal. La recaudación de esta contribución no tendrá un destino ajeno a la financiación de las actividades que le corresponde desarrollar a la Sutel, conforme a los artículos 7 y 8 de esta Ley. En octubre de cada año, el Poder Ejecutivo debe ajustar el presente canon, vía decreto ejecutivo, realizando de previo el procedimiento participativo de consulta señalado por esta Ley.

Cualquier ajuste que contravenga los criterios anteriores, será nulo y registrará el canon del año anterior.

El monto por pagar por parte del contribuyente de este canon será determinado por este mediante una declaración jurada, correspondiente a un período fiscal año calendario. El plazo para presentar la declaración y pago vence dos meses y quince días posteriores al cierre del respectivo período fiscal. La administración de este canon se hará por la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, por lo que para este canon resulta aplicable el título III, Hechos ilícitos tributarios, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. La Tesorería Nacional estará en la obligación de depositar los dineros recaudados en una cuenta separada a nombre de la Sutel, dentro de los quince días naturales del mes siguiente a su ingreso a la Tesorería”.

Lo primero que llama la atención del operador jurídico frente a este artículo es que la prestación que se pretende es denominada un “canon”. Ciertamente, un canon es una contraprestación que se exige en virtud del dominio público o de una concesión. En el tanto en que exista una concesión de dominio público, podría considerarse que es

correcto hablar de un canon. Empero, el canon no es una contraprestación de naturaleza tributaria. De modo que si hay canon, en principio, no hay tributo.

La diferencia entre el canon y un tributo fue analizada en el dictamen N. C-281-2008 de 14 de agosto de 2008, a propósito del canon de regulación a favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. En lo que interesa se indicó en esa ocasión:

“El uso más difundido del término relaciona canon con dominio público. En ese sentido, el canon es una obligación pecuniaria establecida por la ley, con el objeto de proporcionar recursos a partir de la utilización o aprovechamiento de un bien público - el cual puede ser material o inmaterial-. Esta contraprestación se constituye en una obligación dineraria en la que un determinado sujeto se ve constreñido a honrarla por encontrarse en una posición determinada (concesionario, usuario, regulado, etc) consecuencia de una actuación administrativa: el otorgamiento de la concesión de dominio público o de servicio público, la prestación de un servicio, la sujeción a la función de regulación. El canon no es expresión de la potestad tributaria del Estado y, por ende, no está sometido al régimen jurídico correspondiente

En ese sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante el fallo N° 9170-2006 del 28 de junio del 2006, al momento de analizar la naturaleza jurídica de un canon, señaló:

“VI. B) De la naturaleza jurídica del *“canon ambiental por vertidos”* creado en el Reglamento impugnado.-

El canon, como la contraprestación a cargo del particular, por el uso o aprovechamiento de un bien de dominio público, ciertamente escapa al concepto de tributo, que es una imposición por parte del Estado, sin promesa o garantía de que el particular reciba en forma clara y directa un beneficio por ello. Así, tributo y canon son dos conceptos muy diferentes. Los principios esbozados en materia tributaria se aplican a los tributos, pero no al canon. Por ello para la resolución de este asunto es de fundamental importancia clasificar el tipo de obligación pecuniaria que se impugna, por cuanto de esa diferenciación dependerá su constitucionalidad o no. Recordemos primero un poco la naturaleza jurídica de las cargas tributarias, para luego centrarnos en la obligación impugnada. En sentido genérico desde la óptica de la doctrina del derecho financiero, el tributo es una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su potestad de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público. La doctrina jurídica costarricense tradicionalmente ha seguido la posición más generalizada en torno a la definición del concepto de tributo y a su clasificación tripartita: impuestos, tasas y contribuciones especiales, clasificación que se encuentra establecida en la ley como sigue: (...).

Cuando se está frente a un *tributo* -sean impuestos, tasas o contribuciones especiales- la relación entre el administrado (llamado contribuyente) y la Administración se da en virtud del ejercicio de la potestad tributaria y no media contrato alguno. Asimismo, el contribuyente no recibe una contraprestación directa por el pago del tributo más que el derecho al buen funcionamiento de las funciones y servicios públicos. Por su parte, cuando de lo que se trata es del cobro de un canon, la relación entre el administrado y la Administración se da en virtud de un contrato, recibiendo aquél la concesión o el permiso de utilizar y/o explotar un bien de dominio público a cambio de una contraprestación en dinero denominada *canon*. Esa obligación pecuniaria es cobrada por la Administración no sólo en virtud de que se está aprovechando un bien público sino en virtud de los gastos en que debe incurrir ésta para velar por el buen uso de ese bien. De esta forma, las concesiones y permisos otorgados por la Administración a los administrados viene aparejada a la obligación de éstos de pagar una determinada suma pecuniaria, obligación que la doctrina le llama *canon*. Por ello, ni el canon es un tributo, ni los principios constitucionales en materia tributaria le son aplicables, el canon no es un tributo y como tal, se sale de la previsión y garantía que tradicionalmente se otorga en relación con aquéllos. La relación jurídica que se establece cuando media una concesión o un permiso es más una relación bilateral, es una la Administración Concedente y uno el Concesionario o Permisionario, por ello generalmente se firma un contrato o se dicta un acto administrativo particular. La relación jurídica que se establece cuando el Estado hace uso de su potestad tributaria es una relación que involucra en general a todos los administrados. En síntesis son tres las diferencias que se pueden establecer entre un tributo y un canon, aunque ambas son obligaciones pecuniarias exigidas por la Administración, *primero* el cobro de un tributo se da en virtud del ejercicio de una potestad de imperio y el cobro de un canon en virtud de una concesión o permiso, por lo tanto se obliga a quien solicita voluntariamente la concesión o el permiso; *segundo* en virtud de que el obligado tributario es una generalidad de administrados, para el cobro de un tributo no es necesario suscribir un contrato, situación diferente al concesionario o permisionario, donde se establece una relación bilateral con la Administración, por lo cual generalmente se firma un contrato o se da el otorgamiento de un permiso; y *tercero* el administrado que paga un tributo no lo hace en virtud de una contraprestación sino por el deber de contribuir a las cargas públicas, en cambio, el administrado que paga un canon lo hace en virtud de que a cambio recibe el derecho de uso y/o aprovechamiento de un bien de dominio público. Dicho todo lo anterior, se analiza si efectivamente la obligación pecuniaria creada en el Reglamento impugnado constituye un canon.”

De dicha sentencia se desprenden tres características básicas del “canon”, las cuales diferencian estas obligaciones pecuniarias respecto de las obligaciones surgidas en razón de los tributos: Veamos. En primer término, el canon es una obligación

pecuniaria que nace con ocasión de una actividad administrativa, sea esta el otorgamiento de una concesión o de un permiso. Por el contrario, los tributos son producto directo de la potestad tributaria del Estado (artículo 121, inciso 13 de la Constitución Política).

En segundo plano, en el caso del canon generalmente la obligación pecuniaria se constituye a través de la suscripción de un convenio o contrato de concesión o del acto de otorgamiento de una licencia o permiso a una determinada persona; mientras que la obligación tributaria se encuentra constituida sobre todos aquellos sujetos que realizan el hecho generador previsto por la ley (artículo 31 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios).

Lo anterior no excluye, sin embargo, que el canon surja directamente de la ley. En efecto, –al igual que acontece en los tributos- una ley puede disponer expresamente el nacimiento de esta obligación, sin que ello la asimile a las obligaciones de índole tributaria, ya que en virtud de la discrecionalidad que goza el legislador al momento de promulgar las normas, la Asamblea Legislativa puede crear un canon por ley si así lo considera conveniente.

Por último, en el canon se paga para recibir el derecho de aprovechamiento o uso de un bien –material o inmaterial- de naturaleza pública. Por el contrario, en principio, los tributos tienen un fin fiscal, sea la contribución con los gastos públicos (artículo 18 de la Constitución Política) deber de contribuir que se impone, en general, a todos los habitantes del país. Lo que no excluye, ciertamente, que la potestad tributaria se utilice con fines extrafiscales.

Como podemos apreciar, la naturaleza jurídica del canon dista de la naturaleza propia de los diferentes tributos –impuesto, tasa y contribuciones especiales- y por ende, la connotación jurídica de estas obligaciones tributarias no pueden ser la asimilada a las contraídas en razón de un canon establecido por la ley. En ese orden de ideas, la normativa y los principios generales de las cargas impositivas tributarias resultan inaplicables a la figura del canon, que no tiene las características peculiares de los tributos.

Al no ser considerado como una obligación de índole tributaria, el canon escapa del concepto de tributo, por lo que no es contemplado en la clasificación tradicional de los tributos, presente en el artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Al carecer de naturaleza jurídica tributaria, al canon no le resultan aplicables las garantías constitucionales en materia de tributos. En consecuencia, no está sujeto al principio de reserva de la competencia exclusiva de crearlos, modificarlos o suprimirlos a la Asamblea Legislativa (principio de reserva legal), por lo que el canon puede ser fijado por una autoridad administrativa, sin que para ello deba seguirse los principios formales ni sustanciales de las cargas impositivas tributarias”.

De acuerdo con la sentencia de la Sala antes transcrita, la contraprestación por la reserva de espectro, en tanto es un canon por la concesión de un bien de dominio público, sería correctamente un canon. El problema es que a pesar de su denominación, el legislador consideró necesario regularlo como un tributo. Es por ello que estructuró la contraprestación como si se estuviera ante una tasa. Lo que se refleja en el particular interés por regular los elementos esenciales del tributo, en especial el hecho generador, el sujeto pasivo y el activo, así como establecer las bases para la determinación de la tarifa. Es a esa configuración legal a la que la Procuraduría se sujeta en el presente análisis.

Ahora bien, cuando se está ante una imposición tributaria, la obligación de pago surge con el nacimiento de la obligación tributaria, es decir, cuando acaece el hecho generador del tributo. Para que ese acaecimiento tenga lugar, deben estar presentes los distintos elementos que configuran el hecho generador. Empero, la obligación tributaria y por ende, la obligación de pago, no surgen en los supuestos de no sujeción. Esto es, supuestos que no están incluidos en la norma reguladora del hecho generador, que no integran ese hecho, pero que impiden el surgimiento de la obligación tributaria. En su argumentación, SUTEL sostiene la obligación de pago partiendo de que el artículo 63 no contiene una norma de exención. Es de advertir que en su argumentación deja de lado el supuesto de no sujeción. No sujeción que deriva precisamente de lo dispuesto en el artículo 29, cuyo párrafo tercero –según ya se indicó– dispone en qué ámbitos es aplicable a los servicios de radiodifusión el régimen de las telecomunicaciones. Ese ámbito no abarca los cánones de telecomunicaciones, sea el Título IV de la Ley.

Cabe recordar que en materia de no sujeción tributaria la doctrina ha sido conteste en que el legislador no tiene que establecer esa no sujeción en la norma creadora del tributo. Antes bien, se considera que la mención de esos supuestos se explica solo por “razones didácticas, aclaratorias, informativas y hasta sistematizadoras” (L.M. CAZORLA PRIETO: **Derecho Financiero y Tributario, Parte General**, Thomson Aranzadi, 2005, p. 343). Permítasenos las siguientes citas en orden a la diferencia entre no sujeción y exención:

“En el caso de los supuestos de no sujeción tales supuestos no están contenidos en la norma delimitadora del hecho imponible. Si se mencionan por la ley se hace con objeto de aclarar la formulación del hecho imponible, por lo que se incorporan a preceptos que bien pueden conceptuarse como didácticos u orientadores.

En el caso de los supuestos de exención, la aplicación de las normas que contienen el hecho imponible determinaría, sin la norma de exención, la sujeción del supuesto exento. La norma que contiene la exención no actúa, pues, como meramente didáctica u orientadora, sino que está dotada de una eficacia singular: mermar, respecto de

determinadas actividades o personas, la eficacia de la norma de imposición. La exención no constituye, por tanto, como la no sujeción, un mecanismo lógico para acotar la esfera de imposición, sino un instituto enderezado a rectificar esa esfera para casos determinados”. F, SAINZ DE BUJANDA: **Lecciones de Derecho Financiero**, Universidad Complutense de Madrid, 1986, p. 186.

En este mismo sentido, la Procuraduría ha señalado:

“Ahora bien, en el caso de la Ley de Bienes Inmuebles el legislador no estableció en dicho cuerpo normativo un régimen de exenciones, sino más bien previó un régimen de no sujeciones, que desde el punto de vista técnico jurídico resulta diferente; por cuanto bajo el régimen de no sujeción el hecho generador del tributo ni siquiera nace a la vida jurídica y por ende no existe obligación tributaria, en tanto bajo el régimen de exención los presupuestos de hecho que configuran el hecho generador nacen a la vida jurídica y dan origen a la obligación tributaria, cuyo efectos económicos los exceptúa el legislador a través de norma legal”. Dictamen C-294-2009 del 20 de octubre del 2009.

“Viene de la norma transcrita, en primer término, que lo que estableció el legislador son supuestos de “no sujeción” al impuesto creado, y no de “exenciones”. La aclaración anterior cobra importancia, en virtud de que se trata de institutos jurídicos distintos, y por tanto, con efectos jurídicos diferentes. En este sentido, el Profesor Sainz de Bujanda, señala que la exención “*consiste en la eliminación del nacimiento de una obligación tributaria que, en caso de no existir la exención, llegaría a producirse como consecuencia de la realización de un determinado hecho*” (**Sainz de Bujanda, Fernando. Lecciones de Derecho Financiero. 10 edición, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España, página 211**), con lo cual, en el supuesto de las exenciones el sujeto pasivo sí realiza el hecho imponible previsto en la norma impositiva, no obstante, en virtud de otra norma, se le releva de su cumplimiento, es decir, sí están sujetos al impuesto; mientras que tratándose de los casos de no sujeción, lo que hace el legislador es aclarar cuáles supuestos no están sujetos al impuesto, es decir, que no se realiza el hecho imponible y por tanto tampoco nace la obligación tributaria, lo que hace la norma es definir los supuestos de no sujeción como un mecanismo aclarativo y orientador”. Dictamen N. OJ-058-2009 de 8 de julio del 2009.

Se sigue de lo expuesto que el legislador no estaba obligado a indicar en el artículo 63 que dicho artículo no se aplicaba a la radiodifusión de acceso libre porque esa no aplicación deriva y está dispuesta en el artículo 29 de reiterada cita.

En ese orden de ideas, cabe enfatizar que el canon no es parte de la administración y control ni de las redes ni del servicio de telecomunicaciones. No existe ninguna disposición en la Ley que autorice afirmar que la administración y control del servicio o en su caso del espectro comprende el tributo que nos ocupa y que de ese hecho, al

formar el tributo parte de la planificación, administración y control, la radiodifusión de acceso libre está sujeta al tributo y deviene obligada a su pago. Por el contrario, debe reafirmarse que esa obligación solo surgirá cuando suceda lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 29, sea que los proveedores de servicios de radiodifusión y televisión estén habilitados tecnológicamente para prestar servicios de telecomunicaciones por medio de sus redes. El término “servicios de telecomunicaciones” no deja lugar a dudas de que para efectos de la Ley, y en lo no expresamente indicado, los servicios de radiodifusión de acceso libre no son servicios de telecomunicaciones. Es por ello que se indica que de prestarse servicios de telecomunicaciones tendrán que contar con el respectivo título habilitante y sujetarse a la Ley en orden a requisitos que ello requiera.

Por otra parte, si nos atenemos a la configuración legal del canon como tasa, tenemos lo siguiente en orden a los elementos estructurales del tributo.

De acuerdo con la configuración legal del canon por reserva de espectro radioeléctrico, el sujeto pasivo del tributo es el operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones. Como ya se indicó anteriormente, el término proveedor de servicios de telecomunicaciones no se aplica en tratándose de la radiodifusión de acceso directo. Se podría argumentar, empero, que el titular de la red es un operador de redes y que por ese hecho es sujeto pasivo del tributo.

No obstante, 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. Disociación que sí puede darse en el resto de telecomunicaciones según se deriva de la propia Ley 8642. Respecto de estas es importante la “o” incluida en el enunciado del sujeto pasivo. Para los servicios de telecomunicaciones distintos de la radiodifusión, puesto que el proveedor de servicios no es necesariamente el operador de la red, cobra sentido la distinción en cuestión. Pero, en tratándose de la radiodifusión de acceso libre, quien opera la red presta el servicio. Y ese prestador del servicio no configura un proveedor de servicio, según el artículo 6, inciso 16. Jurídicamente no puede razonarse afirmando que si bien no es proveedor de servicios sí es operador de red, a efecto de sujetarlo al tributo, por cuanto el resto de la Ley conduce a afirmar la no aplicación del artículo. Consecuentemente, la conclusión que se impone es que la radiodifusión de acceso libre no está sujeta al pago de la contribución impuesta en el referido artículo 63.

Por otra parte, de la consulta y del criterio legal que se adjunta pareciera derivarse que la radiodifusión de acceso libre debe pagar el canon porque, en tanto hace uso del espectro, requiere de una planificación, administración y control a cargo de la Superintendencia. Y estas facultades son las que se financian con el tributo. En ese sentido, se afirma que SUTEL presta una considerable cantidad de funciones en relación con la radiodifusión, lo cual implica gastos por lo que los operadores de redes

de soporte a la radiodifusión deben contribuir a ese financiamiento. Ante lo cual es necesario enfatizar que debe diferenciarse entre el hecho generador de la obligación tributaria, por una parte y el destino o finalidad del tributo, por otra parte.

Como se indicó, el hecho generador ha sido definido por el legislador como la asignación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico. Sobre este hecho generador indicamos en la Opinión Jurídica N. OJ-073-2009 de 11 de agosto, 2009

“D. SUTEL Y CANON DE RESERVA DEL ESPECTRO

El canon se paga por el uso del espectro electromagnético. Es por ello que el primer párrafo del artículo se refiere a la asignación de bandas de frecuencias de espectro. En igual forma, el monto se calcula en razón de determinados elementos relacionados con el espectro, como son la cantidad del espectro reservada, la reserva exclusiva y excluyente del espectro, las frecuencias adjudicadas, la cantidad de servicios brindados con el espectro, el ancho de banda. No son sujetos pasivos del canon los operadores de redes que no impliquen uso del espectro, así como los proveedores de servicios que no requieran tal uso.

Si una red pública requiere el uso del espectro, el título habilitante es la concesión. En cuyo caso se estaría ante un supuesto distinto al de la consulta. Pero como se indicó, en tratándose de la provisión de servicios, el legislador ha permitido la autorización como título habilitante cuando se trata de servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo su operación o explotación. Si esos servicios requieren el uso del espectro, la autorización implicará el pago del canon”.

Concluyéndose en lo que interesa:

“7. El canon de reserva del espectro se paga por el uso del espectro electromagnético. Es por ello que el primer párrafo del artículo se refiere a la asignación de bandas de frecuencias de espectro. En igual forma, el monto se calcula en razón de determinados elementos relacionados con el espectro, como son la cantidad del espectro reservada, la reserva exclusiva y excluyente del espectro, las frecuencias adjudicadas, la cantidad de servicios brindados con el espectro, el ancho de banda.

8. De lo anterior se sigue que el ser titular de una autorización puede ser determinante de la obligación de pago del canon de reserva del espectro y lo será cuando esa autorización implique uso del espectro”.

Por el contrario, el destino de los recursos es el financiamiento de la planificación, la administración y el control del uso del espectro radioeléctrico. De modo que por el

hecho de que una entidad esté sujeta a la planificación, administración y control del espectro no puede concluirse en la obligación de pago del canon en cuestión. Lo contrario implica, reiteramos, confundir hecho generador con destino de los recursos. No puede dejar de recordarse que el antecedente del artículo 63 lo tenemos en la legislación española. Su referencia nos ilustra en orden al hecho generador de ese tributo. Pues bien, en el Anexo I de la Ley de Telecomunicaciones de España se indica que:

“1. La reserva para uso privativo de cualquier frecuencia del dominio público radioeléctrico a favor de una o varias personas o entidades se gravará con una tasa anual, en los términos que se establecen en este apartado.

Para la fijación del importe a satisfacer en concepto de esta tasa por los sujetos obligados, se tendrá en cuenta el valor de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario (...).”

De modo que las necesidades financieras de la SUTEL derivadas del ejercicio de las competencias referidas a los operadores de red y proveedores de servicios no pueden ser consideradas el hecho generador del tributo. Reiteramos, si la obligación del artículo 63 es de naturaleza tributaria, para determinar el surgimiento de la obligación debe estarse al hecho generador. Y como este no es la planificación, administración y control del espectro no es válido concluir que la sujeción a la competencia de SUTEL respecto del espectro, genera en el operador de red el deber de contribuir a su financiamiento.

Como es sabido, las normas tributarias se interpretan de conformidad con los métodos de interpretación retenidos por el ordenamiento (J.J. FERREIRO LAPATZA: Curso de Derecho Financiero Español, I, Marcial Pons, 1998, p. 135 y ss). Pues bien, de conformidad con el artículo 10 del Código Civil, norma de aplicación supletoria, las normas se interpretan según su contexto. El llamado canon de reserva del espectro radioeléctrico está contenido en el Título IV, denominado Cánones de Telecomunicaciones, Capítulo Único, Cánones. Capítulo que comprende también el canon de regulación. Canon de regulación y canon de reserva del espectro están a cargo de operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones. Cabe advertir que de considerarse que los operadores de redes de soporte de la radiodifusión directa están sujetos al canon del artículo 63, porque son operadores de red, se estaría dando un contenido diferente al concepto de redes de telecomunicaciones y operador de red según se trate del artículo 63 o del artículo 62, sin que la Ley contenga disposición alguna que justifique esa diferencia de contenido. En efecto, del contenido de la Ley no puede concluirse que en el artículo 62 el término *operador de red* se refiere exclusivamente a quienes operan redes de telecomunicaciones diferentes de las que dan soporte a la radiodifusión y que en el

artículo 63 el término refiere a todo operador de red de telecomunicaciones, comprensivo de las redes de radiodifusión de acceso libre.

SUTEL pretende justificar ese empleo diferente de los términos operador y redes argumentando que el canon de regulación se cobra por la regulación de la prestación del servicio. En el caso de la radiodifusión de acceso libre SUTEL agrega que no ejerce regulación sobre la prestación. Esta se regula por la Ley de Radio. Argumentos que la llevan a considerar que solo en el tanto en que se ejerza una regulación sobre la prestación, cabría cubrir el canon de regulación.

Ante esas afirmaciones, procede recordar que el artículo 62 no contiene disposición alguna que permita diferenciar entre regulación sobre redes y regulación sobre prestación para efectos del cobro del canon. La no sujeción de la radiodifusión de acceso libre al canon de regulación se explica por lo dispuesto en el artículo 29 de repetida cita. Cabe enfatizar, además, que del artículo 62 de mérito no es posible diferenciar entre las distintas funciones regulatorias (entre ellas la administración y control del espectro) para concluir que el canon de regulación no procede en tratándose de la radiodifusión de acceso libre, porque sobre la prestación de ésta SUTEL no ejerce regulación. Y es que el canon de regulación no se establece por la regulación de la prestación del servicio sino por la regulación en sí misma considerada. Regulación que se ejerce a través de las distintas potestades atribuidas por el legislador y en particular lo dispuesto en los artículos 60 y 73 de la Ley 7593. Las funciones que la SUTEL asume respecto del espectro radioeléctrico son parte de sus funciones de regulación. Recuérdese que el primero de dichos artículos dispone que:

“Artículo 60.-

Obligaciones fundamentales de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son obligaciones fundamentales de la Sutel:

- f)** Asegurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones.
- g)** Controlar y comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales y los recursos de numeración, conforme a los planes respectivos.
- h)** Asegurar el cumplimiento de las obligaciones de acceso e interconexión que se impongan a los operadores de redes de telecomunicaciones, así como la interoperabilidad de dichas redes.

i) Establecer y garantizar estándares de calidad de las redes y de los servicios de telecomunicaciones para hacerlos más eficientes y productivos.

(...)”.

Funciones que se asignan a SUTEL en su condición de regulador. Por su parte, el 73 establece en lo que aquí interesa:

“Artículo 73.-

Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son funciones del Consejo de la Sutel:

b) Imponer, a los operadores y proveedores, la obligación de dar libre acceso a sus redes y a los servicios que por ellas presten, en forma oportuna y en condiciones razonables, transparentes y no discriminatorias, a los prestadores y usuarios de los servicios de telecomunicaciones, a los generadores y receptores de información y a los proveedores y usuarios de servicios de información, de conformidad con lo que reglamentariamente se indique.

(...).

d) Otorgar las autorizaciones, así como realizar el procedimiento y rendir los dictámenes técnicos al Poder Ejecutivo, para el otorgamiento, la cesión, la prórroga, la caducidad y la extinción de las concesiones y los permisos que se requieran para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, así como cualquier otro que la ley indique

e) Administrar y controlar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de interferencias perjudiciales.

(...).

j) Velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

k) Establecer los estándares mínimos de calidad de las redes públicas y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público y fiscalizar su cumplimiento.

m) Ordenar la no utilización o el retiro de equipos, sistemas y aparatos terminales que causen interferencia o que dañen la integridad y calidad de las redes y los servicios, así como la seguridad de los usuarios y el equilibrio ambiental”.

La regulación de redes es parte de la potestad de regulación que ha sido atribuida por el ordenamiento a la Superintendencia de Telecomunicaciones. Puesto que todas estas facultades han sido atribuidas a la Superintendencia en su condición de regulador de telecomunicaciones, no puede considerarse que no estén comprendidas en la función de regulación a que se refiere el artículo 62, así como tampoco puede sostenerse que este numeral solo está referido a la regulación de la prestación del servicio. La distinción que pretende establecer SUTEL choca con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones, que expresamente señala que los mecanismos de regulación de las telecomunicaciones comprenden no solo la prestación de los servicios de telecomunicaciones sino el uso y explotación de las redes.

Ergo, la no sujeción de la radiodifusión al canon de regulación no se justifica en que la regulación esté referida a la prestación del servicio, al punto que cuando esta no se ejerce, no proceda el pago del canon de regulación como sostiene SUTEL. Si dicho pago no procede, es porque el término operador de red utilizado tanto en el artículo 62 como en el 63 no comprende al operador de redes de soporte a la radiodifusión de acceso libre.

Va de suyo, por demás, que las razones técnicas que justifican la regulación de la radiodifusión sonora y televisa no se refieren a la tasa de reserva del espectro, sino que responden a la propia consideración del uso del espectro en tanto recurso escaso y estratégico.

En último término y en relación con el hecho generador del canon por reserva del espectro radioeléctrico, procede recordar que la Ley General de Telecomunicaciones dejó vigente el artículo 18 de la Ley de Radio. Este numeral establece un impuesto anual de radiodifusión que tiene como hecho generador la titularidad de una concesión. Es por ello que el artículo 21 de la Ley de Radio se refiere a este impuesto como "impuesto sobre concesiones". El destino de este impuesto es la organización del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. En el dictamen N° C-029-2006 de 30 de enero de 2006, indicamos sobre este tributo:

"El artículo 18 crea un impuesto a la radiodifusión, término que en sí mismo implica el uso y explotación del citado espectro. Empero, del conjunto de disposiciones se deriva que se grava no sólo el uso para el servicio de radiodifusión estricto sensu, sino por el uso del espectro. En términos de la Ley, artículo 10, el servicio de radiodifusión es el servicio que " mediante emisiones sonoras o visuales -televisión- transmite directamente al público programas culturales educativos, artísticos, informativos o de entretenimiento que respondan al interés general". No obstante, la Ley grava también la radiocomunicación privada (inciso c) del artículo, que podría ser un servicio no dirigido al público, sino de interés estrictamente privado. Interesa resaltar que en

ambos casos hay radiocomunicación y, por ende, uso del espectro electromagnético. Se grava, pues, el derecho de uso.

Luego, la tarifa se establece no en relación con la licencia sino respecto del uso de las frecuencias. De allí la distinción no sólo en los tres incisos del artículo 18, sino al interno de su inciso c). Dependiendo del uso así se grava. Además, es el uso el elemento que determina la exención en los artículos 19 y 20 de la Ley. Por consiguiente, debe considerarse que es el derecho de uso y explotación lo que es gravado por el impuesto.

Ahora bien, ese derecho de uso y explotación está referido al espectro electromagnético, en el cual se propagan las ondas radioeléctricas o electromagnéticas. Uno de los atributos de estas ondas es su frecuencia. Aspecto que determina el carácter escaso del bien, ya que no toda frecuencia puede ser utilizada para efectos de radiocomunicaciones.

La reserva de una determinada frecuencia implica el uso privativo, potencial o efectivo, de una parte del referido espectro. Se permite la explotación de este para un servicio. Un servicio de radiocomunicación determinado: radiodifusión, radioaficionados, servicios particulares al comercio, meteorológicos, etc. En esa medida debe considerarse que el tributo grava el derecho de uso de una parte del espectro definido por las frecuencias asignadas. Por consiguiente, el impuesto se debe determinar en relación con el derecho de uso de cada una de las frecuencias a que se refiere la licencia acordada. Observamos que al otorgar la licencia en relación con una banda de frecuencias, se permite el uso de cada una de las frecuencias que integran la banda, salvo restricción en el acto concesional. En esa medida, el impuesto se debe pagar en relación con el derecho de uso de cada una de las frecuencias cuya explotación se autoriza. Dependiendo de las frecuencias que pueden ser utilizadas, así será el monto efectivo que debe ser cubierto con base el inciso c) del artículo 18 de mérito.

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

1. El impuesto a la radiodifusión que establece el artículo 18 de la Ley de Radio grava el derecho de uso del espectro electromagnético.
2. Ese derecho se expresa en el uso y explotación de una frecuencia del espectro. La extensión del derecho está determinada por las frecuencias cuyo uso se autoriza.
3. Por consiguiente, la tarifa establecida en el artículo 18, inciso c) debe ser cubierta en relación con el derecho de uso de cada frecuencia asignada en la licencia correspondiente”.

De resultar aplicable el canon de reserva de dominio radioeléctrico a los operadores de redes de radiodifusión de acceso libre, tendríamos que la concesión del espectro estaría siendo gravada por dos tributos diferentes, pudiendo considerarse que se está ante una doble imposición.

2. El financiamiento de SUTEL

Al pretender sujetar la radiodifusión de acceso libre al pago del canon de reserva del espectro, la Superintendencia busca una forma de financiamiento de sus actividades respecto de esa radiodifusión. En efecto, la Superintendencia considera que de no proceder el cobro del tributo respecto de la radiodifusión de acceso libre, estaría realizando funciones sin contar con los recursos necesarios para financiar su funcionamiento.

Es de advertir que la función de control sobre el espectro es parte de la función de regulación que le corresponde a SUTEL. La regulación no se financia con el canon del espectro sino con el canon de regulación. Canon que no procede en tratándose de los servicios de radiodifusión, según se deriva del artículo 29. Y ello aún cuando se esté en presencia de una operación de redes de telecomunicaciones.

En su contestación, el MINAET señala que en aplicación del Transitorio III de la Ley 8660, el presupuesto del Departamento Nacional de Control de Radio del Ministerio de Gobernación y Policía asignado a labores de control del espectro radioeléctrico se trasladó a la SUTEL. Dispuso ese Transitorio:

“TRANSITORIO III. Al entrar en vigencia la presente Ley, el personal, el presupuesto, los activos, los pasivos y el patrimonio del Departamento Nacional de Control de Radio del Ministerio de Gobernación y Policía asignado a labores de control del espectro radioeléctrico, se transferirán a la Sutel. De igual manera, se trasladan a la Sutel el presupuesto, los activos, pasivos y el patrimonio de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, asignado a la Dirección de Servicios de Telecomunicaciones”.

La correcta lectura de este Transitorio determina que lo transferido es el presupuesto asignado al citado Departamento en la Ley de Presupuesto vigente al momento de entrada en vigor de la Ley 8660. El concepto mismo de presupuesto impide considerar que por el Transitorio se transfirieron sumas futuras que tenían que ser presupuestadas a favor del citado Departamento. Distinto sería si la Ley hubiera establecido que se trasladan a SUTEL las fuentes de financiamiento propias del Departamento de Control de Radio, lo cual presupondría que dicho órgano gozaba de recursos con destino específico. No obstante, de la Ley de Radio no se determinan recursos con destino específico para ese Departamento y antes bien, a partir de la reforma a esa Ley por la 8642 queda claro que el impuesto a la radiodifusión beneficia al MINAET. De modo que no puede concluirse que la Ley de Presupuesto deba

necesariamente contener los recursos que correspondían a Control de Radio y que estos recursos pasan ahora a SUTEL.

Empero, el artículo 72 de la Ley de la ARESEP, adicionado por la Ley 8660, dispone que SUTEL se financiará con transferencias del Estado, con lo que autoriza que la Ley de Presupuesto le transfiera recursos. Consecuentemente, de resultar necesario para el financiamiento de la SUTEL, el Poder Ejecutivo estaría obligado a incluir en el proyecto de Ley de Presupuesto una partida transfiriendo los recursos correspondientes. La previsión de transferencias presupuestarias a favor de entes autónomos es frecuente en nuestro ordenamiento, sin que ello pueda ser considerado una violación de la autonomía del ente o en su caso de la independencia funcional que el ordenamiento garantice. Baste recordar, por ejemplo, que el artículo 84 de la Ley Reguladora de la Autoridad de Servicios Públicos prevé que el Estado le transfiera fondos, ya que dispone que es parte del patrimonio de la ARESEP los fondos que se le asignen en el Presupuesto Nacional. Posibilidad que no se considera contraria a la autonomía consagrada en el artículo 1 de esa misma Ley. En el caso de SUTEL por no tratarse de un ente autónomo no puede plantearse un problema de autonomía pero tampoco de independencia funcional, ya que transferidos los recursos le corresponde su administración con sujeción a la ley.

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

1. Si bien la radiodifusión de acceso libre es un servicio de telecomunicaciones, las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones se le aplican solo respecto de las materias expresamente indicadas por el legislador.
2. Estos servicios de radiodifusión de acceso libre son servicios 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. En los términos de la Ley General de Telecomunicaciones, estos servicios no pueden ser considerados servicios de telecomunicaciones disponibles al público, por lo que no se les aplica el régimen correspondiente.
3. La Ley General de Telecomunicaciones se aplica a las redes soporte de los servicios de radiodifusión de acceso libre en lo que se refiere 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.
4. El tercer párrafo del artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones 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.

5. Los servicios de radiodifusión de acceso libre están sujetos a la Ley de Radio en todas sus disposiciones.

6. La plena aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones a la radiodifusión requiere que los proveedores de estos servicios se encuentren habilitados tecnológicamente para prestar “servicios de telecomunicaciones” por medio de sus redes. Caso en el cual requerirán el título habilitante previsto en ella y cumplir el resto de requisitos obligatorios allí establecidos.

7. La potestad de planificación y en general, la rectoría de las telecomunicaciones corresponde al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones.

8. Corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones la administración y el control del uso eficiente del espectro radioeléctrico y las emisiones radioeléctricas. La planificación a que se refieren los artículos 29 y 63 de la Ley deben entenderse referidas a sus propias funciones, sin que pueda comprender o interferir la potestad de planificación atribuida al Poder Ejecutivo.

9. En razón de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones, la radiodifusión de acceso libre no está sujeta al canon de reserva del espectro radioeléctrico. Debe tomarse en cuenta que dicho canon no es parte de la administración y control ni de las redes ni del servicio de telecomunicaciones. Consecuentemente, el operador de redes de soporte de radiodifusión de acceso libre no está comprendido entre los sujetos pasivos de ese canon.

10. Respecto de los proveedores de servicios de radiodifusión, la obligación de pago del canon surgirá cuando suceda lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 29, sea que los proveedores de servicios de radiodifusión y televisión estén habilitados tecnológicamente para prestar servicios de telecomunicaciones (se entiende que disponibles al público) por medio de sus redes.

11. Puesto que la planificación, la administración y el control del uso del espectro radioeléctrico no constituyen el hecho generador del canon por reserva del espectro, sino su destino, no puede concluirse que toda entidad sujeta a esas facultades de regulación está obligada al pago del canon en cuestión.

12. El Transitorio III de la Ley 8660 no establece una fuente de financiamiento permanente para SUTEL. No obstante, conforme lo autoriza el artículo 72 de la Ley de

la ARESEP, el Presupuesto de la República podrá incluir transferencias a favor de la Superintendencia a efecto del financiamiento que requiera.

Atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves
Procuradora Asesora

3. Dictamen sobre el Canon de Reserva del Espectro

[Procuraduría General de la República]^{vii}

Voto de mayoría

20 de febrero, 2013.

C-021-2013

Señor

Dennis Meléndez Howell

Regulador General

Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos

Estimado señor:

Me refiero a su atento oficio N. 845-RG-2012 de 24 de octubre de 2012, mediante el cual consulta el criterio de la Procuraduría General de la República en relación con la competencia en materia de canon de reserva del espectro radioeléctrico. En concreto, consulta:

“1. ¿Qué alcance tiene la competencia otorgada por el legislador en el artículo 63 de la Ley 8642 a la Sutel, de “calcular” el canon de reserva del espectro radioeléctrico?

2. ¿Le corresponde al Consejo de la Sutel, fijar/establecer/aprobar el canon de reserva del espectro radioeléctrico?

3. ¿Qué alcance tiene la competencia otorgada por el legislador en el artículo 63 de la Ley 8642 al Poder Ejecutivo, de “ajustar” el canon de reserva del espectro radioeléctrico?

4. ¿Le corresponde al Poder Ejecutivo, fijar/establecer/aprobar el canon de reserva del espectro radioeléctrico?

5. Partiendo de que no le corresponde a la Sutel fijar/establecer/aprobar el canon de reserva del espectro radioeléctrico, podría la Sutel convocar a audiencia pública para conocer los “cálculos” del canon de reserva del espectro radioeléctrico, en los términos establecidos en los artículos 73, inciso h) y 81 inciso d) de la Ley 7693?

6. Partiendo de que no le corresponde a la Sutel fijar/establecer/aprobar el canon de reserva del espectro radioeléctrico, ¿le corresponde a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, conocer los recursos que se presenten contra el cálculo del canon de reserva del espectro radioeléctrico que realice la Sutel?”.

Adjunta Ud. el criterio de la Asesoría Jurídica, oficio N. 754-DGJR-2012 de 17 de octubre del mismo año. En dicho criterio, se hace referencia a la necesidad de que las normas jurídicas se interpreten e integren de la forma en que mejor respondan a las necesidades sociales, a la realidad social de nuestro tiempo y al fin por el que fueron creadas. Partiendo de lo anterior se afirma que el canon de reserva del espectro radioeléctrico tiene como objeto el financiamiento para la planificación, administración y control del uso del espectro radioeléctrico. Canon cuya naturaleza jurídica es la de una tasa, a la cual le resultan aplicables las disposiciones tributarias, como ha señalado la Procuraduría en el dictamen C-089-2010. El artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones que crea el canon otorga competencia a la SUTEL para calcular el canon de reserva con base en los parámetros que se indica. Al Poder Ejecutivo se le otorga la competencia de ajustar el canon vía decreto ejecutivo, realizando de previo el procedimiento participativo de consulta señalado en la Ley 8642. A la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda le corresponde administrar el canon, al que le resultan aplicables las normas del Título III del Código Tributario. A la Tesorería Nacional le corresponde depositar los dineros recaudados por concepto canon en una cuenta a nombre de SUTEL. En cuanto a la competencia de la Superintendencia se afirma que únicamente le corresponde realizar los cálculos según los parámetros que la misma ley señala, sin que eso signifique que fija, establezca o apruebe el canon. Parte ARESEP de que fijar es determinar, limitar, precisar; establecer es ordenar, mandar, decretar y aprobar es calificar o dar por bueno o suficiente algo. Agrega que la norma no le otorga expresamente esa competencia a ningún otro ente, la mayor aproximación se encuentra en la competencia otorgada al Poder Ejecutivo cuando le ordena ajustar el monto del canon calculado por la SUTEL. En razón de las reglas de competencia no le corresponde a SUTEL fijar/establecer/aprobar el canon de reserva del espectro. En aplicación del método de interpretación teleológico, considera la Asesoría que SUTEL debe calcular el canon de reserva y debe remitirlo al Poder Ejecutivo para su ajuste vía decreto ejecutivo. Por lo que SUTEL hace un proyecto de canon, que el Ejecutivo ajusta. La SUTEL realiza un acto preparatorio del canon que es fijado por el Poder Ejecutivo con el ajuste que realiza mediante Decreto Ejecutivo. En cuanto a los artículo 73, inciso h) y 81, inciso d) de la Ley 7593 considera que son aplicables al cálculo del canon, aunque la Superintendencia no lo apruebe o modifique. Por lo que la audiencia pública que lleva la SUTEL para calcular el canon de reserva es un mecanismo previsto por el legislador para garantizar la participación ciudadana. Las personas que participan en la audiencia se constituyen en partes dentro del procedimiento, lo que los facultaría para recurrir

posteriormente las resoluciones que se dicten por parte de la SUTEL ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, a quien le corresponde conocer y resolver los recursos que se presenten contra las resoluciones de la SUTEL en esa materia.

Por oficio N. PGA-003-2013 de 23 de enero siguiente, la Procuraduría General concedió audiencia a la SUTEL para que se refiriera a los puntos objeto de consulta.

Mediante oficio N. 379-SUTEL-2013 de 30 enero siguiente, la Superintendencia de Telecomunicaciones manifiesta que el artículo 73, inciso h) de la Ley de la ARESEP otorga al Consejo de SUTEL la competencia para convocar a audiencia en los casos de aprobación o modificación de cánones, tasa o contribuciones y el numeral 81, inciso d) dispone que convocará a audiencia para la aprobación o modificación de cánones relacionados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones. Por lo que SUTEL posee competencia no solo para proceder al cálculo del canon de reserva del espectro radioeléctrico sino también para convocar las audiencias para la modificación de dicho canon, ya que es el órgano que conoce a cabalidad la justificación por la cual se debe ajustar el canon en cumplimiento de las funciones y obligaciones determinadas legal y reglamentariamente y busca garantizar al administrado el derecho de manifestar su posición, para lo cual está obligada a convocar a audiencia. Agrega que si bien el artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones no es claro en cuanto a quién corresponde cumplir con el procedimiento participativo de consulta, considera que la laguna se ve subsanada mediante lo dispuesto en los artículos 73, inciso h) y 81 de la Ley 7593. El “Poder Ejecutivo procede con el ajuste del canon de reserva del espectro radioeléctrico teniendo como sustento el “Proyecto de Fijación del canon” remitido” por la Superintendencia y los informes técnicos internos elaborados por el Viceministerio de Telecomunicaciones. A partir de la interpretación literal del término calcular, considera que la competencia de la SUTEL radica en computar el monto del canon tomando en consideración la fase de inicio y desarrollo de los sistemas de administración del espectro, su mantenimiento y puesta en marcha de los elementos requeridos para la gestión, control y monitoreo del espectro y las correspondientes modificaciones del canon. Por lo que la SUTEL por medio del Consejo “determina la propuesta del canon de espectro radioeléctrico” para que el Poder Ejecutivo proceda a ajustar el canon. Es competencia de la SUTEL “determinar el canon de espectro radioeléctrico en razón de la naturaleza jurídica de la institución”, un órgano de desconcentración máxima adscrito a la ARESEP. Es a SUTEL a quien le corresponde definir el monto que requerirá para el financiamiento de las actividades que desarrollará durante el año en el ejercicio de sus funciones. En cuanto a la competencia del Poder Ejecutivo para ajustar el canon en octubre de cada año, estima que obedece a la separación de las funciones de planificación y administración del espectro y las competencias conjuntas entre el Poder Ejecutivo y el Regulador, en cuanto que la planificación y los recursos requeridos por la SUTEL para un período determinado dependen de las necesidades o

planificación del Poder Ejecutivo durante ese mismo período. Añade que la Contraloría es el único órgano competente para pronunciarse sobre el presupuesto que elabora la Superintendencia, que tiene como uno de sus componentes el canon de reserva del espectro. Concluye que el artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones limita la actuación del Poder Ejecutivo en materia presupuestaria de la SUTEL, por cuanto el acto de “ajuste” del canon de reserva del espectro determinado por la SUTEL tiene un contenido proceso que debe ser conforme con la independencia de la SUTEL, la autonomía de la ARESEP y el fin de la norma. Agrega que si el legislador hubiera pretendido que el Poder Ejecutivo realizara un acto de control hubiera llamado “aprobación” y no habría utilizado la palabra ajuste. Añade que ajustar es una acción que recae sobre algo ya definido y aprobado y que requiere un ajuste para incorporar otros supuestos que no fueron considerados para su conformación. Interpreta del artículo 63 que “al Poder Ejecutivo le corresponde ajustar mediante decreto ejecutivo el monto, previamente calculado/determinado por la SUTEL, a pagar por parte de los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones que utilizan espectro radioeléctrico”. Al Poder Ejecutivo no le correspondería fijar, establecer, aprobar el monto del canon. En criterio de SUTEL como el artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones refiere a un procedimiento participativo que no ha previsto en esa ley pero que remite a otra, es posible interpretar que la referencia corresponde al procedimiento de audiencia que debe convocarse para efectos de ajuste de cánones, conforme el artículo 81 de la Ley 7593. Por lo que con independencia de que corresponda a SUTEL establecer, fijar, aprobar el canon, la Superintendencia no pierde la facultad de aprobar la modificación del canon, según los artículos 73, inciso h) y 81, inciso d) de la Ley 7593. En cuanto a la ARESEP considera que este ente tiene el deber de resolver los recursos que se interpongan en contra del monto del canon de reserva del espectro radioeléctrico calculado por la SUTEL como una garantía del derecho de defensa que posee el administrado.’

ARESEP consulta porque tiene dudas en orden a su competencia para conocer de recursos contra actos que hubiere adoptado la Superintendencia de Telecomunicaciones respecto del canon de reserva del espectro radioeléctrico. No tiene claro la Autoridad Reguladora si el acto de SUTEL en materia de canon por uso del espectro radioeléctrico es el acto de fijación del canon o si más bien, si esa competencia corresponde al Poder Ejecutivo.

Así, la Procuraduría es llamada a pronunciarse sobre la competencia para establecer el canon de uso del espectro radioeléctrico. Para este efecto, la Procuraduría se refiere a:

- La naturaleza, objeto del “canon de uso del espectro radioeléctrico” y parámetros para establecerlo.
- Un canon determinado por el Poder Ejecutivo

- Incompetencia de la ARESEP para conocer de recursos de apelación contra propuestas de canon

A-. EL CANON SE ESTABLECE CONFORME PARAMETROS OBJETIVOS PREVISTOS EN LA LEY

El canon de reserva del espectro se paga por la asignación de espectro electromagnético, independientemente de que ese espectro sea usado o no. En igual forma, el monto se calcula en razón de determinados elementos relacionados con el espectro, como son la cantidad del espectro reservada, la reserva exclusiva y excluyente del espectro, las frecuencias adjudicadas, la cantidad de servicios brindados con el espectro, el ancho de banda. Dispone el artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones:

“ARTÍCULO 63. Canon de reserva del espectro. *Los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán cancelar, anualmente, un canon de reserva del espectro radioeléctrico. Serán sujetos pasivos de esta tasa los operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, a los cuales se haya asignado bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, independientemente de que hagan uso de dichas bandas o no.*

El monto por cancelar por parte de los concesionarios será calculado por la Sutel con consideración de los siguientes parámetros:

- a)** *La cantidad de espectro reservado.*
- b)** *La reserva exclusiva y excluyente del espectro.*
- c)** *El plazo de la concesión.*
- d)** *La densidad poblacional y el índice de desarrollo humano de su población.*
- e)** *La potencia de los equipos de transmisión.*
- f)** *La utilidad para la sociedad asociada con la prestación de los servicios.*
- g)** *Las frecuencias adjudicadas.*
- h)** *La cantidad de servicios brindados con el espectro concesionado.*
- i)** *El ancho de banda.*

El objeto del canon es para la planificación, la administración y el control del uso del espectro radioeléctrico y no para el cumplimiento de los objetivos de la política fiscal. La recaudación de esta contribución no tendrá un destino ajeno a la financiación de las actividades que le corresponde desarrollar a la Sutel, conforme a los artículos 7 y 8 de esta Ley. En octubre de cada año, el Poder Ejecutivo debe ajustar el presente canon, vía decreto ejecutivo, realizando de previo el procedimiento participativo de consulta señalado por esta Ley.

Cualquier ajuste que contravenga los criterios anteriores, será nulo y regirá el canon del año anterior.

El monto por pagar por parte del contribuyente de este canon será determinado por este mediante una declaración jurada, correspondiente a un período fiscal año calendario. El plazo para presentar la declaración y pago vence dos meses y quince días posteriores al cierre del respectivo período fiscal. La administración de este canon se hará por la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, por lo que para este canon resulta aplicable el título III, Hechos ilícitos tributarios, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. La Tesorería Nacional estará en la obligación de depositar los dineros recaudados en una cuenta separada a nombre de la Sutel, dentro de los quince días naturales del mes siguiente a su ingreso a la Tesorería.

Se establece la obligación de pagar una suma de dinero por el hecho de recibir una asignación de bandas del espectro radioeléctrico, obligación que pesa sobre los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones; además, se fija la forma de cálculo, el destino, la forma de determinación y liquidación del canon; en último término, el punto que genera ahora esta consulta, sea la competencia.

A lo largo del procedimiento legislativo que dio origen a la Ley General de telecomunicaciones, N. 8642 de 4 de junio de 2008, la regulación del canon de reserva del espectro radioeléctrico fue objeto de diversas modificaciones, muchas de ellas relacionadas con la competencia y con la naturaleza del aporte que se establece. El proyecto de ley establecía un canon que sería determinado por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Se propuso:

“ARTICULO 68. Canon por uso del espectro radioeléctrico. Los operadores de redes de telecomunicaciones y los proveedores de servicios de telecomunicaciones que utilicen el espectro radioeléctrico con fines comerciales, estarán sujetos al pago de un canon anual, pagadero en su totalidad por adelantado. La determinación del canon se hará reglamentariamente, tomando como base la disponibilidad y uso de las bandas de frecuencia, el ancho de banda, su valor de mercado y la rentabilidad que con ella se pueda obtener, la cobertura y la zona geográfica.

Corresponde a la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones la recaudación del canon, con el cual se financiarán las labores de administración y control del espectro radioeléctrico que esta realiza. Los excedentes serán transferidos al Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL).

Se autoriza a la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones para la creación de fideicomisos en bancos comerciales del Estado para la administración de estos

recursos, así como para la suscripción de contratos o convenios para facilitar la recaudación de estos ingresos. La actividad contractual que se desarrolle para ejecutar el contrato de fideicomiso, estará sujeta exclusivamente a los principios constitucionales de la contratación administrativa y no requerirá del refrendo de la Contraloría General de la República. Sin embargo, a su discreción la Contraloría podrá realizar un control posterior. Los presupuestos de los fideicomisos suscritos por la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones con este fin, serán aprobados por la Contraloría General de la República.

El canon por el uso del espectro radioeléctrico no excluye el pago de cualquier otro canon de regulación o contribución por motivo de la operación de las redes y provisión de los servicios de telecomunicaciones”. Cfr. Folios 82-83 del expediente legislativo.

Importa destacar que desde la presentación del proyecto de ley se establecieron los parámetros bajo los cuales se determinaría este canon. Nótese que la propuesta no contenía elementos que permitieran considerar que más que ante un canon se establecía una tasa. Por otra parte, el destino del canon era financiar las labores de administración y control del espectro radioeléctrico.

El proyecto fue sometido a diversas mociones que, en relación con la naturaleza jurídica de la contribución, revelan la falta de claridad en los señores Diputados respecto del aporte que se establecía y se imponía a los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones. Mociones que oscilaron entre considerarlo un canon o bien, una tasa. En efecto, en algunas mociones se mantuvo la idea original del Poder Ejecutivo de determinar la obligación por vía de reglamento, obligación a la que se le llamó canon y se propuso que fuera administrada por SUTEL a través de fideicomisos (folios 5522-5523 del Expediente Legislativo).

Empero, una vez presentado el texto sustitutivo, artículo 70, se habla de una tasa calculada por la SUTEL como “producto de las unidades de reserva radioeléctrica que miden la cantidad del espectro radioeléctrico otorgado multiplicados por el valor que se le asigne a cada unidad”. Para ese efecto, se entendía por unidad de reserva radioeléctrica un patrón convencional de medida, referido a la ocupación potencial o real durante el período de un año, de un ancho de banda de un kilohercio sobre un territorio de un kilómetro cuadrado. La tasa sería administrada por Tributación. Los montos eran depositados ante la Tesorería Nacional que a su vez los depositaba en una cuenta a favor de la SUTEL (folios 5630-5631). Dado el carácter de tasa que se propone, se habla de sujetos pasivos y de forma de determinación.

La influencia de la legislación española sobre el tema fue notoria. En efecto, la Ley 11/1998 de 24 de abril, Ley General de Telecomunicaciones estableció en su artículo 73 la “tasa por reserva del dominio público radioeléctrico”, que gravaba la reserva de

cualquier frecuencia del dominio público a favor de una o varias personas. Su destino era financiar la investigación y la formación en materia de telecomunicaciones y el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. La tasa se fijaba considerando el valor de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de ella pudiera obtener el beneficiario. Para la determinación de esos elementos, se tomaba en cuenta el grado de utilización y congestión de las distintas bandas y en las distintas zonas geográficas, el tipo de servicio en que se podía utilizar la reserva, la banda o subbanda del espectro, los equipos y tecnología que se empleara, el valor económico derivado del uso o aprovechamiento del dominio público reservado. El monto a pagar sería el resultado de multiplicar la cantidad de unidades de reserva radioeléctrica del dominio público reservado, por el valor que se asigne a la unidad. Esa unidad es un patrón convencional de medida, referido a la ocupación potencial o real, durante el período de un año, de un ancho de banda de un kilohercio sobre un territorio de un kilómetro cuadrado. Esta tasa fue mantenida por la Ley General de Telecomunicaciones N. 32/2003, de 3 de noviembre, General, anexo I, apartado 3.

El artículo 70 del texto sustitutivo contenía los elementos esenciales del actual artículo 63 antes transcrito. Empero, se echa de menos la referencia a la unidad de reserva radioeléctrica y la necesidad de fijarle un valor. Elemento que consideramos importante para una determinación objetiva del valor del canon.-

El Dictamen Afirmativo de Mayoría mantuvo esos elementos esenciales, incluida la competencia de SUTEL para calcular el monto por cancelar, así como el nombre de tasa. En ese estadio de la discusión legislativa resultaba evidente, incluso para los señores diputados, el carácter tributario del monto por pagar. No obstante, vía artículo 137 se presenta una moción que modifica los parámetros bajo los cuales se debe calcular la obligación, se habla de un canon y no de una tasa, pero se mantienen los otros elementos esenciales, aquellos que permiten pensar en una tasa. Esa moción fue rechazada por unanimidad (folio 9933 del Expediente legislativo). No obstante con posterioridad, una moción con igual contenido fue presentada y aprobada sin discusión (folios 9938-9940), cambiándole el nombre de la figura que en el título del artículo se llama canon. La disonancia entre las modificaciones introducidas y el resto de texto es puesta en evidencia por el Diputado Madrigal Brenes quien expresa:

“En primer lugar, me parece que la moción que ustedes acaban de aprobar incurre en el mismo error de la anterior (se refiere al canon de reserva del espectro). Se habla de canon en el artículo 70 y se habla de tasas en el texto de la moción. No sé si eso es lo que ustedes realmente querían aprobar” (folio 9941).

A pesar del nombre retenido, canon, el artículo 63 contiene elementos que refieren a un tributo. No porque se esté ante una prestación coactiva (carácter que ciertamente también tiene el canon) o porque se mencione la palabra tasa, sino por la presencia de

otros factores como son la aplicación del Título III del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, referido a ilícitos tributarios, y la facultad que se da a la Dirección General de Tributación; así como la forma de determinación (declaraciones de autoliquidación) y de recaudación. Es por ello que la Procuraduría ha considerado que presenta elementos que permiten afirmar su naturaleza tributaria. Sobre lo dispuesto en el artículo 63 hemos indicado en el dictamen C -089-2010 de 30 de abril de 2010:

“Lo primero que llama la atención del operador jurídico frente a este artículo es que la prestación que se pretende es denominada un “canon”. Ciertamente, un canon es una contraprestación que se exige en virtud del dominio público o de una concesión. En el tanto en que exista una concesión de dominio público, podría considerarse que es correcto hablar de un canon. Empero, el canon no es una contraprestación de naturaleza tributaria. De modo que si hay canon, en principio, no hay tributo.

La diferencia entre el canon y un tributo fue analizada en el dictamen N. C-281-2008 de 14 de agosto de 2008, a propósito del canon de regulación a favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. En lo que interesa se indicó en esa ocasión:

“El uso más difundido del término relaciona canon con dominio público. En ese sentido, el canon es una obligación pecuniaria establecida por la ley, con el objeto de proporcionar recursos a partir de la utilización o aprovechamiento de un bien público - el cual puede ser material o inmaterial-. Esta contraprestación se constituye en una obligación dineraria en la que un determinado sujeto se ve constreñido a honrarla por encontrarse en una posición determinada (concesionario, usuario, regulado, etc) consecuencia de una actuación administrativa: el otorgamiento de la concesión de dominio público o de servicio público, la prestación de un servicio, la sujeción a la función de regulación. El canon no es expresión de la potestad tributaria del Estado y, por ende, no está sometido al régimen jurídico correspondiente

(...)De dicha sentencia se desprenden tres características básicas del “canon”, las cuales diferencian estas obligaciones pecuniarias respecto de las obligaciones surgidas en razón de los tributos: Veamos. En primer término, el canon es una obligación pecuniaria que nace con ocasión de una actividad administrativa, sea esta el otorgamiento de una concesión o de un permiso. Por el contrario, los tributos son producto directo de la potestad tributaria del Estado (artículo 121, inciso 13 de la Constitución Política).

En segundo plano, en el caso del canon generalmente la obligación pecuniaria se constituye a través de la suscripción de un convenio o contrato de concesión o del acto de otorgamiento de una licencia o permiso a una determinada persona; mientras que la obligación tributaria se encuentra constituida sobre todos aquellos sujetos que

realizan el hecho generador previsto por la ley (artículo 31 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios).

Lo anterior no excluye, sin embargo, que el canon surja directamente de la ley. En efecto, –al igual que acontece en los tributos- una ley puede disponer expresamente el nacimiento de esta obligación, sin que ello la asimile a las obligaciones de índole tributaria, ya que en virtud de la discrecionalidad que goza el legislador al momento de promulgar las normas, la Asamblea Legislativa puede crear un canon por ley si así lo considera conveniente.

Por último, en el canon se paga para recibir el derecho de aprovechamiento o uso de un bien –material o inmaterial- de naturaleza pública. Por el contrario, en principio, los tributos tienen un fin fiscal, sea la contribución con los gastos públicos (artículo 18 de la Constitución Política) deber de contribuir que se impone, en general, a todos los habitantes del país. Lo que no excluye, ciertamente, que la potestad tributaria se utilice con fines extrafiscales.

Como podemos apreciar, la naturaleza jurídica del canon dista de la naturaleza propia de los diferentes tributos –impuesto, tasa y contribuciones especiales- y por ende, la connotación jurídica de estas obligaciones tributarias no puede ser asimilada a las contraídas en razón de un canon establecido por la ley. En ese orden de ideas, la normativa y los principios generales de las cargas impositivas tributarias resultan inaplicables a la figura del canon, que no tiene las características peculiares de los tributos.

Al no ser considerado como una obligación de índole tributaria, el canon escapa del concepto de tributo, por lo que no es contemplado en la clasificación tradicional de los tributos, presente en el artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Al carecer de naturaleza jurídica tributaria, al canon no le resultan aplicables las garantías constitucionales en materia de tributos. En consecuencia, no está sujeto al principio de reserva de la competencia exclusiva de crearlos, modificarlos o suprimirlos a la Asamblea Legislativa (principio de reserva legal), por lo que el canon puede ser fijado por una autoridad administrativa, sin que para ello deba seguirse los principios formales ni sustanciales de las cargas impositivas tributarias”.

De acuerdo con la sentencia de la Sala antes transcrita, la contraprestación por la reserva de espectro, en tanto es un canon por la concesión de un bien de dominio público, sería correctamente un canon. El problema es que a pesar de su denominación, el legislador consideró necesario regularlo como un tributo. Es por ello que estructuró la contraprestación como si se estuviera ante una tasa. Lo que se refleja en el particular interés por regular los elementos esenciales del tributo, en especial el hecho generador, el sujeto pasivo y el activo, así como establecer las bases para la determinación de la

tarifa. Es a esa configuración legal a la que la Procuraduría se sujeta en el presente análisis.

Ahora bien, cuando se está ante una imposición tributaria, la obligación de pago surge con el nacimiento de la obligación tributaria, es decir, cuando acaece el hecho generador del tributo. Para que ese acaecimiento tenga lugar, deben estar presentes los distintos elementos que configuran el hecho generador. Empero, la obligación tributaria y por ende, la obligación de pago, no surgen en los supuestos de no sujeción. Esto es, supuestos que no están incluidos en la norma reguladora del hecho generador, que no integran ese hecho, pero que impiden el surgimiento de la obligación tributaria. En su argumentación, SUTEL sostiene la obligación de pago partiendo de que el artículo 63 no contiene una norma de exención. Es de advertir que en su argumentación deja de lado el supuesto de no sujeción. No sujeción que deriva precisamente de lo dispuesto en el artículo 29, cuyo párrafo tercero –según ya se indicó- dispone en qué ámbitos es aplicable a los servicios de radiodifusión el régimen de las telecomunicaciones. Ese ámbito no abarca los cánones de telecomunicaciones, sea el Título IV de la Ley. (...).

En ese orden de ideas, cabe enfatizar que el canon no es parte de la administración y control ni de las redes ni del servicio de telecomunicaciones. No existe ninguna disposición en la Ley que autorice afirmar que la administración y control del servicio o en su caso del espectro comprende el tributo que nos ocupa y que de ese hecho, al formar el tributo parte de la planificación, administración y control, la radiodifusión de acceso libre está sujeta al tributo y deviene obligada a su pago. Por el contrario, debe reafirmarse que esa obligación solo surgirá cuando suceda lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 29, sea que los proveedores de servicios de radiodifusión y televisión estén habilitados tecnológicamente para prestar servicios de telecomunicaciones por medio de sus redes. El término “servicios de telecomunicaciones” no deja lugar a dudas de que para efectos de la Ley, y en lo no expresamente indicado, los servicios de radiodifusión de acceso libre no son servicios de telecomunicaciones. Es por ello que se indica que de prestarse servicios de telecomunicaciones tendrán que contar con el respectivo título habilitante y sujetarse a la Ley en orden a requisitos que ello requiera.

Por otra parte, si nos atenemos a la configuración legal del canon como tasa, tenemos lo siguiente en orden a los elementos estructurales del tributo.

De acuerdo con la configuración legal del canon por reserva de espectro radioeléctrico, el sujeto pasivo del tributo es el operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones. Como ya se indicó anteriormente, el término proveedor de servicios de telecomunicaciones no se aplica en tratándose de la radiodifusión de acceso directo. Se podría argumentar, empero, que el titular de la red es un operador de redes y que por ese hecho es sujeto pasivo del tributo.

No obstante, 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. Disociación que sí puede darse en el resto de telecomunicaciones según se deriva de la propia Ley 8642. Respecto de estas es importante la “o” incluida en el enunciado del sujeto pasivo. Para los servicios de telecomunicaciones distintos de la radiodifusión, puesto que el proveedor de servicios no es necesariamente el operador de la red, cobra sentido la distinción en cuestión. Pero, en tratándose de la radiodifusión de acceso libre, quien opera la red presta el servicio. Y ese prestador del servicio no configura un proveedor de servicio, según el artículo 6, inciso 16. Jurídicamente no puede razonarse afirmando que si bien no es proveedor de servicios sí es operador de red, a efecto de sujetarlo al tributo, por cuanto el resto de la Ley conduce a afirmar la no aplicación del artículo. Consecuentemente, la conclusión que se impone es que la radiodifusión de acceso libre no está sujeta al pago de la contribución impuesta en el referido artículo 63.

Por otra parte, de la consulta y del criterio legal que se adjunta pareciera derivarse que la radiodifusión de acceso libre debe pagar el canon porque, en tanto hace uso del espectro, requiere de una planificación, administración y control a cargo de la Superintendencia. Y estas facultades son las que se financian con el tributo. En ese sentido, se afirma que SUTEL presta una considerable cantidad de funciones en relación con la radiodifusión, lo cual implica gastos por lo que los operadores de redes de soporte a la radiodifusión deben contribuir a ese financiamiento. Ante lo cual es necesario enfatizar que debe diferenciarse entre el hecho generador de la obligación tributaria, por una parte y el destino o finalidad del tributo, por otra parte.

Como se indicó, el hecho generador ha sido definido por el legislador como la asignación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico. Sobre este hecho generador indicamos en la Opinión Jurídica N. OJ-073-2009 de 11 de agosto, 2009 (...).

De modo que las necesidades financieras de la SUTEL derivadas del ejercicio de las competencias referidas a los operadores de red y proveedores de servicios no pueden ser consideradas el hecho generador del tributo. Reiteramos, si la obligación del artículo 63 es de naturaleza tributaria, para determinar el surgimiento de la obligación debe estarse al hecho generador. Y como este no es la planificación, administración y control del espectro no es válido concluir que la sujeción a la competencia de SUTEL respecto del espectro, genera en el operador de red el deber de contribuir a su financiamiento”.

Hasta la aprobación del Dictamen afirmativo de mayoría se había previsto que el monto del canon sería calculado por la SUTEL y que sería el producto de las unidades de reserva radioeléctrica que miden la cantidad del espectro radioeléctrico otorgado multiplicada por el valor que se le asigne a cada unidad. Para asignar ese valor a la

unidad, se debían tomar en cuenta como parámetros: la disponibilidad y uso de las bandas de frecuencia, el ancho de banda, su valor de mercado y la rentabilidad que con ella se pueda obtener, la cobertura y la zona geográfica. (Ver folios 7783 y 7878). A partir del texto sustitutivo, se elimina la referencia a las unidades de reserva radioeléctrica y los parámetros que se habían previsto para calcular la unidad son retomados como parámetros para calcular el canon.

Al justificar el cambio que se propone respecto de la originalmente llamada tasa de reserva del espectro, la Diputada Vásquez Badilla manifestó:

“Con respecto al canon de reserva del espectro, es importante recalcar que su objeto es la planificación, administración y control del uso del espectro radioeléctrico, y no el cumplimiento de objetivos de política fiscal. Por lo que el cálculo a pagar por parte de los operadores y proveedores, debe ser establecido bajo parámetros de proporcionalidad, racionalidad y objetividad, que eviten accesos o abusos que en el futuro desestabilicen la inversión o afecten al consumidor en materia tarifaria.

Para lograr lo anterior, hemos presentado de forma integral, esta moción.

El artículo 70 del proyecto establece claramente los parámetros a considerar, para determinar el monto a cancelar por los operadores y proveedores, los cuales son la cantidad del espectro reservado, la reserva exclusiva y excluyente del espectro, el plazo de la concesión, la densidad poblacional y el índice de desarrollo humano, la potencia de los equipos de transmisión, la utilidad para la sociedad asociada con la prestación de servicios, las frecuencias adjudicadas, la cantidad de servicios brindados con el espectro concesionado y el ancho de banda, los cuales son parámetros establecidos por la unión internacional de las telecomunicaciones”. Folio 9934.

Por lo que son estos parámetros los que deben ser utilizados para determinar el canon.

Lo anterior evidencia, por demás, la profunda diferencia entre el canon de reserva del espectro y otros cánones, en particular el canon de regulación. En materia de telecomunicaciones este es regulado por el artículo 62 de la Ley 8642:

“Canon de regulación

Cada operador de redes de telecomunicaciones y proveedor de servicios de telecomunicaciones, deberá pagar un único cargo de regulación anual que se determinará de conformidad con el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N.º 7593, de 9 de agosto de 1996. El Estado velará por que no se impongan cargas tributarias. El canon dotará de los recursos necesarios para una administración eficiente, anualmente deberán rendir cuentas del uso de recursos mediante un informe que deberá ser auditado”.

El canon de regulación es calculado por la SUTEL conforme el principio de servicio al costo y es aprobado por la Contraloría General de la República. Para dicha aprobación la Contraloría debe dar audiencia por un plazo de diez días hábiles a las empresas reguladas, de manera que expongan sus observaciones al proyecto de cánones. A diferencia del canon por reserva del espectro, SUTEL puede establecer los procedimientos de recaudación del canon, lo que se deriva de la remisión al artículo 59, ahora 82, de la Ley de la ARESEP. La Administración Tributaria, la Tributación Directa y el Poder Ejecutivo no intervienen en ningún estadio del procedimiento de fijación de ese otro canon.

El destino de los recursos de este canon de regulación es el financiamiento de la administración del espectro radioeléctrico, este es el “único cargo de regulación que se paga” y debe dotar de los recursos necesarios para una administración eficiente del espectro. Con lo cual se genera una duda por cuanto el objeto del canon de reserva del espectro radioeléctrico es “ la planificación, la administración y el control del uso del espectro radioeléctrico y no para el cumplimiento de los objetivos de la política fiscal. La recaudación de esta contribución no tendrá un destino ajeno a la financiación de las actividades que le corresponde desarrollar a la Sutel, conforme a los artículos 7 y 8 de esta Ley. Duda por cuanto a SUTEL no le corresponde la planificación del uso del espectro, artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones, lo que permite cuestionarse a qué planificación se refiere el artículo 63, por una parte. El canon de regulación debe dotar a SUTEL de recursos suficientes para la administración eficiente, por lo que debe derivar suficientes recursos para asegurar esa eficiencia. Por lo que no queda claro cuáles son los elementos de administración a que se destina el canon de reserva del espectro, por otra parte.

Independientemente de esa duda, lo cierto es que dada la definición legal de los parámetros con que se debe establecer el canon de reserva, no es válido desde el punto de vista legal asociar el canon con la competencia, que no se discute, de la Superintendencia de Telecomunicaciones para formular su presupuesto y, por ende, determinar el monto de sus gastos en el año fiscal correspondiente. El canon financia la administración y control del espectro, este es el destino, pero ese destino no determina el monto del canon. Por el contrario, cabe afirmar que el monto establecido debe responder objetivamente a los parámetros establecidos por la Ley, entre los cuales no se contempla el costo de las actividades de administración y control. Ciertamente, a través de esta prestación se pretende dotar de recursos a la Superintendencia para que cumpla las funciones en orden a la administración y control del espectro radioeléctrico, que en principio deben ser distintas de aquellas financiadas con el canon de regulación. Empero, si bien la prestación tiene ese destino, no son los requerimientos de la Superintendencia los que determinan el monto del canon por pagar. El artículo 63 no remite al principio de servicio al costo. El monto por calcular debe determinarse a partir de parámetros objetivos, reiteramos,

como son la cantidad de espectro reservado, el carácter exclusivo y excluyente o no de la reserva, el plazo de la concesión, la densidad poblacional y el índice de desarrollo humano de la población, la potencia de los equipos de transmisión, la utilidad para la sociedad asociada con la prestación de los servicios, las frecuencias adjudicadas, la cantidad de servicios brindados con el espectro concesionado y el ancho de banda. Elementos objetivos comprobables y controlables y que no están en relación de causalidad con las necesidades presupuestarias de la Superintendencia, por lo que no son estas las que van a determinar el monto del canon. Dado que el legislador estableció los parámetros objetivos con que tiene que establecerse el canon, la determinación del monto total de los recursos que requiere la SUTEL para ejercer sus actividades no se constituye en un *prius* para la determinación del canon.

Por consiguiente, el conocimiento de las necesidades financieras de la Superintendencia de Telecomunicaciones tampoco se constituye en un criterio de competencia para determinar el canon.

B-. UN CANON DETERMINADO POR EL PODER EJECUTIVO

Consulta la ARESEP si le corresponde al Consejo de la SUTEL fijar/establecer/aprobar el canon de reserva del espectro radioeléctrico, así como cuál es el alcance de la competencia del Poder Ejecutivo para ajustar el canon de reserva del espectro radioeléctrico. En particular si ese “ajustar” significa fijar/establecer/aprobar.

Cabe aclarar que si bien la Ley de la Autoridad Presupuestaria utiliza el verbo fijar cuando se refiere a la competencia para establecer los precios y tarifas de los servicios públicos, artículos 3, 5, 6, 9, 30 a 38, 53, 55, 73, inciso s), y que respecto del canon de regulación se refiere a calcular y aprobar, cuando trata el canon de reserva del espectro radioeléctrico utiliza los verbos *determinar*, *calcular* y *ajustar*. Son esos vocablos y no los de fijar y aprobar los que se utilizarán para efecto de analizar la competencia en materia de este canon.

De acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Telecomunicaciones, corresponde a la SUTEL calcular el monto que debe ser cancelado por los sujetos pasivos. Para lo cual debe sujetarse a varios parámetros: la cantidad del espectro reservado, si la reserva es exclusiva y excluyente, el plazo de la concesión, la densidad poblacional y el índice de desarrollo humano de su población, la potencia de los equipos de transmisión, la utilidad para la sociedad derivada de la prestación de los servicios, las frecuencias adjudicadas, la cantidad de servicios brindados con el espectro y el ancho de la banda. La competencia del regulador, fuese este la ARESEP o bien como lo es la SUTEL, para establecer el cálculo fue una constante a lo largo de la discusión legislativa. En alguna ocasión se planteó que SUTEL calculara y la ARESEP aprobara, mociones que no

prosperaron. Lo importante es que el cálculo lo establece el regulador. Ergo, SUTEL como regulador calcula. Pero, ¿ese calcular significa determinar el canon?

Tanto la ARESEP como SUTEL consideran que la acción de calcular debe ser tomada en su sentido literal. Es decir, en la acepción que retiene el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, para el cual calcular es hacer cálculos o considerar, reflexionar algo con atención y cuidado. En tanto que cálculo es el computo de una cuenta o investigación que se hace de algo por medio de operaciones matemáticas.

Calcular hace referencia esencialmente a realizar las operaciones matemáticas correspondientes para establecer el valor de algo, en este caso el canon a partir de los parámetros establecidos por el legislador.

Cabría decir que originalmente y hasta la moción aprobada en la sesión N. 81, el canon era no solo calculado por el regulador sino también determinado por éste. En efecto, ningún otro órgano intervenía en la determinación del monto del canon. Bajo ese esquema, la determinación del monto a pagar en relación con la reserva del espectro radioeléctrico correspondía al regulador. Como se dijo, la discusión, en ese estadio, era si ese regulador debía ser la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos o bien, si era el nuevo órgano que se pretendía establecer, la SUTEL. De los diversos textos discutidos, incluso del Dictamen afirmativo de mayoría se desprende que el cálculo del canon significaba la determinación del mismo. De modo que correspondía al regulador determinar el canon respectivo. Notamos que esa conclusión era válida aún cuando no podía haber duda de que se estaba creando una tasa. Esa tasa era, entonces, establecida por el regulador. En términos del Dictamen afirmativo, la SUTEL.

Empero, la situación deja de ser evidente a partir de que se introduce la competencia del Poder Ejecutivo. Las dos últimas mociones que sufrió el actual artículo 63 modifican sustancialmente los textos discutidos anteriormente en materia de competencia, por cuanto otorgan una participación al Poder Ejecutivo en la determinación del canon de reserva del espectro radioeléctrico. Se dispone que el Poder Ejecutivo, en octubre de cada año, debe ajustar el canon, vía decreto ejecutivo, con sujeción al procedimiento participativo de consulta señalado por la Ley. Se establece:

“En octubre de cada año, el Poder Ejecutivo debe ajustar el presente canon, vía decreto ejecutivo, realizando de previo el procedimiento participativo de consulta señalado por esta Ley.

Cualquier ajuste que contravenga los criterios anteriores, será nulo y regirá el canon del año anterior”.

Conforme este texto, el canon no se determina con el cálculo realizado por la SUTEL, sino que este cálculo es una propuesta que debe ser conocida, analizada y en su caso modificada por el Poder Ejecutivo. La competencia del Poder Ejecutivo está sujeta a una condición de tiempo, ya que debe ocurrir en el mes de octubre del año precedente a aquél en que regirá el canon. De no sujetarse a ese plazo o bien, si el Poder Ejecutivo no somete el canon proyectado con sus ajustes a consulta, el canon que se llegare a establecer sería nulo. Nótese que si bien la decisión del Ejecutivo debe darse en el mes de octubre, lo que supone que debe recibir con anticipación la propuesta de SUTEL de forma que pueda analizarla y dar el procedimiento de consulta requerido, el legislador no estableció en qué fecha debía SUTEL remitirle el proyecto y su respectivo expediente. Tema que por seguridad jurídica debería ser reglado por el Ejecutivo.

Pero, ¿qué debe entenderse por “ajustar”? Puesto que el expediente legislativo no permite establecer un concepto de “ajustar” que deba ser retenido para efectos del canon, debemos recurrir a las acepciones normales de ese término. Pues bien, el Diccionario de la Real Academia Española nos enseña que ajustar tiene varias acepciones. Así, es:

“1-.Hacer y poner algo de modo que case y venga justo con otro.

2-.Conformar, acomodar algo a otra cosa, de suerte que no haya discrepancia entre ellos.

(...).

7. Reconocer y liquidar el importe de una cuenta.

8-. Concertar el precio de algo”.

La propuesta de SUTEL debe ser conformada, adaptada o acomodada a otros elementos, para que sea congruente con estos. La competencia del Ejecutivo significa que el cálculo realizado por SUTEL no tiene como efecto establecer o fijar el canon. Ergo, con el acto que SUTEL emite no queda establecido el canon correspondiente y, por ende, con ese cálculo no surge en cabeza de los sujetos pasivos la obligación de pagar la suma “calculada” por SUTEL. Una obligación con ese efecto surge a partir de que el Decreto Ejecutivo que “ajusta” el canon es no solo publicado sino es eficaz. Lo calculado por SUTEL es una propuesta que puede ser modificada por el Poder Ejecutivo. Como propuesta el proyecto de canon no produce efectos propios, más que habilitar al Ejecutivo para que conozca del mismo, le realice ajustes y determine el canon por pagar. El regulador no establece, no determina el canon, lo propone.

Se sigue de lo anterior que ajustar implica un poder de decisión. Un poder de decisión que puede llevar al Poder Ejecutivo a modificar el cálculo realizado por la SUTEL,

determinando el canon a partir del propio estudio de la propuesta o de la apreciación de elementos puestos en evidencia por los interesados con motivo de la audiencia, mas siempre sujeto a los parámetros establecidos por la Ley, entre los cuales no se encuentran las necesidades presupuestarias de SUTEL (destino del canon) . Ergo, el cálculo realizado por SUTEL no vincula en modo alguno al Poder Ejecutivo. En ese sentido, puede considerarse que la función de SUTEL consiste en presentar una propuesta que no vincula al Poder Ejecutivo y que, por ende, este puede modificar a partir de la valoración y análisis de los parámetros legales y habiendo recabado el criterio de los interesados. Del texto legal no puede establecerse que el Poder Ejecutivo está obligado a sujetarse a los cálculos realizados por SUTEL. En caso de que lo haga, esa decisión debe ser producto de la valoración de los cálculos realizados por SUTEL, por ende, de que determina que esos cálculos son los correctos.

Puede afirmarse, entonces, que el canon es determinado por el Poder Ejecutivo, mediante un acto, decreto ejecutivo, que es de alcance general y que es consecuencia de un procedimiento, uno de cuyos elementos es la propuesta que hace SUTEL.

Se afirma que al Poder Ejecutivo no le corresponde aprobar el canon. La aprobación es un acto de control de los actos administrativos, por el cual se verifica la legalidad y/u oportunidad de estos, permitiendo su eficacia. La aprobación se ejerce y actúa respecto de un acto adoptado conforme el procedimiento establecido para ese efecto. Salvo disposición del legislador en contrario, la aprobación no conlleva la facultad de modificación: el organismo competente aprueba o imprueba. Modificación que, como se indicó, va implícita en el ajuste realizado por el Ejecutivo. Puesto que SUTEL hace una propuesta que el Poder Ejecutivo puede modificar, resulta evidente que el concepto de aprobación no es el más adecuado para dar cuenta de la facultad que corresponde al Ejecutivo. Pero esa circunstancia no permite cuestionar la competencia del Poder Ejecutivo para determinar el canon, la que deriva de la facultad de ajustar la propuesta que hace SUTEL. Nótese que si el Poder Ejecutivo no determina ese canon en el mes de octubre anterior al año fiscal correspondiente, la propuesta de SUTEL queda como un proyecto, sin que jurídicamente pueda cobrar alguna eficacia, por el contrario, a falta de esa determinación en el mes de octubre continua rigiendo el canon anteriormente determinado por el Poder Ejecutivo.

Aspectos que deben ser tomados en cuenta en orden a la competencia de la Autoridad Reguladora.

C-. EN LA DETERMINACION DEL CANON NO SE HA ATRIBUIDO COMPETENCIA A LA ARESEP

Consulta ARESEP si dado que SUTEL no fija ni establece el canon de reserva del espectro radioeléctrico, la Junta Directiva del Ente Regulador puede conocer de

recursos que se presenten contra el cálculo del canon de reserva del espectro, realizado por la SUTEL. En criterio de la Asesoría Jurídica aun cuando lo actuado por SUTEL constituya un acto preparatorio, la Junta Directiva sí es competente.

El legislador ha creado la Superintendencia de Telecomunicaciones como un órgano desconcentrado en grado máximo de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP). La Superintendencia de Telecomunicaciones, tal y como se encuentra concebida actualmente en los artículos 59 de la Ley N° 7593 del 9 de agosto de 1996 y 6 inciso 27 de la ley N°8642 del 4 de junio del 2008, es el órgano de desconcentración máxima de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. Disponen ambos numerales:

“Artículo 59. Superintendencia de Telecomunicaciones. Corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones; para ello, se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

La Sutel es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; tendrá personalidad jurídica instrumental propia, para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

La Sutel será independiente de todo operador de redes y proveedor de servicios de telecomunicaciones y estará sujeta al Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y a las políticas sectoriales correspondientes”.

“ARTÍCULO 6. Definiciones. Para los efectos de esta Ley se define lo siguiente:

(...)

27) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel): órgano de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.”

Dada esa desconcentración máxima, resulta aplicable el principio de que la desconcentración debe ser interpretada en forma extensiva en su favor, según lo dispone el artículo 83.5 de la Ley General de la Administración Pública:

“ Las normas que crean la desconcentración mínima serán de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado y las que crean la desconcentración máxima serán de aplicación extendida en su favor” .

Por consiguiente, en el ámbito de la regulación de las telecomunicaciones, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos solo interviene cuando expresamente la Ley lo establece: su competencia es de excepción como se señaló en el dictamen C-126-2010 del 17 de junio del 2010:

“Es claro que el ámbito de la desconcentración que disfruta la SUTEL cubre sus competencias en materia de telecomunicaciones. En ese ámbito, la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos tiene una competencia de excepción, de modo que solo participa en la regulación de las telecomunicaciones en los casos que excepcionalmente su Ley Orgánica y la Ley General de Telecomunicaciones señala. Están comprendidos dentro de estos supuestos lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley General de Telecomunicaciones en materia reglamentaria, norma a la cual nos referimos en el dictamen N° C-015-2010 de 19 de enero de 2010. Cabe agregar como competencia de la Junta Directiva, la resolución de los recursos contra la fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones realizada por la SUTEL, artículo 53, inciso o de la Ley 7593, la emisión de criterio respecto de la propuesta de normas técnicas que hace SUTEL al Poder Ejecutivo, artículo 73, inciso r de la citada Ley 7593.

Más allá de las competencias específicas reconocidas por la Ley a la Autoridad Reguladora, los órganos de este ente distintos de la SUTEL se ven imposibilitados de tomar decisiones respecto de la regulación de las telecomunicaciones. Por lo que fuera de esas excepciones, es la Superintendencia el órgano de la ARESEP competente en materia de regulación de las telecomunicaciones, competencia que comprende la aplicación del ordenamiento correspondiente y el ejercicio de la supervisión y vigilancia en el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas que lo integran y en su caso, la potestad sancionatoria sobre los agentes del mercado de telecomunicaciones, así como la imposición de obligaciones a los operadores de redes y proveedores de servicios y la protección de los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones . Competencias que SUTEL debe ejercer dentro del marco jurídico y de los planes y políticas que regulan y orientan el sector.”

Siendo que en el ámbito de las telecomunicaciones, ARESEP solo tiene una competencia de excepción, que consecuentemente debe resultar en forma expresa de la ley, se plantea el problema de si puede conocer y resolver un recurso de apelación en materia de canon de reserva del dominio radioeléctrico. Competencia que SUTEL afirma partiendo de que corresponde al Ente resolver los recursos que se presenten contra las resoluciones que dicte SUTEL en materia de cánones. En su criterio, independientemente de que no le corresponda fijar el canon, la Junta Directiva de la

ARESEP debe conocer de los recursos que se interpongan contra el monto calculado por SUTEL.

Como se indicó anteriormente, el canon de reserva del dominio radioeléctrico es determinado por decreto del Poder Ejecutivo, bajo propuesta de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Esa propuesta, producto del cálculo realizado por SUTEL, es un acto preparatorio en el procedimiento de determinación del canon, acto cuya inexistencia ciertamente vicia el decreto que emita el Ejecutivo. Pero, como se indicó, no es el acto de determinación. Por ende, no decide sobre el citado canon.

Por otra parte, el procedimiento de determinación del canon tiene como otra formalidad substancial la consulta participativa a los sujetos pasivos del canon. Esa consulta debe ser realizada por el Poder Ejecutivo. De lo contrario, en ausencia de esa consulta, la decisión que tome el Ejecutivo será nula. Ninguna consulta realizada por otro organismo surte efecto alguno en el procedimiento y, por ende, no se constituye en el medio legalmente establecido para que los interesados manifiesten su criterio respecto de la propuesta de canon presentada por SUTEL. Pero, además, debe tomarse en cuenta que el Poder Ejecutivo es el único órgano con competencia legalmente establecida para resolver sobre las objeciones que los interesados planteen en contra de la propuesta de SUTEL.

Ahora bien, se ha cuestionado cuál es esa consulta que debe realizar el Poder Ejecutivo. El artículo 63 de la Ley 8642 hace referencia a un procedimiento “señalado” en la Ley. No obstante, la Ley General de Telecomunicaciones no establece un procedimiento participativo de consulta y, en particular, el procedimiento para esta determinación. Ante lo cual plantea SUTEL que esa consulta es la establecida en la Ley de la ARESEP. En su criterio, el citado artículo 63 remitiría a esa Ley. Por lo que resultaría aplicable el procedimiento de audiencia que esa Ley establece. En ese sentido, refiere la Superintendencia que el artículo 73, inciso h) en relación con el 81, inciso d) de la Ley de la ARESEP determina la necesidad de una audiencia celebrada conforme con lo dispuesto en el artículo 36 de la misma Ley para la aprobación o modificación de cánones. Por lo que al ser el canon de reserva del espectro un canon tendría que realizarse esa audiencia.

Criterio que la Procuraduría General no comparte. El procedimiento participativo para determinar el canon de reserva del dominio radioeléctrico debe ser realizado por el Poder Ejecutivo, al cual no se le aplican los artículos a que hace referencia SUTEL. El artículo 63 no remite a la Ley de la ARESEP. Notamos que una remisión expresa solo la establece la Ley General de Telecomunicaciones para el establecimiento del canon de regulación, artículo 62, en que expresamente se indica que dicho canon “ se determinará de conformidad con el artículo 59, actual artículo 82, de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”, sin que disposición con igual

contenido haya sido establecida para el canon de reserva del espectro que nos ocupa. Notamos que la remisión se motiva en que el artículo 82 establece la competencia de la Contraloría General de la República para aprobar o improbar el canon de regulación, para lo cual la obliga a dar audiencia, por un plazo de diez (10) días hábiles, a las empresas reguladas a fin de que expongan sus observaciones al proyecto de cánones. En ese sentido, la remisión del artículo 62 de la Ley 8642 resulta armónica y complementaria de lo dispuesto en el 82 de la Ley 7593. Lo que no sucedería si se pretendiera que el Poder Ejecutivo debe sujetarse igualmente al 82.

Al no contener la Ley General de Telecomunicaciones una disposición expresa sobre el procedimiento de consulta que debe realizar el Poder Ejecutivo, debe entenderse que este se sujeta a la Ley General de la Administración Pública. Cabe recordar que cuando la Ley General de Telecomunicaciones no establece expresamente un procedimiento se remite a la Ley General de Administración Pública, artículos 25, 48, 65, 71). Pero, sobre todo, que esta Ley pretende regular de forma uniforme los actos y procedimientos administrativos, con el fin de uniformar la actuación administrativa. Para ese fin, la Ley establece no solo el procedimiento ordinario y el sumario para la adopción de los actos administrativos sino un procedimiento especial para la adopción de disposiciones generales. Dispone el artículo 361 de la citada Ley:

“Artículo 361.-

1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas.

2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto.

3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale”.

La determinación del canon de reserva del espectro radioeléctrico es una disposición de alcance general que afectará a quienes hayan obtenido un título habilitante que les permite usar y explotar el espectro. Por consiguiente, el Ejecutivo deberá darles audiencia a los interesados por el plazo de diez días hábiles a efecto de que puedan manifestar lo que consideren conveniente. Será este el momento procesal en que esos interesados puedan manifestarse sobre el canon y, en concreto, en orden al monto que los gravará.

Se argumenta la competencia de la ARESEP para conocer de los recursos que esos interesados puedan interponer contra la propuesta de la SUTEL. Competencia que se hace derivar del artículo 53 de la Ley 7593.

Dicho numeral reconoce un poder de revisión jerárquica a la ARESEP en determinadas decisiones de la SUTEL, decisiones que tienen una incidencia económica fuerte, como es el caso de las tarifas, de los cánones que le corresponde aprobar. Dispone en lo que interesa el citado numeral:

“Artículo 53. Deberes y atribuciones. Son deberes y atribuciones de la Junta Directiva:

(...).

o) Resolver los recursos que se presenten contra las resoluciones que dicte la Sutel en materia de fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones”.

La competencia de la Junta Directiva tiene como objeto que la Autoridad Reguladora pueda conocer, a solicitud de los interesados, de lo resuelto por la SUTEL, de manera tal que exista un contralor sobre la resolución que la Superintendencia emita. Ergo, el recurso jerárquico permite a los interesados cuestionar lo resuelto, de manera que este eventualmente no cobre eficacia y por el contrario, pueda ser modificado o anulado. Nótese que el artículo se refiere a “resoluciones” de la SUTEL, lo que implica que no todo acto de este órgano puede ser recurrido ante el Ente Regulador. El término resolución hace referencia a un acto que expresa una decisión de la Administración, es una declaración de voluntad que decide una cuestión de fondo, resuelve sobre la admisibilidad de una petición o en su caso, pone fin a un procedimiento administrativo. SUTEL no resuelve sobre el canon, su propuesta no implica un poder de decisión sobre el mismo. El poder de decisión es propio del Poder Ejecutivo, que debe tener la posibilidad de valorar los distintos aspectos que plantee la propuesta de SUTEL, a la luz de sus informes técnicos y de la apreciación de las objeciones de los interesados . Por consiguiente, el acto de propuesta que emite la Superintendencia no puede ser considerado técnicamente una resolución para los efectos del artículo 53 de la Ley de la ARESEP. Máxime que el artículo 63 de la Ley 8642 no ha dispuesto la participación de la ARESEP en la determinación del canon de reserva y menos señala que el Poder Ejecutivo ajustará el canon una vez que la ARESEP se haya pronunciado sobre la propuesta de SUTEL. Lo que se ha establecido, en efecto, es que la propuesta de la Superintendencia será analizada y resuelta por Poder Ejecutivo. Y es claro que si ARESEP puede conocer de un recurso contra esa propuesta, emitiendo una resolución sobre el canon, el Poder Ejecutivo no resolvería sobre la propuesta de SUTEL sino sobre la resolución de la ARESEP.

La ausencia de una atribución de competencia a la ARESEP, la competencia del Poder Ejecutivo, que abarca no solo la facultad de confirmar sino también la de modificar o realizar los propios cálculos para determinar el canon, permite concluir que el establecimiento de un trámite recursivo ante la Autoridad Reguladora contra una propuesta de la SUTEL no solo no es necesario sino que afecta el procedimiento de determinación del canon y los derechos e intereses de los interesados. En efecto, estos se verían obligados a sujetarse a un trámite recursivo que no tendrá un efecto jurídico determinado, puesto que lo resuelto por la ARESEP no vinculará, en forma alguna, al Poder Ejecutivo. En ese sentido, más que constituirse en una garantía de los derechos de los interesados podría devenir en un obstáculo para la efectiva tutela de esos derechos. En particular, la creación de ese trámite podría tener consecuencia en el plazo en el cual el Poder Ejecutivo debe emitir el decreto ejecutivo y, por ende, sobre la eficacia de los ajustes practicados. Reiteramos, de no emitir el Ejecutivo dicho decreto en el mes de octubre, continuará rigiendo el canon anteriormente establecido, con lo que si se propone es un aumento del mismo, SUTEL no podrá beneficiarse de este y en la hipótesis de que se hubiere determinado que procede una reducción del valor del canon, la misma tampoco podría beneficiar a los interesados, ya que tendrían que estarse al canon establecido. Por demás, la creación de ese trámite recursivo es susceptible de afectar el principio de seguridad jurídica, puesto que lo resuelto por la ARESEP no tiene efecto alguno y, en particular, no vincula al Poder Ejecutivo; por ende, la propuesta de SUTEL y las objeciones planteadas podrían ser apreciadas de manera diferente por la ARESEP y por el Poder Ejecutivo. Además, se afectaría la celeridad y simplicidad en el trámite para la determinación del citado canon.

CONCLUSION

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

1. El canon de reserva del espectro radioeléctrico establecido en el artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones debe ser determinado a partir de los parámetros establecidos en ese mismo artículo. Estos son: la cantidad de espectro reservado, el carácter exclusivo y excluyente o no de la reserva, el plazo de la concesión, la densidad poblacional y el índice de desarrollo humano de la población, la potencia de los equipos de transmisión, la utilidad para la sociedad asociada con la prestación de los servicios, las frecuencias adjudicadas, la cantidad de servicios brindados con el espectro concesionado y el ancho de banda.
2. Ese canon tiene como destino financiar la administración y control del espectro a cargo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en relación con lo cual debe tomarse en cuenta que el canon de regulación financia la administración eficiente del espectro.

3. La Ley no ha dispuesto que esas funciones de administración y control se constituyan en los parámetros para determinar el valor del canon. En consecuencia, los gastos que deba realizar la Superintendencia no son un parámetro para determinar cuál debe ser el valor del canon. Por lo que el conocimiento de sus propias necesidades financieras por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones tampoco se constituye en un criterio para valorar y determinar el canon.

4. Corresponde a la SUTEL hacer los cálculos para establecer una propuesta de canon que deberá ser conocida por el Poder Ejecutivo. En ese sentido, debe realizar las operaciones necesarias para proponer el valor del canon a partir de los parámetros establecidos por el legislador.

5. Lo calculado por SUTEL es una propuesta que no vincula al Poder Ejecutivo. Poder que puede modificarla a partir de los estudios que en su seno realice, de las observaciones aportadas por los interesados en el procedimiento de consulta que debe realizar, de su propia valoración de los parámetros legalmente establecidos para determinar el canon.

6. Por ende, con la propuesta realizada por SUTEL no surge a la vida jurídica el deber de pagar X suma por concepto de canon. Ese deber surge a partir de la emisión del correspondiente Decreto Ejecutivo y de que éste sea eficaz.

7. En ese sentido, la propuesta de la SUTEL es un acto preparatorio en el procedimiento de determinación del canon, acto cuya inexistencia ciertamente vicia el decreto que emita el Ejecutivo.

8. El procedimiento de determinación del canon por parte del Ejecutivo tiene como uno de sus elementos substanciales la consulta participativa a los sujetos interesados.

9. Es esa consulta el medio legalmente establecido para que los interesados manifiesten su criterio respecto de la propuesta de canon presentada por SUTEL. En caso de que el Poder Ejecutivo no realice la consulta, la determinación del canon correspondiente será nula.

10. Dado el deber de realizar la consulta y la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo para determinar el canon, es este Órgano el competente para resolver sobre las objeciones u observaciones que los interesados planteen respecto de la propuesta de SUTEL.

11. En ausencia de una disposición específica en la Ley General de Telecomunicaciones que regule el procedimiento de consulta a cargo del Poder Ejecutivo, y dado que el acto que determina el canon es una disposición general, rige lo dispuesto en el artículo 361. 2- de la Ley General de la Administración Pública.

12. El artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones no establece la participación de la ARESEP en el trámite para establecer el canon de reserva del espectro radioeléctrico.

13. El recurso jerárquico dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Público en contra de las resoluciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones permite a los interesados cuestionar las resoluciones que haya emitido SUTEL, a efecto de que no cobren eficacia y por el contrario, puedan ser modificadas o anuladas. . El término resolución hace referencia a un acto que expresa una decisión, sea porque decide sobre una cuestión de fondo, de admisibilidad o ponga fin al procedimiento administrativo.

14. En el canon de reserva del espectro radioeléctrico, el poder de decisión corresponde al Poder Ejecutivo, por lo que debe tener la posibilidad de valorar los distintos aspectos que plantee la propuesta de SUTEL, así como las observaciones de los interesados .

15. El establecimiento de un trámite recursivo ante la Autoridad Reguladora, no previsto por el artículo 63, contra una propuesta de la SUTEL, afecta el procedimiento de determinación del canon y los derechos e intereses de los interesados. Particularmente, es susceptible de afectar los principios de celeridad, simplificación de trámites y de seguridad jurídica.

Atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves

PROCURADORA GENERAL ADJUNTA

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 8642 del 04/06/2008. **Ley General de Telecomunicaciones**. Vigente desde: 30/06/2008. Versión de la Norma 3 de 3 del 25/06/2012. Publicada en Gaceta N° 125 del 30/06/2008.

ⁱⁱ DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTACIÓN DIRECTA. Resolución 36 de las diez horas del veinticinco de octubre de dos mil once.

ⁱⁱⁱ DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTACIÓN DIRECTA. Directriz 17 del veintitrés de noviembre de dos mil doce.

^{iv} DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTACIÓN DIRECTA. Directriz 14 del veintinueve de julio de dos mil trece.

^v PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica 73 - J del once de agosto de dos mil nueve.

^{vi} PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 89 del treinta de abril de dos mil diez.

^{vii} PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 21 del veinte de febrero de dos mil trece.