

RESOLUCIÓN N° 007-2023-R-TEL-MICITT

PODER EJECUTIVO, San José, a los ocho horas y cincuenta minutos del veintinueve de setiembre de 2023.

El Presidente de la República y la Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones proceden a emitir el acto final correspondiente al PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO SANCIONATORIO instaurado en contra del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, (en adelante podrá abrevarse como ICE), con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139, en su carácter de concesionaria según Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, adecuado mediante el por tanto 19 de la Resolución N° RT-024-2009-MINAET de fecha 18 de diciembre de 2009, mediante el cual el Poder Ejecutivo otorgó la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, con una potencia máxima: 30 dBm, clase: oficial, con zona de acción: todo el país, cuyo objetivo fue determinar la verdad real de los hechos en relación con la presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico. Conforme a los artículos 3 incisos a), c) e i), 8 incisos a) y c), 11 y 22 inciso 1) subinciso a) y b), de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones y artículos 74 incisos c) y h) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones en relación con el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET, Plan Nacional de Atribución de Frecuencias¹; que se tramitó en el expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009 del Viceministerio de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT).

¹ El Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET fue derogado por el Decreto Ejecutivo 44010-MICITT de fecha 30 de mayo de 2023, no obstante, para los efectos del análisis de los hechos comprendidos en el expediente del procedimiento administrativo la normativa vigente era el Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET

RESULTANDO:

PRIMERO: Que con fundamento en la Ley N° 1758, Ley de Radio (Servicios Inalámbricos) emitida en fecha 19 de junio de 1954 y sus reformas y el Decreto Ejecutivo N° 63, Reglamento de Estaciones Inalámbricas emitido en fecha 11 de diciembre de 1956 y sus reformas, el Poder Ejecutivo mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, otorgó al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139, entre otras, la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, con una potencia máxima: 30 dBm, clase: oficial, con zona de acción: todo el país. (Folio 51 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEGUNDO: Que mediante **Resolución N° RT-24-2009-MINAET** de las 11:00 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, el Poder Ejecutivo adecuó los títulos habilitantes del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, de la siguiente manera: "(...) 19. *Adecuar el título habilitante otorgado mediante Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP del 25 de setiembre de 1998, en relación a los rangos de frecuencia de 2500-2690 MHz para servicios IMT. (...) 32. Establecer que el ICE en lo sucesivo y por un plazo indefinido, salvo lo indicado expresamente en contrario, quedará habilitado para explotar las frecuencias asignadas según lo dispuesto en el presente informe de acuerdo a los usos previstos por el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, sean los servicios de IMT. Lo anterior previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley N° 8642, el cual establece que los proveedores de servicios disponibles al público deberán informar a la Sutel acerca de los servicios que brinden. Asimismo, debe cumplir con los principios y preceptos dispuestos en la Ley General de Telecomunicaciones, particularmente, con lo determinado en el inciso g) del artículo 2, el inciso i) del artículo 3 y el inciso c) del artículo 8, sin perjuicio del resto de la normativa jurídica aplicable. (...)*". (Folios 420 a 465 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TERCERO: Que la Contraloría General de la República mediante el **Informe N° DFOE-IFR-IF-6-2012** de fecha 30 de julio de 2012, realizó un estudio especial con el fin de analizar el cumplimiento de las responsabilidades en cuanto a la gestión del espectro radioeléctrico, con el fin de verificar que se garantice un uso eficiente de este bien público. En dicho Informe se giró a la Rectoría de Telecomunicaciones (la cual en ese entonces recaía en el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones) y la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), la disposición contenida en el punto 5.1.c.i, que en lo que interesa dispuso: *“Identificar conjuntamente todos los casos en los que resulta requerida una adecuación de los títulos habilitantes (o corrección de las ya efectuadas), así como la reasignación, revocación o extinción de las concesiones, autorización de los permisos otorgados, lo mismo que la recuperación y devolución de frecuencias; de acuerdo con el marco jurídico aplicable, los títulos habilitantes respectivos y en razón de uso, servicios, cobertura u otros. En esta identificación deberán considerarse todas las asignaciones otorgadas (incluyendo las de radiodifusión), las necesidades de recuperación prioritarias y tener en cuenta además las recomendaciones contenidas en el ‘informe técnico sobre el uso y asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica’ elaborado por la SUTEL en mayo del 2009”*. (Folios 913 a 966 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUARTO: Que mediante el oficio N° 5014-SUTEL-2012 de fecha 07 de diciembre de 2012 la Presidencia a.i. de la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 09 de noviembre de 2012 denominado *“Situación actual de los títulos habilitantes, adecuaciones y ocupación efectiva del espectro concesionado al Grupo ICE”*, aprobado mediante el Acuerdo N° 015-075-2012, adoptado por el Consejo de la SUTEL en la sesión ordinaria N° 075-2012 celebrada el día 05 de diciembre de 2012, en donde estableció entre otros aspectos, un presunto incumplimiento, por parte del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD respecto a sus obligaciones contractuales derivadas del Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP emitido en fecha 25 de setiembre de 1998 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, a partir de los resultados de las mediciones realizadas sobre el campo electromagnético,

las cuales determinaron la no utilización o utilización ineficiente del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, recomendando al Poder Ejecutivo proceder a la aplicación del artículo 22 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones. En dicha oportunidad la SUTEL señaló:

“La SUTEL en cumplimiento de sus funciones, mediante oficio 2018-SUTEL-DGC-2012 del 25 de mayo del 2012, le solicitó al ICE la información técnica de la utilización de la banda de 2500 MHz a 2690 MHz.

El ICE a través del oficio 234-305-2012 del 8 de junio del año en curso, brindó respuesta al requerimiento de SUTEL, de donde se extrae lo siguiente:

‘Segmento 2500-2540 MHz TDD: enlaces punto a punto y punto multipunto para servicios de acceso de banda ancha en los llamados ‘Corredores Tecnológicos’ y zonas de difícil acceso a través de las vías tradicionales. Con estos servicios se colabora con la solución del cierre de la brecha digital. Se tiene en estudio la migración de algunos canales de frecuencia a otras bandas, para darle espacio al sistema EMA - LTE del ICE.

Segmento 2629-2689 MHz TDD: utilizado para brindar servicios de banda ancha bajo la tecnología WiMAX. Para este segmento se tiene planeado la migración de una parte de frecuencias al segmento 2590 - 2620 y 2660 a 2690 MHz para darle espacio al sistema EMA - LTE del ICE y adicionalmente para atender el grave problema de vandalismo en las redes alámbricas (robo de cable) en la Zona Atlántica.

Segmento 2500-2540 y 2620-2660 MHz: Se trata del Proyecto EMA-LTE. Este segmento está destinado para brindar servicios de banda ancha móvil.

Cabe indicar que la implementación de estos dos últimos sistemas se está gestando para el III Trimestre 2012.’

Lo citado, se puede ejemplificar de mejor forma a través de la siguiente figura basada en la utilización reportada por el ICE según los datos del CD remitido en conjunto con el oficio 234-305-2012:

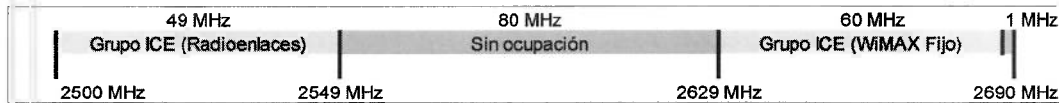


Figura 1. Utilización actual de la banda de 2,6 GHz reportada por el ICE²

De lo anterior se desprende que, a pesar de que el oficio 234-305-2012 señala que el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2540 MHz es utilizado para radioenlaces punto a punto y punto multipunto, en realidad se utiliza un segmento más amplio según el detalle de la siguiente tabla:

Tabla 1. Distribución de radiocanales reportados por el ICE en la banda de 2,6 GHz

FREC. INICIAL (MHz)	FREC. FINAL (MHz)	FREC. CENTRAL (MHz)	BW (MHz)
2492	2512	2502	20
2494	2514	2504	
2499	2519	2509	
2499,5	2504,5	2502	5
2504	2524	2514	20
2519	2539	2529	
2524	2544	2534	
2529	2549	2539	

Por lo tanto, como se aprecia, el rango de frecuencias 2500 MHz a 2540 MHz, es excedido para comprender un segmento total de 2492 MHz a 2549 MHz. Dicha operación deja 80 MHz continuos sin utilizar (2549 MHz a 2629 MHz), un segmento de 60 MHz para la tecnología WiMAX Fijo y 1 MHz disponible al borde superior de la banda.

² Se aclara que para efectos del gráfico no se consideró la ocupación del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD en el segmento 2492 MHz a 2500 MHz, por cuanto se encuentra fuera de la canalización propuesta por la SUTEL para la banda de 2,6 GHz.

En lo que respecta a la red de WiMAX Fijo, según el reporte brindado por el ICE, se detalla a continuación la disposición de radiocanales:

Tabla 2. Radiocanales red de WiMAX Fijo del ICE en la banda de 2,6 GHz

FREC. INICIAL (MHz)	FREC. FINAL (MHz)	FREC. CENTRAL (MHz)	BW (MHz)
2629	2634	2631,5	5
2634	2639	2636,5	
2639	2644	2641,5	
2644	2649	2646,5	
2649	2654	2651,5	
2654	2659	2656,5	
2659	2664	2661,5	
2664	2669	2666,5	
2669	2674	2671,5	
2674	2679	2676,5	
2679	2684	2681,5	
2684	2689	2686,5	

Nota: La operación de la tecnología WiMAX en esta banda es en modo TDD.

De los 8 radiocanales detallados en la tabla 2, el ICE únicamente reporta el empleo de un total de 12 radioenlaces con esa canalización. Por lo anterior, desde una perspectiva de uso eficiente del espectro radioeléctrico, lo recomendable es que dichos radioenlaces sean migrados a otras bandas de asignación no exclusiva (notas nacionales CR 079, CR 080, CR 083, CR 084, CR 088, CR 090, CR 092, CR 094, CR 095, CR 099, CR 100B, CR 102A, CR 102B, CR 103, y CR 104 del PNAF), identificadas para estos propósitos en donde se considera la reutilización del recurso por ubicación geográfica. De la misma forma, según los datos reportados por el ICE, el radioenlace que presenta la mayor distancia corresponde al establecido entre los sitios Bijagual de Turrubares y Cerro Gallo, con aproximadamente 36 Km, el cual es factible de implementar en frecuencias superiores de asignación no exclusiva, por lo que se demuestra que dicha operación corresponde a un uso no óptimo del recurso escaso.

En lo que respecta a la red de acceso de WiMAX Fijo (802.16d), se reporta que se encuentra compuesta únicamente por 7 radiobases (2 en Heredia, 2 en Alajuela y 3 en Limón). Esto evidencia una escasa cobertura y subutilización de recurso, al encontrarse únicamente reportada su utilización en pocos lugares del país, lo que permitiría la reutilización de espectro en otras zonas.

Tal y como se indicará más adelante, el ICE cuenta con otra red de WIMAX Fijo (en la banda de 3,5 GHz), ambas redes con un total de 2568 clientes, según lo reportado por dicho instituto a través del oficio 264-189-2012 del 13 abril del año en curso, cantidad de clientes que es posible atender con una fracción del espectro total asignado a dicho operador.

La siguiente figura muestra los porcentajes de utilización reportados para el rango de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz según lo señalado por el ICE:

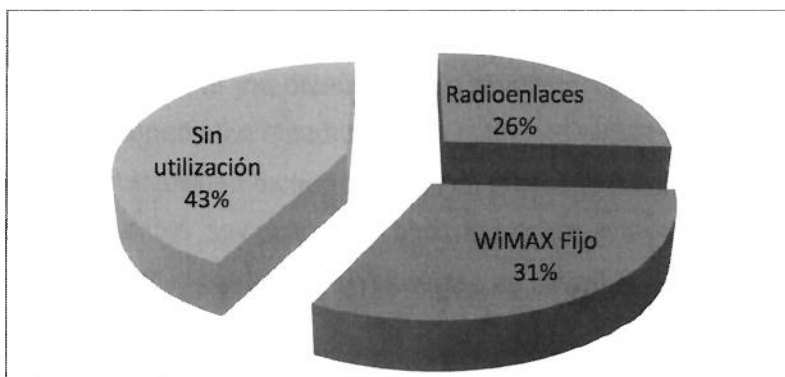


Figura 2. Distribución porcentual de la utilización reportada para la banda de 2,6 GHz

Considerando lo anterior, se concluye que el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, según lo reportado, se encuentra parcialmente utilizado, donde se tiene un 43% del recurso sin utilización y resto es empleado mediante tecnologías del servicio fijo de forma poco eficiente.

Según lo indicado por el ICE en el citado oficio 234-305-2012, sobre el plan de despliegue de una red de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT) a

través de la tecnología LTE, ese instituto plantea el siguiente esquema de utilización de la banda de 2,6 GHz:

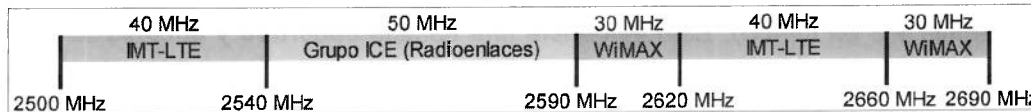


Figura 3. Proyección de utilización de la banda de 2,6 GHz reportada por el ICE

Sobre lo anterior es preciso indicar que el Grupo ICE planea emplear algunos segmentos de la banda de 2,6 GHz para el desarrollo de una red móvil, basándose no en el uso y servicio radioeléctrico originalmente otorgado en concesión mediante Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP (redes de radioenlaces troncales o de transporte de los principales centros de tránsito de telefonía), sino en el error material dispuesto por la resolución RT-024-2009-MINAET. Esto al adecuarse la banda de 2,6 GHz para el desarrollo de los servicios IMT (red del servicio móvil) de forma contraria al uso y servicio otorgado (y reportado en el “Informe sobre asignación y uso de frecuencias”).

La citada resolución es contraria a lo dispuesto por el PNAF vigente por cuanto en la actualidad el Poder Ejecutivo no ha atribuido esta banda para servicios IMT, ni mucho menos ha dispuesto la fecha en la que se habilitará la banda de 2,6 GHz para el despliegue de redes del servicio IMT y a su vez, dicha adecuación excluye e inhabilita los usos actuales en sistemas fijos según lo reportado por el ICE. (...)”

Por otra parte, la SUTEL indicó:

“Por lo anterior, la Dirección General de Calidad, mediante Contratación Directa 2011CD-0000144-SUTEL ‘Contratación de servicios para la medición de la ocupación del espectro radioeléctrico en las bandas FM, TV e IMT’, contrató los servicios de consultoría de la empresa TES América, con el fin de complementar las labores de esta Dirección en la generación del informe de ‘Ocupación de bandas FM – TV – IMT’ para el año 2011. Las mediciones realizadas por dicha empresa consultora se efectuaron del 9 al 17 de noviembre del año 2011.

Para la realización del referido estudio de ocupación del espectro radioeléctrico, se realizaron mediciones cumpliendo con las recomendaciones UIT-R SM377-4 y UIT-R SM378-7 de la UIT, (...)

(...)

En cuanto al segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, a continuación, se presentan los resultados obtenidos con base en las mediciones realizadas. (...)

*(...) se observa que únicamente para los sitios de San Vito, Alajuela, Bebedero, Tres Ríos y Nicoya se determinó un nivel de señal distinto al piso de ruido. Para los sitios restantes, en los resultados **no se detectaron niveles de señal, con excepción de algunas portadoras de 300 kHz que parecieran corresponder a señales de interferencias.***

*De las mediciones realizadas en Alajuela se comprobó la presencia de algunas portadoras de aproximadamente 5 MHz de ancho de banda cada una en el segmento de 2634 MHz a 2649 MHz, y con una potencia uniforme en el canal. Estas señales son consistentes con un sistema de multiportadora tipo WiMAX reportado por el ICE a través del oficio 234-305-2012 del 8 de junio del año en curso. En total, se observan 4 portadoras de este tipo, las cuales utilizan de forma agregada 20 MHz (3 de ellas son adyacentes y otra separada 30 MHz, que inicia a partir de la frecuencia 2679 MHz). Además, se observó una portadora aislada de 300 kHz. De esta manera, se **deduce que hay una ocupación de 20,3 MHz en toda la banda de 2500 MHz a 2590 MHz, siendo que el ancho de banda restante en este punto se encuentra sin utilización.***

Similar al caso anterior, en el sitio Bebedero se corroboró la presencia de señales bastante débiles, en apariencia obtenidas por línea vista con Alajuela, éstas tal como se indicó son consistentes con un sistema de multiportadora tipo WiMAX en el segmento 2634 MHz a 2644 MHz y otra que inicia a partir de la frecuencia 2679 MHz. Además, se observó una portadora aislada de aproximadamente 250 KHz, para una ocupación total de 15,25 MHz.

*Para el caso de Tres Ríos, se observa únicamente una utilización de 10 MHz en el rango de 2669 MHz a 2679 MHz de los 190 MHz disponibles en la banda de 2,6 GHz, mientras que para el caso de Nicoya se logró observar dos señales con un ancho de banda de 8 MHz cada una (segmentos de 2554 MHz a 2562 MHz y 2562 MHz a 2570 MHz), las cuales no pudieron ser identificadas, en vista de que **no se reportó utilización para dicho segmento, por lo únicamente se desprende que parecieran ser señales digitales.***

*En todo caso, los niveles de ocupación detectados en los sitios evaluados para esta banda, **evidencian que solo se utilizan pequeñas porciones (en tecnología WiMAX) del total del ancho de banda disponible**, por lo que considerando que el uso establecido en los títulos habilitantes originales no permite la prestación del servicio WiMAX (según lo señalado en otros apartados), así como la importancia de dicha banda para el desarrollo de servicios IMT; con el fin de cumplir con los objetivos y principios establecidos en la LGT, **corresponde proceder con la recuperación del recurso aplicando lo dispuesto en el artículo 22 de la LGT.** Asimismo, respecto a los enlaces microondas reportados por el ICE (en el segmento de 2500 MHz a 2549 MHz)*

(...)

Sobre el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz

En lo que respecta al estado registral y utilización reportada

(...)

7.2.5. Según el oficio 234-305-2012 del 8 de junio del año en curso, el ICE reportó el empleo del segmento de 2500 MHz a 2549 MHz en una red del servicio fijo de radioenlaces, del segmento de 2629 MHz a 2689 MHz en una red del servicios fijo de WiMAX Fijo y **manifestó no utilizar los segmentos de 2549 MHz 2629 MHz y de 2689 MHz a 2690 MHz.**

7.2.6. Con respecto la utilización reportada por parte del ICE del segmento de 2500 MHz a 2549 MHz en una red del servicio fijo de doce radioenlaces, desde una perspectiva de uso eficiente del espectro radioeléctrico, lo recomendable es que dichos radioenlaces sean migrados a otras bandas de asignación no exclusiva (notas nacionales CR 079, CR 080, CR 083, CR 084, CR 088, CR 090, CR 092, CR 094, CR 095, CR 099, CR 100B, CR 102A, CR 102B, CR 103, y CR 104 del PNAF), identificadas para estos propósitos en donde se considera la reutilización del recurso por ubicación geográfica.

7.2.7. Según el reporte del ICE, la red de acceso de WiMAX Fijo (802.16d) en esta banda, se encuentra compuesta únicamente por 7 radiobases (2 en Heredia, 2 en Alajuela y 3 en Limón). Esto evidencia una escasa cobertura y subutilización de recurso, al contar con cobertura en pocos lugares del país, lo que permitiría la reutilización de espectro en los otros lugares.

(...)

En lo que respecta a la ocupación efectiva

7.2.9. En cuanto al segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, existe una subutilización donde el porcentaje máximo de ocupación registrado en las mediciones realizadas por SUTEL corresponde a un 10,68%, con una ocupación promedio inferior a un 2%, lo cual no es conteste con los objetivos de la LGT.

7.2.10. Tal y como indicó el ICE mediante oficio 234-305-2012 y de los resultados obtenidos en las mediciones realizadas por esta Superintendencia, es evidente que los segmentos de **2549 MHz a 2629 MHz y de 2689 MHz a 2690 MHz no están siendo utilizados** (81 MHz de los 190 MHz disponibles), y que, además, existe una utilización parcial de los segmentos 2500 MHz a 2549 MHz y 2629 MHz a 2689 MHz.”. (Énfasis agregado).

(Folios 643 a 715 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

QUINTO: Que mediante oficio **N° 1822-SUTEL-SCS-2013** de fecha 17 de abril de 2013, la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió al entonces Rector de Telecomunicaciones, el dictamen técnico emitido mediante el oficio **N° 890-SUTEL-DGC-2013**, titulado “*Necesidades de espectro para el futuro desarrollo de los servicios de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT) en Costa Rica y la recomendación de reforma al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET y sus reformas)*”, de fecha 22 de febrero de 2013, aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N° 008-047-2013, adoptado en la sesión ordinaria N° 047-2013 celebrada el día 03 de setiembre de 2013, en el cual describe en detalle la trascendencia de la puesta a disposición de espectro radioeléctrico para la implementación de servicios mediante sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (*International Mobile Telecommunications* -IMT- por sus siglas en inglés), como principal alternativa para la atención de la demanda de servicios de banda ancha móvil y el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones. Para lograr eso, establece una serie de medidas necesarias tales como la recuperación del espectro para aquellas bandas designadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante pudiendo abreviarse UIT) para el desarrollo de servicios “IMT”. (Folios 1757 a 1804 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEXTO: Que mediante Informe Técnico N° MICITT-GAER-IT-156-2013 de fecha 04 de octubre de 2013, denominado “*Criterio sobre ocupación y uso de la banda de 2500 MHz a 2690 MHz*”, el Departamento de Administración de Espectro Radioeléctrico del Viceministerio de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones emitió el criterio técnico relacionado con el análisis y resultados contenidos en el dictamen técnico emitido por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones mediante el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012, vinculado con la situación y uso reportado del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, en el que concluyó y recomendó lo siguiente:

“(...) La Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), mediante el oficio 4629-SUTEL-DGC-2012 ‘SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TÍTULOS HABILITANTES, ADECUACIONES Y OCUPACIÓN EFECTIVA DEL ESPECTRO CONCECIONADO [sic] AL GRUPO ICE’, recibido en este Viceministerio el día 09 de noviembre de 2012, menciona una serie de aspectos relativos tanto a la ocupación y a las mediciones de campo realizadas por la SUTEL para varias bandas de frecuencias, dentro de las cuales figura la banda de 2500 MHz a 2690 MHz.

El análisis realizado por esta Gerencia sobre el oficio de la SUTEL se enfocó en cuatro áreas a saber: atribuciones establecidas por el PNAF vigente (Decreto Ejecutivo No. 35257-MINAET del 29 de mayo de 2009 y sus reformas), información registral, utilización registrada de la banda y finalmente mediciones de campo realizadas por la SUTEL.

Para el primero de los temas tratados, esta Gerencia encontró después de realizar un análisis a la luz de las atribuciones establecidas por el PNAF, que debe realizarse una modificación al cuadro de frecuencias del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, esto para que refleje las atribuciones que la UIT establece para el segmento de 2655 MHz a 2670 MHz, tal y como se ha recomendado en el informe MICITT-GAER-IT-140-2013 ‘Propuesta de utilización de bandas IMT en Costa Rica’. Además, la identificación de una de frecuencias para sistemas IMT no indica la fecha a partir de la cual se hará efectivo dicho uso, ni tampoco implica que la misma esté atribuida de forma exclusiva al servicio o sistema respectivo, por lo que los sistemas y atribuciones actuales en esa banda pueden diferir de sistemas IMT (sistemas distintos a IMT) y seguir operando de esa forma hasta que la Administración lo disponga.

Con respecto a la información registral, mediante Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP del 25 de setiembre de 1198, se concesionó al Instituto Costarricense de Electricidad la banda de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz para el despliegue de ‘red de radioenlaces troncales o de transporte del servicio fijo para los

principales centros de tránsito de telefonía'. Esta banda de frecuencias incluye dentro de las recomendaciones de la Resolución RT-24-2009-MINAET del 18 de diciembre de 2009, donde se realiza por parte del Poder Ejecutivo la adecuación de títulos habilitantes al Instituto Costarricense de Electricidad, situación que ya fue analizada por esta Gerencia en el informe técnico IT-GAER-2012-097, donde se emiten las consideraciones y recomendaciones técnicas al respecto de este tema.

Por otra parte, al considerar los aspectos de ocupación reportada del espectro en la banda de 2500 MHz a 2690 MHz por parte del Instituto Costarricense de Electricidad, con base en los insumos provisto por el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012, se constata por parte de esta Gerencia un posible uso ineficiente del espectro radioeléctrico, dado que aproximadamente un 43% de dicha banda concesionada al ICE se encuentra en desuso por parte de dicho instituto.

Esto, según las mediciones reales de campo realizada por la empresa consultora TES América para SUTEL, corresponde a un porcentaje aún mayor considerando los resultados de las mediciones de campo realizadas por la SUTEL en distintos puntos del país, ya que SUTEL indica una ocupación promedio de 1,41%, lo cual resulta un factor contundente que demuestra la baja utilización del espectro aún en el segmento empleado de la sección de 2500 MHz a 2690 MHz.

Con base en lo expuesto y analizado el presente informe sobre ocupación y uso, así como la transgresión reglamentaria a lo dispuesto en el PNAF, es criterio de esta Gerencia que la Gerencia de Concesiones y Permisos de este Viceministerio, a la luz de lo analizado en el presente informe técnico, proceda como jurídicamente corresponda al presente caso.

Recomendaciones

1. *Dadas las conclusiones anteriores y el alcance de este informe, la Gerencia de Administración del Espectro Radioeléctrico recomienda a la Gerencia de Concesiones y Permisos de este Viceministerio proceder como corresponda*

jurídicamente respecto a la banda de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, en vista de los aspectos técnicos analizados en el presente informe técnico, los cuales evidencian un posible uso ineficiente del espectro radioeléctrico por parte del Instituto Costarricense de Electricidad en dicha banda.”

(Folios 818 a 833 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SÉTIMO: Que mediante el Decreto Ejecutivo N° 38033-MICITT del 15 de noviembre de 2013, se realizó la séptima reforma al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), la cual establece que, a partir del 31 de mayo de 2015, el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz solo estará atribuido para el Servicio Móvil para el desarrollo de sistemas IMT y se establece su canalización con el arreglo C1 de la recomendación UIT-R M.1036 mediante la nota CR 075, para la operación de dicho servicio.

OCTAVO: Que mediante **oficio N° MICITT-DM-OF-282-2016** de fecha 05 de mayo de 2016, el Viceministerio de Telecomunicaciones, solicitó a la SUTEL la actualización del dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012, relacionado con la situación de los títulos habilitantes, adecuaciones y ocupación efectiva del espectro radioeléctrico concesionado al ICE. (Folio 1093 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

NOVENO: Que mediante el oficio N° 5882-SUTEL-SCS-2016 de fecha 12 de agosto de 2016, la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó que mediante el Acuerdo N° 025-043-2016, adoptado en la sesión ordinaria N° 043-2016 celebrada en fecha 10 de agosto de 2016, se acogió por unanimidad el oficio N° 05726-SUTEL-DGC-2016 titulado “*Situación actual de los títulos habilitantes, adecuaciones y ocupación efectiva del espectro concesionado al grupo ICE*”, de fecha 04 de agosto de 2016, mediante el cual se actualizó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 09 de noviembre de 2012, en donde se detallan los resultados obtenidos de las mediciones efectuadas con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo del Espectro, entre los meses de enero y setiembre de 2015 en 155 puntos geográficos

distribuidos en el territorio nacional y utilizando para ello el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012 *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”* publicado en el Alcance Digital N° 104 al Diario Oficial La Gaceta N° 146 de fecha 30 de julio de 2012, así como el procedimiento N° DGC-CA-PROC-12, *“Procedimiento ordinario para mediciones de campo”*, según los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones pertenecientes a las mediciones de intensidad de campo eléctrico, recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en la estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*. A partir de los resultados de las mediciones citadas recomendó al Poder Ejecutivo con respecto al título habilitante otorgado al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, en el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz lo siguiente:

“(…)”

2.3. Sobre el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz

2.3.1. Estudio de ocupación efectiva

En la siguiente figura se muestran las mediciones realizadas para el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz:

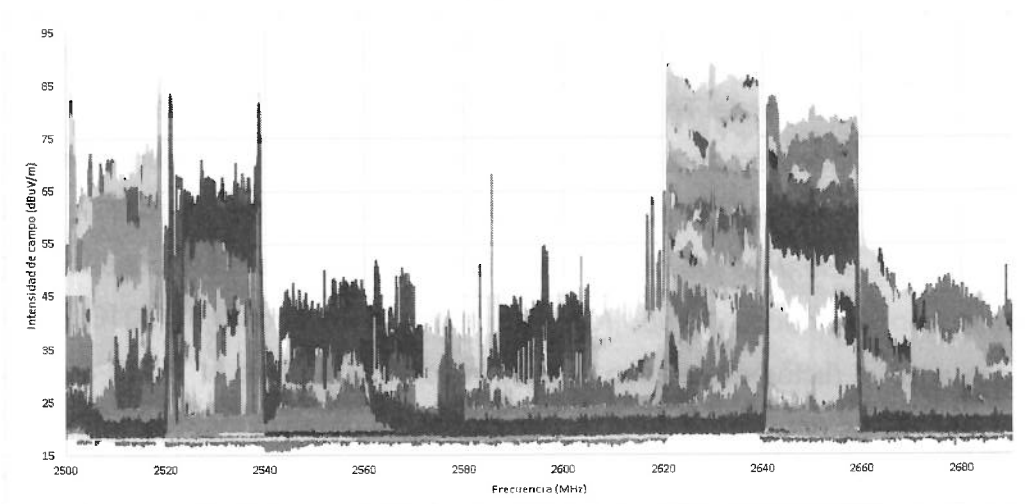


Figura 3. Resultados obtenidos para el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz.

De la figura anterior se puede inferir que el ICE utiliza dos portadoras de 2x20 MHz para su red LTE en todo el país, en los rangos de frecuencias 2500 MHz a 2520 MHz y 2520 MHz a 2540 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y 2620 MHz a 2640 MHz y 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil.

En los segmentos restantes, de la información aportada por el ICE en su momento, se informó la posible operación de radioenlaces fijos y servicios de banda ancha bajo tecnología WiMAX. Sin embargo, de las mediciones analizadas no es posible identificar de manera clara las transmisiones WiMAX reportadas por parte del ICE. No se logró identificar portadoras con potencia uniforme que sean consistentes con un sistema multiportadora tipo WiMAX o transmisiones correspondientes a radioenlaces fijos.

Por tanto, pareciera que no existen transmisiones constantes por parte del ICE acorde a los usos reportados anteriormente.

2.3.2. Cumplimiento de la canalización

De conformidad con la nota CR 075 del PNAF vigente, la banda de 2600 MHz (2500 MHz a 2690 MHz) está atribuida al servicio móvil para el desarrollo de sistemas IMT de acuerdo con la canalización arreglo C1 de la recomendación UIT-R M.1036:

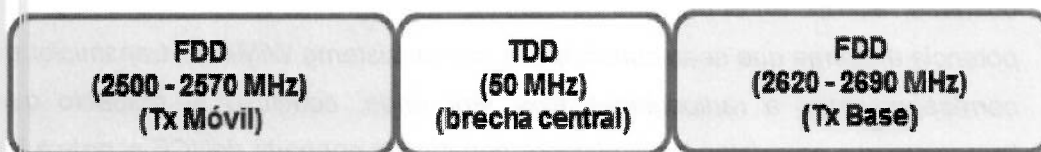


Figura 1. Canalización arreglo C1 de la recomendación UIT-R M.1036

El uso actual del ICE de bloques de 2x20 MHz para la operación de su red LTE de banda ancha móvil es concordante con lo dispuesto en la canalización adoptada por el país.

Sin perjuicio de lo anterior, los demás sistemas que el ICE pueda estar operando en este segmento y que no correspondan a transmisiones del servicio móvil para el desarrollo de sistemas IMT, se encuentran en contraposición con las disposiciones del Poder Ejecutivo en el PNAF, ya que existe una restricción sobre los usos en esta banda de forma posterior al 31 de mayo del 2015.”

(Folios 1094 a 1100 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

DÉCIMO: Que en virtud del dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 05726-SUTEL-DGC-2016 de fecha 04 de agosto de 2016 por parte de la SUTEL, mediante **Informe Técnico N° MICITT-GAER-INF-183-2016**, titulado “*Actualización del criterio técnico emitido en el informe MICITT-GAER-IT-156-2013*”, de fecha 16 de diciembre de 2016, el Departamento de Administración de Espectro Radioeléctrico del Viceministerio de Telecomunicaciones actualizó el Informe Técnico N° MICITT-GAER-IT-156-2013 de fecha 04 de octubre de 2013, en donde estableció y recomendó:

“(…) De acuerdo con dichos resultados, se observó la presencia de cuatro portadoras de los segmentos de 2500 MHz a 2520 MHz; 2520 MHz a 2540 MHz; 2620 MHz a 2660 MHz; 2640 MHz a 2660 MHz, empleadas en la red LTE, para la comunicación entre móvil y la radiobase, o viceversa, es decir entre la radiobase y al terminal.

Sobre los restantes segmentos, el ICE informó de la ‘posible operación de radioenlaces fijos y servicios de banda ancha bajo tecnología WiMAX’; no obstante, SUTEL en el proceso de medición no logró identificar portadoras con potencia uniforme que sean consistentes con un sistema WiMAX o transmisiones correspondientes a radioenlaces fijos. Por ende, concluyó al respecto que “pareciera que no existen transmisiones constantes por parte del ICE acorde a los usos reportados anteriormente.

(…)

En virtud de los elementos que se discutieron en el presente informe, se concluye que el panorama de ocupación analizado en el informe MICITT-GAER-IT-156-

2013, se mantiene muy similar, de forma que debe procederse jurídicamente como corresponda, respecto a la posible subutilización del espectro en la banda de 2500 MHz a 2690 MHz.”

(Folios 1119 a 1136 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

UNDECIMO: Que mediante **oficio N° 03175-SUTEL-SCS-2017** de fecha 20 de abril de 2017, la Secretaria del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó a la Contraloría General de la República que, mediante el oficio **N° 03145-SUTEL-DGC-2017** de fecha 18 de abril de 2017, aprobado mediante el Acuerdo N° 035-032-2017, adoptado por el Consejo Directivo de la SUTEL en la sesión ordinaria N° 032-2017 celebrada el día 19 de abril de 2017, la Superintendencia de Telecomunicaciones brindo criterio técnico especializado entre otras cosas, respecto a la ocupación efectiva y utilización del espectro radioeléctrico, para lo cual realizó mediciones de campo en 170 puntos entre los meses de mayo y agosto de 2016 empleando los equipos del Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) calibrados y certificados, y en cumplimiento del procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012, *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”* publicado en el Alcance Digital 104 al Diario Oficial La Gaceta N° 146 de fecha 30 de julio de 2012, el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, *“Procedimiento para mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”*, y los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones sobre las mediciones de intensidad de campo eléctrico, recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*. En lo que respecta al segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz concesionado al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, indicó:

“(...) según las mediciones realizadas en los 170 sitios en todo el país, se obtuvieron los siguientes resultados más relevantes:

- ✓ *Únicamente las portadoras A y B son utilizadas con la tecnología 4G (LTE).*
- ✓ *La portadora A tiene una presencia de señal de 64%, además no es utilizada en la región Chorotega.*
- ✓ *La portadora B tiene una presencia de señal de 16% (detectada solo en 28 sitios), además prácticamente solo es utilizada en las regiones Chorotega, Huetar Norte y Pacífico Central.*
- ✓ *Las mediciones permiten comprobar que las portadoras A y B no son utilizadas simultáneamente en la misma zona o sitio, lo que revela una práctica para la tenencia de espectro (uso ineficiente del recurso). Lo anterior, quizá para figurar la ocupación de dos portadoras y con esto evitar la recuperación de una de ellas por parte del Estado, ya que no existe justificación técnica para tener encendida la portadora B estando disponible la portadora A. En este sentido, se verificaron solo 4 sitios de los 170 medidos, donde se detectó señal de ambas portadoras de manera simultánea, siendo que aparentemente corresponden únicamente a dos radiobases encendidas (cercanía geográfica entre los sitios).*
- ✓ *El segmento restante para FDD (segmentos C, D y E), correspondiente a 2660 MHz a 2690 MHz, y los 50 MHz en TDD (brecha central de la banda, de 2570 MHz a 2620 MHz) no están siendo utilizados en los sitios medidos en todo el país.*
- ✓ *De seguido, se muestra el uso por región de esta banda por parte del ICE para las portadoras ocupadas:*

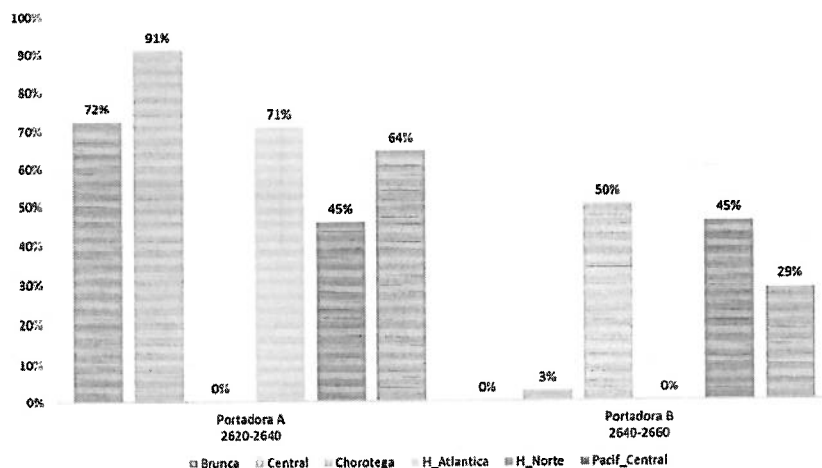


Figura 7. Porcentaje de uso del ICE para la banda de 2600 MHz por región

Finalmente, de la información recopilada hasta el momento de las mediciones del año en cueros, se comprobó que el ICE mantiene la operación de la portadora A en la región central de forma prácticamente sin cambios en relación con el 2016.”

(Folios 1181 a 1202 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

DUODÉCIMO: Que mediante oficio N° 07844-SUTEL-SCS-2017 de fecha 22 de setiembre de 2017, la Secretaría del Consejo de la SUTEL remitió al Viceministerio de Telecomunicaciones el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 06996-SUTEL-DGC-2017 de fecha 23 de agosto de 2017, aprobado mediante el Acuerdo N° 022-064-2017, adoptado por su Consejo en la sesión ordinaria N° 064-2017 celebrada el día 06 de setiembre el 2017, en donde se presentaron los resultados obtenidos de las mediciones automáticas llevadas a cabo del 13 de marzo al 13 de abril de 2017, en la franja horaria de las 4:00 a.m. a 10:00 p.m., con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro para las bandas de frecuencias “IMT”. En dicho dictamen técnico señaló:

“(..) En la figura 9 y figura 10 se muestra la utilización del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2570 MHz y de 2620 MHz a 2690 MHz, respectivamente, cuyos resultados se obtuvieron aplicando el procedimiento descrito en la sección 2 del presente informe.

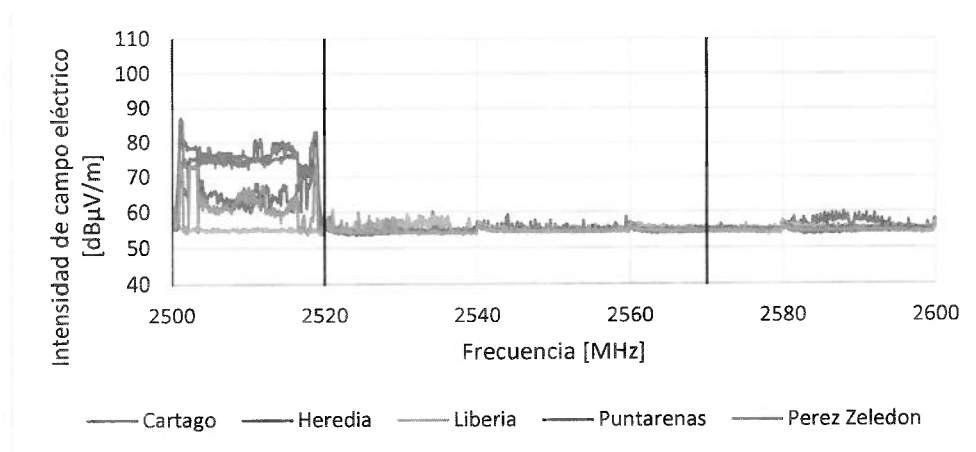


Figura 9. Utilización del segmento de frecuencia 2500 MHz – 2570 MHz.

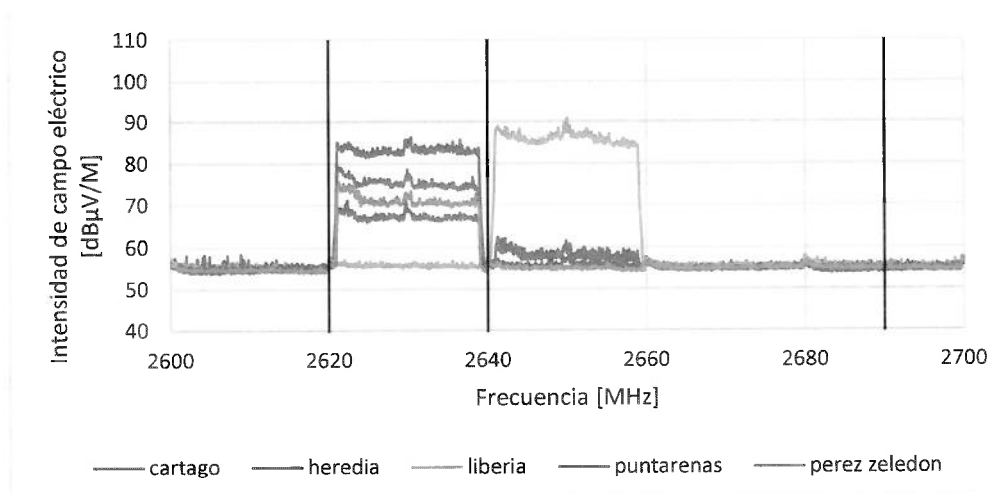


Figura 10. Ocupación del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz.

(...)

De las figuras anteriores, se logró determinar que, para los segmentos concesionados al ICE, opera con 2 portadoras de 20 MHz de ancho de banda cada una (segmentos de frecuencias de 2620 MHz a 2660 MHz) empleando la tecnología LTE, para brindar servicios IMT en el país. Según las mediciones realizadas en las estaciones fijas de monitoreo y tal como se aprecia en la figura 10, existen 2 portadoras con 20 MHz de ancho de banda cada uno con niveles de intensidad de campo que sobrepasan el piso de ruido (en las estaciones de monitoreo de Cartago, Puntarenas, Heredia, Pérez Zeledón se identificó una portadora en el segmento de frecuencias de 2620 MHz a 2640 MHz y en la estación de Liberia una portadora en el segmento

de frecuencia de 2640 MHz a 2660 MHz). Por otro lado, para el segmento de frecuencias de 2660 MHz a 2690 MHz, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que superasen el nivel de ruido, al no detectarse niveles distintos de ruido es posible concluir la no utilización de otras portadoras por parte del operador en las regiones evaluadas.

(...)

10. Conclusiones

(...)

10.7 Sobre la banda de frecuencia 2600 MHz

(...)

10.7.3 En los segmentos de frecuencias de 2500 MHz a 2540 MHz y de 2620 MHz a 2660 MHz, el ICE utiliza portadoras de 2 x 20 MHz de ancho de banda, empleando la tecnología LTE (en las estaciones de monitoreo de Cartago, Puntarenas, Heredia, Pérez Zeledón se identificó una portadora en el segmento de frecuencias de 2620 MHz a 2640 MHz y en la estación de Liberia una portadora en el segmento de frecuencia de 2640 MHz a 2660 MHz), según lo indicado en las figuras 9 y 10.

10.7.4 En el segmento de frecuencia de 2540 MHz a 2570 MHz concesionado al ICE, no se midieron niveles de intensidad de campo eléctrico que superaran el piso de ruido, tal y como se muestra en la figura 9. Por lo que, al no detectarse niveles distintos de ruido es posible concluir la no utilización de otras portadoras por parte del operador [sic] en las regiones evaluadas.

10.7.5 En el segmento de frecuencia 2660 MHz a 2690 MHz concesionado al ICE, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que superasen el piso de ruido, tal y como se muestra en la figura 10. Por lo que, al no detectarse niveles distintos de ruido es posible concluir la no utilización de otras portadoras por parte del operador en las regiones evaluadas.
(...)"

(Folios 1942 a 1955 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

DÉCIMO TERCERO: Que mediante oficio N° MICITT-DM-OF-540-2018 de fecha 14 de junio de 2018, el Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

solicitó a la Superintendencia de Telecomunicaciones la actualización del criterio técnico emitido en el oficio N° 890-SUTEL-DGC-2013 *“Necesidades de espectro para el futuro desarrollo de los servicios de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT) en Costa Rica y recomendación de reforma al Plan Nacional Atribución de Frecuencias (Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET y sus reformas)”*. Lo anterior, con el fin de actualizar las proyecciones sobre las necesidades de espectro radioeléctrico y la recomendación de las bandas de frecuencias identificadas para el desarrollo de sistemas “IMT” en dicho dictamen técnico. (Folios 1956 a 1958 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

DÉCIMO CUARTO: Que mediante oficio **N° 06611-SUTEL-SCS-2018** de fecha **10 de agosto de 2018**, se remitió al Viceministerio de Telecomunicaciones el dictamen técnico emitido mediante el **oficio N° 5213-SUTEL-DGC-2018** titulado *“Informe sobre los resultados obtenidos de las mediciones automáticas llevadas a cabo por el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro para las bandas de frecuencias de los servicios de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT)”*, de fecha 29 de junio de 2018, aprobado mediante el Acuerdo N° 006-047-2018, adoptado por el Consejo Directivo de la SUTEL en la sesión ordinaria N° 044-2018 celebrada el día 11 de julio de 2018. En dicho dictamen técnico el Órgano Regulador estableció para lo que interesa que:

“En los gráficos 9 y 10 se muestra la utilización del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2570 MHz y de 2620 MHz a 2690 MHz, respectivamente, cuyos resultados se obtuvieron aplicando el procedimiento descrito en la sección 2 del presente informe.

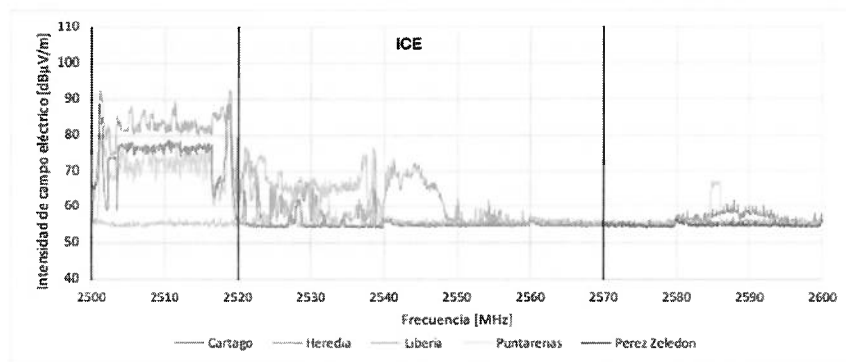


Gráfico 9. Utilización del segmento de frecuencia 2500 MHz – 2570 MHz.

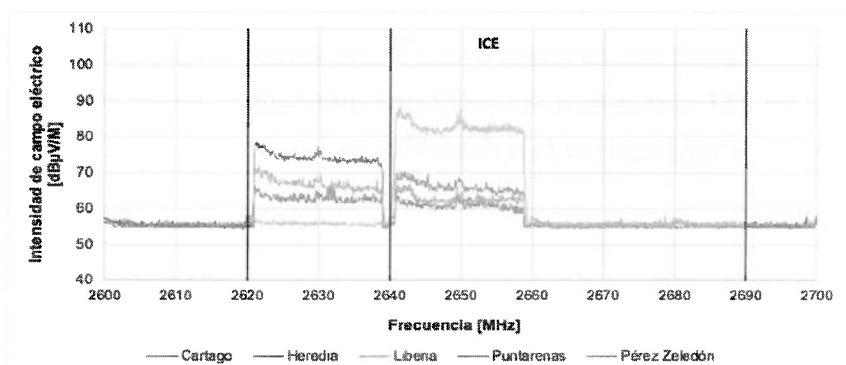


Gráfico 10. Ocupación del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz.

Para el segmento de frecuencia de 2500 MHz a 2570 MHz, se logró determinar que el ICE, opera con 2 portadoras de 20 MHz de ancho de banda (segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2540 MHz) empleando la tecnología LTE, para brindar servicios IMT en el país. Adicionalmente, tal y como se aprecia en el gráfico 9, para el segmento de frecuencias de 2550 MHz a 2570 MHz, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el nivel de ruido, con lo que es posible concluir la no utilización de otras portadoras por parte del operador en las regiones evaluadas.

De los gráficos anteriores, se logró determinar que, para los segmentos concesionados al ICE, opera con 2 portadoras de 20 MHz de ancho de banda cada una (segmentos de frecuencias de 2620 MHz a 2660 MHz) empleando la tecnología LTE, para brindar servicios IMT en el país. Según las mediciones realizadas en las estaciones fijas de monitoreo y tal como se aprecia en la Gráfico 10, existen 2 portadoras con 20 MHz de ancho de banda cada uno con niveles de

intensidad de campo que sobrepasan el piso de ruido (en las estaciones de monitoreo de Cartago, Puntarenas, Pérez Zeledón se identificó una portadora en el segmento de frecuencias de 2620 MHz a 2640 MHz y en las estaciones de Liberia, Cartago, Puntarenas y Pérez Zeledón una portadora en el segmento de frecuencia de 2640 MHz a 2660 MHz). Por otro lado, para el segmento de frecuencias de 2660 MHz a 2690 MHz, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el nivel de ruido.

En este sentido, al no detectarse señales portadoras en el segmento de frecuencias comprendido de 2660 MHz a 2690 MHz en las distintas regiones evaluadas por parte del concesionario ICE, se somete a valoración del Consejo indicar al MICITT que realice las gestiones que correspondan para promover el uso eficiente de este segmento de frecuencias.

(...)

10. Conclusiones

(...)

10.7 Sobre la banda de frecuencia 2600 MHz

(...)

10.7.1 *En los segmentos de frecuencias de 2500 MHz a 2540 MHz y de 2620 MHz a 2660 MHz, se encuentra concesionado al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), mediante Acuerdos Ejecutivos N° 1562-1998 MSP, donde opera con portadoras de 2 x 20 MHz (FDD) de ancho de banda, empleando la tecnología LTE (en las estaciones de monitoreo de Cartago, Puntarenas, Pérez Zeledón se identificó una portadora en el segmento de frecuencias de 2620 MHz a 2640 MHz y en la estación de Liberia, Cartago, Puntarenas y Pérez Zeledón una portadora en el segmento de frecuencia de 2640 MHz a 2660 MHz), según lo indicado en los gráficos 9 y 10.*

10.7.2 *En el segmento de frecuencia de 2550 MHz a 2570 MHz concesionado al ICE, no se midieron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasaran el piso de ruido, tal y como se muestra en el gráfico 9.*

10.7.3 *En el segmento de frecuencia de 2660 MHz a 2690 MHz concesionado al ICE, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el piso de ruido, tal como se muestra en el gráfico 10.*

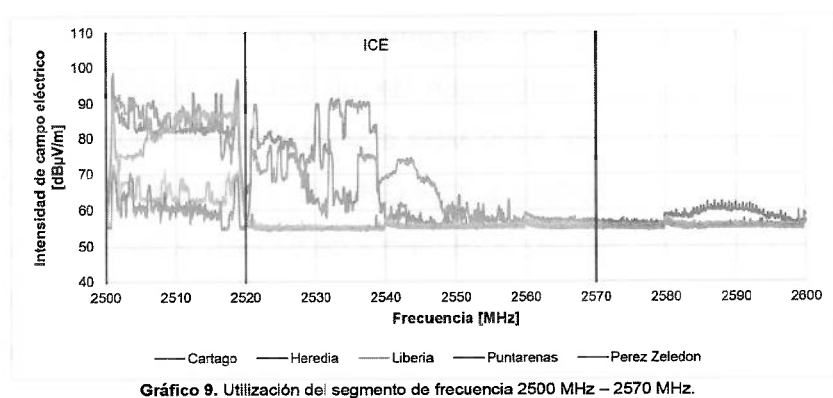
10.7.4 *Al no detectarse señales portadoras [sic] los segmentos de frecuencia comprendido [sic] de 2550 MHz a 2570 MHz y 2660 MHz a 2690 MHz, en distintas de las regiones evaluadas por parte del concesionario ICE, es posible concluir que no se está realizando un uso eficiente del espectro para la citada banda en las regiones mencionadas, por lo que se somete a valoración del Consejo indicar al MICITT que se realice las gestiones que correspondan para promover el uso eficiente de este segmento de frecuencias. (...)*

(Folios 1959 a 1970 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

DÉCIMO QUINTO: Que mediante **oficio N° MICITT-DVT-OF-917-2018** de fecha 06 de diciembre de 2018, el entonces Viceministro de Telecomunicaciones le solicitó a la Superintendencia de Telecomunicaciones la realización de un estudio registral y de ocupación real de las bandas de frecuencias de 3300 MHz a 3400 MHz, de 3600 MHz a 3700 MHz, de 24,25 GHz a 27,5 GHz; de 31,8 GHz a 33,4 GHz; de 37 GHz a 43,5 GHz, de 45,5 GHz; de 50,4 GHz a 52,6 GHz; de 66 GHz a 76 GHz y de 81 GHz a 86 GHz; así como cualquier otro detalle técnico que esa Superintendencia considerase importante ante un eventual proceso de adjudicación para el desarrollo de sistemas móviles en el país de esas bandas de frecuencias. (Folios 1971 a 1972 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

DÉCIMO SEXTO: Que mediante el oficio N° 4641-SUTEL-SCS-2019 de fecha 28 de mayo de 2019, la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó que, mediante el Acuerdo N° 008-031-2019, adoptado en la sesión ordinaria N° 031-2019 celebrada el día 23 de mayo de 2019, el Consejo Directivo aprobó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 3820-SUTEL-DGC-2019, titulado *“Informe sobre los resultados obtenidos de las mediciones automáticas llevadas a cabo con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) para las bandas de frecuencias de los servicios telecomunicaciones móviles internacionales (IMT)”*, de fecha 07 de mayo de 2019, en donde dicha Superintendencia informó que las mediciones fueron llevadas a cabo entre los días del 13 de marzo al 13 de abril de 2019, mediante rutinas automáticas de medición, en franja horaria de 4:00 a.m. a 10:00 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante los primeros 5 minutos de cada hora, lo que permite distribuir estas mediciones en el tiempo, con el fin de obtener los niveles máximos de señal que se mantienen en el tiempo para demostrar el uso del recurso, y fueron efectuadas en todas las estaciones monitoras fijas del SNGME, ubicadas en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia y Puntarenas. A partir de las citadas mediciones el Órgano Regulador sobre el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz concesionado al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD advirtió lo siguiente:

“(…) En los gráficos 9 y 10 se muestra la utilización del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2570 MHz y de 2620 MHz a 2690 MHz, respectivamente, cuyos resultados se obtuvieron aplicando el procedimiento descrito en la sección 2 del presente informe.



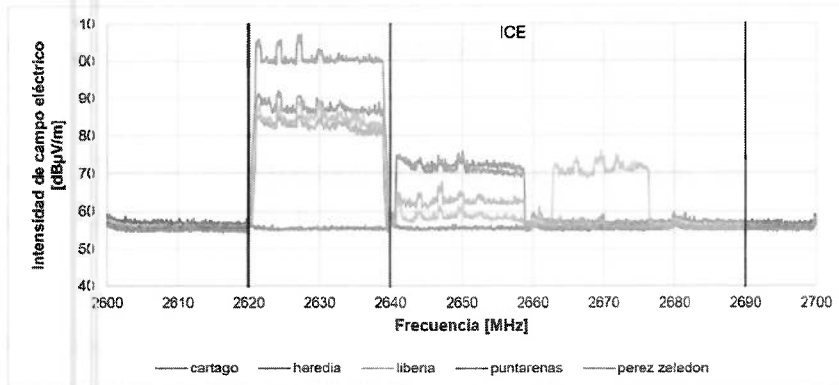


Gráfico 10. Ocupación del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz.

(...)

Sobre las gráficas anteriores, particularmente la referente al segmento de downlink, debe mencionarse que para el segmento de 2x70 MHz (2500 MHz a 2570 MHz y 2620 MHz a 2690 MHz) con duplexación FDD, se refleja la utilización mayoritaria de dos portadoras de 20 MHz y otra de 10 MHz en la provincia de Guanacaste, en los siguientes rangos de frecuencias.

(...) A respecto, la no utilización de todo el recurso asignado al Instituto y la no reutilización del espectro implica un uso ineficiente y subutilización del recurso, situación que debe ser valorada por el Poder Ejecutivo para la toma de acciones que promuevan el uso eficiente de esta banda.

Según lo anterior, en la actualidad existe un segmento de 40 MHz (2540 MHz a 2545 MHz, 2555 MHz a 2570 MHz, 2660 MHz a 2665 MHz y 2675 MHz a 2690 MHz) sin uso, por lo que se somete a valoración del Consejo **indicar al Poder Ejecutivo que realice las gestiones que correspondan con el fin de promover el uso eficiente del espectro en la citada banda.** Importa recordar que esta banda de frecuencias cuenta con excelentes cualidades para atender la demanda de tráfico de datos móviles por parte de los usuarios (banda media superior a 1 GHz, para brindar capacidad a la red móvil).

(...)

10.6.1 En los segmentos de frecuencias de 2500 MHz a 2570 MHz y de 2620 MHz a 2690 MHz con duplexación FDD, se encuentra concesionado al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), mediante Acuerdos Ejecutivos N° 1562-1998 MSP, donde se refleja la utilización mayoritaria de dos portadoras de 20 MHz y otra de 10 MHz en la provincia de Guanacaste, según lo indicado en los gráficos 9 y 10.

10.6.2 *En el segmento de frecuencia de 2560 MHz a 2570 MHz concesionado al ICE, no se midieron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasaran el piso de ruido, tal y se muestra en el gráfico 9.*

10.6.3 *En el segmento de frecuencia 2680 MHz a 2690 MHz concesionado al ICE, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el piso de ruido, tal como se muestra en el gráfico 10.*

10.6.4 *Al no detectarse señales portadoras en los segmentos de frecuencia comprendido de 2550 MHz a 2570 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz, en distintas de las regiones evaluadas por parte del concesionario ICE, es posible concluir que no se está realizando un uso eficiente del espectro para la citada banda en las regiones mencionadas debido a que dicho concesionario únicamente utiliza un 85% del total del segmento asignado.*

10.6.5 *El ICE mantiene uso de dos (2) portadoras de 20 MHz cada una, siendo una (1) portadora en el segmento de 2620 MHz a 2640 MHz, otra en el segmento de 2640 MHz a 2660 MHz y además, una portadora que únicamente se mide en la zona de Guanacaste en el segmento de 2660 MHz a 2680 MHz de la totalidad de los 70 MHz concesionados para el despliegue de servicios IMT, en el segmento de frecuencias comprendido de 2620 MHz a 2690 MHz.*

10.6.6 *En la actualidad existe un segmento de frecuencia de 40 MHz (2540 MHz a 2545 MHz, 2555 MHz a 2570 MHz, 2660 MHz a 2665 MHz y 2675 MHz a 2690 MHz) sin uso, que podrá recuperarse y ponerse a disposición del mercado. (...). (Énfasis agregado).*

(Folios 1973 a 1987 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

DÉCIMO SÉTIMO: Que en atención a los oficios N° MICITT-DM-OF-540-2018 de fecha 14 de junio de 2018 y N° MICITT-DVT-OF-917-2018 de fecha 06 de diciembre de 2018, mediante los cuales la Rectoría de Telecomunicaciones requirió la actualización del dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 890-SUTEL-DGC-2013 de fecha 22 de febrero de 2013, así como la actualización del estudio registral y de ocupación real de las bandas para posibles despliegues de sistemas “IMT” con tecnología 5G, mediante el **oficio N° 6253-SUTEL-SCS-2019** de fecha 12 de julio de 2019, la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió al Viceministerio de Telecomunicaciones el dictamen técnico emitido mediante **oficio N° 05348-SUTEL-DGC-2019**, titulado “Necesidades de

espectro para el futuro desarrollo de los servicios de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT) y Cronograma de Asignación de Espectro para dichos servicios en Costa Rica para el periodo 2019-2024”, de fecha 19 de junio de 2019, aprobado mediante el Acuerdo N° 033-040-2019 por el Consejo Directivo de la SUTEL, adoptado en la sesión ordinaria N° 040-2019, celebrada en fecha 27 de junio de 2019. En el referido dictamen técnico el Órgano Regulador concluyó que: “(...) xxvii. Para la banda de 2600 MHz debe valorarse la recuperación del recurso utilizado de manera ineficiente y subutilizado, con el fin de disponerlo para el desarrollo de sistemas IMT, considerando que la cantidad de espectro permite la operación de mínimo tres actores diferentes.” Dicha conclusión se sustentó en la realización de una serie de mediciones efectuadas en el año 2018, en 212 puntos (200 puntos en centros de población y 12 puntos en Cerros), cumpliendo con el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012, “Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”, publicado en el Alcance Digital N° 104 al Diario Oficial La Gaceta N° 146 de fecha 30 de julio de 2012, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, “Mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”, a partir de los estándares definidos por la UIT pertinentes a las mediciones de intensidad de campo eléctrico, específicamente las recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, “Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones” y N° UIT-R SM.378-7, “Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”, en donde como parte de los resultados obtenidos para la banda de frecuencias de 2600 MHz, reiteró que se mantenía la subutilización de dicha banda de frecuencias (tanto por la no utilización como la no reutilización del recurso escaso en diferentes puntos). En dicha oportunidad el Órgano Regulador apuntó lo siguiente:

“(...) 3.8.11. Banda de 2600 MHz

Esta banda de frecuencias se encuentra asignada en su totalidad en nuestro país, al Instituto Costarricense de Electricidad.

(...)

Por lo tanto, a continuación, se muestra el análisis de los resultados obtenidos por medio de las mediciones de comprobación de ocupación en la banda de frecuencia mencionada:

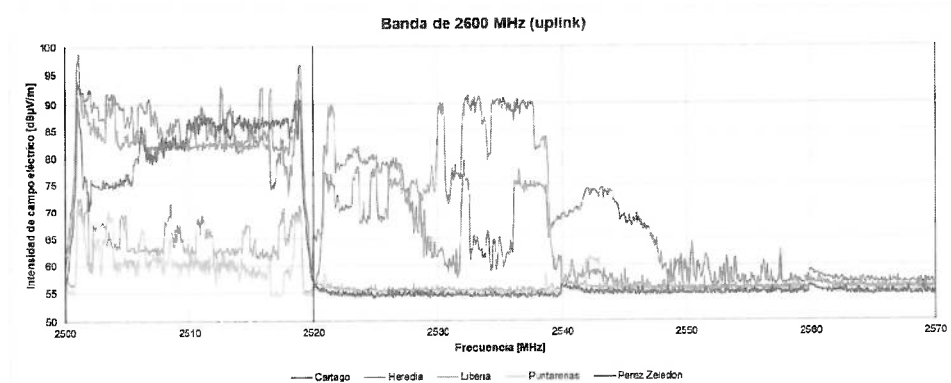


Figura 26. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (uplink, mediciones 2019).

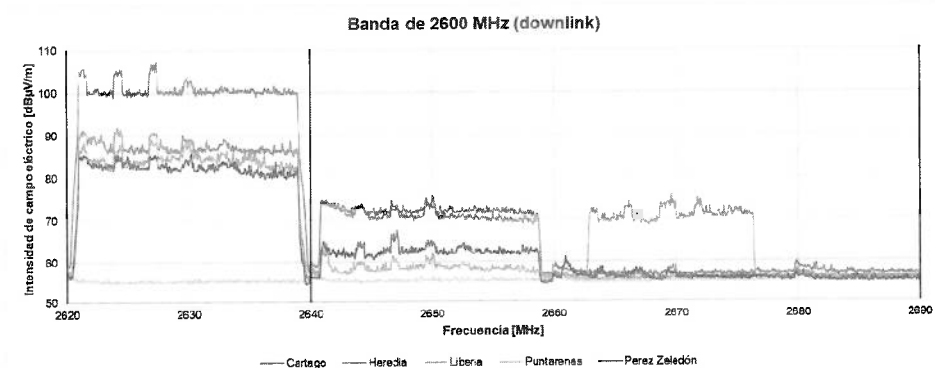


Figura 27. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (downlink, mediciones 2019).

Sobre las figuras anteriores, particularmente la referente al segmento de downlink, debe mencionarse que para el segmento de 2x70 MHz (2500 MHz a 2570 MHz y 2620 MHz a 2690 MHz) con duplexación FDD, se refleja la utilización mayoritaria de dos portadoras de 20 MHz y otra de 15 MHz en una provincia del país, en los siguientes rangos de frecuencias:

Tabla 9. Portadoras del servicio móvil en la banda de 2600 MHz

<i>Uplink</i>	<i>Downlink</i>
2500 MHz a 2520 MHz	2620 MHz a 2640 MHz
2520 MHz a 2540 MHz	2640 MHz a 2660 MHz
2542 MHz a 2557 MHz	2662 MHz a 2677 MHz

Por lo tanto, de los 140 MHz destinados para servicios IMT FDD en esta banda, el ICE actualmente se encuentra operando 110 MHz. No obstante, se utiliza mayoritariamente las dos portadoras de 20 MHz y la otra de 15 MHz en una provincia únicamente, por lo que no se presenta reutilización del espectro asignado. Sin perjuicio de lo anterior, la no utilización del recurso asignado al Instituto supone un uso ineficiente y subutilización del espectro, situación que debe ser valorada por el Poder Ejecutivo a la luz de las recomendaciones brindadas por la SUTEL en los últimos años no solamente en cuanto al uso sino sobre el análisis de su otorgamiento de conformidad con la legislación vigente en su momento y las necesidades actuales de crecimiento de las redes IMT-2020 (5G).

Según lo anterior, en la actualidad existe un segmento de 30 MHz (2540 MHz a 2542 MHz, 2557 MHz a 2570 MHz, 2660 MHz a 2662 MHz y 2677 MHz a 2690 MHz) sin uso, que podría recuperarse y ponerse a disposición del mercado. Importa recordar que esta banda de frecuencias cuenta con excelentes cualidades para atender la demanda de tráfico de datos móviles por parte de los usuarios (banda media superior a 1 GHz, para brindar capacidad a la red móvil).

De seguido se muestra la figura de ocupación para la brecha central de esta banda de frecuencias para el segmento con duplexación TDD:

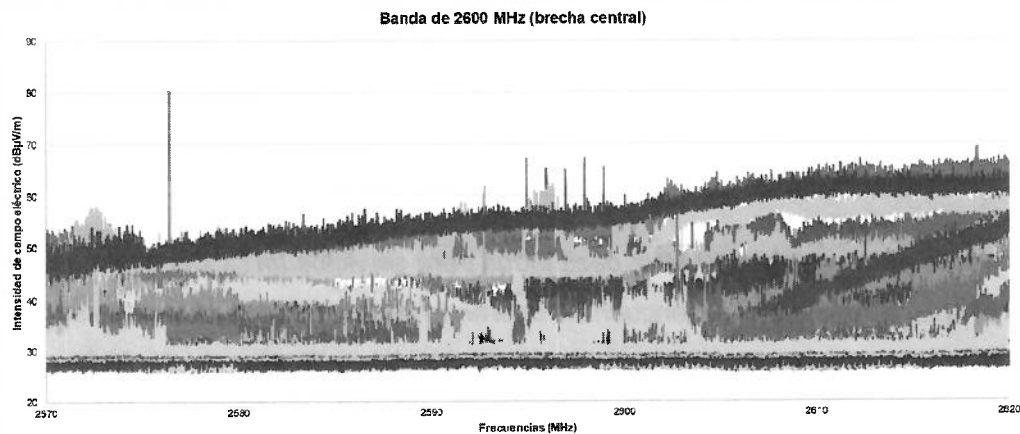


Figura 28. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (brecha central)

De la figura anterior, se puede observar que el ICE no opera ningún sistema en este rango de frecuencias.

Por último, la brecha central de la banda de 2600 MHz se considera un recurso importante para el despliegue de sistemas IMT en el país, el cual podría ser recuperado por el Poder Ejecutivo debido al no uso por parte del ICE y ponerlo a disposición del mercado.

(...)

8.8.2. Problemática e implicaciones

- Subutilización y uso no eficiente de la banda de frecuencias por parte del concesionario actual (utiliza algunos segmentos del espectro solamente en algunas zonas geográficas del país).
- No uso de 90 MHz (40 MHz en FDD y 50 MHz en TDD) de espectro en esta banda por parte del concesionario.
- En la actualidad Costa Rica experimenta un atraso considerable respecto a los desarrollos mundiales de sistemas IMT en esta banda de frecuencias.
- Espectro de toda la banda concentrado para el operador estatal debido a concesiones históricas.
- No se ha concluido la revisión de las adecuaciones realizadas al Instituto durante

el 2009 y 2010 (sin contar con criterio técnico de la SUTEL), ni se ha resuelto el dictamen técnico correspondiente a la adecuación de títulos habilitantes del Instituto brindado por la SUTEL conforme a la disposición de la Contraloría General de la República.

8.8.3. Propuestas de soluciones y alternativas

- *Aplicar el procedimiento que corresponda a los títulos habilitantes del concesionario actual, con el fin de disponer el recurso sin uso para sistemas IMT para otros concesionarios, considerando las recomendaciones técnicas vertidas por SUTEL en el criterio de adecuación de los títulos habilitantes.*
- *Poner a disposición, en el mediano plazo, este recurso para sistemas IMT conforme a los usos y desarrollos en el mundo, considerando que la cantidad de espectro permitirá la operación de mínimo tres actores diferentes.”*

(Folios 1218 a 1295 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

DÉCIMO OCTAVO: Que mediante **oficio N° MICITT-DVT-OF-971-2019** de fecha 24 de octubre de 2019, el Viceministro de Telecomunicaciones le solicitó a la Superintendencia de Telecomunicaciones una actualización del estudio de ocupación real para las bandas de frecuencias destinadas para sistemas “IMT” en Costa Rica, con mediciones recientes para el 2019. Lo anterior, considerando que el último análisis realizado por esa Superintendencia, según dictamen técnico N° 05348-SUTEL-DGC-2019 de fecha 19 de junio de 2019, el cual aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N° 033-040-2019, adoptado en la sesión ordinaria N° 040-2019, celebrada en fecha 27 de junio de 2019 citado anteriormente, incorporó mediciones que la mayoría de ellas datan de 2018. (Folio 1988 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

DÉCIMO NOVENO: Que mediante el **oficio N° 10750-SUTEL-SCS-2019** de fecha 29 de noviembre de 2019, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Viceministerio de Telecomunicaciones que, mediante el Acuerdo N° 020-076-2019, adoptado por el Consejo Directivo del Órgano Regulador

en la sesión ordinaria N° 076-2019, celebrada en fecha 25 de noviembre de 2019, aprobó el dictamen técnico emitido mediante el **oficio N° 10425-SUTEL-DGC-2019** de fecha 20 de noviembre de 2019, en donde dicha Superintendencia actualizó las mediciones sobre la ocupación real de los segmentos de frecuencias atribuidos para la prestación de servicios mediante sistemas de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT) relevantes para la implementación de las tecnologías de quinta generación (IMT-2020 o 5G), reportando los siguientes resultados:

“(…)

1.10 Banda de 2600 MHz

De seguido se muestra las gráficas de ocupación para esta banda de frecuencias:

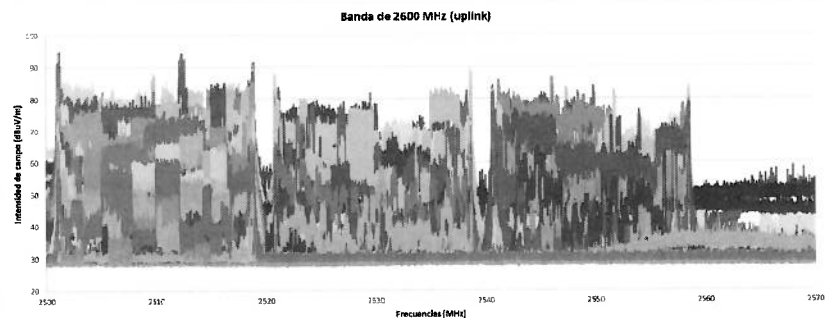


Figura 17. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (uplink).

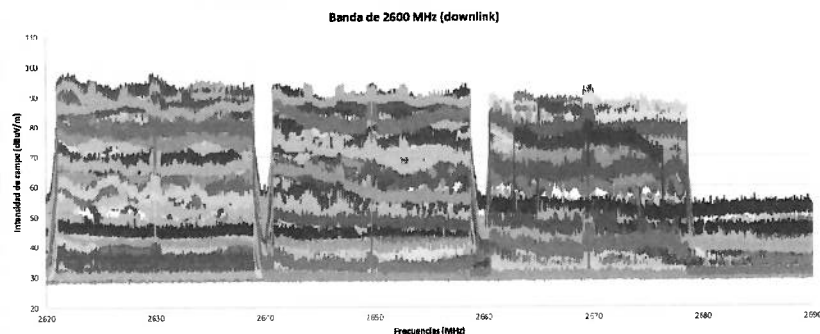


Figura 18. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (downlink)

Como se comentó en el oficio número 05348-SUTEL-DGC-2019, esta banda de

frecuencias se encuentra asignada en su totalidad en nuestro país al Instituto Costarricense de Electricidad.

De las mediciones realizadas en el año 2019, se evidencia la utilización de tres portadoras en el rango de 2500 MHz a 2560 MHz y de 2620 MHz a 2680 MHz, con un comportamiento según se describe a continuación:

- *Rango de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz: con portadoras de 2x20 MHz en un 73% aproximadamente de los sitios de medición.*
- *Rango de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz: con portadoras de 2x20 MHz en un 29% aproximadamente de los sitios de medición.*
- *Rango de 2540 MHz a 2560 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz: con portadoras de 2x5 MHz, portadoras de 2x10 MHz, portadoras de 2x15 MHz y portadoras de 2x20 MHz, en un 35% aproximadamente de los sitios de medición. En este caso particular, se evidencian portadores de diferentes anchos, predominando el 2x20 MHz.*

Adicionalmente, es importante indicar que aproximadamente en un 39% de los sitios solo se está utilizando 1 portadora, en un 40% de los sitios se utilizan simultáneamente 2 portadoras, en un 6% de los sitios se utilizan 3 portadoras con uso simultáneo y en un 15% de los sitios no se registran transmisiones. De lo anterior, se evidencia que las proporciones de uso de las portadoras demuestran que, a pesar de existir una mayor cantidad de utilización respecto al informe 05348-SUTEL-DGC-2019, se mantiene un uso ineficiente del espectro, situación que debe ser valorada por el Poder Ejecutivo a la luz de las recomendaciones brindadas por la SUTEL en los últimos años, no solamente en cuanto al uso, sino sobre el análisis de su otorgamiento de conformidad con la legislación vigente en su momento y las necesidades actuales de crecimiento de las redes IMT-2020 (5G).

Ahora bien, para la brecha central de esta banda de frecuencias en el segmento con duplexación TDD, se puede observar que el ICE no opera ningún sistema en este rango de frecuencias.

Por lo que, se reitera que la brecha central de la banda de 2600 MHz es un recurso importante para el despliegue de sistemas IMT en el país, el cual podría ser recuperado por el Poder Ejecutivo, debido al no uso por parte del ICE, según se ha documentado en los diferentes reportes emitidos por SUTEL, para así ponerlo a disposición del mercado.

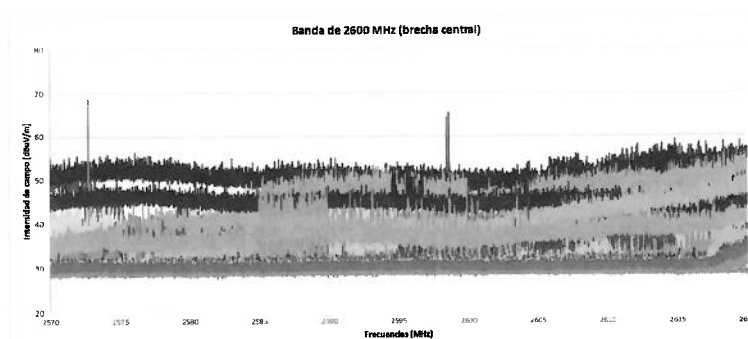


Figura 19. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (brecha central) (...)"

(Folios 1322 a 1333 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

VIGÉSIMO: Que mediante oficio N° 04893-SUTEL-SCS-2020 de fecha 03 de junio de 2020, la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió el dictamen técnico emitido mediante oficio N° 04204-SUTEL-DGC-2020 titulado *"Informe sobre los resultados obtenidos mediante mediciones automáticas llevadas a cabo con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) para las bandas de frecuencias de los sistemas Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT)"*, de fecha 14 de mayo de 2020, aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N° 026-041-2020, adoptado en la sesión ordinaria N° 041-2020, celebrada en fecha 29 de mayo de 2020, en donde la SUTEL incorpora el resultado de las mediciones efectuadas por medio de las estaciones fijas del Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) para la determinación del uso del espectro atribuido en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) para el servicio radioeléctrico móvil en sistemas de Telecomunicaciones Móviles *"IMT"*, así como otras bandas que podrían resultar de

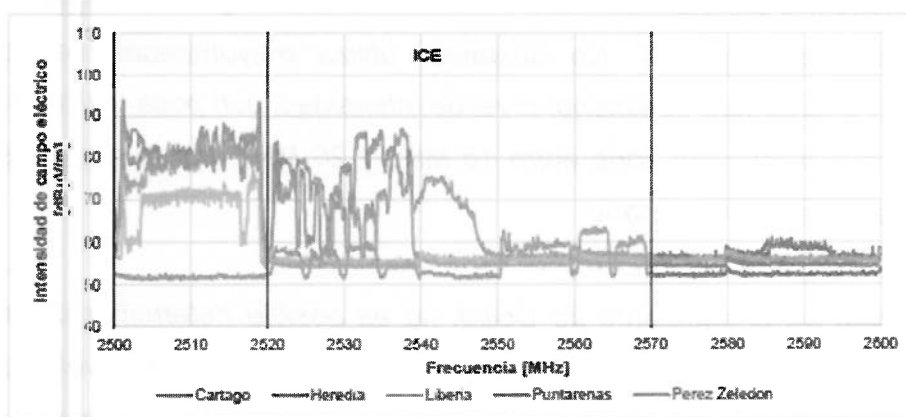
interés para el desarrollo de ese tipo de servicios. Entre otras mediciones se realizaron en el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz; cuyos resultados y conclusiones para dicho segmento concesionado al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD se procede a describir de seguido:

“(...) Las mediciones fueron llevadas a cabo entre los días del 2 de marzo al 3 de abril del 2020, y mediante rutinas automáticas de medición, en franja horaria de 5 a.m. a 10 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante los primeros 5 minutos de cada hora, lo que permite distribuir estas mediciones en el tiempo, con el fin de obtener los niveles máximos de señal que se mantienen en el tiempo para demostrar el uso del recurso.

(...)

La rutina de medición señalada fue programada para las cinco (5) estaciones monitoras fijas del SNGME, ubicadas en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia y Puntarenas (...).

(...)



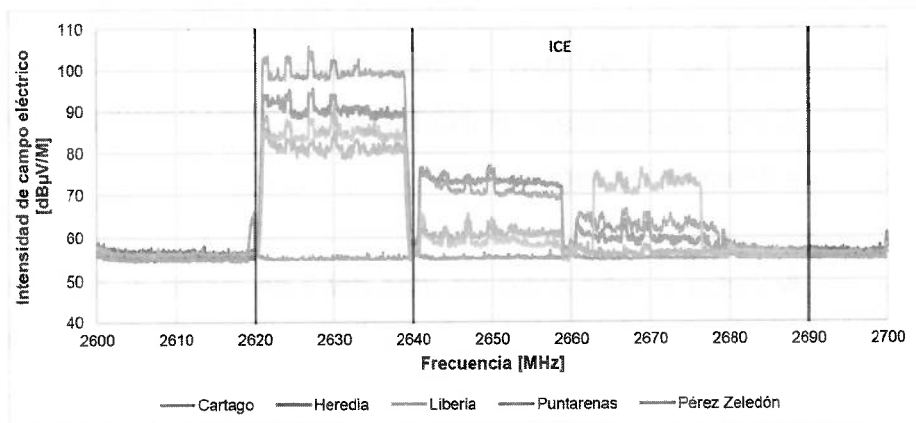


Gráfico 13. Uso del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz.

Sobre las gráficas anteriores, particularmente, la referente al segmento de downlink, (2620 MHz a 2690 MHz), se refleja la utilización predominante de portadoras con un ancho de banda aproximado de 20 MHz, en las estaciones de Heredia y Cartago, que abarcan tres portadoras desde 2620 MHz hasta 2680 MHz, para la estación de Liberia se observan 2 portadoras de 20 MHz desde 2620 MHz a 2660 MHz y una con un ancho de banda aproximado de 15 MHz, comprendida entre 2662,5 MHz a 2677,5 MHz aproximadamente (...)

Por lo tanto, de los 140 MHz destinados para servicios IMT en FDD en esta banda, el ICE actualmente se encuentra explotando un máximo de 120 MHz, según los resultados mostrados en las gráficas anteriores. No obstante, utiliza mayoritariamente dos portadoras de 20 MHz y una tercera con menor nivel de intensidad, con poca utilización, con anchos de banda que varían por zona entre 15 MHz y 20 MHz, por lo que no se presenta reutilización del espectro asignado.

Según lo anterior, si bien en el segmento de Uplink no es posible determinar cuáles segmentos se encuentran efectivamente ocupados, dado que en estos los niveles de intensidad de campo recibidos en las estaciones de medición pueden ser cercanos al nivel del piso de ruido, del segmento de Downlink, puede observarse que en el segmento comprendido de 2680 MHz a 2690 MHz, no se visualizan portadoras, por lo que se somete a valoración del Consejo recomendar al Poder Ejecutivo que realice las gestiones

consistentes con el principio de optimización del recurso escaso y proceda como en derecho corresponda sobre este segmento. Importa recordar que esta banda de frecuencias cuenta con excelentes cualidades para atender la demanda de tráfico de datos móviles por parte de los usuarios (banda media superior a 1 GHz, para brindar capacidad a la red móvil).

Asimismo, según los resultados de las mediciones, el segmento de la banda de 2600 MHz, destinado para servicios IMT en TDD (rango comprendido entre 2570 MHz a 2620 MHz), no se registra utilización por parte del Instituto Costarricense de Electricidad, como se muestra en los gráficos anteriores. Al respecto, la no utilización de todo el recurso asignado al Instituto y la no reutilización del espectro implica un uso ineficiente y subutilización del recurso, situación que tal y como se ha indicado en otros informes, debe ser valorada por el Poder Ejecutivo para la toma de acciones que promuevan el uso y asignación eficiente de esta banda.

En todo caso, cabe señalar que la banda de 2600 MHz es considerada esencial dentro de la categoría de bandas medias (superiores a 1 GHz hasta 6 GHz), dado que brinda un balance adecuado entre cobertura y aumento de capacidad para las redes móviles. En este sentido, debe señalarse que, en otros mercados, como es el caso de China, se ha destinado o licitado esta banda para la implementación de redes IMT-2020 (5G), por lo que se considera pertinente recomendar la toma de las medidas respectivas para la recuperación del recurso no utilizado, así como el empleado de forma ineficiente con el fin de poner a disposición del mercado más espectro que promueva el despliegue de sistemas IMT de última generación.

12. Conclusiones

(...)

12.8. Sobre la banda de frecuencia 2600 MHz

12.8.1. *En los segmentos de frecuencias de 2500 MHz a 2570 MHz y de 2620 MHz a 2690 MHz con duplexación FDD, se encuentra concesionado al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), mediante Acuerdos Ejecutivos N° 1562-1998 MSP, donde se refleja la utilización mayoritaria de dos portadoras de 2 x 20 MHz y otra de 2x15 MHz con menor utilización, sin reutilización y variación de anchos de banda.*

12.8.2. *De los 140 MHz destinados para servicios IMT en modalidad FDD en esta banda, el ICE actualmente se encuentra explotando un máximo de 120 MHz, que comprende los segmentos de 2500 MHz a 2560 MHz en el canal Uplink y de 2620 MHz a 2680 MHz en Downlink, según las mediciones realizadas.*

12.8.3. *Según las mediciones, el segmento de la banda de 2600 MHz, destinado para servicios IMT en TDD (rango comprendido entre 2570 MHz a 2620 MHz), no registra utilización por parte del Instituto Costarricense de Electricidad.*

12.8.4. *En el segmento de frecuencia 2680 MHz a 2690 MHz concesionado al ICE, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el piso de ruido, por lo que se presume no está siendo explotado por dicho concesionario.*

12.8.5. *Resulta de suma importancia la toma de acciones por parte del Poder Ejecutivo para recuperar el espectro asignado que se no se utiliza o se emplea de manera ineficiente, con el fin de poner a disposición del mercado el recurso no utilizado y el utilizado de forma ineficiente, en esta banda, para el desarrollo de sistemas IMT, en concordancia con lo realizado por otros países para el despliegue de redes 5G.”*

(Folios 1346 a 1386 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

VIGÉSIMO PRIMERO: Que mediante oficio N° 05522-SUTEL-SCS-2020 de fecha 23 de junio de 2020, la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió el dictamen técnico emitido mediante oficio N° 05071-SUTEL-DGC-2020, titulado “*Propuesta de actualización del cronograma de asignación de espectro para el desarrollo de sistemas*

IMT e IMT-2020 en Costa Rica para el periodo 2021-2025”, de fecha 09 de junio de 2020, aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N° 014-045-2020, adoptado en la sesión ordinaria N° 045-2020, celebrada en fecha 19 de junio de 2020. En dicho dictamen técnico la SUTEL actualizó las recomendaciones vertidas sobre las necesidades de espectro para el futuro desarrollo de sistemas IMT en Costa Rica y el criterio técnico respecto a las bandas analizadas para desarrollos IMT con tecnología IMT-2020 (5G) emitidos mediante los oficios N° 05348-SUTEL-DGC-2019 y el N° 10425-SUTEL-DGC-2019 citados. Para los efectos del presente análisis jurídico en relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del título habilitante conferido al ICE, el Órgano Regulador estableció:

*“(…) Las bandas de frecuencias de 850 MHz, 1400 MHz, **2600 MHz**, 3500 MHz (3500 MHz a 3600 MHz), 3600 MHz (3600 MHz a 3700 MHz) y 40 GHz (37000 MHz a 43500 MHz) se proponen asignar en el mediano plazo, específicamente entre el tercer cuatrimestre del 2024 (IIIC-2024) y tercer cuatrimestre del 2025 (IIIC-2025). Todas estas bandas cuentan con una asignación total al ICE y RACSA, por lo que se propone al Poder Ejecutivo proceder como en derecho corresponda para disponer de este recurso para el desarrollo de sistemas IMT en el país. Sin perjuicio de lo anterior, importa notar que algunas de estas bandas se consideran primordiales para la implementación de redes IMT-2020 (principalmente la de 3500 MHz) y que los operadores móviles actuales mostraron gran interés en el corto plazo, sin embargo, la realidad de las asignaciones obliga a una disposición al mediano plazo.*

▪ *Respecto a la banda de 2600 MHz, se propone valorar la recuperación de al menos un segmento de 2x20 MHz (FDD) del espectro utilizado ineficientemente por el Instituto y los 50 MHz en TDD actualmente sin operación (como se detalla en el informe 04204-SUTEL-DGC-2020). **De esta manera, el ICE podría mantener sus operaciones IMT en esta banda (2x40 MHz) y el Estado podría disponer de recurso al mercado (2x30 MHz) y 50 MHz en TDD**”. (Énfasis agregado).*

(Folios 1387 a 1438 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que mediante **oficio N° MICITT-DVT-OF-313-2020** de fecha 10 de noviembre de 2020 el Viceministro de Telecomunicaciones en atención de los dictámenes técnicos emitidos mediante oficios N° 05348-SUTEL-DGC-2019 y N° 05071-SUTEL-DGC-2020 referentes al Cronograma de Asignación de Espectro para los servicios móviles mediante sistemas IMT en Costa Rica, solicitó a la Superintendencia de Telecomunicaciones la elaboración de un análisis de las condiciones del mercado de las bandas y porciones de espectro radioeléctrico recomendadas por dicha Superintendencia en los dictámenes indicados, para ser consideradas en un eventual proceso concursal, o que surjan a partir de la elaboración del análisis indicado, con el fin de determinar “(...) *si existe necesidad de incorporar proveedores de servicios de telecomunicaciones, el dimensionamiento de la eventual demanda, los análisis económicos que determinen el valor del espectro en dichas bandas, los mecanismos de otorgamiento para las distintas bandas (...)*”. Lo anterior considerando las condiciones de ocupación registral al momento del concurso y una vez concluidos los procesos de recuperación de espectro pendientes y que se encuentran en curso; así como, la ocupación real de las bandas según las mediciones de campo y los esquemas de otorgamiento. (Folios 1443 a 1444 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

VIGÉSIMO TERCERO: Que mediante **oficio N° 00452-SUTEL-SCS-2021** de fecha 18 de enero de 2021, la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió el dictamen técnico emitido mediante **oficio N° 00138-SUTEL-DGC-2021** titulado “*Propuesta de informe sobre los insumos técnicos, registrales, de mercado y condiciones para un eventual proceso concursal en las bandas de frecuencias de 700 MHz, 2300 MHz, 3300-3400 MHz, 26 GHz y 28 GHz para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público a través de sistemas IMT*”, de fecha 07 de enero de 2021, aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N° 023-002-2021, adoptado en la sesión ordinaria N° 002-2021, celebrada en fecha 14 de enero de 2021, en el cual el Órgano Regulador reiteró que: “(...) *El requerimiento del MICITT considera las recomendaciones de SUTEL vertidas mediante acuerdo 014-045-2020 de la sesión ordinaria 045-2020 del 19 de junio de 2020 donde se aprobó el oficio 5071-SUTEL-DGC-2020 denominado “Propuesta de*

actualización del Cronograma de Asignación de Espectro (CAE) para el desarrollo de sistemas IMT e IMT-2020 en Costa Rica para el periodo 2021-2025". En este sentido, debe recalcar que en dicho informe y su predecesor (acuerdo 033-040-2019 de la sesión ordinaria 040-2019 del 27 de junio de 2019 que aprobó el documento oficio 05348-SUTEL-DGC-2019), la SUTEL señaló la importancia y necesidad de liberar el espectro no utilizado o utilizado de manera no eficiente, entre el que se encuentra **las bandas de frecuencias de 2600 MHz (...)** (las cuales no se incluyen en la Tabla 1 del presente informe). **Asimismo, este CAE obedece a un balance entre las recomendaciones del regulador, los intereses de los operadores móviles actuales y la situación registral de las asignaciones del espectro destinado para sistemas IMT.** Es decir, se recomendó destinar para el mediano plazo cierto espectro vital para sistemas IMT debido a la situación registral de este recurso. No obstante, **se urgió al MICITT a iniciar lo antes posible lo que en derecho corresponda para liberar este espectro [sic] en concordancia con el principio de uso eficiente y optimización del recurso escaso,** considerando que esta banda es clave para el desarrollo de 5G por su utilización a nivel mundial y el desarrollo de equipos terminales.". (Énfasis agregado). (Folios 1455 a 1482 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

VIGÉSIMO CUARTO: Que mediante el oficio N° MICITT-DVT-OF-176-2021 de fecha 01 de marzo de 2021, el Viceministro de Telecomunicaciones solicitó a la Superintendencia de Telecomunicaciones ampliar los extremos indicados en el dictamen técnico N° 00138-SUTEL-DGC-2021 de fecha 07 de enero de 2021, remitido mediante oficio N° 00452-SUTEL-SCS-2021 de fecha 18 de enero de 2021, en el cual la SUTEL remitió al Poder Ejecutivo los insumos técnicos, registrales, de mercado y condiciones para un eventual proceso concursal en las bandas de frecuencias de 700 MHz, 2300 MHz, 3300 MHz a 3400 MHz, 26 GHz y 28 GHz, para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Lo anterior, debido a que del análisis realizado por los diferentes departamentos del Viceministerio de Telecomunicaciones surgieron elementos económicos, de mercado, técnicos y legales que requerían ser aclarados o ampliados. (Folios 1989 a 1991 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

VIGÉSIMO QUINTO: Que mediante el oficio N° 02474-SUTEL-SCS-2021 de fecha 22 de marzo de 2021, la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Viceministerio de Telecomunicaciones que mediante el Acuerdo N° 011-021-2021, adoptado en la sesión ordinaria N° 021-2021, celebrada el día 18 de marzo de 2021, se aprobó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 02156-SUTEL-DGC-2021 emitido en fecha 12 de marzo de 2021, en donde dicho Órgano Regulador reiteró su criterio en los siguientes términos:

*“(…) la SUTEL indicó el ‘desbalance (concentración de espectro) con relación a la asignación de espectro para la implementación de sistemas IMT a favor del Grupo ICE. Este tema ha sido señalado por la Superintendencia en los informes correspondientes al CAE y aún por los operadores móviles actuales (a través de las respuestas a la consulta pública realizada por SUTEL con el fin de elaborar este informe) que entienden que el mercado no es equitativo en este aspecto, el cual es uno de los principales habilitadores del negocio en cuestión. En este sentido, desde la perspectiva de la disposición del espectro al mercado, la SUTEL considera que un nuevo operador móvil requerirá espectro en bandas bajas, medias y altas para desplegar una red que le permita competir con los operadores actuales.’ Este desbalance entre la tenencia de espectro IMT de los operadores actuales a favor del Grupo ICE, ampliamente citada por SUTEL en sus informes de ocupación de espectro IMT siendo el último el aprobado según acuerdo 026-041-2020 del 29 de mayo de 2020 (oficio 04204-SUTEL-DGC-2020 del 14 de mayo de 2020) y los referentes a la propuesta de Cronograma de Asignación de Espectro IMT, y **sobre la cual esta Superintendencia ha recomendado la toma de acciones concretas y pertinentes con el cumplimiento de los principios rectores establecidos en la Ley N°8642, así como la asignación y el uso eficiente del recurso escaso, provoca una serie de problemas al momento de considerar una condición de reserva de espectro para nuevos entrantes.***

(…)

Este recurso, se encuentra asignado en su totalidad a Grupo ICE, a pesar de que la SUTEL ha hecho ver en sus informes de ocupación mencionados, así como los correspondientes a la propuesta de Cronograma de Asignación de Espectro (CAE), que algunos segmentos se encuentran sin utilización o presentan utilización no eficiente. Sin embargo, no se conoce al momento que el Poder Ejecutivo haya tomado las acciones que en derecho correspondan, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°8642, para la recuperación del espectro sin uso o utilizado de manera no eficiente, con el fin de asegurar la optimización del recurso escaso y disponer dicho recurso al mercado en el momento óptimo, para el beneficio de los usuarios finales.

(...)

Sin embargo, como ya se hizo ver en diferentes informes por parte del regulador, incluido el oficio número 00138-SUTEL-DGC-2021, el espectro que se incluirá en un eventual proceso concursal no contempla el recurso de las bandas de frecuencias de 2600 MHz y 3500 MHz, ambas entre las más utilizadas para la implementación de redes IMT y particularmente la última, considerada insignia (...) para el despliegue de redes 5G. Este recurso, se encuentra asignado en su totalidad a Grupo ICE, a pesar de que la SUTEL ha hecho ver en sus informes de ocupación mencionados, así como los correspondientes a la propuesta de Cronograma de Asignación de Espectro (CAE), que algunos segmentos se encuentran sin utilización o presentan utilización no eficiente. Sin embargo, no se conoce al momento que el Poder Ejecutivo haya tomado las acciones que en derecho correspondan, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°8642, para la recuperación del espectro sin uso o utilizado de manera no eficiente, con el fin de asegurar la optimización del recurso escaso y disponer dicho recurso al mercado en el momento óptimo, para el beneficio de los usuarios finales.

(...)

6. Recomendaciones al Consejo

(...)

- *Indicar al MICITT que la situación actual de asignación de espectro IMT en Costa Rica muestra un claro desbalance a favor del Grupo ICE. Este escenario, limita no solo el posible interés de nuevos entrantes de participar en un eventual concurso, sino que implica una distorsión en cuanto a la distribución equitativa del espectro, teniendo en consideración que para los sistemas IMT-2020 se requiere obtener recurso tanto en bandas bajas, medias y altas y milimétricas. Por esta razón, se considera urgente que el MICITT, con base en las recomendaciones ya emitidas por esta Superintendencia, proceda como en derecho corresponda para disponer al mercado en el momento oportuno del espectro IMT que el ICE no utiliza o utiliza de manera ineficiente, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°8642 y el principio rector de optimización del recurso escaso.”. (Énfasis agregado).*

(Folios 1509 a 1522 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

- 5. VIGÉSIMO SEXTO:** Que mediante el oficio N° 03138-SUTEL-SCS-2021 de fecha 19 de abril de 2021, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó que mediante el Acuerdo N° 008-029-2021, adoptado por el Consejo Directivo en la sesión ordinaria N° 029-2021, celebrada el día 15 de abril de 2021, aprobó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 02823-SUTEL-DGC-2021, titulado “*Propuesta de dictamen técnico sobre asignación y uso de los segmentos de frecuencias en las bandas de 2600 MHz, 3500 MHz y 26 GHz por el Instituto Costarricense de Electricidad*”, de fecha 8 de abril de 2021, en donde estableció la existencia de presuntos incumplimientos por parte del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD respecto a su obligación de utilizar y explotar el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz conforme lo regulado en la Ley, lo cual configura una causal prevista en el artículo 22 inciso 1 subapartados a) y b) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones en los siguientes términos:

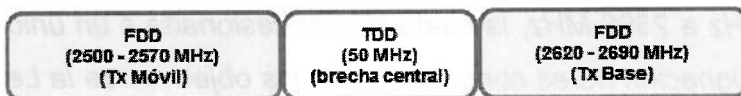
“(...) Durante este proceso, se tomaron las recomendaciones vertidas en el oficio 2755-SUTEL-DGC-2012 del 10 de julio de 2012 denominado ‘Estudio técnico sobre la canalización óptima de las bandas de 2300 MHz y 2600 MHz para servicios IMT’. En este oficio, la SUTEL indicó lo siguiente:

‘Referente a la banda de 2500 MHz a 2690 MHz, la cual está concesionada a un único operador, se destaca que esta asignación no es congruente con los objetivos de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N°8642, establecidos en su artículo 2, debido a que no se promueve una competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles. Tampoco se promueve el desarrollo y uso de los servicios de telecomunicaciones, ni se asegura una eficiente y efectiva asignación, uso y explotación del espectro radioeléctrico.

De la misma manera, la concesión actual de la banda de 2600 MHz no es congruente con lo establecido en el artículo 3 de la Ley N°8642, por cuanto no permite establecer mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad. Por lo anterior, se recomienda el rescato [sic] del recurso escaso, a la luz de lo plasmado por el legislador a través del transitorio IV de la Ley N°8642, dado que a la fecha no ha sido aplicable en todos sus extremos, con respecto a la devolución de bandas de frecuencias que se determinan ‘objeto de reasignación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de esta Ley.’

En concordancia con lo anterior, para dicha reforma, como se indica en el citado Decreto, se tomaron en cuenta las recomendaciones vertidas en el acuerdo 021-018-2013 de la sesión ordinaria 018-2013 del 3 de abril de 2013 mediante el cual se aprobó el oficio 890-SUTEL-DGC-2013 que contiene el informe denominado ‘Necesidades de espectro para el futuro desarrollo de los servicios de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT) en Costa Rica y recomendación de Reforma al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias’, en el cual se recomendó la siguiente modificación para la nota nacional CR 075 correspondiente al uso de la banda de 2600 MHz:

‘CR 075 El segmento de 2500-2690 MHz (banda de 2500 MHz) se atribuye al servicio móvil para el desarrollo del servicio IMT, el cual deberá operar de acuerdo con la siguiente canalización (arreglo C1 de la recomendación UIT-R M.1036):



Por lo tanto, los títulos otorgados a los concesionarios actuales del servicio fijo para radioenlaces punto a punto troncales o de transporte en redes de centros de tránsito de telefonía fija en este segmento, deberán ser reasignados (el recurso) o extintos, lo cual deberá realizarse a más tardar el 1° de julio de 2014.’

(...)

Por lo tanto, es posible notar que las recomendaciones de esta Superintendencia sobre estas bandas de frecuencias a través de los años han mantenido consistencia en cuanto a la necesidad de recuperar el espectro no utilizado o utilizado de manera no eficiente. Al mismo tiempo, es requerido por parte del Poder Ejecutivo, en atención de lo indicado por la Contraloría General de la República en el informe DFOE-IFR-IF-06-2012 respecto a la elaboración de los dictámenes técnicos para la adecuación de los títulos habilitantes por parte de SUTEL y su debido análisis y consideración por parte del Poder Ejecutivo, revisar las adecuaciones realizadas.

(...)

De la referencia anterior es posible extraer que la SUTEL informó al MICITT sobre la no utilización y uso no eficiente del espectro en esta banda por parte del Grupo ICE. Además, señaló la inconsistencia de lo dispuesto en las RT-024-2009-MINAET y RT-024-2009-MINAET en relación con el servicio y uso otorgado en el Permiso N°435-01

CNR y el Acuerdo Ejecutivo N°92-98-MSP, así como la necesidad de liberar el recurso en esta banda para su disposición al mercado a través del procedimiento establecido en el artículo 12 de la Ley N°8642.

En este sentido, la no recuperación y disposición al mercado del espectro sin uso o uso ineficiente, afecta a este último desde el punto de vista de la competencia porque los demás operadores no se desenvuelven en igualdad de condiciones en cuanto a la tenencia de espectro destinado para el despliegue de sistemas IMT (caso de Costa Rica, donde se presenta un desbalance a favor del Grupo ICE) y desde la perspectiva de los usuarios finales, que podrían elegir entre más y mejores servicios si se aumenta la competencia en un mercado específico, máxime de cara a la implementación de redes IMT-2020 (5G). Adicionalmente, que el no uso o uso no eficiente del espectro para las bandas de 2600 MHz, (...), como lo ha hecho ver esta Superintendencia en los citados oficios, no es consistente con el principio de optimización del recurso escaso, así como la asignación y uso eficiente del espectro.”

Con sustento en lo expuesto, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones recomendó al Poder Ejecutivo lo siguiente: *“Indicar al Poder Ejecutivo, considerando lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°8642, proceder como en derecho corresponda para la recuperación del espectro no utilizado y el utilizado de forma no eficiente, según los dictámenes técnicos emitidos por esta Superintendencia, con énfasis en las bandas de 2600 MHz (...).”*

(Folios 1523 a 1533 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

VIGÉSIMO SÉTIMO: Que mediante **oficio N° 04469-SUTEL-SCS-2021** de fecha 28 de mayo de 2021, la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió el dictamen técnico emitido mediante **oficio N° 04171-SUTEL-DGC-2021** titulado *“Comentarios al documento ‘El camino de Costa Rica hacia las redes IMT-2020’ elaborado por el MICITT”*, de fecha 19 de mayo de 2021, aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N° 013-041-2021, adoptado en la sesión ordinaria 041-2021, celebrada en fecha 27 de

mayo de 2021. En dicho dictamen técnico, la SUTEL recomendó: “(...) ▪ *Hacer ver al MICITT sobre el documento denominado ‘El camino de Costa Rica hacia las redes IMT-2020’, que Costa Rica se encuentra atrasada en la toma de las acciones necesarias que permitan un desarrollo oportuno de las redes IMT-2020, por lo que se reiteran los riesgos señalados en el acuerdo 014-045-2020, del 19 de junio del 2020 (informe 05071-SUTEL-DGC-2020), respecto al impacto económico negativo para el país de no emprender las acciones correspondientes para que el sector tenga a disposición las bandas con mayores economías de escala y desarrollos a nivel mundial para la provisión de estos servicios.(...) ▪ Reiterar la necesidad de revisar las adecuaciones RT-024-2009-MINAET, (...), RT-010-2010-MINAET (...) de los títulos habilitantes otorgados al ICE (...), a la luz de las disposiciones del informe número DFOE-IFR-IF-6-2012 de la Contraloría General de la República, de manera que se verifiquen las determinaciones adoptadas en éstas en contraste con las recomendaciones técnicas de esta Superintendencia en el oficio 251-SUTEL-2009 y los acuerdos 015-075-2012, del 5 de diciembre de 2012 (informe 4629-SUTEL-DGC-2012 [sic]), 033-040-2019, del 27 de junio del 2019 (informe 5348-SUTEL-DGC-2019 [sic]), 014-045-2020, del 19 de junio de 2020 (informe 05071-SUTEL-DGC-2020), 019-088-2020, del 17 de diciembre de 2020 (informe 10982-SUTEL-DGC-2020) y 008-029-2021, del 15 de abril de 2021 (informe 02823-SUTEL-DGC-2021)”. (Folios 1560 a 1567 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).*

VIGÉSIMO OCTAVO: Que mediante oficio N° 04548-SUTEL-SCS-2021 de fecha 01 de junio de 2021, la Superintendencia de Telecomunicaciones en su carácter de Autoridad Sectorial de competencia de los servicios de telecomunicaciones, remitió al Viceministerio de Telecomunicaciones el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 04225-SUTEL-OTC-2021 titulado “*Informe sobre asignación de espectro para despliegue futuro de redes 5G desde la perspectiva de la competencia*”, de fecha 19 de mayo de 2021, aprobado mediante Acuerdo N° 031-041-2021 adoptado en la sesión ordinaria N° 041-2021 de fecha 27 de mayo de 2021, en el cual recomendó iniciar de manera inmediata con la aplicación del artículo 22 de la Ley N° 8642, para efectos de determinar la verdad real de los hechos sobre los presuntos incumplimientos de las obligaciones prestacionales por parte del INSTITUTO COSTARRICENSE DE

ELECTRICIDAD en cuanto a los indicios de no utilización o subutilización del segmento de frecuencias de 2600 MHz, en los siguientes términos:

“(…)

En cuanto al uso del espectro por bandas por parte del ICE, operador que concentra su asignación, en particular, en las bandas medias que sí puede utilizar en IMT (2600 MHz y 3500 MHz) únicamente utiliza 120 MHz, que representa el 31% del espectro que le fue asignado (ver detalle Gráfico III Figura V). Al realizar el ejercicio de determinación de las bandas que presentan ineficiencia en su uso para sistemas IMT, surge el hallazgo que un 37% del espectro adjudicado 2600 MHz (70 MHz), así como el 100% del espectro de 3500 MHz (200 MHz), se utiliza para fines diferentes.

(…)

- i. Iniciar de manera inmediata, en aplicación del artículo 22 de la Ley 8642, las acciones necesarias para que todos los operadores móviles que prestan servicios en el mercado puedan tener acceso a las bandas de frecuencias de 2600 MHz y (...), con el objetivo de que todos los proveedores de servicios de telecomunicaciones móviles puedan competir en igualdad de condiciones en la prestación de servicios 5G.*
- ii. Recuperar en el menor plazo posible el espectro no utilizado o cuyo uso sea ineficiente en las bandas de 2600 MHz y (...), para lo cual se deberá tener en consideración que la necesidad de espectro ideal requerida por los operadores para el despliegue de 5G en bandas medias es de 80-100 MHz de espectro continuo.*
- iii. Poner a disposición del mercado en el corto plazo el espectro recuperado en las bandas de 2600 MHz y (...) para prevenir que se presenten distorsiones a la competencia del mercado de telecomunicaciones móviles, dada la actual situación de asimetría que existe actualmente en materia de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios IMT.*
- iv. Instruir el eventual concurso para el despliegue de redes IMT-2020 una vez que se inicien los procesos correspondientes dispuestos en el artículo*

22 de la Ley 8642 para la recuperación del espectro sin uso o utilizado de manera no eficiente en las bandas de 2600 MHz y (...).

- v. Realizar las acciones necesarias para evitar que continúen presentándose situaciones en las cuales un operador particular tenga más espectro del realmente requerido para la provisión de servicios IMT, esto con el objetivo de prevenir que dicha situación se convierta en una barrera de entrada para los despliegues 5G de otros operadores, para lo cual debe iniciar la revisión de la adecuación del Grupo ICE y sus empresas de conformidad con las recomendaciones de la Contraloría General de la República.*

(...)"

(Folios 1534 a 1559 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

VIGÉSIMO NOVENO: Que mediante oficio N° 04743-SUTEL-SCS-2021 de fecha 07 de junio de 2021, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó que mediante el Acuerdo N° 025-042-2021, adoptado por el Consejo Directivo en la sesión ordinaria N° 042-2021 celebrada el día 03 de junio de 2021, aprobó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 04482-SUTEL-DGC-2021, titulado *"Propuesta de informe sobre factibilidad de un eventual proceso concursal para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público a través de sistemas IMT"* de fecha 28 de mayo de 2021, en el que estableció:

"(...)

2. Sobre la recomendación de SUTEL respecto a las bandas de 2600 MHz (...) y su relación con la factibilidad de realizar un procedimiento concursal de espectro IMT

(...)

Adicionalmente, debe mencionarse lo recomendado por esta Superintendencia mediante el acuerdo 008-029-2021 del 15 de abril de 2021 que aprobó el informe 02823-SUTEL-DGC-2021 del 8 de abril de 2021 y acuerdo 031-041-2021 del 27 de mayo de 2021 que aprobó el informe 04225-SUTEL-OTC-2021 del 19 de mayo de 2021, en los cuales se indicó:

‘Recomendar al Poder Ejecutivo proceder como en derecho corresponda respecto al análisis de las inconsistencias de las resoluciones RT-024-2009-MINAET y RT-024-2009-MINAET respecto al uso habilitado para las bandas de frecuencias de 2600 MHz y 3500 MHz, a la luz de las disposiciones del informe número DFOE-IFR-IF-6-2012 de la Contraloría General de la República. (...)’

(...)

Hacer ver al MICITT que a pesar de que Costa Rica ha iniciado los estudios previos para un eventual proceso concursal, el tiempo estimado para la asignación del recurso es de 24 meses y que, para considerar al país como adelantado en comparación con otros países de la región, es necesario disponer al mercado del espectro radioeléctrico requerido para el despliegue de redes 5G, como las bandas de 2600 MHz (...).’

‘i. Iniciar de manera inmediata, en aplicación del artículo 22 de la Ley 8642, las acciones necesarias para que todos los operadores móviles que prestan servicios en el mercado puedan tener acceso a las bandas de frecuencias de 2600 MHz (...), con el objetivo de que todos los proveedores de servicios de telecomunicaciones móviles puedan competir en igualdad de condiciones en la prestación de servicios 5G.

ii. Recuperar en el menor plazo posible el espectro no utilizado o cuyo uso sea ineficiente en las bandas de 2600 MHz (...), para lo cual se deberá tener en consideración que la necesidad de espectro ideal requerida por los operadores para el despliegue de 5G en bandas medias es de 80 [MHz]-100 MHz de espectro continuo.

iii. Poner a disposición del mercado en el corto plazo el espectro recuperado en las bandas de 2600 MHz (...) para prevenir que se presenten distorsiones a la competencia del mercado de telecomunicaciones móviles, dada la actual situación de asimetría que existe actualmente en materia de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios IMT.

iv. Instruir el eventual concurso para el despliegue de redes IMT-2020 una vez que se inicien los procesos correspondientes en el artículo 22 de la Ley 8642 para la recuperación del espectro sin uso o utilizado de manera no eficiente en las bandas de 2600 MHz (...).

(...)'

De las recomendaciones anteriores se puede extraer que esta Superintendencia considera urgente la recuperación del recurso ocioso, así como el utilizado de manera no eficiente en las bandas de 2600 MHz (...), con el fin de que se dispongan al mercado en el corto plazo.

Es decir, esta Superintendencia considera, una vez analizado el interés de los operadores y posibles nuevos entrantes sobre este recurso, así como las tendencias mundiales en cuanto al uso de estas bandas de frecuencias, que el eventual proceso concursal debe incluir el espectro de las bandas de 700 MHz, 2300 MHz, 3300 MHz a 3400 MHz, 26 GHz y 28 GHz, así como el recurso recuperado de las bandas de 2600 MHz y 3500 MHz.

Esta recomendación se realiza desde el punto de vista técnico, con el fin de atender el requerimiento del MICITT, tomando en cuenta el escenario ideal que permita a los operadores que resulten adjudicados la implementación de redes IMT-2020 utilizando las bandas de frecuencias que cuentan con mayores economías de escala y despliegues alrededor del mundo, facilitando el desarrollo de estas redes y el acceso a más y mejores servicios por parte de los usuarios finales.

Finalmente, sobre este tema debe señalarse que esta Superintendencia, como se detalló en el acuerdo 018-041-2021 del 28 de mayo de 2021 en el cual se aprobó el informe número 04171- SUTEL-DGC-2021 del 19 de mayo de 2021, desde el 2009 ha remitido informes técnicos al Poder Ejecutivo, recomendando la recuperación del recurso sin uso o utilizado de manera ineficiente por parte del Grupo ICE en las bandas de frecuencias de 2600 MHz y 3500 MHz, lo que indica que a la fecha no se han emprendido las acciones recomendadas por la SUTEL desde la citada fecha.

En este sentido, el eventual impacto negativo de demorar la instrucción de los procesos de asignación de espectro es una realidad en nuestro país, debido a la inacción del Poder Ejecutivo para la recuperación del recurso señalado a pesar de contar con recomendaciones concretas de esta Superintendencia hace más de una década. Por lo tanto, las acciones aquí recomendadas para el eventual proceso concursal pretenden disminuir este impacto de ahora en adelante, al brindar al mercado la oportunidad de obtener el recurso que se considera primordial para el desarrollo de la tecnología 5G, específicamente el espectro en bandas medias.”. (Énfasis agregado).

A partir del análisis técnico y jurídico efectuado por la Dirección General de Calidad en el referido dictamen técnico, el Consejo Directivo de dicho Órgano Regulador resolvió lo siguiente:

“(…)

- I. Dar por recibido y acoger el informe 04482-SUTEL-DGC-2021, del 28 de mayo del 2021, por medio del cual la Dirección General de Calidad presenta para consideración del Consejo la propuesta de informe sobre la factibilidad de un eventual proceso concursal para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, a través de sistemas IMT.*
- II. Indicar al Poder Ejecutivo que, desde el punto de vista técnico, económico y de mercado, **el eventual proceso concursal es factible si incluye el***

espectro de las bandas de 700 MHz, 2300 MHz, 3300 MHz a 3400 MHz, 26 GHz y 28 GHz, así como el recurso recuperado de las bandas (...) y 3500 MHz. Lo anterior, considerando el interés mostrado por los operadores y posibles nuevos entrantes, así como el escenario que permita a los eventuales adjudicados el despliegue de redes IMT-2020 en las bandas de frecuencias que cuentan con mayores economías de escala y despliegues comerciales alrededor del mundo, así como, necesario para promover la competencia efectiva.

- III.** Indicar al Poder Ejecutivo, considerando lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°8642, proceder como en derecho corresponda para la recuperación del espectro ocioso y el utilizado de manera no eficiente, según los dictámenes técnicos emitidos por esta Superintendencia, con énfasis en las bandas de 2600 MHz. (...). (Énfasis agregado).

(Folios 1568 a 1573 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TRIGÉSIMO: Que mediante memorándum N° MICITT-DERRT-DAER-MEMO-120-2021 de fecha 8 de agosto de 2021, el Departamento de Administración del Espectro Radioeléctrico remitió el Informe Técnico N° MICITT-DERRT-DAER-INF-112-2021 titulado “*Consideraciones técnicas respecto a las recomendaciones de la SUTEL en relación con la banda de 2500 MHz a 2690 MHz emitidas entre el 2017 y el 2021 (actualización del criterio MICITT-GAER-INF-183-2016)*”, de fecha 03 de agosto de 2021, en el cual actualizó el criterio previamente emitido mediante el Informe Técnico N° MICITT-GAER-INF-183-2016, considerando para ello los dictámenes técnicos rendidos por la Superintendencia de Telecomunicaciones entre los años 2017 y 2021 hasta la fecha de emisión del referido criterio técnico, señalando:

“Cabe mencionar que los actuales despliegues de LTE a nivel global en la banda de 2600 MHz han requerido alguna planificación para migración o ‘refarming’ de redes anteriores (3G o 2G), de manera que se pudieran efectivamente realizar despliegues 4G / LTE en esa banda de frecuencias, siendo que estas redes al día de hoy cuentan con vigencia en

los plazos técnicos de operación dentro del ciclo de vida de esta tecnología (es decir, LTE no podría considerarse a la fecha de elaboración del presente informe como una tecnología legada). Esto hace que, el espectro de la banda de 2600 MHz pueda proyectarse por las Administraciones para despliegues aún en tecnologías LTE, o proyectar despliegues 'Green field' para redes del tipo 5G. Asimismo, es posible planificar técnicamente un 'refarming' de esta banda de LTE hacia 5G, esto último a través del uso de tecnologías como la compartición dinámica del espectro (DSS, por sus siglas en inglés) entre portadoras de LTE y 5G de manera simultánea.

Todas estas posibilidades hacen que esta banda de frecuencias (catalogada dentro de la categoría de 'bandas medias') **se proyecte como una de las bandas centrales para el despliegue de las redes 5G a nivel mundial, así como tecnologías de 4G LTE, gracias a la gran cantidad de despliegues existentes y a la flexibilidad en el uso de distintos esquemas de arreglos de radiocanales aprobados hoy en día.**

(...)

De la información provista por la SUTEL en los distintos dictámenes técnicos listados en la tabla anterior, se observa un uso histórico de distintas portadoras por parte del ICE en la banda de 2600 MHz, que ha involucrado la reutilización de algunas de las portadoras que por canalización se encuentran disponibles en los distintos anchos de banda que pueden ser técnicamente factibles en su utilización en redes del tipo LTE, y que ya se han mencionado en el presente informe técnico. No obstante, respecto a esta reutilización de portadoras, que históricamente ha realizado el ICE en esta banda de frecuencias, por ejemplo, para el año 2019, la SUTEL indica en el dictamen N° 10425-SUTEL-DGC-2019 que 'aproximadamente en un 39% de los sitios solo se está utilizando 1 portadora, en un 40% de los sitios se utilizan simultáneamente 2 portadoras, en un 6% de los sitios se utilizan 3 portadoras con uso simultáneo y en un 15% de los sitios no se registran transmisiones. De lo anterior, se evidencia que las proporciones de uso de las portadoras demuestran que, a pesar de existir una mayor cantidad de utilización respecto al informe 05348-SUTEL-DGC-2019, se mantiene un uso ineficiente del espectro (...);

ello a pesar de un escenario donde el ICE aparentemente realizó una utilización de portadoras de 20 MHz de ancho de banda, en simultáneo con portadoras con un ancho de banda menor.

Este escenario descrito por la SUTEL parece evidenciar que, a pesar de que históricamente el ICE parece haber empleado cada vez más portadoras con diferentes anchos de banda en esta banda de frecuencias (hasta un total al día de hoy de 2x60 MHz en FDD, total de 120 MHz), lo realiza solo parcialmente para cada portadora en distintas regiones geográficas, sin emplear técnicas para reúso de portadoras, lo cual parece apuntar técnicamente hacia un uso no eficiente del espectro en FDD otorgado en la banda de 2600 MHz al ICE. Esto adicionado al presunto no uso de 2x10 MHz en FDD y 50 MHz en TDD reportado consistentemente por la SUTEL a lo largo del tiempo (total de 70 MHz)

Asimismo, y ya para el año 2020, la SUTEL señala en el dictamen técnico N° 04204-SUTEL-DGC-2020 que, 'de los 140 MHz destinados para servicios IMT en FDD en esta banda, el ICE actualmente se encuentra explotando un máximo de 120 MHz, según los resultados mostrados en las gráficas anteriores. No obstante, utiliza mayoritariamente dos portadoras de 20 MHz y una tercera con menor nivel de intensidad, con poca utilización, con anchos de banda que varían por zona entre 15 MHz y 20 MHz, por lo que no se presenta reutilización del espectro asignado (...).'

En este sentido, y alineado con el uso histórico de portadoras en esta banda reportado por la SUTEL, técnicamente es posible mencionar para este Departamento que la utilización de las distintas portadoras disponibles en esta banda efectivamente parece realizarse sin contemplar las posibilidades y técnicas de reutilización de espectro discutidas en el presente informe técnico, de manera que con un cierto ancho de banda en esta banda de frecuencias puedan satisfacerse parte de los servicios de telecomunicaciones de la población.

Adicionalmente, el uso histórico de esta banda de frecuencias por parte del ICE, según las mediciones aportadas por la SUTEL, sugieren una utilización (no eficiente) de espectro mucho mayor a los ejemplos de asignación y uso de espectro a nivel global que se detallaron en la tabla 2 del presente informe; es decir, en apariencia, para cubrir parte de las necesidades de servicios de telecomunicaciones del ICE, esta empresa hace uso, históricamente, de varias portadoras de 2 x 40 MHz FDD, adicionales a otras portadoras con otros anchos de banda, siendo que ese escenario supera el caso con mayor asignación mostrado en la tabla 2, el cual es el caso del operador Telstra, con una asignación de únicamente 2 x 40 MHz FDD para cubrir nacionalmente un país como lo es Australia, mismo que cuenta con una superficie 150 veces mayor que Costa Rica, y una población 5 veces mayor que la costarricense. Visto de otra forma, parece claro el por qué se da un uso reportado por la SUTEL como ineficiente por parte del ICE de 120 MHz en FDD para un país con la extensión territorial y población de Costa Rica, dadas las facilidades y eficiencia espectral que puede dar esta banda cuando se tiene un diseño de ingeniería acorde el cual permite servir un país y centros de población muy densamente poblados como Australia con mucho menos espectro de lo que utiliza el ICE.

Por otra parte, en cuanto a las mediciones y reportes brindados por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones respecto al uso de esta banda por parte del ICE, cabe señalar que además del presunto no uso de 2x10 MHz en FDD, se observan indicios de no uso total del espectro en modalidad TDD en esta banda de frecuencias, donde cabe recordar que este espectro brinda 50 MHz de ancho de banda, mismo que brinda amplias posibilidades técnicas de brindar mejores servicios a la población potenciando las redes actuales, o desplegando redes de nueva generación como lo son las IMT-2020, empleando los cada vez más comunes sistemas activos de antenas, tanto para LTE como para 5G.

Por todo lo expuesto anteriormente, es posible indicar técnicamente por parte de este Departamento que, en virtud de los elementos técnicos que indica la SUTEL respecto a la posible existencia de usos ineficientes del espectro por parte del ICE

en esta banda de frecuencias, poseen asidero técnico y que existen indicios de no uso parcial y de usos no eficientes en la banda de 2600 MHz por parte de ese operador, por lo que deben tomarse las acciones y realizarse los análisis jurídicos que correspondan de conformidad con el marco normativo vigente.

(...)

De forma general, y según lo analizado en el presente informe técnico, los resultados, análisis y recomendaciones desde el año 2017 a la fecha, contenidos en dichos dictámenes de la SUTEL listados en la Tabla 1 del presente informe, en cuanto a la evaluación del uso del espectro, específicamente en lo referente a la banda de 2600 MHz por parte del Instituto Costarricense de Electricidad resultan ser consistentes, y por ende se concluye por parte de este Departamento que existen técnicamente indicios de un posible uso ineficiente del recurso otorgado en esta banda de frecuencias al ICE. Debido a lo anterior, es posible concluir que se mantiene vigente la recomendación emitida en el informe técnico N° MICITT-GAER-INF-183-2016.

Cabe mencionar que, tanto los protocolos de medición como los procedimientos que la SUTEL empleó para llevar a cabo la recopilación de muestras de medición en esta banda de frecuencias, al contemplar la normativa técnica emanada por parte de la UIT, se asegura la precisión en las mediciones obtenidas y en la recolección de la información producto de dichas mediciones, por lo que es posible técnicamente reiterar por parte de este Departamento la existencia de los indicios de posibles usos no eficientes en esta banda de frecuencias señalados en el párrafo anterior.”. (Énfasis agregado).

(Folios 1618 a 1664 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que mediante el oficio N° 07342-SUTEL-SCS-2021 de fecha 09 de agosto de 2021, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Viceministerio de Telecomunicaciones que, mediante el Acuerdo de su Consejo Directivo N° 024-054-2021, adoptado en la sesión ordinaria N°

054-2021 celebrada en fecha 05 de agosto de 2021, se aprobó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 06531-SUTEL-DGC-2021 titulado “Informe sobre los resultados obtenidos mediante mediciones automáticas llevadas a cabo con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) para las bandas de frecuencias de los sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT)”, de fecha 15 de julio de 2021, en donde la Superintendencia de Telecomunicaciones manifestó lo siguiente:

“(…)

11. Resultados obtenidos de las mediciones automáticas para la banda de frecuencias de 2600 MHz

(…)

En los siguientes gráficos se muestra el uso de los segmentos de frecuencias detallados en la tabla anterior, cuyos resultados se obtuvieron aplicando el procedimiento descrito en la sección 2 del presente informe.

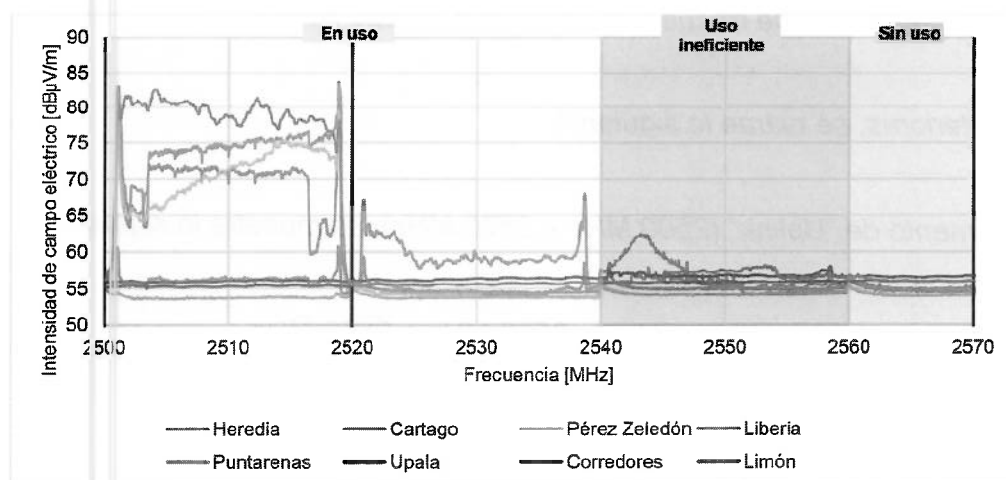


Gráfico 14. Uso del segmento de frecuencia 2500 MHz – 2570 MHz.

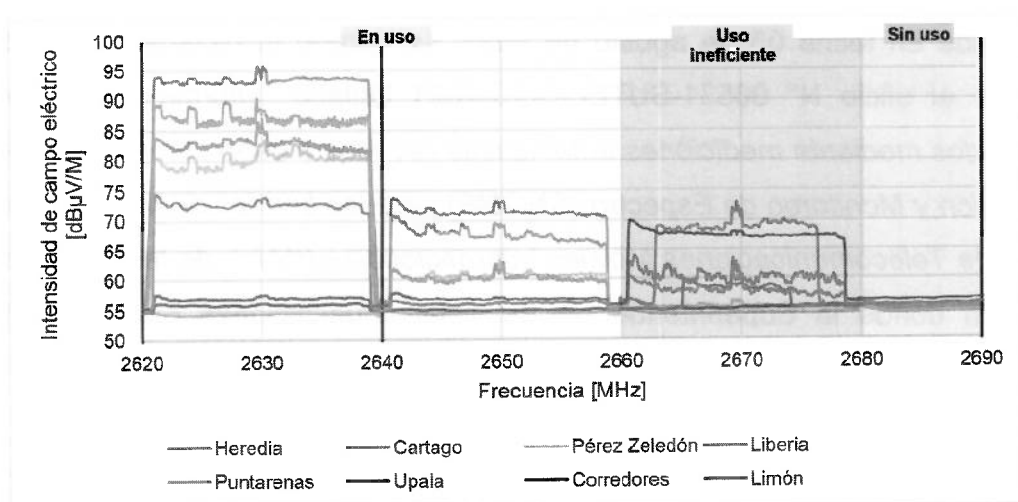


Gráfico 15. *Uso del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz(…).*

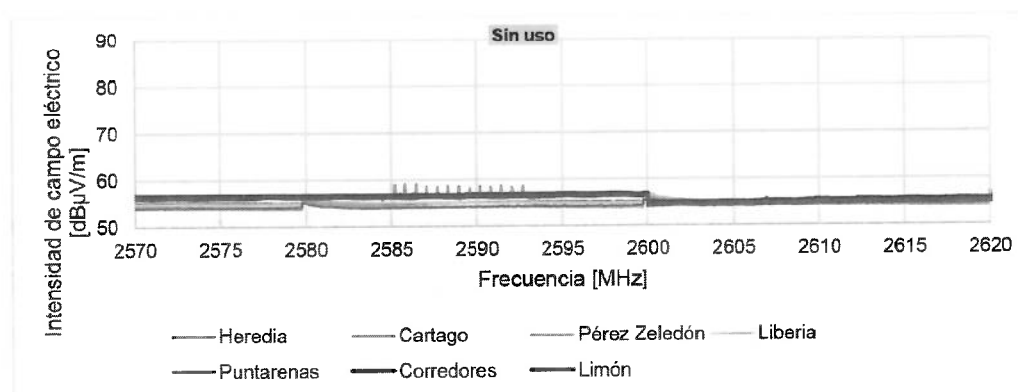


Gráfico 16. *Uso del segmento de frecuencia 2570 MHz – 2620 MHz(…).*

De los gráficos anteriores, se extrae lo siguiente:

- Respecto al segmento de “Uplink” (2500 MHz a 2570 MHz), se muestra lo siguiente:

Tabla 3. *Detalle sobre el uso del segmento de 2500 MHz a 2570 MHz*

Segmento de frecuencias	Detalle sobre el uso del recurso							
	Heredia	Cartago	Pérez Zeledón	Liberia	Puntarenas	Upala	Corredores	Limón
2500 MHz a 2520 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz
2520 MHz a 2540 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz*	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso
2540 MHz a 2560 MHz	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 10 MHz
2560 MHz a 2570 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso

* Portadoras con nivel de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido.

De la tabla anterior, se tiene que en algunos segmentos no existe consistencia en la utilización según lo mostrado en la parte alta de la banda (“Downlink”). En cualquier caso, se mantiene la utilización de una (1) portadora de 2 x 10 MHz de ancho de banda (2545 MHz a 2555 MHz) en Limón.

En todo caso, como se indicó en la tabla anterior, existen algunas portadoras con niveles de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido, por lo que, resulta conveniente estimar el porcentaje de uso de esta banda analizando el segmento de “Downlink”, considerando que la canalización es FDD.

▪ Particularmente, la referente al segmento de “Downlink”, (2620 MHz a 2690 MHz), se refleja lo siguiente:

Tabla 4. Detalle sobre el uso del segmento de 2620 MHz a 2690 MHz

Segmento de frecuencias	Detalle sobre el uso del recurso							
	Heredia	Cartago	Pérez Zeledón	Liberia	Puntarenas	Upala	Corredores	Limón
2620 MHz a 2640 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz
2640 MHz a 2660 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*
2660 MHz a 2680 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz*	En uso 15 MHz	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz	En uso 10 MHz
2680 MHz a 2690 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso

* Portadoras con nivel de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido.

De la tabla anterior, se tiene que en la mayoría de los casos donde existe un uso en algún segmento de frecuencias corresponde a portadoras con un ancho de banda de 20 MHz. Sin embargo, para la estación de Liberia se observa una (1) portadora de 2 x 15 MHz (2662.5 MHz a 2677.5 MHz) de ancho de banda y en Limón se observa una (1) portadora de 2 x 10 MHz de ancho de banda (2665 MHz a 2675 MHz).

En relación con el segmento destinado para servicios IMT en TDD (rango comprendido entre 2570 MHz a 2620 MHz), no se registra utilización por parte del Instituto Costarricense de Electricidad en ninguna de las zonas cubiertas por las estaciones del SNGME.

En resumen, de los 140 MHz destinados para servicios IMT FDD en esta banda, el ICE actualmente muestra una mayor utilización de dos (2) portadoras de 2 x 20 MHz en los segmentos de 2620 MHz a 2640 MHz y 2640 MHz a 2660 MHz, dado que se detectó uso en siete (7) y seis (6) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME, respectivamente, a pesar de que, para ambas portadoras, en dos (2) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido.

El segmento de 2660 MHz a 2680 MHz muestra un uso no eficiente, debido a una baja reutilización de la portadora completa, por cuanto se detectó el uso de los 20 MHz en cuatro (4) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME aunque en uno (1) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido. Adicionalmente, para este segmento, en otros dos (2) sitios se detectó el uso de portadoras con ancho de banda inferior (2 x 10 MHz y 2 x 15 MHz para Limón y Liberia, respectivamente).

Al respecto, es posible señalar según los resultados mostrados en las gráficas anteriores, que el porcentaje de no uso de la banda FDD y TDD corresponde a un 37% (FDD: 2560 MHz a 2570 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz; TDD: 2570 MHz a 2620 MHz). Así las cosas, se recomienda al Consejo reiterar al Poder Ejecutivo que, de conformidad con el artículo 22 de la Ley N°8642, realice las gestiones consistentes con el principio de optimización del recurso escaso y proceda como en derecho corresponda sobre este segmento.

(...)

13. Conclusiones

(...)

13.9. Sobre la banda de frecuencia 2600 MHz

13.9.1. De los 140 MHz destinados para servicios IMT en FDD en esta banda, el ICE actualmente muestra una mayor utilización de dos (2) portadoras de 2 x 20 MHz en los segmentos de 2620 MHz a 2640 MHz y 2640 MHz a 2660 MHz, dado que se detectó uso en siete (7) y seis (6) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME, respectivamente, a pesar de que, para ambas portadoras, en dos (2) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido. El segmento de 2660 MHz a 2680 MHz muestra un uso no eficiente, debido a una baja reutilización de la portadora completa, por cuanto se detectó el uso de los 20 MHz en cuatro (4) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME aunque en uno (1) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido. Adicionalmente, para este segmento, en otros dos (2) sitios se detectó el uso de portadoras con ancho de banda inferior (2 x 10 MHz y 2 x 15 MHz para Limón y Liberia, respectivamente).

13.9.2. El porcentaje de no uso de la banda de 2600 MHz considerando ambas canalizaciones FDD y TDD corresponde a un 37% (FDD: 2560 MHz a 2570 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz; TDD: 2570 MHz a 2620 MHz).

13.9.3. De conformidad con el artículo 22 de la Ley N°8642 y con el principio de optimización del recurso escaso, se requiere la toma de acciones por parte del Poder Ejecutivo para recuperar el espectro asignado no utilizado y el subutilizado, con el fin de poner a disposición del mercado dicho recurso para el desarrollo de sistemas IMT, en concordancia con las tendencias mundiales.

13.9.4. La situación sobre la no utilización y uso no eficiente (subutilización) de esta banda se ha mantenido en el tiempo, lo cual ha sido documentado por esta Superintendencia y remitido al MICITT desde el año 2012 (...) a través del acuerdo 015-075-2012 del 5 de diciembre de 2012 (informe 4629-SUTEL-DGC-2012).

(...)

14. Propuestas al Consejo

Con base en los resultados y conclusiones del presente estudio, se propone al Consejo de esta Superintendencia valorar lo siguiente:

(...)

- *Hacer ver al Poder Ejecutivo que las condiciones de no uso del espectro y uso ineficiente de la banda de 2600 MHz, así como la necesidad de su recuperación, han sido indicadas por esta Superintendencia desde el 2012 a través del acuerdo 015-075-2012 del 5 de diciembre de 2012 (informe 4629-SUTEL-DGC-2012). En este sentido, se insiste al Poder Ejecutivo la toma de acciones de conformidad con el artículo 22 de la Ley N°8642, considerando que esta banda muestra un 37% de no utilización (FDD: 2560 MHz a 2570 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz; TDD: 2570 MHz a 2620 MHz), así como de los segmentos utilizados de manera no eficiente, lo que roza con el principio de optimización del recurso escaso y el objetivo de uso y asignación eficiente del recurso. (...).*

(Folios 1665 a 1702 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que el Departamento de Normas y Procedimientos en Telecomunicaciones de la Dirección de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones del Viceministerio de Telecomunicaciones del MICITT, emitió el Informe Técnico Jurídico N° MICITT-DCNT-DNPT-INF-158-2021, titulado *“Informe Jurídico para Determinar el Mérito para la Apertura de un Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio por Presunto Incumplimiento de las Obligaciones Legales Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP del 25 de Setiembre de 1998 Segmento de Frecuencias de 2 500 MHz a 2 690 MHz*

Instituto Costarricense de Electricidad”, de fecha 05 de octubre de 2021, en donde dicha Dirección concluyó y recomendó en lo conducente lo siguiente:

“IV. CONCLUSIONES

(...)

31. Que, de conformidad con los dictámenes técnicos emitidos mediante oficios N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012, N° 5726-SUTEL-DGC-2016 de fecha 04 de agosto de 2016, N° 03145-SUTEL-DGC-2017 de fecha 18 de abril de 2017, N° 03820-SUTEL-DGC-2019 de fecha 07 de mayo de 2019, N° 05348-SUTEL-DGC-2019 de fecha 19 de junio de 2019, N° 10425-SUTEL-DGC-2020 de fecha 20 de noviembre de 2020; N° 04204-SUTEL-DGC-2020 de fecha 14 de mayo de 2020, N° 05071-SUTEL-DGC-2020 de fecha 09 de junio de 2020, N° 02823-SUTEL-DGC-2021 de 8 de abril de 2021, N° 04225-SUTEL-OTC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021; N° 04482-SUTEL-DGC-2021 [de fecha 28 de mayo de 2021] y N° 06531-SUTEL-DGC-2021 de fecha 15 de julio de 2021, emitidos por el Órgano Regulador, pone en evidencia una constante situación respecto a la condición del uso del segmento de frecuencias, en cuanto a la subutilización de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, concesionado al ICE, en las condiciones dispuestas por el título habilitante Acuerdo Ejecutivo 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, en cumplimiento de la normativa vigente. Esta condición de presunto no uso del segmento de frecuencias, contravendría de ser comprado, las disposiciones del artículo 49 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, respecto a las obligaciones de los operadores y proveedores de ‘Operar las redes y prestar los servicios en las condiciones que establezcan el título habilitante respectivo, así como la ley, los reglamentos y las demás disposiciones que al efecto se dicten’.

V. RECOMENDACIONES

(...)

2. Que el señor Viceministro de Telecomunicaciones recomiende al Poder Ejecutivo **valorar INSTRUIR** al Órgano Directo[r] a emitir un informe sobre los resultados de la instrucción del procedimiento ordinario sancionatoria [sic] correspondiente, así como emitir una recomendación debidamente motivada al Poder Ejecutivo sobre la procedencia o no de alguna causal que amerite la revocación de la concesión otorgada al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139, por el presunto incumplimiento de las obligaciones y condiciones derivadas del título habilitante de concesión otorgado mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP del 25 de setiembre de 1998, y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, en relación con el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, con absoluto apego a los principios del debido proceso y derechos de defensa del instituto investigado (...)"

(Folios 2187 a 2304 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TRIGÉSIMO TERCERO: Que las Direcciones de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones y de Espectro Radioeléctrico y Redes de Telecomunicaciones del Viceministerio de Telecomunicaciones del MICITT, emitieron el Informe Conjunto N° MICITT-DCNT-INF-029-2021, MICITT-DERRT-INF-009-2021 de fecha 19 de octubre de 2021, titulado "Análisis técnico jurídico de los dictámenes técnicos N° 05348-SUTEL-DGC-2019, N° 10425-SUTEL-DGC-2019 y N° 05071-SUTEL-DGC-2020", de fecha 06 de setiembre de 2021, en donde dichas Direcciones indicaron en lo conducente lo siguiente:

"Banda de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz

(...)

□ **Problemática e implicaciones señaladas por la SUTEL:** En vista de los indicios recolectados por la SUTEL, técnicamente los mismos parecen implicar un retraso

respecto al desarrollo global en las bandas 'IMT', de ahí que la SUTEL considera necesario concluir la revisión jurídica de los actos administrativos de la adecuación de los títulos habilitantes conferidos al ICE, para determinar la verdad real de los hechos y determinar la condición jurídica y registral del segmento de frecuencias.

□ **Propuesta:** *Considerando la situación registral de la misma, plantea poner a disposición a mediano plazo el recurso para sistemas 'IMT' y aplicar el procedimiento que corresponda a los títulos habilitantes del concesionario actual, con el fin de disponer el recurso sin uso para sistemas 'IMT'.*

□ **Criterio DERRT y DCNT:** *En vista de los indicios presentados por parte de la SUTEL en sus distintos dictámenes técnicos, es importante que la Administración los valore oportuna y convenientemente a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en el ejercicio de sus potestades públicas, para que de esta forma se asegure en todo momento el cumplimiento de los objetivos de la gestión y uso eficiente del espectro radioeléctrico del país, siendo que ya el PNAF incorpora las condiciones técnicas para el efectivo uso de esta banda de frecuencias para sistemas 'IMT'.*

(Folios 2497 a 2590 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TRIGÉSIMO CUARTO: Que mediante el oficio N° 10214-SUTEL-SCS-2021 de fecha 01 de noviembre de 2021, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Viceministerio de Telecomunicaciones que mediante el Acuerdo de su Consejo N° 010-073-2021, adoptado en la sesión ordinaria N° 073-2021 celebrada en fecha 28 de octubre de 2021, se aprobó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 09509-SUTEL-DGC-2021 de fecha 08 de octubre de 2021, titulado *"Propuesta de dictamen técnico sobre la recuperación del espectro ocioso o utilizado de manera ineficiente otorgado al grupo ICE"*, en donde la Superintendencia de Telecomunicaciones señaló lo siguiente con respecto a la banda de 2600 MHz:

"(...)

Para el caso de la banda de 2600 MHz, como se indicó en el acuerdo 024-054-2021 (informe 06531-SUTEL-DGC-2021) el porcentaje de no uso de la banda FDD y TDD corresponde a un 37% (FDD: 2560 MHz a 2570 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz; TDD: 2570 MHz a 2620 MHz), por lo que se recomendó 'reiterar al Poder Ejecutivo que, de conformidad con el artículo 22 de la Ley N°8642, realice las gestiones consistentes con el principio de optimización del recurso escaso y proceda como en derecho corresponda sobre este segmento.'

(...)

b) Sobre la banda de 2600 MHz: *Es posible notar que las recomendaciones de esta Superintendencia sobre estas bandas de frecuencias desde el año 2012¹³ han mantenido consistencia en cuanto a la necesidad de recuperar el espectro no utilizado o utilizado de manera no eficiente, así como la necesidad de liberar el recurso en esta banda para su disposición al mercado a través del procedimiento establecido en el artículo 12 de la Ley N°8642, consistente con el principio descrito en la Ley General de Telecomunicaciones relativo a la optimización de los recursos escasos, así como la asignación y uso eficiente de este, dado que el espectro en desuso podría ser utilizado por otra u otras empresas para brindar servicios al público general, lo que se traduce en beneficios a la población y la respectiva recaudación en los procesos concursales.*

¹³ Recomendaciones más recientes contenidas en los acuerdos 008-029-2021 del 15 de abril de 2021 mediante el cual se aprobó el informe 02823-SUTEL-DGC-2021 y 024-054-2021 del 5 de agosto de 2021 mediante el cual se aprobó el informe 06531-SUTEL-DGC-2021.

(...)

(...) únicamente la banda de 2600 MHz es parcialmente utilizada por el ICE de manera consistente con la atribución y el uso dispuestos en el PNAF vigente. Sin embargo, debe

notarse lo señalado por esta Superintendencia mediante acuerdo 024-054-2021 (informe 06531-SUTEL-DGC-2021):

En resumen, de los 140 MHz destinados para servicios IMT FDD en esta banda, el ICE actualmente muestra una mayor utilización de dos (2) portadoras de 2 x 20 MHz en los segmentos de 2620 MHz a 2640 MHz y 2640 MHz a 2660 MHz, dado que se detectó uso en siete (7) y seis (6) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME, respectivamente, a pesar de que, para ambas portadoras, en dos (2) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido.

El segmento de 2660 MHz a 2680 MHz muestra un uso no eficiente, debido a una baja reutilización de la portadora completa, por cuanto se detectó el uso de los 20 MHz en cuatro (4) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME aunque en uno (1) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido. Adicionalmente, para este segmento, en otros dos (2) sitios se detectó el uso de portadoras con ancho de banda inferior (2 x 10 MHz y 2 x 15 MHz para Limón y Liberia, respectivamente).

Al respecto, es posible señalar según los resultados mostrados en las gráficas anteriores, que el porcentaje de no uso de la banda FDD y TDD corresponde a un 37% (FDD: 2560 MHz a 2570 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz; TDD: 2570 MHz a 2620 MHz). Así las cosas, se recomienda al Consejo reiterar al Poder Ejecutivo que, de conformidad con el artículo 22 de la Ley N°8642, realice las gestiones consistentes con el principio de optimización del recurso escaso y proceda como en derecho corresponda sobre este segmento.

Es preciso señalar que la banda de 2600 MHz es considerada esencial dentro de la categoría de bandas medias (superiores a 1 GHz hasta 6 GHz), dado que brinda un balance adecuado entre cobertura y aumento de capacidad para las redes móviles. En este sentido, debe señalarse que, según el documento "Networks, Technologies & Spectrum Snapshot"¹⁹ de la GSA, esta banda (disposiciones n7 y n38 según la 3GPP), corresponde a la cuarta banda con mayor cantidad de operadores a nivel mundial que

se encuentran realizando pruebas o ya han desplegado redes IMT-2020, por lo que se considera la toma de las medidas respectivas para la recuperación del recurso no utilizado, así como el empleado de forma ineficiente con el fin de poner a disposición del mercado más espectro que promueva el despliegue de sistemas IMT de última generación, reiterando las recomendaciones vertidas mediante los acuerdos 033-040-2019 del 27 de junio de 2019 (informe 05348-SUTEL-DGC-2019), 014-045-2020 del 19 de junio de 2020 (informe 05071-SUTEL-DGC-2020), 023-002-2021 del 14 de enero de 2021 (informe 00138-SUTEL-DGC-2021) y 011-021-2021 del 18 de marzo de 2021 (informe 02156-SUTEL- DGC-2021) para que se tomen las acciones necesarias para la recuperación del recurso no utilizado (70 MHz totales, equivalentes a 50 MHz TDD y 20 MHz FDD) y el recurso utilizado de forma no eficiente, según las disposiciones del artículo 22 de la LGT.'

Por lo tanto, siendo que el Poder Ejecutivo determinó en el PNAF los elementos que deben de cumplirse para considerar el mejor aprovechamiento del recurso escaso y esto no se cumple o se cumple parcialmente (debido al uso ineficiente) según lo reportado por la SUTEL, respecto a las frecuencias asignadas al Grupo ICE, se reitera la necesidad de emprender por parte del Poder Ejecutivo las acciones correspondientes, según las disposiciones del artículo 22 de Ley N°8642 para la recuperación del espectro y su disposición al mercado de manera concordante con la normativa vigente.

(...)

3.5. Cuando sea posible la reutilización de frecuencias o segmentos de frecuencias en una misma región, sea por el mismo concesionario, o por varios, tomando en cuenta el uso de niveles de potencia que permitan la factibilidad técnica del sistema pero que no generen interferencia perjudicial a otros servicios o limiten su reutilización.

Específicamente para la banda de frecuencias de 2600 MHz, en el acuerdo 024-054-2021 (informe 06531-SUTEL-DGC-2021) se indicó lo siguiente:

(...)

a) Respecto al segmento de “Uplink” (2500 MHz a 2570 MHz), se muestra lo siguiente:

Tabla 3. Detalle sobre el uso del segmento de 2500 MHz a 2570 MHz

Segmento de frecuencias	Detalle sobre el uso del recurso							
	Heredia	Cartago	Pérez Zeledón	Liberia	Puntarenas	Upala	Corredores	Limón
2500 MHz a 2520 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz
2520 MHz a 2540 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz*	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso
2540 MHz a 2560 MHz	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 10 MHz
2560 MHz a 2570 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso

* Portadoras con nivel de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido.

De La tabla anterior, Se tiene que en algunos segmentos no existe consistencia en la utilización según lo mostrado en la parte alta de la banda (“Downlink”). En cualquier caso, se mantiene la utilización de una (1) portadora de 2 x 10 MHz de ancho de banda (2545 MHz a 2555 MHz) en Limón.

En todo caso, como se indicó en la tabla anterior, existen algunas portadoras con niveles de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido, por lo que, resulta conveniente estimar el porcentaje de uso de esta banda analizando el segmento de “Downlink”, considerando que la canalización es FDD.

b) Particularmente, la referente al segmento de “Downlink”, (2620 MHz a 2690 MHz), se refleja lo siguiente:

Tabla 4. Detalle sobre el uso del segmento de 2620 MHz a 2690 MHz

Segmento de frecuencias	Detalle sobre el uso del recurso							
	Heredia	Cartago	Pérez Zeledón	Liberia	Puntarenas	Upala	Corredores	Limón
2620 MHz a 2640 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz
2640 MHz a 2660 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*
2660 MHz a 2680 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz*	En uso 15 MHz	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz	En uso 10 MHz
2680 MHz a 2690 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso

* Portadoras con nivel de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido.

De la tabla anterior, se tiene que en la mayoría de los casos donde existe un uso en algún segmento de frecuencias corresponde a portadoras con un ancho de banda de 20 MHz. Sin embargo, para la estación de Liberia se observa una (1) portadora de 2 x 15 MHz (2662.5 MHz a 2677.5 MHz) de ancho de banda y en Limón se observa una (1) portadora de 2 x 10 MHz de ancho de banda (2665 MHz a 2675 MHz).

c) En relación con el segmento destinado para servicios IMT en TDD (rango comprendido entre 2570 MHz a 2620 MHz), no se registra utilización por parte del Instituto Costarricense de Electricidad en ninguna de las zonas cubiertas por las estaciones del SNGME.'

(...)

Según lo anterior, tanto para la banda de 2600 MHz como la de 3500 MHz, esta Superintendencia ha señalado desde el año 2012²¹ y de manera reiterada en no uso y la no reutilización adecuada del recurso por parte del Grupo ICE, lo que roza con el lineamiento establecido por el Poder Ejecutivo en el inciso c) del artículo 11 del PNAF vigente.

(...)''.

(Folios 2593 a 2627 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TRIGÉSIMO QUINTO: Que mediante el oficio N° 11767-SUTEL-SCS-2021 de fecha 20 de diciembre de 2021, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Viceministerio de Telecomunicaciones que, mediante el Acuerdo de su Consejo Directivo N° 019-084-2021, adoptado en la sesión ordinaria N° 084-2021 celebrada en fecha 16 de diciembre de 2021, se aprobó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 11491-SUTEL-DGC-2021 titulado “Segundo informe 2021 sobre los resultados obtenidos mediante mediciones automáticas llevadas a cabo con el

Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) para las bandas de frecuencias de los sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT)”, de fecha 10 de diciembre de 2021, en donde la Superintendencia de Telecomunicaciones manifestó lo siguiente:

“(…)

Con respecto al segmento de frecuencias 2500 MHz a 2690 MHz, la distribución de este espectro radioeléctrico se encuentra asignada de la siguiente manera:

Tabla 7. Recurso concesionado para despliegues de sistemas IMT en Costa Rica (segmento de frecuencia comprendido 2500 MHz a 2690 MHz)

Concesionario	Título Habilitante	Frec. Inicial (MHz)	Frec. Final (MHz)	Canal
Instituto Costarricense de Electricidad	1562-98	2500	2570	Uplink
		2620	2690	Downlink
		2570	2620	TDD

En los siguientes gráficos se muestra el uso de los segmentos de frecuencias detallados en la tabla anterior, cuyos resultados se obtuvieron aplicando el procedimiento descrito en la sección 2 del presente informe.

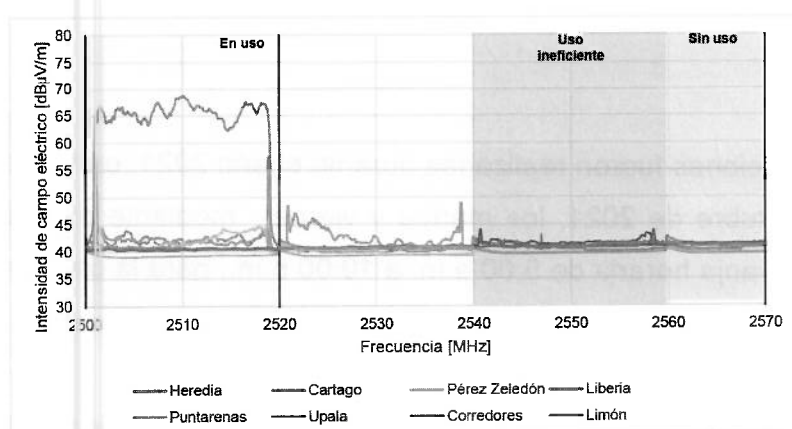


Gráfico 13. Uso del segmento de frecuencia 2500 MHz – 2570 MHz en FDD.

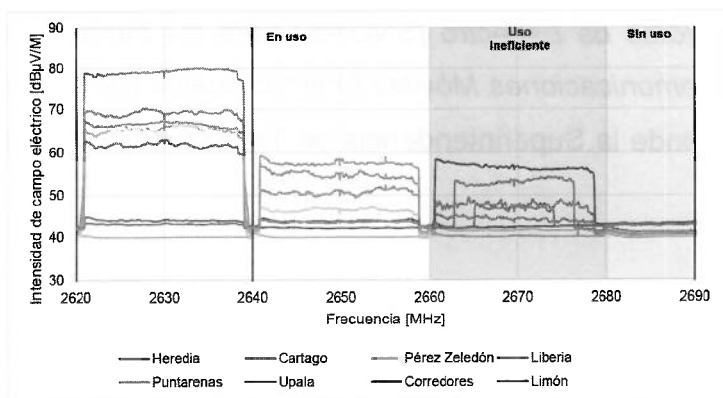


Gráfico 14. *Uso del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz en FDD.*

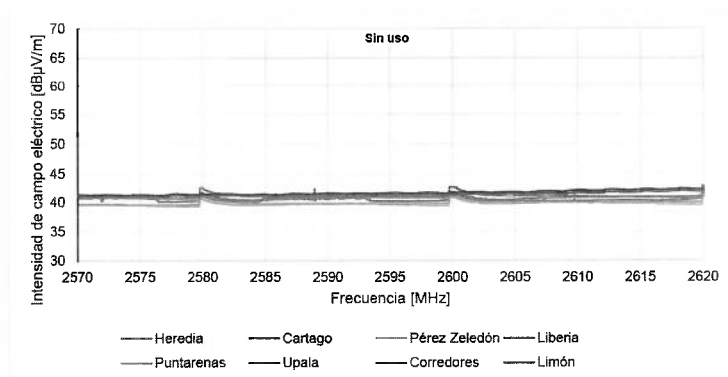


Gráfico 15. *Uso del segmento de frecuencia 2570 MHz – 2620 MHz en TDD.*

(...)"

Según indica la SUTEL, las mediciones fueron realizadas durante el año 2021, entre los días del 16 de julio al 20 de octubre de 2021, los martes y viernes, mediante rutinas automáticas de medición, en la franja horaria de 5:00 a.m. a 10:00 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante diez (10) minutos de cada hora.

Al respecto para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante diez (10) minutos de cada hora, programada para todas las estaciones monitoras fijas ubicadas en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia, Puntarenas y compactas

del SNGME ubicadas en Upala, Corredores de Puntarenas y Limón; la SUTEL señaló lo siguiente:

“Respecto a las gráficas 13, 14 y 15 (2500 MHz a 2570 MHz y 2620 MHz a 2690 MHz), considerando lo indicado en el acuerdo número 024-054-2021 (informe 06531-SUTEL-DGC-2021), se resume lo siguiente:

- 2500 MHz a 2520 MHz / 2620 MHz a 2640 MHz; mantiene un uso total del segmento (portadora de 20 MHz).
- 2520 MHz a 2540 MHz / 2640 MHz a 2660 MHz; mantiene un uso total del segmento (portadora de 20 MHz).
- 2540 MHz a 2560 MHz / 2660 MHz a 2680 MHz; mantiene una subutilización del segmento.
- 2560 MHz a 2570 MHz / 2680 MHz a 2690 MHz; se mantiene la no utilización de la totalidad del segmento.
- 2570 MHz a 2620 MHz; se mantiene la no utilización de la totalidad del segmento.

(...)

Tabla 8. Análisis de uso del segmento de 2500 MHz a 2690 MHz por parte del Grupo ICE

Cantidad de espectro total asignado	Cantidad de espectro en uso con reutilización	Cantidad de espectro sin uso	Cantidad de espectro en uso con reutilización parcial
190 MHz (100%)	80 MHz (42%)	70 MHz (37%)	40 MHz (21%)

Importa señalar que, al menos desde la emisión de informes de mediciones específicos para las bandas de frecuencias destinadas para la operación de sistemas IMT del 2017 a la fecha, se ha mantenido la situación de no uso del segmento de 50 MHz TDD, así como al menos 20 MHz del espectro en modalidad FDD. A esta situación de no uso, debe sumarse también que en el tiempo se ha mantenido la situación de baja reutilización de las portadoras en el territorio nacional y la operación de portadoras menores a 20 MHz en algunas zonas.

Así las cosas, debe reiterarse lo ya indicado por la SUTEL en los acuerdos del Consejo número 008-029-2021(informe 02823-SUTEL-DGC-2021) 031-041-2021 (informe 04225-SUTEL-OTC- 2021) y 010-073-2021 (informe 09509-SUTEL-DGC-2021) para la banda de 2,6 GHz, con énfasis en estos últimos, en los cuales se indicó que debe ponerse a disposición al mercado en el corto plazo el espectro recuperado en esta banda para prevenir que se presenten distorsiones a la competencia en el mercado de telecomunicaciones móviles por la situación de asimetría en la tenencia del espectro, además que el no uso y subutilización del espectro en esta banda por parte del Grupo ICE roza con lo dispuesto en el artículo 11 del PNAF vigente, así como los objetivos plasmados en el artículo 2 de la Ley N°8642, al mismo tiempo que se señalan los mecanismos dispuestos en dicha Ley para la recuperación de dicho espectro y su eventual disposición al mercado.

(...)

13. Conclusiones

(...)

13.9. Sobre la banda de frecuencia 2600 MHz

13.9.1. *De los 190 MHz destinados para servicios IMT se mantiene lo documentado desde el 2017 respecto al no uso de un 37% de la banda, que corresponde a 70 MHz (incluyendo los 50 MHz de la brecha central con canalización TDD), asimismo se mantiene con reutilización parcial un 21% de la banda, siendo equivalente a 40 MHz.*

13.9.2. *Se mantiene un uso similar en ambos periodos de mediciones 2021, sin variaciones representativas con respecto a la indicado en el acuerdo del Consejo número 024-054-2021 (informe 06531-SUTEL-DGC-2021)."*

(Folios 2628 a 2645 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TRIGÉSIMO SEXTO: Que el Departamento de Administración del Espectro Radioeléctrico emitió el **informe técnico N° MICITT-DERRT-DAER-INF-050-2022** denominado *“Consideraciones técnicas respecto a las recomendaciones de la SUTEL en relación con la banda de 2500 MHz a 2690 MHz emitidas entre 2017 y 2021 (actualización del criterio MICITT-GAER-INF- 183-2016)”*, de fecha 01 de marzo de 2022, indicando lo siguiente: *“(…) se destaca que el regulador reitera en múltiples ocasiones su posición respecto a la existencia de indicios tanto de eventuales usos ineficientes, así como de aparente no uso de algunos segmentos de espectro en esta banda por parte del Grupo ICE, tanto en los segmentos en el esquema FDD como en el segmento TDD. (...) (...) el no aplicar técnicas disponibles para el reúso de frecuencias donde sea ello posible, implicaría usos no eficientes del espectro radioeléctrico, lo cual no solamente rozaría con los principios de ley mencionados, sino también iría en detrimento del beneficio social y económico que crea el uso eficiente de los recursos escasos en los mercados (...).”* (Folios 2647 a 2657 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TRIGÉSIMO SÉTIMO: Que mediante el **oficio N° ODP-ICE-OF-001-2022** de fecha 07 de abril de 2022, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio, con fundamento en el artículo 221 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, solicitó a la Superintendencia de Telecomunicaciones, un informe actualizado a fecha posterior a la emisión de dicha solicitud, sobre la ocupación en específico del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz otorgado al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD. Lo anterior, cumpliendo los siguientes requerimientos: *“1) Realizar mediciones con todas las estaciones monitoras fijas ubicadas en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia, Puntarenas y compactas del SNGME ubicadas en Upala, Corredores de Puntarenas y Limón, específicamente a las 8:00 a.m. y a las 6:00 p.m., durante diez (10) minutos de cada hora. // 2) Proveer para cada sitio de medición, las coordenadas geográficas del mismo. // 3) Consignar por cada medición, el sitio y la hora en la que fue realizada,*

además de cualquier otro detalle que se considere importante por parte de la SUTEL. //
4) Verificar el uso de las bandas de frecuencias del segmento de 2500 MHz a 2690 MHz.
// 5) Indicar el porcentaje total de utilización de espectro radioeléctrico en el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz por la empresa concesionaria.” (Folios 2793 a 2794 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que mediante el **oficio N° ODP-ICE-OF-002-2022** de fecha 07 de abril de 2022, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio, con fundamento en lo establecido en los artículos 35, 39, 62 y 63 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, solicitó a la Superintendencia de Telecomunicaciones, el estado actualizado del pago de los cánones de reserva del espectro radioeléctrico y regulación y la contribución especial parafiscal del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD. (Folios 2795 a 2796 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

TRIGÉSIMO NOVENO: Que mediante el **oficio N° ODP-ICE-OF-003-2022** de fecha 07 de abril de 2022, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio, con fundamento en los artículos 132.1, 133.1, 221, 223 y 227 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, solicitó a la Superintendencia de Telecomunicaciones, remitir copia certificada del Expediente Administrativo relacionado con el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, respecto al uso del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz de dicha Institución. (Folios 2797 a 2798 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUADRAGÉSIMO: Que mediante las **Certificaciones N° 048-2022** de las 09:00 horas y **N° 049-2022** de las 12:00 horas, ambas de fecha 18 de abril de 2022, la Superintendencia de Telecomunicaciones, remitió al Órgano Director copia de los expedientes N° I0053-ERC-DTO-ER-02216-2012 (consta de 1279 folios) y N° FOR-SUTEL-DGC-ER-IMT-00135-2020 (consta de 756 folios) relacionados con el uso del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz por parte del INSTITUTO

COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD. (Folios 2800 a 3445 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que mediante el **oficio N° 03925-SUTEL-SCS-2022** de fecha 29 de abril de 2022, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Órgano Director del Procedimiento que mediante el Acuerdo de su Consejo N° 019-035-2022, adoptado en la sesión ordinaria N° 035-2022 celebrada en fecha 29 de abril de 2022, se aprobó el dictamen técnico emitido mediante el **oficio N° 03535-SUTEL-DGC-2022**, titulado *“Propuesta de respuesta al oficio ODPA-ICE-OF-001-2022, procedimiento administrativo contra ICE relacionado con el segmento de frecuencias 2500 MHz A 2690 MHz”*, emitido en fecha 20 de abril de 2022. (Folios 3828 a 3858 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que mediante el **oficio N° 04005-SUTEL-SCS-2022** de fecha 03 de mayo de 2022, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Órgano Director del Procedimiento que mediante el Acuerdo de su Consejo N° 002-035-2022, adoptado en la sesión ordinaria N° 035-2022 celebrada en fecha 29 de abril de 2022, se aprobó el dictamen técnico emitido mediante el **oficio N° 03497-SUTEL-DGO-2022**, titulado *“Asunto: Estado actualizado del pago de los cánones de Reserva del Espectro Radioeléctrico, de Regulación y de la Contribución Especial Parafiscal a Fonatel, del INSTITUTO Costarricense de Electricidad (ICE), cédula jurídica N° 4-000-042139”*, emitido en fecha 19 de abril de 2022, en donde la Superintendencia de Telecomunicaciones manifestó que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD se encuentra al día con el pago de los cánones de reserva del espectro radioeléctrico y regulación y la contribución especial parafiscal. (Folios 3860 a 3866 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que mediante el **oficio N° ODPA-ICE-OF-004-2022** de fecha 24 de agosto de 2022, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio, con fundamento en el artículo 221 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, solicitó a la Superintendencia de

Telecomunicaciones “(...) *analizar el uso eficiente del espectro radioeléctrico asignado al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, en el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz según el artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), conforme a los lineamientos básicos descritos en sus incisos e) y h), así también, todas las mediciones realizadas por la SUTEL hasta la fecha, que cumplan con las disposiciones contempladas en el párrafo final de dicho artículo 11 (...) // (...) aclarar ampliamente a este Órgano Director, si el uso de dos bloques o más de 20 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase en FDD para 4G y dos bloques o más de 20 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil en FDD para 4G, en el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, cumple técnicamente con el lineamiento de reutilización indicado en el inciso e) del artículo 11 del PNAF, citado; de lo contrario, indicarnos las razones técnicas de este incumplimiento. (...)*”. (Folios 3869 a 3871 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que mediante el **oficio N° 08207-SUTEL-SCS-2022** de fecha 12 de setiembre, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Órgano Director del Procedimiento, el **oficio N° 07932-SUTEL-DGC-2022** de fecha 02 de setiembre de 2022, acogido por el Consejo de la SUTEL, mediante el acuerdo N° 034-062-2022, en el cual el Consejo de la SUTEL indica: “(...) **2. Solicitar al Órgano Director una prórroga de 15 días hábiles adicionales a los 10 días hábiles originalmente otorgados, para poder recopilar y analizar toda la información necesaria y realizar las diligencias correspondientes, con el único fin de rendir un informe que sea útil y pertinente para la averiguación de la verdad real de los hechos a los que está abocado ese órgano director del procedimiento.**” (Folios 3873 a 3874 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que mediante el **oficio N° 08525-SUTEL-SCS-2022** de fecha 23 de setiembre de 2022, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Órgano Director del Procedimiento que mediante el acuerdo de su Consejo N° 010-065-2022, adoptado en la sesión ordinaria N° 065-2022 celebrada en fecha 22 de setiembre de 2022, que se aprobó el dictamen técnico

emitido mediante el oficio N° 08359-SUTEL-DGC-2022, titulado “PROPUESTA DE RESPUESTA AL OFICIO ODPA-ICE-OF-004-2022 RELATIVO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO QUE SE SIGUE CONTRA EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD”, emitido en fecha 16 de septiembre de 2022, en donde la Superintendencia de Telecomunicaciones manifestó lo siguiente:

“(…)

Ante la ausencia en el PNAF de una metodología, modelo o fórmula que permita realizar el cálculo de la eficiencia del uso del espectro, es posible recurrir a las disposiciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) (...).

(…)

En este orden de ideas, destaca lo dispuesto en el inciso 2 de [sic] artículo 10 de la Ley General de Administración Pública, por cuanto establece que la norma administrativa “deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere”. Ergo, la ausencia de una metodología, modelo, fórmula u cualquier otro instrumento, que permita realizar el cálculo de la eficiencia del uso del espectro, según los parámetros establecidos en el ordinal 11 del PNAF, no impide acudir a otras normas del Derecho Administrativo para llenar esa laguna o vacío del instrumento de medición (...).

En consecuencia, al ser Costa Rica un país miembro de la UIT y haber ratificado el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, le resulta aplicable y de utilidad técnica a esta Superintendencia para el cálculo de la eficiencia en el uso del espectro, la recomendación SM.1046, que señala que se debe considerar “que la base para calcular la eficacia de utilización del espectro (EUE), o eficacia espectral para abreviar, sea la determinación del efecto útil que consiguen los sistemas de radiocomunicación mediante la utilización del espectro y el factor de utilización del espectro (...).

(...)

(...) lo dispuesto en los informes anteriores puede complementarse al utilizar la recomendación SM.1046, tal y como se presenta en la tabla 1, a partir de la cual se obtiene que los segmentos 2570 MHz a 2620 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz mantienen un EUE = 0, lo que implica la no utilización del recurso; a su vez, los segmentos 2620 MHz a 2640 MHz, 2640 MHz a 2660 MHz, 2660 MHz a 2680 MHz registran en promedio valores de EUE inferiores a 1, que de forma concordante con los citados informes, implican un uso ineficiente (ineficaz) del espectro.

(...)

Para el caso específico del ICE en la banda de 2600 MHz, se ha verificado el no uso (2560 MHz a 2570 MHz, 2680 MHz a 2690 MHz y 2570 MHz a 2620 MHz) y uso no eficiente (2520 MHz a 2560 MHz y 2640 MHz a 2680 MHz) de los segmentos de frecuencias que la componen. Al respecto, considerando las disposiciones de la normativa vigente, como el análisis comparativo de las asignaciones a nivel internacional, es posible reiterar al Poder Ejecutivo que existe un roce con los incisos a), b), c), e) y h) del artículo 11 del PNAF vigente, en cuanto al uso eficiente del espectro, como se indicó mediante el acuerdo del Consejo número 010-073-2021 del 28 de octubre de 2021.

(...)

5. Conclusiones

Según lo analizado en el presente informe, es posible extraer las siguientes conclusiones:

(...)

- A partir de las disposiciones de los artículos 2 del PNAF, el 10 de la LGT y 7 del RLGT, esta Superintendencia utilizó la recomendación SM.1046 de la UIT para estimar la eficacia en el uso del espectro, en la cual se obtiene que los segmentos 2570 MHz a 2620 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz mantienen un EUE = 0, lo que implica la no utilización del recurso; a su vez, los segmentos 2620 MHz a 2640 MHz, 2640 MHz a 2660 MHz, 2660 MHz a 2680 MHz registran en promedio valores de EUE inferiores a 1, que implican un uso ineficiente del recurso. Lo anterior es consistente con lo dispuesto a través del acuerdo del Consejo número 010-073-2021 del 28 de octubre de 2021, se aprobó y remitió al MICITT el informe 09509-SUTEL-DGC-2021, en el cual se concluyó que la utilización del recurso asignado al ICE en la banda de 2600 MHz roza “con los incisos a), b), c), e) y h) del artículo 11 del PNAF vigente, en cuanto al uso eficiente del espectro.”

- A partir del análisis comparativo internacional con países de Europa y América, es posible determinar asignaciones promedio por operador aproximadas de 50 MHz en la banda de 2600 MHz, por lo que el uso de dos o más bloques de 2x20 MHz en la banda de 2600 MHz (el ICE mantiene otorgado 190 MHz, FDD+TDD) contrasta con la tendencia internacional y es contrario al uso eficiente del espectro, así como las disposiciones del artículo 11 del PNAF.

- El segmento de 2500 MHz a 2690 MHz se encuentra subutilizado, lo cual no corresponde a un uso eficiente del espectro y roza con los principios y objetivos plasmados en la Ley N°8642 y el PNAF vigente, siendo que se ha verificado el no uso (2560 MHz a 2570 MHz, 2680 MHz a 2690 MHz y 2570 MHz a 2620 MHz) y uso no eficiente (2520 MHz a 2560 MHz y 2640 MHz a 2680 MHz) de los segmentos de frecuencias que la componen.

(...)”

(Folios 3886 a 3887 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que mediante el **oficio N° ODP-ICE-OF-005-2022** de fecha 20 de setiembre de 2022, el Órgano Director, concedió a la SUTEL la prórroga solicitada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 258 de la Ley N° 6227, Ley

General de la Administración Pública. (Folio 3889 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUADRAGÉSIMO SÉTIMO: Que mediante oficio sin número de fecha 07 de octubre de 2022, el señor José Alberto Gutiérrez Salazar, cédula de identidad N° 1-1257-0821, actuando en su condición de Secretario con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A., con cédula jurídica 3-101-610198, presentó una solicitud ante el Órgano Director para que se tenga a dicha empresa como parte del expediente N° GCP-AT-028-2009 del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139. (Folios 3893 a 3895 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que según certificación de poder N° RNPDIGITAL-1717380-2022 de las 14 horas, 37 minutos del 04 de noviembre de 2022, emitida por el Registro Nacional, se constató que el señor Marco Vinicio Acuña Mora, portador de la cédula de identidad N° 7-0138-0111, es el actual PRESIDENTE EJECUTIVO con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139. (Folio 3896 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que de conformidad con el procedimiento administrativo establecido en Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo, mediante la **Resolución N° ODP-RES-ICE-001-2022** “RESOLUCIÓN DE INICIO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO SANCIONATORIO Y TRASLADO DE CARGOS” de las 09:00 horas del 9 de noviembre de 2022, notificada al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD a las 10:11 horas de fecha 09 de noviembre de 2022, procedió a dar inicio al procedimiento administrativo ordinario sancionatorio y traslado de cargos en contra de la citada Institución. (Folios 3897 a 3937 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009)

QUINCUAGÉSIMO: Que mediante la **Resolución N° ODPa-RES-ICE-001-2022** de las 09:00 horas del 09 de noviembre de 2022, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo dio inicio al Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio con el propósito de conocer la verdad real de los hechos que se le imputan al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, cédula de persona jurídica N° 4-000-042139, en el considerando quincuagésimo de dicha resolución indicó lo siguiente: *“Qué según lo indicado en los considerandos anteriores el Instituto Costarricense de Electricidad con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139 presuntamente ha incumplido las obligaciones y condiciones del uso y explotación de la concesión otorgada mediante Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de septiembre de 1998 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N°05 de fecha 8 de enero de 1999 en relación con el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz 2690 MHz, incumplimientos que versan sobre lo siguiente: 1. La presunta no instalación de redes y utilización de las frecuencias en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la concesión, de conformidad con los artículos 80 y 81 en relación con el artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. 2. La presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico, conforme a los artículos 2 incisos a) y d), 3 inciso c), 49 inciso 1) de la Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 74 incisos a), d), h) y k) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. 3. La presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico, conforme a los artículos 3 incisos a), c) e i), 8 incisos a) y c), 11 y 22 inciso 1) subinciso a) y b), de la Ley General de Telecomunicaciones y artículos 74 incisos c) y h). del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones en relación con el artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias. (...)*”. Además, se convocó a comparecencia oral y privada a realizarse a las 09:00 horas del 12 de diciembre de 2022 en las instalaciones del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), al señor Marco Vinicio Acuña Mora en su calidad de presidente ejecutivo del ICE, así como a los señores Glenn Fallas Fallas y Kevin Godínez Chaves, ambos funcionarios de la SUTEL para que rindieran prueba testimonial sobre los dictámenes emitidos por la SUTEL citados en dicha resolución, todas las convocatorias anteriores fueron debidamente notificadas en

fecha 09 de noviembre de 2022. (Folios 3897 a 3942 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que mediante oficio N° 6000-2234-2022 de fecha 02 de diciembre de 2022, el señor Luis Diego Abarca Fernández en su condición de Gerente de Telecomunicaciones con facultades de Apoderado Generalísimo sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad, solicitó al Órgano Director del Procedimiento Administrativo, posponer la comparecencia oral y privada de fecha 12 de diciembre de 2022 y, realizar un nuevo señalamiento a partir de la segunda quincena de enero de 2023, a efectos de que el ICE *“ejerza de manera razonable y técnica [sic] especializada el derecho de defensa en tutela de la averiguación de la verdad real.”*, alegando los siguientes motivos: *“A. Alto volumen, complejidad y especificidad de los informes, análisis y dictámenes técnicos emitidos por SUTEL y MICITT imposibilitan ejercer de manera razonable y técnicamente especializada el derecho de defensa de [sic] ICE en la audiencia señalada para el 12 de diciembre de 2022. (...) B. MICITT ha sometido a consulta durante el mismo mes de diciembre de 2022 una reforma integral al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias que debe ser igualmente atendido por el equipo de profesionales en ingeniería altamente especializados encargado de ejercer la defensa técnica del ICE en el procedimiento administrativo sancionatorio. (...) C. El nuevo señalamiento de audiencia oral y pública solicitados para la segunda quincena de enero de 2023 no afecta el eventual inicio del proceso concursal de espectro radioeléctrico para despliegue de redes para servicios de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT). (...)”*. (Folios 3948 a 3950 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Que mediante auto de trámite N° ODP-AUTO-ICE-001-2022 de las 10:50 horas de fecha 06 de diciembre de 2022, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo en contra del ICE, RECHAZÓ la petición de la empresa LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A., cédula de persona jurídica N° 3-101-610198 de ser parte del procedimiento administrativo indicado, por considerar que dicha empresa no posee un interés directo y personal (interés legítimo)

real en el procedimiento incoado en contra del ICE. (Folios 3955 a 3958 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: Que el señor José Alberto Gutiérrez Salazar en su condición de representante de la empresa LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A., cédula de persona jurídica N° 3-101-610198, en fecha 07 de diciembre de 2022 presentó RECURSO DE REVOCATORIA Y APELACIÓN EN SUBSIDIO ante el Órgano Director del Procedimiento en contra del Auto N° ODP-A-AUTO-ICE-001-2022 de fecha 06 de diciembre de 2022 solicitando la revocatoria de la resolución impugnada y que se tenga como parte a la empresa LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A. dentro del procedimiento administrativo. (Folios 3961 a 3963 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Que mediante resolución N° ODP-A-RES-ICE-002-2022 de las 10:00 horas de fecha 09 de diciembre de 2022, el Órgano de Procedimiento Administrativo instaurado en contra del ICE, RESOLVIÓ ACOGER PARCIALMENTE la solicitud presentada por el ICE mediante oficio N° 6000-2234-2022 de fecha 02 de diciembre de 2022, y AMPLIÓ el plazo por una mitad más, de conformidad con el artículo 258 de la Ley de N° 6227, Ley General de la Administración Pública para realizar la comparecencia oral y privada estipulada en la resolución N° ODP-A-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del 09 de noviembre de 2022 *“Resolución de inicio de procedimiento administrativo ordinario sancionatorio y traslado de cargos”*, en aras de garantizar el principio del debido proceso y el derecho de defensa del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD. Debido a lo anterior, el órgano convocó nuevamente al señor Marco Vinicio Acuña Mora en su calidad de presidente ejecutivo del ICE, así como a los señores Glenr Fallas Fallas y Kevin Godínez Chaves, ambos funcionarios de la SUTEL a una nueva comparecencia oral y privada a realizarse a las 09:00 horas del 11 de enero de 2023. (Folios 3968 a 3977 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Que mediante oficio sin número de fecha 09 de diciembre de 2022, el señor Carlos Stradi Granados, cédula de identidad N° 1-0663-0636 en su

condición de presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la organización sindical SINDICATO DE INGENIEROS DEL ICE (SIICE), cédula de persona jurídica N° 3-011-111229, se apersona al procedimiento y solicita se tenga como COADYUVANTE PASIVO de conformidad con el artículo 276 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública toda vez que su representada *“agrupa una porción importante de trabajadores del ICE, la mayoría del sector de telecomunicaciones del ICE, y teniendo respecto de ellos la representación de sus intereses colectivos y difusos, claramente relacionados al éxito y mantenimiento de los negocios de la empresa, tenemos, respecto de la suerte de este procedimiento un evidente interés indirecto en las resultas del acto final (...)”*. En el mismo acto, el señor Stradi nombra como representante legal al señor GERMÁN CALDERÓN LOBO, cédula de identidad N° 4-0149-0125 para participar con plenos poderes en las comparecencias que se realicen para dicho procedimiento. (Folios 3979 a 3980 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Que mediante oficio N° ODP-ICE-OF-006-2022 de fecha 13 de diciembre de 2022, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo incoado en contra del ICE le otorgó audiencia por tres (3) días hábiles al señor MARCO VINICIO ACUÑA MORA como Presidente Ejecutivo del ICE para que se refiriera e indicara lo que considerara pertinente con respecto a la solicitud del Sindicato de Ingenieros del ICE (SIICE), de que se tenga como COADYUVANTE PASIVO del expediente N° GCP-AT-028-2009, en el cual se tramita el procedimiento administrativo ordinario sancionatorio en contra del ICE. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 262 inciso a) de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública. (Folios 3979 a 3980 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

QUINCUAGÉSIMO SÉTIMO: Que mediante resolución N° ODP-RES-ICE-003-2022 de las 09:25 horas de fecha 16 de diciembre de 2022, el Órgano de Procedimiento Administrativo instaurado en contra del ICE, RESOLVIÓ RECHAZAR POR IMPROCEDENTE el RECURSO ORDINARIO DE REVOCATORIA incoado por la empresa LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A., con cédula de

persona jurídica N° 3-101-610198 interpuesto en contra del auto N° ODP-AUTO-ICE-001-2022 de las 10:50 horas de fecha 06 de diciembre de 2022. Lo anterior en virtud de lo establecido por los artículos 275, 342 y 345 inciso 1) de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, sobre la legitimación para recurrir y los actos recurribles en el procedimiento administrativo. Además, se señaló a la empresa citada, que con base en la resolución indicada se traslada para conocimiento del Poder Ejecutivo la solicitud de fecha 10 de octubre de 2022, indicada en el antecedente 47 y el Recurso de apelación en subsidio interpuesto en contra del auto N° ODP-AUTO-ICE-001-2022 citado en el antecedente 53, con el fin de que ese Órgano Decisor dictamine y resuelva lo correspondiente. (Folios 3985 a 3991 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Que mediante oficio N° 6000-2343-2022 de fecha 16 de diciembre de 2022 el señor Luis Diego Abarca Fernández en su condición de Gerente de Telecomunicaciones con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, atiende la audiencia escrita sobre la solicitud de coadyuvancia del SINDICATO DE INGENIEROS DEL ICE (SIICE) concedida mediante el oficio N° ODP-ICE-OF-006-2022 de fecha 13 de diciembre de 2022 e indica que *“En virtud del principio de colaboración procesal, y tomando en cuenta que el solicitante en su escrito manifiesta que actúa en representación de trabajadores del ICE afiliados, y que el objeto del presente procedimiento administrativo versa sobre un presunto incumplimiento de obligaciones regulatorias de la institución para la cual laborar, en el marco de la averiguación de la verdad real, corresponde al Honorable Órgano Director, conforme a los artículos 276 a 279 de la Ley General de la Administración Pública en concordancia con el numeral 13, incisos 1) y 2) del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), resolver la coadyuvancia según en derecho corresponda.”*. (Folio 3993 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Que mediante resolución N° ODP-RES-ICE-004-2022 de las 15:00 horas de fecha 19 de diciembre de 2022, el Órgano de Procedimiento Administrativo instaurado en contra del ICE, RESOLVIÓ ACOGER la petición del

SINDICATO DE INGENIEROS DEL ICE (SIICE), cédula jurídica N° 3-011-111229 y tener a la citada organización sindical como COADYUVANTE PASIVO del procedimiento administrativo seguido contra el ICE; asimismo, se convocó al señor Carlos Stradi en su condición de presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma o a quien ostente la representación judicial y/o extrajudicial con facultades suficientes para representar a dicha organización sindical a la comparecencia oral y privada a celebrarse en las instalaciones del MICITT a partir de las 09:00 horas del 11 de enero de 2023. (Folios 4004 a 4008 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEXAGÉSIMO: Que mediante escrito sin número de fecha 22 de diciembre de 2022, los representantes del Sindicato de Ingenieros del ICE (SIICE) el señor Carlos Stradi Granados y el señor German Calderón Lobo, solicitaron dejar sin efecto el señalamiento para comparecencia oral y privada, convocada mediante resolución N° ODP-RES-ICE-004-2022 de las 15:00 horas de fecha 19 de diciembre de 2022, alegando que el señor Calderón Lobo se encontraba fuera del país del 22 de diciembre de 2022 al 06 de enero de 2023 indicando que: *“...de modo que, dado el volumen y complejidad de este asunto y para no tornar nugatorias las expectativas que condujeron la coadyuvancia interpuesta y con ello, la inviolabilidad del derecho de defensa, solicitamos dejar sin efecto el señalamiento dispuesto, señalando una nueva fecha que permita, tanto a los personeros del Sindicato con al representante legal designado, la preparación y estudio de los temas relacionados a este asunto, situación que no podría realizarse pues Calderón Lobo estará fuera del país.”*. (Folios 4010 a 4013 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Que mediante resolución N° ODP-RES-ICE-005-2022 de las 15:10 horas de fecha 23 de diciembre de 2022, el Órgano de Procedimiento Administrativo instaurado en contra del ICE, RESOLVIÓ RECHAZAR la solicitud presentada mediante escrito sin número de fecha 22 de diciembre de 2022, indicada en el antecedente anterior por no encontrar razones suficientes para dejar sin efecto el señalamiento a la comparecencia y CONFIRMÓ en todos sus extremos lo indicado en la

resolución N° ODP-RES-ICE-004-2022 de las 15:00 horas del 19 de diciembre de 2022. (Folios 4017 a 4021 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: Que mediante escrito sin número de fecha 10 de enero de 2023 el señor Carlos Stradi Granados en su condición de presidente del Sindicato de Ingenieros del ICE (SIICE) con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, solicitó dejar sin efecto el señalamiento de convocatoria para la comparecencia oral y privada, convocada mediante resolución N° ODP-RES-ICE-004-2022 de las 15:00 horas de fecha 19 de diciembre de 2022, alegando que *“... de conformidad con el numeral 311 de la Ley General de la Administración Pública, la citación a la comparecencia oral deberá hacerse con 15 días de anticipación (...). Al día de mañana, 11 de enero de 2023, y computados desde el día 19 de diciembre de 2022, no han transcurrido los quince días de anticipación dispuestos por ley (...). Por mera aplicación del artículo 311 de la LGAP, y en salvaguarda del principio de legalidad, solicitamos, dejar sin efecto el señalamiento dispuesto, señalando una nueva fecha que asegure el cumplimiento del plazo de antelación dispuesto por ley.”* (Folio 4025 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEXAGÉSIMO TERCERO: Que mediante auto de trámite N° ODP-AUTO-ICE-001-2023 de las 15:55 horas de fecha 10 de enero de 2023, el Órgano de Procedimiento Administrativo instaurado en contra del ICE ACOGE la solicitud del Sindicato de Ingenieros del ICE (SIICE), y RESUELVE dejar sin efecto el señalamiento a la comparecencia oral y privada convocada en la resolución N° ODP-RES-ICE-002-2022 de fecha 09 de diciembre de 2022, en razón de que el artículo 311 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública establece que *“La citación a la comparecencia deberá hacerse con quince días de anticipación”* y, en cumplimiento al Principio de legalidad contenido en el artículo 11 de la Ley citada y, con el objeto de salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes en el procedimiento administrativo contra del ICE, y APLAZA la realización de la comparecencia oral y privada, cuya fecha se notificará debidamente a las partes posteriormente. (Folios 4026 a 4028 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEXAGÉSIMO CUARTO: Que mediante resolución N° ODP-RES-ICE-001-2023 de las 15:50 horas de fecha del 13 de enero de 2023, el Órgano del Procedimiento Administrativo instaurado en contra del ICE, RESOLVIÓ AMPLIAR la resolución N° ODP-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del 09 de noviembre de 2022, modificada mediante resolución N° ODP-RES-ICE-002-2022 *“Resolución de inicio de procedimiento administrativo ordinario sancionatorio y traslado de cargos”* de las 10:00 horas de fecha 09 de diciembre de 2022, y en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de las partes intervinientes en el procedimiento administrativo, procedió a modificar la fecha de la realización de la comparecencia y notificar a las partes, a una nueva comparecencia oral y privada a realizarse el 08 de febrero de 2023 a partir de las 09:00 horas. (Folios 4034 a 4039 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEXAGÉSIMO QUINTO: Que en fechas 08 y 13 de febrero 2023, de las 9:00 horas a las 15:45 horas y de las 09:00 horas a las 17:50 horas, respectivamente, se llevó a cabo la COMPARECENCIA ORAL Y PRIVADA del Órgano Director del Procedimiento Administrativo en contra del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD. En dicha comparecencia se presentaron como pruebas documentales las siguientes:

- a) El oficio N° **263-10-2023** de fecha 08 de febrero de 2023 del ICE, denominado “ALEGATO INICIAL PARA COMPARECENCIA ORAL Y PRIVADA DE LAS 09:00 HORAS DEL 8 DE FEBRERO DE 2023, el cual incluía los siguientes anexos:
- **Anexo 1:** Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) de las 10:00 horas del 16 de abril de 2009, publicado en el Alcance N° 19 del Diario Oficial La Gaceta N° 103 del 29 de mayo de 2009.
 - **Anexo 2:** Documentos de expediente judicial N° 13-6841-1027-CA tramitado ante el Tribunal Contencioso Administrativo sobre Medida Cautelar y Demanda interpuesta por Telefónica contra el Estado (MICITT) y el ICE.
 - **Anexo 3:** Recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): UIT-R-SM377-4 “Precisión de las mediciones de

frecuencia en las estaciones de comprobación técnica internacional” y UIT-R-SM378-7 “Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”.

- **Anexo 4:** Resolución RCS-199-2012 del 27 de junio de 2012 del Consejo de la SUTEL, “Protocolo General de Medición de Señales Electromagnéticas”.
- **Anexo 5:** Informe de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): UIT-R SM.2256 “Medición y evaluación de la ocupación del espectro”. Apartado 2.13.
- **Anexo 6:** Recomendación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): UIT-R SM.1046 “Definición de la eficacia en la utilización del espectro por un sistema de radiocomunicaciones”.
- **Anexo 7:** Documento “Medición de la Eficiencia Espectral” del Regulador de México (Instituto Federal de Telecomunicaciones)”.
- **Anexo 8:** Recomendación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): UIT-R SM.443-4 “Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”.
- **Anexo 9:** Recomendación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): UIT-R SM.1880 “Mediciones y evaluación de la ocupación de espectro”.
- **Anexo 10:** Acuerdo Ejecutivo N° 207-2022-TEL-MICITT del 24 de noviembre de 2022.
- **Anexo 11:** CONFIDENCIAL: Acuerdo del Consejo Directivo del ICE de Sesión N° 6394 del 30 de julio de 2020; Acuerdo del Consejo Directivo de Sesión N° 6493 del 16 de diciembre de 2021 y Ficha del Programa General 5 G.
- **Anexo 12:** Reporte “Ecosistema de dispositivos 5G” de la GSA de octubre 2022”.
- **Anexo 13:** Correo de 30 de agosto de 2021 del ICE a SUTEL con reporte de sitios del Primer Semestre de 2021.

- **Anexo 14:** “Manual de Gestión Nacional del Espectro Radioeléctrico de Colombia, Título VIII Mediciones del factor de utilización y de la eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico”. Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y la Agencia Nacional de Espectro de Colombia.
- **Anexo 15:** Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): Manual sobre la Gestión Nacional del Espectro. Capítulo 8. Apartado 8.1.
- **Anexo 16:** Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), “Manual de Comprobación Técnica de Espectro”. Capítulo 4 “Mediciones”, Apartado 4.10.4.4.
- **Anexo 17:** Oficio N° 6000-1998-2020 del 27 de octubre de 2020. Apartado 3, donde se solicita a MICITT autorizar la canalización con arreglo C3 (Flexible FDD/TDD) de la recomendación UIT-R M.1036 para la banda de 2500 MHz.
- **Anexo 18:** CONFIDENCIAL. Planificación ICE banda 2.6 GHz.
- **Anexo 19:** Oficio N° 264-938-2014 del 6 de noviembre de 2014 donde se denuncian interferencias del segmento de 1920-1930 MHz.
- **Anexo 20:** Comunicado de Prensa CP-047-2022 del 8 de noviembre de 2022. Video de Conferencia de Prensa de 30 de noviembre de 2022, Publicación de Semanario Universidad de 2 de diciembre de 2022, Carta de INFOCOM N° CIT-0061-2022 de 9 de diciembre de 2022; Publicación de Crhoy.com del 23 de diciembre de 2022 y Carta del MICITT N° MICITT-DM-OF-013-2023 del 9 de enero de 2023.
- **Anexo 21:** Certificación 6090-1063-2022 de la Directora de la División Gestión de Red y Mantenimiento de la Gerencia de Telecomunicaciones del ICE del 8 de diciembre de 2022 y Certificación 9191-2809-2022 de la Directora del Proyecto FONATEL Zona Chorotega y Pacífico Central de la Dirección Sostenibilidad, Estrategia e Innovación de la Gerencia de Telecomunicaciones del ICE de 21 de diciembre de 2022.

- **Anexo 22:** Resoluciones RCS-291-2012 de las 09:00 horas del 3 de octubre de 2012 y la Resolución RCS-326-2012 de las 16:00 horas del 4 de noviembre de 2012, ambas del Consejo de la SUTEL.
 - **Anexo 23:** Currículos vitae de testigos peritos ofrecidos.
- b) Presentación de Power Point “Banda 2600 MHz (no confidencial)”, presentada por el Ingeniero Cristian Murillo Marín.
 - c) Presentación de Power Point “Banda 2600 MHz (confidencial)”, presentada por el Ingeniero Cristian Murillo Marín.
 - d) Presentación sin título presentada por el Ingeniero Yeison Alfaro Alfaro.
 - e) Certificación notarial suscrita por la señora Yaila Paola Sánchez Canessa, en su condición de Notaria Institucional del ICE, mediante la cual certifica con vista en la Sección de Personas del Registro Público, al tomo dos mil veintidós, asiento cuatrocientos sesenta y siete mil novecientos catorce, consecutivo uno, secuencia tres que el señor LUIS GUILLERMO ALÁN ALVARADO, cédula de identidad N° 6-0172-0455, es Jefe de la División Jurídica con facultades de Apoderado Generalísimo sin límite de suma del ICE.
 - f) Poder Especial Administrativo emitido por el señor Luis Guillermo Alán Alvarado, cédula de identidad N° 6-0172-0455, en su condición de Apoderado Generalísimo del ICE, a favor de la señora YAILA PAOLA SÁNCHEZ CANESSA, cédula de identidad N° 1-0801-0326 y a GONZALO GÓMEZ RODRÍGUEZ, cédula de identidad N° 1-1070-0098, para que de manera conjunta o separada, comparezcan y actúen dentro del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio que se tramita ante el Órgano Director del Viceministerio de Telecomunicaciones del MICITT, bajo el expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009.
 - g) Copia de la cédula de identidad de la señora Yaila Paola Sánchez Canessa.
 - h) Copia del carné de abogada de la señora Yaila Paola Sánchez Canessa.
 - i) Copia de la cédula de identidad del señor Gonzalo Gómez Rodríguez.
 - j) Copia de carné de abogado del señor Gonzalo Gómez Rodríguez.
 - k) Copia de cédula de identidad del testigo perito Melvin Cristian Murillo Marín.

- l) Copia de cédula de identidad del testigo perito Yeison Eli Alfaro Alfaro.
- m) Copia de la cédula de identidad del señor German Eugenio Calderón Lobo.
- n) Copia de carné de abogado del señor German Eugenio Calderón Lobo.
- o) Copia de la cédula de identidad del señor Carlos Stradi Granados.

(Folios 4078 a 5274 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEXAGÉSIMO SEXTO: Que mediante el **AUTO N° ODP-A-AUTO-ICE-002-2023** de las 11:43 horas de fecha 30 de marzo del año 2023, notificado a las partes en igual fecha, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo declara LA CONFIDENCIALIDAD de las piezas del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009, folios 5217 a 5226 (frente y vuelto) correspondientes a los documentos denominados: “**ANEXO 11:** *Acuerdo del Consejo Directivo del ICE de Sesión N° 6394 del 30 de julio de 2020; Acuerdo del Consejo Directivo de Sesión N° 6493 del 16 de diciembre del 2021 y Ficha del Programa General 5 G*”, “**ANEXO 18:** *Planificación ICE banda 2.6 GHz*”; así como parte de la declaración del testigo perito Melvin Cristian Murillo Marín, con cédula de identidad número: 1-0853-0265, en la que se refiere a aspectos confidenciales referentes a los anexos 11 y 18 citados, realizada el 13 de febrero de 2023 (39 minutos con 30 segundos), grabación que se realizó de forma separada a la grabación principal de la comparecencia, en aras de la protección de los principios del derecho de defensa y debido proceso, sin delimitación de tiempo, excepto para las partes involucradas y los funcionarios públicos designados para el estudio y análisis de la información aportada, en atención a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que resguarda la normativa costarricense. (Folios 5269 a 5275 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEXAGÉSIMO SÉTIMO: Que mediante el **AUTO N° ODP-A-AUTO-ICE-003-2023** de las 11:50 horas de fecha 15 de mayo del año 2023, notificado a las partes en igual fecha, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo resolvió lo siguiente: “**PRIMERO:** *MODIFICAR PARCIALMENTE el AUTO N° ODP-A-AUTO-ICE-002-2023 de las 11:43*

horas de fecha 30 de marzo de 2023 para que se lea correctamente que las piezas del expediente que se declararon confidenciales corresponden a los folios que van del 5217 a 5236 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009.// SEGUNDO: Que en lo demás el AUTO N° ODP-AUTO-ICE-002-2023 de las 11:43 horas de fecha 30 de marzo de 2023 se mantiene incólume". (Folios 5285 a 5288 del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009).

SEXAGÉSIMO OCTAVO: Que mediante correo electrónico de fecha 15 de mayo de 2023, el Órgano Director remitió a este Órgano Decisor el informe de recomendación N° ODP-A-INF-ICE-001-2023 de fecha 15 de mayo de 2023, de conformidad con el mandato impuesto en la Resolución N° 010-2022-R-TEL-MICITT de las 10:35 horas de fecha 10 de marzo de 2022, el cual contiene la RECOMENDACIÓN FINAL a partir del análisis, la comparecencia oral y privada, las conclusiones y las recomendaciones resultado del procedimiento administrativo ordinario incoado en contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139. Dicho informe de recomendación se integra como parte de la fundamentación de la presente Resolución. En dicho informe se recomendó "(...)1. **REVOCAR PARCIALMENTE LA CONCESIÓN** otorgada mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998 adecuado mediante el por tanto 19 de la Resolución N° RT-024-2009-MINAET de fecha 18 de diciembre de 2009, al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139, en relación con los segmentos de frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total), en vista del incumplimiento de la empresa con la obligación de utilización del espectro radioeléctrico concesionado en violación del artículo 22 inciso 1) subinciso b) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones.// 2. **ADVERTIR** al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, que en vista de la revocación parcial del Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998 adecuado mediante el por tanto 19 de la Resolución N° RT-024-2009-MINAET de fecha 18 de diciembre de 2009, a partir de la firmeza de la presente Resolución no podrá hacer uso de los segmentos de frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz, lo

anterior de conformidad con el artículo 67 inciso a) subinciso 1) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones que prohíbe expresamente explotar redes de telecomunicaciones de manera ilegítima, so pena de exponerse a la aplicación del régimen sancionatorio correspondiente.// 3. INFORMAR al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y al SINDICATO DE INGENIEROS DEL ICE (SIICE), sobre su derecho a recurrir la presente Resolución, mediante el recurso de reposición el cual deberá ser presentado ante el Poder Ejecutivo en el plazo de máximo tres (3) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de la presente Resolución, debiendo presentar su escrito en el Despacho Ministerial de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, sito en San José, Zapote, 250 metros oeste de la entrada principal de Casa Presidencial, Edificio Mira, primer piso. Lo anterior de conformidad con el artículo 346 inciso 1) de la Ley N° 6227, Ley General de Administración Pública. // 4. NOTIFICAR la correspondiente Resolución al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y al SINDICATO DE INGENIEROS DEL ICE (SIICE) por los medios señalados dentro del expediente administrativo y que esta misma sea notificada a la Superintendencia de Telecomunicaciones. (...)" (Folios 5289 a 5464 del expediente administrativo N° GCP-AT-0298-2009).

SEXAGÉSIMO NOVENO: Que se han observado las prescripciones de la ley, se han realizado las diligencias útiles y necesarias, y no se han advertido nulidades que afecten la validez de la presente Resolución ni que pongan en indefensión a las partes.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SOBRE LA COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO PARA EL CONOCIMIENTO DEL PRESENTE ASUNTO.

El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, según lo dispuesto en los artículos 7 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 9 del

Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET³, Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) y sus reformas. Por lo tanto, no puede salir del dominio del Estado y su planificación, administración y control se rige según lo establecido en la Constitución Política, los Tratados Internacionales, las leyes y reglamentos que al efecto se emitan, así como lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (PNDT). 2022 – 2027 “Costa Rica: Hacia la disrupción digital inclusiva”, según lo estipula el artículo 10 de la citada Ley N° 8642.

El espectro radioeléctrico sólo podrá ser explotado por la Administración Pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca el legislador, según lo instituye el subinciso c) del inciso 14) del artículo 121 de la Constitución Política, y en ejercicio de la competencia dispuesta en el artículo 10 párrafo tercero de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones que dispone: *“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”*

En adición a lo anterior, el artículo 130 de la Constitución Política establece:

“ARTÍCULO 130.- El Poder Ejecutivo lo ejercen, en nombre del pueblo, el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores”.

Por su parte, el artículo 140, de la Constitución Política dispone:

“ARTÍCULO 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

³ El Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET fue derogado por el Decreto Ejecutivo 44010-MICITT de fecha 30 de mayo de 2023, no obstante, para los efectos del análisis de los hechos comprendidos en el expediente del procedimiento administrativo la normativa vigente aplicable era el Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET.

(...)

8) *Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas;*

(...)

20) *Cumplir los demás deberes y ejercer las otras atribuciones que le confieren esta Constitución y las leyes.*

(...)"

Ahora bien, con la suscripción del "Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (TLC)", aprobado mediante Ley N° 8622 de fecha 21 de noviembre de 2007, Costa Rica adquirió una serie de compromisos país, que implicaron la creación del Sector Telecomunicaciones, así como la emisión de un marco normativo acorde con las nuevas necesidades regulatorias. De esta forma en el año 2008 se promulgaron la Ley N° 8642 "Ley General de Telecomunicaciones", de fecha 04 de junio de 2008 y sus reformas (en adelante LGT) y la "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones", Ley N° 8660 de fecha 13 de agosto de 2008 y sus reformas (en adelante LFMEPST), mediante las cuales, es clara la legislación en establecer una Rectoría en Telecomunicaciones que en este caso recae en el MICITT.

De esta manera, mediante el artículo 38 de la "Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones", Ley N° 8660 y sus reformas, el legislador creó la Rectoría en materia de Telecomunicaciones, la cual, en un inicio estuvo en el Ministerio de Ambiente y Energía, y posteriormente por medio de la Ley N° 9046, "Traslado del Sector Telecomunicaciones del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología", se trasladó al Ministerio de Ciencia y Tecnología. Es así como la "Ley General de la Administración Pública", (en adelante LGAP) en su numeral 23 dispone en lo conducente:

"Artículo 23.-

1.- Las carteras ministeriales serán:

a, (...)

ñ, Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones.

(Así reformado el inciso ñ) anterior por el artículo 25 de la Ley de Creación de la Promotora Costarricense de Innovación e Investigación, ley N° 9971 del 11 de mayo del 2021 [sic])

A partir de lo anterior, el legislador estableció las atribuciones que explícitamente le confirió la Ley N° 8660, las cuales se encuentran enlistadas en el numeral 39 de la citada ley:

“El rector del sector será el ministro o la ministra de Ciencia, [Innovación] Tecnología y Telecomunicaciones (Micitt), 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.*
 - f) *Realizar la declaratoria de interés público y dictar el decreto para la imposición de servidumbres forzosas o para la expropiación de los bienes necesarios para la operación de las redes públicas de telecomunicaciones*
 - g) *Representar al país ante las organizaciones y los foros internacionales de telecomunicaciones y en los relacionados con la sociedad de la información.*
 - h) *Coordinar las políticas de desarrollo de las telecomunicaciones con otras políticas públicas destinadas a promover la sociedad de la información.*
 - i) *Velar por el cumplimiento de la normativa ambiental nacional aplicable y el desarrollo sostenible de las telecomunicaciones en armonía con la naturaleza.*
 - j) *Brindar apoyo técnico al rector en materia de gestión integral de residuos en cuanto a la definición, clasificación y diseño de políticas de gestión de los residuos derivados de las actividades de telecomunicaciones. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 58 aparte b) de la ley para la Gestión Integral de Residuos, N° 8839 del 24 de junio de 2010)*
 - k) *Las demás funciones que le asigne la ley.*
- (...)” (El resaltado no corresponde al original).

En concordancia, el artículo 2 de la LGT citada establece los objetivos de la Ley que debe desarrollar y concretar la Rectoría de Telecomunicaciones, los cuales se proceden a enumerar de seguido:

“ARTÍCULO 2.- Objetivos de esta Ley

Son objetivos de esta Ley:

- a) *Garantizar el derecho de los habitantes a obtener servicios de telecomunicaciones, en los términos establecidos en esta Ley.*
- b) *Asegurar la aplicación de los principios de universalidad y solidaridad del servicio de telecomunicaciones.*
- c) *Fortalecer los mecanismos de universalidad y solidaridad de las telecomunicaciones, garantizando el acceso a los habitantes que lo requieran.*
- d) *Proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura,*

- mayor y mejor información, más y mejores alternativas en la prestación de los servicios, así como garantizar la privacidad y confidencialidad en las comunicaciones, de acuerdo con nuestra Constitución Política.*
- e) Promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles.*
 - f) Promover el desarrollo y uso de los servicios de telecomunicaciones dentro del marco de la sociedad de la información y el conocimiento y como apoyo a sectores como salud, seguridad ciudadana, educación, cultura, comercio y gobierno electrónico.*
 - g) Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos.*
 - h) Incentivar la inversión en el sector de las telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que contenga mecanismos que garanticen los principios de transparencia, no discriminación, equidad, seguridad jurídica y que no fomente el establecimiento de tributos.*
 - i) Procurar que el país obtenga los máximos beneficios del progreso tecnológico y de la convergencia.*
 - j) Lograr índices de desarrollo de telecomunicaciones similares a los países desarrollados”.*

En adición a las competencias legales señaladas, la Procuraduría General de la República mediante el dictamen vinculante emitido mediante oficio N° C-306-2015 de fecha 11 de noviembre de 2015 indicó que, conforme al principio de paralelismo de las competencias, corresponde al Poder Ejecutivo resolver acerca de las solicitudes de las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones, por ende le compete entonces al Poder Ejecutivo decidir la apertura del procedimiento administrativo para la determinación de la verdad real de los hechos, y posible resolución de la concesión, y nombrar el Órgano director encargado de instruir el procedimiento administrativo procedente, así como adoptar la decisión final en su carácter de Órgano Decisor. Al respecto el dictamen señaló:

“(…) 1) no se considera conveniente la participación de SUTEL como órgano de investigación preliminar y órgano director del procedimiento, por cuanto podrían violentarse las garantías de imparcialidad y de objetivación en la tramitación del proceso. SUTEL debe mantener su rol de órgano de investigación preliminar y remitir los informes correspondientes al Poder Ejecutivo cuando acrediten casos donde se documenten indicios que podrían derivar en un procedimiento ordinario administrativo para declarar la extinción, revocación o rescisión de un título habilitante. 2) De acuerdo con las normas de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y la Ley General de Telecomunicaciones los roles que debería ejecutar SUTEL son los propios de una fase de investigación preliminar, porque tiene las competencias y recursos que permiten identificar la existencia de causales contempladas en el artículo 22, inciso 1) de la Ley General de Telecomunicaciones, pudiendo determinar la existencia de mérito para que el Ejecutivo valore la apertura de un procedimiento administrativo. Agrega que las funciones de órgano de investigación preliminar se encuentran determinadas en el artículo 89 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. Al Poder Ejecutivo corresponde asignar, reasignar o rescatar las frecuencias del espectro radioeléctrico y el artículo 12 dispone que las frecuencias para operar y explotar redes públicas de telecomunicaciones serán otorgadas por el Poder Ejecutivo mediante concesión. Competencia que deriva del artículo 39 de la Ley 8660. Por lo que en aplicación del principio del paralelismo de las formas, corresponde al Poder Ejecutivo dirigir el procedimiento para revocar la concesión. 3) en atención a los principios de legalidad e imparcialidad SUTEL debe realizar la investigación preliminar y remitir al Poder Ejecutivo la recomendación para que valore la apertura del procedimiento de revocación. 4) considera que no es necesario reformar el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones porque su artículo 36 establece que el procedimiento para la extinción, caducidad y revocación de las concesiones es el procedimiento ordinario de la Ley General de Administración Pública. Norma que el artículo 4 de la Ley General de Telecomunicaciones establece como supletoria.” (Énfasis agregado).

La potestad sancionatoria de la Administración es manifestación del poder represivo o *ius puniendi* del Estado. El poder punitivo estatal es único, por lo que la potestad

sancionatoria administrativa está sujeta a los principios y disposiciones aplicables originalmente en el Derecho Penal. Producto de la influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, se impone a la Administración aplicar las garantías procedimentales desarrolladas para el proceso penal, con determinados matices particularmente en orden a la tipicidad. Lo que se justifica en el hecho de que se está ante una afectación de la esfera de libertad de los administrados debido al proceder del Poder Público. De ese hecho la potestad sancionadora se ejerce con respeto a los principios generales del debido proceso, lo que implica un amplio ejercicio del derecho de defensa, principio de contradictorio, igualdad entre las partes, presunción de inocencia y sujeción al principio de imparcialidad. Estos principios se imponen a la autoridad sancionadora, que debe actuar como los jueces: de manera imparcial, objetiva e independiente.

En nuestro sistema jurídico se estima que la legislación administrativa que contempla en forma más acertada los principios que informan el debido proceso es la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, por lo que su aplicación se impone en todo procedimiento administrativo con carácter sancionador, máxime si no existe una regulación legal suficiente en procedimientos especiales. En la medida en que resulte aplicable el procedimiento ordinario, resulta aplicable el artículo 229 de dicha Ley, en cuanto ordena la aplicación de los procedimientos establecidos en dicha Ley a toda la Administración, salvo las excepciones legalmente establecidas:

Artículo 229.-

1. *El presente Libro regirá los procedimientos de toda la Administración, salvo disposición que se le oponga.*
2. *En ausencia de disposición expresa de su texto, se aplicarán supletoriamente, en lo que fueren compatibles, los demás Libros de esta ley, el Código Procesal Contencioso-Administrativo, las demás normas, escritas y no escritas, con rango legal o reglamentario, del ordenamiento administrativo y, en último término, el Código de Procedimiento Civiles, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el resto del Derecho común". Por ende, el procedimiento de esta Ley*

se aplica supletoriamente en los procedimientos regulados por otras leyes en tanto se determine de manera expresa, no se garantice el debido proceso o bien, existan aspectos procedimentales no regulados por la ley especial.”

De manera particular debemos considerar que la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones no regula el procedimiento para declarar la resolución de una concesión. El inciso 1), in fine, del artículo 22 se limita a hacer referencia a un debido proceso:

“La declaratoria de resolución del contrato estará precedida de un proceso administrativo que respetará las reglas del debido proceso. El titular de la concesión cuya resolución haya sido declarada por incumplimiento grave de sus obligaciones, estará imposibilitado para mantener nuevas concesiones de las previstas en esta Ley, por un plazo mínimo de tres años y máximo de cinco años, contado a partir de firmeza de la resolución”. (Énfasis agregado).

No obstante, conforme lo dispuesto por esta última Ley, en ausencia de una disposición en orden al procedimiento administrativo rige supletoriamente la Ley N° 6227, Ley General de Administración Pública:

“Artículo 4.- Alcance

Esta Ley es de orden público, sus disposiciones son irrenunciables y es de aplicación obligatoria sobre cualesquiera otras leyes, reglamentos, costumbres, prácticas, usos o estipulaciones contractuales en contrario. Para lo no previsto en esta Ley regirá, supletoriamente, la Ley general de la Administración Pública, N° 6227, de 2 de mayo de 1978, en lo que resulte aplicable”. (Énfasis agregado).

Asimismo, el artículo 36 del Decreto Ejecutivo N° 34765-MINAET, Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, establece que el procedimiento para la extinción,

caducidad y revocación de las concesiones del espectro radioeléctrico, *“será el procedimiento ordinario establecido en el Libro II de la Ley General de Administración Pública, N° 6227, del 2 de mayo de 1978, y sus reformas”*.

Ahora bien, tratándose de un procedimiento como es el propio de la resolución de la concesión, se sigue la necesaria aplicación del procedimiento ordinario, de conformidad con las estipulaciones de los artículos 308 y siguientes de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, y con aplicación de las disposiciones correspondientes del Libro Segundo de la Ley que fueren pertinentes.

Por disposición de dichas normas deberá entonces incoarse el procedimiento para eventualmente resolver la concesión otorgada. La decisión sobre su apertura y la eventual resolución del título de concesión corresponden al Poder Ejecutivo, en tanto es el Órgano Decisor competente, previa recomendación del Órgano Director a cargo de la instrucción del procedimiento al cual le corresponde llevar las diligencias propias para su desarrollo hasta dejar listos los autos para el dictado de la resolución que proceda por el Órgano Decisor.

Por lo que, el Poder Ejecutivo, integrado por el Presidente de la República en ejercicio y la Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones por disposición constitucional y desarrollo legal, es competente para conocer y resolver sobre el presunto incumplimiento del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139 de las obligaciones y condiciones derivadas del título habilitante de concesión otorgado mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98- MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, en relación con el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, con absoluto apego a los principios del debido proceso y derechos de defensa del Instituto investigado, referidas a lo siguiente: a. Eventual incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, sobre la no instalación de redes y utilización de las

frecuencias en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la concesión, de conformidad con los artículos 80 y 81 en relación con el artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. b. Eventual incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, sobre la presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico, conforme a los artículos 2 incisos a) y d), 3 inciso c), 49 inciso 1) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 74 incisos a), d), h) y k) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. c. Eventual incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, sobre la presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico. Conforme a los artículos 3 incisos a), c) e i), 8 incisos a) y c), 11 y 22 inciso 1) subinciso a) y b), de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones y artículos 74 incisos c) y h) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones en relación con el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET⁴, Plan Nacional de Atribución de Frecuencias. Así como cualquier otra causal que el Órgano Director detecte, para conducir e instruir el procedimiento administrativo sancionatorio para la determinación de la verdad real.

En aplicación de lo previsto en el artículo 39 de la Constitución Política, en los numerales, 2, 214, 308, 309 y 319 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública se impuso Procedimiento Administrativo Ordinario de carácter sancionatorio como la vía para la determinación de la verdad real de los hechos, cuando estando frente a la posible participación del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, en el incumplimiento de sus obligaciones que ameriten una medida sancionatoria que pudiera devenir en una infracción de los derechos subjetivo de dicho Instituto.

⁴ Derogado mediante Decreto Ejecutivo N° 44010-MICITT, en fecha 16 de marzo de 2023 y publicado en el Alcance N° 99 al Diario Oficial La Gaceta N° 95 de fecha 30 de mayo 2023, denominado Plan Nacional de Atribución de Frecuencias.

Por lo anterior mediante el Procedimiento Administrativo se garantiza el respeto a los derechos de defensa del administrado ya que permite que éste ofrezca toda la prueba que considere pertinente para demostrar su inocencia, en relación con los hechos que se le imputan, por lo que, es mediante los principios que informan el Procedimiento Administrativo (debido proceso, intimación, informalidad, motivación de los actos y libre acceso al expediente), que la legislación garantiza al administrado el respeto de los derechos constitucionales que le asisten.

Para el presente caso, el Órgano Decisor, en su condición de superior jerárquico ha delegado en el Órgano Director, la determinación de la verdad real de los hechos puestos en su conocimiento. Asimismo, el Órgano Director se ha conformado de manera que rinda un dictamen de carácter técnico, el cual, según lo establecido en el artículo 303 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administrativo Pública, es facultativo en la decisión para la emisión del acto final por parte de este Órgano Decisor.

SEGUNDO: HECHOS PROBADOS

Con base en la instrucción del procedimiento administrativo y el análisis del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009, la prueba de cargo y descargo evacuada en la audiencia oral y privada que constan en el informe N° ODP-Inf-ICE-001-2023 de fecha 15 de mayo de 2023, rendido por el Órgano Director, este Órgano Decisor determina que los siguientes resultan hechos probados para efectos de emisión del acto final de este procedimiento:

1. Que el ICE utiliza parcialmente el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz (40 MHz en total) de forma eficiente conforme al artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias. Al respecto véase la prueba documental de los dictámenes técnicos N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012; N° 890-SUTEL-DGC-2013 de fecha 22 de febrero de 2013; 05726-SUTEL-DGC-2016 de fecha 04 de agosto de 2016; 03145-SUTEL-DGC-2017 de fecha

18 de abril de 2017; N° 06996-SUTEL-DGC-2017 de fecha 23 de agosto de 2017; N° 5213-SUTEL-DGC-2018 de fecha 29 de junio de 2018, N° 3820-SUTEL-DGC-2019 de fecha 07 de mayo de 2019; N° 05348-SUTEL-DGC-2019 de fecha 19 de junio de 2019, N° 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre de 2019 N° 04204-SUTEL-DGC-2020 de fecha 14 de mayo de 2020 N° 05071-SUTEL-DGC-2020, de fecha 09 de junio de 2020, N° 00138-SUTEL-DGC-2021 de fecha 07 de enero de 2021, N° 06531-SUTEL-DGC-2021 de fecha 15 de julio de 2021, N° 02156-SUTEL-DGC-2021 emitido en fecha 12 de marzo de 2021, N° 02823-SUTEL-DGC-2021, de fecha 8 de abril de 2021, N° 04171-SUTEL-DGC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021; N° 04225-SUTEL-OTC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021; N° 04482-SUTEL-DGC-2021 de fecha 28 de mayo de 2021, N° 06531-SUTEL-DGC-2021 de fecha 15 de julio de 2021, N° 09509-SUTEL-DGC-2021 de fecha 08 de octubre de 2021, N° 11491-SUTEL-DGC-2021 de fecha 10 de diciembre de 2021; N° 03535-SUTEL-DGC-2022 emitido en fecha 20 de abril de 2022 y 08359-SUTEL-DGC-2022, emitido en fecha 16 de septiembre de 2022..

2. Que en los segmentos de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz, hay un uso no eficiente del espectro asignado al ICE debido a la no existencia de un factor de reutilización de conformidad con el inciso e) del artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, en vista que utiliza la técnica de “Carrier aggregation” (agregación de portadoras) para la prestación del servicio de telefonía móvil. Al respecto, véase dictamen técnico N° 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre de 2019; puntos décimo quinto y vigésimo noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia realizada el 08 y 13 de febrero de 2023 y la prueba denominada “Anexo 13 Reporte RadioBases 1Sem 2021”.

3. Que el ICE no utiliza el segmento de frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total). Lo que configura una causal de revocación de la concesión conforme al artículo 22 inciso 1) subinciso a), de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones. Al respecto, véase el dictamen técnico N° 03145- SUTEL-DGC-2017 de fecha 18 de abril de 2017; N° 06996-SUTEL-DGC-2017 de fecha 23 de agosto de 2017; N° 5213-SUTEL-DGC-2018 de fecha 29 de

junio de 2018, N° 3820-SUTEL-DGC-2019 de fecha 07 de mayo de 2019; N° 05348-SUTEL-DGC-2019 de fecha 19 de junio de 2019, N° 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre de 2019 N° 04204-SUTEL-DGC-2020 de fecha 14 de mayo de 2020 N° 05071-SUTEL-DGC-2020, de fecha 09 de junio de 2020, N° 00138-SUTEL-DGC-2021 de fecha 07 de enero de 2021, N° 06531-SUTEL-DGC-2021 de fecha 15 de julio de 2021, N° 02156-SUTEL-DGC-2021 emitido en fecha 12 de marzo de 2021, N° 02823-SUTEL-DGC-2021, de fecha 8 de abril de 2021, N° 04171-SUTEL-DGC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021; N° 04225-SUTEL-OTC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021; N° 04482-SUTEL-DGC-2021 de fecha 28 de mayo de 2021, N° 06531-SUTEL-DGC-2021 de fecha 15 de julio de 2021, N° 09509-SUTEL-DGC-2021 de fecha 08 de octubre de 2021, N° 11491-SUTEL-DGC-2021 de fecha 10 de diciembre de 2021; N° 03535-SUTEL-DGC-2022 emitido en fecha 20 de abril de 2022 y 08359-SUTEL-DGC-2022, emitido en fecha 16 de septiembre de 2022, lo indicado por el ICE en los puntos décimo quinto y vigésimo noveno del oficio N° 263-10-2023 de fecha 08 de febrero de 2023, la prueba denominada “Anexo 13 Reporte RadioBases 1Sem 2021”.

4. Que en cuanto al servicio IMT (servicio “MÓVIL”) el ICE no ha cumplido con el área geográfica (nacional) asignada según el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP y su correspondiente adecuación realizada mediante la Resolución N° RT-024-2009-MINAE.T. Al respecto, véase la resolución N° RCS-199-2012 “Protocolo general de medición de señales electromagnéticas” publicada en el Alcance Digital N°104 del Diario Oficial La Gaceta N°146 del 30 de julio de 2012, los dictámenes técnicos N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012; N° 890-SUTEL-DGC-2013 de fecha 22 de febrero de 2013; 05726-SUTEL-DGC-2016 de fecha 04 de agosto de 2016. N° 03145-SUTEL-DGC-2017 de fecha 18 de abril de 2017, oficio No 06996-SUTEL-DGC-2017 de fecha 23 de agosto de 2017, N° 5213-SUTEL-DGC-2018 de fecha 29 de junio de 2018, oficio N° 05348-SUTEL-DGC-2019, N° 3820-SUTEL-DGC-2019 de fecha 07 de mayo de 2019, 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre de 2019, N° 06531-SUTEL-DGC-2021 de fecha 15 de julio de 2021, N° 11491-SUTEL-DGC-2021 de fecha 10 de diciembre de 2021, N° 03535-SUTEL-DGC-2022 emitido en fecha 20 de abril de 2022 y 08359-SUTEL-DGC-2022, emitido en fecha 16 de septiembre de 2022.

5. Que el procedimiento aprobado en el país para la comprobación de cobertura que se solicita en el artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, se encuentra establecido en la resolución N° RCS-199-2012 “Protocolo general de medición de señales electromagnéticas” publicada en el Alcance Digital N°104 del Diario Oficial La Gaceta N°146 del 30 de julio de 2012, así como el procedimiento y N° DGC-CA-PROC-15, “Mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME” de fecha 08 de marzo de 2017, de conformidad con los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las mediciones de intensidad de campo eléctrico, específicamente las recomendaciones UIT-R SM.443-4, “Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones” y UIT-R SM.378-7, “Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”. Al respecto se tiene por acreditado mediante la resolución N° RCS-199-2012 “Protocolo general de medición de señales electromagnéticas” que se encuentra publicada en el Alcance Digital N°104 del Diario Oficial La Gaceta N°146 del 30 de julio de 2012, así como el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, “Mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME” de fecha 08 de marzo de 2017”.

6. Que a partir de la reforma al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias realizada mediante el Decreto Ejecutivo N° 38033-MICITT del 15 de noviembre de 2013, se define la canalización para el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz en el país, lo que posibilita el desarrollo y despliegue de sistemas IMT, libre de interferencias, y garantizando el uso correcto del segmento de frecuencias señalado. Al respecto, la reforma introducida al Decreto Ejecutivo 35257-MINAET de fecha de fecha 22 de febrero de 2013 reformado mediante Decreto Ejecutivo N° 38033-MICITT de fecha 15 de noviembre de 2013 publicado en la Gaceta N° 229 del 27 de noviembre de 2013.

TERCERO: HECHOS NO PROBADOS

Con base en la recomendación efectuada por parte del Órgano Director del procedimiento administrativo mediante el informe N° ODPA-INF-ICE-001-2023 de fecha 15 de mayo de 2023 y el análisis del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009, la prueba de cargo y descargo evacuada en la audiencia oral y privada, este Órgano Decisor determina que los siguientes hechos resultan no probados, para efectos del acto final de este procedimiento:

1. Que el ICE no haya hecho la instalación de redes y la utilización de las frecuencias en el plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigor de la concesión adecuada, de conformidad con los artículos 80 y 81 en relación con el artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.
2. Que el ICE tuviera algún eximente de responsabilidad que comprobara caso fortuito o fuerza mayor para el no uso del segmento de frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz.
3. Que la Superintendencia de Telecomunicaciones haya realizado alguna prevención, medida correctiva, procedimiento administrativo o aplicado el régimen sancionatorio establecido en la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones al ICE, sobre el no uso eficiente que este le estaba dando a las frecuencias concesionadas, conforme el artículo 11 del PNAF, en virtud del artículo 67 de la Ley N° 8642.

CUARTO: SOBRE EL FONDO

1. SOBRE LOS TÍTULOS HABILITANTES OTORGADOS POR EL PODER EJECUTIVO.

A. Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP:

Mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, el Poder Ejecutivo le otorgó al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, entre otras, la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, con una potencia máxima: 30 dBm, clase: oficial, con zona de acción: todo el país, según se observa de seguido:

N° 1562-98-MSP.—San José, 25 de setiembre de 1998

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA
Y EL MINISTRO DE GOBERNACION Y POLICIA,
Y SEGURIDAD PUBLICA

Con fundamento en la Ley de Radio N° 1758 del 19 de junio de 1954 y sus reformas y el Reglamento N° 63 del 11 de diciembre de 1956 y sus reformas, y

Considerando:

1°—Que el señor Isidro Serrano Rodríguez, cédula número 1-302-616, Subgerente con facultades de apoderado general sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE-RED), ha presentado formal solicitud tendiente a que se le autorice un sistema de radiocomunicación en Super Altas Frecuencia y Extras Altas Frecuencias, para operar sistemas PCS (Servicio de Comunicaciones Personales) similar en su estructura a los sistemas celulares, en todo el país y enlaces de telefonía rural.

2°—Que según certificación del Notario Público Lic. Juan Manuel Campos Avila, el señor Isidro Serrano Rodríguez, es Subgerente con facultades de apoderado general sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE-RED), con cédula jurídica N° 4-000-042139.

3°—Que la Oficina de Control Nacional de Radio, hizo el análisis correspondiente al expediente del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE-RED), encontrándolo ajustado a derecho, por lo que ha dado su parecer favorable para que dicho sistema sea autorizado. Por tanto,

ACUERDAN:

Otorgar los rangos de frecuencias: 2500 a 2690 MHz, 1971 a 1990 MHz, 1913 a 1930 MHz y 4400 a 5000 MHz al Instituto Costarricense de Electricidad, con las siguientes características:

Indicativo	Zona de acción	Potencia máxima	Clase de servicio
TE-ICE	todo el país	30 dBm	Oficial

Queda entendido el concesionario de esta frecuencia que es obligación de su parte observar la Legislación Vigente o la que en el futuro se dicte, acatando las indicaciones de la Oficina de Control Nacional de Radio.

MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ ECHEVERRIA.—El Ministro de Gobernación y Policía, y de Seguridad Pública. Juan Rafael Lizano Sáenz.—1 vez.—(Solicitud N° 18616).—C-4000.—(81335)

Dicho acuerdo ejecutivo se fundamentó en la Ley de Radio (Servicios Inalámbricos) N° 1758 y el Reglamento de Estaciones Inalámbricas N° 63, normativa aplicable para el momento de la emisión de dicha concesión.

El. Resolución N° RT-0024-2009-MINAET:

Mediante la Resolución N° RT-024-2009-MINAET de las 11:00 horas de fecha 18 de diciembre de 2009, el Poder Ejecutivo adecuó los títulos habilitantes del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, y específicamente en el por tanto 19 indicó lo siguiente, respecto al Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP:

"(...)

19. Adecuar el título habilitante otorgado mediante Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP del 25 de setiembre de 1998, en relación a los rangos de frecuencia de 2500-2590 MHz para servicios IMT. (...)

Además, en dicha resolución se indicó en el por tanto 32 lo siguiente:

"(..)

32. Establecer que el ICE en lo sucesivo y por un plazo indefinido, salvo lo indicado expresamente en contrario, quedará habilitado para explotar las frecuencias asignadas según lo dispuesto en el presente informe de acuerdo a los usos previstos por el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, sean los servicios de IMT. Lo anterior previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley N° 8642, el cual establece que los proveedores de servicios disponibles al público deberán informar a la Sutel acerca de los servicios que brinden. Asimismo, debe cumplir con los principios y preceptos dispuestos en la Ley General de Telecomunicaciones, particularmente, con lo determinado en el inciso g) del artículo 2, el inciso i) del artículo 3 y el inciso c) del artículo 8, sin perjuicio del resto de la normativa jurídica aplicable. (...)"

Esta habilitación para brindar servicios IMT se realizó de conformidad con la nota CR 075 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias vigente en ese momento, Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET que indicaba:

"(.)

CR 075 El rango de 2500-2690 MHz se identifica para servicios IMT. En la actualidad es utilizado para enlaces troncales o de transporte de 34 MB/S de los principales centros de tránsito de telefonía.

(...)"

2. SOBRE EL ANÁLISIS DE LOS DICTÁMENES TÉCNICOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES (SUTEL).

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 inciso d) y e) de la Ley N° 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 169 de fecha 05 de setiembre de 1996, modificada por la Ley N° 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, publicada en el Alcance N° 31 al Diario Oficial La Gaceta N° 156 de fecha 13 de agosto de 2008 y en cumplimiento con la disposición N° 5.1.c.i del informe N° DFOE-IFR-IF-6-2012 de la Contraloría General de la República, el Órgano Regulador rindió los criterios técnicos respecto del uso y explotación de la concesión otorgada a la INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, los cuales serán analizados seguidamente.

A. Dictamen Técnico emitido mediante oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012:

La SUTEL emitió dictamen técnico mediante el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012, titulado *"Situación actual de los títulos habilitantes, adecuaciones y ocupación efectiva del espectro radioeléctrico concesionado al Grupo ICE"*, de fecha 9 de noviembre de 2012, aprobado por su Consejo Directivo mediante el Acuerdo N° 015-075-2012 de la sesión ordinaria N° 075-2012 celebrada en fecha 05 de diciembre de 2012, y que consta de los folios 645 a 715 del expediente administrativo.

Según se indica en dicho informe, la SUTEL mediante contratación directa, adjudicó a la empresa TES América las mediciones de ocupación de las bandas para IMT, entre las cuales se mencionada la del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, del 9

al 17 de noviembre de 2011 (ver folio 679 del expediente administrativo), y según indica la SUTEL, se realizó tomando en cuenta las recomendaciones UIT-R SM377-4 y UIT-R SM378-7 de la UIT, en los sitios “Cerro de la Muerte, Cerro Santa Elena, Cerro Cañas Dulces, Cerro Vista al Mar, Volcán Irazú, Cerro Garrón, Cerro Monterrey, y Pavas en San José”. Aunado a lo anterior, la SUTEL realizó mediciones durante los meses de septiembre y octubre de 2012, en las localidades de “Alajuela, Aserrí, Bebedero, Bribri, Buenos Aires, Cerro Ron Ron, Chiqueros, Ciudad Quesada, Escazú, Guácimo, Heredia, Liberia, Limón, Matina, Monteverde, Pérez Zeledón, San José, San Ramón, Siquirres, Tres Ríos, Cartago, Coronado, Sarapiquí, Naranjo, Nicoya, Santa Cruz”, e indica que se siguió el “Protocolo General de medición de señales electromagnéticas” establecido en la resolución RCS-199-2012 del 27 de junio de 2012, para lo cual se midió la potencia de la señal recibida, utilizando un equipo Anritsu modelos MS2724B (rango de operación de 9 KHz a 27 GHz) y MS2726C (rango de operación de 9 KHz a 43 GHz), conectados a una antena “Transformational Security TS-6021”; y posteriormente, la SUTEL realizó mediciones de campo el día 19 de septiembre de 2022, en la localidad de Barva en Heredia e indica que siguieron los mismos procedimientos establecidos en la resolución RCS-199-2012 (ver folio 684 del expediente administrativo).

En dicho informe, para este segmento en específico, la SUTEL concluyó en el apartado “7.2. Sobre el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz”, lo siguiente:

“(..)

7.2.5. Según el oficio 234-305-2012 del 8 de junio del año en curso, el ICE reportó el empleo del segmento de 2500 MHz a 2549 MHz en una red del servicio fijo de radioenlaces, del segmento de 2629 MHz a 2689 MHz en una red del servicio fijo de WiMAX Fijo **y manifestó no utilizar los segmentos de 2549 MHz 2629 MHz y de 2689 MHz a 2690 MHz.**

7.2.6. Con respecto [sic] la utilización reportada por parte del ICE del segmento de 2500 MHz a 2549 MHz en una red del servicio fijo de doce radioenlaces, desde una

perspectiva de uso eficiente del espectro radioeléctrico, lo recomendable es que dichos radioenlaces sean migrados a otras bandas de asignación no exclusiva (notas nacionales CR 079, CR 080, CR 083, CR 084, CR 088, CR 090, CR 092, CR 094, CR 095, CR 099, CR 100B, CR 102A, CR 102B, CR 103, y CR 104 del PNAF), identificadas para estos propósitos en donde se considera la reutilización del recurso por ubicación geográfica.

7.2.7. Según el reporte del ICE, la red de acceso de WiMAX Fijo (802.16d) en esta banda, se encuentra compuesta únicamente por 7 radiobases (2 en Heredia, 2 en Alajuela y 3 en Limón). Esto evidencia una escasa cobertura y subutilización de recurso, al contar con cobertura en pocos lugares del país, lo que permitiría la reutilización de espectro en los otros lugares.

(...)

En lo que respecta a la ocupación efectiva

7.2.9. En cuanto al segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, existe una subutilización donde el porcentaje máximo de ocupación registrado en las mediciones realizadas por SUTEL corresponde a un 10,68%, con una ocupación promedio inferior a un 2%, lo cual no es consistente con los objetivos de la LGT.

7.2.10. Tal y como indicó el ICE mediante oficio 234-305-2012 y de los resultados obtenidos en las mediciones realizadas por esta Superintendencia, es evidente que los segmentos de 2549 MHz a 2629 MHz y de 2689 MHz a 2690 MHz no están siendo utilizados (81 MHz de los 190 MHz disponibles), y que además, existe una utilización parcial de los segmentos 2500 MHz a 2549 MHz y 2629 MHz a 2689 MHz.

En lo que respecta a la concentración del recurso escaso

7.2.11. Tal y como se indicó en la resolución RCS-291-2012 existe una concentración del 100% para la banda de 2,6 GHz, lo cual se convierte en una barrera

de entrada absoluta y afecta directamente la promoción de la competencia en el sector.”. (Énfasis agregado).

Con base en las conclusiones anteriores, y en lo que interesa para el análisis en estudio, la SUATEL recomendó:

“(…)

8.2.3. Recomendar al Viceministerio de Telecomunicaciones, que solicite al Poder Ejecutivo el inicio del procedimiento administrativo correspondiente, para que:

(…)

*8.2.3.2. **Se extinga parcialmente la concesión Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP del 25 de setiembre de 1998** mediante el cual se otorgó al ICE el segmento de 2549 MHz a 2690 MHz, bajo el supuesto del inciso 2) subinciso c) del artículo 22 de la LGT, en los siguientes términos:*

- a. Los segmentos de 2549 MHz a 2629 MHz y de 2689 MHz a 2690 MHz, por cuanto el recurso no se encuentra en utilización.*
- b. El segmento de 2629 MHz a 2689 MHz por cuanto se utiliza de forma contraria al uso otorgado en concesión y el atribuido en el PNAF.*

8.2.3.3. Lo anterior, en vista de que dicho recurso no se utiliza de forma óptima, se requiere para poner en operación nuevas tecnologías y su estado de concentración afecta la competencia efectiva e imposibilita el cumplimiento de los objetivos y principios de la LGT y de los tratados internacionales suscritos por el país.”. (Énfasis agregado).

Dado lo anterior, en el punto cuarto del apartado II del oficio N° 263-10-2023 de fecha 08 de febrero de 2023, denominado “ALEGATO INICIAL PARA COMPARECENCIA ORAL Y PRIVADA DE LAS 09:00 HORAS DEL 8 DE FEBRERO DE 2023”, presentado por el ICE en la comparecencia realizada el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del

ICE rechazan dicho informe e indican que “(...) durante el periodo de medición de la SUTEL reportado en el Informe N°4629-Sutel-DGC-2012 de 9 de noviembre del 2012, y que comprendió del 9 al 17 de noviembre del 2011 y setiembre y octubre del 2012, el ICE utilizaba la banda de 2.6 GHz solamente para servicios fijos, y planeaba usarla para servicios IMT en un futuro, por lo que la explotación era absolutamente conforme con su título habilitante otorgado en el año 1998, la adecuación realizada en el año 2009 y lo que establecía el PNAF en ese momento (...)”. Además indica que “(...) para la determinación de un uso eficiente o no del espectro radioeléctrico, en el mes de noviembre del 2011, existía la normativa especial de la UIT, Recomendación UIT-R SM.1046 que, ante la ausencia de regulación nacional para determinar la eficiencia en el uso del espectro, debió ser utilizada y aplicada por la SUTEL y la empresa contratada, y razonada su aplicación con la debida explicación de las variables, métricas, parámetros, umbrales, herramientas de medición, así como las metodologías de cálculo para los diversos tipos de servicios, tecnologías y bandas, utilizadas, según lo establece dicha Recomendación.”.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)” la SUTEL debe de realizar la “(...) verificación real (...)”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) la ocupación y utilización del espectro.”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

B. Dictamen Técnico emitido mediante oficio N° 890-SUTEL-DGC-2013:

La SUTEL emitió el dictamen técnico mediante el oficio N° 890-SUTEL-DGC-2013, titulado “Necesidades de espectro para el futuro desarrollo de los servicios de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT) en Costa Rica y recomendación de reforma al Plan Nacional Atribución de Frecuencias (Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET y sus reformas)”, de febrero de 2013 y que consta del folio 1759 a 1804 del expediente administrativo.

Este criterio técnico indica que, tiene como objetivo detallar las posibilidades que ofrecen los servicios IMT para potenciar el acceso a internet mediante la banda ancha móvil y así recomendar una propuesta para atribuir y planificar la puesta a disposición de espectro radioeléctrico para dicho servicio en el mercado, para su adecuada asignación de manera transparente y de esta forma cumplir con las demandas crecientes de ancho de banda y volumen de tráfico.

Con respecto a la banda de 2600 MHz, para el año 2013 la SUTEL mostró la situación de ésta con respecto a la designación de la UIT para servicios IMT en Costa Rica, mediante la tabla 3 del criterio de marras.

Imagen 2: Situación del espectro designado por la UIT para servicios IMT en Costa Rica

Tabla 3. Situación del espectro designado por la UIT para servicios IMT en Costa Rica (total de 1015 MHz)

Segmentos UIT (MHz)	Segmentos específicos (MHz)	Banda (MHz)	Espectro útil (MHz)	Servicios PNAF	Temas	Observaciones
450-470	450-470	450	20	Redes de comunicación de banda angosta y radioenlaces del AM (IMT condicionado)	→ Definir canalización → Migración y recuperación futura	Por identificar para servicios IMT
698-960	703-748 758-803	700	90	Radiodifusión Televisiva (IMT condicionado)	→ Apagón analógico → Migración y recuperación futura	Actualmente no habilitado para servicios IMT
	824-849 869-894	850	50	Servicios IMT	→ En uso	No hay espectro disponible
	895-915 940-960	900	40	Radioenlaces de transporte y del FM (IMT condicionado)	→ Indispensable por mercado y cobertura → Migración y recuperación	Actualmente no habilitado para servicios IMT
1710-2200	1710-1785 1805-1880	1800	150	Servicios IMT	→ En uso	Hay espectro disponible (40 MHz)
	1880-1920	-	40	Sistemas TDD (nota nacional resta 5 MHz iniciales)	→ Identificación o atribución IMT → Migración y recuperación	No hay espectro disponible (concentración)
	1920-1980 2110-2170	1900/2100	120	Servicios IMT	→ En uso	Hay espectro disponible (30 MHz)
	2010-2025	-	15	Radioenlaces de televisión	→ Identificación o atribución IMT → Migración y recuperación	Por identificar para servicios IMT
	2300-2400	2300	100	Radioenlaces de televisión (IMT condicionado)	→ Indispensable por capacidad (IMT- Avanzadas) → Migración y recuperación	Actualmente no habilitado en servicios IMT
2500-2690	2500-2570 2570-2620 2620-2690	2600	190	Radioenlaces de transporte (IMT condicionado)	→ Indispensable por capacidad (IMT- Avanzadas) → Migración y recuperación	No hay espectro disponible (concentración)
3400-3600	3400-3600	3500	200	Servicios IMT	→ Indispensable por capacidad (IMT- Avanzadas) → Recuperación	No hay espectro disponible (concentración)

Fuente: Criterio técnico N° 890-SUTEL-DGC-2013

Como se puede observar en la ilustración anterior, según la SUTEL, para el año 2013 la banda de 2600 MHz contiene un espectro útil de 190 MHz para radioenlaces de transporte. La SUTEL indicó que esta banda, es indispensable para frecuencias de capacidad como la 5G y que, por lo tanto, debe migrar y recuperar dicho espectro.

Adicionalmente, SUTEL realizó una propuesta de reforma al PNAF con respecto al espectro que podría ser utilizado para IMT:

Imagen 3: Propuesta de reforma PNAF Costa Rica

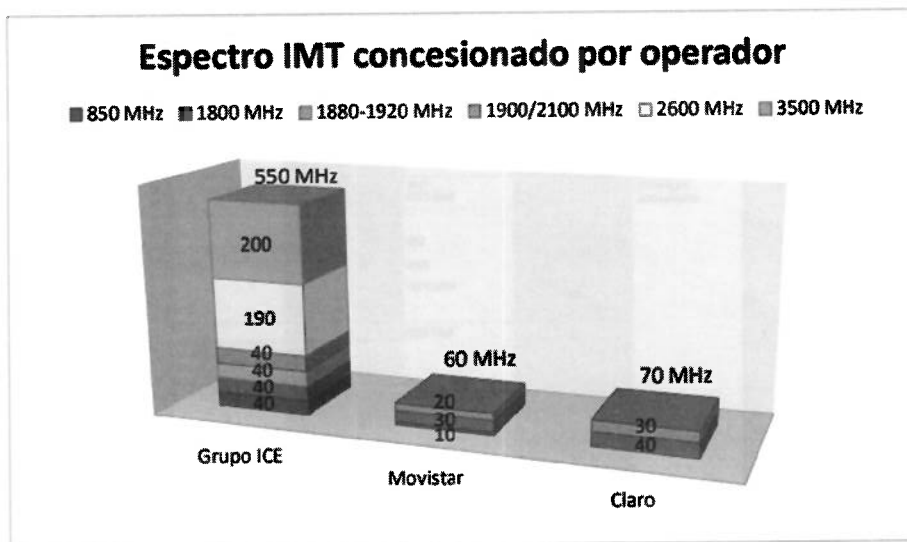
Propuesta de reforma PNAF Costa Rica (espectro IMT -MHz-)						
Por identificar	35	35	4501 2010-2025	35		Identificar / Canalizar
Espectro IMT sujeto a migración (no habilitado en CR)	230	230	2300	150		Canalizar / Establecer fecha para reasignar y/o extinguir
			900	40		Establecer fecha para reasignar y/o extinguir
			700	60		Canalizar / Establecer fecha para reasignar y/o extinguir
Espectro IMT realmente habilitado en CR	750	Espectro disponible	1800	70		
			1900-2100	70		
		250	850			
		Espectro en utilización efectiva por IMT	1000	250		
			1900-2100			
		450	1000-1920	40		Atribuir / Canalizar
		Espectro parcialmente en uso (servicio fijo no móvil)	2600	190		Atribuir / Canalizar / Establecer fecha para reasignar y/o extinguir
			2500	200		Canalizar / Establecer fecha para reasignar y/o extinguir
UIT Designado (1015 MHz)		Realmente habilitado en CR (750 MHz)		Bandas		Reforma PNAF

Fuente: Criterio técnico N° 890-SUTEL-DGC-2013

Como se puede observar en la imagen anterior, en el 2013 la SUTEL identificó que la banda de 2600 MHz era utilizada de manera parcial en el servicio fijo y recomendó que esta banda debía ser reformada en el PNAF para utilizarse en la implementación de sistemas IMT, brindando la propuesta de modificación de la atribución CR 075, con la canalización C1 (según la recomendación UIT-R M.1036) y el establecimiento de las fechas para asignar y/o extinguir ese recurso para adecuarlo en un nuevo uso.

Por otra parte, la SUTEL indica la asignación del espectro IMT concesionado por operador en la siguiente imagen:

Imagen 4: Espectro IMT concesionado por operador de servicios IMT



Fuente: Criterio técnico N° 890-SUTEL-DGC-2013

Como puede observarse en el cuadro anterior, es posible constatar que el ICE tiene la mayor cantidad de espectro asignado, en comparación con los otros operadores del mercado.

Dado lo anterior, en el punto quinto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado por el ICE en la comparecencia realizada el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE aceptan dicho informe e indican que “(...). *Se considera relevante para el objeto del presente procedimiento, señalar que, mediante el dictamen técnico N° 0890-Sutel-DGC-2013 del 22 de febrero del 2013, SUTEL indica que ya en ese momento existían 70 MHz del espectro radioeléctrico para servicios IMT disponibles para licitar. (...).*”.

C. Dictamen Técnico emitido mediante oficio N° 05726-SUTEL-DGC-2016:

El Viceministerio de Telecomunicaciones, mediante el oficio N° MICITT-DM-OF-282-2016 de fecha 05 de mayo de 2016⁵, solicitó a la SUTEL la actualización del dictamen técnico N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012, relacionado con la situación de los títulos habilitantes, adecuaciones y ocupación efectiva del espectro concesionado al ICE.

Ante tal solicitud, la Superintendencia de Telecomunicaciones por medio del dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 05726-SUTEL-DGC-2016 de fecha 04 de agosto de 2016, el cual consta en los folios 1095 a 1100 del expediente administrativo, remitió al Poder Ejecutivo los resultados obtenidos de las mediciones efectuadas con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo del Espectro (SNGME), entre los meses de enero y septiembre de 2015, se presume móviles, debido a que fue realizado en 155 puntos geográficos distribuidos en el territorio nacional y utilizando para ello el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RS-199-2012 *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”* publicado en el Alcance Digital N° 104 al Diario Oficial La Gaceta N° 146 de fecha 30 de julio de 2012, así como el procedimiento N° DGC-CA-PROC-12, *“Procedimiento Ordinario para mediciones de campo”*, según los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertenecientes a las mediciones de intensidad de campo eléctrico, recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*.

Para el desarrollo de este dictamen, la SUTEL primero hizo énfasis en el análisis registral realizado para la actualización del informe N° 4629-SUTEL-DGC-2012, en el cual indica que no se presentaron cambios o actualizaciones en ese momento para el informe original. Adicionalmente, la SUTEL indicó que no se recibieron reportes de actualización

⁵ Mediante oficio N° MICITT-DM-OF-282-2016 de fecha 05 de mayo de 2016, el Viceministerio de Telecomunicaciones, solicitó a la SUTEL la actualización del informe técnico N° 4629-SUTEL-DGC-2012 relacionado con la situación de los títulos habilitantes, adecuaciones y ocupación efectiva del espectro concesionado al Grupo ICE.

del uso de frecuencias de la banda de 2600 MHz por parte del Grupo ICE, sin embargo, mediante el oficio N° 234-305-2012 del 8 de junio de 2012, el ICE indicó lo siguiente:

“(…)

“Segmento 2500-2540 MHz TDD: enlaces punto a punto y punto multipunto para servicios de acceso de banda ancha en los llamados “Corredores Tecnológicos” y zonas de difícil acceso a través de las vías tradicionales. Con estos servicios se colabora con la solución del cierre de la brecha digital. Se tiene en estudio la migración de algunos canales de frecuencia a otras bandas, para darle espacio al sistema EMA - LTE del ICE.

Segmento 2629-2689 MHz TDD: utilizado para brindar servicios de banda ancha bajo la tecnología WiMAX. Para este segmento se tiene planeado la migración de una parte de frecuencias al segmento 2590 - 2620 y 2660 a 2690 MHz para darle espacio al sistema EMA - LTE del ICE y adicionalmente para atender el grave problema de vandalismo en las redes alámbricas robo de cable) en la Zona Atlántica.

Segmento 2500-2540 y 2620-2660 MHz: Se trata del Proyecto EMA-LTE. Este segmento está destinado para brindar servicios de banda ancha móvil.

Cabe indicar que la implementación de estos dos últimos sistemas se está gestando para el III Trimestre 2012.” (El subrayado es propio)

(…)”

Como se observa en el texto anterior, la SUTEL indica que el ICE al implementar su red LTE en el país, emigró los enlaces punto a punto y punto a multipunto para “servicios de acceso de banda ancha en los llamados “Corredores Tecnológicos” y zonas de difícil acceso, a otras bandas que tiene otorgadas para el servicio fijo”. Adicionalmente, para el caso del segmento de frecuencias utilizado para una red WiMAX Fijo, el ICE informó en ese momento a la Superintendencia, un plan de migración de estos radiocanales para

los segmentos de 2590 MHz a 2620 MHz y de 2660 MHz a 2690 MHz, sin embargo, la SUTEL recalca que según la nota del PNAF CR075 en ese momento establecía que a más tardar el 31 de mayo de 2015 solo se permitirán transmisiones del servicio móvil para sistemas IMT en este segmento de frecuencias.

En cuanto a la ocupación efectiva del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, la SUTEL indica lo siguiente:

“(…)

2.3 Sobre el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz

2.3.1. Estudio de ocupación efectiva

En la siguiente figura se muestran las mediciones realizadas para el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz:

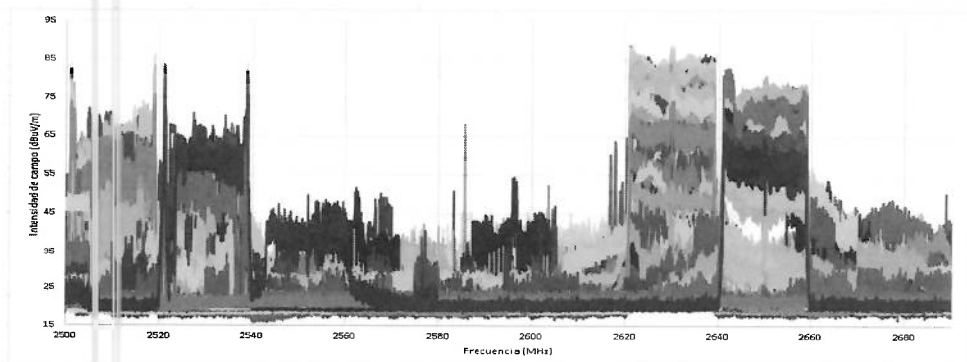


Figura 3. Resultados obtenidos para el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz.

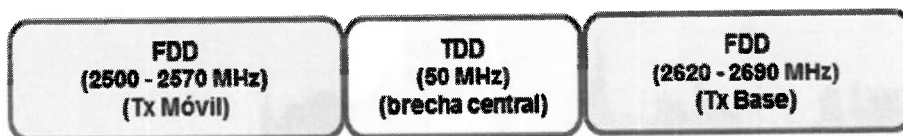
De la figura anterior se puede inferir que el ICE utiliza dos portadoras de 2x20 MHz para su red LTE en todo el país, en los rangos de frecuencias 2500 MHz a 2520 MHz y 2520 MHz a 2540 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y 2620 MHz a 2640 MHz y 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil.

En los segmentos restantes, de la información aportada por el ICE en su momento, se informó la posible operación de radioenlaces fijos y servicios de banda ancha bajo tecnología WiMAX. Sin embargo, de las mediciones analizadas no es posible identificar de manera clara las transmisiones WiMAX reportadas por parte del ICE. No se logró identificar portadoras con potencia uniforme que sean consistentes con un sistema multiportadora tipo WiMAX o transmisiones correspondientes a radioenlaces fijos.

Por tanto, pareciera que no existen transmisiones constantes por parte del ICE acorde a los usos reportados anteriormente.”

Por su parte, en cuanto a la canalización de este segmento, la SUTEL manifestó que con base en la nota CR 075 del PNAF, la banda bajo estudio en el momento de la realización del criterio de marras estaba atribuida al servicio móvil para el desarrollo de sistemas IMT, de acuerdo con la canalización arreglo C1 de la Recomendación N° UIT-R M.1036 emitida por la UIT.

Imagen 5: Canalización del segmento 2500 MHz a 2690 MHz



Fuente: PNAF

Así las cosas, en cuanto a las frecuencias utilizadas por el ICE, se deduce de lo indicado por el ICE en el oficio N° 234-305-2012, sobre el Proyecto EMA-LTE y los resultados de las mediciones móviles realizadas por la SUTEL, en ese momento y en los sitios medidos, que el ICE utilizó dos portadoras de 2x20 MHz para su red LTE en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2520 MHz a 2540 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; Por lo que la SUTEL,

recomienda al Poder Ejecutivo, la adecuación de los títulos habilitante del ICE referentes a la frecuencia de 2500 MHz a 2690 MHz.

Dado lo anterior, en el punto octavo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado por el ICE en la comparecencia realizada el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que se reiteran las objeciones explicadas en el cuarto alegato, referentes a las mediciones de la SUTEL.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) *para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico* (...)” la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real* (...)”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) *la ocupación y utilización del espectro*.”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, 2 portadoras de 2x20 MHz (80 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2520 MHz a 2540 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 40 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz).

D. Dictamen Técnico emitido mediante oficio N° 03145-SUTEL-DGC-2017:

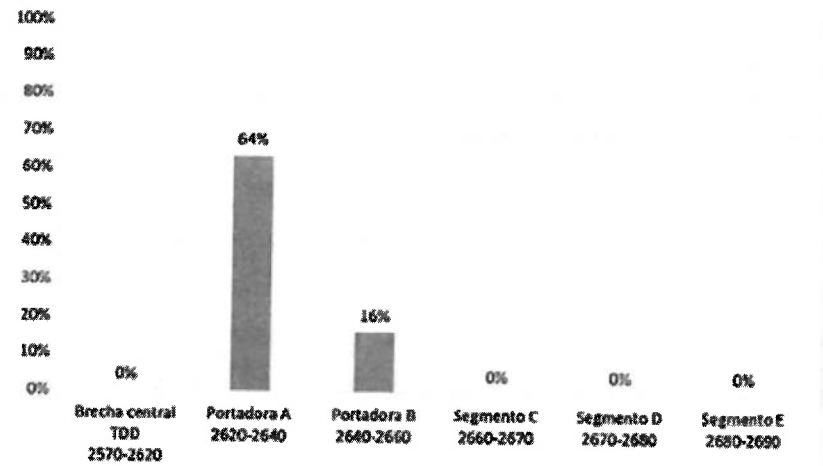
Mediante oficio N° 03191-SUTEL-SCS-2017 de fecha 20 de abril de 2017, la Superintendencia de Telecomunicaciones, emitió el dictamen técnico mediante el oficio N° 03145-SUTEL-DGC-2017, titulado *“Respuesta a los oficios 02461 y 04063, Sobre la solicitud de criterio técnico-especializado sobre las frecuencias de espectro radioeléctrico asignadas al Instituto Costarricense de Electricidad”*, de fecha 18 de abril de 2017, aprobado por su Consejo, mediante el Acuerdo N° 035-032-2017 adoptado en la sesión ordinaria N° 032-2017, celebrada el día 19 de abril de 2017, en atención a la solicitud efectuada por parte de la Contraloría General de la República, y que consta del folio 1181 vuelto a 1202 del expediente administrativo.

Según lo indicado por SUTEL, para el 2017, el ICE reporta la ocupación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, mediante el oficio N° 6000-242-2017, con los despliegues de los sistemas IMT.

En el citado dictamen técnico la SUTEL entre otras cosas, se refirió a la ocupación efectiva y utilización del espectro radioeléctrico, es decir, uso o no uso de las frecuencias otorgadas al ICE, comprobando la ocupación informada por el ICE mediante el oficio N° 6000-242-2017, para lo cual indicó que realizó mediciones de campo en 170 puntos entre los meses de mayo y agosto de 2016, empleando las unidades móviles y las estaciones fijas del Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) calibrados y certificados al momento de la medición, e indica que cumplió con el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012, *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”* publicado en el Alcance Digital 104 al Diario Oficial La Gaceta N° 146 de fecha 30 de julio de 2012, el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, *“Procedimiento para mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”*, y los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones sobre las mediciones de intensidad de campo eléctrico, Recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica.”*

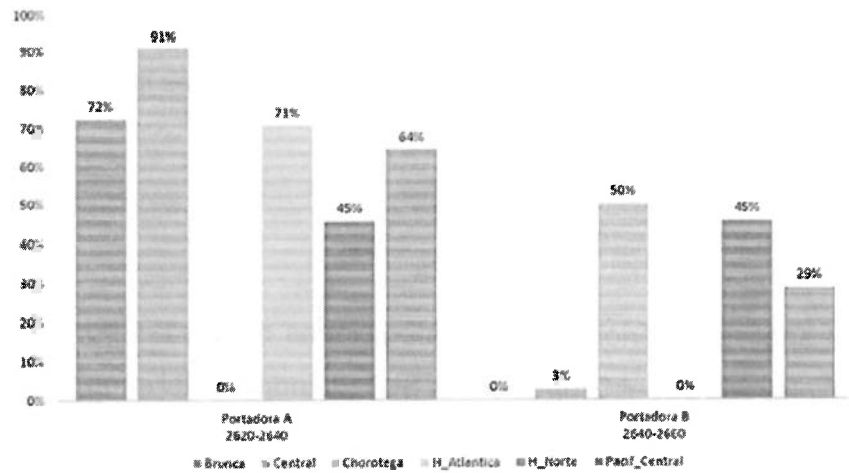
Para la banda de 2600 MHz, la SUTEL indicó que para la transmisión de las radiobases a los móviles, se le otorgó al ICE el segmento de frecuencias de 2620 MHz a 2690 MHz, un total de 70 MHz para FDD y de 2570 MHz a 2620 MHz, un total de 50 MHz para TDD, y se muestra a continuación los resultados de las mediciones de dichas frecuencias:

Imagen 6: Uso del ICE para la banda de 2600 MHz



Fuente: Criterio técnico N° 03145-SUTEL-DGC-2017

Imagen 7: Porcentaje de uso del ICE para la banda de 2600 MHz por región



Fuente: Criterio técnico N° 03145-SUTEL-DGC-2017

Con respecto a las imágenes anteriores, la SUTEL destacó los resultados más relevantes, los cuales se exponen a continuación:

“(…)

- Únicamente las portadoras A y B son utilizadas con la tecnología 4G (LTE).*
- La portadora A tiene una presencia de señal de 64%, además no es utilizada en la región Chorotega.*
- La portadora B tiene una presencia de señal de 16% (detectada sólo en 28 sitios), además prácticamente solo es utilizada en las regiones Chorotega, Huetar Norte y Pacífico Central.*
- Las mediciones permiten comprobar que las portadoras A y B no son utilizadas simultáneamente en la misma zona o sitio, lo que revela una práctica para la tenencia de espectro (uso ineficiente del recurso). Lo anterior, quizá para figurar la ocupación de dos portadoras y con esto evitar la recuperación de una de ellas por parte del Estado, ya que no existe justificación técnica para tener encendida la portadora B estando disponible la portadora A. En ese sentido, se verificaron solo 4 sitios de los 170 medidos, donde se detectó señal de ambas portadoras de manera simultánea, siendo que aparentemente corresponden únicamente a dos radiobases encendidas (cercanía geográfica entre sitios).*
- El segmento restante para FDD (segmentos C, D y E), correspondiente a 2660 MHz a 2690 MHz y los 50 MHz en TDD (brecha central de la banda, de 2570 MHz a 2620 MHz) no están siendo utilizadas en los sitios medidos en todo el país.*

(…)”

Con respecto al análisis anterior sobre las mediciones realizadas por la SUTEL y a la información suministrada por el Grupo ICE, la SUTEL indica en el informe de marras que:

“(…)”

Continuando con el análisis, según las mediciones de campo realizadas por la SUTEL, el ICE emplea reducidamente las portadoras A y B (64% y 16%, respectivamente) en su red 4G, ambas portadoras prácticamente no son utilizadas de forma simultánea en la misma área, situación que demuestra un uso ineficiente por parte del ICE. Por lo que, de conformidad con el principio de optimización de los recursos escasos, se debe ajustar la operación del ICE en un segmento de 2x20 MHz (un total de 40 MHz, portadora A).

El segmento restante para FDD (segmentos C, D y E), correspondiente a 2660 MHz a 2690 MHz, y los 50 MHz en TDD (brecha central de la banda, de 2570 MHz a 2620 MHz) no están siendo utilizados en todo el país y tampoco son realmente requeridos por el Instituto, ya que el recurso con que cuenta en otras bandas le resulta suficiente. El ICE deberá continuar con la masificación de uso de una portadora de 2x20 MHz con su red 4G en todo el país.

(...)"

Con respecto a la estrategia de uso del espectro radioeléctrico 2015-2020 diseñada por el ICE, la SUTEL señaló que el ICE indicó que requiere de 48 MHz en la banda de 2600 MHz para desplegar nuevos servicios, específicamente para la descarga de datos (downlink). Adicionalmente, la SUTEL indica que interpretó del documento del ICE, que mantiene un uso de 2x40 MHz (80 MHz) en FDD, y pretende utilizar dos portadoras de 20 MHz (40 MHz) en TDD. Dado estos datos y los cálculos del ICE, la SUTEL indica que la configuración propuesta resultaría en 80 MHz para descarga en la banda en estudio, muy superior a los 48 MHz reportados por el instituto, lo cual refuerza la hipótesis de la Superintendencia de que el análisis del ICE es infundado y busca mantener un espectro que supera sus necesidades.

Por otra parte, la Superintendencia hace énfasis, en que el ICE no incluyó en su estrategia la planificación de la utilización de los segmentos de frecuencias finales de la banda para FDD, específicamente de 2540 MHz a 2570 MHz y de 2660 MHz a 2690

MHz (2x30 MHz). Adicionado a lo anterior, el ICE no incluye una estrategia para el uso de los 10 MHz en la brecha central de la banda para TDD.

Dado lo anterior, en el punto décimo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado por el ICE en la comparecencia realizada el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que se reiteran las objeciones explicadas en el punto cuarto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, referentes a las mediciones de la SUTEL.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) *para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)*” la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real (...)*”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) *la ocupación y utilización del espectro.*”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, 2 portadoras de 2x20 MHz (80 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2520 MHz a 2540 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 40 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz) y que no utiliza las

frecuencias de 2540 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2660 MHz a 2690 MHz (110 MHz en total).

E. Dictamen Técnico emitido mediante oficio N° 6996-SUTEL-DGC-2017:

Mediante el oficio N° 07844-SUTEL-SCS-2017 de fecha 22 de septiembre de 2017, se remitió al Viceministerio de Telecomunicaciones el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 06996-SUTEL-DGC-2017 de fecha 23 de agosto de 2017, aprobado mediante el Acuerdo N° 022-064-2017, adoptado por el Consejo Directivo de la SUTEL en la sesión ordinaria N° 064-2017, celebrada el día 06 de septiembre de 2017, y que consta del folio 1943 a 1955 del expediente administrativo.

La Superintendencia de Telecomunicaciones presentó en su criterio técnico, las mediciones de ocupación que fueron llevadas a cabo, según indica, entre los días del 13 de marzo al 13 de abril de 2017, mediante rutinas automáticas de medición, en franja horaria de 4 a.m. a 10 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante los primeros cinco (5) minutos de cada hora, mediante 5 estaciones fijas del Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME), localizados en Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia y Puntarenas, siguiendo el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012, "*Protocolo general de medición de señales electromagnéticas*," publicado en el Alcance Digital N° 104 al Diario Oficial La Gaceta N° 146 del 30 de julio de 2012, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-12, "*Procedimiento Ordinario para mediciones de campo*", con lo que asegura, se hace el cumplimiento de los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las mediciones de intensidad de campo eléctrico, específicamente las Recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, "*Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones*" y N° UIT-R SM.378-7, "*Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica*".

En dicho informe señaló:

“(...) En la figura 9 y 10 se muestra la utilización del segmento de frecuencia 2500 MHz a 2570 MHz y 2620 MHz a 2690 MHz, respectivamente, cuyos resultados se obtuvieron aplicando el procedimiento descrito en la sección 2 del presente informe.

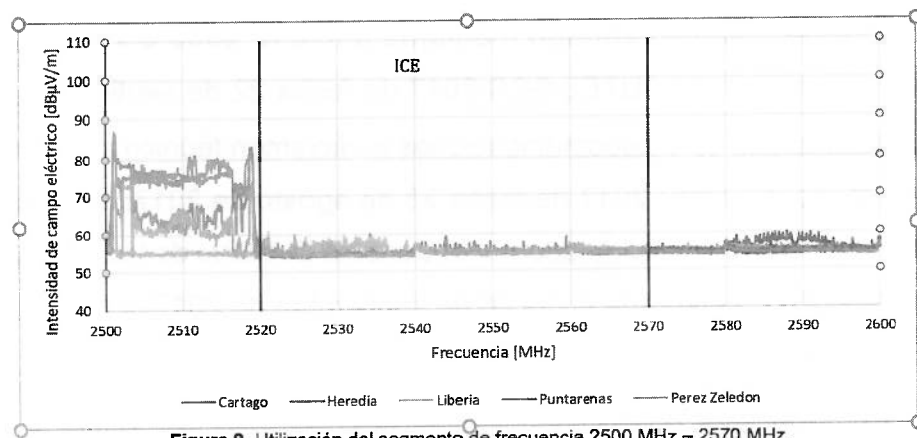


Figura 9. Utilización del segmento de frecuencia 2500 MHz – 2570 MHz.

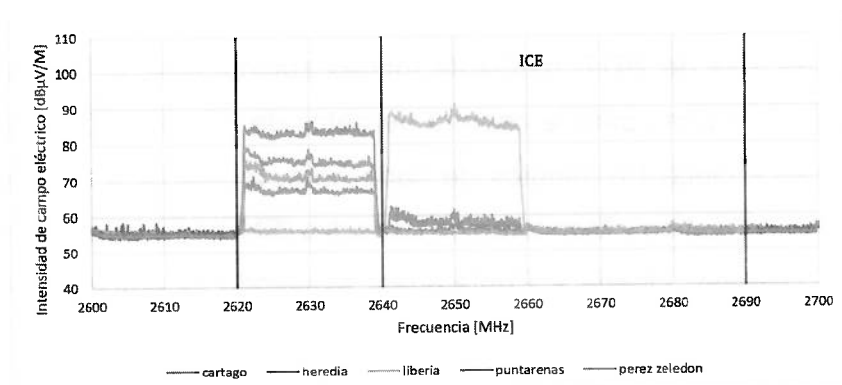


Figura 10. Ocupación del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz.

Para el segmento de frecuencia de 2500 MHz a 2570 MHz, se logró determinar que el ICE, opera con 1 portadora de 20 MHz de ancho de banda (segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz) empleando la tecnología LTE, para brindar servicios IMT en el país. Adicionalmente, tal y como se aprecia en la figura 9, para el segmento de frecuencias de 2520 MHz a 2570 MHz, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el nivel de ruido, **al no detectarse niveles distintos de ruido es posible concluir la no utilización de otras portadoras por parte del operador en las regiones evaluadas.**

De las figuras anteriores, se logró determinar que, para los segmentos concesionados al ICE, **opera con 2 portadoras de 20 MHz de ancho de banda cada una (segmentos de frecuencias de 2620 MHz a 2660 MHz)** empleando la tecnología LTE, para brindar servicios IMT en el país. Según las mediciones realizadas en las estaciones fijas de monitoreo y tal como se aprecia en la figura 10, existen 2 portadoras con 20 MHz de ancho de banda cada una con niveles de intensidad de campo que sobrepasan el piso de ruido (en las estaciones de monitoreo de Cartago, Puntarenas, Heredia, Pérez Zeledón se identificó una portadora en el segmento de frecuencias de 2620 MHz a 2640 MHz y en la estación de Liberia una portadora en el segmento de frecuencia de 2640 MHz a 2660 MHz). Por otro lado, **para el segmento de frecuencias de 2660 MHz a 2690 MHz, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el nivel de ruido, al no detectarse niveles distintos de ruido es posible concluir la no utilización de otras portadoras por parte del operador en las regiones evaluadas.**” (Énfasis agregado).

Finalmente concluye que:

“(…)

10.7 Sobre la banda de frecuencia 2600 MHz

(…)

10.7.3 En los segmentos de frecuencias de 2500 MHz a 2540 MHz y de 2620 MHz a 2660 MHz, el ICE utiliza portadoras de 2 x 20 MHz de ancho de banda, empleando la tecnología LTE (en las estaciones de monitoreo de Cartago, Puntarenas, Heredia, Pérez Zeledón se identificó una portadora en el segmento de frecuencias de 2620 MHz a 2640 MHz y en la estación de Liberia una portadora en el segmento de frecuencia de 2640 MHz a 2660 MHz), según lo indicado en las figuras 9 y 10.

10.7.4 En el segmento de frecuencia de 2540 MHz a 2570 MHz concesionado al ICE, no se midieron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasaran el

piso de ruido, tal y como se muestra en la figura 9. Por lo que, al no detectarse niveles distintos de ruido es posible concluir la no utilización de otras portadoras por parte del operados [sic] en las regiones evaluadas.

10.7.5 *En el segmento de frecuencia 2660 MHz a 2690 MHz concesionado al ICE, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el piso de ruido, tal y como se muestra en la figura 10. Por lo que, al no detectarse niveles distintos de ruido es posible concluir la no utilización de otras portadoras por parte del operador en las regiones evaluadas.*

(...)”

De los resultados de las mediciones y conclusiones de la SUTEL, se puede observar que los segmentos de frecuencias concesionados mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP del 25 de setiembre de 1998, aparentemente se encuentran parcialmente utilizados, sin embargo, del muestreo realizado por la SUTEL con las mediciones, se evidencia una escasa cobertura y subutilización de recurso, al contar con cobertura en pocos lugares del país, lo que permitiría la reutilización de espectro en los otros lugares.

Dado lo anterior, en el punto undécimo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que se reiteran las objeciones explicadas en el punto cuarto citado, referentes a las mediciones de la SUTEL, recalcando la utilización por parte de la SUTEL, de solo 5 sitios de medición para comprobar la ocupación del ICE en la banda de 2500 MHz a 2690 MHz en todo el país.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) *para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)*” la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real (...)*”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) *la ocupación y utilización del espectro.*”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y

utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, 2 portadoras de 2x20 MHz (80 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2520 MHz a 2540 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 40 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2540 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2660 MHz a 2690 MHz (110 MHz en total).

F. Dictamen Técnico emitido mediante oficio N° 5213-SUTEL-DGC-2018:

En el oficio N° 06611-SUTEL-SCS-2018 de fecha 10 de agosto de 2018, se remitió al Viceministerio de Telecomunicaciones el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 5213-SUTEL-DGC-2018 titulado *“Informe sobre los resultados obtenidos de las mediciones automáticas llevadas a cabo por el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro para las bandas de frecuencias de los servicios de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT)”* de fecha 29 de junio de 2018, aprobado mediante el Acuerdo N° 006-047-2018, adoptado por el Consejo Directivo de la SUTEL en la sesión ordinaria N° 047-2018 celebrada el día 18 de julio de 2018, y que consta del folio 1960 a 1970 del expediente administrativo.

Respecto a las mediciones realizadas, la SUTEL señaló que para la obtención de los niveles de intensidad de campo eléctrico se cumplió a cabalidad con el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012, *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”* publicado el Alcance Digital N° 104 del Diario Oficial La Gaceta N° 146 de fecha 30 de julio de 2012, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, *“Mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”*, con lo que se asegura el cumplimiento de los estándares definidos por Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las mediciones de intensidad de campo eléctrico, específicamente las Recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*.

Siguiendo lo anterior, la SUTEL indicó que efectuaron mediciones de comprobación de ocupación con las estaciones fijas del Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME), distribuidas en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia y Puntarenas en las bandas de frecuencias identificadas para IMT (dentro de las que se encuentra la banda de frecuencias de 2600 MHz). Lo anterior fue llevado a cabo entre los días del 13 de marzo al 13 de abril de 2017, mediante rutinas automáticas de medición, en franja horaria de 4 a.m. a 10 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante los primeros 5 minutos de cada hora, ya que la importancia de distribuir estas mediciones en el tiempo, permiten obtener niveles máximos de señal que se mantienen en el tiempo con el fin de demostrar el uso del recurso. En cuanto a los resultados del proceso, la SUTEL señala:

“En los gráficos 9 y 10 se muestra la utilización del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2570 MHz y de 2620 MHz a 2690 MHz, respectivamente, cuyos resultados se obtuvieron aplicando el procedimiento descrito en la sección 2 del presente informe.

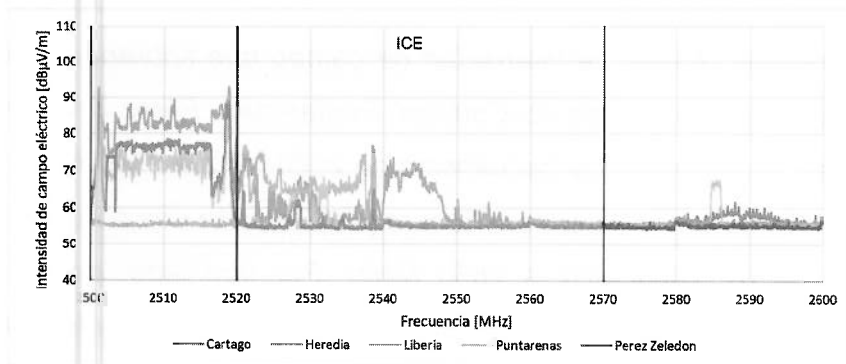


Gráfico 9. Utilización del segmento de frecuencia 2500 MHz – 2570 MHz.

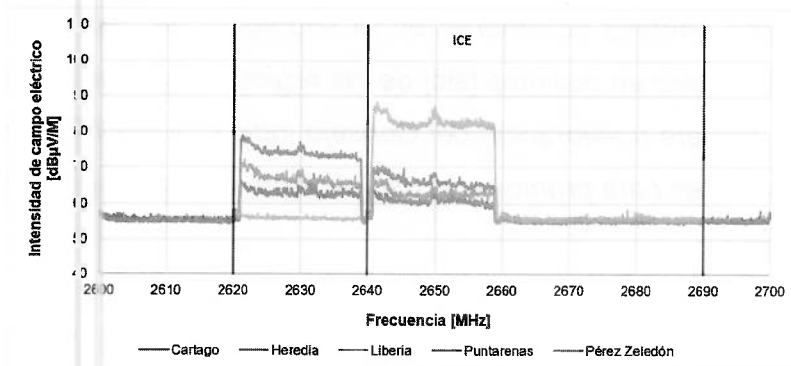


Gráfico 10. Ocupación del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz.

Para el segmento de frecuencia de 2500 MHz a 2570 MHz, se logró determinar que el ICE, opera con 2 portadoras de 20 MHz de ancho de banda (segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2540 MHz) empleando la tecnología LTE, para brindar servicios IMT en el país. Adicionalmente, tal y como se aprecia en el gráfico 9, **para el segmento de frecuencias de 2550 MHz a 2570 MHz, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el nivel de ruido, con lo que es posible concluir la no utilización de otras portadoras por parte del operador en las regiones evaluadas.**

De los gráficos anteriores, se logró determinar que, para los segmentos concesionados al ICE opera con 2 portadoras de 20 MHz de ancho de banda cada una (segmentos de frecuencias de 2620 MHz a 2660 MHz) empleando la tecnología LTE, para brindar servicios IMT en el país. Según las mediciones realizadas en las estaciones fijas de

monitoreo y tal como se aprecia en la [sic] Gráfico 10, existen 2 portadoras con 20 MHz de ancho de banda cada uno con niveles de intensidad de campo que sobrepasan el piso de ruido (en las estaciones de monitoreo de Cartago, Puntarenas, Pérez Zeledón se identificó una portadora en el segmento de frecuencias de 2620 MHz a 2640 MHz y en las estaciones de Liberia, Cartago, Puntarenas y Perez Zeledón una portadora en el segmento de frecuencia de 2640 MHz a 2660 MHz). Por otro lado, **para el segmento de frecuencias de 2660 MHz a 2690 MHz, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el nivel de ruido.**

En este sentido, al no detectarse señales portadoras en el segmento de frecuencia comprendido de 2660 MHz a 2690 MHz en distintas [sic] de las regiones evaluadas por parte del concesionario ICE, se somete a valoración del Consejo indicar al MICITT que realice las gestiones que correspondan para promover el uso eficiente de este segmento de frecuencias.”. (Énfasis agregado).

Finalmente, la conclusión 10.7.4 del dictamen técnico citado determina que: “Al no detectarse señales portadoras [sic] los segmentos de frecuencia comprendido [sic] de 2550 MHz a 2570 MHz y 2660 MHz a 2690 MHz, en [sic] distintas de las regiones evaluadas por parte del concesionario ICE, es posible concluir que no se está realizando un uso eficiente del espectro para la citada banda en las regiones mencionadas, por lo que se somete a valoración del Consejo indicar al MICITT que realice las gestiones que correspondan para promover el uso eficiente de este segmento de frecuencias.”.

Dado lo anterior, en el punto décimo tercero del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que se reiteran las objeciones explicadas en los puntos cuarto y undécimo del oficio N° 263-10-2023, referentes a las mediciones de la SUTEL.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)”

la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real* (...)”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) *la ocupación y utilización del espectro*.”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, 2 portadoras de 2x20 MHz (80 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2550 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 50 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2550 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2550 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2660 MHz a 2690 MHz (100 MHz en total).

C. Dictamen Técnico emitido mediante oficio N° 3820-SUTEL-DGC-2019:

La Superintendencia de Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 10 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones y con el fin de comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, brindó el “*Informe sobre los resultados obtenidos de las mediciones automáticas llevadas a cabo con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) para las bandas de frecuencias de servicios de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT)*”, para la determinación

de la ocupación del espectro atribuido e identificado en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) para los servicios brindados mediante sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT). Este informe consta del folio 1206 a 1217 del expediente administrativo.

La Superintendencia de Telecomunicaciones informó que, las mediciones fueron llevadas a cabo entre los días 13 de marzo al 13 de abril de 2019, mediante rutinas automáticas de medición, en franja horaria de 4 a.m. a 10 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante los primeros 5 minutos de cada hora, lo que permite distribuir estas mediciones en el tiempo, con el fin de obtener los niveles máximos de señal que se mantienen en el tiempo para demostrar el uso del recurso, y fueron efectuadas con todas las estaciones fijas del SNGME, es decir, con las estaciones ubicadas en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia y Puntarenas, sobre el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz concesionado al ICE. Para dicha medición, la SUTEL indicó que siguió el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012 *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”*, publicado en el Alcance Digital N° 104 del Diario Oficial La Gaceta N° 146 del 30 de julio de 2012, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-12, *“Procedimiento Ordinario para mediciones de campo”*, con lo que se asegura el cumplimiento de los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las mediciones de intensidad de campo eléctrico, específicamente las Recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*.

Del estudio realizado por la Superintendencia se desprende que, según lo establecido en la nota CR 075 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias vigente, el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz se atribuye para el servicio radioeléctrico *“Móvil”* para desarrollo de sistemas IMT, así como del estudio registral se evidencia que dicho segmento de frecuencias se encuentra concesionado al ICE, mediante el Acuerdo

Ejecutivo N° **1562-98-MSP** emitido en fecha 25 de setiembre de 1998, el cual fue adecuado por el Poder Ejecutivo mediante la Resolución N° RT-24-2009- MINAET, por lo cual señala que un total de 190 MHz (FDD y TDD) de espectro se encuentra asignado al ICE. Además, señaló con respecto a la utilización del recurso:

“(…)

En los gráficos 9 y 10 se muestra la utilización del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2570 MHz y de 2620 MHz a 2690 MHz, respectivamente, cuyos resultados se obtuvieron aplicando el procedimiento descrito en la sección 2 del presente informe.

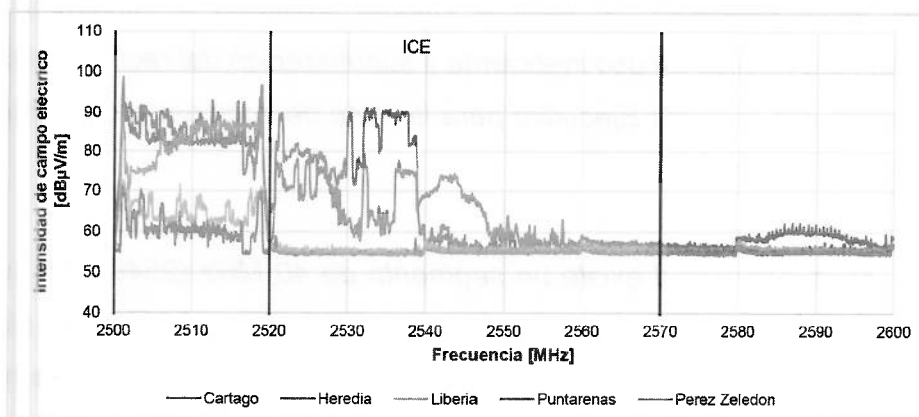


Gráfico 9. Utilización del segmento de frecuencia 2500 MHz – 2570 MHz.

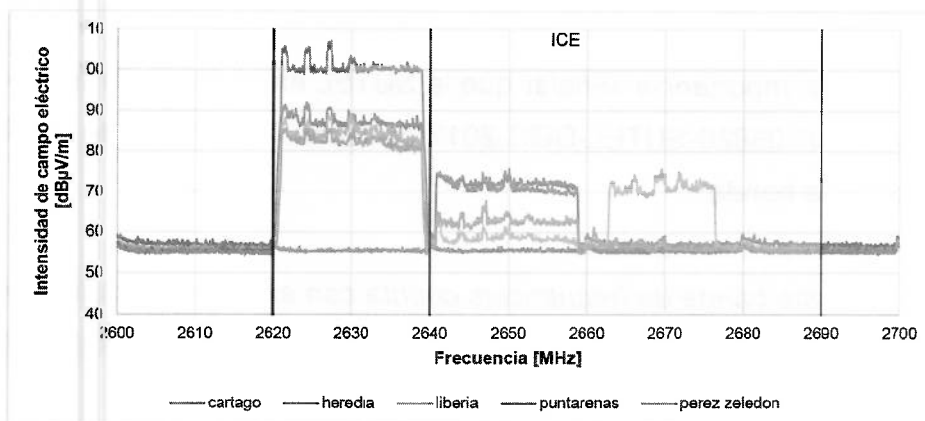


Gráfico 10. Ocupación del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz.

Sobre las gráficas anteriores, particularmente la referente al segmento de downlink, debe mencionarse que para el segmento de 2x70 MHz (2500 MHz a 2570 MHz y 2620 MHz a 2690 MHz) con duplexación FDD, se refleja la utilización mayoritaria de dos portadoras de 20 MHz y otra de 10 MHz en la provincia de Guanacaste...

(...)”

Según lo anterior, se puede evidenciar por parte del Órgano Regulador, que la no utilización o no reutilización del recurso asignado al ICE, supone un uso ineficiente y subutilización del espectro radioeléctrico, en la citada banda:

“(...). Al respecto, la no utilización de todo el recurso asignado al Instituto y la no reutilización del espectro implica un uso ineficiente y subutilización del recurso, situación que debe ser valorada por el Poder Ejecutivo para la toma de acciones que promuevan el uso eficiente de esta banda.

*Según lo anterior, en la actualidad existe un segmento de 40 MHz (2540 MHz a 2545 MHz, 2555 MHz a 2570 MHz, 2660 MHz a 2665 MHz y 2675 MHz a 2690 MHz) sin uso, por lo que se somete a valoración del Consejo **indicar al Poder Ejecutivo que realice las gestiones que correspondan con el fin de promover el uso eficiente del espectro en la citada banda.** (...). (Énfasis agregado).*

A este punto, resulta de vital importancia señalar que la SUTEL en el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 03820-SUTEL-DGC-2017 de fecha 7 de mayo de 2019, reiteró la importancia de esta banda:

“(...) Importa recordar que esta banda de frecuencias cuenta con excelentes cualidades para atender la demanda de tráfico de datos móviles por parte de los usuarios (banda media superior a 1 GHz, para brindar capacidad a la red móvil).”

A partir de lo expuesto, la SUTEL recomendó en dicho criterio técnico al Poder Ejecutivo que realice las gestiones que correspondan para promover el uso eficiente del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, sobre todo considerando que existen partes de ésta sin uso y otras utilizadas, pero sin el método de reutilización, en esta banda de frecuencias, lo cual apunta desde la perspectiva técnica hacia un uso parcial e ineficiente del recurso otorgado.

Dado lo anterior, en el punto décimo quinto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que se reiteran las objeciones explicadas en el cuarto alegato, referentes a las mediciones de la SUTEL, recalcando la utilización por parte de la SUTEL, de solo 5 sitios de medición para comprobar la ocupación del ICE en la banda de 2500 MHz a 2690 MHz en todo el país. Aunado a lo anterior, sobre el tema de la no reutilización de una misma portadora de 2x20 MHz, el ICE señala que:

“(…)

Si bien es cierto, la capacidad de la red móvil se puede ampliar haciendo reutilización de la misma portadora, dicha técnica implica tener que densificar la red con la instalación de más sitios o torres, lo cual resulta más costoso y sin justificación razonable, pues se cuenta con el recurso para activar una portadora adicional en la misma radiobase existente. Si el ICE, en su condición de empresa pública, tiene el recurso de espectro suficiente, no existe justificación válida desde el punto de vista del principio de eficiencia y la debida gestión de los fondos públicos, el que realice una mayor inversión que se sabe innecesaria, solo por el hecho de que existe una norma técnica que así lo recomienda, pues es evidente que tales normas se refieren al caso en que la cantidad de espectro asignado es menor y entonces sí aplica, un uso más intenso de las portadoras. Pero este no ha sido el caso del ICE, el cual como se dijo, y por las causas históricas que la misma SUTEL reconoce, hoy en día dispone del recurso de espectro suficiente que le ha permitido operar sus redes con menor

costo, lo cual, indudablemente redundando en beneficios para el usuario final.” (Énfasis agregado).

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) *para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)*” la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real (...)*”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) *la ocupación y utilización del espectro.*”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2545 MHz a 2555 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2665 MHz a 2675 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil (100 MHz en total); de las cuales, el ICE utilizó 60 MHz sin reutilización, y que no utiliza las frecuencias de 2540 MHz a 2545, de 2555 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz, de 2660 MHz a 2665 MHz y de 2675 MHz a 2690 MHz (90 MHz en total).

Aunado a lo anterior, en este punto cronológico, se observa de las mediciones de la SUTEL y lo que reporta el ICE, que el ICE utiliza más espectro o portadoras para brindar su servicio, sin embargo, el ICE indica en los puntos décimo quinto y vigésimo noveno

del apartado II del oficio N° 263-10-2023, que no realiza la reutilización de frecuencias, sino que implementa la técnica de *“agregación de portadoras”*. Al respecto, desde el punto de vista técnico, la implementación de la técnica de *“agregación de portadoras”* corresponde a un tipo de diseño de red que optó por emplear el ICE, según sus intereses y el espectro que tiene disponible, al ser eficiente desde la perspectiva económica, ahorrando costos al disminuir la cantidad de torres, sin embargo; es importante aclarar que desde el punto de vista técnico, está en contra del artículo 11 inciso e) del PNAF, el principio de optimización de los recursos escasos (inciso i del artículo 3 de la LGT) y el objetivo regulado en el artículo 2 inciso g) de la LGT, debido a que el ICE no tiene un impedimento técnico para implementar la reutilización de frecuencias en su red, y el ahorro de costos no se debería de considerar como un impedimento económico en un mercado en competencia, donde las empresas deben de tener un presupuesto para la implementación de nuevas tecnologías, tomando en cuenta que cada evolución de los sistemas IMT requiere de redes cada vez con más cantidad de torres, debido al uso de frecuencias cada vez más altas, para brindar tasas de datos mayores (más velocidad de internet) para más terminales a la vez (o como se denomina *“internet de las cosas”*); es decir, una empresa en competencia también está obligada a minimizar costos y maximizar ganancias, pero debe de hacerlo sin contrariar la normativa vigente, en este caso el artículo 11 inciso e) del PNAF y los objetivos y principios de la LGT. En este punto y como se desarrollará más adelante, aunque el ICE es una institución autónoma dentro del organigrama de la Administración pública, también se constituye como una empresa pública la cual goza de los derechos y obligaciones como un operador más en competencia dentro del sector de telecomunicaciones por lo que no se encuentra exenta o por encima de lo que la ley regula en esta materia.

H. Dictamen Técnico emitido mediante oficio N° 05348-SUTEL-DGC-2019:

La SUTEL indicó que con base en las potestades conferidas mediante el artículo 10 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, el cual dispone que a la SUTEL *“le corresponderá la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de las interferencias perjudiciales”*; comunicó mediante el oficio N° 6253-SUTEL-SCS-2019 de fecha 12 de julio de 2019, el

dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 05348-SUTEL-DGC-2019 de fecha 19 de junio de 2019, titulado *“Necesidades de espectro para el futuro desarrollo de los servicios de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT) y cronograma de asignación de espectro para dichos servicios en Costa Rica para el periodo 2019-2014.”*, el cual consta de folio 1222 a 1295 vuelto del expediente administrativo.

La SUTEL en esa oportunidad indicó que utilizó las mediciones de comprobación efectuadas en el año 2018 (no se indica la fecha exacta de medición, durante cuánto tiempo fue realizada, se presume que son móviles, etc.) en 212 puntos (200 puntos en centros de población y 12 puntos en Cerros). Adicionalmente, la SUTEL indicó que realizó mediciones con las estaciones fijas del Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME), las cuales fueron llevadas a cabo entre los días 13 de marzo al 13 de abril de 2019, mediante rutinas automáticas de medición, en franja horaria de 4 a.m. a 10 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante los primeros 5 minutos de cada hora, lo que permite distribuir estas mediciones, con el fin de obtener los niveles máximos de señal que se mantienen en el tiempo para demostrar el uso del recurso, y fueron efectuadas con todas las estaciones fijas del SNGME, ubicadas en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia y Puntarenas. Cabe aclarar que las mediciones fijas son las mismas a las indicadas en el dictamen técnico N° 03820-SUTEL-DGC-2019, según el periodo de medición mostrado en ambos informes. Además indicó que lo hizo cumpliendo con el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012 *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”*, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, *“Mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”*, a partir de los estándares definidos por la UIT pertinentes a las mediciones de intensidad de campo eléctrico, específicamente las Recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*.

Por medio del referido dictamen técnico de la SUTEL, con respecto a la ocupación de la banda de 2600 MHz, el Regulador señaló lo siguiente, según los resultados de las mediciones obtenidas con las unidades móviles:

(...) 3.8.11. Banda de 2600 MHz

Esta banda de frecuencias se encuentra asignada en su totalidad en nuestro país, al Instituto Costarricense de Electricidad.

De seguido se muestra la figura de ocupación para esta banda de frecuencias para el segmento en modo FDD:

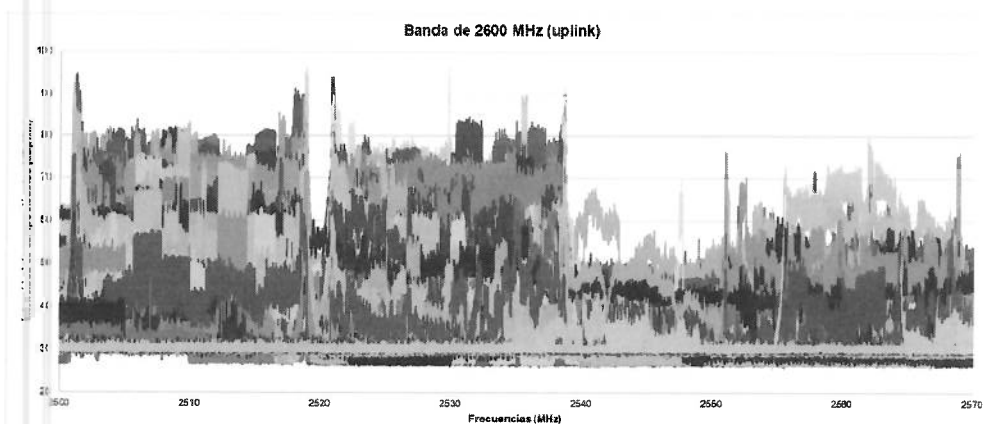


Figura 24. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (uplink)

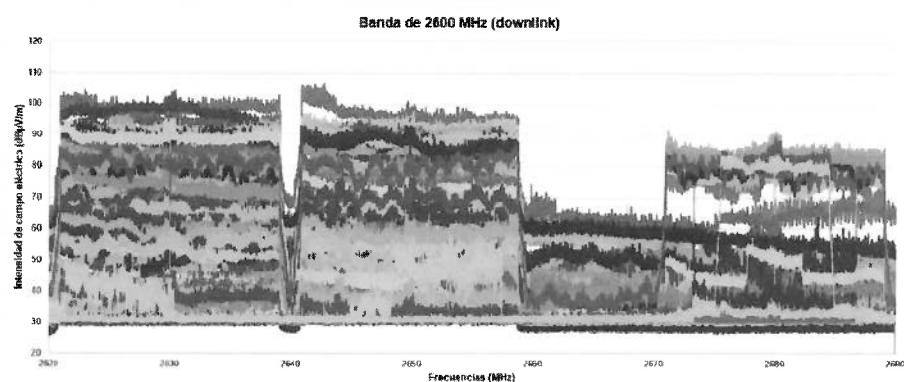


Figura 25. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (downlink)

(...)"

Como puede observarse, la SUTEL realizó gráficas de ocupación por medio de las cuales demostró los resultados de las mediciones móviles, en algún momento de 2018 y en 212 lugares no detallados. Asimismo, dicho Órgano Regulador, realizó gráficas de ocupación de los segmentos para FDD, con los resultados obtenidos por medio de las 5 estaciones fijas ubicadas en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia y Puntarenas, entre los días 13 de marzo al 13 de abril de 2019, mediante rutinas automáticas de medición, en franja horaria de 4 a.m. a 10 p.m., durante los primeros 5 minutos de cada hora, según se demuestra en las siguientes figuras:

"(...)

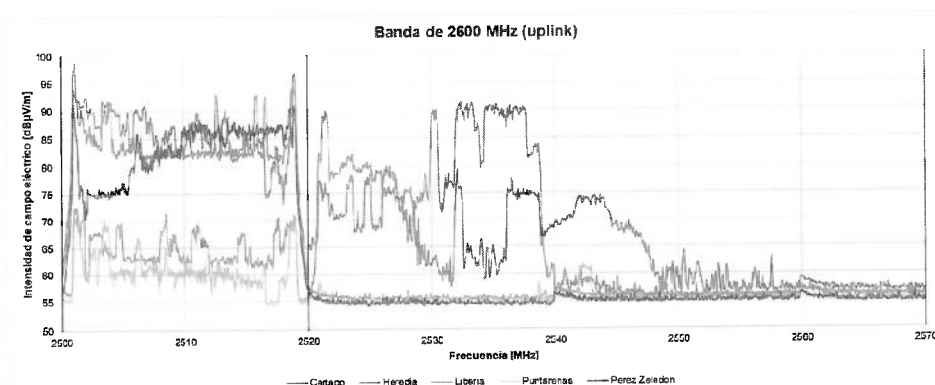


Figura 26. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (uplink, mediciones 2019).

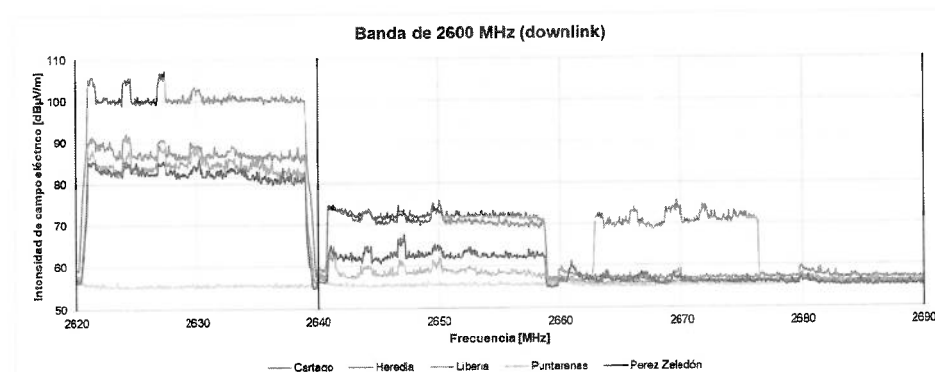


Figura 27. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (downlink, mediciones 2019)

(..)”

En cuanto al segmento de 2570 MHz a 2620 MHz para TDD, de los resultados de las mediciones obtenidas por la SUTEL, se indica en dicho informe, a folio 1243 del expediente administrativo, que “(...) el ICE no opera ningún sistema en este rango de frecuencias.”.

Así las cosas, de lo que puede observarse de los resultados de las mediciones obtenidos en el 2018 y las estaciones fijas en el 2019, en cuanto al segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, la SUTEL advirtió que no se demuestra reutilización del espectro asignado por parte del concesionario ICE.

Ahora bien, el dictamen técnico hizo referencia a la problemática existente en cuanto al estado de las bandas de frecuencia que han sido identificadas o atribuidas para el desarrollo de sistemas IMT en el país, de conformidad con el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (RR-UIT) y el PNAF vigente, y señaló la subutilización y uso no eficiente de la banda de frecuencias por parte del concesionario actual, lo cual en su criterio priva el desarrollo de sistemas IMT. En cuanto a esta problemática señaló:

“8.8.2. Problemática e implicaciones

- *Subutilización y uso no eficiente de la banda de frecuencias por parte del concesionario actual (utiliza algunos segmentos del espectro solamente en algunas zonas geográficas del país).*
- *No uso de 90 MHz (40 MHz en FDD y 50 MHz en TDD) de espectro en esta banda por parte del concesionario.*
- *En la actualidad Costa Rica experimenta un atraso considerable respecto a los desarrollos mundiales de sistemas IMT en esta banda de frecuencias.*

- *Espectro de toda la banda concentrado para el operador estatal debido a concesiones históricas.*
- *No se ha concluido la revisión de las adecuaciones realizadas al Instituto durante el 2009 y 2010 (sin contar con criterio técnico de la SUTEL), ni se ha resuelto el dictamen técnico correspondiente a la adecuación de títulos habilitantes del Instituto brindado por la SUTEL conforme a la disposición de la Contraloría General de la República.”*

Ante la problemática en el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz y en virtud de la importancia que el mismo tiene para el desarrollo de sistemas IMT, el Órgano Regulador estableció una serie de recomendaciones y alternativas que a continuación se citan:

“(...) 8 8.3. Propuestas de soluciones y alternativas

- *Aplicar el procedimiento que corresponda a los títulos habilitantes del concesionario actual, con el fin de disponer el recurso sin uso para sistemas IMT para otros concesionarios, considerando las recomendaciones técnicas vertidas por SUTEL en el criterio de adecuación de los títulos habilitantes.*
- *Poner a disposición, en el mediano plazo, este recurso para sistemas IMT conforme a los usos y desarrollos en el mundo, considerando que la cantidad de espectro permitiría la operación de mínimo tres actores diferentes.”*

Como puede observarse, la SUTEL a lo largo de su dictamen técnico determinó que, para el caso del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz debe valorar el Poder Ejecutivo la recuperación del recurso utilizado de manera ineficiente y subutilizado, por lo que concluyó:

“xxvii. Para la banda de 2600 MHz debe valorarse la recuperación del recurso utilizado de manera ineficiente y subutilizado, con el fin de disponerlo para el desarrollo de sistemas IMT, considerando que la cantidad de espectro permite la operación de mínimo tres actores diferentes.”

Dado lo anterior, en el punto décimo sexto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que se reiteran las objeciones explicadas en el punto cuarto del apartado II de dicho oficio, referentes a las mediciones de la SUTEL.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)” la SUTEL debe de realizar la “(...) verificación real (...)”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) la ocupación y utilización del espectro.”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2545 MHz a 2555 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2665 MHz a 2675 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil (100 MHz en total); de las cuales, el ICE utilizó 60 MHz sin reutilización, y que no utiliza las frecuencias de 2540 MHz a 2545 MHz, de 2555 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz, de 2660 MHz a 2665 MHz y de 2675 MHz a 2690 MHz (90 MHz en total).

I. Dictamen Técnico emitido mediante oficio N° 10425-SUTEL-DGC-2019:

Mediante el oficio N° 10750-SUTEL-SCS-2019 de fecha 29 de noviembre de 2019, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Viceministerio de Telecomunicaciones que mediante el Acuerdo N° 020-076-2019, adoptado por su Consejo Directivo en la sesión ordinaria N° 076-2019, celebrada el 25 de noviembre de 2019, aprobó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre de 2019, el cual se integra como parte de la fundamentación del presente acto, en donde dicha Superintendencia actualizó las mediciones sobre la ocupación real de los segmentos de frecuencias atribuidos para la prestación de servicios mediante sistemas de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT) relevantes para la implementación de las tecnologías de quinta generación (IMT-2020 o 5G), el cual consta en folios 1323 a 1333 vuelto del expediente administrativo.

La SUTEL indica que las mediciones fueron realizadas durante el año 2019, entre los meses de febrero y agosto del año 2019, sin embargo, no brinda detalles al respecto (cantidad de sitios, localización de sitios, horario de medición, días empleados, etc.). Para la obtención de los niveles de intensidad de campo eléctrico en los puntos de medición, la SUTEL indica que cumplió con el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012 *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”*, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, *“Procedimiento para mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”*, y asegura el cumplimiento de los estándares definidos por Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las condiciones de medición de intensidad de campo eléctrico, específicamente las recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*. Para la realización de estas mediciones se utilizaron las unidades móviles del SNGME y las estaciones fijas, para las cuales su calibración se menciona, se encuentra al día.

Al respecto como resultado de las mediciones, la SUTEL reportó lo siguiente:

(...)

1.10 Banda de 2600 MHz

De seguido se muestra las gráficas de ocupación para esta banda de frecuencias:

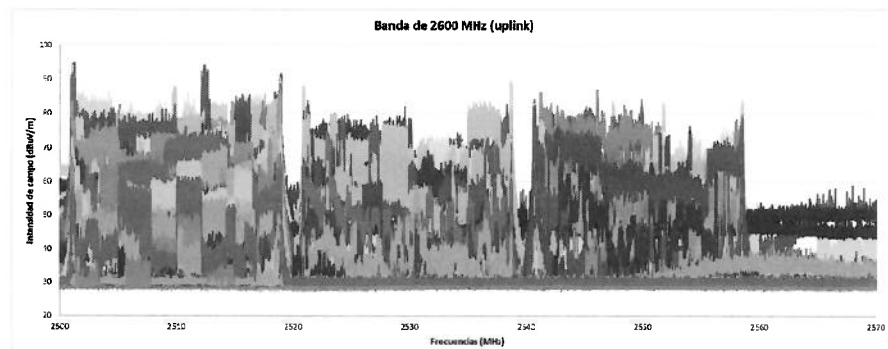


Figura 17. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (uplink).

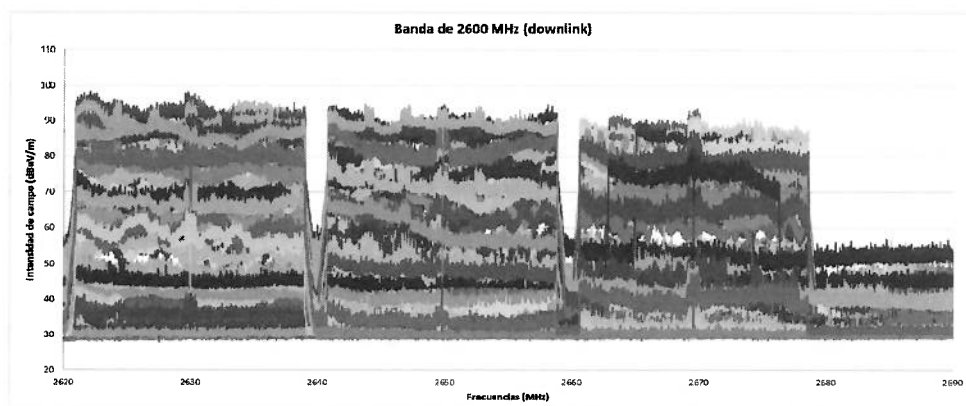


Figura 18. Ocupación real de la banda de frecuencias de 2600 MHz (downlink)

(...)

De las mediciones realizadas en el año 2019, se evidencia la utilización de tres portadoras en el rango de 2500 MHz a 2560 MHz y de 2620 MHz a 2680 MHz, con un comportamiento según se describe a continuación:

- Rango de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz: con portadoras de 2x20 MHz en un 73% aproximadamente de los sitios de medición.

- Rango de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz: con portadoras de 2x20 MHz en un 29% aproximadamente de los sitios de medición.
- Rango de 2540 MHz a 2560 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz: con portadoras de 2x5 MHz, portadoras de 2x10 MHz, portadoras de 2x15 MHz y portadoras de 2x20 MHz, en un 35% aproximadamente de los sitios de medición. En este caso particular, se evidencian portadores de diferentes anchos, predominando el 2x20 MHz.

Adicionalmente, es importante indicar que aproximadamente en un 39% de los sitios solo se está utilizando 1 portadora, en un 40% de los sitios se utilizan simultáneamente 2 portadoras, en un 6% de los sitios se utilizan 3 portadoras con uso simultaneo y en un 15% de los sitios no se registran transmisiones. De lo anterior, se evidencia que las proporciones de uso de las portadoras demuestran que, a pesar de existir una mayor cantidad de utilización respecto al informe 05348-SUTEL-DGC-2019, se mantiene un uso ineficiente del espectro, situación que debe ser valorada por el Poder Ejecutivo a la luz de las recomendaciones brindadas por la SUTEL en los últimos años, no solamente en cuanto al uso, sino sobre el análisis de su otorgamiento de conformidad con la legislación vigente en su momento y las necesidades actuales de crecimiento de las redes IMT-2020 (5G).

Ahora bien, para la brecha central de esta banda de frecuencias en el segmento con duplexación TDD, se puede observar que el ICE no opera ningún sistema en este rango de frecuencias.

(...)"

Conforme a lo expuesto, la SUTEL reiteró que la brecha central de la banda de 2600 MHz es un recurso importante para el despliegue de sistemas IMT en el país, el cual recomienda ser recuperado por el Poder Ejecutivo, debido al no uso por parte del ICE, según se ha documentado en los diferentes reportes emitidos por SUTEL.

Así las cosas, de los resultados de las mediciones y conclusiones de la SUTEL, se puede observar que los segmentos de frecuencias concesionados mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP del 25 de setiembre de 1998, aparentemente se encuentran parcialmente utilizados, sin embargo, del muestreo realizado se evidencia una escasa cobertura y subutilización de recurso, al contar con cobertura en pocos lugares del país (según los porcentajes de utilización por parte del ICE en las regiones evaluadas por la SUTEL), lo cual apunta desde la perspectiva técnica hacia un uso parcial e ineficiente del recurso otorgado.

Dado lo anterior, en el punto décimo octavo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, por parte del ICE, dicho Instituto, rechaza el informe de marras debido a que se reiteran las objeciones explicadas en el punto cuarto del apartado II de dicho oficio, referentes a las mediciones de la SUTEL.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) *para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)*” la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real (...)*”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) *la ocupación y utilización del espectro.*”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad)

entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total); de lo anterior, se puede observar que se mantiene un patrón similar de uso parcial del espectro radioeléctrico con esta configuración de 3 portadoras de 2x20 MHz, hasta el momento de la apertura del presente procedimiento administrativo.

Aunado a lo anterior, en este punto cronológico, se observa de las mediciones de la SUTEL y lo que reporta el ICE, que el ICE nuevamente utiliza más espectro o portadoras para brindar su servicio, sin embargo, el ICE indica en sus alegatos décimo quinto y vigésimo noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, que no realiza la reutilización de frecuencias, sino que implementa la técnica de *“agregación de portadoras”*. Al respecto, desde el punto de vista técnico, la implementación de la técnica de *“agregación de portadoras”* corresponde a un tipo de diseño de red que optó por emplear el ICE, según sus intereses y el espectro que tiene disponible, al ser eficiente desde la perspectiva económica, ahorrando costos al disminuir la cantidad de torres, sin embargo, es importante aclarar que desde el punto de vista técnico, está en contra del artículo 11 inciso e) del PNAF, el principio de optimización de los recursos escasos (inciso i del artículo 3 de la LGT) y el objetivo regulado en el artículo 2 inciso g) de la LGT, debido a que el ICE no tiene un impedimento técnico para implementar la reutilización de frecuencias en su red, y el ahorro de costos no se debería de considerar como un impedimento económico en un mercado en competencia, donde las empresas deben de tener un presupuesto para la implementación de nuevas tecnologías, tomando en cuenta que cada evolución de los sistemas IMT requiere de redes cada vez con más cantidad de torres, debido al uso de frecuencias cada vez más altas, para brindar tasas de datos

mayores (más velocidad de internet) para más terminales a la vez (o como se denomina “internet de las cosas”); es decir, una empresa en competencia también está obligada a minimizar costos y maximizar ganancias, pero debe de hacerlo sin estar en contra de la normativa vigente, en este caso el artículo 11 inciso e) del PNAF y los objetivos y principios de la LGT. En este punto y como se desarrollará más adelante, aunque el ICE es una institución autónoma dentro del organigrama de la Administración pública, también se constituye como una empresa pública la cual goza de los derechos y obligaciones como un operador más en competencia dentro del sector de telecomunicaciones por lo que no se encuentra exenta o por encima de lo que la ley regula en esta materia.

J. Dictamen Técnico N° 04204-SUTEL-DGC-2020:

En el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 04204-SUTEL-DGC-2020 de fecha 14 de mayo de 2020, titulado “*Informe sobre los resultados obtenidos mediante mediciones automáticas llevadas a cabo con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) para las bandas de frecuencias de los sistemas Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT)*”, el cual consta de folio 1362 a 1386 vuelto del expediente administrativo; la SUTEL incorpora el resultado de las mediciones efectuadas del 02 de marzo al 03 de abril de 2020 por medio de las estaciones fijas en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia y Puntarenas, del Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME), las cuales fueron llevadas a cabo mediante rutinas automáticas de medición, en franja horaria de 5 a.m. a 10 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante los primeros 5 minutos de cada hora, lo que permite distribuir estas mediciones, con el fin de obtener los niveles máximos de señal que se mantienen en el tiempo, para la determinación del uso del espectro atribuido en el PNAF para el servicio móvil en sistemas de Telecomunicaciones Móviles “IMT”. Dichas mediciones se realizaron en las bandas de 700 MHz, 800 MHz, 850 MHz, 900 MHz, 1400 MHz, 1800 MHz, 1900 MHz, 2100 MHz, 2600 MHz, 3300 MHz a 3700 MHz; cuyos resultados y conclusiones para el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz concesionado al ICE, se proceden a describir de seguido:

“(…)

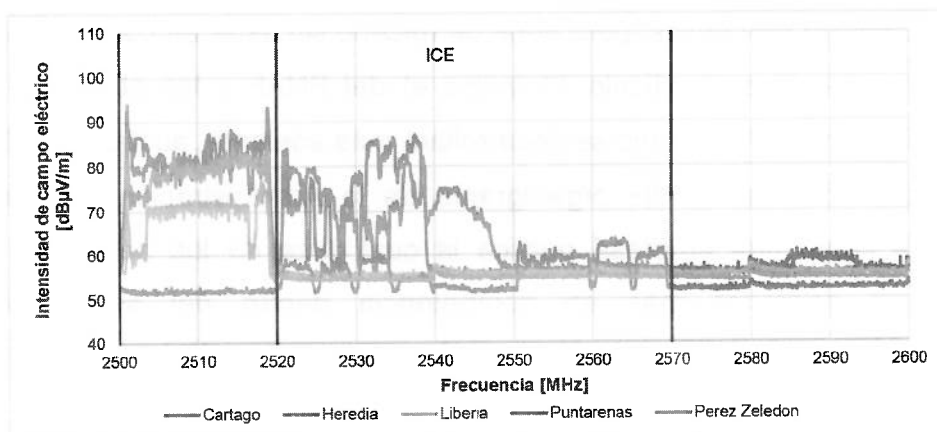


Gráfico 12. Uso del segmento de frecuencia 2500 MHz – 2570 MHz.

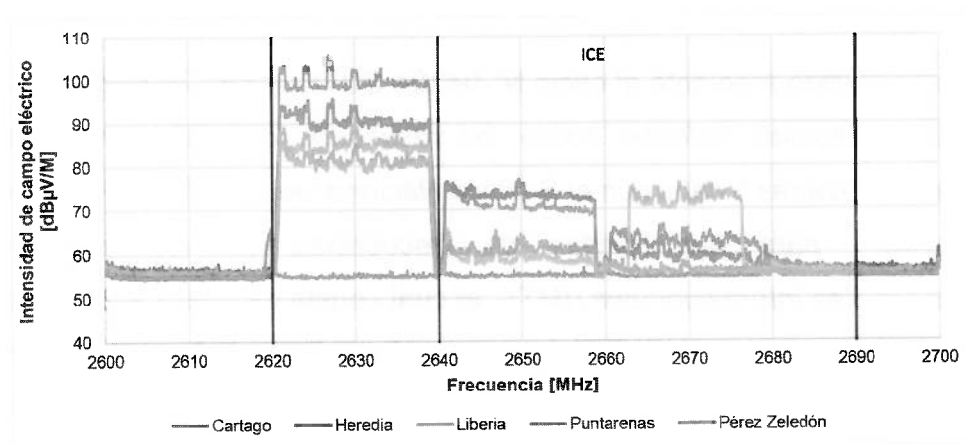


Gráfico 13. Uso del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz.

Sobre las gráficas anteriores, particularmente, la referente al segmento de downlink, (2620 MHz a 2690 MHz), se refleja la utilización predominante de portadoras con un ancho de banda aproximado de 20 MHz, en las estaciones de Heredia y Cartago, que abarcan tres portadoras desde 2620 MHz hasta 2680 MHz, para la estación de Liberia se observan 2 portadoras de 20 MHz desde 2620 MHz a 2660 MHz y una con un ancho de banda aproximado de 15 MHz, comprendida entre 2662,5 MHz a 2677,5 MHz aproximadamente, en los siguientes rangos de frecuencias:

Tabla 11. Portadoras del servicio móvil en la banda de 2600 MHz

Estaciones	Uplink	Downlink
Heredia, Cartago, Pérez Zeledón y Liberia	2500 MHz a 2520 MHz	2620 MHz a 2640 MHz
Heredia, Cartago, Pérez Zeledón y Liberia	2520 MHz a 2540 MHz	2640 MHz a 2660 MHz
Heredia y Cartago	2540 MHz a 2560 MHz	2660 MHz a 2680 MHz
Liberia	2545 MHz a 2555 MHz	2662,5 MHz a 2677,5 MHz

Por lo tanto, de los 140 MHz destinados para servicios IMT en FDD en esta banda, el ICE actualmente se encuentra explotando un máximo de 120 MHz, según los resultados mostrados en las gráficas anteriores. No obstante, utiliza mayoritariamente dos portadoras de 20 MHz y una tercera con menor nivel de intensidad, con poca utilización, con anchos de banda que varían por zona entre 15 MHz y 20 MHz, por lo que no se presenta reutilización del espectro asignado.

Según lo anterior, si bien en el segmento de Uplink no es posible determinar cuáles segmentos se encuentran efectivamente ocupados, dado que en estos los niveles de intensidad de campo recibidos en las estaciones de medición pueden ser cercanos al nivel del piso de ruido, del segmento de Downlink, puede observarse que en el segmento comprendido de 2680 MHz a 2690 MHz, no se visualizan portadoras, por lo que se somete a valoración del Consejo recomendar al Poder Ejecutivo que realice las gestiones consistentes con el principio de optimización del recurso escaso y proceda como en derecho corresponda sobre este segmento. Importa recordar que esta banda de frecuencias cuenta con excelentes cualidades para atender la demanda de tráfico de datos móviles por parte de los usuarios (banda media superior a 1 GHz, para brindar capacidad a la red móvil).

Asimismo, según los resultados de las mediciones, el segmento de la banda de 2600 MHz, destinado para servicios IMT en TDD (rango comprendido entre 2570 MHz a 2620 MHz), no se registra utilización por parte del Instituto Costarricense de Electricidad, como se muestra en los gráficos anteriores. Al respecto, la no utilización de todo el recurso asignado al Instituto y la no reutilización del espectro implica un uso ineficiente y subutilización del recurso, situación que tal y como se ha indicado en otros informes,

debe ser valorada por el Poder Ejecutivo para la toma de acciones que promuevan el uso y asignación eficiente de esta banda.”

Cabe señalar que la SUTEL recomendó la toma de las medidas respectivas para promover la optimización del recurso escaso no utilizado, así como el empleado sin reutilización del recurso, con el fin de poner a disposición del mercado más espectro para promover el despliegue de sistemas IMT de última generación. En sus conclusiones apuntó:

“12. Conclusiones

(...)

12.8. Sobre la banda de frecuencia 2600 MHz

12.8.1. *En los segmentos de frecuencias de 2500 MHz a 2570 MHz y de 2620 MHz a 2690 MHz con duplexación FDD, se encuentra concesionado al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), mediante Acuerdos Ejecutivos N° 1562-1998 MSP, donde se refleja la utilización mayoritaria de dos portadoras de 2 x 20 MHz y otra de 2x15 MHz con menor utilización, sin reutilización y variación de anchos de banda.*

12.8.2. *De los 140 MHz destinados para servicios IMT en modalidad FDD en esta banda, el ICE actualmente se encuentra explotando un máximo de 120 MHz, que comprende los segmentos de 2500 MHz a 2560 MHz en el canal Uplink y de 2620 MHz a 2680 MHz en Downlink, según las mediciones realizadas.*

12.8.3. *Según las mediciones, el segmento de la banda de 2600 MHz, destinado para servicios IMT en TDD (rango comprendido entre 2570 MHz a 2620 MHz), no registra utilización por parte del Instituto Costarricense de Electricidad.*

12.8.4. *En el segmento de frecuencia 2680 MHz a 2690 MHz concesionado al ICE, no se detectaron niveles de intensidad de campo eléctrico que sobrepasen el piso de ruido, por lo que se presume no está siendo explotado por dicho concesionario.*

12.8.5. Resulta de suma importancia la toma de acciones por parte del Poder Ejecutivo para recuperar el espectro asignado que se no se utiliza o se emplea de manera ineficiente, con el fin de poner a disposición del mercado el recurso no utilizado y el utilizado de forma ineficiente, en esta banda, para el desarrollo de sistemas IMT, en concordancia con lo realizado por otros países para el despliegue de redes 5G.

(...)" (Énfasis agregado).

Conforme a lo anterior, la SUTEL recomendó al Poder Ejecutivo realizar las gestiones que correspondan para promover la recuperación de 20 MHz en la banda de 2600 MHz (de 2560 MHz a 2570 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz), en FDD y 50 MHz (de 2570 MHz a 2620 MHz) en TDD.

Dado lo anterior, en el punto décimo noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que se reiteran las objeciones explicadas en el punto cuarto del apartado II de dicho oficio, referentes a las mediciones de la SUTEL.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que "(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)" la SUTEL debe de realizar la "(...) verificación real (...)"; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre "(...) la ocupación y utilización del espectro."; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que, así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones

que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, se mantiene el uso parcial del espectro radioeléctrico con 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total).

K. Dictamen Técnico N° 05071-SUTEL-DGC-2020:

En el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 05071-SUTEL-DGC-2020 de fecha 09 de junio de 2020, titulado *“Propuesta de actualización del cronograma de asignación de espectro para el desarrollo de sistemas IMT e IMT-2020 en Costa Rica para el periodo 2021-2025”*, la SUTEL actualizó las recomendaciones vertidas sobre las necesidades de espectro para el futuro desarrollo de sistemas IMT en Costa Rica y los dictámenes técnicos respecto a las bandas de frecuencias atribuidas para IMT, emitidos mediante los oficios N° 05348-SUTEL-DGC-2019 y N° 10425-SUTEL-DGC-2019 citados anteriormente, y el cual consta de folio 1390 a 1438 vuelto del expediente administrativo.

Para los efectos del presente análisis en relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del título habilitante conferido al ICE, el Órgano Regulador estableció:

“(…)

• Respecto a la banda de 2600 MHz, se propone valorar la recuperación de al menos un segmento de 2x20 MHz [sic, léase 2x30 MHz] (FDD) del espectro utilizado ineficientemente por el Instituto y los 50 MHz en TDD actualmente sin operación (como se detalla en el informe 04204-SUTEL-DGC-2020). De esta manera, el ICE podría mantener sus operaciones IMT en esta banda (2x40 MHz) y el Estado podría disponer de recurso al mercado (2x30 MHz) y 50 MHz en TDD.

(...)" (Énfasis agregado).

De esta forma la Superintendencia de Telecomunicaciones reiteró su posición técnica, en cuanto a los indicios de no utilización óptima y eficiente del espectro radioeléctrico, de los segmentos de frecuencia detallados en el párrafo anterior.

Dado lo anterior, en el punto vigésimo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que se reiteran las objeciones explicadas en el punto cuarto del apartado II de dicho oficio, referentes a las mediciones de la SUTEL.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que "(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)" la SUTEL debe de realizar la "(...) verificación real (...)"; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre "(...) la ocupación y utilización del espectro."; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que, así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo;

también se entiende que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, se mantiene el uso parcial del espectro radioeléctrico con 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total).

L. Dictamen técnico N° 00138-SUTEL-DGC-2021:

En adición a lo expuesto anteriormente, la Superintendencia de Telecomunicaciones, en calidad de Órgano Regulador del mercado de las telecomunicaciones, mediante el oficio N° 00452-SUTEL-SCS-2021 de fecha 18 de enero de 2021, aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N° 023-002-2021, adoptado en la sesión ordinaria N° 002-2021, celebrada el 14 de enero de 2021, el cual consta de folio 1457 a 1482 del expediente administrativo; reiteró la existencia de indicios sobre el presunto incumplimiento contractual por parte del ICE al apuntar lo siguiente:

“(…)

- *En este sentido, debe recalcar que en dicho informe y su predecesor (acuerdo 033-040-2019 de la sesión ordinaria 040-2019 del 27 de junio de 2019 que aprobó el documento oficio 05348-SUTEL-DGC-2019), la SUTEL señaló la importancia y necesidad de liberar el espectro no utilizado o utilizado de manera no eficiente, entre el que se encuentra las bandas de frecuencias de 2600 MHz (...) (las cuales no se incluyen en la Tabla 1 del*

presente informe). Asimismo, este CAE obedece a un balance entre las recomendaciones del regulador, los intereses de los operadores móviles actuales y la situación registral de las asignaciones del espectro destinado para sistemas IMT. Es decir, se recomendó destinar para el mediano plazo cierto espectro vital para sistemas IMT debido a la situación registral de este recurso. No obstante, se urgió al MICITT a iniciar lo antes posible lo que en derecho corresponda para liberar este espectro [sic] en concordancia con el principio de uso eficiente y optimización del recurso escaso, considerando que esta banda es clave para el desarrollo de 5G por su utilización a nivel mundial y el desarrollo de equipos terminales.

(...)

- *En cuanto a las respuestas recibidas durante la consulta pública, prácticamente todas hicieron ver sobre la necesidad de disponer al mercado algún segmento de frecuencias en las bandas de 2600 MHz y (...) (actualmente otorgadas en su totalidad al Grupo ICE). En este sentido, diferentes empresas y cámaras señalaron que la no inclusión de estas bandas de frecuencias en un eventual proceso concursal va en detrimento del desarrollo tecnológico y de los sistemas IMT en el país, lo cual es consistente con las recomendaciones de esta Superintendencia teniendo en consideración el no uso o uso ineficiente de segmentos en las bandas en mención.*
- *Siendo que la consulta pública busca conocer las observaciones y comentarios de los posibles interesados del mercado de telecomunicaciones y en específico, en un eventual proceso concursal de frecuencias para la implementación de sistemas IMT, estas respuestas muestran la urgencia del mercado por contar con recurso en las bandas de frecuencias consideradas vitales (2600 MHz y 3.5 GHz) para el despliegue de redes 5G, todo en consistencia con los principios rectores de optimización de recursos*

escasos. Los operadores móviles no incumbentes señalaron ampliamente su interés por las bandas de 2600 MHz y la de 3500 MHz, dado que se consideran en una desventaja en relación con el operador incumbente, principalmente de cara a la implementación de redes 5G. (...).

(...)”

De esta manera, señala la SUTEL que el mercado de telecomunicaciones ha mostrado su interés, no solo en las bandas de frecuencias incluidas en la consulta pública, sino también en la banda de frecuencias de 2600 MHz, con el fin de que, desde la perspectiva de asignación de espectro radioeléctrico, se cuente con un escenario más equitativo entre los operadores actuales y los posibles nuevos entrantes. Asimismo, recomendó al Poder Ejecutivo, en su búsqueda de concretar los planes de desarrollo nacionales de telecomunicaciones y el despliegue de redes 5G, realizar las acciones que resulten necesarias para que el mercado pueda tener como disponibles entre otras, la banda de frecuencias de 2600 MHz, para procesos concursales de este recurso y a su vez recomendó:

“(..."

- *Informar al Poder Ejecutivo que durante la consulta pública llevada a cabo por SUTEL para realizar este informe, se recibieron doce respuestas de las cuales prácticamente todas (con excepción de Telecable S.A.) mostraron amplio interés en las bandas de frecuencias de 2600 MHz y 3500 MHz, a pesar de que estas no fueron incluidas en dicha consulta. Al respecto, la SUTEL ha recomendado al MICITT la necesidad de proceder como en derecho corresponda para liberar el recurso no utilizado o utilizado de manera no eficiente, con el fin de ponerlo a disposición del mercado para un eventual proceso concursal, por tratarse del espectro vital para el desarrollo de las redes 5G.*

(...)”

- *Indicar al Poder Ejecutivo que los requerimientos actuales de espectro de los operadores son consistentes con las recomendaciones de SUTEL y las tendencias mundiales. En este sentido, es importante que el Poder Ejecutivo valore disponer al mercado lo antes posible el espectro en las bandas de frecuencias de 2600 MHz y (...), que no se utilice o se use de manera no eficiente.”*

Dado lo anterior, en el punto vigésimo segundo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que indica que “(...) no incluyó mediciones de la banda 2.6 GHz y fue más allá de lo solicitado por el MICITT, al recomendar liberar dicha banda para someterla a un eventual concurso público, tomando en cuenta sus informes anteriores y los intereses de los operadores móviles actuales.”.

M. Dictamen Técnico N° 02156-SUTEL-DGC-2021:

En atención al oficio N° MICITT-DVT-OF-176-2021 del 01 de marzo de 2021 mediante el cual el Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), solicitó a la SUTEL ampliar el dictamen técnico N° 00138-SUTEL-DGC-2021 del 07 de enero de 2021, que contiene los insumos técnicos, registrales, de mercado y condiciones para un eventual proceso concursal para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público a través de sistemas IMT; por lo que la SUTEL emitió el dictamen técnico, oficio N° 02156-SUTEL-DGC-2021, el cual consta de folio 1491 a 1502 del expediente administrativo, y titulado “*Propuesta de informe adicional sobre los insumos técnicos, registrales, de mercado y condiciones para un eventual proceso concursal en las bandas de frecuencias de 700 MHz, 2300 MHz, 3300-3400 MHz 26 GHz y 28 GHz para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público a través de sistemas IMT*” de fecha 12 de marzo de 2021; en el cual el Órgano Regulador reiteró su criterio, con relación al espectro concesionado al ICE sobre los indicios de no utilización de los recursos concesionados.

En esa oportunidad, la SUTEL se refirió a algunos señalamientos en cuanto a un eventual concurso. Al respecto, indicó las consideraciones referentes a las competencias de la SUTEL, tales como:

“(…)

En este sentido, resulta importante indicar que la Administración (entiéndase el Poder Ejecutivo, MICITT y SUTEL), debe apalancarse de las competencias otorgadas a las distintas entidades, evitando la duplicidad de análisis o funciones en determinados escenarios. Precisamente, en el marco de un proceso concursal, esta Superintendencia es la llamada a contar con los estudios económicos para la valorización del espectro, así como determinar, con base en los objetivos de política pública y del proceso concursal que establezca el Poder Ejecutivo, cuál sería el mecanismo de asignación de espectro óptimo, por lo que, las tareas que se derivan del análisis de la información requerida por MICITT, corresponden únicamente a la ejecución del proceso concursal a cargo de SUTEL, como lo establece el artículo 12 de la Ley N°8642.

(…)

Por tanto, es posible brindar un panorama adicional que podría resultar beneficioso para alguna empresa que tenga interés en ingresar al mercado como un nuevo operador en el mercado de telecomunicaciones. A continuación, se presentan algunas de las condiciones que podrían promover la situación descrita, pero que en algunos casos resultan contraproducentes debido a la condición de asignación de espectro IMT en la actualidad, que favorece altamente al Grupo ICE con relación a los demás operadores, a pesar de que, en algunos casos, la SUTEL ha señalado al MICITT el no uso o uso no eficiente del espectro por parte de dicho operador. Esto tampoco limita la posibilidad, como lo señaló la SUTEL en el informe 00138-SUTEL-DGC-2021 de considerar condiciones particulares para el ingreso de nuevos operadores de nicho, para la provisión de otros servicios como la banda ancha inalámbrica fija, considerando el interés de las empresas que atendieron la consulta.”

Dentro de este contexto, nuevamente la SUTEL analiza el presunto no uso del espectro radioeléctrico correspondiente al segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, concesionado al ICE, y señaló:

*“Sin embargo, como ya se hizo ver en diferentes informes por parte del regulador, incluido el oficio número 00138-SUTEL-DGC-2021, el espectro que se incluirá en un eventual proceso concursal no contempla el recurso de las bandas de frecuencias de **2600 MHz** y 3500 MHz, ambas entre las más utilizadas para la implementación de redes IMT y particularmente la última, considerada insignia para el despliegue de redes 5G. Este recurso, se encuentra asignado en su totalidad a Grupo ICE, a pesar de que la SUTEL ha hecho ver en sus informes de ocupación mencionados, así como los correspondientes a la propuesta de Cronograma de Asignación de Espectro (CAE), **que algunos segmentos se encuentran sin utilización o presentan utilización no eficiente**. Sin embargo, no se conoce al momento que el Poder Ejecutivo haya tomado las acciones que en derecho correspondan, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°8642, para la recuperación del espectro sin uso o utilizado de manera no eficiente, con el fin de asegurar la optimización del recurso escaso y disponer dicho recurso al mercado en el momento óptimo, para el beneficio de los usuarios finales.”.* (Énfasis agregado).

Finalmente, la SUTEL es clara en indicar la necesidad de tomar decisiones respecto a las bandas de frecuencia asignadas al ICE, en el tanto, reconoce la presunta no utilización o utilización ineficiente de dicho espectro radioeléctrico en los siguientes términos:

“Indicar al MICITT que la situación actual de asignación de espectro IMT en Costa Rica muestra un claro desbalance a favor del Grupo ICE. Este escenario, limita no solo el posible interés de nuevos entrantes de participar en un eventual concurso, sino que implica una distorsión en cuanto a la distribución equitativa del espectro, teniendo en consideración que para los sistemas IMT-2020 se requiere obtener recurso tanto en

bandas bajas, medias y altas y milimétricas. Por esta razón, se considera urgente que el MICITT, con base en las recomendaciones ya emitidas por esta Superintendencia, proceda como en derecho corresponda para disponer al mercado en el momento oportuno del espectro IMT que el ICE no utiliza o utiliza de manera ineficiente, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°8642 y el principio rector de optimización del recurso escaso.”. (Énfasis agregado).

Dado lo anterior, en el punto vigésimo cuarto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe, debido a:

“(…)

¿En qué parte de la regulación nacional se establecen normas que permitan determinar que existe una distribución equitativa del espectro? ¿Qué variables deben ser tomadas en cuenta para determinar una distribución equitativa del espectro radioeléctrico? Esta regulación no existe, tal y como lo señaló la Contraloría General de la República en su informe N° DFOE-IFR-IF-6-2012 desde el 30 de julio del 2012 y al que se hace referencia en la respuesta a Considerando Tercero del presente documento, en el que expresamente señaló. “...la inexistencia de legislación con una definición cualitativa o cuantitativa de “acaparamiento de espectro” según se demuestra a [sic] folio 930 del expediente administrativo. (...)”.

N. Dictamen Técnico N° 02823-SUTEL-DGC-2021:

En concordancia con los criterios emitidos por la SUTEL y analizados en este Informe Técnico Jurídico, mediante el dictamen técnico emitido por el oficio N° 02823-SUTEL-DGC-2021, titulado “*Propuesta de dictamen técnico sobre asignación y uso de los segmentos de frecuencias en las bandas de 2600 MHz, 3500 MHz y 26 GHz por el Instituto Costarricense de Electricidad*”, de fecha 08 de abril de 2021, el cual consta de

folio 1524 a 1533 del expediente administrativo; la SUTEL estableció los presuntos incumplimientos por parte del ICE, respecto a su obligación de utilizar la totalidad del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz conforme lo regulado en la Ley, lo cual configura una causal prevista en el artículo 22 inciso 1 subapartados a) y b) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, en los siguientes términos:

*“(...) Respecto de la banda de 2600 MHz (2500 MHz a 2690 MHz, que corresponde a toda la banda de 2600 MHz, incluyendo el segmento TDD así como el FDD), mediante la resolución RT-024-2009-MINAET se otorgó al ICE ‘para servicios IMT’. No obstante, como se amplió en los acuerdos 033-040-2019 de la sesión ordinaria 040-2019 del 27 de junio de 2019, mediante el cual se aprobó el documento 5348-SUTEL-DGC-2019 del 19 de junio de 2019 denominado ‘Necesidades de espectro para el futuro desarrollo de los servicios de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT) y cronograma de asignación de espectro para dichos servicios en Costa Rica para el periodo 2019-2024’ y el acuerdo 026-041-2020 del 29 de mayo de 2020 mediante el cual se aprobó el oficio 4204-SUTEL-DGC-2020 del 14 de mayo de 2020, referente a las mediciones automáticas del espectro IMT en el país, **el ICE no utiliza una porción del espectro FDD (al menos 2x10 MHz en todo el país y hace un uso no eficiente de las demás portadoras, que muestran poca o nula reutilización), así como todo el segmento TDD (50 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz).***

*Por lo tanto, es posible notar que las recomendaciones de esta Superintendencia sobre estas bandas de frecuencias **a través de los años han mantenido consistencia en cuanto a la necesidad de recuperar el espectro no utilizado o utilizado de manera no eficiente. Al mismo tiempo, es requerido por parte del Poder Ejecutivo, en atención de lo indicado por la Contraloría General de la República en el informe DFOE-II-R-IF-06-2012 respecto a la elaboración de los dictámenes técnicos para la adecuación de los títulos habilitantes por parte de SUTEL y su debido análisis y consideración por parte del Poder Ejecutivo, revisar las adecuaciones realizadas.***

(...) En este sentido, la no recuperación y disposición al mercado del espectro sin uso o uso ineficiente, afecta a este último desde el punto de vista de la competencia porque los demás operadores no se desenvuelven en igualdad de condiciones en cuanto a la tenencia de espectro destinado para el despliegue de sistemas IMT (caso de Costa Rica, donde se presenta un desbalance a favor del Grupo ICE) y desde la perspectiva de los usuarios finales, que podrían elegir entre más y mejores servicios si se aumenta la competencia en un mercado específico, máxime de cara a la implementación de redes IMT-2020 (5G). Adicionalmente, que el no uso o uso no eficiente del espectro para las bandas de 2600 MHz (...), como lo ha hecho ver esta Superintendencia en los citados oficios, no es consistente con el principio de optimización del recurso escaso, así como la asignación y uso eficiente del espectro.

(...) Sobre esto, la SUTEL recomendó al MICITT en el acuerdo 023-002-2021 del 14 de enero de 2021 mediante el cual se aprobó el oficio 00138-SUTEL-DGC-2021 del 7 de enero de 2021 sobre los estudios previos requeridos para un eventual proceso concursal, disponer en dicha licitación todo el recurso disponible en las tres bandas de frecuencias citadas, a saber, 700 MHz, 26 GHz y 28 GHz. Al respecto, el Instituto Costarricense de Electricidad mantiene asignados 2000 MHz de la banda de 26 GHz, pero sin la posibilidad de utilizar dicho recurso para la operación de sistemas IMT (ya que la atribución y el uso no corresponden al servicio Móvil ni a la implementación de sistemas IMT). Asimismo, en este oficio se hizo ver al MICITT, el interés del mercado de que se proceda como en derecho corresponda, con base en el artículo 22 de la Ley N°8642 y las recomendaciones vertidas por SUTEL, respecto a la recuperación del recurso no utilizado o utilizado de manera no eficiente en las bandas 2600 MHz (...) por parte del Grupo ICE.”. (Énfasis agregado).

Con sustento en lo expuesto, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones recomendó al Poder Ejecutivo, en lo que respecta al presente análisis lo siguiente:

“Indicar al Poder Ejecutivo que, con fundamento en los objetivos detallados en los incisos g), h) e i) del artículo 2 de la Ley N°8642 y los principios de los incisos c) e i) del artículo 3, así como las disposiciones del artículo 22 de la citada Ley, valore la recuperación del espectro no utilizado y el utilizado de forma no eficiente, según los dictámenes técnicos emitidos por esta Superintendencia, con énfasis en las bandas 2600 MHz (...)”

La relevancia de este dictamen técnico y el criterio que se indica en el siguiente punto de este apartado, es que, mediante mediciones actuales, el Órgano Regulador advirtió que los indicios de no utilización, y de utilización no eficiente, se mantienen vigentes. Así como las consecuencias negativas para el mercado de la no recuperación y la no disposición del espectro radioeléctrico sin uso o uso ineficiente.

Dado lo anterior, en el punto vigésimo quinto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe, indicando lo siguiente:

“(...)”

La SUTEL nuevamente en este informe prioriza el interés de los operadores privados y los principios de competencia e igualdad de condiciones sobre el interés público, obviando que tales principios no pueden ser entendidos como fines en sí mismos, sino como medios para lograr el beneficio de los usuarios, el cual para el caso del desarrollo de servicios en la tecnología 5G, se logrará de forma más oportuna con los proyectos que el ICE ya está implementando.

(...)”

Por lo tanto, tomando en cuenta que la propia SUTEL ha manifestado que un proceso concursal para licitar frecuencias del espectro puede tardar 36 meses (Ver folio 1232 del expediente administrativo), o al menos, 2 años (Ver folios 1267 y 1523 del expediente administrativo), suponiendo que el concurso inicie en el año 2023,

los servicios no estarán en operación antes del 2025, por lo que es evidente que la opción que mejor satisfará el interés público y el beneficio de los usuarios es que el ICE pueda implementar los servicios 5G según sus planes de desarrollo, con base en las reglas de la lógica y los principios de oportunidad, racionalidad y razonabilidad que deben regir el actuar público. (...).”

O. Dictamen Técnico N° 04171-SUTEL-DGC-2021:

Mediante el oficio N° 04469-SUTEL-SCS-2021 de fecha 28 de mayo de 2021, la Superintendencia de Telecomunicaciones remitió el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 04171-SUTEL-DGC-2021 titulado “*Comentarios al documento ‘El camino de Costa Rica hacia las redes IMT-2020’ elaborado por el MICITT*”, de fecha 19 de mayo de 2021, aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N° 018-041-2021, adoptado en la sesión ordinaria 041-2021, celebrada en fecha 27 de mayo de 2021, y que consta de folio 1562 a 1567 del expediente administrativo.

Desde el punto de vista técnico, se extrae de este criterio, la manifestación por parte de la SUTEL, sobre la importancia de tomar las acciones para el desarrollo de los sistemas IMT en Costa Rica, específicamente, sobre la recuperación del espectro no utilizado.

Dado lo anterior, en el punto vigésimo sexto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe, debido a que “*(...) los resultados de este informe adolecen de los mismos vicios en su base (metodología) y razonamiento que los señalados y explicados ampliamente en la respuesta al Considerando Cuarto, Cuarto [sic], Décimo Sexto, Décimo Noveno, Vigésimo y Vigésimo Quinto del presente documento (...).*”

P. Dictamen Técnico N° 04225-SUTEL-OTC-2021:

Mediante el dictamen técnico N° 04225-SUTEL-OTC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021, la SUTEL, en esta oportunidad en su condición de Autoridad Sectorial de Competencia

emitió el “Informe sobre asignación de espectro para despliegue futuro de redes 5G desde la perspectiva de la competencia”, el cual consta de folio 1539 a 1559 vuelto del expediente administrativo.

En dicho criterio la SUTEL se refiere ampliamente, desde la perspectiva sectorial de competencia, a la importancia de la implementación de la tecnología 5G; y en relación con el estado actual de las redes, para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante sistemas “IMT” y de “IMT-2020” (5G), la SUTEL en su rol de Ente Sectorial de Competencia señaló que:

“(…)

*En cuanto al uso del espectro por bandas por parte del ICE, operador que concentra su asignación, en particular, en las bandas medias que sí puede utilizar en IMT (2600 MHz y 3500 MHz) únicamente utiliza 120 MHz, que representa el 31% del espectro que le fue asignado (ver detalle Gráfico III Figura V). Al realizar el ejercicio de determinación de las bandas que presentan ineficiencia en su uso para sistemas IMT, **surge el hallazgo que un 37% del espectro adjudicado 2600 MHz (70 MHz), (...), se utiliza para fines diferentes. Además, el impedimento legal en las bandas de (...) y 26 GHz (2000 MHz) generan que dicho espectro no sea utilizado para desarrollos IMT.***

El panorama actual de asignación de espectro evidencia que el Grupo ICE es el único que posee los insumos para no solo ser el primer jugador en el mercado, sino el único que podría desarrollar un sistema 5G en Costa Rica en el corto plazo (menos de dos años, proceso que tardaría el eventual concurso de licitación de frecuencias), utilizando las bandas esenciales asignadas como la de 2600 MHz (...).” (Énfasis agregado).

Nuevamente, la SUTEL -ahora desde la perspectiva sectorial de competencia- establece que no se realiza la reutilización del espectro radioeléctrico por parte del concesionario ICE, y señala además que en este sentido el Banco Mundial ha reconocido que “Las

bandas de espectro son vitales para instalar servicios de telecomunicaciones móviles. Conforme los operadores instalan sistemas nuevos y modernos para proporcionar un acceso más rápido a los usuarios, se necesita más espectro. Por lo tanto, la adjudicación oportuna de bandas de frecuencia en la cantidad y la calidad requeridas es esencial para el desarrollo de servicios móviles modernos”.

En relación con lo anterior y en lo que atiende a las posibles implicaciones en materia de competencia la Autoridad Sectorial de Competencia concluye que, en relación con las bandas medias del espectro radioeléctrico se presenta la existencia de una demanda potencial no cubierta, y de forma particular en relación con la banda de frecuencias de 2600 MHz.

A partir de lo anterior, es que el Consejo de la SUTEL mediante el Acuerdo N° 031-041-2021, adoptado en la sesión ordinaria N° 041-2021, celebrada en fecha 27 de mayo de 2021, y emitido mediante el oficio N° 04548-SUTEL-SCS-2021 (folios del 1534 al 1538 del expediente administrativo), estipula en su parte dispositiva de dicho acto lo siguiente:

“El Consejo de SUTEL, de conformidad con las facultades definidas en la Ley General de Telecomunicaciones y en la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, aprueba lo siguiente:

(...)

2. Recomendar al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones lo siguiente, en relación con el proceso de concurso de bandas de frecuencias para el despliegue futuro de servicios 5G:

- i. Iniciar de manera inmediata, en aplicación del artículo 22 de la Ley 8642, las acciones necesarias para que todos los operadores móviles que prestan servicios en el mercado puedan tener acceso a las bandas de frecuencias de 2600 MHz (...), con el objetivo de que todos los proveedores de servicios de***

telecomunicaciones móviles puedan competir en igualdad de condiciones en la prestación de servicios 5G.

- ii. *Recuperar en el menor plazo posible el espectro no utilizado o cuyo uso sea ineficiente en las bandas 2600 MHz (...), para lo cual se deberá tener en consideración que la necesidad de espectro ideal requerida por los operadores para el despliegue de 5G en bandas medias es de 80-100 MHz de espectro continuo.*
- iii. *Poner a disposición del mercado en el corto plazo el espectro recuperado en las bandas de 2600 MHz (...) para prevenir que se presenten distorsiones a la competencia del mercado de telecomunicaciones móviles, dada la actual situación de asimetría que existe actualmente en materia de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios IMT.*
- iv. **Instruir el eventual concurso para el despliegue de redes IMT-2020 una vez que se inicien los procesos correspondientes dispuestos en el artículo 22 de la Ley 8642 para la recuperación del espectro sin uso o utilizado de manera no eficiente en las bandas de 2600 MHz (...).**
- v. *Realizar las acciones necesarias para evitar que continúen presentándose situaciones en las cuales un operador particular tenga más espectro del realmente requerido para la provisión de servicios IMT, esto con el objetivo de prevenir que dicha situación se convierta en una barrera de entrada para los despliegues 5G de otros operadores, para lo cual debe iniciar la revisión de la adecuación del Grupo ICE y sus empresas de conformidad con las recomendaciones de la Contraloría General de la República.*
- vi. *Incorporar en una eventual instrucción de un proceso concursal para redes del tipo IMT-2020 el establecimiento de topes de espectro para evitar que el ICE pueda acceder a más espectro del que posee actualmente en las bandas medias requeridas para el despliegue de redes 5G.*
(...)" (Énfasis agregado).

Así las cosas, la Autoridad Sectorial de Competencia de los servicios de telecomunicaciones mediante el dictamen técnico emitido en el oficio N° 04225-SUTEL-OTC-2021, recomendó iniciar de manera inmediata con la aplicación del artículo 22 de

la Ley N° 8642, para determinar la verdad real de los hechos sobre los indicios de espectro radioeléctrico no utilizado o cuyo uso sea ineficiente en la banda de 2600 MHz, teniendo en consideración, entre otros aspectos, la necesidad de este recurso escaso por los operadores en relación con el despliegue de 5G y su importancia en la posible incorporación de este recurso en una eventual instrucción de concurso para redes “IMT”.

Dado lo anterior, en el punto vigésimo sétimo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan parcialmente dicho informe, indicando que:

“(...). Es decir, con esto se demuestra, que la banda 2.6 GHz no es aún hoy, de las bandas más atractivas a nivel comercial para desplegar 5G, siendo todavía su uso primordial a nivel mundial en tecnologías 4G y 4.5G.

Importa destacar, que los resultados y afirmaciones de la SUTEL sobre la tenencia de espectro y espectro disponible para subastar de este informe, resultan hoy desactualizados, ya que como se expresó en la respuesta al Considerando Vigésimo Cuarto, el Estado dispone de 125 MHz adicionales en la Banda C para ser subastados en IMT, siendo que la tenencia de espectro del Grupo ICE en esa banda se redujo a menos de la mitad del espectro que tenía concesionado en mayo del 2021. Por lo tanto, el cálculo de concentración que realizó la SUTEL para la banda C en Costa Rica, resulta inválido y no procede ser tomado en cuenta para efectos del presente procedimiento. (...).”.

Q. Dictamen Técnico N° 04482-SUTEL-DGC-2021:

Que mediante el oficio N° 05921-SUTEL-SCS-2021 de fecha 29 de junio de 2021, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó que mediante el Acuerdo N° 022-046-2021, adoptado por el Consejo Directivo en la sesión ordinaria N° 046-2021, celebrada el día 24 de junio de 2021, aprobó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 04482-SUTEL-DGC-2021 de fecha 28 de mayo de 2021,

titulado “*Propuesta de informe sobre factibilidad de un eventual proceso concursal para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público a través de sistemas IMT*”, el cual consta de folio 1570 a 1573 vuelto del expediente administrativo.

En el dictamen técnico bajo estudio, la SUTEL manifestó que desde el año 2009 ha remitido informes técnicos al Poder Ejecutivo, recomendando la recuperación del recurso sin uso o utilizado de manera ineficiente por parte del Grupo ICE en la banda de frecuencias de 2600 MHz, y determinó que es urgente la recuperación del segmento ocioso, así como el utilizado de manera no eficiente en la banda de frecuencias de 2600 MHz.

Por lo tanto, dicho Órgano Regulador recomendó:

“(…)

- *Indicar al Poder Ejecutivo que, desde el punto de vista técnico, económico y de mercado, **el eventual proceso concursal es factible si incluye el espectro de las bandas (...), así como el recurso recuperado de las bandas de 2600 MHz (...).** Lo anterior, considerando el interés mostrado por los operadores y posibles nuevos entrantes, así como el escenario que permita a los eventuales adjudicados el despliegue de redes IMT-2020 en las bandas de frecuencias que cuentan con mayores economías de escala y despliegues comerciales alrededor del mundo, así como, necesario para promover la competencia efectiva.*
- *Indicar al Poder Ejecutivo, considerando lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°8642, proceder como en derecho corresponda para la recuperación del espectro ocioso y el utilizado de manera no eficiente, según los dictámenes técnicos emitidos por esta Superintendencia, con énfasis en las bandas de 2600 MHz y 3500 MHz. (...). (Énfasis agregado).*

Conforme a lo indicado, resulta evidente que la SUTEL condicionó la factibilidad de un eventual proceso concursal para la prestación de servicios de telecomunicaciones

disponibles al público a través de sistemas “*IMT*”, a la recuperación de la banda de 2600 MHz.

Dado lo anterior, en el punto vigésimo octavo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que reitera las objeciones explicadas en informes de la SUTEL que adolecen de los mismos vicios en su base (metodología) y razonamiento que los señalados y explicados ampliamente en los puntos: Cuarto, Décimo Sexto, Décimo Octavo, Vigésimo, Vigésimo Segundo, Vigésimo Cuarto y Vigésimo Séptimo, del apartado II del oficio citado.

R. Dictamen Técnico N° 06531-SUTEL-DGC-2021:

Mediante el oficio N° 07342-SUTEL-SCS-2021 de fecha 09 de agosto de 2021, la Secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones comunicó al Viceministerio de Telecomunicaciones que mediante el Acuerdo de su Consejo Directivo N° 024-054-2021, adoptado en la sesión ordinaria N° 054-2021 celebrada en fecha 05 de agosto de 2021, se aprobó el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 06531-SUTEL-DGC-2021 titulado “*Informe sobre los resultados obtenidos mediante mediciones automáticas llevadas a cabo con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) para las bandas de frecuencias de los sistemas de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT)*”, emitido en fecha 15 de julio de 2021, el cual consta de folio de 1671 a 1702 del expediente administrativo.

La SUTEL indica que las mediciones fueron realizadas entre los meses del 01 de enero al 23 de mayo del año 2021, mediante rutinas automáticas de medición en los días martes y viernes, en franja horaria de 5 a.m. a 10 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante los primeros diez (10) minutos de cada hora, en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia y Puntarenas, y con estaciones compactas del SNGME ubicadas en Upala, Corredores de Puntarenas y Limón, según las coordenadas indicadas en dicho informe.

Aunado a lo anterior, la SUTEL indica que cumplió con el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012 *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”*, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, *“Procedimiento para mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”*, y asegura el cumplimiento de los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las condiciones de medición de intensidad de campo eléctrico, específicamente las recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*. Para la realización de estas mediciones se utilizaron las unidades móviles del SNGME y las estaciones fijas, para las cuales su calibración se menciona, se encuentra al día.

En este informe, la Superintendencia de Telecomunicaciones, señaló con respecto a la ocupación de la banda de frecuencias de 2600 MHz, lo siguiente:

“11. Resultados obtenidos de las mediciones automáticas para la banda de frecuencias de 2600 MHz

(...)

En los siguientes gráficos se muestra el uso de los segmentos de frecuencias detallados (...), cuyos resultados se obtuvieron aplicando el procedimiento descrito en la sección 2 del presente informe.

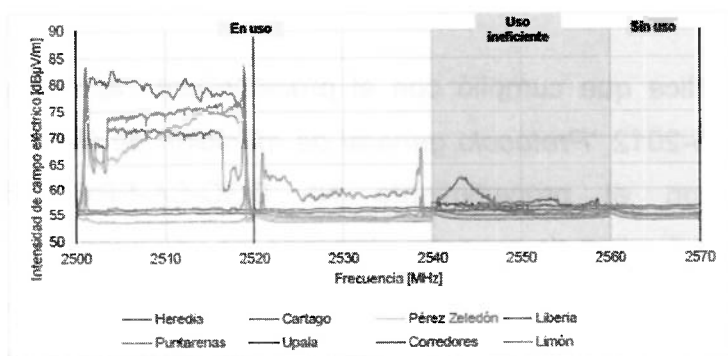


Gráfico 14. Uso del segmento de frecuencia 2500 MHz – 2570 MHz.

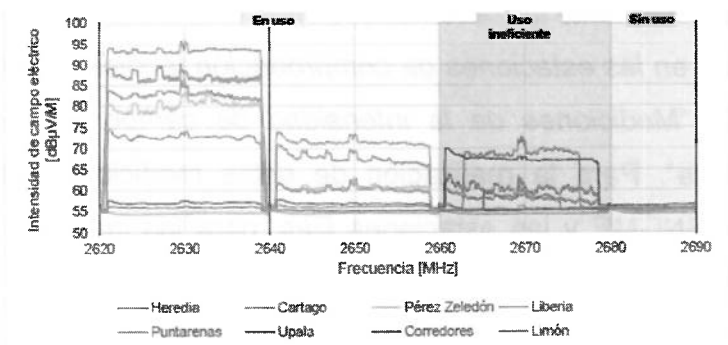


Gráfico 15. Uso del segmento de frecuencia 2620 MHz – 2690 MHz¹⁸.

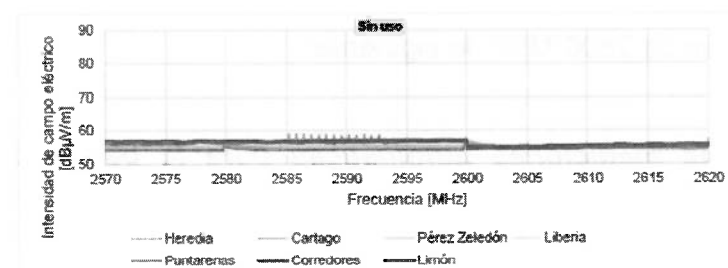


Gráfico 16. Uso del segmento de frecuencia 2570 MHz – 2620 MHz¹⁹.

De los gráficos anteriores, se extrae lo siguiente:

Respecto al segmento de “Uplink” (2500 MHz a 2570 MHz), se muestra lo siguiente:

Tabla 3. Detalle sobre el uso del segmento de 2500 MHz a 2570 MHz

Segmento de frecuencias	Detalle sobre el uso del recurso							
	Heredia	Cartago	Pérez Zeledón	Liberia	Puntarenas	Upala	Corredores	Limón
2500 MHz a 2520 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz
2520 MHz a 2540 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz*	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso
2540 MHz a 2560 MHz	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 10 MHz
2560 MHz a 2570 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso

* Portadoras con nivel de intensidad de campo eléctrico cercanos al piso de ruido.

De la tabla anterior, se tiene que en algunos segmentos no existe consistencia en la utilización según lo mostrado en la parte alta de la banda ('Downlink'). En cualquier caso, se mantiene la utilización de una (1) portadora de 2 x 10 MHz de ancho de banda (2545 MHz a 2555 MHz) en Limón.

En todo caso, como se indicó en la tabla anterior, existen algunas portadoras con niveles de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido, por lo que, resulta conveniente estimar el porcentaje de uso de esta banda analizando el segmento de 'Downlink', considerando que la canalización es FDD.

Particularmente, la referente al segmento de 'Downlink', (2620 MHz a 2690 MHz), se refleja lo siguiente:

Tabla 4. Detalle sobre el uso del segmento de 2620 MHz a 2690 MHz

Segmento de frecuencias	Detalle sobre el uso del recurso							
	Heredia	Cartago	Pérez Zeledón	Liberia	Puntarenas	Upala	Corredores	Limón
2620 MHz a 2640 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz
2640 MHz a 2660 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*
2660 MHz a 2680 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz*	En uso 15 MHz	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz	En uso 10 MHz
2680 MHz a 2690 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso

* Portadoras con nivel de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido.

De la tabla anterior, se tiene que en la mayoría de los casos donde existe un uso en algún segmento de frecuencias corresponde a portadoras con un ancho de banda de 20 MHz. Sin embargo, para la estación de Liberia se observa una (1) portadora de 2 x 15 MHz (2662.5 MHz a 2677.5 MHz) de ancho de banda y en Limón se observa una (1) portadora de 2 x 10 MHz de ancho de banda (2665 MHz a 2675 MHz).

En relación con el segmento destinado para servicios IMT en TDD (rango comprendido entre 2570 MHz a 2620 MHz), no se registra utilización por parte del Instituto Costarricense de Electricidad en ninguna de las zonas cubiertas por las estaciones del SNGME.

En resumen, de los 140 MHz destinados para servicios IMT FDD en esta banda, el ICE actualmente muestra una mayor utilización de dos (2) portadoras de 2 x 20 MHz en los segmentos de 2620 MHz a 2640 MHz y 2640 MHz a 2660 MHz, dado que se detectó uso en siete (7) y seis (6) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME, respectivamente, a pesar de que, para ambas portadoras, en dos (2) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido.

El segmento de 2660 MHz a 2680 MHz muestra un uso no eficiente, debido a una baja reutilización de la portadora completa, por cuanto se detectó el uso de los 20 MHz en cuatro (4) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME aunque en uno (1) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido. Adicionalmente, para este segmento, en otros dos (2) sitios se detectó el uso de portadoras con ancho de banda inferior (2 x 10 MHz y 2 x 15 MHz para Limón y Liberia, respectivamente).

*Al respecto, es posible señalar según los resultados mostrados en las gráficas anteriores, que **el porcentaje de no uso de la banda FDD y TDD corresponde a un 37% (FDD: 2560 MHz a 2570 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz; TDD: 2570 MHz a 2620 MHz)**. Así las cosas, se recomienda al Consejo reiterar al Poder Ejecutivo que, de conformidad con el artículo 22 de la Ley N°8642, realice las gestiones consistentes con el principio de optimización del recurso escaso y proceda como en derecho corresponda sobre este segmento.*

Es preciso señalar que la banda de 2600 MHz es considerada esencial dentro de la categoría de bandas medias (superiores a 1 GHz hasta 6 GHz), dado que brinda un balance adecuado entre cobertura y aumento de capacidad para las redes móviles. En este sentido, debe señalarse que, según el documento “Networks, Technologies & Spectrum Snapshot” de la GSA, esta banda (disposiciones n7 y n38 según la 3GPP), corresponde a la cuarta banda con mayor cantidad de operadores a nivel mundial que se encuentran realizando pruebas o ya han desplegado redes IMT-2020, por lo que se considera la toma de las medidas respectivas para la recuperación del recurso no

utilizado, así como el empleo de forma ineficiente con el fin de poner a disposición del mercado más espectro que promueva el despliegue de sistemas IMT de última generación, reiterando las recomendaciones vertidas mediante los acuerdos 033-040-2019 del 27 de junio de 2019 (informe 05348-SUTEL-DGC-2019), 014-045-2020 del 19 de junio de 2020 (informe 05071-SUTEL-DGC-2020), 023-002-2021 del 14 de enero de 2021 (informe 00138-SUTEL-DGC-2021) y 011-021-2021 del 18 de marzo de 2021 (informe 02156-SUTEL-DGC-2021) para que se tomen las acciones necesarias para la recuperación del recurso no utilizado (70 MHz totales, equivalentes a 50 MHz TDD y 20 MHz FDD) y el recurso utilizado de forma no eficiente, según las disposiciones del artículo 22 de la LGT.

(...)

13.9. Sobre la banda de frecuencia 2600 MHz

13.9.1. De los 140 MHz destinados para servicios IMT en FDD en esta banda, el ICE actualmente muestra una mayor utilización de dos (2) portadoras de 2 x 20 MHz en los segmentos de 2620 MHz a 2640 MHz y 2640 MHz a 2660 MHz, dado que se detectó uso en siete (7) y seis (6) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME, respectivamente, a pesar de que, para ambas portadoras, en dos (2) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido. El segmento de 2660 MHz a 2680 MHz muestra un uso no eficiente, debido a una baja reutilización de la portadora completa, por cuanto se detectó el uso de los 20 MHz en cuatro (4) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME aunque en uno (1) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido. Adicionalmente, para este segmento, en otros dos (2) sitios se detectó el uso de portadoras con ancho de banda inferior (2 x 10 MHz y 2 x 15 MHz para Limón y Liberia, respectivamente).

13.9.2. El porcentaje de no uso de la banda de 2600 MHz considerando ambas canalizaciones FDD y TDD corresponde a un 37% (FDD: 2560 MHz a 2570 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz; TDD: 2570 MHz a 2620 MHz).

13.9.3. *De conformidad con el artículo 22 de la Ley N°8642 y con el principio de optimización del recurso escaso, se requiere la toma de acciones por parte del Poder Ejecutivo para recuperar el espectro asignado no utilizado y el subutilizado, con el fin de poner a disposición del mercado dicho recurso para el desarrollo de sistemas IMT, en concordancia con las tendencias mundiales.*

13.9.4. *La situación sobre la no utilización y uso no eficiente (subutilización) de esta banda se ha mantenido en el tiempo, lo cual ha sido documentado por esta Superintendencia y remitido al MICITT desde el año 2012 a través del acuerdo 015-075-2012 del 5 de diciembre de 2012 (informe 4629-SUTEL-DGC-2012)."*

Del contenido del dictamen técnico con relación a las mediciones efectuadas, el Órgano Regulador advirtió que los indicios de no utilización, y de no reutilización del espectro asignado, se mantienen vigentes.

Dado lo anterior, en el punto trigésimo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que no están de acuerdo en que la SUTEL solo haya medido en 8 sitios, además de que "(...) la SUTEL "concluyó" un uso ineficiente en la tercera portadora, cuando el comportamiento de ésta es similar a la de la segunda portadora, con el agravante de que, con base en el Informe de Sitios del Primer Semestre del 2021, que el ICE le envió a la SUTEL el 30 de agosto del 2021, y que se adjunta como prueba en Anexo 13 , se evidencia que el ICE tenía en operación 312 sitios en la tercera portadora, 271 sitios en la segunda portadora y 886 sitios en la primera portadora, es decir, existía más cantidad de sitios operando en la tercera portadora que en la segunda, no obstante, la SUTEL determinó un uso ineficiente en la tercera portadora."

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que "(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)" la SUTEL debe de realizar la "(...) verificación real (...)" ; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre "(...) la ocupación y utilización del espectro."; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y

utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, se mantiene el uso parcial del espectro radioeléctrico con 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total).

S. Dictamen Técnico N° 09509-SUTEL-DGC-2021:

Mediante el oficio N° 09509-SUTEL-DGC-2021 titulado *“Propuesta de dictamen técnico sobre la recuperación del espectro ocioso o utilizado de manera ineficiente otorgado al GRUPO ICE”*, emitido en fecha 08 de octubre de 2021, y que consta de folio 2597 a 2627 vuelto del expediente administrativo; la Superintendencia de Telecomunicaciones, señaló lo siguiente con respecto a la banda de 2600 MHz:

“(…)

Para el caso de la banda de 2600 MHz, como se indicó en el acuerdo 024-054-2021 (informe 06531-SUTEL-DGC-2021) el porcentaje de no uso de la banda FDD y TDD corresponde a un 37% (FDD: 2560 MHz a 2570 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz; TDD: 2570 MHz a 2620 MHz), por lo que se recomendó “reiterar al Poder Ejecutivo que, de conformidad con el artículo 22 de la Ley N°8642, realice las gestiones consistentes con el principio de optimización del recurso escaso y proceda como en derecho corresponda sobre este segmento.”

(...)

b) Sobre la banda de 2600 MHz: *Es posible notar que las recomendaciones de esta Superintendencia sobre estas bandas de frecuencias desde el año 2012 han mantenido consistencia en cuanto a la necesidad de recuperar el espectro no utilizado o utilizado de manera no eficiente, así como la necesidad de liberar el recurso en esta banda para su disposición al mercado a través del procedimiento establecido en el artículo 12 de la Ley N°8642, consistente con el principio descrito en la Ley General de Telecomunicaciones relativo a la optimización de los recursos escasos, así como la asignación y uso eficiente de este, dado que el espectro en desuso podría ser utilizado por otra u otras empresas para brindar servicios al público general, lo que se traduce en beneficios a la población y la respectiva recaudación en los procesos concursales.*

(...)

(...) únicamente la banda de 2600 MHz es parcialmente utilizada por el ICE de manera consistente con la atribución y el uso dispuestos en el PNAF vigente. Sin embargo, debe notarse lo señalado por esta Superintendencia mediante acuerdo 024-054-2021 (informe 06531-SUTEL-DGC-2021):

‘En resumen, de los 140 MHz destinados para servicios IMT FDD en esta banda, el ICE actualmente muestra una mayor utilización de dos (2) portadoras de 2 x 20 MHz en los segmentos de 2620 MHz a 2640 MHz y 2640 MHz a 2660 MHz, dado que se detectó uso

en siete (7) y seis (6) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME, respectivamente, a pesar de que, para ambas portadoras, en dos (2) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido.

El segmento de 2660 MHz a 2680 MHz muestra un uso no eficiente, debido a una baja reutilización de la portadora completa, por cuanto se detectó el uso de los 20 MHz en cuatro (4) de los ocho (8) puntos de medición del SNGME aunque en uno (1) de estos puntos se obtuvieron niveles de intensidad de campo cercanos al piso de ruido. Adicionalmente, para este segmento, en otros dos (2) sitios se detectó el uso de portadoras con ancho de banda inferior (2 x 10 MHz y 2 x 15 MHz para Limón y Liberia, respectivamente).

Al respecto, es posible señalar según los resultados mostrados en las gráficas anteriores, que el porcentaje de no uso de la banda FDD y TDD corresponde a un 37% (FDD: 2560 MHz a 2570 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz; TDD: 2570 MHz a 2620 MHz). Así las cosas, se recomienda al Consejo reiterar al Poder Ejecutivo que, de conformidad con el artículo 22 de la Ley N°8642, realice las gestiones consistentes con el principio de optimización del recurso escaso y proceda como en derecho corresponda sobre este segmento.

Es preciso señalar que la banda de 2600 MHz es considerada esencial dentro de la categoría de bandas medias (superiores a 1 GHz hasta 6 GHz), dado que brinda un balance adecuado entre cobertura y aumento de capacidad para las redes móviles. En este sentido, debe señalarse que, según el documento “Networks, Technologies & Spectrum Snapshot” de la GSA, esta banda (disposiciones n7 y n38 según la 3GPP), corresponde a la cuarta banda con mayor cantidad de operadores a nivel mundial que se encuentran realizando pruebas o ya han desplegado redes IMT-2020, por lo que se considera la toma de las medidas respectivas para la recuperación del recurso no utilizado, así como el empleo de forma ineficiente con el fin de poner a disposición del mercado más espectro que promueva el despliegue de sistemas IMT de última generación, reiterando las recomendaciones vertidas mediante los acuerdos 033-040-2019 del 27 de junio de 2019 (informe 05348-SUTEL-DGC-2019), 014-045-2020 del 19

de junio de 2020 (informe 05071-SUTEL-DGC-2020), 023-002-2021 del 14 de enero de 2021 (informe 00138-SUTEL-DGC-2021) y 011-021-2021 del 18 de marzo de 2021 (informe 02156-SUTEL-DGC-2021) **para que se tomen las acciones necesarias para la recuperación del recurso no utilizado (70 MHz totales, equivalentes a 50 MHz TDD y 20 MHz FDD) y el recurso utilizado de forma no eficiente, según las disposiciones del artículo 22 de la LGT.**.' (Énfasis agregado).

Por lo tanto, siendo que el Poder Ejecutivo determinó en el PNAF los elementos que deben de cumplirse para considerar el mejor aprovechamiento del recurso escaso y esto no se cumple o se cumple parcialmente (debido al uso ineficiente) según lo reportado por la SUTEL, respecto a las frecuencias asignadas al Grupo ICE, se reitera la necesidad de emprender por parte del Poder Ejecutivo las acciones correspondientes, según las disposiciones del artículo 22 de Ley N°8642 para la recuperación del espectro y su disposición al mercado de manera concordante con la normativa vigente.

(...)

3.5. Cuando sea posible la reutilización de frecuencias o segmentos de frecuencias en una misma región, sea por el mismo concesionario, o por varios, tomando en cuenta el uso de niveles de potencia que permitan la factibilidad técnica del sistema pero que no generen interferencia perjudicial a otros servicios o limiten su reutilización.

Específicamente para la banda de frecuencias de 2600 MHz, en el acuerdo 024-054-2021 (informe 06531-SUTEL-DGC-2021) se indicó lo siguiente:

(...)

a) Respecto al segmento de "Uplink" (2500 MHz a 2570 MHz), se muestra lo siguiente:

Tabla 3. Detalle sobre el uso del segmento de 2500 MHz a 2570 MHz

Segmento de frecuencias	Detalle sobre el uso del recurso							
	Heredia	Cartago	Pérez Zeledón	Liberia	Puntarenas	Upala	Corredores	Limón
2500 MHz a 2520 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz
2520 MHz a 2540 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz*	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso
2540 MHz a 2560 MHz	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 10 MHz
2560 MHz a 2570 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso

* Portadoras con nivel de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido.

De La tabla anterior, Se tiene que en algunos segmentos no existe consistencia en la utilización según lo mostrado en la parte alta de la banda (“Downlink”). En cualquier caso, se mantiene la utilización de una (1) portadora de 2 x 10 MHz de ancho de banda (2545 MHz a 2555 MHz) en Limón.

En todo caso, como se indicó en la tabla anterior, existen algunas portadoras con niveles de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido, por lo que, resulta conveniente estimar el porcentaje de uso de esta banda analizando el segmento de “Downlink”, considerando que la canalización es FDD.

b) Particularmente, la referente al segmento de “Downlink”, (2620 MHz a 2690 MHz), se refleja lo siguiente:

Tabla 4. Detalle sobre el uso del segmento de 2620 MHz a 2690 MHz

Segmento de frecuencias	Detalle sobre el uso del recurso							
	Heredia	Cartago	Pérez Zeledón	Liberia	Puntarenas	Upala	Corredores	Limón
2620 MHz a 2640 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz
2640 MHz a 2660 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz*	En uso 20 MHz*
2660 MHz a 2680 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz	En uso 20 MHz*	En uso 15 MHz	Sin uso	Sin uso	En uso 20 MHz	En uso 10 MHz
2680 MHz a 2690 MHz	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso	Sin uso

* Portadoras con nivel de intensidad de campo eléctrico cercanas al piso de ruido.

De la tabla anterior, se tiene que en la mayoría de los casos donde existe un uso en algún segmento de frecuencias corresponde a portadoras con un ancho de banda de 20 MHz. Sin embargo, para la estación de Liberia se observa una (1) portadora de 2 x 15

MHz (2662.5 MHz a 2677.5 MHz) de ancho de banda y en Limón se observa una (1) portadora de 2 x 10 MHz de ancho de banda (2665 MHz a 2675 MHz).

c) En relación con el segmento destinado para servicios IMT en TDD (rango comprendido entre 2570 MHz a 2620 MHz), no se registra utilización por parte del Instituto Costarricense de Electricidad en ninguna de las zonas cubiertas por las estaciones del SNGME.'

(...)

Según lo anterior, tanto para la banda de 2600 MHz como la de 3500 MHz, esta Superintendencia ha señalado desde el año 2012 y de manera reiterada en [sic] no uso y la no reutilización adecuada del recurso por parte del Grupo ICE, lo que roza con el lineamiento establecido por el Poder Ejecutivo en el inciso c) del artículo 11 del PNAF vigente.

(...)''

Así las cosas, de los resultados de las mediciones y conclusiones de la SUTEL, se puede observar que los segmentos de frecuencias concesionados mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP del 25 de setiembre de 1998, aparentemente se encuentran parcialmente utilizados, sin embargo, del muestreo realizado se evidencia una escasa cobertura y subutilización de recurso, al contar con cobertura en pocos lugares del país, lo que permitiría la reutilización de espectro en los otros lugares. Es decir, según lo indicado por la SUTEL, se evidencia la carencia de reutilización en los segmentos señalados por la SUTEL en la banda de 2600 MHz, por lo que esta práctica estaría en contra del uso eficiente del espectro radioeléctrico, según el artículo 11, inciso e) del PNAF.

Dado lo anterior, en el punto trigésimo tercero del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del

ICE rechazan dicho informe debido a que reitera las objeciones explicadas en informes de la SUTEL que adolecen de los mismos vicios en su base (metodología) y razonamiento que los señalados y explicados ampliamente en los puntos: Cuarto, Octavo, Undécimo, Décimo Tercero, Décimo Quinto, Décimo Sexto, Décimo Noveno, Vigésimo, Vigésimo Segundo, Vigésimo Cuarto, Vigésimo Quinto y Trigésimo del apartado II del citado oficio.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) *para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)*” la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real (...)*”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) *la ocupación y utilización del espectro.*”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total); de

lo anterior, se puede observar que se mantiene un patrón similar de uso parcial del espectro radioeléctrico con esta configuración de 3 portadoras de 2x20 MHz, hasta el momento de la apertura del presente procedimiento administrativo.

Aunado a lo anterior, en este punto cronológico, se observa de las mediciones de la SUTEL y lo que reporta el ICE, que el ICE nuevamente utiliza más espectro o portadoras para brindar su servicio, sin embargo, el ICE indica en los puntos décimo quinto y vigésimo noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, que no realiza la reutilización de frecuencias, sino que implementa la técnica de *“agregación de portadoras”*. Al respecto, desde el punto de vista técnico, la implementación de la técnica de *“agregación de portadoras”* corresponde a un tipo de diseño de red que optó por emplear el ICE, según sus intereses y el espectro que tiene disponible, al ser eficiente desde la perspectiva económica, ahorrando costos al disminuir la cantidad de torres, sin embargo, es importante aclarar que desde el punto de vista técnico, está en contra del artículo 11 inciso e) del PNAF, el principio de optimización de los recursos escasos (inciso i del artículo 3 de la LGT) y el objetivo regulado en el artículo 2 inciso g) de la LGT, debido a que el ICE no tiene un impedimento técnico para implementar la reutilización de frecuencias en su red, y el ahorro de costos no se debería de considerar como un impedimento económico en un mercado en competencia, donde las empresas deben de tener un presupuesto para la implementación de nuevas tecnologías, tomando en cuenta que cada evolución de los sistemas IMT requiere de redes cada vez con más cantidad de torres, debido al uso de frecuencias cada vez más altas, para brindar tasas de datos mayores (más velocidad de internet) para más terminales a la vez (o como se denomina *“internet de las cosas”*); es decir, una empresa en competencia también está obligada a minimizar costos y maximizar ganancias, pero debe de hacerlo sin estar en contra de la normativa vigente, en este caso el artículo 11 inciso e) del PNAF y los objetivos y principios de la LGT. En este punto y como se desarrollará más adelante, aunque el ICE es una institución autónoma dentro del organigrama de la Administración pública, también se constituye como una empresa pública la cual goza de los derechos y obligaciones como un operador más en competencia dentro del sector de

telecomunicaciones por lo que no se encuentra exenta o por encima de lo que la ley regula en esta materia.

Ahora bien, conforme el artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, el titular de la concesión está obligado a: *“Prestar los servicios autorizados, de manera continua, de acuerdo a los términos, **condiciones** y plazos establecidos en la ley, este Reglamento, **el respectivo título habilitante** y las resoluciones que al efecto dicte la SUTEL (...).”* (Énfasis agregado).

T. Dictamen Técnico N° 11491-SUTEL-DGC-2021:

La SUTEL emitió el dictamen técnico mediante el oficio N° 11491-SUTEL-DGC-2021 titulado *“Segundo informe 2021 sobre los resultados obtenidos mediante mediciones automáticas llevadas a cabo con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME) para las bandas de frecuencias de los sistemas de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT)”*, en fecha 10 de diciembre de 2021, el cual consta del folio de 2631 a 2645 del expediente administrativo.

Según indica la SUTEL, las mediciones fueron realizadas durante el año 2021, entre los días del 16 de julio al 20 de octubre de 2021, los martes y viernes, mediante rutinas automáticas de medición, en la franja horaria de 5 a.m. a 10 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante diez (10) minutos de cada hora, programada para todas las estaciones monitoras fijas ubicadas en las localidades de Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, Liberia, Puntarenas y compactas del SNGME ubicadas en Upala, Corredores de Puntarenas y Limón.

Para la obtención de los niveles de intensidad de campo eléctrico en los puntos de medición, la SUTEL indica que se cumplió a cabalidad con el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012 *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”*, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, *“Procedimiento para mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”*, con lo que se asegura el cumplimiento de los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las condiciones de medición de intensidad de campo eléctrico, específicamente las recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*. Para la realización de estas mediciones se utilizaron estaciones fijas y compactas del SNGME, para las cuales, según indica la SUTEL, su calibración se encuentra al día.

Al respecto, la SUTEL señaló lo siguiente:

“(...) se resume lo siguiente:

- *2500 MHz a 2520 MHz / 2620 MHz a 2640 MHz; mantiene un uso total del segmento (portadora de 20 MHz).*
- *2520 MHz a 2540 MHz / 2640 MHz a 2660 MHz; mantiene un uso total del segmento (portadora de 20 MHz).*
- *2540 MHz a 2560 MHz / 2660 MHz a 2680 MHz; mantiene una subutilización del segmento.*
- *2560 MHz a 2570 MHz / 2680 MHz a 2690 MHz; se mantiene la no utilización de la totalidad del segmento.*
- *2570 MHz a 2620 MHz; se mantiene la no utilización de la totalidad del segmento.*

(...)

Tabla 8. Análisis de uso del segmento de 2500 MHz a 2690 MHz por parte del Grupo ICE

Cantidad de espectro total asignado	Cantidad de espectro en uso con reutilización	Cantidad de espectro sin uso	Cantidad de espectro en uso con reutilización parcial
190 MHz (100%)	80 MHz (42%)	70 MHz (37%)	40 MHz (21%)

Importa señalar que, al menos desde la emisión de informes de mediciones específicos para las bandas de frecuencias destinadas para la operación de sistemas IMT del 2017 a la fecha, se ha mantenido la situación de no uso del segmento de 50 MHz TDD, así como al menos 20 MHz del espectro en modalidad FDD. A esta situación de no uso, debe sumarse también que en el tiempo se ha mantenido la situación de baja reutilización de las portadoras en el territorio nacional y la operación de portadoras menores a 20 MHz en algunas zonas.

Así las cosas, debe reiterarse lo ya indicado por la SUTEL en los acuerdos del Consejo número 008-029-2021 (informe 02823-SUTEL-DGC-2021) 031-041-2021 (informe 04225-SUTEL-OTC- 2021) y 010-073-2021 (informe 09509-SUTEL-DGC-2021) para la banda de 2,6 GHz, con énfasis en estos últimos, en los cuales se indicó que debe ponerse a disposición al mercado en el corto plazo el espectro recuperado en esta banda para prevenir que se presenten distorsiones a la competencia en el mercado de telecomunicaciones móviles por la situación de asimetría en la tenencia del espectro, además que el no uso y subutilización del espectro en esta banda por parte del Grupo ICE roza con lo dispuesto en el artículo 11 del PNAF vigente, así como los objetivos plasmados en el artículo 2 de la Ley N°8642, al mismo tiempo que se señalan los mecanismos dispuestos en dicha Ley para la recuperación de dicho espectro y su eventual disposición al mercado.

(...). (Énfasis agregado).

Dado lo anterior, en el punto trigésimo cuarto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que reitera las objeciones explicadas en informes de la SUTEL que adolecen de los mismos vicios en su base (metodología) y razonamiento que los señalados y explicados ampliamente en el alegato cuarto.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)” la SUTEL debe de realizar la “(...) verificación real (...)”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) la ocupación y utilización del espectro.”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento

administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, se mantiene el uso parcial del espectro radioeléctrico con 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total).

U. Dictamen Técnico N° 03535-SUTEL-DGC-2022:

La SUTEL emitió el dictamen técnico mediante el oficio N° 03535-SUTEL-DGC-2022 titulado *“Propuesta de respuesta al oficio ODP-ICE-OF-001-2022, procedimiento administrativo contra ICE relacionado con el segmento de frecuencias 2500 MHz a 2690 MHz”*, en fecha 20 de abril de 2022, el cual consta de folio 3831 a 3858 del expediente administrativo.

Para la obtención de los niveles de intensidad de campo eléctrico en los puntos de medición, la SUTEL indica que se cumplió a cabalidad con el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012 *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”*, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, *“Procedimiento para mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”*, con lo que se asegura el cumplimiento de los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las condiciones de

medición de intensidad de campo eléctrico, específicamente las recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y N° UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*.

Según indica la SUTEL, se hicieron dos tipos de mediciones paralelamente, las primeras mediciones fueron realizadas entre los días del 10 de enero al 28 de marzo de 2022, los lunes, miércoles y viernes, mediante rutinas automáticas de medición, en la franja horaria de 5 a.m. a 11 p.m., para la captura de datos de intensidad de campo eléctrico durante quince (15) minutos de cada hora, programada para las estaciones compactas del SNGME ubicadas en Upala, Corredores de Puntarenas y Limón; y se brindan los siguientes resultados:

“(…)

En primera instancia, debe notarse que, específicamente en el segmento de 2660 MHz a 2680 MHz, como también se verá más adelante en algunos sitios de la provincia de Limón medidos con las estaciones móviles, se emplea una portadora inferior a 20 MHz, en este caso de 10 MHz.

Esto no corresponde a un uso eficiente del recurso, siendo que al utilizar una portadora con un ancho de banda de 20 MHz se puede ofrecer mejor rendimiento y capacidad para atender los requerimientos de los usuarios finales. A la vez, esto podría indicar que, en algunas zonas, la capacidad de la red del operador es suficiente con las dos portadoras ubicadas en los segmentos de 2620 MHz a 2640 MHz y 2640 MHz a 2660 MHz, sin la necesidad de subutilizar el segmento de 2660 MHz a 2680 MHz indicado.

*Asimismo, que se mantiene el estado de uso de la banda como ha sido indicado por SUTEL en los informes mencionados anteriormente, respecto a que, **de los 190 MHz destinados para servicios IMT, lo cual se mantiene desde el 2017, se registra el no***

uso de al menos un 37% de la banda, que corresponde a 70 MHz (incluyendo los 50 MHz de la brecha central con canalización TDD).

(...)”.

Las segundas mediciones fueron realizadas mediante estaciones móviles en 120 sitios que se detallan en el apéndice de dicho informe, del 10 de enero al 18 de marzo de 2022 y se brindan los siguientes resultados:

“(…)”

2.3.8. Análisis de resultados a nivel nacional

A partir de la información por provincia mostrada en las secciones anteriores se desprende lo siguiente:

Tabla 10. Análisis de uso del segmento de 2500 MHz a 2690 MHz por provincias

Provincia	Cantidad de espectro que no registra uso (MHz)	Porcentaje de espectro sin uso respecto a los 190 MHz concesionados	Promedio de espectro que registra presencia en la mitad o menos de los sitios medidos por provincia (MHz)	Porcentaje de espectro que registra presencia en la mitad o menos de los sitios medidos por provincia respecto a los 190 MHz concesionados
San José	70	37%	40	21%
Alajuela				
Cartago				
Heredia				
Guiracaste				
Puntarenas				
Limón				

Del análisis anterior, debe resaltarse que para todas las provincias una portadora de 2x20 MHz (ya sea en el segmento de “Downlink” correspondiente a 2640 MHz a 2660 MHz o 2660 MHz a 2680 MHz como se muestra en las gráficas anteriores) solo muestra presencia de señal por encima del piso de ruido en la mitad o menos de los sitios medidos para una misma provincia. Esta irregularidad, además de rozar con el uso eficiente del espectro y los principios y objetivos plasmados en la Ley N°8642 y el PNAF vigente, muestra que el concesionario no requiere la operación de los 120 MHz (tres portadoras

de 2x20 MHz) para satisfacer la demanda de la red de telecomunicaciones, sino que podría suplir sus requerimientos con una mejor planificación y reutilización del recurso con las dos portadoras que muestran mayor utilización en el territorio nacional.

En este sentido, al agrupar el espectro que no registra utilización con el que registra presencia en la mitad o menos de los sitios medidos por provincia, se tiene un total de 110 MHz de los citados 190 MHz, que equivale al 58% del recurso otorgado al ICE en esta banda de frecuencias. Como ya ha sido indicado por la SUTEL, el total de 110 MHz de espectro sin uso o con presencia en la mitad o menos de los sitios medidos por provincia, no corresponde a un uso eficiente del espectro, lo que roza con los principios y objetivos plasmados en la Ley N°8642 y el PNAF vigente, como también se detalló a través del acuerdo 010-073-2021 del 28 de octubre de 2021 (informe 09509-SUTEL-DGC-2021) para la banda de 2,6 GHz.

(...)”.

Dado lo anterior, en el punto cuadragésimo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que reitera las objeciones explicadas en informes de la SUTEL que adolecen de los mismos vicios en su base (metodología) y razonamiento que los señalados y explicados ampliamente en el punto cuarto del apartado II del citado oficio.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)” la SUTEL debe de realizar la “(...) verificación real (...)”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) la ocupación y utilización del espectro.”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, se mantiene el uso parcial del espectro radioeléctrico con 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total).

V. Dictamen Técnico N° 08359-SUTEL-DGC-2022:

La SUTEL emitió un dictamen técnico mediante el oficio N° 08359-SUTEL-DGC-2022 titulado *“Propuesta de respuesta al oficio ODPa-ICE-OF-004-2022 relativo al procedimiento administrativo ordinario que se sigue contra el Instituto Costarricense de Electricidad”*, en fecha 16 de septiembre de 2022, el cual consta de folio 3876 a 3884 del expediente administrativo.

Según indica la SUTEL, utilizando una fórmula de la recomendación SM.1046 de la UIT, este Órgano técnico realizó un cálculo de la eficiencia del uso del espectro (EUE) por parte del ICE, en el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, basándose en los resultados de las mediciones de las estaciones fijas y compactas del SNGME que se muestran en el informe N° 11491-SUTEL-DGC-2021 del 10 de diciembre de 2021. Los resultados de

la aplicación de dicha fórmula, van en un rango de 0 a 1, donde 1 se interpreta como “uso eficaz”, 0 como “no uso del espectro”, y los valores intermedios entre 0 y 1 corresponden a un “uso no eficaz (o no eficiente)”, según indica la SUTEL.

Por consiguiente, la SUTEL indica en dicho informe, que “(...) los segmentos 2570 MHz a 2620 MHz y 2680 MHz a 2690 MHz mantienen un EUE = 0, lo que implica la no utilización del recurso; a su vez, los segmentos 2620 MHz a 2640 MHz, 2640 MHz a 2660 MHz, 2660 MHz a 2680 MHz registran en promedio valores de EUE inferiores a 1, que de forma concordante con los citados informes, implican un uso ineficiente (ineficaz) del espectro.”. Además, en este informe se indica que “(...) la SUTEL ha considerado el uso del espectro conforme al artículo 11 del PNAF, siendo que el uso eficiente implica la reutilización de frecuencias según el inciso e), y por ende los criterios técnicos vertidos consideran la reutilización como un elemento básico para dicho cumplimiento.”.

Por otra parte, en dicho informe, la SUTEL realizó un análisis comparativo internacional en cuanto a la asignación de espectro a concesionarios en la banda de 2600 MHz en un total de 46 países de Europa y América, y recomendó “Señalar al Órgano Director que con base en el análisis extensivo de países de Europa y América, el promedio de asignación de espectro en la banda de 2600 MHz por operador se aproxima a los 50 MHz, ...”.

Dado lo anterior, en el punto cuadragésimo cuarto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que, la SUTEL se basa en los datos obtenidos de las mediciones que se muestran en el dictamen técnico N° 11491-SUTEL-DGC-2021, por lo que reitera las objeciones explicadas en los informes de la SUTEL que adolecen de los mismos vicios en su base (metodología) y razonamiento que los señalados y explicados en los puntos cuarto y trigésimo cuarto del apartado II del oficio citado. Además de que el ICE discrepa con la aplicación de la recomendación UIT-R SM.104 por parte de la SUTEL, para el cálculo de la eficiencia del uso de espectro (EUE).

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) *para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)*” la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real (...)*”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) *la ocupación y utilización del espectro.*”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total); de lo anterior, se puede observar que se mantiene un patrón similar de uso parcial del espectro radioeléctrico con esta configuración de 3 portadoras de 2x20 MHz, hasta el momento de la apertura del presente procedimiento administrativo.

Aunado a lo anterior, en este punto cronológico, se observa de las mediciones de la SUTEL y lo que reporta el ICE, que el ICE nuevamente utiliza más espectro o portadoras para brindar su servicio, sin embargo, el ICE indica en sus puntos décimo quinto y

vigésimo noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, que no realiza la reutilización de frecuencias, sino que implementa la técnica de *“agregación de portadoras”*. Al respecto, desde el punto de vista técnico, la implementación de la técnica de *“agregación de portadoras”* corresponde a un tipo de diseño de red que optó por emplear el ICE, según sus intereses y el espectro que tiene disponible, al ser eficiente desde la perspectiva económica, ahorrando costos al disminuir la cantidad de torres, sin embargo, es importante aclarar que desde el punto de vista técnico, está en contra del artículo 11 inciso e) del PNAF, el principio de optimización de los recursos escasos (inciso i del artículo 3 de la LGT) y el objetivo regulado en el artículo 2 inciso g) de la LGT, debido a que el ICE no tiene un impedimento técnico para implementar la reutilización de frecuencias en su red, y el ahorro de costos no se debería de considerar como un impedimento económico en un mercado en competencia, donde las empresas deben de tener un presupuesto para la implementación de nuevas tecnologías, tomando en cuenta que cada evolución de los sistemas IMT requiere de redes cada vez con más cantidad de torres, debido al uso de frecuencias cada vez más altas, para brindar tasas de datos mayores (más velocidad de internet) para más terminales a la vez (o como se denomina *“internet de las cosas”*); es decir, una empresa en competencia también está obligada a minimizar costos y maximizar ganancias, pero debe de hacerlo sin estar en contra de la normativa vigente, en este caso el artículo 11 inciso e) del PNAF y los objetivos y principios de la LGT. En este punto y como se desarrollará más adelante, aunque el ICE es una institución autónoma dentro del organigrama de la Administración pública, también se constituye como una empresa pública la cual goza de los derechos y obligaciones como un operador más en competencia dentro del sector de telecomunicaciones por lo que no se encuentra exenta o por encima de lo que la ley regula en esta materia.

Ahora bien, conforme al artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, el titular de la concesión está obligado a: *“Prestar los servicios autorizados, de manera continua, de acuerdo a los términos, **condiciones** y plazos*

establecidos en la ley, este Reglamento, el respectivo título habilitante y las resoluciones que al efecto dicte la SUTEL (...)". (Énfasis agregado).

3. SOBRE EL ANÁLISIS DE LOS INFORMES TÉCNICOS Y JURÍDICOS DEL VICEMINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES.

A partir de los dictámenes técnicos emitidos por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en calidad de Órgano Regulador de las Telecomunicaciones y como Autoridad Sectorial de Competencia, los Departamentos de Administración del Espectro Radioeléctrico y de Normas y Procedimientos en Telecomunicaciones del Viceministerio de Telecomunicaciones del MICITT, en ejercicio de las funciones asignadas en el Decreto Ejecutivo N° 38166-MICITT, "*Reglamento de organización de las áreas que dependen de Viceministro (a) de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia, [Innovación] Tecnología y Telecomunicaciones*", procedieron a realizar los análisis técnicos y jurídicos correspondientes, sobre los resultados obtenidos y recomendaciones puestos en conocimiento al Poder Ejecutivo, respecto a los presuntos incumplimientos contractuales de las obligaciones derivadas de la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz por parte del ICE. Estos informes técnicos y jurídicos se integran de igual forma como parte de la fundamentación del presente acto administrativo y cuyo análisis se realiza a continuación.

A. Informe Técnico N° MICITT-GAER-IT-156-2013:

El Departamento de Administración del Espectro Radioeléctrico en el marco del ordenamiento del espectro radioeléctrico, y en vista de los principios rectores definidos en la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones (LGT), analizó la situación técnica de la banda de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, en cuanto a su ocupación y uso reportado, tomando en consideración el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012, por la Superintendencia de Telecomunicaciones y que consta de folio 818 a 833 del expediente administrativo.

Con respecto al análisis de la utilización reportada de la banda de 2500 MHz a 2690 MHz, en dicho informe se estableció que:

“(…)

En el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2549 MHz, tal como lo reporta el ICE, la SUTEL indica que dicho instituto tiene 12 radioenlaces desplegados en dicho segmento con una canalización que no se ajusta lo indicado por el órgano técnico en cuanto a la canalización de esa banda de frecuencias. (...).

Con respecto a la red WiMAX del ICE se observa un reporte de utilización de 60 MHz, que según lo asevera el órgano técnico, se encuentra utilizado en 7 radiobases en todo el país, lo que evidencia, a criterio de la SUTEL “una escasa cobertura y subutilización de recursos, al encontrarse únicamente reportada su utilizada en pocos lugares del país, lo que permitiría la reutilización del espectro en otras zonas.

Cabe señalar que, de acuerdo con el criterio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la interfaz aérea de la tecnología WiMAX móvil (conocida como IEEE 802.16e o WirelessMAN-Advanced) es considerada como una tecnología IMT, no así aquellas redes basadas en el estándar IEEE 802.16d., estándar mediante el cual el ICE ha basado la red que ha desplegado en esta banda de frecuencias. Por lo tanto, el estándar empleado por el ICE para su red WiMAX no es catalogado por la UIT como un sistema IMT.

Como se observa (...) apenas 109 MHz de ancho de banda del segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, lo que representa un 57%, aproximadamente, de ocupación, dejando un 43% de la banda análisis sin ocupación alguna, lo que añade un aspecto adicional al ineficiente uso del espectro por parte del ICE en esta banda de frecuencias, concesionada a ese instituto desde el año 1998.

En este orden de ideas, resalta la planificación mencionada por el ICE de desplegar una red LTE (sistemas IMT avanzados, según la definición de la UIT) en segmentos de la banda de 2600 MHz. Sobre este particular, (...) la banda de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, a pesar de estar atribuida al servicio móvil (con la excepción analizada) aún no es posible el despliegue de redes IMT en esa banda, dado que la misma se encuentra únicamente identificada para este fin y es actualmente utilizada por sistemas del servicio fijo, sin precisar en la nota CR 075 posibles fechas para su posible implementación.

(...)"

Según lo que se ha indicado en líneas anteriores, la SUTEL como Órgano Regulador advirtió el supuesto incumplimiento por parte del ICE, en lo que respecta a la concesión conferida del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, dado que aproximadamente un 43% de dicha banda se encuentra en desuso por parte del concesionario.

Con respecto a las mediciones del espectro radioeléctrico, el DAER indicó que se constata por ese Departamento un posible uso ineficiente del espectro radioeléctrico, siendo que aproximadamente un 43% de la banda concesionada se encuentra en desuso por parte del ICE, al considerar que: *"(...) según las mediciones reales de campo realizadas por la empresa consultora TES América para SUTEL, corresponde a un porcentaje aún mayor considerando los resultados de las mediciones de campo realizadas por la SUTEL en distintos puntos del país, ya que SUTEL indica una ocupación promedio [sic] de 1,41%, lo cual resulta un factor contundente que demuestra la baja utilización del espectro aún en el segmento empleado de la sección de 2500 MHz a 2690 MHz."*

Así las cosas, dicho Departamento llegó a la siguiente conclusión en el desarrollo de su análisis al dictamen técnico de la SUTEL N° 4629-SUTEL-DGC-2012:

"(...)

Es criterio de esta gerencia que, al contrastar lo dispuesto técnicamente por el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP, con lo reportado por el ICE para esta banda de frecuencias, y confirmado por la SUTEL en las mediciones realizadas, se observa que existe diferencia entre lo permitido originalmente a ese instituto y lo finalmente desplegado. A su vez, en vista de las atribuciones que establece el PNAF vigente, sistemas WiMAX, independientemente del tipo del estándar (fijo o móvil), no son permitidos en la banda de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz. Por lo tanto, no solamente se ha evidenciado un actual uso ineficiente del espectro por parte del ICE en esta banda, sino que se observa una transgresión reglamentaria a la normativa técnica vigente en cuanto al tema del despliegue de redes WiMAX mediante el estándar IEEE 802.16d en esta banda de frecuencias.

(...)”

Dado lo anterior, en el punto sexto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que se basa en el informe de la SUTEL N° 4629-SUTEL-DGC-2012, sin embargo, indican que “(...) se rescata del Informe del MICITT la confirmación que hace respecto al no uso por parte del ICE de la banda 2.6 GHz en IMT (Ver folio 826 del expediente administrativo), durante los periodos de medición del Informe N° 4629-Sutel-DGC-2012 de 9 de noviembre del 2012, lo cual demuestra el uso debido que realizaba el ICE de dicha banda.(...).”.

B. Informe Técnico N° MICITT-GAER-INF-183-2016:

A partir de la emisión del dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 5726-SUTEL-DGC-2016, por la Superintendencia de Telecomunicaciones, se actualiza el criterio técnico de dicha Superintendencia, oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012 titulado “*Situación actual de los títulos habilitantes, adecuaciones y ocupación efectiva del espectro concesionado al Grupo ICE*”; en consecuencia, el Departamento de Administración de

Espectro Radioeléctrico procedió a emitir el Informe Técnico N° MICITT-GAER-IT-183-2016 de fecha 16 de diciembre de 2016 y que consta de los folios 1119 a 1136 del expediente administrativo, donde realizó una verificación relativa al uso eficiente y óptimo del espectro radioeléctrico, actualizando a su vez, la información contenida en el Informe Técnico N° MICITT-GAER-INF-156-2013, titulado *“Criterio sobre ocupación y uso de la banda de 2500 MHz a 2690 MHz”* de fecha 04 de octubre de 2013, para el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz asignadas al ICE.

El referido informe técnico señaló que, en el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, no se han dado cambios o bien, actualizaciones mediante las cuales se generen modificaciones del criterio antes emitido sobre la situación registral, según lo indicado en el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012 por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Con respecto a la actualización de las mediciones que fueron realizadas por la SUTEL y mostradas en el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012, el informe técnico N° MICITT-GAER-IT-183-2016 indica las siguientes conclusiones, referente al segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz:

“(…)

De acuerdo con dichos resultados, se observó la presencia de cuatro portadoras en los segmentos de 2500 MHz a 2520 MHz; 2520 MHz a 2540 MHz; 2620 MHz a 2660 MHz [sic] y de 2640 MHz a 2660 MHz, empleadas en la red LTE, para la comunicación entre el móvil y la radiobase, o viceversa, es decir entre la radiobase y al terminal.

Sobre los restantes segmentos, el ICE informó de la ‘Posible operación de radioenlaces fijos y servicios de banda ancha bajo tecnología WiMAX’; no obstante, SUTEL en el proceso de medición no logró identificar portadoras con potencia uniforme que sean consistentes con un sistema WiMAX o transmisiones correspondientes a radioenlaces

fijos. Por ende, concluyó al respecto que “pareciera que no existen transmisiones constantes por parte del ICE acorde a los usos reportados anteriormente. (...)”

Así las cosas, el DAER manifestó que, al comparar los resultados obtenidos durante el proceso de medición llevado a cabo en el lapso de los meses de enero a septiembre del año 2015, con la información de ocupación contenida en el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012 y que a su vez fue mencionada a través del Informe Técnico N° MICITT-GAER-INF-156-2013 de fecha 04 de octubre de 2013 se puede observar que la situación en cuanto a ocupación de ese momento en particular, resulta ser muy similar a la que se tenía al momento de la emisión del Informe Técnico N° MICITT-GAER-INF-183-2016 de fecha 16 de diciembre de 2016.

Por lo que tanto el criterio de la SUTEL como el del DAER son claros al establecer que se está dando una presunta subutilización del recurso. Asimismo, se adiciona que, para el momento de la emisión del informe técnico bajo análisis, a partir de una simple revisión, se desprende que el PNAF modificó la atribución CR 075 que fue señalada en el momento de emitirse el informe técnico N° MICITT-GAER-IT-156-2013, ya que se encontraba identificada para servicios “*IMT*” y actualmente se encuentra atribuida al servicio móvil para el desarrollo de servicios del sistema “*IMT*”, los cuales deben operar de conformidad con la canalización C1 de la Recomendación N° UIT-R M.1036.

Conforme a lo expuesto, el DAER reiteró la recomendación realizada en el informe técnico N° MICITT-GAER-IT-156-2013 al Departamento de Normas y Procedimientos en Telecomunicaciones de este Viceministerio, para que, en vista de la posible subutilización y no utilización del espectro radioeléctrico, que fue reportada por la SUTEL para el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz que se encuentra concesionado al ICE; se proceda como corresponda jurídicamente y se tome como fundamento el oficio N° 5726-SUTEL-DGC-2016.

Dado lo anterior, en el punto noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del

ICE rechazan dicho informe debido a que no modifica las conclusiones a las que llegó en su informe anterior N° MICITT-GAER-IT-156-2013, las cuales se basaban en los resultados del Informe N° 4629-SUTEL-DGC-2012, por lo que, para el ICE, se reiteran las objeciones explicadas en los puntos cuarto y octavo del apartado II del citado oficio N° 263-10-2023, referentes a las mediciones de la SUTEL.

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) *para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)*” la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real (...)*”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) *la ocupación y utilización del espectro.*”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, 2 portadoras de 2x20 MHz (80 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2520 MHz a 2540 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 40 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz).

C. Informe Técnico N° MICITT-DAER-IT-112-2021:

Mediante el memorándum N° MICITT-DERRT-DAER-MEMO-120-2021 de fecha 08 de agosto de 2021, el Departamento de Administración del Espectro Radioeléctrico remitió el informe técnico N° MICITT-DERRT-DAER-INF-112-2021 denominado “Consideraciones técnicas respecto a las recomendaciones de la SUTEL en relación con la banda de 2500 MHz a 2690 MHz emitidas entre el 2017 y el 2021 (actualización del criterio MICITT-GAER-INF-183-2016)”, el cual consta del folio 1619 a 1664 del expediente administrativo, y actualiza el criterio previamente emitido mediante el informe técnico N° MICITT-GAER-INF-183-2016, considerando para ello los dictámenes técnicos citados hasta la fecha de emisión del referido Informe Técnico.

De la información analizada por el DAER, ese Departamento analizó la existencia de una variación en cuanto al uso que históricamente ha realizado el ICE desde el año 2017, el cual refleja un uso progresivo de distintas portadoras del espectro radioeléctrico otorgado en la banda de frecuencias de 2600 MHz, el cual se resume a continuación:

“(…)

Año de medición / reporte	Sentido de transmisión	Cantidad de portadoras empleadas, según mediciones de la SUTEL	Totalidad de espectro empleado, por sentido de transmisión	Reutilización realizada, según mediciones de la SUTEL
2017	Uplink	1 portadora de 20 MHz FDD (de 2500 MHz a 2520 MHz)	20 MHz	De 2500 MHz a 2520 MHz, en Cartago, Puntarenas, Heredia, Liberia y Pérez Zeledón.
	Downlink	2 portadoras de 20 MHz FDD (de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz)	40 MHz	De 2620 MHz a 2640 MHz, en Cartago, Puntarenas, Heredia, Pérez Zeledón De 2640 MHz a 2660 MHz en Liberia.

<i>Año de medición / reporte</i>	<i>Sentido de transmisión</i>	<i>Cantidad de portadoras empleadas, según mediciones de la SUTEL</i>	<i>Totalidad de espectro empleado, por sentido de transmisión</i>	<i>Reutilización realizada, según mediciones de la SUTEL</i>
2018	Uplink	2 portadoras de 20 MHz FDD (de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2520 MHz a 2540 MHz)	40 MHz	De 2500 MHz a 2520 MHz, en Cartago, Puntarenas y Liberia. De 2520 MHz a 2540 MHz, Heredia y Liberia
	Downlink	2 portadoras de 20 MHz FDD (de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz)	40 MHz	De 2620 MHz a 2640 MHz, en Cartago, Puntarenas y Pérez Zeledón. De 2640 MHz a 2660 MHz, en Liberia, Cartago, Puntarenas y Pérez Zeledón.
2019 (mayo)	Uplink	2 portadoras de 20 MHz FDD (de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2520 MHz a 2540 MHz) 1 portadora de 10 MHz FDD (de 2545 MHz a 2555 MHz)	50 MHz	De 2500 MHz a 2520 MHz, en Cartago, Puntarenas, Heredia, Pérez Zeledón y Liberia. De 2520 MHz a 2540 MHz, en Cartago y Heredia. De 2545 MHz a 2555 MHz, en Cartago.
	Downlink	2 portadoras de 20 MHz FDD (de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz) 1 portadora de 10 MHz FDD (de 2665 MHz a 2675 MHz)	50 MHz	De 2620 MHz a 2640 MHz, en Cartago, Heredia, Pérez Zeledón y Liberia De 2640 MHz a 2660 MHz, en Cartago, Heredia, Pérez Zeledón y Liberia. De 2665 MHz a 2675 MHz, en Liberia.

<i>Año de medición / reporte</i>	<i>Sentido de transmisión</i>	<i>Cantidad de portadoras empleadas, según mediciones de la SUTEL</i>	<i>Totalidad de espectro empleado, por sentido de transmisión</i>	<i>Reutilización realizada, según mediciones de la SUTEL</i>
2019 (junio)	Uplink	2 portadoras de 20 MHz FDD (de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2520 MHz a 2540 MHz) 1 portadora de 15 MHz FDD (de 2542 MHz a 2557 MHz)	55 MHz	De 2500 MHz a 2520 MHz, en Cartago, Puntarenas, Heredia, Pérez Zeledón y Liberia. De 2520 MHz a 2540 MHz, en Cartago y Heredia. De 2542 MHz a 2557 MHz, en Cartago.
	Downlink	2 portadoras de 20 MHz FDD (de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz) 1 portadora de 15 MHz FDD (de 2662 MHz a 2677 MHz)	55 MHz	De 2620 MHz a 2640 MHz, en Cartago, Heredia, Pérez Zeledón y Liberia De 2640 MHz a 2660 MHz, en Cartago, Heredia, Pérez Zeledón y Liberia. De 2662 MHz a 2677 MHz, en Liberia.
2019 (noviembre)	Uplink	2 portadoras de 20 MHz FDD (de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2520 MHz a 2540 MHz) Portadoras de 5 MHz, 10 MHz, 15 MHz y 20 MHz ⁶ FDD (de 2540 MHz a 2560 MHz)	60 MHz	De 2500 MHz a 2520 MHz, utilizada en un 73% de los sitios de medición de la SUTEL. De 2520 MHz a 2540 MHz, utilizada en un 29% de los sitios de medición de la SUTEL. De 2540 MHz a 2560 MHz, utilizadas en un 35% de los sitios de medición de la SUTEL.

⁶ La SUTEL en el dictamen técnico N° 10425-SUTEL-DGC-2019 indica que 20 MHz es el ancho de banda predominante en este segmento de frecuencias.

<i>Año de medición / reporte</i>	<i>Sentido de transmisión</i>	<i>Cantidad de portadoras empleadas, según mediciones de la SUTEL</i>	<i>Totalidad de espectro empleado, por sentido de transmisión</i>	<i>Reutilización realizada, según mediciones de la SUTEL</i>
	<i>Downlink</i>	2 portadoras de 20 MHz FDD (de 2620 MHz a 2640 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz) Portadoras de 5 MHz, 10 MHz, 15 MHz y 20 MHz ⁷ FDD (de 2660 MHz a 2680 MHz)	60 MHz	De 2620 MHz a 2640 MHz, utilizada en un 73% de los sitios de medición de la SUTEL. De 2640 MHz a 2660 MHz, utilizada en un 29% de los sitios de medición de la SUTEL. De 2660 MHz a 2680 MHz, utilizada en un 35% de los sitios de medición de la SUTEL.
2020	<i>Uplink</i>	3 portadoras de 20 MHz FDD (de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz) 1 portadora de 10 MHz FDD (de 2545 MHz a 2555 MHz)	60 MHz	De 2500 MHz a 2520 MHz, en Cartago, Heredia, Pérez Zeledón y Liberia De 2520 MHz a 2540 MHz, en Cartago, Heredia, Pérez Zeledón y Liberia De 2540 MHz a 2560 MHz, en Cartago y Heredia. De 2545 MHz a 2555 MHz, en Liberia.
	<i>Downlink</i>	3 portadoras de 20 MHz FDD (de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz) 1 portadora de 15 MHz FDD	60 MHz	De 2620 MHz a 2640 MHz en Cartago, Heredia, Pérez Zeledón y Liberia De 2640 MHz a 2660 MHz, en Cartago, Heredia, Pérez Zeledón y Liberia De 2660 MHz a 2680 MHz, en Cartago y Heredia.

⁷ La SUTEL en el dictamen técnico N° 10425-SUTEL-DGC-2019 indica que 20 MHz es el ancho de banda predominante en este segmento de frecuencias.

<i>Año de medición / reporte</i>	<i>Sentido de transmisión</i>	<i>Cantidad de portadoras empleadas, según mediciones de la SUTEL</i>	<i>Totalidad de espectro empleado, por sentido de transmisión</i>	<i>Reutilización realizada, según mediciones de la SUTEL</i>
		(de 2662,5 MHz a 2677,5 MHz)		De 2662,5 MHz a 2677,5 MHz, en Liberia.

(...)”

Así las cosas, indica el DAER que, de los dictámenes técnicos emitidos por la SUTEL, se observa un uso histórico de distintas portadoras por parte del ICE en la banda de 2600 MHz, lo cual involucra la no reutilización de portadoras, pero que pueden ser técnicamente factibles en su utilización en redes del tipo LTE 4G, para atender un mayor tráfico de usuarios en la cobertura de cada torre.

Ahora bien, respecto a la no reutilización de portadoras que históricamente ha realizado el ICE en esta banda de frecuencias, el DAER señaló lo siguiente:

“(...) para el año 2019, la SUTEL indica en el dictamen N° 10425-SUTEL-DGC-2019 que ‘aproximadamente en un 39% de los sitios solo se está utilizando 1 portadora, en un 40% de los sitios se utilizan simultáneamente 2 portadoras, en un 6% de los sitios se utilizan 3 portadoras con uso simultáneo y en un 15% de los sitios no se registran transmisiones. De lo anterior, se evidencia que las proporciones de uso de las portadoras demuestran que, a pesar de existir una mayor cantidad de utilización respecto al informe 05348-SUTEL-DGC-2019, se mantiene un uso ineficiente del espectro (...); ello a pesar de un escenario donde el ICE aparentemente realizó una utilización de portadoras de 20 MHz de ancho de banda, en simultáneo con portadoras con un ancho de banda menor.”

De esta manera, y según lo señalado por el DAER, bajo el escenario descrito por la SUTEL, parece evidenciarse que: **“pesar de que históricamente el ICE parece haber**

empleado cada vez más portadoras con diferentes anchos de banda en esta banda de frecuencias (hasta un total al día de hoy de 2x60 MHz en FDD, total de 120 MHz), lo realiza solo parcialmente para cada portadora en distintas regiones geográficas, sin emplear técnicas para reúso de portadoras, lo cual parece apuntar técnicamente hacia un uso no eficiente del espectro en FDD otorgado en la banda de 2600 MHz al ICE. Esto adicionado al presunto no uso de 2x10 MHz en FDD y 50 MHz en TDD reportado consistentemente por la SUTEL a lo largo del tiempo (total de 70 MHz)."

Continúa analizando el DAER la situación que se presenta con esta banda para el año 2020, e indica según el dictamen técnico N° 04204-SUTEL-DGC-2020 que: *"de los 140 MHz destinados para servicios IMT en FDD en esta banda, el ICE actualmente se encuentra explotando un máximo de 120 MHz, según los resultados mostrados en las gráficas anteriores. No obstante, utiliza mayoritariamente dos portadoras de 20 MHz y una tercera con menor nivel de intensidad, con poca utilización, con anchos de banda que varían por zona entre 15 MHz y 20 MHz, por lo que no se presenta reutilización del espectro asignado (...)"*.

De lo anterior, el DAER indicó que tomando en cuenta el uso histórico de portadoras de esa banda que reportó la SUTEL, la utilización de las distintas portadoras disponibles en esta banda efectivamente parece realizarse sin contemplar las posibilidades y técnicas de reutilización de espectro, de manera que con cierto ancho de banda de frecuencias podrían satisfacerse parte de los servicios de telecomunicaciones de la población.

Así las cosas, con base en el resumen de los resultados históricos obtenidos por la SUTEL y la evolución en la ocupación del espectro asignado al ICE hasta 08 de agosto de 2021, en la banda de frecuencias bajo estudio, el DAER determinó lo siguiente en su informe:

"(...) en cuanto a las mediciones y reportes brindados por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones respecto al uso de esta banda por parte del ICE, cabe señalar

*que **además del presunto no uso de 2x10 MHz en FDD, se observan indicios de no uso total del espectro en modalidad TDD en esta banda de frecuencias, donde cabe recordar que este espectro brinda 50 MHz de ancho de banda**, mismo que brinda amplias posibilidades técnicas de brindar mejores servicios a la población potenciando las redes actuales, o desplegando redes de nueva generación como lo son las IMT-2020, empleando los cada vez más comunes sistemas activos de antenas, tanto para LTE como para 5G.*

Por todo lo expuesto anteriormente, es posible indicar técnicamente por parte de este Departamento que, en virtud de los elementos técnicos que indica la SUTEL respecto a la posible existencia de usos ineficientes del espectro por parte del ICE en esta banda de frecuencias, poseen asidero técnico y que existen indicios de no uso parcial y de usos no eficientes en la banda de 2600 MHz por parte de ese operador, por lo que deben tomarse las acciones y realizarse los análisis jurídicos que correspondan de conformidad con el marco normativo vigente.”. (Énfasis agregado).

Por lo cual, se entiende que el DAER consideró que los resultados, análisis y recomendaciones desde el año 2017 a la fecha, contenidos en los dictámenes de la SUTEL, y analizados en ese informe técnico, en cuanto a la evaluación del uso del espectro, específicamente en lo referente a la banda de 2600 MHz por parte del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, resultan ser consistentes, y por ende el DAER concluyó que existen técnicamente indicios de un posible uso ineficiente del recurso otorgado en esta banda de frecuencias al ICE, por lo que mantuvo vigente la recomendación emitida en el informe técnico N° MICITT-GAER-INF-183-2016.

Dado lo anterior, en el punto vigésimo noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado por el ICE en la comparecencia realizada el 08 y 13 de febrero de 2023, esa institución rechaza dicho informe, debido a que indica que:

“(...)”.

En relación con las técnicas de reutilización, es medular reiterar que el ICE realiza reúso de 1 en la capa o nivel de acceso y ha agregado más portadoras, para el debido cumplimiento del Reglamento de Prestación y Calidad de Servicios, brindar la mayor cantidad de servicios de telecomunicaciones a la población, mejorar la experiencia de sus usuarios finales y alcanzar la máxima utilización de los recursos, de acuerdo con la evolución tecnológica.

*Si bien es cierto, la capacidad de la red móvil se puede ampliar haciendo reutilización de la misma portadora, dicha técnica implica tener que densificar la red con la instalación de más sitios o torres, lo cual resulta más costoso y sin justificación razonable, pues se cuenta con el recurso para activar una portadora adicional en la misma radiobase existente. Si el ICE, en su condición de empresa pública, tiene el recurso de espectro suficiente, no existe justificación válida desde el punto de vista del principio de eficiencia y la debida gestión de los fondos públicos, el que realice una mayor inversión que se sabe innecesaria, **solo por el hecho de que existe una norma técnica que así lo recomienda**, pues es evidente que tales normas se refieren al caso en que la cantidad de espectro asignado es menor y entonces sí aplica, un uso más intenso de las portadoras. Pero este no ha sido el caso del ICE, el cual como se dijo, y por las causas históricas que la misma SUTEL reconoce, hoy en día dispone del recurso de espectro suficiente que le ha permitido operar sus redes con menor costo, lo cual, indudablemente redundará en beneficios para el usuario final.*

(...).” (Énfasis agregado).

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)” la SUTEL debe de realizar la “(...) verificación real (...)”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) la ocupación y utilización del espectro.”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que, así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total); de lo anterior, se puede observar que se mantiene un patrón similar de uso parcial del espectro radioeléctrico con esta configuración de 3 portadoras de 2x20 MHz, hasta el momento de la apertura del presente procedimiento administrativo.

Aunado a lo anterior, en este punto cronológico, se observa de las mediciones de la SUTEL y lo que reporta el ICE, que dicha institución utiliza más espectro o portadoras para brindar su servicio, sin embargo, el ICE indica en los puntos décimo quinto y vigésimo noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, que no realiza la reutilización de frecuencias, sino que implementa la técnica de *“agregación de portadoras”*. Al respecto, desde el punto de vista técnico, la implementación de la técnica de *“agregación de portadoras”* corresponde a un tipo de diseño de red que optó por emplear el ICE, según sus intereses y el espectro que tiene disponible, al ser eficiente desde la perspectiva económica, ahorrando costos al disminuir la cantidad de torres (densificación), sin embargo, es importante aclarar que desde el punto de vista técnico,

está en contra del artículo 11 inciso e) del PNAF, el principio de optimización de los recursos escasos (inciso i del artículo 3 de la LGT) y el objetivo regulado en el artículo 2 inciso g) de la LGT, debido a que el ICE no tiene un impedimento técnico para implementar la reutilización de frecuencias en su red, y el ahorro de costos no se debería de considerar como un impedimento económico en un mercado en competencia, donde las empresas deben de tener un presupuesto para la implementación de nuevas tecnologías, tomando en cuenta que cada evolución de los sistemas IMT requiere de redes cada vez con más cantidad de torres, debido al uso de frecuencias cada vez más altas, para brindar tasas de datos mayores (más velocidad de internet) para más terminales a la vez (o como se denomina "*internet de las cosas*"); es decir, una empresa en competencia también está obligada a minimizar costos y maximizar ganancias, pero debe de hacerlo sin estar en contra de la normativa vigente, en este caso el artículo 11 inciso e) del PNAF y los objetivos y principios de la LGT.

D. Informe Técnico Jurídico N° MICITT-DCNT-DNPT-INF-158-2021:

El Departamento de Normas y Procedimientos en Telecomunicaciones de la Dirección de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones emitió este informe técnico jurídico relativo a determinar el mérito para proceder con la apertura de un procedimiento administrativo ordinario de carácter sancionatorio contra el ICE por el presunto incumplimiento de las obligaciones legales derivadas del título habilitante de concesión otorgado mediante Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998 y adecuado mediante Resolución N° RT-024-2009-MINAET de las 11:00 horas del 18 de diciembre de 2009.

En dicho informe técnico se analizaron varios dictámenes técnicos de la SUTEL vinculados con la relación prestacional del ICE así como del Departamento de Administración del Espectro Radioeléctrico (DAER), los cuales encuentran un nexo jurídico vinculado con el uso y explotación del espectro radioeléctrico como recurso escaso de rango constitucional que debe ser usado y explotado por los operadores y

proveedores de servicios de telecomunicaciones, en los términos que han sido definidos en la normativa aplicable.

Entre las conclusiones arrojadas en dicho informe se pueden destacar:

21. Que a partir de lo anterior tanto la SUTEL como el Departamento de Administración de Espectro Radioeléctrico son claros al advertir que se está ante un presunto uso ineficiente, derivado de la supuesta no utilización de partes del segmento de frecuencias en estudio, y una supuesta subutilización en el diseño de la red establecida por el ICE que no permite la reutilización de las frecuencias en diferentes zonas geográficas, situación por la cual se sugiere proceder como corresponda jurídicamente respecto al segmento de frecuencias 2500 MHz a 2690 MHz, en vista de los aspectos técnicos analizados.

22. Que, en un ámbito formal la apertura de un procedimiento administrativo ordinario de carácter sancionatorio resulta procedente, frente a la existencia en el caso concreto de elementos probatorios objetivos que permiten presuponer de forma razonable y en grado de probabilidad el incumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en el título habilitante de concesión del ICE.

23. Que considerando en este sentido que el objeto más importante del procedimiento administrativo es la búsqueda de la verdad real de los hechos investigados, sobre la base de los múltiples criterios técnicos rendidos por el Órgano regulador sectorial, y prolijados por el órgano técnico del Viceministerio de Telecomunicaciones y por este Informe Técnico Jurídico, se recomienda a la Administración Concedente realizar las gestiones que sean necesarias para verificar y comprobar los elementos de hecho que servirán de motivo al acto final en relación con el posible incumplimiento de las obligaciones dispuestas en la normativa aplicable y el título habilitante otorgado al ICE.

Sobre este informe, la representación del ICE indicó en el punto trigésimo primero del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia oral y privada realizada en fechas 08 y 13 de febrero de 2023, su RECHAZO PARCIAL, en cuanto al no uso y uso ineficiente del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz,

concesionado al ICE, en las condiciones dispuestas por el título habilitante Acuerdo Ejecutivo 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, ya que consideran que las conclusiones y recomendaciones que arrojó dicho informe, al encontrarse fundamentado en los informes de la SUTEL N° 4629-Sutel-2012 del 9 de noviembre del 2012, N° 5726-Sutel-DGC-2016 de 4 de agosto de 2016, N° 3145-Sutel-DGC-2017 de 18 de abril de 2017, N° 6996-Sutel-DGC-2017 de 23 de agosto de 2017, N° 5213-Sutel-DGC-2018 de 29 de junio del 2018, N° 3820-Sutel-DGC-2019 de 7 de mayo de 2019, N° 5348-Sutel-DGC-2019 del 19 de junio del 2019, el N° 10425-Sutel-DGC-2019 de 20 de noviembre de 2019, N° 4204-Sutel-DGC-2020 del 14 de mayo del 2020, N° 4225-Sutel-OTC-2021 del 19 de mayo del 2021, N° 4482-Sutel-DGC-2021 de 28 de mayo del 2021, N° 6531-Sutel-DGC-2021 de 15 de julio del 2021 y en los Informes del MICITT N° MICITT-GAER-IT-153-2013 de 4 de octubre del 2013, N° MICITT-GAER-INF-183-2016 de 16 de diciembre de 2016, N° MICITT-DERRT-DAER-INF-112-2021 de 3 de agosto de 2021, carecen de validez y es improcedente jurídicamente para efectos de tenerlo como prueba y fundamento para demostrar un no uso o un uso ineficiente del espectro de la banda 2.6 GHz por parte del ICE.

Este Órgano Decisor, a lo largo de este informe, analizará cada uno de los informes técnicos indicados por el ICE en conjunto con las pruebas presentadas y el resto de los documentos contenidos en el expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009 con el fin de conocer la verdad real de los hechos y así para poder determinar si el Instituto incumplió o no con sus obligaciones contractuales.

E. Informe Conjunto N° MICITT-DCNT-INF-029-2021 // MICITT-DERRT-INF-009-2021:

Las Direcciones de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones y de Espectro Radioeléctrico y Redes de Telecomunicaciones, emitieron el Informe Conjunto N° MICITT-DCNT-INF-029-2021 MICITT-DERRT-INF-009-2021 de fecha 19 de octubre de 2021, titulado *“Análisis técnico jurídico de los dictámenes técnicos N° 05348-SUTEL-DGC-2019, N° 10425-SUTEL-DGC-2019 y N° 05071-SUTEL-DGC-2020”*, de fecha 06

de setiembre de 2021, dicho criterio, el cual consta del folio 2497 al 2590 vuelto del expediente administrativo, y emitido en fecha 19 de octubre de 2021, el cual hace un análisis técnico jurídico de los siguientes criterios de la SUTEL:

- Dictamen técnico N° 5348-SUTEL-DGC-2019, titulado *“Necesidades de espectro para el futuro desarrollo de los servicios de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT) y cronograma de asignación de espectro para dichos servicios en Costa Rica para el periodo 2019-2024”*, de fecha 19 de junio de 2019, el cual fue recibido en el MICITT el 15 de julio de 2019;
- El dictamen técnico N° 10425-SUTEL-DGC-2019 *“Propuesta de atención a la solicitud de actualización del estudio de ocupación para las bandas de frecuencias destinadas para sistemas IMT en Costa Rica relacionado con el dictamen técnico número 05348-SUTEL-DGC-2019”*, de fecha 20 de noviembre de 2019, recibido en el MICITT en fecha 02 de diciembre de 2019;
- Dictamen técnico N° 05071-SUTEL-DGC-2020, titulado *“Propuesta de actualización del cronograma de asignación de espectro para el desarrollo de sistemas IMT e IMI-2020 en Costa Rica para el periodo 2021-2025”* de fecha 09 de junio de 2020, recibido en el MICITT en fecha 24 de junio de 2020.

En este estudio, se presentó la siguiente información con respecto a la banda de 2600 MHz:

“(…)

- *Clasificación: La banda se encuentra atribuida al servicio “Móvil” para el desarrollo de sistemas IMT bajo la canalización C1 de la recomendación UIT-R M.1036 (nota CR 075).*

- *Situación oficio N° 5348-SUTEL-DGC-2019: Toda la banda se encuentra asignada al ICE mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP emitido en fecha 25 de setiembre de 1998 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, título que fuera adecuado por el Poder Ejecutivo mediante el punto 19 de la parte dispositiva de la Resolución N° RT-024-2009-MINAET de las 11:00 horas de fecha 18 de diciembre de 2009. A raíz del oficio N° 5213-SUTEL-DGC-2018, la SUTEL apunta hacia la existencia de indicios de uso presuntamente únicamente de 140 MHz en FDD en esta banda de frecuencias por parte del ICE.*
- *Situación oficio N° 10425-SUTEL-DGC-2019: La banda aún se mantiene asignada al ICE. A pesar de darse una mayor utilización del espectro radioeléctrico. SUTEL apunta que en un 39% de los sitios objeto de su medición, presuntamente el ICE está utilizando 1 portadora, en un 40% de los sitios se utilizan simultáneamente 2 portadoras, en un 6% de los sitios se utilizan 3 portadoras con uso simultáneo y en un 15% de los sitios aparentemente no parecen existir indicios de transmisiones, lo que sugiere un reforzamiento de lo ya detallado por la SUTEL en el dictamen técnico N° 5348-SUTEL-DGC-2019.*
- *Problemática e implicaciones señaladas por la SUTEL: En vista de los indicios recolectados por la SUTEL, técnicamente los mismos parecen implicar un retraso respecto al desarrollo global en las bandas "IMT", de ahí que la SUTEL considera necesario concluir la revisión jurídica de los actos administrativos de la adecuación de los títulos habilitantes conferidos al ICE, para determinar la verdad real de los hechos y determinar la condición jurídica y registral del segmento de frecuencias.*
- *Propuesta: Considerando la situación registral de la misma, plantea poner a disposición a mediano plazo el recurso para sistemas "IMT" y aplicar el*

procedimiento que corresponda a los títulos habilitantes del concesionario actual, con el fin de disponer el recurso sin uso para sistemas “IMT”.

- *Criterio DERRT y DCNT: En vista de los indicios presentados por parte de la SUTEL en sus distintos dictámenes técnicos, es importante que la Administración los valore oportuna y convenientemente a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en el ejercicio de sus potestades públicas, para que de esta forma se asegure en todo momento el cumplimiento de los objetivos de la gestión y uso eficiente del espectro radioeléctrico del país, siendo que ya el PNAF incorpora las condiciones técnicas para el efectivo uso de esta banda de frecuencias para sistemas “IMT”.*

(...)”

Dado lo anterior, en el punto trigésimo segundo del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado por el ICE en la comparecencia realizada el 08 y 13 de febrero de 2023, los representantes del ICE rechazan dicho informe debido a que reitera las objeciones explicadas en informes de la SUTEL que adolecen de los mismos vicios en su base (metodología) y razonamiento que los señalados y explicados ampliamente en los puntos: Cuarto, Décimo Sexto, Décimo Octavo, Vigésimo y Vigésimo Octavo; e indica que *“(...) existe suficiente espectro IMT de interés económico y con disponibilidad de equipos y terminales de usuario para que se subaste y eventualmente se asigne a los demás operadores existentes hoy en el mercado, y de lo cual resulte una asignación equitativa de este recurso.”*

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que *“(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)”* la SUTEL debe de realizar la *“(...) verificación real (...)”*; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre *“(...) la ocupación y utilización del espectro.”*; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y

utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, se mantiene el uso parcial del espectro radioeléctrico con 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y de 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total).

F. Informe Técnico N° MICITT-DERRT-DAER-INF-050-2022:

Mediante el memorándum N° MICITT-DERRT-DAER-MEMO-052-2022 de fecha 01 de marzo de 2022, el Departamento de Administración del Espectro Radioeléctrico remitió el informe técnico N° MICITT-DERRT-DAER-INF-050-2022 denominado *“Consideraciones técnicas respecto a las recomendaciones de la SUTEL en relación con la banda de 2500 MHz a 2690 MHz emitidas entre 2017 y 2021 (actualización del criterio MICITT-GAER-INF-183-2016)”*, que consta del folio 2647 a 2657 del expediente administrativo, y en el cual realiza una adición a lo detallado en el informe N° MICITT-DERRT-DAER-INF-112-2021, de fecha 03 de agosto de 2021, en virtud de considerar lo

señalado por la Superintendencia de Telecomunicaciones en los dictámenes técnicos N° 06531-SUTEL-DGC-2021, remitido en fecha de 09 de agosto de 2021, mediante oficio N° 07342-SUTEL-SCS-2021; N° 09509-SUTEL-DCG-2021, remitido en fecha de 01 de noviembre de 2021 mediante oficio N° 10214-SUTEL-SCS-2021; y el N° 11491-SUTEL-DGC-2021, remitido en fecha 20 de diciembre de 2021 mediante oficio N° 11767-SUTEL-SCS-2021.

De la información analizada por el DAER, ese Departamento realiza una verificación de la información técnica contenida en dichos dictámenes técnicos sobre el uso eficiente y óptimo del espectro radioeléctrico en la banda de frecuencias de 2600 MHz (de 2500 MHz a 2690 MHz), e indica lo siguiente:

“(…), se destaca que el regulador reitera en múltiples ocasiones su posición respecto a la existencia de indicios tanto de eventuales usos ineficientes, así como de aparente no uso de algunos segmentos de espectro en esta banda por parte del Grupo ICE, tanto en los segmentos en el esquema FDD como en el segmento TDD. (...)”

(...) el no aplicar técnicas disponibles para el reúso de frecuencias donde sea ello posible, implicaría usos no eficientes del espectro radioeléctrico, lo cual no solamente rozaría con los principios de ley mencionados, sino también iría en detrimento del beneficio social y económico que crea el uso eficiente de los recursos escasos en los mercados; (...).” (Énfasis agregado).

Dado lo anterior, en el punto trigésimo quinto del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado por el ICE en la comparecencia realizada el 08 y 13 de febrero de 2023, esa institución rechaza dicho informe, debido a que indica que:

“(…)”

En relación con las técnicas de reutilización, es medular reiterar que el ICE realiza reúso de 1 en la capa o nivel de acceso y ha agregado más portadoras, para el

debido cumplimiento del Reglamento de Prestación y Calidad de Servicios, brindar la mayor cantidad de servicios de telecomunicaciones a la población, mejorar la experiencia de sus usuarios finales y alcanzar la máxima utilización de los recursos, de acuerdo con la evolución tecnológica.

Si bien es cierto, la capacidad de la red móvil se puede ampliar haciendo reutilización de la misma portadora, dicha técnica implica tener que densificar la red con la instalación de más sitios o torres, lo cual resulta más costoso y sin justificación razonable, pues se cuenta con el recurso para activar una portadora adicional en la misma radiobase existente. Si el ICE, en su condición de empresa pública, tiene el recurso de espectro suficiente, no existe justificación válida desde el punto de vista del principio de eficiencia y la debida gestión de los fondos públicos, el que realice una mayor inversión que se sabe innecesaria, **solo por el hecho de que existe una norma técnica que así lo recomienda**, pues es evidente que tales normas se refieren al caso en que la cantidad de espectro asignado es menor y entonces sí aplica, un uso más intenso de las portadoras. Pero este no ha sido el caso del ICE, el cual como se dijo, y por las causas históricas que la misma SUTEL reconoce, hoy en día dispone del recurso de espectro suficiente que le ha permitido operar sus redes con menor costo, lo cual, indudablemente redundará en beneficios para el usuario final.

(...)." (Énfasis agregado).

Así las cosas, es importante aclarar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que "(...) para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)" la SUTEL debe de realizar la "(...) verificación real (...)" ; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre "(...) la ocupación y utilización del espectro."; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, para este caso, 3 portadoras de 2x20 MHz (120 MHz en total), en los rangos de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz, de 2520 MHz a 2540 MHz y de 2540 MHz a 2560 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase y 2620 MHz a 2640 MHz, de 2640 MHz a 2660 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil; de las cuales, el ICE utilizó 80 MHz sin reutilización (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total); de lo anterior, se puede observar que se mantiene un patrón similar de uso parcial del espectro radioeléctrico con esta configuración de 3 portadoras de 2x20 MHz, hasta el momento de la apertura del presente procedimiento administrativo.

Aunado a lo anterior, en este punto cronológico, se observa de las mediciones de la SUTEL y lo que reporta el ICE, que el ICE nuevamente utiliza más espectro o portadoras para brindar su servicio; sin embargo, el ICE indica en los puntos décimo quinto y vigésimo noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, que no realiza la reutilización de frecuencias, sino que implementa la técnica de *“agregación de portadoras”*. Al respecto, desde el punto de vista técnico, la implementación de la técnica de *“agregación de portadoras”* corresponde a un tipo de diseño de red que optó por emplear el ICE, según sus intereses y el espectro que tiene disponible, al ser eficiente desde la perspectiva económica, ahorrando costos al disminuir la cantidad de torres, sin embargo, es importante aclarar que desde el punto de vista técnico, está en contra del artículo 11 inciso e) del PNAF, el principio de optimización de los recursos escasos (inciso i del

artículo 3 de la LGT) y el objetivo regulado en el artículo 2 inciso g) de la LGT, debido a que el ICE no tiene un impedimento técnico para implementar la reutilización de frecuencias en su red, y el ahorro de costos no se debería de considerar como un impedimento económico en un mercado en competencia, donde las empresas deben de tener un presupuesto para la implementación de nuevas tecnologías, tomando en cuenta que cada evolución de los sistemas IMT requiere de redes cada vez con más cantidad de torres, debido al uso de frecuencias cada vez más altas, para brindar tasas de datos mayores (más velocidad de internet) para más terminales a la vez (o como se denomina “internet de las cosas”); es decir, una empresa en competencia también está obligada a minimizar costos y maximizar ganancias, pero debe de hacerlo sin estar en contra de la normativa vigente, en este caso el artículo 11 inciso e) del PNAF y los objetivos y principios de la LGT.

Ahora bien, conforme el artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, el titular de la concesión está obligado a: “Prestar los servicios autorizados, de manera continua, de acuerdo a los términos, **condiciones** y plazos establecidos en la ley, este Reglamento, **el respectivo título habilitante** y las resoluciones que al efecto dicte la SUTEL (...)”. (Énfasis agregado).

4. SOBRE LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA, LA LIBRE COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES Y DERECHOS DE LOS USUARIOS FINALES DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

En un ámbito normativo la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones comprende el régimen sectorial de competencia de las telecomunicaciones el cual está a cargo de la SUTEL, y se rige según lo dispuesto en dicho cuerpo legal y supletoriamente por los criterios establecidos en el Capítulo III de la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. De forma reciente también por medio del artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley N° 9736, se define a la SUTEL como la autoridad sectorial encargada de la

defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones.

Las recomendaciones de la SUTEL en esta materia resultan de la mayor trascendencia desde un punto de vista jurídico y de forma particular desde una perspectiva constitucional a la luz de lo que en doctrina se conoce por *“Constitución económica”* (o *“modelo económico de la Constitución”*), el cual se conforma por el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución.

Sobre este particular la Sala Constitucional mediante Resolución N° 04569–2008 de fecha 26 de marzo de 2008, ha definido la *“Constitución Económica como el conjunto de valores, principios y preceptos que regulan la economía y el mercado en el texto fundamental- de la libertad de empresa y la libre competencia”*.

De igual forma la misma Sala Constitucional mediante su Resolución N° 01104–2017 de fecha 25 de enero de 2017, se ha manifestado sobre *“(...) la trascendencia de la competencia económica y la libre concurrencia para el adecuado funcionamiento del mercado y en beneficio de los consumidores o usuarios, en tanto que esto impone a las empresas la obligación de ofrecer mejor calidad, innovación y precios. Uno de los principios fundamentales de la Constitución Económica lo constituye el de la libre competencia o concurrencia, tanto que es un imperativo de los poderes públicos velar [sic] por la libertad de comercio, industria y de empresa (voto No. 4569-08 de las 14:30 horas del 26 de marzo de 2008) evitándose toda acción o práctica anticompetitiva y monopólica (artículo 46 de la Constitución Política)”*.

Bajo estos preceptos, queda considerar que nuestro Estado Social y Democrático de Derecho contiene inmerso un *“modelo social de competencia”* en el cual se establece una protección especial a favor de los usuarios finales de servicios de telecomunicaciones y el mercado mismo. Preceptos constitucionales contemplados por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, mediante Resolución N° 180-

2014-VI de las 10:10 horas de fecha 07 de noviembre de 2010, en que ha manifestado en lo que interesa:

‘Así, en la sentencia N.º 727-2010, de las 10 horas 40 minutos del 26 de febrero del presente año se indicó que la Sala Constitucional ha reconocido, entre otros, en el Voto N.º 1195-91, que el artículo 46 de nuestra Carta Magna consagra el principio de libertad se ubica la libre competencia y la defensa de ésta como límite de la primera. Del texto constitucional, se deducen, además de la libertad de empresa y el mercado, los derechos fundamentales del consumidor, entre ellos, la salud, el ambiente, seguridad e intereses económicos y derechos instrumentales necesarios para garantizar esos derechos fundamentales, como la información, la educación y la participación de organizaciones propias con el apoyo estatal. En general, del citado numeral se puede inferir tres intereses: de los empresarios competidores, el de los consumidores y el del mercado. Esa concurrencia de intereses, públicos y privados, refleja un modelo social de competencia, caracterizado porque toma en consideración tanto la defensa del interés privado de los empresarios como la del interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado. (...) Ello por cuanto el acceso al mercado con un agente económico es consecuencia del ejercicio de la libertad de empresa. Ese ejercicio y permanencia en el mercado implica una variedad indeterminada de relaciones con otros agentes económicos y con consumidores, siendo que las actuaciones de todos ellos han de ser lo más transparentes posibles (...)’ (Énfasis agregado).

Nuestra jurisprudencia constitucional desarrolla entonces el principio jurídico de “*In Dubio Pro Consumptore*” en el cual están comprendidos “(...) en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor posible conocimiento del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales

internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia". (Sala Constitucional, Sentencias N° 4463-96 y N° 2895-10).

En esta línea MIRANDA BONILLA (Haideer) afirma que la protección de derechos fundamentales no es una competencia exclusiva de cada Estado, pues diversos organismos internacionales se han encargado de establecer declaraciones, convenios y tratados para garantizar dichos derechos.⁸

Así las nuevas tecnologías y los avances científicos han influido en el ámbito de los derechos fundamentales cuya tutela jurisdiccional se caracteriza por un «constitucionalismo multinivel», es decir, que existe una tendencia en el ámbito constitucional y convencional que ha reconocido el acceso a los servicios de telecomunicaciones como un derecho fundamental, lo cual responde a un cambio de paradigma que ha potenciado las tecnologías de la información y comunicación (TIC). Ejemplo de lo anterior podemos ubicarlo en lo resuelto por la Sala Constitucional mediante su Sentencia N° 12790-2010 en la cual reconoce por primera vez el acceso a internet como un derecho fundamental.

Del mismo modo, nuestro Alto Tribunal Constitucional ha definido que los servicios de telecomunicaciones conllevan el derecho de justicia pronta y cumplida consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política, así como el ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales como la libertad de elección de los usuarios finales consagrada en el artículo 46; el derecho de acceso a las nuevas tecnologías de la información, el derecho a la igualdad y la erradicación de la brecha digital (info-exclusión) consagrado en el artículo 33 constitucional; y el derecho de acceder al internet por la interfase que elija el consumidor o usuario y la libertad empresarial y de comercio.

⁸ MIRANDA BONILLA (Haideer). "El acceso a internet como derecho fundamental". Revista Jurídica IUS Doctrina. N° 15, 2016. Pág. 1

Bajo un parámetro de convencionalidad tenemos que la Convención Americana de Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José) y acogida en nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 4534, de fecha 23 de febrero de 1970, dispone en relación con los derechos humanos que son:

“(...) derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

Mediante su suscripción, nuestro país se comprometió, entre otros aspectos, a:

“Artículo 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estado Parte [sic] se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

También en la Declaración Universal de Derechos Humanos de fecha 10 de diciembre de 1948, se reconoce como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Así, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece:

“Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Es así como la Sala Constitucional ha desarrollado el Principio de Humanidad o “*Pro Homine*”, de manera que el derecho debe interpretarse y aplicarse de la mejor forma que favorezca al ser humano⁹:

“Por lo que interpretando dicha normativa, a la luz del principio pro homine que postula que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. El principio pro homine, sirven para integrar e interpretar el derecho en el tanto otorgan mayor protección a los derechos fundamentales de las personas.

(...)

Junto con el principio pro homine constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros.

(...) el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social”. Sentencias: N° 3550-92, N° 11560- 06 y N° 14659-08.

“(...) el principio pro homine, el que, junto con el principio pro libertate constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos y que significan que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano, así como que procede la interpretación extensiva para todo lo que favorezca y restrictivamente para todo lo que limite la libertad”. Sentencia N° 9696-03.

⁹ Principios desarrollados en la jurisprudencia constitucional. Poder Judicial. Sala Constitucional; Escuela Judicial. Primera Edición. San José, Departamento de Artes Gráficas, 2014. pág. 44.

Se reconoce entonces la supremacía de los derechos humanos como parámetro de proporcionalidad en la interpretación de las normas jurídicas, sin perjuicio del progreso histórico de los derechos humanos en la que se han reconocido cuatro generaciones; resultando que la denominada “Cuarta Generación” reconoce el “Derecho al acceso a la Sociedad de la Información y Conocimiento”, de la cual se ha establecido el vínculo de la tecnología en relación con los derechos humanos como la libertad de expresión e información.¹⁰

Bajo esta inteligencia consideramos oportuno reiterar que el Tratado de Libre Comercio República Dominicana- Centroamérica - Estados Unidos, Ley N° 8622 en su Anexo 13 del Capítulo 13, desarrolla los “Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Telecomunicaciones”, que reconoce el énfasis de este proceso de apertura en beneficio de los usuarios finales:

“I. Preámbulo

E. Gobierno de la República de Costa Rica:

(. .)

enfatizando que dicho proceso de apertura será en beneficio del usuario y se fundamentará en los principios de gradualidad, selectividad y regulación, y en estricta conformidad con los objetivos sociales de universalidad y solidaridad en el suministro de los servicios de telecomunicaciones (...) (Énfasis agregado).

Dichas disposiciones *supra* legales, se complementan en el ámbito legal a partir de lo dispuesto con criterio de especialidad en el artículo 4 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, en relación con su artículo 3 inciso c) que define el principio rector de “Beneficio del Usuario” *supra* citado.

¹⁰ Véase <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>

Por otra parte, debemos acotar que el Sector Telecomunicaciones se informa y se nutre de otras normas de Derecho Administrativo, y en el caso concreto por encontramos frente a una relación de ejecución contractual de un título de concesión. Lo cual conlleva a considerar los principios de eficacia y eficiencia que orientan la conducta de la Administración Concedente hacia el cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos plasmados en las obligaciones y condiciones del título habilitante para garantizar la efectiva satisfacción del interés general contenidos en la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública, la cual en lo conducente dispone:

“ARTÍCULO 8- Principios generales

Los principios generales de la contratación pública rigen transversalmente en toda la actividad contractual en que medie el empleo de fondos públicos y durante todo el ciclo de la compra pública.

Los principios que informan la contratación pública son los siguientes:

(...)

e) Principios de eficacia y eficiencia: el uso de los fondos y bienes públicos y la conducta de todos los sujetos que intervienen en la actividad de compras públicas deben responder al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos institucionales y a la satisfacción del interés público. En todas las etapas del procedimiento de compra prevalecerá el contenido sobre la forma y se favorecerá la conservación de los actos. Los defectos subsanables y los incumplimientos intrascendentes no descalificarán la oferta que los contenga.

(...)”

En este orden de ideas, la Sala Constitucional, en su Resolución N° 2004-14421 de las 11:00 horas de fecha 17 de diciembre de 2004 se refirió al principio de eficacia en la contratación administrativa manifestando en lo que nos interesa:

“III EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.(...) Bajo esta inteligencia, todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento

jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de la contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben, también, procurar la pronta satisfacción del interés general a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, consecuentemente no pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, y, sobre todo, su adaptación, a las nuevas necesidades socio-económicas y tecnológicas de la colectividad (...) Síguese de lo anterior que las formas propias de los procedimientos de la contratación administrativa así como de los recaudos de carácter adjetivo que establece el ordenamiento jurídico para la validez y eficacia en un contrato administrativo deben interpretarse de forma flexible en aras del fin de corrección en la norma en que son invertidos los fondos públicos. Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que 47 *Ibíd*em pág. 87. 56 debe seguir, irremisiblemente, al cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general y, desde luego, procurar por el uso racional, debido y correcto de los fondos públicos”.

Así las cosas, la eficacia determina que toda actuación administrativa debe estar encaminada hacia el cumplimiento del fin público asignado. Dicho principio además se encuentra contenido en el artículo 269 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, cuerpo legal que por disposición del artículo 4 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, opera como un régimen legal supletorio en materia de telecomunicaciones:

“Artículo 269

1. La actuación administrativa se realizará con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia.

2. Las autoridades superiores de cada centro o dependencia velarán, respecto de sus subordinados, por el cabal cumplimiento de este precepto, que servirá también de criterio interpretativo en la aplicación de las normas de procedimiento”. (Énfasis agregado).

Con fundamento en lo expuesto todo aquel incumplimiento de las obligaciones y condiciones impuestas en los títulos habilitantes por parte de los concesionarios, cuando no medie algún eximente de responsabilidad, atenta contra el conjunto de valores, principios y preceptos que regulan la economía y el mercado de la libertad de empresa y la libre competencia; sobre todo en los términos de calidad del servicio y la explotación del bien demanial constitucional que repercute sobre los parámetros de calidad del servicio los cuales operan a favor de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, y de forma negativa sobre la colectividad de usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, hacia los cuales existe una obligación de las empresas operadoras de servicios de brindar una mejor calidad, innovación y precios. A partir de lo cual ha sido definido por nuestra jurisprudencia constitucional como un imperativo de los poderes públicos el velar por la satisfacción en términos de calidad del servicio conforme a las disposiciones del artículo 46 de nuestra Constitución Política, a fin de garantizar una vida digna a los habitantes en relación con la calidad de los servicios de telecomunicaciones que reciben.

Lo anterior, trae como consecuencia que el incumplimiento injustificado de un concesionario genera un evidente daño al interés público, por lo que resulta que la Administración Concedente debe realizar un proceso expedito, de manera que siempre se proteja dicho interés, lo que conlleva en consecuencia, un perjuicio para los derechos y beneficios del usuario final.

5. SOBRE EL INTERÉS PÚBLICO DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

Se debe apuntar que el artículo 113 de la N° 6227, Ley General de la Administración Pública, fija principios que orientan la actuación de los servidores públicos a satisfacer, primordialmente el interés público *“(...) el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados”*. Asimismo, dicho artículo refiere que *“(...) en la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar,*

los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia". (Énfasis agregado).

Por otra parte, debe considerarse que la Procuraduría General de la República, en el Dictamen vinculante emitido mediante oficio N° C-111-99 de fecha 02 de junio de 1999, define el concepto de "*interés público*" de la siguiente manera:

"El interés público es un concepto jurídico indeterminado. Su contenido dependerá de quién, de dónde y cuándo se defina. Sin embargo, el juez, a la hora de ejercer el control de legalidad o de constitucionalidad, según sea el caso, deberá hacer una valoración objetiva y real, con el propósito de precisar su contenido. En principio, podemos definir interés público, como aquello que afecta o interesa a la generalidad, se configura como perteneciente a todos y cada uno de los componentes de esa generalidad; no es la suma del interés particular, pues es el interés que todos los miembros de una colectividad poseen por igual en virtud de su pertenencia a esa categoría.

La satisfacción del interés público conlleva el desarrollo de actividades cuya gestión y tutela, le corresponde directamente a la Administración Pública; sin embargo, a pesar de lo anterior, pueden ser gestionados por entes públicos no estatales o los particulares o mediante otro tipo de organizaciones dedicadas a actividades que se enmarcan dentro del concepto de interés público".

La doctrina apunta que, en su acepción tradicional, "*interés público*" es sinónimo de utilidad, conveniencia de los más frente a los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos (CABANELLAS (Guillermo), "*Diccionario de Derecho Usual*").

Más recientemente, se identifica el concepto de interés público con "*interés general*" que es un concepto propio del Derecho Administrativo, que en principio significa "(...) *lo que afecta o interesa a la generalidad, es decir, al común de los ciudadanos que componen*

una comunidad política. Es el interés de esa comunidad como tal, organizada políticamente”. (SÁNCHEZ MORÓN (M.), “Enciclopedia Jurídica Civitas”).

Respecto a este último principio de interés general, el jurista JIMÉNEZ MEZA (Manrique), en su libro *“Derecho Constitucional y Administrativo”*, señala que:

“Quizás el término más crítico sea el de ‘generalidad’ que, en sentido estricto, no es idéntico al de igualdad. En efecto, se ha insistido jurídica y políticamente que los intereses generales son los de la mayoría, con lo cual se supone la existencia de los intereses de las minorías. Esto contradice en esencia el principio de la igualdad que no distingue frente a las mayorías o a las minorías, toda vez que el servicio público debe darse para todos los usuarios, destinatarios o beneficiarios sin previas agrupaciones grupales o numéricas. No en vano la democracia es el gobierno de las mayorías y de las minorías (así de difícil y así de real).

Bien sabemos, sin embargo, que la intención del legislador lejos de contradecir el principio de igualdad tuvo por bien implicarlo en el de la generalidad sin que ello vaya en perjuicio de la crítica técnicamente justificada, desde la entrada al conocimiento de la obra de J.J. Rousseau, ‘Del Contrato Social’, cuyo contenido damos por entendido y conocido, el que es, en esencia, la base fundamental para la formulación occidental del principio de legalidad.

A manera de síntesis podríamos decir: la voluntad general no es la voluntad de todos sino la voluntad de la mayoría, la cual se comprueba por su manifestación en la democracia directa como -se agrega-en la indirecta. Sin embargo, si tomamos el principio de generalidad del servicio público contrario al de individualidad, surgiría una mejor conclusión lógicamente atendible: si el servicio es general, en cuanto no es de beneficios individualizados y excluyentes sino de efectos abstractos, la igualdad se impone como derecho ciudadano frente a la atención y explotación del servicio público. En tal óptica, entonces podríamos dar paso a la aceptación de la ‘generalidad’ en relación con la ‘igualdad’”.¹¹

¹¹ JIMÉNEZ MEZA (Manrique). Derecho Constitucional y Administrativo, Jurídica Continental, San José, 3ª Edición, 2005.

La Procuraduría General de la República ha definido como interés público:

*“Por su parte, el interés público es la utilidad, la conveniencia de la colectividad o sociedad ante los particulares, o de los más ante los menos; también se entiende como conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material (...). Otra definición de interés público referida por la Contraloría General de la República, es la siguiente: ‘El interés público de tal modo es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y consientes [sic] de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el carácter axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en el su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o le afecten, a los que aplaza o sustituye, sin aniquilarlos’ (ESCOLA, Héctor Jorge; El Interés Público: Como Fundamento de Derecho Administrativo, Ediciones de Palma, Buenos Aires: 1989, P.249-250)”.*¹²

Costa Rica ha suscrito y ratificado el Convenio Internacional con la Unión Internacional de las Telecomunicaciones¹³, en cuya Constitución figuran objetivos tales como los de mejoramiento y empleo racional de toda clase de telecomunicaciones, aumentar el rendimiento de los servicios de telecomunicación, acrecentar su empleo y generalizar al máximo su utilización por el público, promover la extensión de los beneficios de las nuevas tecnologías de telecomunicaciones a todos los habitantes del planeta, la creación, el desarrollo, entre otros (artículo 1). Asimismo, en su artículo 6, en lo relativo a la ejecución de los instrumentos de la Unión, obliga a los Estados miembros a observar y atenerse a las disposiciones de la Constitución, el Convenio y los Reglamentos administrativos.

¹² Opinión Jurídica N° 016-J de fecha 12 de febrero de 2009.

¹³ Ley N° 8100, Aprueba la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra el 22 de diciembre de 1992) y el instrumento de enmienda a la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Kyoto 1994), emitida en fecha 04 de abril de 2002, publicada en el Alcance N° 44 al Diario Oficial La Gaceta N° 114 de fecha 14 de junio de 2002.

En ese sentido, la doctrina ha determinado, en cuanto a la finalidad del servicio público, que *“El objeto o finalidad de esta actividad es -siempre estando a la concepción tradicional- satisfacer una necesidad pública (colectiva, de interés público, etc.) Necesidad pública, o necesidad de interés público, significa la suma de las necesidades individuales; no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deban tenerla, sino sólo que una mayoría de ellos la tiene”*¹⁴.

Asimismo, se determina que *“El interés público no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundan en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad. Por supuesto, hablamos de una mayoría de individuos, ‘o de la totalidad de los miembros de la sociedad’. Debe tratarse, también, de intereses coincidentes lato sensu, esto es, homogéneos. Sólo hay interés público cuando de entre una mayoría de individuos, cada uno puede escindir del mismo su interés individual el ‘interés público’ (...)”*.¹⁵

Sobre el tema de la materia especial de telecomunicaciones, indica la Ley N° 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), en su artículo 74 lo siguiente:

“Artículo 74.- Declaratoria de interés público. Considerase una actividad de interés público el establecimiento, la instalación, la ampliación, la renovación y la operación de las redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos. Los operadores de redes públicas de telecomunicaciones podrán convenir entre sí la utilización conjunta o el alquiler de sus redes”.

¹⁴ BIELSA (Rafael). Derecho administrativo, t. I, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 467; VILLEGAS BASAVILBASO (Benjamín). Derecho administrativo, t. III, Buenos Aires, 1951, p. 51 y ss.

¹⁵ Tomado de www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo11.pdf

Cabe señalar que el contenido del anterior artículo es reiterado en el artículo 76 del Reglamento N° 34765-MINAET, Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, y la responsabilidad de realizar la declaratoria de interés público recae sobre el Ente Rector de Telecomunicaciones, según lo establecido en el inciso f) del artículo 39 de la Ley N° 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, el cual indica:

“ARTÍCULO 39.- Rectoría del Sector Telecomunicaciones. El rector del Sector será el Ministro de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (Micitt), a quien le corresponderán las siguientes funciones:(...) f) Realizar la declaratoria de interés público y dictar el decreto para la imposición de servidumbres forzosas o para la expropiación de los bienes necesarios para la operación de las redes públicas de telecomunicaciones”.

En el mismo sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se refirió al interés público y la importancia de la infraestructura en telecomunicaciones indicando:

“(...) IMPORTANCIA, INTERÉS PÚBLICO Y VOCACIÓN NACIONAL DE LA INFRAESTRUCTURA DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. A partir de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional vigente, es factible concluir que la infraestructura, en materia de telecomunicaciones, tiene una relevancia que excede la esfera de lo local o cantonal, asumiendo un claro interés público y, desde luego, erigiéndose como una cuestión que atañe a la órbita de lo nacional con, incluso, proyecciones en el terreno del Derecho Internacional Público al suponer su desarrollo el cumplimiento de una serie de obligaciones internacionales asumidas previamente por el Estado costarricense. En primer término, como lo ha indicado este Tribunal Constitucional, el tema de las telecomunicaciones tiene gran relevancia constitucional, tanto que en el artículo 121, inciso 14), subinciso c), de la Constitución se indica que los “servicios inalámbricos” o el espectro electromagnético forma parte del dominio público constitucional y concretamente es un bien propio de la Nación, siendo que no puede ser desafectado o salir del dominio del Estado. La

Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 de 4 de junio de 2008 –en adelante LGT–, al enunciar los principios rectores en este sector, indica en su artículo 3°, inciso i), que debe haber una “optimización de los recursos escasos”, destacando que la utilización de las infraestructuras de telecomunicaciones debe ser “(...) objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios” (El resaltado es nuestro)(...) Por su parte la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593 de 9 de agosto de 1993, en su artículo 74, modificado por la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones No. 8660 de 8 de agosto de 2008, hizo una declaratoria de interés público de la infraestructura y las redes en telecomunicaciones al preceptuar lo siguiente: ‘Considérase una actividad de interés público el establecimiento, la instalación, la ampliación, la renovación y la operación de las redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos’. Tal declaratoria tiene grandes repercusiones, por cuanto, se reconoce, por ley, que el tema de la infraestructura en la materia reviste un claro e inequívoco interés público o general que trasciende la esfera de lo local o regional a lo interno del país, para proyectarse en el ámbito nacional e internacional, al permitirle al Estado costarricense cumplir, de buena fe, una serie de obligaciones y compromisos asumidos en el contexto del Derecho Internacional Público”.¹⁶

En cuanto al Voto anteriormente transcrito, resulta claro que, tal y como bien lo indicó la Sala Constitucional, con relación al asunto de infraestructura en telecomunicaciones, el mismo corresponde a un tema de interés público que trasciende el interés local. No atender este tema de manera adecuada provocaría serios perjuicios para que los habitantes puedan gozar de los beneficios de la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento.

Adicionalmente, es relevante tener presente que la anterior conclusión incluso fue retomada por la Procuraduría General de la República en su dictamen vinculante emitido

¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 15763 -2011 de 9:46 horas de fecha 16 de noviembre de 2011.

mediante oficio N° C-039-2012, al referirse al régimen municipal, y se indicó, que existe *“(...) prevalencia de la planificación y regulación presente en las leyes sobre telecomunicaciones y disposiciones adoptadas por el Poder Ejecutivo y la SUTEL por sobre los intereses locales y municipales; por ende, la subordinación de las municipalidades a lo que se haya dispuesto con alcance nacional. Subordinación que abarca lo relativo a la infraestructura, por ser esta de interés nacional”*.

Como parte del interés público que reviste el tema de los servicios de telecomunicaciones, la política pública siempre ha postulado como visión de la actuación estatal en la materia, el asegurar que exista una amplia oferta disponible para los consumidores de los servicios de telecomunicaciones en el país mediante la participación de operadores privados, para lo cual el Estado debe garantizar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, la reducción de la brecha digital, el fomento del uso y apropiación de las TIC¹⁷, la modernización tecnológica, la calidad de los servicios, entre otros.

Para alcanzar los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, el legislador, en el numeral 34 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, estableció la creación del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), siendo que parte de su financiamiento proviene de los recursos públicos derivados de los concursos públicos para el otorgamiento de las concesiones del espectro radioeléctrico.

Precisamente, la puesta a disposición del Estado de bandas de frecuencias atribuidas para prestar servicios IMT, previo cumplimiento de un proceso concursal para su otorgamiento, permitiría al Estado, satisfacer la demanda creciente y futura de la conectividad y uso de los servicios móviles, siendo que como país, se aspira a lograr de manera exitosa la inserción en la Cuarta Revolución Industrial y lograr la implementación de la transformación digital del país, para lo cual entre otros elementos, se requiere el desarrollo de nuevos servicios innovadores que requieren de espectro radioeléctrico en

¹⁷ TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación.

bandas de IMT, y asegurar una sana administración del recurso escaso y estratégico como lo constituye el espectro radioeléctrico, en dos vías.

La primera de ella referida a que una vez que el espectro se encuentre disponible, se promovería la realización de nuevos procedimientos para la asignación de las frecuencias objeto de la declaratoria de disponibilidad, previa participación activa de la Autoridad técnica competente sectorial, sea la Superintendencia de Telecomunicaciones, tanto en la fase previa de identificación de la necesidad como en la fase de instrucción concursal, de forma que se promueva la seguridad jurídica puesto que se establecen dentro del marco de la contratación respectiva, condiciones de participación transparentes, objetivas y no discriminatorias, que propician la amplia y libre participación de todos los interesados, lo que repercutirá en el cumplimiento de la asignación justa, equitativa, competitiva, no discriminatoria y transparente del recurso del espectro radioeléctrico (artículo 8 de la LGT), ofreciendo a través del concurso público la posibilidad que ingresen al mercado distintos actores, que dinamicen la competencia efectiva, y mejoren la oferta de bienes y servicios IMT, así como de la rendición de cuentas frente a la población, puesto que dichas bases concursales constituyen una información accesible (pública y general) sobre los términos y condiciones que se disponen para la obtención del derecho de uso y explotación del espectro radioeléctrico.

En segundo lugar, sin que sea el principal objetivo, la realización de un procedimiento concursal en una banda del espectro radioeléctrico identificada para servicios disponibles al público de índole comercial (IMT), repercutiría en el ingreso de nuevos recursos al Fondo Nacional de Telecomunicaciones, para financiar proyectos que reduzcan la brecha digital a las poblaciones vulnerables.

Lo anterior redundará, en la materialización de los principios rectores sectoriales los cuales orientan la conducta administrativa de este ente Rector, contenidos en la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones (artículo 3), para establecer mecanismos más solidarios para la disposición de los recursos dirigidos a poblaciones en condiciones

vulnerables y que puedan acceder a ellos, en condiciones adecuadas de calidad y precio, con el fin de contribuir a su desarrollo humano.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional ha venido reiterando la importancia de las telecomunicaciones como habilitador del ejercicio de los derechos fundamentales denominados de tercera generación, que reconocen a la persona como el centro de las políticas públicas, y la importancia de promover la igualdad del acceso y la apropiación de las tecnologías de telecomunicaciones como factores cruciales para promover un desarrollo integral, innovador e inclusivo, indicando en su Sentencia N° 15763-2011 de las 09:46 horas de fecha 16 de noviembre de 2011, lo que a continuación se cita:

“Una segunda consecuencia que se extrae de la declaratoria de interés público, es que el tema de construcción, ampliación o desarrollo y mejora de la infraestructura en materia de telecomunicaciones tiene una clara e inequívoca vocación nacional. De modo que es el Estado y sus órganos los que asumen la rectoría y dirección en la materia a la que deben someterse todos los entes públicos menores para lograr objetivos como el acceso y servicios universales, la reducción de la brecha digital por razones de solidaridad, la interconexión y conectividad necesarias que le permitan a todos los costarricenses, independientemente de la localidad, distrito, cantón o región donde habiten, gozar de los beneficios y ventajas de la Sociedad de la Información y del Conocimiento. El legislador nacional, lejos de ‘localizar’ el tema de la infraestructura en telecomunicaciones lo nacionalizó expresa e inequívocamente (...)”. (Énfasis agregado).

De conformidad con la legislación referida y el criterio de la Sala Constitucional, es evidente el interés público que lleva inmerso el tema del desarrollo de las telecomunicaciones, como un medio para asegurar el acceso a los servicios y beneficios de la Sociedad de la Información a los habitantes, como herramientas efectivas para el crecimiento y desarrollo de los países dentro de una sociedad inclusiva, y que se vinculan con los principios fundamentales de participación democrática, libertad de expresión y pensamiento, acceso a la información y servicios públicos. Sobre este tema la Sala

Constitucional indicó en su Resolución N° 2010012790 de las 08:58 horas de fecha 30 de julio de 2010, lo siguiente:

*“(...) debe decirse que el avance en los últimos veinte años en materia de tecnologías de la información y comunicación (TIC’s) ha revolucionado el entorno social del ser humano. Sin temor a equívocos, puede afirmarse que estas tecnologías han impactado el modo en que el ser humano se comunica, facilitando la conexión entre personas e instituciones a nivel mundial y eliminando las barreras de espacio y tiempo. **En este momento, el acceso a estas tecnologías se convierte en un instrumento básico para facilitar el ejercicio de derechos fundamentales como la participación democrática (democracia electrónica) y el control ciudadano, la educación, la libertad de expresión y pensamiento, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos y la transparencia administrativa, entre otros. Incluso, se ha afirmado el carácter de derecho fundamental que reviste el acceso a estas tecnologías, concretamente, el derecho de acceso a la Internet o red de redes**”.* (Énfasis agregado).

Por su parte la Procuraduría General de la República también ha reconocido la importancia de la prestación de los servicios de telecomunicaciones al indicar que:

*“(...) La circunstancia de que las telecomunicaciones sean hoy día consideradas un **elemento de desarrollo económico y social** tanto a nivel nacional como internacional obliga al Estado a regularlas, de manera que se continúe permitiendo **ese crecimiento en condiciones de eficiencia y seguridad y simultáneamente se garanticen los derechos de los habitantes del país.** (...)”* (Énfasis agregado).

Es decir, las tecnologías digitales, son un medio, y no un fin en sí mismas, constituyen herramientas que permiten el cumplimiento de los derechos fundamentales que han sido reconocidos a nivel internacional, y por ende, los servicios que se prestan dentro de las telecomunicaciones, se encuentran estrechamente ligadas al ejercicio de estos derechos

fundamentales, en donde el Estado y los concesionarios, resultan ser socios estratégicos para lograr estos cometidos públicos, que trascienden de un interés particular.

Así las cosas, el Estado a través de la implementación de la tecnología digital, proyecta la reducción de la brecha digital y posibilita la asequibilidad de los servicios garantizando los derechos considerados fundamentales entre ellos la comunicación y el acceso a la información.

6. SOBRE EL ACUERDO EJECUTIVO COMO ACTO ADMINISTRATIVO SUFICIENTE.

El acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad o decisión efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos que implican la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones a favor de terceros¹⁸.

En este sentido, Ernesto Jinesta señala:

*“El acto administrativo final o definitivo, no surge espontáneamente por el puro capricho de la administración pública sino después de haberse observado un iter procedimental (iniciado de oficio o a instancia de parte interesada) tendiente a garantizar el debido proceso y la defensa del administrado y el carácter acertado de la decisión adoptada. Debe tomarse en consideración, igualmente, que los actos preparatorios o de trámite con efectos jurídicos propios o inmediatos se producen en el seno de un procedimiento administrativo”.*¹⁹

La Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, establece en su artículo 16 inciso 1) que: “1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia”. Conforme a lo anterior, los actos emanados por la Administración Pública se presumen

¹⁸ Sala Constitucional. Resolución N° 2997-2006 de las 14:48 horas de fecha 08 de marzo de 2006.

¹⁹ JINESTA LOBO (Ernesto). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2007, pág. 390.

válidos y eficaces y cuentan con todos los requisitos necesarios para su ejecución y control.

Por ausencia de un contrato en el presente caso, el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998 adecuada mediante la resolución N° RT-024-2009-MINAET de fecha 18 de diciembre de 2009, contiene en sí mismo los términos que rigen la ejecución contractual para el uso del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, al cumplir con todos los requisitos del acto administrativo dispuestos en el capítulo tercero de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, que corre del artículo 128 al artículo 140, es decir, motivo, contenido y fin.

Por lo tanto, el acuerdo ejecutivo como acto final de la Administración y que pone fin a un proceso de concesión, se constituye en el título habilitante necesario para ejercer y/o ejecutar las condiciones de uso de las frecuencias concesionadas.

Sobreabundando en la materia, la LGT en su Capítulo III, Sección I dispone lo relativo a las concesiones, tanto por concurso público como la concesión en forma directa, regulados específicamente en los artículos 12 y 19 respectivamente. Se debe resaltar que el artículo relativo al procedimiento concursal dispone que las concesiones de frecuencias “(...) serán otorgadas por el Poder Ejecutivo por medio del procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de Contratación Administrativa [sic, entiéndase en la actualidad la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública] y su reglamento”, no siendo así en el caso de la concesión de frecuencias en forma directa. De manera tal, que sólo se procederá a la suscripción del respectivo contrato, en los casos de las concesiones de frecuencias para la explotación y operación de redes públicas de telecomunicaciones, es decir las otorgadas mediante concurso público, de conformidad con lo dispuesto en la LGT y la actual Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública y sus respectivos reglamentos.

Por otro lado, en relación con el “Contrato de Concesión”, establecido en el artículo 18 de la LGT, es aplicable a la concesión por concurso público, dado que en el mismo se

estipula que el contrato “(...) *deberá especificar las condiciones y obligaciones que dicho concesionario deberá cumplir, de conformidad con esta Ley, sus reglamentos, las bases de la convocatoria, la oferta, y el acto de adjudicación* (...)” entendiéndose que se trata de un contrato derivado de una concesión por concurso público, lo cual no es aplicable en el caso de marras, dado que el otorgamiento del segmento de frecuencias concesionado al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD se realizó de forma directa por parte del Poder Ejecutivo, en un momento de la historia donde no existía normativa al respecto.

Al respecto, se procede a desarrollar el concepto de concesión por parte de la doctrina, del cual el autor Ernesto Jinesta Lobo, ha manifestado:

“La concesión es el acto por el cual la administración pública le transfiere a otro sujeto de derecho -normalmente, un sujeto de derecho privado, sea persona física o jurídica- un poder o derecho propio o no que el segundo no tenía antes. La concesión confiere un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, precisamente, su característica esencial estriba en caracterizarse por ser un acto administrativo creador de derechos”.²⁰

De lo anterior, se desprende que la concesión es un acto jurídico de carácter administrativo, por medio del cual el Estado que es el concedente, faculta al administrado o concesionario, para que administre o explote, en su provecho y en forma regular y continua, por un tiempo determinado bienes de dominio público, o servicios públicos, con el fin de satisfacer un interés colectivo.

Existe amplia normativa que protege el uso y explotación de los bienes, en materia de bienes de dominio público, que debe ser acatada, por lo tanto, el hecho de no suscribir un contrato con el administrado no implica que esos bienes queden desprotegidos o sin fiscalizar.

²⁰ Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Biblioteca Jurídica Dike. Brasil de Mora, 2001, p. 451

De acuerdo con todo lo anterior, resulta necesario definir el papel que tiene el acto de adjudicación en una concesión, al respecto el autor Manrique Jiménez Meza, ha indicado:

“Es con el acto de adjudicación en firme que se implementan, singularizan y refuerzan las relaciones recíprocas de derechos y obligaciones contractuales, sin que la relación misma requiera de la existencia formal de un contrato para su eficacia jurídica”.²¹

De tal manera que el acuerdo ejecutivo representa el acto administrativo formal mediante en el cual la Administración incorpora las cláusulas relativas a la concesión, con todas y cada una de las disposiciones que establezca la legislación vigente, tomando en cuenta la clase de bien que se concede, es decir su naturaleza de bien demanial y escaso.

7. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE USO Y EXPLOTACIÓN DE UNA CONCESIÓN.

El espectro radioeléctrico, en su condición de bien de dominio público, sólo puede ser explotado por la Administración Pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca el legislador, según lo instituye el artículo 121 inciso 14) subinciso c) de la Constitución Política.

Debido a lo anterior, las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico sólo confieren a su titular, el derecho de explotar o de hacer uso de éste en los términos y las condiciones técnicas estipuladas en el respectivo título habilitante, sin que se genere derecho alguno de dominio sobre éste.

²¹ Jiménez Meza, Manrique. Derecho Público. Jurídica Continental, junio 2001, San José, p. 91.

El principal efecto del otorgamiento de una concesión es precisamente su fuerza obligatoria, la cual “(...) se traduce en el imperativo de que las partes den cumplimiento, de buena fe, a las obligaciones surgidas del acuerdo de voluntades, así como a aquellas que emanan de la naturaleza de las obligaciones pactadas o que por ley pertenecen a ellas”.²² De manera que, de la emisión de estos actos administrativos, surge el deber, tanto para la Administración como para el concesionario, de cumplir de buena fe con todas y cada una de las obligaciones emanadas directamente del título habilitante y de aquellas que surgen de su naturaleza misma.

En este sentido, y con el fin de velar porque se cumplan dichas obligaciones, es que la Administración debe de cumplir con el principio de control de los procedimientos, el cual es uno de los principios generales de la contratación administrativa que se encontraban regulados en la Sección Segunda del Capítulo I de la Ley de Contratación Administrativa y actualmente en el artículo 8 de la Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública y desarrollados en la jurisprudencia costarricense de la siguiente forma:

Principio de control de los procedimientos. Principio, según el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera tal que las partes deben cumplir con las condiciones pactadas siempre tomando en cuenta lo dispuesto en la normativa de contratación administrativa, así como sus principios generales.²³

De conformidad con esta función, la Administración debe vigilar y verificar que, durante toda la vigencia de la concesión, el concesionario cumpla con las obligaciones contractuales. Esto quiere decir que, ante un eventual incumplimiento o anomalía en la ejecución de la concesión por parte del concesionario, la Administración deberá tomar

²² RODRÍGUEZ (Libardo). “Los efectos del incumplimiento de los contratos administrativos”, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, N° 5 (enero-junio 2009), p. 344.

²³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 998-1999, 16 de febrero de 1998, 11:30 horas.

inmediatamente las medidas pertinentes en aras de que el bien común no se vea perjudicado. Esto es así porque la ejecución contractual, ejecutada en tiempo y forma, se traduce en la tutela efectiva del interés público.

Ahora bien, el incumplimiento de un concesionario en cuanto a las obligaciones convenidas con la Administración Pública acarrea consecuencias jurídicas que podrían afectar o revocar el título habilitante otorgado.

El incumplimiento contractual se puede definir de la siguiente manera:

“Hay incumplimiento de las obligaciones jurídicas cuando el deudor no cumple lo debido ya sea porque no previó adecuadamente su capacidad de cumplimiento, es decir creyó en un inicio poder obligarse y poder cumplir con dichas obligaciones, pero luego por diversas circunstancias que le son imputables no puede hacerlo (negligencia). Es consecuencia de la mala fe o la negligencia del obligado y por ende no produce la satisfacción del interés del acreedor que debió haber quedado satisfecho con el cumplimiento de la prestación”.²⁴

Asimismo, el Tribunal Contencioso Administrativo señala:

“En síntesis, el objeto del contrato, está constituido por la obligación impuesta contractualmente, que implica una prestación, que constituye siempre una conducta de dar, hacer no hacer algo. Ahora bien, si el objeto del contrato es siempre la obligación de una prestación debida, entonces, se cumple con el objeto del contrato, realizando la conducta o comportamiento obligado. La idea contraria, es decir, la falta de ejecución de la prestación debida; implica el incumplimiento del objeto del contrato”.²⁵

²⁴ JIMÉNEZ (Jorge). “Caso fortuito y fuerza mayor diferencia conceptual”, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 123, (setiembre-diciembre 2010), p. 79.

²⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Resolución N° 83, de fecha 07 de octubre de 2014, 11 horas.

En similar sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conceptualiza el incumplimiento contractual de la siguiente forma:

“(...) el incumplimiento contractual significa no ejecutar determinada prestación en los términos originalmente pactados. El incumplimiento, específicamente en cuanto a contratos administrativos se refiere, está referido (sic) a un modo anormal de extinción de tales convenios, y puede ser imputable tanto a la Administración como al contratista”.²⁶

Tomando en consideración estos conceptos, la omisión de la obligación de prestación *“(...) hace referencia al caso en el cual no se consigue el objetivo de la obligación porque (...) no se recibe prestación alguna, o mejor, absolutamente nada en relación con la obligación pactada. Se trata de la inejecución absoluta de la obligación”.²⁷*

En virtud del incumplimiento contractual por parte del concesionario, en la ejecución de sus obligaciones, este se expone a sanciones o la resolución de su contrato y por ende la revocación de su título habilitante, según sea la magnitud de sus incumplimientos de acuerdo con la norma transgredida.

La Administración Pública posee prerrogativas y una de ellas es la facultad de resolver un contrato o una concesión unilateralmente, derecho que está implícito en todo contrato administrativo, aunque no se encuentre establecido en éste. Esto implica que, en la contratación administrativa, la Administración Pública puede extinguir ella misma el contrato por razones de incumplimiento del concesionario, siempre que la Administración pueda imputarle a este último su incumplimiento en lo pactado, sin necesidad de recurrir a la vía judicial, de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, mediante el cual se valora y constata la procedencia de la resolución del contrato.

²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 1205, de fecha 15 de marzo de 1996, 9 horas.

²⁷ RODRÍGUEZ, *op cit*, p. 178.

El fundamento de estas prerrogativas de la Administración Pública, lo detalla muy acertadamente Sayaguez Laso en el siguiente párrafo:

“En general admítase que la administración puede declarar unilateralmente la rescisión del contrato por incumplimiento, sin necesidad de acudir a la vía judicial, aunque nada se hubiera estipulado al respecto. Esta solución se justifica por el interés público de que la ejecución de los servicios se paralice, lo cual ocurriría finalmente si la administración tuviera que aguardar el pronunciamiento de la justicia. Pero el acto declarando la rescisión está sujeto a los recursos administrativos y contenciosos, que permiten controlar la regularidad de la resolución dictada”.²⁸

Es decir, el incumplimiento injustificado del contratista genera un evidente daño al interés público, por lo que resulta que la Administración debe realizar un proceso expedito, de manera que siempre se proteja dicho interés, lo cual se debe lograr con un procedimiento administrativo tramitado por la misma Administración.

La nueva Ley N° 9986, Ley General de Contratación Pública (LGCP) y su reglamento regulan el incumplimiento contractual sin definirlo conceptualmente, en este sentido los artículos 113 y 115 de la LGCP establece a la Administración el Derecho de rescisión y resolución unilateral, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 113- Resolución del contrato

La Administración podrá resolver unilateralmente los contratos por motivo de incumplimiento grave imputable al contratista. Una vez firme la resolución contractual se procederá a ejecutar la garantía de cumplimiento y cualesquiera otras multas, si ello resulta pertinente. (...).

(...)

ARTÍCULO 115- Rescisión por voluntad de la Administración

²⁸ SAYAGUEZ LASO (Enrique). Tratado de Derecho Administrativo I, Montevideo, Ediciones De Palma, 1953, p. 578.

La Administración podrá rescindir unilateralmente sus contratos, no iniciados o en curso de ejecución, por razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditadas. Para ello, deberá emitir una resolución razonada, observando el procedimiento regulado en el artículo anterior.

(...)

En este mismo orden de ideas el artículo 288 del Decreto Ejecutivo N° 43808-H, Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, regula la resolución del contrato por incumplimientos del concesionario, al señalar:

“Artículo 288. Terminación del contrato. (...)

Los contratos públicos se extinguen de forma anormal por:

a) La resolución contractual reguladas en los artículos 113 y 114 de la Ley General de Contratación Pública.

b) La rescisión conforme a lo previsto en los artículos 115 y 116 de la Ley General de Contratación Pública.

(...)

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que la resolución del contrato administrativo por incumplimiento es:

“(...) el modo de disolución anormal de un contrato en razón de una causa sobreviniente, que corresponde al incumplimiento de una de las partes y que extingue retroactivamente el contrato, resolución que puede ser declarada ex officio por la Administración cuando es el contratista el que incumple con sus obligaciones y sin perjuicio, en ambos casos, del control de legalidad que deberá ejercer el juez competente”.²⁹

²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 1205, del 15 de marzo de 1996, 9 horas.

En este sentido la resolución contractual por incumplimiento tiene como presupuesto un comportamiento del concesionario que le es imputable y que es posterior a la celebración del contrato, rompiendo la composición de intereses de que el contrato es expresión.

En cuanto a la razón del incumplimiento Alberto Brenes Córdoba, señalaba que “(...) *la voluntariedad del incumplimiento puede ser culposa o dolosa. En el primer caso está ausente la voluntad de causar perjuicio al acreedor, mientras que, en el segundo caso, la inejecución ha sido de mala fe*”.³⁰

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia apoya la concepción de que el dolo contractual se constituye con el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, teniendo el deudor la intención de no cumplir.³¹

Ahora bien, pueden darse eximentes o razones que justifiquen el incumplimiento contractual por parte del concesionario, por eso el ordenamiento jurídico prevé dichas situaciones siempre y cuando el afectado haga de conocimiento a la Administración de dicha situación.

Tomando en cuenta esto, y dado que el ordenamiento jurídico costarricense establece que uno de los requisitos para que proceda la resolución contractual por incumplimiento es que el concesionario sea culpable, resulta indispensable considerar si existe alguna causa que lo exonere de culpabilidad.

Dado el caso de que no existiera ningún eximente que justifique el incumplimiento por parte del concesionario, es de proceder por parte de la Administración la resolución del contrato y por ende la revocación de la concesión otorgada, llevando a cabo el

³⁰ BRENES CÓRDOBA (Alberto). Tratado de los Contratos, San José, Juricentro, 1985, p. 33

³¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 34, de 22 de marzo de 1991, 14 horas 25 minutos.

procedimiento respectivo y cumpliendo a cabalidad con el principio del debido proceso, tal y como lo señala el Tribunal Contencioso Administrativo:

“IV.- DE LA POTESTAD MODIFICADORA Y EXTINTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS SUSCRITOS POR ELLA. (...) Sin embargo, estas potestades de variación, modificación, rescisión o extinción del contrato administrativo que posee la administración tienen límites, los que se encuentran consagrados en la legislación vigente de cada ordenamiento. Así, uno de tales límites a esa potestad, lo constituye el procedimiento administrativo que debe llevar a cabo la Administración, previo al dictado del acto final que modificará o extinguirá la relación entre las partes ya constituida; y con él se garantiza al administrado el cumplimiento del principio del debido proceso, y así los derechos derivados de él, con el fin de que el acto que lo culmina no sea nulo ni vulnere tal derecho. Dentro de ellos se encuentran: el conocimiento del traslado de los cargos, los derechos de audiencia y defensa, y el de doble instancia entre otros”.³²

De forma similar, dicho Tribunal ha recalcado la importancia del debido proceso en el procedimiento de resolución contractual, basándose en lo ya dicho por la Sala Constitucional:

“En esta inteligencia al procedimiento deben incorporarse las diversas manifestaciones y garantías del principio constitucional del debido proceso, dispuesto por el canon 39 de la Carta Magna. El tema ya ha sido de vasto análisis por parte de la Sala Constitucional, quien en su amplia jurisprudencia sobre este particular ha sostenido que deben converger en la especie, una serie de garantías elementales, que permitan al particular ejercer su derecho de defensa y que ofrezcan una certeza de que la decisión que en definitiva adopte la entidad pública, es el resultado de una ponderación objetiva del caso, y no una voluntad antojadiza y arbitraria (entre otras, resoluciones, 243-98, 3929-96, 632-99 y 2376-98). Dentro de estos elementos mínimos indicados, se impone el derecho de defensa, como eje central del debido

³² Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Resolución N° 19, del 22 de febrero del 2006, 15 horas 40 minutos.

proceso y en virtud del cual, acude a la parte pasiva del procedimiento, el derecho de asistencia letrada, acceso irrestricto al expediente administrativo y sus piezas, incluidas las pruebas, oportunidad razonable y proporcional de formular los alegatos, derecho a una resolución motivada y el derecho de impugnación de las resoluciones cuando la ley así lo disponga”.³³

El objeto del procedimiento de resolución contractual consiste en determinar que los hechos en virtud de los cuales se instruye realmente pueden ser imputados al supuesto responsable y, por ende, imponerle las consecuencias jurídicas que de antemano dispone el ordenamiento jurídico.

Señalado todo lo anterior, este Órgano Decisor del Procedimiento Administrativo analizará los presuntos incumplimientos cometidos por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD.

8. SOBRE LOS SISTEMAS DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES INTERNACIONALES (IMT).

Los Sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT) son sistemas móviles de alta calidad que brindan una gran gama de servicios de telecomunicaciones, cuyas elevadas velocidades de transmisión de datos permiten el funcionamiento de diversas aplicaciones de banda ancha móvil a gran escala. El término acuñado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), representa un tipo de estandarización que representa una gran densidad de redes, acceso a espectro propicio y tecnologías móviles disruptivas.

La UIT en su Recomendación UIT-R M.1224³⁴ ha definido a las IMT como:

³³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, Resolución N° 206, del 05 de octubre del 2011, 11 horas 30 minutos.

³⁴ https://www.itu.int/dms_pubrec/itu-r/rec/m/R-REC-M.1224-1-201203-III!PDF-S.pdf

“Los sistemas de telecomunicaciones móviles internacionales (IMT), son sistemas móviles que ofrecen acceso a una amplia gama de servicios de telecomunicación y en particular a servicios móviles avanzados, soportados por las redes móviles y fijas que cada vez más utilizan tecnología de paquetes. Los sistemas IMT soportan aplicaciones de baja a alta movilidad y una amplia gama de velocidades de datos con arreglo a las exigencias de los usuarios y los servicios en múltiples entornos de usuario. Las IMT también tienen capacidades para aplicaciones multimedios de alta calidad dentro de una amplia gama de servicios y plataformas, y ofrecen mejoras importantes de rendimiento y calidad de servicio”.

El UIT-R (conocido en inglés como *ITU Radiocommunication Sector*, o Sector de Radiocomunicación de la UIT) ha desarrollado nuevas definiciones y requerimientos para las IMT a medida que han surgido nuevas tecnologías, necesidades del usuario y/o nuevas e innovadoras características de los sistemas móviles.

De esta manera, el UIT-R diseñó el primer conjunto de los estándares IMT aproximadamente a partir del año 2000: las IMT-2000, las cuales integraron sistemas móviles de tercera generación; luego se estandarizaron las IMT-Avanzadas, cuya principal característica fue la implementación de aplicaciones multimedia de elevada calidad y la integración de servicios móviles de cuarta generación; finalmente, a medida que el consumidor ha venido demandado un mayor volumen de tráfico, mejor calidad en la experiencia del usuario y una mejor asequibilidad respecto del costo del servicio y de los equipos terminales, el UIT-R determinó la inclusión de las IMT-2020, con el objeto de dar cabida a los sistemas 5G.

Como lo indica la recomendación UIT-R M. 1224-1, los sistemas IMT soportan aplicaciones de baja a alta movilidad y de varias velocidades de datos, para así satisfacer las exigencias de los usuarios y los servicios en su entorno. Adicionalmente, este sistema posee capacidades para aplicaciones multimedios de alta calidad dentro de una amplia gama de servicios y plataformas con las siguientes características claves:

- Alto grado de uniformidad de funcionalidades a escala mundial, sin perjuicio del mantenimiento de la flexibilidad para dar soporte a una amplia gama de servicios y aplicaciones de un modo rentable.
- Compatibilidad de los servicios de las IMT entre sí y con las redes fijas.
- Capacidad de interfuncionamiento con otros sistemas de acceso radioeléctrico.
- Servicios de alta calidad móvil.
- Equipos de usuario utilizables a escala mundial.
- Aplicaciones, servicios y equipos de fácil manejo.
- Capacidad de itinerancia a nivel mundial.
- Mayores velocidades máximas de datos para dar soporte a aplicaciones y servicios avanzados. (UIT-R M.1224-1, 2012)

Tal y como lo indica la recomendación mencionada anteriormente, *“las IMT funcionarán en las bandas atribuidas a escala mundial indicadas en el Reglamento de Radiocomunicaciones”*.

Según lo indica el Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT (RR), en su Edición 2020, en el volumen I “*Artículos*” los segmentos de frecuencias identificados internacionalmente para la implementación de sistemas IMT son los siguientes:

- De 450 MHz a 470 MHz.
- De 470 MHz a 960 MHz.
- De 1427 MHz a 1518 MHz.
- De 1710 MHz a 2200 MHz.
- De 2300 MHz a 2400 MHz.
- De 2500 MHz a 2690 MHz.
- De 3300 MHz a 3700 MHz.
- De 4800 MHz a 4990 MHz.
- De 24,25 GHz a 29,5 GHz.
- De 37 GHz a 43,5 GHz.
- De 45,5 GHz a 47 GHz.

- De 47,2 GHz a 48,2 GHz.

Las IMT permiten la prestación de servicios móviles con ciertos parámetros, según la generación:

“(..)

- 1G (primera generación) se refiere a las primeras comunicaciones móviles analógicas (voz).
- 2G (segunda generación) se refiere a los primeros sistemas móviles digitales, centrados en servicios de voz, pero que incluyeron otros servicios complementarios como la mensajería de texto.
- 3G (tercera generación) conocidas como IMT-2000, se refieren a redes de voz con capacidad para datos móviles.
- 4G (cuarta generación) conocidas como IMT-Avanzadas o LTE (Long Term Evolution), se refieren a redes de datos móviles con capacidad de alrededor de 10 Mbps experimentados por el usuario, por las cuales se pueden establecer comunicaciones de voz paquetizada (por ejemplo, VoLTE).
- 5G (quinta generación) se refiere a IMT-2020 (...)”³⁵

Es de resaltar que las IMT-2020 integran muchas más capacidades que las IMT 2000 y las IMT-Avanzadas en cuanto a mayor velocidad de datos, mayor eficiencia espectral, menor latencia³⁶ y mayor movilidad. En vista de lo anterior, uno de los grandes retos en materia de la política del espectro radioeléctrico consiste en llevar a cabo estrategias de planeación y reorganización de bandas de frecuencias, con el objeto de estar en condiciones de poner a disposición sistemas IMT-2020 para la operación de servicios de telecomunicaciones con mayor demanda.

9. SOBRE EL DESARROLLO DE SISTEMAS EN LA BANDA DE 2600 MHz.

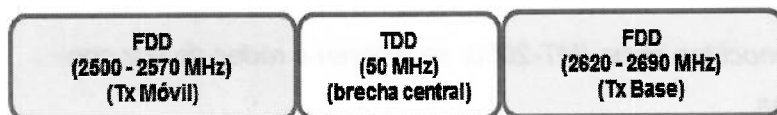
³⁵ Ruta 5G. El camino de Costa Rica hacia las redes IMT-2020, Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, Costa Rica, abril 2021. <https://www.micitt.go.cr/ruta-5g/>

³⁶ La latencia es el tiempo que tarda en transmitirse un paquete dentro de la red, y es un factor clave en las conexiones a Internet. En función de la conexión que tengamos, esta latencia será mayor o menor. <https://www.testdevelocidad.es/2016/08/18/la-latencia-podemos-mejorarla/>

El Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) y sus reformas, establece para los 190 MHz para el servicio móvil terrestre en la banda de 2600 MHz, la siguiente atribución:

“(…)

CR 075 *El segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz (banda de 2600 MHz) se atribuye al Servicio Móvil para el desarrollo de sistemas IMT, los cuales deben operar de acuerdo con la siguiente canalización (arreglo C1 de la recomendación UIT-R M.1036):*



(…)”

De lo anterior se extrae la canalización establecida en la nota CR 075 del PNAF actual (canalizado por primera vez en la reforma del PNAF mediante el Decreto Ejecutivo N° 38033-MICITT del 15 de noviembre de 2013), la cual corresponde al arreglo C1 de la recomendación UIT-R M.1036, con una segmentación de 70 MHz para la transmisión del terminal móvil hacia la radiobase, 70 MHz para la transmisión de la radiobase hacia el terminal móvil, ambos en FDD (duplexación por división de frecuencia) y 50 MHz en TDD (duplexación por división de tiempo), de los 190 MHz.

Ahora bien, en esta segmentación por bloques de 70 MHz en FDD, por ejemplo, se puede segmentar más aún, es decir, en bloques o portadoras de 5 MHz, 10 MHz, 15 MHz, 20 MHz, 25 MHz, 30 MHz, 35 MHz, 40 MHz y 50 MHz; según el arreglo denominada “n7” para 5G o de 1,4 MHz, 3 MHz, 5 MHz, 10 MHz, 15 MHz y 20 MHz en el arreglo “b7” para LTE (4G) según la 3GPP³⁷, la cual define esa división por bloques posibles para la banda

³⁷ 3rd Generation Partnership Project: Proyecto Asociación de Tercera Generación, una a siete organizaciones de desarrollo de estándares de telecomunicaciones, conocidas como Socios

de frecuencia de 2600 MHz que se utiliza cuando la canalización corresponde al arreglo C1, y los cuales se pueden técnicamente segmentar más en subportadoras para realizar la reutilización del bien escaso, en la implementación de una red de acceso eficientemente; sin embargo, entre más se segmenta (anchos de banda más pequeños), menor va a ser la tasa de datos (velocidad de internet) y la conexión de usuarios (cantidad máxima de usuarios que se pueden conectar a la vez) por estación base.

Habiendo aclarado el tema de la segmentación que, técnicamente se puede presentar en la banda de 2600 MHz en Costa Rica, y sus limitaciones, es importante aclarar también cuáles tecnologías IMT se pueden aplicar, en este momento, en dicha banda con tal canalización. Al respecto, de la información recabada en el informe técnico N° MICITT-DERRT-DAER-INF-112-2021, el cual consta de los folios 1619 a 1664 del expediente administrativo, se extrae lo siguiente:

“(…)

Cabe mencionar que los actuales despliegues de LTE a nivel global en la banda de 2600 MHz han requerido alguna planificación para migración o “refarming”³⁸ de redes anteriores (3G o 2G), de manera que se pudieran efectivamente realizar despliegues 4G / LTE en esa banda de frecuencias, siendo que estas redes al día de hoy cuentan con vigencia en los plazos técnicos de operación dentro del ciclo de vida de esta tecnología (es decir, LTE no podría considerarse a la fecha de elaboración del presente informe como una tecnología legada³⁹). Esto hace que, el espectro de la banda de 2600 MHz pueda proyectarse por las Administraciones para despliegues aún en tecnologías LTE, o proyectar despliegues “Green field”⁴⁰ para redes del tipo 5G. Asimismo, es posible planificar técnicamente un “refarming” de esta banda de LTE hacia 5G, esto último a

Organizacionales, proporcionando a sus miembros un entorno estable para producir los Informes y Especificaciones que definen el sistema 3GPP. <https://www.3gpp.org>

³⁸ Refarming: Oportunidad de reemplazar las redes heredadas con sistemas completamente nuevo. Fuente propia.

³⁹ Red legada o sistema heredado: sistema o tecnología desactualizado que sigue en uso debido a que se mantiene desempeñando las funciones para las que fue diseñado. Fuente propia.

⁴⁰ Green fields: Infraestructura no desarrollada previamente, lo cual brinda una oportunidad. Fuente propia.

través del uso de tecnologías como la compartición dinámica del espectro (DSS, por sus siglas en inglés) entre portadoras de LTE y 5G de manera simultánea.(...)”

Aunado a lo anterior y en relación con las tecnologías IMT que se pueden aplicar, a este momento, en dicha banda, la SUTEL se refiere al tema en el dictamen técnico N° 04225-SUTEL-OTC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021, denominado “Informe sobre asignación de espectro para despliegue futuro de redes 5G desde la perspectiva de la competencia”, el cual consta del folio 1539 al 1559 vuelto del expediente administrativo:

“(...)”

- *Bandas medias (entre 1 GHz y 6 GHz)*

Las bandas medias, permitirán el despliegue de 5G en ciudades, dada su versatilidad tanto en propagación o cobertura como en capacidad, son las bandas centrales del despliegue de 5G. Entre estas bandas, se encuentran las bandas de 2.3 GHz, 2.6 GHz y 3.5 GHz.

(...)”

Por otra parte, debe señalarse sobre el uso de la banda de 2.6 GHz (bandas b7 y b38 para 4G, n7 y n38 para 5G, según la 3GPP) que esta ocupa el segundo lugar en cuanto a su uso para redes 4G por los operadores a nivel mundial, como se detalla en el informe del mes de abril del presente año denominado “Networks, Technologies & Spectrum Snapshot” de la Global mobile Suppliers Association – GSA. Asimismo, se ubica en el cuarto lugar del espectro más utilizado para la implementación de redes 5G por los operadores móviles.

(...)”

Adicionalmente, conviene tener presente cuál es la cantidad de espectro mínimo disponible que se requiere en cada banda para lograr un despliegue de 5G que resulte funcional, para lo cual se considera pertinente tener en consideración lo definido por el TDLC en su sentencia 62/2020, lo cual se muestra en la siguiente Figura.

Enfoque de frecuencias multicapa para escenarios de uso de 5G

Objetivo estándar	Usos	Capa	Necesidad espectral ideal
eMBE	Control inalámbrico de procesos industriales, cirugías a distancia, realidad virtual, automóviles autónomos	<i>Frecuencias altas (sobre 6 GHz)</i> Casos específicos que requieren velocidades de datos extremadamente altas.	800 MHz - 1 GHz de espectro contiguo
eMBB URLLC y mMTC	Mayoría de servicios móviles 5G (despliegue temprano)	<i>Frecuencias medias (entre 2 y 6 GHz)</i> Equilibrio entre capacidad y cobertura de áreas amplias, pero no profundas (penetración de interiores).	80 - 100 MHz de espectro contiguo
eMBB URLLC y mMTC	Comunicaciones masivas de tipo máquina (bajo volumen de transmisión de datos) y telefonía móvil en áreas amplias	<i>Frecuencias bajas (por debajo de 2 GHz)</i> Cobertura en áreas amplias e interiores.	Hasta 20 MHz

Fuente: Elaboración propia, basado en: (i) Wan et al (2018). *4G/5G Spectrum sharing for enhanced mobile broad-band and IoT Services* (p. 1); (ii) Huawei (2018). *5G Spectrum: Public Policy Position* (p. 6); y (iii) GSMA (2019). *5G Spectrum: GSMA Public Policy Position* (p. 4).

(...)

De conformidad con lo anterior, en las bandas medias, la necesidad de espectro ideal requerida por los operadores para el despliegue de 5G es de 80-100 MHz de espectro continuo, (...)

(...)

Por su parte, como se indicaba en una sección anterior, la banda de 2600 MHz es la cuarta banda en preferencia para el despliegue de redes 5G.

(...)

F. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

(...)

6- En el caso de las bandas medias para el despliegue de las redes 5G, se considera pertinente destacar la situación de las bandas de 2,6 GHz y 3,5 GHz, como bandas centrales en el despliegue de la tecnología 5G.

(...)"

De lo anterior, se puede concluir que, en el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, se puede implementar los sistemas IMT en tecnología 4G LTE y 5G NR, sin embargo, si

actualmente se fuera a utilizar la canalización C1 con una segmentación de bloques mínimo de 2x20 MHz (40 MHz en total para la transmisión y recepción entre el terminal móvil y la radio base), no se podría ofrecer velocidades de datos mayores o iguales a 400 Mbps para 5G NR, y como indica, la SUTEL en las citas anteriores, el espectro ideal para el despliegue de 5G NR es de 80 a 100 MHz de espectro continuo, para brindar velocidades mayores a 1 Gbps y mayor conexión de usuarios, lo cual es importante para el internet de las cosas (“IoT” por sus siglas en inglés, es el proceso para conectar varios dispositivos cotidianos a internet, como electrodomésticos, vehículos, semáforos, etc.); en el caso de la tecnología 4G LTE que se utiliza actualmente, el uso de bloques de 2x20 MHz es el tamaño máximo por bloque para transmisión y recepción que permite esa tecnología, lo cual no limita la velocidad máxima que pudiere proveer un operador con un diseño de red eficiente.

Finalmente, sobre este aspecto, específicamente si un operador cuenta con un segmento o portadora de 2x20 MHz, y a su vez, al implementarlo con subportadoras de 5 MHz por medio de la reutilización de frecuencias en un diseño de red eficiente, el Departamento de Administración del Espectro Radioeléctrico emitió el informe técnico N° MICITT-DERRT-DAER-INF-050-2022 denominado *“Consideraciones técnicas respecto a las recomendaciones de la SUTEL en relación con la banda de 2500 MHz a 2690 MHz emitidas entre 2017 y 2021 (actualización del criterio MICITT-GAER-INF-183-2016)”*, el cual consta del folio 2647 al 2657 del expediente administrativo, e indica lo siguiente:

“(…)

Al emplear el mecanismo de reutilización de frecuencias mencionado anteriormente, en ambientes teóricos, utilizando un ancho de banda de portadora $F1+F2+F3$ de 5 MHz, modulaciones desde 64 QAM hasta QPSK, es posible conseguir tasas de transferencia por estación base de hasta 100 Mb/s, lo cual demuestra que el empleo de técnicas de reutilización de portadoras en redes LTE no provocaría una desmejora en la calidad de servicio y experiencia de usuario final, pero sí implica un uso altamente eficiente del espectro radioeléctrico desde una perspectiva técnica.”

10. SOBRE LA COMPARECENCIA ORAL Y PRIVADA.

Mediante la Resolución de Inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio y traslado de cargos, N° ODPa-RES-ICE-001-2022, de las 09:00 horas de fecha 09 de noviembre del año 2022, la Resolución N° ODPa-RES-ICE-002-2022, de las 10:00 horas de fecha 09 de diciembre del año 2022 y la Resolución N° ODPa-RES-ICE-004-2022 de las 15:00 horas de fecha 19 de diciembre del año 2022, se citó al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE) y al SINDICATO DE INGENIEROS DEL ICE (SICE) a la Comparecencia Oral y Privada, de conformidad con los artículos 218 y 309 de la LGAP, teniendo como finalidad la evacuación de las pruebas para encontrar la verdad real respecto a los hechos investigados en contra del ICE.

Al ser las 09 horas 26 minutos del día 08 de febrero de 2023, el Órgano Director del Procedimiento Administrativo inició con la realización de la comparecencia oral y privada, teniendo como representantes del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, a la señora Yaila Paola Sánchez Canessa, con cédula de identidad N° 1-0801-0326, carné de abogado N° 7577 y Gonzalo Gómez Rodríguez, con cédula de identidad N° 1-1070-0098, carné de abogado N° 17048, ambos apoderados especiales administrativos.

Por la parte coadyuvante, sea el SIICE, al señor Carlos Stradi Granados, portador de la cédula de identidad N° 1-0663-0636, en su calidad de presidente con facultades de Apoderado Generalísimo sin límite de suma, y el señor German Calderón Lobo, con cédula de identidad N° 4-0149-0125, abogado, con número de carné N° 5995, quien ostenta facultades suficientes para representar a la organización sindical.

Se les informó a los presentes de las reglas a seguir dentro de la comparecencia, así como la justificación para su realización, y se realizó la imputación de los hechos indicando un resumen de los dictámenes técnicos de la SUTEL en los cuales constan las mediciones realizadas.

A. Saneamiento procesal:

Se llevó a cabo una etapa de saneamiento procesal dentro de la comparecencia, donde se le consultó a la parte si tenían algún asunto de trámite que debiera ser resuelto en forma previa, como alegaciones de actividad procesal defectuosa, vicios del procedimiento y excepciones procesales.

1. Instituto Costarricense de Electricidad:

Indican que no tienen observaciones sobre este punto.

2. Sindicato de Ingenieros del ICE (SIICE):

Por su parte, el representante German Calderón Lobo del SIICE indica que sí existe un tema de saneamiento procesal al cual debe referirse. Al respecto alega la parte coadyuvante que, en función del Principio de Legalidad establecido en el artículo 11 de la Constitución Política y la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, el Órgano Director carece de competencia para realizar el procedimiento administrativo contra el ICE, en razón de que, el artículo 308 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, el cual indica los casos en los que se aplica el procedimiento ordinario establecido en dicha Ley, *“regula la relación de la Administración con los administrados (particulares) y no contra el propio Estado, es decir no contra las empresas públicas por lo cual se va en contra del debido proceso”*. Sobre lo mismo, indica que, *“el MICITT en un trámite de un procedimiento contra el Estado, no puede aplicar las normas del procedimiento ordinario si no que debe reglamentar el proceso porque es un proceso especial según el artículo 361”* (de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública).

Aunado a lo anterior, alega que el Órgano Director debe acudir a la aplicación del artículo 227 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública y consultar al Órgano decisor el cual deberá responder en un plazo de 3 días hábiles, tiempo mediante el cual deberá suspenderse la comparecencia.

En razón de lo anterior solicita que se acoja la excepción de competencia y que el Órgano Director no continúe con la realización de la comparecencia ni con el procedimiento administrativo e invocar al ejercicio de las potestades reglamentarias según el artículo 361 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública ya que considera la parte coadyuvante que, el MICITT para realizar el procedimiento administrativo en cuestión debe en primera instancia regular dicho procedimiento en el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.

2.1 Resolución del Órgano Director:

Una vez escuchados los alegatos del representante del SIICE sobre la interposición de la excepción de competencia, el Órgano Director de conformidad con el Principio de Legalidad establecido en el artículo 11 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, procedió a deliberar y RESOLVIÓ que según los artículos 59 y 60 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública; 4, 11 y siguientes, 22 y 65 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, 36 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, así como el Dictamen de la Procuraduría General de la República N° C-306-2015 de fecha 11 de noviembre de 2015 que, de conformidad con el Principio de Paralelismo de las Competencias en concordancia con los artículos citados y siendo que le corresponde al Poder Ejecutivo resolver las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, entre las que no se hace diferencia entre entidades públicas y privadas, así como decidir la apertura del procedimiento administrativo ordinario establecido en la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, RECHAZAR en todos sus extremos la EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA contra lo cual no cabe recurso ordinario alguno en los términos del artículo 345 inciso 1) de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública.

Ante la decisión del Órgano Director de rechazar la excepción planteada de falta de competencia, la parte coadyuvante alega que el tema no ha sido resuelto y que se

comete un vicio procesal todavía más grave, ya que indica que de la excepción presentada el Órgano Director debió de haberle conferido audiencia al ICE y no se realizó así.

Además, interpone nuevamente Recurso de Revocatoria, alegando que no lo hace por alguna de las situaciones del artículo 345 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, si no a partir de las normas del derecho convencional, la integración de normas de los artículos 7 y 9 de la LGT y por el artículo 227 de ese mismo cuerpo normativo que, obliga a consultar aspectos de competencia.

El Órgano Director le indicó nuevamente a la parte coadyuvante que, la excepción de competencia se rechaza y se le reitera que no cabe Recurso ordinario según el artículo 345 de la LGT.

De conformidad con lo anterior el Órgano continúa con el desarrollo de la comparecencia.

B. Alegatos de apertura:

1. Instituto Costarricense de Electricidad:

EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD presenta alegatos iniciales de forma oral en la comparecencia oral y privada y de forma escrita mediante el oficio N° 263-10-2023 de fecha 08 de febrero de 2023, mismo que se anexa al presente informe de recomendación.

Como primer alegato de inicio durante le comparecencia, de forma oral el representante del ICE en el minuto 20 con 43 segundos de transcurrida la segunda parte de la grabación de la comparecencia del 08 de febrero de 2023, indicó lo siguiente:

“Los actos de regulación en este caso, los informes que sustentan la apertura, bajo un Estado derecho y principio de legalidad y seguridad jurídica deben ser estrictamente

apegados a las reglas unívocas de la ciencia, la técnica, los principios elementales de justicia, lógica, conveniencia, razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad y también respeto a los derechos de los administrados, de forma tal que la discrecionalidad técnica que tenga un regulador no se convierte en arbitrariedad.

En la presente audiencia el ICE demostrará con base en prueba documental y técnica pericial idónea la cual aportaremos, ofreceremos en el momento procesal oportuno que cada uno de los informes de la superintendencia, cada uno en su integralidad realizados por más de una década, incumplen groseramente no sólo dichas reglas y principios antes mencionados sino que también, como actos de regulación de actos administrativos porque al final cabo son actos administrativos incumplen también con los elementos estructurales y también con el principio de tipicidad del derecho administrativo sancionatorio.

(...)

El órgano director como garante el principio de legalidad del ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones sobre el cual vamos a conversar en esta audiencia y como parte del Estado de , en el desarrollo de esta audiencia y en averiguación de la verdad real y en tutela del interés público podrá constatar de propia mano que no existe mérito ni fundamento alguno para imponer ningún tipo de sanción ni inhabilitación al ICE.

La Procuraduría General de la República en el Manual de Procedimientos indica que la decisión de inicio de un procedimiento administrativo no implica una obligación de la administración de concluirlo con un acto desfavorable para el administrado.

(...)”

Por su parte, a continuación, se procede a citar algunos de los alegatos expuestos en el oficio mencionado:

“(…)

1. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS INFORMES DE LA SUTEL

Como se ha podido demostrar en los descargos a los Considerandos en el aparte anterior, la SUTEL no midió en ningún momento, desde el 2012 al 2022, la eficiencia del uso de la banda 2.6 GHz por parte del ICE, sino solo la ocupación.

Esto por cuanto, en primer lugar, a nivel nacional, no ha existido nunca normativa regulatoria que establezca una metodología con criterios y parámetros definidos y claros, que permitan determinar en un caso concreto, si existe uso eficiente o no, del espectro radioeléctrico. Y, en segundo lugar, porque, no obstante, desde 1994 existe normativa a nivel internacional para determinar esa eficiencia, la misma no fue utilizada por la SUTEL en ninguno de sus informes realizados entre el 2012 y el 2022.

Lo que la SUTEL realizó en todos su informes del 2012 al 2022 fueron mediciones de “ocupación” o uso de la banda 2.6 GHz, y no de eficiencia en el uso, lo cual se pone en evidencia con la normativa regulatoria en las que los basó: La resolución RCS-199-2012 que es una resolución del Consejo de la SUTEL denominada “Protocolo General de Medición de Señales Electromagnéticas”, la cual establece el procedimiento y lineamientos básicos para hacer mediciones sobre el espectro radioeléctrico y verificar potencia de señal, intensidad de campo y ocupación de bandas; y los procedimientos establecidos en la DGC-CA-PROC-12 denominada Procedimiento Ordinario para mediciones de campo y en el de la DGC-CA-PROC-15 denominada Procedimiento para mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME.

“(…)

Como se evidenció en el aparte anterior, para cada informe la SUTEL, sin justificación alguna, escogió diferentes cantidades y localización de sitios para medir, sin fundamentar

debidamente que las ubicaciones escogidas eran las idóneas para determinar un uso eficiente de la banda a medir.

Adicionalmente, la SUTEL justificó la adquisición de nuevas estaciones de medición a partir del año 2020 (Licitación 2021LI-000003-0014900001), en la necesidad de actualización de los equipos, así como la incorporación de nuevas regiones no abarcadas por el actual SNGME, con lo cual se evidencia, primero, que la cantidad y calidad de los equipos utilizados en las mediciones anteriores al 2020 era insuficiente y en segundo lugar, que tanto en ese momento como a la fecha, no existían criterios ni parámetros que permitieran definir objetivamente cuál es la cantidad y cuáles son las ubicaciones correctas para realizar mediciones de ocupación, lo cual genera invalida [sic] cualquier medición realizada con base en solo la discrecionalidad de la SUTEL la cual incluso, ni siquiera razona y justifica.

En cuanto a los periodos de medición también existe absoluta inconsistencia: 8 días y un mes en el 2012 (Informe 4629-Sutel-DGC-2012 de 9 de noviembre del 2012), 8 meses en el 2015 (Informe N° 5726-Sutel-DGC-2016 de 4 de agosto del 2016), 3 meses en el 2016 (Informe N° 3145-Sutel-DGC-2017 del 18 de abril del 2017), un mes en el 2017 (Informe N° 6996-Sutel-DGC-2017 del 23 de agosto del 2017), un mes en el 2019 (Informe N° 3820-SUTEL-DGC-2019 de 7 de mayo de 2019), periodo confuso en el informe N° 5348-Sutel-DGC-2019 de 19 de junio de 2019, pues refiere mediciones del 2018 y dice haber hecho en un mes (13 de marzo al 13 de abril) en 2019, 7 meses en el 2019 (Informe N° 10425-Sutel-DGC-2019 de 20 de noviembre de 2019), un mes en el 2020 (Informe N° 4204-Sutel-DGC-2020 de 14 de mayo de 2020), 3 meses y 23 días en el 2021 (Informe N° 06531-SUTEL-DGC-2021 de 15 de julio del 2021).

(...)

Lo mismo sucede con la cantidad y tipo de estaciones de medición: En el 2012, la SUTEL no indica cuántas estaciones utilizó; para las mediciones hechas en el 2015 solamente indica que las mediciones se realizaron con el Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo

de Espectro (SNGME), sin indicar el tipo ni la cantidad de estaciones; para las mediciones hechas en el 2016 tampoco indica cuántas estaciones fijas y cuántas móviles utilizó; para las mediciones hechas en el 2017, 2019 y 2020 solamente utilizó 5 estaciones fijas y no justifica por qué no utilizó móviles, incluso en el informe N° 10425-Sutel-DGC-2019 de 20 de noviembre de 2019 ni siquiera indicó cantidad de estaciones; para las mediciones hechas en el 2021 utilizó solo 8 estaciones fijas y en el 2022 utilizó solo 3 fijas y aparentemente 120 móviles, aunque no queda claro.

De igual forma, la SUTEL no fue consistente en la medición de los segmentos Downlink y Uplink de la banda 2.6 GHz, pues en el 2012 y 2015 no indicó cuál de los dos segmentos midió o si midió los dos, en el 2016 solo midió Downlink, y en el resto de los informes dice haber medido los dos segmentos. Y como agravante, tal y como se explicó en el aparte anterior, la SUTEL no aplicó la metodología correcta para medir la ocupación en el segmento de uplink, ya que la metodología de minutos de una hora que dice haber utilizado no es la que se establece para dicho segmento, sino que, con base en la Recomendación UIT-R SM.1880, el criterio debe ser la cantidad de terminales móviles que transmitan, es decir, se debe determinar una ocupación por ráfagas, para lo cual se deben definir un nivel de precisión, un nivel de confianza y un número necesario de muestras, nada de lo que hizo la SUTEL.

En relación con las unidades de medida de umbrales de ruido utilizados por la SUTEL, tampoco existió consistencia y fueron determinadas de forma incorrecta. En el 2012 utilizó como parámetro un nivel de piso de ruido de -110 dBm, mientras que en el 2016 dice haber medido la intensidad del campo eléctrico en dBuV/m, una unidad totalmente diferente. Al respecto, tal y como se explicó antes, los umbrales de nivel de ruido que se utilicen dependen de si la medición se hace en una zona urbana o en una zona rural, en carreteras o en zonas pobladas, y depende también, del tipo de banda de frecuencias que se vaya a medir y el tipo de tecnología. Todas estas variables deben estar claramente definidas de previo a realizar las mediciones para efectos de obtener resultados válidos, de ahí que la UIT en su informe UIT-R SM.2256, apartado 2.13, expresamente indica que: "...la ocupación resultante depende mucho del umbral, por lo

que es indispensable investigar minuciosamente el método para definir el umbral y establecer su valor...

(...)

Adicionalmente, es medular indicar que, la variación en las escalas de las gráficas del nivel de ruido de referencia induce a error al funcionario que debe leerlas, pues permite interpretaciones diferentes de una misma medición.

De lo explicado, se concluye que los informes realizados carecen de un procedimiento o metodología clara y estructurada que defina claramente los lineamientos específicos y las métricas (cualitativas /cuantitativas) para medir eficiencia espectral, generándose una total indefensión para cualquier concesionario de espectro que, al igual que el ICE, sea sometido a un procedimiento sancionatorio, pues los criterios aplicados por la SUTEL para arribar a conclusiones de no uso o uso ineficiente de espectro, son absolutamente subjetivos, inconsistentes y erróneos.

(...)

Tomando en cuenta que al ICE se le otorgó el derecho de concesión de uso del espectro en todo el territorio nacional, en virtud de las reglas de la técnica y los principios de la lógica, razonabilidad y eficiencia, como operador debe considerar las condiciones técnicas y comerciales de cada sitio geográfico, con el fin de aprovechar de la mejor forma las capacidades de frecuencias que tenga concesionadas. Es decir, el despliegue y uso de las frecuencias, entre otros, obedece a una estrategia de implementación de radio frecuencias, razonada y planificada de antemano bajo criterios técnicos precisos y que, para efectos del ICE, es a nivel nacional, sin restricción de uso u obligatoriedad de una banda en una zona específica.

(...)

Por otra parte, las mediciones de SUTEL fueron realizadas en un momento dado y en un lugar específico y se limitaron únicamente a identificar una banda de frecuencia específica, para este caso, la 2.6 GHz, sin embargo, no se puede ignorar que las áreas o zonas del sitio también están cubiertas por otras bandas de frecuencias concesionadas al ICE, por lo que, las mediciones hechas por la SUTEL no abarcan el tiempo total ni espacial de todo el uso que se esté dando al espectro concesionado, generando resultados erróneos y por ello inválidos.

(...)

Con base en todo lo anteriormente descrito y desarrollado, resulta evidente la existencia de graves vicios de nulidad absoluta en los actos administrativos emitidos por la Dirección General de Calidad de la SUTEL, la Dirección General de Competencia de la SUTEL y el Consejo de la SUTEL, y que se incluyen en el Auto de Inicio del presente procedimiento como fundamento de los Considerandos y Hechos acusados, por ausencia y errónea fundamentación y evidentes inconsistencias en su Motivo y Contenido, que violan los principios de legalidad, seguridad jurídica, reglas de la técnica, principios de la lógica, razonabilidad y proporcionalidad establecidos en el ordenamiento jurídico, en razón de lo cual, todos los informes de la SUTEL y los acuerdos del Consejo de la SUTEL que los utilizaron como fundamento, resultan inválidos e ineficaces para efectos de tomar alguna decisión en perjuicio del ICE. (...). (Énfasis agregado).

“2. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE IMPUTACIÓN E INTIMACIÓN QUE IMPOSIBILITAN AL ICE EJERCER EL DERECHO DE DEFENSA DE MANERA RAZONABLE Y POR ENDE LE GENERAN INDEFENSIÓN ABSOLUTA

En tutela de los principios administrativo procesales de intimación e imputación, y a efectos de ejercer de manera informada y con certeza técnica jurídica los derechos y

garantías constitucionales de debido proceso y defensa, a continuación nos permitimos explicar los vicios sustanciales en la intimación e imputación de cargos de la Resolución de Inicio de Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio y Traslado de Cargos N° ODP-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del 9 de noviembre de 2022 que implican una omisión de las formalidades sustanciales del procedimiento que causa indefensión al ICE conforme a lo establecido en el artículo 223 de la LGAP.

(...)

Contrastado lo anterior con el caso de marras, de la lectura de la Resolución de Inicio de Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio y Traslado de Cargos N° ODP-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del 9 de noviembre de 2022, se evidencia que no se precisó en los apartados de los Considerandos y de la Parte Dispositiva la indicación clara, precisa ni expresa de las conductas del ICE que supuestamente configuran los incumplimientos y que están siendo investigadas, ni de los periodos de comisión de estas conductas; ni a cuál de los incumplimientos corresponde cada una de las conductas del ICE, siendo que tampoco se indica en forma clara, precisa y expresa de qué forma las conductas del ICE presuntamente configuran incumplimientos de las obligaciones derivadas del Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98 MSP del 25 de setiembre de 1998 en relación con el uso y explotación del segmento de frecuencias 2500 MHz a 2690 MHz.

La omisión de todos los aspectos señalados generan una absoluta indefensión al ICE, al no tener certeza de cuáles son los hechos acusados y que son objeto de investigación, obligando al ICE a deducir, interpretar y suponer del cúmulo de información (22 Informes de la SUTEL, 12 Informes del MICITT y 1 documento del Órgano Director) descrita en los 51 Considerandos, cuáles son los hechos acusados y el tipo de incumplimiento que cada uno de ellos podría configurar de las tres imputaciones realizadas en el Considerando Quincuagésimo, todo en absoluta violación de las garantías del debido proceso tuteladas a la luz del artículo 41 constitucional.

(...)

Estos vicios sustanciales cuya omisión causa indefensión al ICE y por ende implica una nulidad absoluta de lo actuado, evidencia que la instrucción de cargos no es oportuna, expresa, precisa, clara ni circunstanciada, ni permite tener una certeza de qué hechos se imputan, no correspondiendo al ICE en su condición de Administrado, en la línea antes indicada de la Sala Primera, dilucidar, del cúmulo de información y actuaciones comprendidas en un expediente administrativo, cuáles son los cargos y el periodo de tiempo en que se le endilgan, dado que lo anterior, podría inducirlo a error, incluso a no pronunciarse sobre algunos de ellos porque no los valoró como tales; o bien porque no los ubicó en el expediente, lo cual menoscaba tanto el derecho de defensa como el debido proceso.

Un ejemplo evidente de lo anterior es que al no indicar el acto de inicio los periodos de tiempo en que se endilgan las presuntas faltas, no es posible valorar, con un grado mínimo de certeza, si es procedente interponer o no una eventual excepción de prescripción de la potestad sancionatoria a tenor de lo establecido en el artículo 71 de la LGT y normas concordantes, lo cual le causa indefensión al ICE.

Por ende, la resolución de traslado de cargos no es congruente con las garantías constitucionales y legales antes mencionadas y tuteladas por la jurisprudencia, pues no realiza una indicación precisa de los periodos donde se circunscribe el presunto incumplimiento que se le imputa al ICE a efectos de que se pueda ejercer de manera informada y con certeza técnica y jurídica los derechos constitucionales de debido proceso y derecho de defensa.

(...)

3. LAS CONDUCTAS ENDILGADAS AL ICE NO SE SUBSUMEN DENTRO DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS QUE SE IMPUTAN EN EL CONSIDERANDO QUINCUAGÉSIMO

Las conductas reprochadas al ICE no se subsumen dentro de los supuestos fácticos de las normas imputadas en el Considerando Quincuagésimo y por consiguiente, tornan improcedente la aplicación de las sanciones descritas en el Considerando Quincuagésimo Primero, como se explica a continuación...

(...)

A. PRIMER INCUMPLIMIENTO IMPUTADO

1. LA PRESUNTA NO INSTALACIÓN DE REDES Y UTILIZACIÓN DE LAS FRECUENCIAS EN EL PLAZO DE UN AÑO A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONCESIÓN, DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 80 Y 81 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 74 INCISO A) DEL REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES.”

La primera imputación está asociada a una presunta no instalación de redes y utilización de frecuencias en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la concesión.

Como previa y medular objeción está el hecho de que el Acuerdo Ejecutivo N°1562-98 MSP del 25 de setiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N°05 del 08 de enero de 1999 no estableció ningún plazo para la instalación de redes y uso de las frecuencias, ni condicionó su eficacia a dicha instalación y uso. Si bien dispuso el sometimiento a la legislación vigente y a la que en un futuro se dictara, las normas reglamentarias emitidas en el año 2009 y a las que se hace referencia en la imputación, no establecen tampoco un plazo específico para la instalación de redes y

uso de las frecuencias, sino que se limita a indicar que debe cumplirse con el plazo consignado en la respectiva concesión, lo cual, como se explicó, no existió.

Por lo tanto, **esta primera imputación carece de sustento jurídico al acusar el incumplimiento de acciones en un plazo que no existe establecido ni en la concesión otorgada al ICE en 1998 ni en las normas reglamentarias posteriores en las que se respalda.**

(...)

Se acusa una presunta no instalación de redes y utilización de las frecuencias en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la concesión, -la cual como se dijo, data del 25 de setiembre de 1998-, con base en mediciones realizadas por la SUTEL que datan del año 2011 al 2022, es decir, se le imputa al ICE un incumplimiento dentro de un plazo dado, con base en mediciones realizadas 12 y 22 años después de vencido ese plazo.

Esto evidentemente resulta improcedente desde el punto de vista legal, por irrazonable, ilógico, injusto e inconveniente a la luz del artículo 16 de la LGAP, además de violatorio al derecho de defensa del ICE, para el cual, es incierto si debe defenderse respecto al periodo entre el 25 de setiembre de 1998 y el 25 de setiembre de 1999 que es al que se refiere la imputación, o bien, respecto al periodo comprendido entre el 25 de setiembre de 1998 y cada uno de los informes de la SUTEL del 2012 al 2022, plazos que si bien no están incluidos en la imputación, lo están contradictoriamente en los hechos que la fundamentan.

De igual forma, la imputación se refiere al plazo de un año a partir de la entrada en vigencia de la concesión, plazo que para el caso concreto, venció el 25 de setiembre de 1999, siendo que en ninguna parte del expediente ni de los Considerandos, se demuestra la no instalación de redes y la no utilización de las frecuencias por parte del ICE en la banda concesionada, por el contrario, desde el

primer Informe de la SUTEL del 2012 hasta el último del 2022, lo único que se evidencia es el uso y explotación efectiva que el ICE venía haciendo de esa banda.

(...)

Adicionalmente, es evidente que los supuestos fácticos establecidos en los artículos 80 y 81 en relación con el artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante RLGT) no se configuran para el caso de marras. (...).

(...)

Como se indicó, los mismos informes técnicos y jurídicos de la SUTEL originados en el 2012 y que cubren hasta el 2022, se encargan de desdecir esa conducta imputada dado que demuestran una explotación efectiva de las frecuencias concesionadas, lo cual implica, por ende, una instalación de las redes y utilización de las frecuencias. Por lo tanto, es evidente según los mismos informes de SUTEL que el ICE ha explotado dichas frecuencias, lo cual implica por lógica la instalación de redes y uso de las mismas, vaciando de contenido y despojando del debido fundamento, la premisa imputada de que no se han instalado redes ni utilizado las frecuencias.

Por su parte, el inciso a) del artículo 74 del RLGT, norma que se imputa infringida en conexidad con las anteriormente transcritas, lo que hace es crear una obligación en manos del concesionario de la forma que se detalla a continuación:

‘Artículo 74.-Obligaciones Generales del Titular del Título Habilitante. Sin perjuicio de cualesquiera otras obligaciones impuestas bajo la Ley General de Telecomunicaciones o cualesquiera otras disposiciones legales o reglamentarias, u otras obligaciones contraídas de manera particular en el respectivo título habilitante, su titular estará obligado a:

a. Prestar los servicios autorizados, de manera continua, de acuerdo a los términos, condiciones y plazos establecidos en la ley, este Reglamento, el respectivo título habilitante y las resoluciones que al efecto dicte la SUTEL”. (El subrayado es proveído).

Entonces, al momento de evaluar el cumplimiento o no de la obligación del ICE, el único elemento de ponderación legal posible es aquel de que, efectivamente se presten los servicios autorizados de manera continua. Las preguntas por responder son sencillas: ¿Presta el ICE los servicios autorizados por la concesión? ¿Lo hace de manera continua? De la prueba que consta en el propio expediente administrativo, las respuestas son obviamente positivas, pues todos los informes de la SUTEL del 2012 al 2022 demuestran dicha explotación, que fue planificada y modificada por el ICE de forma racional y conveniente para el interés público, según el avance de las tecnologías y modificaciones en la demanda de los servicios.’

(...)

B. SEGUNDO INCUMPLIMIENTO IMPUTADO.

2. LA PRESUNTA NO UTILIZACIÓN ALGUNA DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, CONFORME A LOS ARTÍCULOS 2 INCISOS A) Y D), 3 INCISO C), 49 INCISO 1) DE LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y EL ARTÍCULO 74 INCISOS A), D), H) Y K) DEL REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES”.

La segunda imputación está asociada a la presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico; aspecto que no se configura por las razones que a continuación se exponen...

(...)

La documentación que consta en el propio expediente administrativo desdice y contradice tal postulado, toda vez que hay una abundante prueba, acompañada de gráficos, mediciones y hasta comprobaciones en el terreno realizadas por SUTEL, de que el ICE utiliza y explota el segmento de frecuencias 2500 MHz-2690 MHz que le fuera asignado, de ahí que no es posible sostener una presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico.

Es evidente que los supuestos fácticos establecidos en los artículos 2 incisos a) y d), 3 inciso c), 49 inciso 1) de la LGT y el artículo 74 incisos a), d), h) y k) del RLGT no se configuran para el caso de marras. A continuación, se transcriben dichos numerales y se explican por qué no son aplicables, ni se puede imputar incumplimiento alguno...

(...)

No resulta en una correcta interpretación o uso de la técnica legal el que se alegue incumplimiento de los artículos 2 y 3 de la LGT, pues dichos artículos versan sobre los objetivos de la legislación y sus principios rectores, respectivamente; o, lo que es lo mismo, la finalidad y guía de interpretación que el legislador ha establecido en la misma, con el propósito de que el Estado guíe su accionar.

Por ende, no son -ni tampoco pueden interpretarse estos objetivo [sic] ni principios- como mandatos u obligaciones específicas que pesan sobre un concesionario, pues no corresponde a ellos, por ejemplo, “garantizar el derecho de los habitantes a obtener servicios de telecomunicaciones”, pues dicha garantía resulta de un mandato del Estado de garantizar el bienestar colectivo, mediante la satisfacción de la demanda de servicios públicos. Variar o torcer la interpretación correcta de estos postulados, resultaría en un ejercicio de ilegalidad manifiesta.

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente, según lo explicado supra, que el ICE utiliza y explota el segmento de frecuencias 2500 MHz-2690 MHz que le fuera asignado, y por

ende, aprovisiona servicios de telecomunicaciones cuyos destinatarios y beneficiarios son los usuarios finales de telecomunicaciones, cumpliendo con los parámetros legales, técnicos, comerciales y de calidad de estos servicios; lo cual es congruente no solo con la integralidad de los objetivos y principios rectores de la ley, entre ellos los mencionados anteriormente.

(...)

Incluir el artículo 49 inciso 1) de la LGT en esta tramitación de imputaciones tampoco sirve un propósito jurídico certero o eficiente. Dicho artículo solo establece un deber genérico de cumplimiento de los concesionarios a operar sus redes y sistemas de conformidad con las autorizaciones recibidas.

En el Acuerdo Ejecutivo por medio del cual se concesionó al ICE el rango de frecuencias 2.500 MHz a 2.690 MHz no había ninguna condicionante o instrucción de uso particular que el concesionario debiera cumplir como contraprestación de dicha asignación, por lo que deviene en inútil querer enmarcar el alegado incumplimiento en el citado artículo 49, en tanto no hay ninguna condición -más allá de la operación en sí de sus sistemas- a la que estuviera condicionada dicha asignación.

Aunado a lo anterior y como se demuestra en los descargos al Considerando Cuarto de la Resolución de Inicio, el ICE siempre utilizó las frecuencias de la banda 2.6 GHz concesionadas de conformidad con lo que estableció originalmente [sic] el Acuerdo Ejecutivo N°1562-98 MSP del 25 de setiembre de 1998, y posteriormente la adecuación del título hecha por el Poder Ejecutivo mediante la resolución N° RT-24-2009-MINAET y los usos establecidos en el PNAF.

En lo que respecta a las normas infra legales imputadas, los incisos a), d), h) y k) del artículo 74 del Reglamento a la LGT, establecen lo siguiente:

'Artículo 74.-Obligaciones Generales del Titular del Título Habilitante. Sin perjuicio de cualesquiera otras obligaciones impuestas bajo la Ley General de Telecomunicaciones o cualesquiera otras disposiciones legales o reglamentarias, u otras obligaciones contraídas de manera particular en el respectivo título habilitante, su titular estará obligado a:

a. Prestar los servicios autorizados, de manera continua, de acuerdo a los términos, condiciones y plazos establecidos en la ley, este Reglamento, el respectivo título habilitante y las resoluciones que al efecto dicte la SUTEL". (El subrayado es proveído).

(...)

d. Cumplir con el plan mínimo de expansión de los servicios previstos en su título habilitante, en los plazos establecidos, pudiendo la empresa justificar su incumplimiento por causa justificada y solicitar una revisión del mismo a la SUTEL, que evaluará la existencia de causa justificada y determinará la procedencia de esta solicitud;

(...)

h. Cooperar con la SUTEL en el uso eficiente de los recursos escasos;

(...)

k. Proteger los derechos de los usuarios asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, y más y mejores alternativas en la prestación de los servicios.'

La norma reglamentaria que se imputa infringida en el inciso a) lo que hace es crear una obligación en manos del concesionario. En este sentido es aplicable lo que manifestamos en la primera imputación sobre dicho numeral reglamentario en cuanto a que, al momento de evaluar el cumplimiento o no de la obligación del ICE, el único

elemento de ponderación legal posible es aquel de que, efectivamente se presten los servicios autorizados de manera continua, conducta que ha sido demostrada por los mismos informes de la SUTEL y el MICITT referidos en los Considerandos de la Resolución de Inicio, **no existiendo incumplimiento alguno del inciso a), ni tampoco de disposición del inciso d) la cual resulta inaplicable** dado que se refiere a cumplimientos de planes mínimos de expansión, conducta que se interpreta no está siendo acusada en el presente procedimiento, o al menos eso se deduce de la información incluida en los 51 Considerandos de la Resolución de Inicio. Esto es una prueba adicional de la ilegalidad de la imputación al existir incongruencia entre las conductas reprochadas y los hechos que supuestamente las fundamentan. **Tampoco hay ningún incumplimiento a lo establecido en el inciso h)** dado que el ICE ha realizado un uso eficiente del recurso concesionado. Por su parte **el inciso k) resulta inaplicable**, pues nuevamente se refiere a una obligación del Estado que debe cumplir a través de sus instituciones y no a una obligación de los concesionarios de espectro como el ICE.

A este respecto, querer enmarcar en este apartado el incumplimiento de conceptos reglamentarios como la prestación continua (74 inciso a), cumplimiento del Plan Mínimo de Expansión (74 inciso d), cooperación institucional con la Sutel (74 inciso h) y proteger los derechos de los usuarios (74 inciso k) es sencillamente un desconocimiento no solo del marco legal y regulatorio del sector, sino de las condiciones de operación de los mercados y, en última instancia, de los derechos adquiridos y títulos habilitantes que habilitan la operación del ICE en la banda de frecuencias de 2.6 GHz.

En consecuencia, carece de sustento legal alguno la segunda imputación en cuanto a una presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico, ni el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias citadas.

C. TERCER INCUMPLIMIENTO IMPUTADO

3. LA PRESUNTA SUBUTILIZACIÓN O USO INEFICIENTE DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, CONFORME A LOS ARTÍCULOS 3 INCISOS A), C), E I), 8 INCISOS A) Y C), 11 Y 22 INCISO 1) SUBINCISO A) Y B) DE LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y ARTÍCULOS 74 INCISOS C) Y H) DEL REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 11 DEL PLAN NACIONAL DE ATRIBUCIÓN DE FRECUENCIAS”

La tercera imputación está asociada a la presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico; aspecto que no se configura por las razones explicadas ampliamente y pruebas ofrecidas en el Apartado II de este documento, sumado a lo que, a continuación, se expone...

(...)

Conforme al Estado de Derecho, es una garantía constitucional que resulta imposible sancionar, penal o administrativamente, sin la existencia previa de una disposición legal que, de manera clara, expresa y concordante, establezca y tipifique la falta de la que se trate y disponga la sanción aplicable en caso de violación.

Como se indicó en el descargo al Considerando Cuarto del Apartado II de este escrito, no ha existido ni existe a la fecha ninguna disposición legal o reglamentaria en el marco jurídico costarricense que defina claramente qué se entiende por “subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico” o que las tipifique como conductas reprochables y sancionables. Siendo así, resulta entonces imposible hablar de un procedimiento contra el ICE por “subutilización o uso ineficiente del espectro”, cuando dicha figura no se encuentra siquiera definida en las leyes sectoriales.

Esto es evidente, al punto que ninguna de las normas legales y reglamentarias que se presumen incumplidas en esta tercera imputación, que se explican a

continuación, establece una definición, graduación, metodología o sanción asociada a una falta administrativa que tipifique “la subutilización o uso ineficiente del espectro.

(...)

Tal y como lo citamos en la segunda imputación, no resulta en una correcta interpretación o uso de la técnica legal el que se alegue incumplimiento del artículo 3 de la LGT, pues versan sobre los principios rectores, o, lo que es lo mismo, guía de interpretación que el legislador ha establecido en la misma, con la finalidad de que el Estado guíe su accionar.

Por ende, no son -ni tampoco pueden interpretarse estos principios- como mandatos u obligaciones específicas que pesan sobre un concesionario, pues las garantías ahí tuteladas resultan de un mandato del Estado de garantizar el bienestar colectivo, mediante la satisfacción de la demanda de servicios públicos. Variar o torcer la interpretación correcta de estos postulados, resultaría en un ejercicio de ilegalidad manifiesta.

Sin perjuicio de lo anterior, el ICE no ha incumplido ninguno de los principios rectores (mal) imputados y anteriormente transcritos.

Por el contrario, en lo que concierne al inciso a) relativo a universalidad, tal y como se ha mencionado en este memorial, el segmento 2.500 MHz a 2.690 MHz concesionado se utiliza para aprovisionar servicios del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), lo cual es congruente con el principio rector de universalidad y a su “principio rector hermano” de solidaridad tutelado en el inciso c) del artículo 3 de la LGT.

Tampoco existe ningún tipo de transgresión al principio de beneficio al usuario final tutelado en el inciso c) dado [sic] es evidente, según lo explicado supra, que

el ICE utiliza y explota el segmento de frecuencias 2500 MHz-2690 MHz que le fuera asignado, y por ende aprovisiona servicios de telecomunicaciones cuyos destinatarios y beneficiarios son los usuarios finales de telecomunicaciones, cumpliendo con los parámetros legales, técnicos, comerciales y de calidad de estos servicios.

Mucho menos hay algún incumplimiento alguno al principio rector de optimización de recursos escasos que se establece en el inciso i) dado que el ICE con base en el título habilitante otorgado por el Poder Ejecutivo (Acuerdo Ejecutivo N°1562-98 MSP del 25 de setiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N°05 del 08 de enero de 1999), ha hecho debido uso del segmento 2500 MHz-2690 MHz concesionado, por ende, su uso además de eficiente es legítimo, lo cual le ha permitido cumplir con la expansión de sus redes y el aprovisionamiento de los servicios brindados al usuario final. Como se explicó en el Apartado II de este escrito, no existe prueba alguna que demuestre un no uso o uso ineficiente del espectro concesionado al ICE en la banda de 2.6 GHz, toda vez que las mediciones realizadas por la Sutel únicamente midieron ocupación de frecuencias, y además, de una forma absolutamente inconsistente, arbitraria y carente de certeza y el rigor técnico debido, tornando por ello en inválidas, sus conclusiones y recomendaciones.

(...)

Por ello, cuando se recurre al artículo 8 de la LGT, específicamente en los incisos a) y c), para sustentar una imputación al ICE, se incurre en un evidente error de Derecho, toda vez que “Optimizar su uso de acuerdo con las necesidades y las posibilidades que ofrezca la tecnología” y “Asegurar que la explotación de las frecuencias se realice de manera eficiente y sin perturbaciones producidas por interferencias perjudiciales” son potestades y obligaciones estatales.

Pero lo que es más grave y representativo es que dichos incisos están asociados a un artículo cuyo título es “Objetivos de la planificación, la administración y el control” y, en

técnica legislativa, cuando se habla de objetivos se trata de enunciados de carácter prospectivo bajo los cuales el Estado tiene que cumplir su rol de regulador, no así de un mandato específico que recae sobre un operador en particular y que deben guiar su actividad empresarial, aun se tratara de una de carácter público.

(...)

Como se puede observar, la disposición del artículo 11 de la LGT se refiere a la potestad del Poder Ejecutivo de otorgar concesiones del espectro y las características que puede tener esa concesión, y no, a obligaciones de los concesionarios. Por lo tanto, es evidente que no tipifica ninguna conducta que deba ser cumplida por el ICE y que sea objeto de este procedimiento.

En lo que respecta, a las causales de revocación antes transcritas que establece el artículo 22 de la LGT, a continuación, se analizan las razones por las cuales no se puede tener por configurada ningún tipo de incumplimiento del ICE:

En cuanto a la causal establecida en el sub inciso a) del inciso 1) de artículo 22 de la LGT que versa a que la resolución del contrato de concesión procede “Cuando el concesionario no haya utilizado las frecuencias para el fin solicitado luego de un año de haber sido asignadas o de haberse concedido la prórroga. Este plazo podrá ser prorrogado por el Poder Ejecutivo, previa recomendación del Consejo, a solicitud de parte y por motivos debidamente justificados” debe aclararse que, en la especie, no se trata de un procedimiento que tiene por finalidad la revocación del título de concesión legislativa especial del ICE, sino, a lo sumo, de las frecuencias que le han sido asignadas. Reteniendo este supuesto como cierto para fines de análisis, entonces los elementos esenciales y constitutivos que deben analizarse, de cara al texto legal ya transcrito son: el uso o no de las frecuencias asignadas y el tiempo en que ello se haya hecho.

Siendo así, de la única manera que se configura un incumplimiento de una obligación de un concesionario es si, en el término de un (1) año con sus prórrogas, si las hubiere, éste no hubiese hecho “uso” de las frecuencias. **Como se alegó en lo que respecta a la primera imputación, no existe prueba alguna en el presente procedimiento que demuestre el no uso de las frecuencias de la banda 2.6 GHz por parte del ICE durante el año siguiente a la fecha que le fuera otorgada la concesión ni durante los 24 años siguientes, muy por el contrario, ha quedado sobradamente probado en autos, y con base en los propios informes de la SUTEL y el MICITT, el efectivo uso y explotación que ha hecho el ICE de dicha banda conforme al título original de 1998 y conforme a la adecuación posterior realizada por el Poder Ejecutivo en el 2009 y los usos establecidos en el PNAF vigente.**

Por su parte, en cuanto a la causal establecida en el sub inciso b) del inciso 1) de artículo 22 de la LGT que versa en cuanto a que la resolución del contrato de concesión procede por “Incumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en esta Ley, los reglamentos que al efecto se dicten o las impuestas en el contrato de concesión, excepto si se comprueba caso fortuito o fuerza mayor”, y ligado con el análisis del inciso anterior, es evidente que en ningún lugar de la Ley o su reglamentación se establece que debe existir un determinado nivel de ocupación de canales, cantidad de usuarios por megahertz. Partiendo de que estas frecuencias fueron asignadas desde el año de 1998 y que los distintos informes sobre utilización datan de mediciones en el 2011, el más antiguo y en todos ellos se confirma el uso de las frecuencias, lo procedente y razonable es concluir que el ICE ha cumplido, en calidad y en plazo, con la obligación que le es inherente dentro del artículo 22 de la LGT, por lo que no se configura ninguna de las citadas causales de revocación.

Las normas infra legales que la tercera imputación alega incumplidas son los incisos c) y h) del artículo 74 del Reglamento a la LGT en relación con el artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencia. A este respecto, las normas del RLGT, mencionan lo siguiente...

(...)

A este respecto, la norma reglamentaria que se imputa infringida lo que hace es crear una obligación en manos del concesionario, que en el caso particular de los incisos c) y h) versan sobre el cumplimiento de normativa (planes fundamentales, reglamentos y normas) técnica y de cooperar con la SUTEL en el uso eficiente de los recursos escasos; (...).

Según ha quedado evidenciado en la contestación de los Considerandos, la SUTEL durante los distintos informes de medición no realizó mediciones de eficiencia, sino solo de ocupación, con el agravante que dichas mediciones de ocupación fueron realizadas de forma inconsistente, con falencias técnicas graves, y según decisiones arbitrarias de selección de cantidad y ubicación de sitios para medir.

Aunado a lo anterior, no existe en la normativa legal, un tipo sancionatorio específico que tipifique la conducta de uso ineficiente o subutilización del espectro como causal de revocación o extinción de la concesión de espectro, pues como consta en la LGT, en ninguna de las causales taxativas establecidas en el artículo 22 se establece el uso ineficiente o la subutilización del espectro concesionado, sino solamente el no uso de las frecuencias durante el primer año de otorgada la concesión.

(...)

Por lo tanto, no basta con la descripción de la norma del artículo 11 del PNAF de supuestos de conducta que configuran un “uso eficiente”,- mismos que de por sí, resultan ambiguos e indeterminados, susceptibles de muchas interpretaciones-, para entender su incumplimiento como una causal comprendida en el inciso 1) sub inciso a) del artículo 22 de la LGT, pues la norma legal del artículo 22 no se refiere a usos ineficientes, referencia que en todo caso, sería requerida para interpretar, a “contrario sensu”, que el incumplimiento de los supuestos del artículo 11

podrían estar subsumidos en dicha norma, sino que, el artículo 22 de la LGT ni siquiera incluye en su redacción el concepto de eficiencia o ineficiencia en el uso del espectro, sino únicamente el no uso de éste. De un “no uso” no es posible lógica ni jurídicamente derivar un “uso ineficiente”, pues son dos situaciones de hecho muy distintas, pero, sobre todo, excluyentes, dado que un supuesto uso ineficiente implica necesariamente un uso, eliminando totalmente la causal prevista del no uso.

Sin perjuicio de lo anterior, la SUTEL en ninguno de los informes realizados desde el 2012 al 2022 hizo el debido análisis de cuáles conductas del ICE podrían configurar incumplimientos a las conductas que el PNAF establece como “uso eficiente” del espectro en el artículo 11, siendo además, que como se dijo, las conductas descritas en ese artículo resultan abiertas, indeterminadas y por ello, absolutamente inaplicables jurídicamente para aplicar sanciones, so pena de resultar dichas sanciones ilegales.

(...)

En síntesis, hay dos problemas insalvables que impiden poder imputarle al ICE una presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico.:

1. La LGT no solo no define, sino que no tipifica como sanción alguna la llamada “subutilización o uso eficiente” del espectro radioeléctrico y no puede existir sanción a ninguna conducta que, previamente, no haya sido prevista como ilegal por la ley.

2. La concesión que hizo el Estado al ICE de la banda, lo fue por la banda completa, es decir, no se trató de la asignación de determinados segmentos que implicaban una operación segmentada o parcial. Por esta razón, basta que, al amparo de la legislación vigente y las obligaciones contenidas en el título habilitante correspondiente, el ICE pusiera en funcionamiento sus equipos y sistemas en

dicha banda, bajo la canalización, uso y tiempo asignados. Es decir, la única métrica legal que le es impuesta al ICE para medir su uso de la banda en discusión es precisamente ese: su uso; no un uso con determinada cobertura, con un nivel de penetración o eficiencia particular, sino su uso.

Por estas razones, el concepto de “subutilización” que utiliza el artículo 11 del PNAF, al no estar definido y mucho menos sancionado en norma legal alguna, no puede ser usado como fundamento de una eventual sanción en contra del ICE. Al respecto, es medular señalar que el Acuerdo Ejecutivo N°1562-98 MSP del 25 de setiembre de 1998 no se trató de una concesión condicionada. Realizar una interpretación como la pretendida, acarrea una ilegalidad manifiesta, pues supone desnaturalizar los hechos y circunstancias de la asignación inicial, sobre todo cuando no ha existido ninguna evidencia de incumplimiento u operación irregular de la misma por parte del ICE.

En todo caso, como se ha venido indicando, de los propios informes recogidos en la Resolución de Inicio, se evidencia claramente que el ICE: 1) mantuvo en su momento la operación del rango 2500 MHz-2690 MHz según la concesión dada en el año de 1998; 2) adecuó su uso a la adecuación del título realizada por el Poder Ejecutivo en el año 2009 y a los usos establecidos en el PNAF vigente en ese momento, es decir, que su uso se corresponde con aquel que ha planificado y decidido el Estado; 3) que lo hace en apego a la canalización que ha sido determinada por Costa Rica en su PNAF (Considerando Cuarto); y, 4) que su operación se hace sin producir interferencias, perjudiciales o no, a terceros. Siendo este el caso, no puede derivarse de allí ninguna infracción o ilícito administrativo.(...)”. (Énfasis agregado).

2. Sindicato de Ingenieros del ICE (SIICE):

La parte coadyuvante como único alegato de apertura indica la responsabilidad del propio Estado dentro del procedimiento administrativo sancionatorio que se lleva en contra del ICE señalando que: “la única manera de concebir un estado social y democrático de derechos ... es que en un procedimiento como este cuando yo invoco

los dictámenes que apuntaba el integrante del órgano, necesariamente la administración por un lado debe traer a cada una de esas personas que firmaron esos documentos para que esas personas pudieran ser interrogadas sobre el contenido de esos documentos y a partir de ellos establecer las deficiencias técnicas de sus actuaciones...”

Indica además que, es mucho más grave en un procedimiento como estos que el ICE se ve limitado de poder interrogar a las personas que suscriben esos documentos (informes técnicos) porque no se citaron al procedimiento administrativo de marras.

Continúa manifestando la parte coadyuvante:

“El procedimiento no es sólo la búsqueda de la verdad real si no que el procedimiento trae otra consecuencia... le define al funcionario un marco de acción incluso llegando a delimitar la eventual responsabilidad personal frente a terceros o ante la misma Administración a partir de las disposiciones de los artículo 199 y 210 de la Ley General de la Administración Pública ... porque la Ley N° 8422 que es la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito indica que los funcionarios públicos son responsables penal del mal consejo jurídico que dan a sus jerarcas...entonces genera responsabilidad penal del funcionario no sólo con el ICE sino también contra el propio MICITT...”

Al respecto, el Órgano Director señaló que cada una de las partes tuvieron su momento procesal oportuno para presentar las pruebas que considerara pertinentes y necesarias evacuar dentro de la comparecencia, fuera documental, testimonial o pericial.

Sobre lo anterior, no consta dentro del expediente administrativo que la parte coadyuvante hubiera solicitado prueba adicional a la admitida por el Órgano Director al momento de la realización de la comparecencia.

C. Prueba admitida:

Como prueba presentada en la comparecencia, se admitió la siguiente:

a) Pruebas Documentales:

1. El expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009, el cual es admitido de forma integral.
2. Oficio N° 263-10-2023 de fecha 08 de febrero de 2023, denominado "*Alegato inicial para comparecencia oral y privada de las 09:00 horas del 8 de febrero de 2023*", el cual cuenta con los siguientes anexos:
 - **Anexo 1:** Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) de las 10:00 horas del 16 de abril de 2009, publicado en el Alcance N° 19 del Diario Oficial La Gaceta N° 103 del 29 de mayo de 2009.
 - **Anexo 2:** Documentos de expediente judicial N° 13-6841-1027-CA tramitado ante el Tribunal Contencioso Administrativo sobre Medida Cautelar y Demanda interpuesta por Telefónica contra el Estado (MICITT) y el ICE.
 - **Anexo 3:** Recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): UIT-R-SM377-4 "Precisión de las mediciones de frecuencia en las estaciones de comprobación técnica internacional" y UIT-R-SM378-7 "Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica".
 - **Anexo 4:** Resolución RCS-199-2012 del 27 de junio de 2012 del Consejo de la SUTEL, "Protocolo General de Medición de Señales Electromagnéticas".
 - **Anexo 5:** Informe de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): UIT-R SM.2256 "Medición y evaluación de la ocupación del espectro". Apartado 2.13.
 - **Anexo 6:** Recomendación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): UIT-R SM.1046 "Definición de la eficacia en la utilización del espectro por un sistema de radiocomunicaciones".
 - **Anexo 7:** Documento "Medición de la Eficiencia Espectral" del Regulador de México (Instituto Federal de Telecomunicaciones).

- **Anexo 8:** Recomendación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): UIT-R SM.443-4 “Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”.
- **Anexo 9:** Recomendación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): UIT-R SM.1880 “Mediciones y evaluación de la ocupación de espectro”.
- **Anexo 10:** Acuerdo Ejecutivo N° 207-2022-TEL-MICITT del 24 de noviembre de 2022.
- **Anexo 11:** CONFIDENCIAL: Acuerdo del Consejo Directivo del ICE de Sesión N° 6394 del 30 de julio de 2020; Acuerdo del Consejo Directivo de Sesión N° 6493 del 16 de diciembre de 2021 y Ficha del Programa General 5 G.
- **Anexo 12:** Reporte “Ecosistema de dispositivos 5G” de la GSA de octubre 2022”.
- **Anexo 13:** Correo de 30 de agosto de 2021 del ICE a SUTEL con reporte de sitios del Primer Semestre de 2021.
- **Anexo 14:** “Manual de Gestión Nacional del Espectro Radioeléctrico de Colombia, Título VIII Mediciones del factor de utilización y de la eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico”. Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y la Agencia Nacional de Espectro de Colombia.
- **Anexo 15:** Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): Manual sobre la Gestión Nacional del Espectro. Capítulo 8. Apartado 8.1.
- **Anexo 16:** Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), “Manual de Comprobación Técnica de Espectro”. Capítulo 4 “Mediciones”, Apartado 4.10.4.4.
- **Anexo 17:** Oficio N° 6000-1998-2020 del 27 de octubre de 2020. Apartado 3, donde se solicita a MICITT autorizar la canalización con arreglo C3 (Flexible FDD/TDD) de la recomendación UIT-R M.1036 para la banda de 2500 MHz.
- **Anexo 18:** CONFIDENCIAL. Planificación ICE banda 2.6 GHz.
- **Anexo 19:** Oficio N° 264-938-2014 del 6 de noviembre de 2014 donde se denuncian interferencias del segmento de 1920-1930 MHz.
- **Anexo 20:** Comunicado de Prensa CP-047-2022 del 8 de noviembre de 2022. Video de Conferencia de Prensa de 30 de noviembre de 2022, Publicación de Semanario Universidad de 2 de diciembre de 2022, Carta de INFOCOM N° CIT-

0061-2022 de 9 de diciembre de 2022; Publicación de Crhoy.com del 23 de diciembre de 2022 y Carta del MICITT N° MICITT-DM-OF-013-2023 del 9 de enero de 2023.

- **Anexo 21:** Certificación 6090-1063-2022 de la Directora de la División Gestión de Red y Mantenimiento de la Gerencia de Telecomunicaciones del ICE del 8 de diciembre de 2022 y Certificación 9191-2809-2022 de la Directora del Proyecto FONATEL Zona Chorotega y Pacífico Central de la Dirección Sostenibilidad, Estrategia e Innovación de la Gerencia de Telecomunicaciones del ICE de 21 de diciembre de 2022.
 - **Anexo 22:** Resoluciones RCS-291-2012 de las 09:00 horas del 3 de octubre de 2012 y la Resolución RCS-326-2012 de las 16:00 horas del 4 de noviembre de 2012, ambas del Consejo de la SUTEL.
 - **Anexo 23:** Currículos vitae de testigos peritos ofrecidos.
3. Presentación de Power Point “Banda 2600 MHz (no confidencial)”, presentada por el Ingeniero Cristian Murillo Marín.
 4. Presentación de Power Point “Banda 2600 MHz (confidencial)”, presentada por el Ingeniero Cristian Murillo Marín.
 5. Presentación sin título presentada por el Ingeniero Yeison Alfaro Alfaro.
 6. Certificación notarial suscrita por la señora Yaila Paola Sánchez Canessa, en su condición de Notaria Institucional del ICE, mediante la cual certifica con vista en la Sección de Personas del Registro Público, al tomo dos mil veintidós, asiento cuatrocientos sesenta y siete mil novecientos catorce, consecutivo uno, secuencia tres que el señor LUIS GUILLERMO ALÁN ALVARADO, cédula de identidad N° 6-0172-0455, es Jefe de la División Jurídica con facultades de Apoderado Generalísimo sin límite de suma del ICE.

7. Poder Especial Administrativo emitido por el señor Luis Guillermo Alán Alvarado, cédula de identidad N° 6-0172-0455, en su condición de Apoderado Generalísimo del ICE, a favor de la señora YAILA PAOLA SÁNCHEZ CANESSA, cédula de identidad N° 1-0801-0326 y a GONZALO GÓMEZ RODRÍGUEZ, cédula de identidad N° 1-1070-0098, para que de manera conjunta o separada, comparezcan y actúen dentro del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio que se tramita ante el Órgano Director del Viceministerio de Telecomunicaciones del MICITT, bajo el expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009.
8. Copia de la cédula de identidad de la señora Yaila Paola Sánchez Canessa.
9. Copia del carné de abogada de la señora Yaila Paola Sánchez Canessa.
10. Copia de la cédula de identidad del señor Gonzalo Gómez Rodríguez.
11. Copia de carné de abogado del señor Gonzalo Gómez Rodríguez.
12. Copia de cédula de identidad del testigo perito Melvin Cristian Murillo Marín.
13. Copia de cédula de identidad del testigo perito Yeison Eli Alfaro Alfaro.
14. Copia de la cédula de identidad del señor German Eugenio Calderón Lobo.
15. Copia de carné de abogado del señor German Eugenio Calderón Lobo.
16. Copia de la cédula de identidad del señor Carlos Stradi Granados.

Se solicita garantizar la confidencialidad en toda la cadena de custodia de los documentos aportados como prueba en los Anexos 11 y 18.

Se reciben además como prueba,

b) Prueba Testimonial Pericial:

1. La participación del señor Yeison Elí Alfaro Alfaro, cédula de identidad N° 2-0614-0136, Ingeniero Eléctrico de profesión, consistió en una exposición mediante una presentación de Power Point sobre temas relevantes en la banda de 2600 MHz, haciendo referencia a la eficiencia en el uso del espectro, a inconsistencias en las mediciones de la SUTEL, a las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, a las ubicaciones de las mediciones realizadas por la SUTEL, entre otras. Dicha exposición corre a partir de la hora 1 con 20 minutos de transcurrida la grabación realizada en fecha 13 de febrero de 2023 (segundo día de comparecencia), posteriormente, tanto las partes como el Órgano Director procedieron a realizar las respectivas preguntas al testigo, mismas que responde concluyendo su participación en la hora 3 con 19 minutos de transcurrida la grabación. Cabe mencionar que la presentación a la que se hace referencia se aportó como prueba por parte del ICE y se encuentra debidamente incorporada en el expediente N° GCP-AT-028-2009 objeto de este procedimiento.
2. La declaración del señor Melvin Cristian Murillo Marín, cédula de identidad N° 1-0853-0265, Ingeniero Eléctrico de profesión, se dividió en dos secciones, en la primera realizó su participación mediante una presentación que se declaró como confidencial, así solicitado por el ICE y una segunda sección de forma pública, la cual realizó también mediante una presentación, en la que se refirió al tema del uso de la banda 2.6 GHz por parte del ICE y disponibilidad de frecuencias para IMT en el mercado. Su participación pública se llevó a cabo a partir del minuto 1 con 33 segundos y hasta el minuto 24 con 23 segundos de la segunda parte de la grabación de la comparecencia efectuada en fecha 13 de febrero de 2022.

Los representantes del ICE, solicitaron la confidencialidad de una parte de la declaración del testigo perito Cristian Murillo, y que la misma ÚNICAMENTE fuera presenciada por ellos como representantes del ICE y por el Órgano Director.

Ante esta solicitud, la representación de la parte coadyuvante alegó que habría razón de esa situación sólo si don Carlos Stradi se encontrara presente, e invocó el artículo 273 de la LGT aduciendo que esa limitación de libertad de acceso se debe dar sólo para la contraparte y no para la parte coadyuvante, la cual es conteste con los intereses del ICE y que también, está obligado por sus deberes éticos y morales como abogado a guardar secreto porque alega que la solicitud no tiene razón de ser ni fundamento legal por el artículo 273, aunado a que él representante no ejerce ninguna función pública, por lo que considera que sobre esa base no se le puede imponer esa limitación.

El Órgano Director procedió a deliberar sobre las solicitudes del ICE y de la parte coadyuvante y concluyó que, en observancia al artículo 273, el ICE puede gestionar ante la Administración la declaración de confidencialidad de algún documento que desee presentar como prueba y evitar que las otras partes del procedimiento o terceros tengan acceso a esa información; lo anterior, en conjunto con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley de Información no divulgada, Ley N° 7975 y el artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las entidades públicas del Sector de Telecomunicaciones.

En razón de lo anterior, el Órgano Director resolvió declarar como confidencial parte de la declaración del testigo perito Melvin Cristian Murillo Marín, en lo que se refiere a aspectos confidenciales referentes a los anexos 11 y 18 presentados, declaración realizada el 13 de febrero de 2023 (39 minutos con 30 segundos), y por ende solicitó a la parte coadyuvante retirarse de la sala mientras se llevaba a cabo la presentación del señor Murillo.

La parte coadyuvante estuvo de acuerdo.

c) Prueba Testimonial:

1. La declaración del señor KEVIN GODÍNEZ CHAVES, portador de la cédula de identidad N° 1-1408-0899. Quien se refirió a los dictámenes técnicos y mediciones realizadas por la SUTEL. Realizada de la 01:41 horas a las 02:05 horas de la segunda parte de la grabación de la comparecencia de fecha 08 de febrero de 2023.
2. La declaración del señor GLENN FALLAS FALLAS, portador de la cédula de identidad N° 1-1110-0448. Quien se refirió a los dictámenes técnicos y mediciones realizadas por la SUTEL. Realizada de los 05:09 minutos a minuto 58 de la primera parte de la grabación de la comparecencia de fecha 13 de febrero de 2023.

D. Alegatos de conclusiones:

El Instituto Costarricense de Electricidad expone de forma oral en lo conducente, como alegatos de conclusiones los siguientes:

“(…)

1. *La intimación y la imputación realizadas por el Órgano Director adolecen de graves vicios de nulidad absoluta que violan en forma flagrante los principios de legalidad, de tipicidad y debido proceso tutelados tanto constitucional como legalmente en los artículos 11, 39 y 41 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública en perjuicio del ICE el cual se ha visto imposibilitado a ejercer una debida defensa y esto porqué:*

Primero: La imputación de los cargos al ICE se hizo fundamentada en normas legales y administrativas que no tipifican conductas sancionables o que no tienen relación con los hechos investigados. Por ejemplo, en relación con la segunda conducta imputada de supuesta no utilización alguna del espectro radioeléctrico, el Órgano Director fundamenta

esta imputación en los artículos 2 inciso a) y b), 3 inciso c) de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) y el inciso k) del artículo 74 del Reglamento; sin embargo estos se refieren a los principios rectores de la LGT y no son obligaciones de los concesionarios, no tipifican ninguna conducta reproachable, de igual forma se encuentra fundamentado en el artículo 74 inciso d) del Reglamento a la Ley, el cuál hace referencia a planes mínimos de expansión tema que no ha sido objeto del procedimiento ni de los hechos intimados.

Segundo: Con respecto a la tercera conducta imputada, de igual forma el Órgano se fundamenta en el artículo 3, en el 8, 11, artículos 74 inciso c) que no son tipos sancionatorios administrativos.

Tercero: La imputación no se hizo de manera expresa, precisa, clara, ni circunstanciada de los hechos como exige la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, no existió un encuadramiento del comportamiento investigado en ninguna de las 3 imputaciones que se hacen en el considerando 50 porque lo que existe es una descripción de 22 informes de la SUTEL y 2 informes del MICITT de los cuales se hace una referencia parcial o de partes del informe sin que se individualice qué conducta del ICE específicamente descrita en esa intimación, corresponde a alguna de las 3 conductas imputadas en el considerando 50, por lo que es imposible entender exactamente de qué se le está acusando por que no se hace ese vínculo entre las conductas acusadas y los hechos intimados. Tampoco se indica de manera clara y expresa los periodos de la comisión de la conducta que se supone reproachable del ICE, los informes de la SUTEL van desde el 2012 al 2022, por lo que son 10 años en los que el ICE tiene que adivinar en qué incumplió y durante qué lapso de tiempo, por ejemplo en el considerando 16 se mencionan mediciones hechas en el 2018 pero resulta que vamos a la imputación en el considerando 50 y no se incluyen informes del 2018, por lo que es una inconsistencia, en el considerando 40 se mencionan mediciones de enero a marzo del 2022 que tampoco son incluidas en la imputación del considerando 50. Otro ejemplo es con respecto a la conducta imputada primera que el Órgano Director se fundamenta en los artículos 80 y 81 en relación con el artículo 74 inciso a), sin embargo a lo que hace

referencia los artículo 80 y 81 es de incumplir la instalación de los equipos en el plazo que se establezca en la concesión pero si nos vamos al Acuerdo Ejecutivo 1562-98 del 25 de setiembre de 1998 objeto de este proceso, en ninguna parte se indicó un plazo de instalación, entonces si no hay un plazo establecido en ese título habilitante los artículos de referencias son totalmente inaplicables, otro ejemplo de violación a los principios del debido proceso es con respecto a la tercera conducta imputada ya que no existe en ninguna parte del ordenamiento jurídico tipificado el uso ineficiente o la subutilización como conducta reprochable y por ende sancionables, en esta conducta el Órgano Director se fundamenta en el artículo 22 inciso 1) subinciso a) y b) de la LGT que es el que establece las causales para revocar o resolver una concesión y en esos incisos no se establece el uso ineficiente ni la subutilización como causales de revocación, lo que indica el artículo es que no se haya utilizado, es decir un no uso absoluto, un uso ineficiente implicaría un uso por lo tanto ya no encuadraría en este tipo sancionatorio, igualmente una subutilización que es que se haya usado de mala forma pero implica un uso por lo que por lógica no se subsume la conducta, ninguna de esas dos conductas en las causales de revocación que se establecen en ese artículo 22 inciso 1) y, tampoco ninguna de las conductas establecidas en el artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias PNAF está incluida como causal de revocación de concesiones en el artículo 22 de la LGT que es donde está el uso sancionatorio.

2. Como segunda conclusión se tiene que existen graves vicios de nulidad absoluta en la intimación de los hechos, realizada al ICE y que está constituida por todos los actos administrativos que emitió la Dirección General de Calidad, la Dirección General de Competencia (ambas de la SUTEL) y el propio Consejo de la SUTEL fundamentado en todos los informes y dictámenes y, que son el fundamento de la imputación de cargos que se hace en el considerando 50 y porqué, porque muchos tienen ausencia de fundamentación, no se estableció fundamentación de escogencia de sitios, no se establecieron criterios ni metodologías, errónea fundamentación, usaron normativa que no es para medir eficiencia si no para medir intensidad de señal, ocupación, potencia, todo lo que técnicamente es insumo para un posterior análisis de eficiencia pero era para ocupación y no para

eficiencia, por lo que eso es una errónea fundamentación para efectos de concluir un uso ineficiente y, además inconsistencias en su motivo y contenido que violan los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de reglas de la técnica, principios de la lógica, razonabilidad y proporcionalidad que tutela el ordenamiento jurídico a nivel constitucional y legal, en razón de la cual, todos los informes de la SUTEL y los acuerdos del Consejo de la SUTEL que los utilizaron como fundamento, resultan inválidos por ilegales, por ende cualquier decisión sancionatoria fundamentada en esos actos inválidos pues también serían absolutamente ilegales. Los informes de la SUTEL no son informes de uso ineficiente o de subutilización, sólo de ocupación, reitero la resolución RCS-199-2012 es para medir señales electromagnéticas, la DGC-CA-PROC-12 es un procedimiento para mediciones de campo, la DGC-CA-PROC-15 es un procedimiento para mediciones de cobertura, intensidad de señal, no es eficiencia como bien quedó demostrado aquí con el testimonio del testigo perito Alfaro Alfaro, la SUTEL dice usar un piso de ruido pero ¿quién determinó ese piso de ruido?, como bien lo dijo el mismo testigo, incluso para este umbral utilizaron unidades de medida diferente, o sea no había una predeterminación o predefinición de esas reglas con base en los cuáles iban a medir esta ocupación. Otra cosa que queda en evidencia es que este piso de ruido, estas intensidades fueron medidas sin discriminar en el tipo de frecuencia o en el tipo de servicio que iba a ser supervisado, con base en lo que exige la Unión Internacional de Telecomunicaciones (...) incluso en el Manual de Comprobación Técnica del Espectro de la UIT y que nosotros aportamos como Anexo 16, no obstante don Glenn dice haberlo utilizado en los informe antes del 2022, pero si se revisa cada uno de esos informes, en ninguno hay referencia a este Manual de Comprobación Técnica del Espectro, es para medir ocupación pero no eficiencia. (...).

A nivel nacional queda demostrado que no existe normativa regulatoria que establezca metodología alguna con criterio, con parámetros con reglas predefinidas claras que permitan determinar en un caso concreto si existe un uso eficiente o no del espectro radioeléctrico. (...). Aquí no quedó demostrado ni por el testimonio de don Glenn ni de

don Kevin que existen criterios formales predefinidos que determinen sitios idóneos para medir ocupación de la forma correcta de una señal del espectro, mas bien lo que quedó en evidencia es que eso es algo absolutamente subjetivo, el mismo Glenn admitió que es él el que toma la decisión de cuáles sitios se van a medir en cada momento, entonces esto lo único que nos evidencia es la falta de rigor técnico, falta de fundamento técnico de acuerdo a las reglas de la lógica, de la técnica (...).

(...)

- 3. Como tercera conclusión tenemos que no se ha demostrado en autos que el ICE incurriera en alguna de esas tres conductas, finalmente ya por el fondo ninguna de esas conductas establecidas en el considerando 50 de la resolución de inicio existieron, ¿y porqué no existieron? Vuelvo a la primera conducta imputada, la supuesta no utilización de redes ni utilización de las frecuencias a partir de la entrada en vigor de la concesión, aquí llama mucho la atención que se haga esta imputación en razón de que el Acuerdo del que es objeto este procedimiento es de 1998 que vencía el 25 de setiembre de 1999 y la imputación se hace con base en mediciones hechas 11 y hasta 22 años después (...) en el expediente no consta una sola medición que se haya hecho del 25 de setiembre de 1998 al 25 de setiembre de 1999, por lo tanto esta conducta no puede ser demostrada. Todo lo que evidencia los informes desde el 2012, considerando 4 hasta el 2022, lo que evidencian es un uso del ICE y otra cosa si el ICE no hubiera usada esas frecuencias desde que se le dieron en el 98, el Poder Ejecutivo no hubiera adecuado en el 2009 esa concesión (...). Con respecto a la segunda conducta, con respecto a la no utilización alguna como dije, lo único que demuestran los informes es un uso de la banda de 2.6, por lo que aquí tampoco existe violación a lo establecido en el inciso a) del artículo 74 de la LGT que es uno de los fundamentos de esta conducta, que lo que indica el inciso a) es que se presten servicios de manera continua y si hay algo que se ha demostrada aquí es que el ICE ha demostrado que ha prestado servicios de manera continua desde el primer informe hasta el último. Luego, el ICE desde 1998 ha hecho un uso adecuado de*

la concesión (...) absolutamente conforme con las concesiones dadas tanto en el 98 como en la adecuación del 2009, entonces tampoco hay violación del artículo 49 inciso 1) de la LGT que habla de hacer el uso conforme a lo concesionado. El otro tema que no se puede obviar es el hecho de que las concesiones lo que otorgan es un derecho de uso de las frecuencias en todo el país, pretender que es una obligación utilizar todas las frecuencias medias, bajas y altas en todo el país va en contra de todo principio de la lógica, la regla técnica, conveniencia, es absurdo (...) su obligación es dar cobertura de los servicios en todo el país como está en la ley del ICE (...) la obligación de dar el servicio no es igual a la obligación de usar todas las frecuencias.

Otro aspecto importante es en cuanto al uso del inciso h) del artículo 74 que fue utilizado por el Órgano Director para fundamentar la tercera conducta imputada de supuesta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico el cual indica la obligación de cooperar con la SUTEL, lo cual en ninguna parte de este procedimiento se ha demostrado que el ICE no haya cooperado con la SUTEL y aquí hago referencia a una pregunta que le hizo el colega del sindicato en cuanto a que si estos informes habían generado algún tipo de prevención al ICE de uso, usted está usando la 2.6 de esta forma o no la utilice de esta forma o tiene que usarla de esta forma, no existe, nunca existió entonces nunca ha habido desobediencia ni falta de cooperación por parte del ICE con la SUTEL en el uso eficiente.

(...)

Finalmente, la indeterminación y ambigüedad de los supuestos del artículo 11 (PNAF) son tales que hoy por el hoy el MICITT junto con la SUTEL, están promoviendo una reforma a ese artículo 11 y justamente una de las justificaciones es con el objetivo de aclarar su interpretación en futuros análisis de eficiencia de uso, esa es la mejor prueba de que ese artículo es totalmente ambiguo e inaplicable a la concesión.

Con base en todo lo anterior, solicitamos se declare sin lugar el presente procedimiento administrativo y se proceda al archivo inmediato y definitivo del mismo por:

- *1. No existir en el ordenamiento jurídico nacional, norma legal ni reglamentaria alguna, que tipifique el uso ineficiente o subutilización del espectro radioeléctrico como una causal de resolución de una concesión de espectro radioeléctrico y/o de inhabilitación para ser sujeto de nuevas concesiones.*
- *2. Por haberse realizado una imputación fundamentada en normas que no existen, en normas que no tipifican conductas sancionables y en normas que no tienen relación con los hechos investigados, una imputación que no fue ni expresa ni precisa, ni circunstanciada de los hechos, carente del debido y necesario encuadre de las conductas investigadas del ICE en un tipo administrativo sancionatorio previamente establecido en la normativa.*
- *3. Por existir graves vicios de nulidad absoluta en la intimación de hechos realizada al ICE constituida por los actos administrativos, todos los informes de la SUTEL, todos los informes de la Dirección General de Calidad de la SUTEL, la Dirección General de Competencia de la SUTEL y el Consejo de la SUTEL que son el fundamento de la imputación de cargos hecha al ICE por ausencia y errónea fundamentación, y evidentes inconsistencias en su Motivo y Contenido.*
- *4. Po no haberse demostrado en autos ninguna de las 3 conductas imputadas al ICE en el Considerando 50 a saber: La no instalación de redes y el no uso de las frecuencias de la banda de 2.6 GHz en el año posterior a otorgada la concesión de dicha banda; la no utilización alguna de la banda de 2.6 GHz y un uso ineficiente o subutilización de la banda de 2.6 GHz*

(...)"

El Sindicato de Ingenieros del ICE (SIICE) expuso de forma oral como alegatos de conclusiones en lo conducente, los siguientes temas:

“(…)

1. *Necesidad de reglamentar estos procedimientos porque en el momento que se reglamenten estos procedimientos resolvemos el tema fundamental que planteaba la representación legal del ICE en el tema de la tipicidad; la tipicidad es uno solo de los defectos que tiene este procedimiento pero ciertamente la tipicidad es una garantía para todas las partes que intervienen en el procedimiento porque es la seguridad jurídica de que hay reglas claras, que se va a actuar conforme a esas reglas, que esas reglas definen cuáles son las faltas y por definidas esas faltas se establece cuáles son las consecuencias pero este procedimiento es una caja llena de documentos (...) sesgados, incompletos, documentos que se alejan de la técnica y que en mala forma sustentan un procedimiento de esta naturaleza, pero lo importante aquí (...) el MICITT se va a dar cuenta de esa necesidad de promover una reglamentación de esos procedimientos incluida una reforma legal para promover en esas relaciones del estado con el propio estado tramitar estos procedimientos porqué, porque ciertamente en el tema de las faltas o en un procedimiento sancionador como es este en donde se amenaza al ICE incluso de perder frecuencias, de sufrir las consecuencias de esa revocación (...) lo cierto es que se hace una tácita referencia a normas que no contienen las conductas (...) lo cierto es que se hace en violación del propio ordenamiento jurídico (...) la Sala viene y dice que tienen que haber reglas claras de acuerdo al principio de legalidad (...) lo importante acá es que en un estado de derecho mínimamente tiene que estar descritas las faltas no en su integralidad (...) como bien indicaba la representación legal del ICE dentro de las causas de revocación de las concesiones no se establecen como faltas las que propiamente se imputan en este procedimiento y, es ahí donde entonces esa reglamentación se echa de menos en estos procedimientos es vital porque en este caso (...) deberían estar definidas las conductas, lo cual no existe y cómo no existe no podemos apelar a la discrecionalidad (...) en este sentido y de cara a este tema, es importante hacer*

ver al Órgano Director que ciertamente existe un problema de tipicidad en este asunto que impide al Órgano Director y al Órgano Decisor tomar una disposición sancionatoria en contra del ICE, porque las faltas no se pueden presumir o construir (...).

- 2. La seguridad jurídica es una obligación que debe tener cualquier normativa sancionatoria y en esa falta de seguridad jurídica hay una evidente responsabilidad del MICITT, porque la Ley N° 7169 de creación del MICITT, en su artículo 20 indica (...) esta norma nos lleva al artículo 2 de la LGT de los objetivos de la LGT (...) en el inciso d) dice que es deber del MICITT proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, qué quiere decir esto (...) que cuando el MICITT recibe de SUTEL estudios por muchos años de mediciones que habían hecho (...) era obligación del MICITT de cara a asegurar justamente la calidad del servicio de las telecomunicaciones haber prevenido al ICE de los supuestos incumplimientos que SUTEL dice en qué estaba incurriendo y esos se hizo por varios años, se hizo por varios funcionarios y resulta que el MICITT nunca le giró ninguna disposición al ICE justamente para garantizar lo que la Ley N° 7169 pone en sus manos por que el MICITT es el que ejerce la rectoría del Sector de Telecomunicaciones (...) entonces será consecuente con los deberes de la función pública que el MICITT conociera de las mediciones realizadas por la SUTEL y que durante muchos años no le hubiere generado ninguna disposición correctiva al ICE, por lo menos de cara a que el ICE conociera los informes y de cara a que el ICE pudiera conocer no solo pretendidas medidas correctivas sino que pudiera acreditar al MICITT que lo que la SUTEL decía no era cierto pero aquí no estamos en un procedimiento de prueba tasada para considerar que las mediciones que realiza la SUTEL, los informes que ha realizado se basten y se sobren así mismos, esos instrumentos servirían realmente como prueba para este Órgano Director en el tanto hubieran sido comprobados (...) podría uno cuestionarse cuáles son las diligencias empleadas por el MICITT, del año 2012 en adelante para indicarle al ICE que había algún potencial compromiso de la*

calidad de sus servicios si es que existió pero resulta que el MICITT no hizo ninguna advertencia al ICE en cuanto a ese tema (...) de modo que un procedimiento de esta naturaleza no solo esta carente de una reglamentación que defina reglas claras sobre las cuales se va a actuar, si no que en este caso en concreto hay una omisión que es insalvable por parte de las autoridades del MICITT que torna en ineficaz todo lo que se está haciendo (...) si el MICITT por muchos años no actuó con la diligencia que legalmente le está establecido mal hace en abrir un procedimiento de estos (...) en contra del ICE, invocando aparentes incumplimientos que en la realidad no se ha podido acreditar acá de la forma debida.

(...)

3. Desde el año 2012 se realizan una serie de mediciones, que ni siquiera el ICE estuvo en capacidad de cuestionar, (...) la única forma de entender la rigurosidad científica de esas mediciones es que en su momento al ICE como afectado se le diera la oportunidad de cuestionar los hallazgos y las conclusiones que supuestamente había obtenido SUTEL en sus mediciones (...) ya la Sala Constitucional en este país también ha indicado que no pueden establecerse disposiciones mandatorias, confiscatorias que afecten situaciones o derechos de las personas involucradas en el proceso en el cual se obtiene esa prueba, porque, porque el debido proceso no es que al ICE se le de la oportunidad de venir y referirse a los estudios ahora, años después de que se hicieron, el verdadero debido proceso es que cuando se hicieron los estudios, al ICE como evaluado se le hubiera dado la oportunidad de hacer referencias a esos documentos, y ahora muchos años después, cuando esos hallazgos de la SUTEL no puedan ser verificados, ya la violación al debido proceso ya ocurrió, y por eso es que entonces no podrían darse disposiciones mandatorias, confiscatorias que afecten situaciones o derechos adquiridos, porque en su momento cuando se dieron esos elementos, que como vimos antes tampoco el MICITT nunca hizo nada (...) no

pueden ahora justificar un procedimiento de esta naturaleza mucho menos para considerar una sanción en la forma que se propone.”

De conformidad con lo anterior el SIICE solicita proceder a declarar sin lugar este procedimiento, exonerando al ICE de cualquier forma de incumplimiento porque según ellos: *“no hay elementos normativos y técnicos para establecer esos eventuales incumplimientos, no existe tampoco una claridad respecto de las faltas que le son imputadas de cara a considerar que las sanciones con las cuales se amenaza al ICE sean realmente las que están establecidas para esas conductas y sobre esa base se proceda al archivo de este expediente”*.

E. Cierre:

Se dejó constancia de que en el acto de comparecencia se observaron todas las formalidades esenciales, y se les informó a las partes que la misma estaría respaldada mediante la grabación de audio realizada, la cual se incorporó de forma integral mediante un dispositivo de almacenamiento al expediente administrativo de conformidad con el artículo 313 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública. Asimismo, en dicho acto se le entregó a la parte una copia de esta.

La comparecencia oral y privada se dio por concluida al ser las 17:54 horas del 13 de febrero de 2023.

11.SOBRE LOS ALEGATOS PRESENTADOS POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD EN LA COMPARECENCIA ORAL Y PRIVADA

Los representantes del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD presentaron durante la comparecencia oral y privada que se realizó en fechas 08 y 13 de febrero 2023, de las 9:00 horas a las 15:45 horas y de las 09:00 horas a las 17:50 horas,

respectivamente, el oficio N° 263-10-2023 de fecha 08 de febrero de 2023, denominado “ALEGATO INICIAL PARA COMPARECENCIA ORAL Y PRIVADA DE LAS 09:00 HORAS DEL 8 DE FEBRERO DE 2023”.

A. Sobre los alegatos planteados en el punto número 1 del Apartado III del oficio N° 263-10-2023:

En el citado oficio, el ICE presentó sus alegatos respecto a los incumplimientos imputados a dicha Institución en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODPAR-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del 9 de noviembre de 2022 del Órgano Director.

Al respecto el ICE alegó en el punto 1., del “*APARTADO III, FUNDAMENTOS JURÍDICO-REGULATORIOS*”, del oficio N° 263-10-2023 (folios del 4078 al 4118), lo siguiente:

“1. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS INFORMES DE LA SUTEL

Como se ha podido demostrar en los descargos a los Considerandos en el aparte anterior, la SUTEL no midió en ningún momento, desde el 2012 al 2022, la eficiencia del uso de la banda 2.6 GHz por parte del ICE, sino solo la ocupación.

Esto por cuanto, en primer lugar, a nivel nacional, no ha existido nunca normativa regulatoria que establezca una metodología con criterios y parámetros definidos y claros, que permitan determinar en un caso concreto, si existe uso eficiente o no, del espectro radioeléctrico. Y, en segundo lugar, porque, no obstante, desde 1994 existe normativa a nivel internacional para determinar esa eficiencia, la misma no fue utilizada por la SUTEL en ninguno de sus informes realizados entre el 2012 y el 2022.

Lo que la SUTEL realizó en todos su informes del 2012 al 2022 fueron mediciones de “ocupación” o uso de la banda 2.6 GHz, y no de eficiencia en el uso, lo cual se pone en

evidencia con la normativa regulatoria en las que los basó: La resolución RCS-199-2012 que es una resolución del Consejo de la SUTEL denominada “Protocolo General de Medición de Señales Electromagnéticas”, la cual establece el procedimiento y lineamientos básicos para hacer mediciones sobre el espectro radioeléctrico y verificar potencia de señal, intensidad de campo y ocupación de bandas; y los procedimientos establecidos en la DGC-CA-PROC-12 denominada Procedimiento Ordinario para mediciones de campo y en el de la DGC-CA-PROC-15 denominada Procedimiento para mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME.

Como bien se aprecia, ninguna de la normativa señalada se refiere a medición de eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico, sino que las tres establecen procedimientos y lineamientos para medir potencia de señal, intensidad de campo, ocupación y cobertura.

Si bien las mediciones de ocupación que realizó la SUTEL pueden considerarse un insumo necesario para posteriores mediciones de eficiencia, éstas deben hacerse correctamente, de forma clara y transparente, con rigurosidad técnica y debidamente fundamentadas. No obstante, por el contrario, dichos informes presentan muchas inconsistencias y sus conclusiones carecen de la debida fundamentación.

(...)

De igual forma, la SUTEL no fue consistente en la medición de los segmentos Downlink y Uplink de la banda 2.6 GHz, pues en el 2012 y 2015 no indicó cuál de los dos segmentos midió o si midió los dos, en el 2016 solo midió Downlink, y en el resto de los informes dice haber medido los dos segmentos. Y como agravante, tal y como se explicó en el aparte anterior, la SUTEL no aplicó la metodología correcta para medir la ocupación en el segmento de uplink, ya que la metodología de minutos de una hora que dice haber utilizado no es la que se establece para dicho segmento, sino que, con base en la Recomendación UIT-R SM.1880, el criterio debe ser la cantidad de terminales móviles que transmitan, es decir, se debe determinar una ocupación

por ráfagas, para lo cual se deben definir un nivel de precisión, un nivel de confianza y un número necesario de muestras, nada de lo que hizo la SUTEL.”

Ahora bien, en las mediciones realizadas por la SUTEL, para la obtención de los niveles de intensidad de campo eléctrico en los puntos de medición, ese Órgano Regulador indicó en los distintos informes que se cumplió a cabalidad con el procedimiento aprobado mediante la Resolución N° RCS-199-2012 “Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”, publicado en el Alcance Digital N° 104 del Diario Oficial La Gaceta N° 146 de fecha 30 de julio de 2012, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, “*Procedimiento para mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME*”, con lo que se asegura el cumplimiento de los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las condiciones de medición de intensidad de campo eléctrico, específicamente las recomendaciones N° UIT-R SM.443-4, “*Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones*” y N° UIT-R SM.378-7, “*Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica*”. Para la realización de dichas mediciones se utilizaron estaciones fijas y compactas del SNGME así como estaciones móviles, cuya calibración se encontraba al día.

Cabe indicar que el ICE en el punto 1., del “*Apartado III, Fundamentos Jurídico-Regulatorios*”, del oficio N° 263-10-2023, rechazó los diversos informes realizados por la SUTEL, debido a que consideran que dichos informes, adolecen de vicios en su base (metodología) y razonamiento, los cuales se explican ampliamente en el punto cuarto del apartado II del oficio 263-10-2023.

No obstante lo indicado por el ICE, es necesario indicar que en el párrafo final del artículo 11 del PNAF se establece que “(...) *para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico (...)*” la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real (...)*”; sin embargo, es claro y específico que dicha verificación debe ser sobre “(...) *la ocupación y utilización del espectro.*”; lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y

utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma.

Ahora bien, por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, se puede observar una evolución en el uso del espectro eléctrico por parte de ICE en la banda de 2600 MHz; por lo que a partir del criterio técnico N° 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre de 2019, de la SUTEL en adelante, se puede observar cómo desde finales de 2019, se fija y se mantiene un patrón similar de uso parcial del espectro de eléctrico, hasta el momento de la apertura del presente procedimiento administrativo. Es decir, 40 MHz en uso (de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz), 80 MHz en uso, pero sin realizar la reutilización de frecuencias como se indica en el PNAF artículo 11, inciso e) (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y 70 MHz sin uso (de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz).

Ahora bien, conforme el artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, el titular de la concesión está obligado a: ***“Prestar los servicios autorizados, de manera continua, de acuerdo a los términos, condiciones y plazos establecidos en la ley, este Reglamento, el respectivo título habilitante y las resoluciones que al efecto dicte la SUTEL (...)”***. (Énfasis agregado).

Por lo anterior, el Órgano Director no consideró de recibo los alegatos planteados por el ICE en el punto número 1 del Apartado III del oficio N° 263-10-2023.

B. Sobre los alegatos planteados en el punto número 2 del Apartado III del oficio N° 263-10-2023:

En el citado oficio, el ICE presentó sus alegatos respecto a los incumplimientos imputados a dicha Institución en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODDPA-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del 9 de noviembre de 2022 del Órgano Director.

Al respecto el ICE alegó en el punto 2. del “*APARTADO III, FUNDAMENTOS JURÍDICO-REGULATORIOS*”, del oficio N° 263-10-2023 (folios del 4078 al 4118), lo siguiente:

***“2. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE IMPUTACIÓN E INTIMACIÓN QUE IMPOSIBILITAN AL ICE EJERCER EL DERECHO DE DEFENSA DE MANERA RAZONABLE Y POR ENDE LE GENERAN INDEFENSIÓN ABSOLUTA*”**

En tutela de los principios administrativo procesales de intimación e imputación, y a efectos de ejercer de manera informada y con certeza técnica jurídica los derechos y garantías constitucionales de debido proceso y defensa, a continuación nos permitimos explicar los vicios sustanciales en la intimación e imputación de cargos de la Resolución de Inicio de Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio y Traslado de Cargos N° ODDPA-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del 9 de noviembre de 2022 que implican una omisión de las formalidades sustanciales del procedimiento que causa indefensión al ICE conforme a lo establecido en el artículo 223 de la LGAP.

Según lo ha desarrollado ampliamente la jurisprudencia constitucional y administrativa, los principios de intimación e imputación se desprenden del principio constitucional del debido proceso tutelado en el artículo 41 de la Constitución Política, y pretende garantizar que la persona investigada se le comuniquen de manera exacta los hechos que dan origen al procedimiento con la finalidad de que pueda proveer su defensa y que en el pronunciamiento de fondo se dé una identidad entre lo intimado y lo resuelto.

(...)

Contrastado lo anterior con el caso de marras, de la lectura de la Resolución de Inicio de Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio y Traslado de Cargos N° ODPa-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del 9 de noviembre de 2022, se evidencia que no se precisó en los apartados de los Considerandos y de la Parte Dispositiva la indicación clara, precisa ni expresa de las conductas del ICE que supuestamente configuran los incumplimientos y que están siendo investigadas, ni de los periodos de comisión de estas conductas; ni a cuál de los incumplimientos corresponde cada una de las conductas del ICE, siendo que tampoco se indica en forma clara, precisa y expresa de qué forma las conductas del ICE presuntamente configuran incumplimientos de las obligaciones derivadas del Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98 MSP del 25 de setiembre de 1998 en relación con el uso y explotación del segmento de frecuencias 2500 MHz a 2690 MHz.

La omisión de todos los aspectos señalados generan una absoluta indefensión al ICE, al no tener certeza de cuáles son los hechos acusados y que son objeto de investigación, obligando al ICE a deducir, interpretar y suponer del cúmulo de información (22 Informes de la SUTEL, 12 Informes del MICITT y 1 documento del Órgano Director) descrita en los 51 Considerandos, cuáles son los hechos acusados y el tipo de incumplimiento que cada uno de ellos podría configurar de las tres imputaciones realizadas en el Considerando Quincuagésimo, todo en absoluta violación de las garantías del debido proceso tuteladas a la luz del artículo 41 constitucional.

(...)

Finalmente, en el texto del Considerando Trigésimo Primero, relativo a un informe técnico jurídico del MICITT para determinar el mérito de la apertura del procedimiento administrativo, se hace incluso mención a un supuesto oficio de medición de la SUTEL

identificado como "N°10425-SUTEL-DGC-2020 de fecha 20 de noviembre de 2020", el cual no forma parte del expediente administrativo.

Estos vicios sustanciales cuya omisión causa indefensión al ICE y por ende implica una nulidad absoluta de lo actuado, evidencia que la instrucción de cargos no es oportuna, expresa, precisa, clara ni circunstanciada, ni permite tener una certeza de qué hechos se imputan, no correspondiendo al ICE en su condición de Administrado, en la línea antes indicada de la Sala Primera, dilucidar, del cúmulo de información y actuaciones comprendidas en un expediente administrativo, cuáles son los cargos y el periodo de tiempo en que se le endilgan, dado que lo anterior, podría inducirlo a error, incluso a no pronunciarse sobre algunos de ellos porque no los valoró como tales; o bien porque no los ubicó en el expediente, lo cual menoscaba tanto el derecho de defensa como el debido proceso.

Un ejemplo evidente de lo anterior es que al no indicar el acto de inicio los períodos de tiempo en que se endilgan las presuntas faltas, no es posible valorar, con un grado mínimo de certeza, si es procedente interponer o no una eventual excepción de prescripción de la potestad sancionatoria a tenor de lo establecido en el artículo 71 de la LGT y normas concordantes, lo cual le causa indefensión al ICE.

Por ende, la resolución de traslado de cargos no es congruente con las garantías constitucionales y legales antes mencionadas y tuteladas por la jurisprudencia, pues no realiza una indicación precisa de los periodos donde se circunscribe el presunto incumplimiento que se le imputa al ICE a efectos de que se pueda ejercer de manera informada y con certeza técnica y jurídica los derechos constitucionales de debido proceso y derecho de defensa."

Sobre lo indicado por el ICE, el Órgano Director consideró que no lleva razón ese Instituto respecto a que la Resolución de Inicio de Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio y Traslado de Cargos N° ODP-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del

9 de noviembre de 2022, supuestamente violenta los principios de imputación e intimación.

Lo anterior por cuanto dicha resolución, en cumplimiento de los principios señalados, indicó expresamente en el Considerando Quincuagésimo los presuntos incumplimientos que se le imputaron al ICE, y en el Considerando Quincuagésimo Primero, señaló las consecuencias y sanciones a las que se expone dicho Instituto en caso de comprobarse los incumplimientos imputados, según se transcriben de seguido:

“QUINCUAGÉSIMO: *Que según lo indicado en los considerandos anteriores, el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139, presuntamente ha incumplido las obligaciones y condiciones del uso y explotación de la concesión otorgada mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 05 de fecha 08 de enero de 1999, en relación con el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, incumplimientos que versan sobre lo siguiente:*

- 1. La presunta no instalación de redes y utilización de las frecuencias en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la concesión, de conformidad con los artículos 80 y 81 en relación con el artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.*
- 2. La presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico, conforme a los artículos 2 incisos a) y d), 3 inciso c), 49 inciso 1) de la Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 74 incisos a), d), h) y k) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.*
- 3. La presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico, conforme a los artículos 3 incisos a), c) e i), 8 incisos a) y c), 11 y 22 inciso 1) subinciso a) y b), de la Ley General de Telecomunicaciones y artículos 74 incisos c) y h) del*

Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones en relación con el artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias.

*Los tres puntos anteriores de conformidad con las mediciones por periodos realizadas por la SUTEL en fechas del 09 al 17 de noviembre de 2011, de enero a setiembre de 2015, de mayo a agosto del 2016, del 13 de marzo al 13 de abril de 2017, del 13 de marzo al 13 de abril de 2017, del 13 de marzo al 13 de abril de 2019, del 13 de marzo al 13 de abril de 2019, de febrero a agosto del año 2019, del 02 de marzo al 03 de abril del 2020, del 13 de noviembre al 01 de diciembre del 2020, del 01 de enero al 23 de mayo de 2021 y del 16 de julio al 20 de octubre de 2021, periodos de tiempo en los cuales se estaría dando el presunto incumplimiento de las obligaciones y condiciones del uso y explotación de la concesión otorgada mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, en relación con el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, según los Dictámenes Técnicos oficios N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 09 de noviembre de 2012, N° 05726-SUTEL-DGC-2016 de fecha 04 de agosto de 2016, N° 03145-SUTEL-DGC-2017 de fecha 18 de abril de 2017, N° 06996-SUTEL-DGC-2017 de fecha 23 de agosto de 2017, N° 5213-SUTEL-DGC-2018 de fecha 29 de junio de 2018, N° 3820-SUTEL-DGC-2019 de fecha 07 de mayo de 2019, N° 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre de 2019, N° 04204-SUTEL-DGC-2020 de fecha 14 de mayo de 2020, N° 02823-SUTEL-DGC-2021 de fecha 8 de abril de 2021, N° 06531-SUTEL-DGC-2021 de fecha 15 de julio de 2021, N° 09509-SUTEL-DGC-2021 de fecha 08 de octubre de 2021 y N° 11491-SUTEL-DGC-2021 de fecha 10 de diciembre de 2021. Y de conformidad con los **análisis técnicos y jurídicos** de la SUTEL, la Dirección de Espectro Radioeléctrico y Redes de Telecomunicaciones y la Dirección de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones, oficios N° 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 09 de noviembre de 2012, N° 890-SUTEL-DGC-2013 de fecha 22 de febrero de 2013, N° 05726-SUTEL-DGC-2016 de fecha 04 de agosto de 2016, N° 03145-SUTEL-DGC-2017 de fecha 18 de abril de 2017, N° 06996-SUTEL-DGC-2017 de fecha 23 de agosto de 2017, N° 5213-SUTEL-DGC-2018 de fecha 29 de junio de 2018, N° 3820-SUTEL-DGC-2019 de fecha 07 de mayo de 2019, N° 05348-SUTEL-DGC-2019 de fecha 19 de junio de 2019, N° 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre*

de 2019, N° 04204-SUTEL-DGC-2020 de fecha 14 de mayo de 2020, N° 05071-SUTEL-DGC-2020 de fecha 09 de junio de 2020, N° 00138-SUTEL-DGC-2021 de fecha 07 de enero de 2021, N° 02156-SUTEL-DGC-2021 emitido en fecha 12 de marzo de 2021, N° 02823-SUTEL-DGC-2021 de fecha 8 de abril de 2021, N° 04171-SUTEL-DGC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021, N° 04225-SUTEL-OTC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021, N° 04482-SUTEL-DGC-2021 de fecha 28 de mayo de 2021, N° 06531-SUTEL-DGC-2021 de fecha 15 de julio de 2021, N° 09509-SUTEL-DGC-2021 de fecha 08 de octubre de 2021, N° 11491-SUTEL-DGC-2021 de fecha 10 de diciembre de 2021 y N° 08359-SUTEL-DGC-2022 de fecha 16 de septiembre de 2022, e Informes Técnicos N° MICITT-GAER-IT-156-2013 de fecha 04 de octubre de 2013, N° MICITT-GAER-INF-183-2016 de fecha 16 de diciembre de 2016, N° MICITT-DERRT-DAER-INF-112-2021 de fecha 03 de agosto de 2021, N° MICITT-DCNT-DNPT-INF-158-2021 de fecha 05 de octubre de 2021, N° MICITT-DCNT-INF-029-2021/MICITT-DERRT-INF-009-2021 de fecha 19 de octubre de 2021 y N° MICITT-DERRT-DAER-INF-050-2022 de fecha 01 de marzo de 2022.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que de comprobarse que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139, efectivamente incumplió con las obligaciones detalladas en el considerando previo, la misma se expone a las siguientes sanciones:

1. Revocación total o parcial del título habilitante de la concesión de uso de las frecuencias 2500 MHz a 2690 MHz y por ende la extinción total o parcial del título habilitante Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el citado título habilitante y en los artículos 2 incisos a) y d), 3 incisos a), c) e i), 8 incisos a) y c), 11 y 49 inciso 1) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, artículos 74 incisos a), c), d), h) y k), 80 y 81 del Decreto Ejecutivo N° 34765, Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET, Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, en aplicación de las sanciones dispuestas en el artículo 22 inciso 1) subinciso a) y b) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones; e,

2. *Imposibilidad para obtener nuevas concesiones de las previstas en la Ley N° 8642, por un plazo mínimo de tres (3) años y máximo de cinco (5) años, contado a partir de la firmeza de la resolución de revocación parcial o total del título habilitante de la concesión de uso de las frecuencias 2500 MHz a 2690 MHz, por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el citado título habilitante y en los artículos 2 incisos a) y d), 3 incisos a), c) e i), 8 incisos a) y c), 11 y 49 inciso 1) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, artículos 74 incisos a), c), d), h) y k), 80 y 81 del Decreto Ejecutivo N° 34765, Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET, Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, y en aplicación de la sanción dispuesta en el artículo 22 inciso 1) párrafo final de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones.”*

Respecto a los principios de imputación e intimación en el procedimiento administrativo, que se desprenden del principio constitucional del debido proceso regulado en el artículo 41 de nuestra Constitución Política, la Sala Constitucional en el Voto N° 632-99 de las 10:48 horas del 29 de enero de 1999, concluyó lo siguiente:

*“a) Principio de intimación: consiste en el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento del funcionario la acusación formal. La instrucción de los cargos tiene que hacerse mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los **hechos que se le imputan y sus consecuencias jurídicas**. b) Principio de imputación: es el derecho a una **acusación formal, debe el juzgador individualizar al acusado, describir en detalle, en forma precisa y de manera clara el hecho que se le imputa**. Debe también realizarse una clara calificación legal del hecho, estableciendo las bases jurídicas de la acusación y la concreta pretensión punitiva. Así el imputado podrá defenderse de un supuesto hecho punible o sancionatorio como en este caso, y no de simples conjeturas o suposiciones.”*

Como se puede apreciar, la Resolución N° ODPa-RES-ICE-001-2022, es congruente con la jurisprudencia citada, dado que es clara en indicar de forma expresa y precisa los presuntos incumplimientos que se le imputaron al ICE, así como las consecuencias y sanciones a las que se expone ese Instituto en caso de comprobarse los incumplimientos citados, en concordancia con la definición de los principios de imputación e intimación detallados por la Sala Constitucional en la jurisprudencia transcrita.

Además, el ICE indicó en el escrito de alegatos que *“se evidencia que no se precisó en los apartados de los Considerandos y de la Parte Dispositiva la indicación clara, precisa ni expresa de las conductas del ICE que supuestamente configuran los incumplimientos y que están siendo investigadas”*, lo cual, es incorrecto por cuanto los presuntos incumplimientos y posibles consecuencias y sanciones a las que se expone el ICE en caso de comprobarse los incumplimientos imputados, se detallaron de forma clara y precisa en los considerando citados.

Incluso, existen contradicciones en los alegatos presentados por el ICE, porque según lo anterior, afirmó que la Resolución N° ODPa-RES-ICE-001 no indicó expresamente los supuestos incumplimientos que se le imputan, y al mismo tiempo en el escrito de alegatos indicó que ***“las conductas reprochadas al ICE no se subsumen dentro de los supuestos fácticos de las normas imputadas en el Considerando Quincuagésimo y por consiguiente, tornan improcedente la aplicación de las sanciones descritas en el Considerando Quincuagésimo Primero”***, por lo que se aprecia en dicha afirmación, que el ICE sí identificó en la Resolución N° ODPa-RES-ICE-001 los incumplimientos que se le imputaron, así como las posibles sanciones y consecuencias jurídicas en caso de comprobarse los incumplimientos imputados. (Énfasis agregado).

Aunado a lo anterior, el ICE en el escrito de alegatos en el aparte 3., sub-aparates A., B. y C., tituló dichas secciones como: *“A. PRIMER INCUMPLIMIENTO IMPUTADO”*, *“B. SEGUNDO INCUMPLIMIENTO IMPUTADO.”*, y *“C. TERCER INCUMPLIMIENTO IMPUTADO”*, por lo que se puede apreciar que el ICE sí identificó de forma clara los

presuntos incumplimientos que se le imputaron en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODP-RES-ICE-001.

En este sentido, para el Órgano Director no lleva razón el ICE cuando alega que la supuesta violación de los principios de imputación e intimación en la Resolución N° ODP-RES-ICE-001, le generó indefensión dentro del procedimiento administrativo de marras, ya que dicha institución identificó los incumplimientos que se le imputaron, y las posibles sanciones en caso de comprobarse dichos incumplimientos, y pudo ejercer efectivamente su derecho de defensa en cada etapa del procedimiento y especialmente en la comparecencia oral y privada que se realizó en fechas 08 y 13 de febrero de 2023.

Sobre lo indicado por el ICE en su escrito de alegatos respecto a que *“en el texto del Considerando Trigésimo Primero, relativo a un informe técnico jurídico del MICITT para determinar el mérito de la apertura del procedimiento administrativo, se hace incluso mención a un supuesto oficio de medición de la SUTEL identificado como “N°10425-SUTEL-DGC-2020 de fecha 20 de noviembre de 2020”, el cual no forma parte del expediente administrativo.”* Dicha afirmación no es correcta, ya que el documento de SUTEL al que se refiere el Considerando Trigésimo Primero de la Resolución N° ODP-RES-ICE-001 es el informe N° 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre de 2019, pero por un error material, el número y fecha del mismo se indicó de manera incorrecta en dicho considerando. Además, el citado informe se menciona de forma correcta 8 veces en el resto de la Resolución, y se encuentra dentro del expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009 en los folios 1323 al 1333, dicha situación fue aclarada durante la comparecencia oral y privada y aceptada por las partes.

C. Sobre los alegatos planteados en el punto número 3 del Apartado III del oficio N° 263-10-2023:

Los representantes del ICE, indicaron en el punto número 3 del Apartado III del oficio N° 263-10-2023 en lo conducente lo siguiente:

“Las conductas reprochadas al ICE no se subsumen dentro de los supuestos fácticos de las normas imputadas en el Considerando Quincuagésimo y por consiguiente, tornan improcedente la aplicación de las sanciones descritas en el Considerando Quincuagésimo Primero, como se explica a continuación:

Las conductas endilgadas al ICE de presuntamente haber incumplido las obligaciones y condiciones de uso y explotación de la concesión otorgada mediante el Acuerdo Ejecutivo N°1562-98 MSP del 25 de setiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N°05 del 08 de enero de 1999 del relativo al segmento de frecuencias 2500 MHz a 2690 MHz, no se subsumen dentro de los supuestos fácticos de las normas imputadas en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución de Inicio de Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio y Traslado de Cargos N° ODPa-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del 9 de noviembre de 2022.”

Cabe indicar que, en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODPa-RES-ICE-001, se le imputó al ICE una serie de presuntos incumplimientos de las obligaciones y condiciones del uso y explotación de la concesión otorgada mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, los cuales se citan a continuación:

“(…)

- 1. La presunta no instalación de redes y utilización de las frecuencias en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la concesión, de*

conformidad con los artículos 80 y 81 en relación con el artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.

- 2. La presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico, conforme a los artículos 2 incisos a) y d), 3 inciso c), 49 inciso 1) de la Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 74 incisos a), d), h) y k) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.*
- 3. La presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico, conforme a los artículos 3 incisos a), c) e i), 8 incisos a) y c), 11 y 22 inciso 1) subinciso a) y b), de la Ley General de Telecomunicaciones y artículos 74 incisos c) y h) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones en relación con el artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias.”*

Respecto a los incumplimientos citados, el ICE indicó lo siguiente sobre cada uno de ellos.

D. Sobre los alegatos del ICE en contra del primer incumplimiento imputado en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODPa-RES-ICE-001:

Respecto al primer incumplimiento imputado en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODPa-RES-ICE-001, el ICE alegó lo siguiente en el oficio N° 263-10-2023:

“(…)

La primera imputación está asociada a una presunta no instalación de redes y utilización de frecuencias en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la concesión.

Como previa y medular objeción está el hecho de **que el Acuerdo Ejecutivo N°1562-98 MSP del 25 de setiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N°05 del 08 de enero de 1999 no estableció ningún plazo para la instalación de redes y uso de las frecuencias, ni condicionó su eficacia a dicha instalación y uso.** Si bien dispuso el sometimiento a la legislación vigente y a la que en un futuro se dictara, las normas reglamentarias emitidas en el año 2009 y a las que se hace referencia en la imputación, no establecen tampoco un plazo específico para la instalación de redes y uso de las frecuencias, sino que se limita a indicar que debe cumplirse con el plazo consignado en la respectiva concesión, lo cual, como se explicó, no existió.

Por lo tanto, **esta primera imputación carece de sustento jurídico al acusar el incumplimiento de acciones en un plazo que no existe establecido ni en la concesión otorgada al ICE en 1998 ni en las normas reglamentarias posteriores en las que se respalda.**

Por su parte, en tutela del derecho de defensa del ICE es necesario manifestar que **lo que se alega por parte del Órgano Director es el presunto incumplimiento de normas reglamentarias y no de carácter legal, con lo cual no se cumple con el principio de legalidad y de reserva de ley en cuanto a que la tipificación de las sanciones debe estar establecida expresamente por ley ordinaria, siendo por ende improcedente justificar sanción alguna que no esté amparada en una norma legal.**

Sin perjuicio de que se declare la evidente ilegalidad de esta primera imputación por no existir obligación expresa en la concesión o en norma jurídica alguna, de instalar o usar las bandas de frecuencias concesionadas al ICE en el año 1998 en un plazo determinado, nos referiremos no obstante a la inexistencia del incumplimiento acusado, en los siguientes términos:

Se acusa una presunta no instalación de redes y utilización de las frecuencias en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la concesión, -la cual como se dijo, data del 25 de setiembre de 1998-, con base en mediciones realizadas por la

SUTEL que datan del año 2011 al 2022, es decir, se le imputa al ICE un incumplimiento dentro de un plazo dado, con base en mediciones realizadas 12 y 22 años después de vencido ese plazo.

(...)

De igual forma, la imputación se refiere al plazo de un año a partir de la entrada en vigencia de la concesión, plazo que para el caso concreto, venció el 25 de setiembre de 1999, siendo que en ninguna parte del expediente ni de los Considerandos, se demuestra la no instalación de redes y la no utilización de las frecuencias por parte del ICE en la banda concesionada, por el contrario, desde el primer Informe de la SUTEL del 2012 hasta el último del 2022, lo único que se evidencia es el uso y explotación efectiva que el ICE venía haciendo de esa banda.

(...)

Como se indicó, los mismos informes técnicos y jurídicos de la SUTEL originados en el 2012 y que cubren hasta el 2022, se encargan de desdecir esa conducta imputada dado que demuestran una explotación efectiva de las frecuencias concesionadas, lo cual implica, por ende, una instalación de las redes y utilización de las frecuencias. Por lo tanto, es evidente según los mismos informes de SUTEL que el ICE ha explotado dichas frecuencias, lo cual implica por lógica la instalación de redes y uso de las mismas, vaciando de contenido y despojando del debido fundamento, la premisa imputada de que no se han instalado redes ni utilizado las frecuencias.”

Al respecto, el Órgano Director luego de realizar el análisis correspondiente consideró que no se demostró el incumplimiento imputado al ICE en el punto 1 del Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODP-RES-ICE-001, referente a la presunta no instalación de redes y utilización de frecuencias en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la concesión, por cuanto es posible concluir según la información

contenida en el expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009, que el ICE si ha utilizado y continúa utilizando en la actualidad, un porcentaje de las frecuencias otorgadas a dicho Instituto mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998 adecuado mediante la Resolución RT-024-2009 de fecha 18 de diciembre de 2009, lo que implica necesariamente la instalación de redes.

Adicionalmente, no es posible para el Órgano Director comprobar si la instalación de dichas redes y la utilización de frecuencias otorgadas al ICE mediante el Acuerdo Ejecutivo citado, se realizaron en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la concesión, dado que el primer documento técnico de mediciones por parte de la SUTEL, que consta en el expediente administrativo N° GCP-AT-028-2009, es el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 4629-SUTEL-DGC-2012, denominado *“Situación actual de los títulos habilitantes, adecuaciones y ocupación efectiva del espectro concesionado al Grupo ICE”*, el cual tiene fecha de 09 de noviembre de 2012, es decir más de 13 años después de otorgada la concesión al ICE, por lo que basados en la fecha de esa primera medición por parte de la SUTEL, no se puede comprobar que el ICE no haya instalado sus redes y utilizado las frecuencias concesionadas mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP en el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia de dicha concesión.

E. Sobre los alegatos del ICE en contra del segundo incumplimiento imputado en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODP-RES-ICE-001:

Respecto al segundo incumplimiento imputado al ICE en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODP-RES-ICE-001, dicha Institución alegó en el oficio N° 263-10-2023 en lo conducente lo siguiente:

“La segunda imputación está asociada a la presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico; aspecto que no se configura por las razones que a continuación se exponen:

Al igual que la imputación anterior, esta comprende también el presunto incumplimiento de normas reglamentarias, con lo cual no se cumple con el principio de legalidad y de reserva de ley, en cuanto a que la tipificación de las sanciones debe estar establecida expresamente por ley ordinaria, siendo por ende improcedente justificar sanción alguna que no esté amparada en una norma legal.

“La presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico”, al decir del propio Órgano Director, debe interpretarse, a la luz de los artículos 2, 3 y 49 de la LGT, así como de varios de los incisos del ya comentado artículo 74 del RLGT, sin embargo, lo cierto es que tampoco hay una verificación objetiva o causal de la conducta que se pretende imputar al ICE. De lo que se habla es de presunta no utilización alguna, lo que supone, de manera directa, la no explotación comercial del servicio; dicho en otras palabras, no se trata de imputar un uso parcial o un uso “ineficiente”, sino que el ICE no tiene “nada prendido” en esas frecuencias.

La documentación que consta en el propio expediente administrativo desdice y contradice tal postulado, toda vez que hay una abundante prueba, acompañada de gráficos, mediciones y hasta comprobaciones en el terreno realizadas por SUTEL, de que el ICE utiliza y explota el segmento de frecuencias 2500 MHz-2690 MHz que le fuera asignado, de ahí que no es posible sostener una presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico.

(...)

No resulta en una correcta interpretación o uso de la técnica legal el que se alegue incumplimiento de los artículos 2 y 3 de la LGT, pues dichos artículos versan sobre los objetivos de la legislación y sus principios rectores, respectivamente; o, lo que es lo mismo, la finalidad y guía de interpretación que el legislador ha establecido en la misma, con el propósito de que el Estado guíe su accionar.

Por ende, no son -ni tampoco pueden interpretarse estos objetivo ni principios- como mandatos u obligaciones específicas que pesan sobre un concesionario, pues no corresponde a ellos, por ejemplo, “garantizar el derecho de los habitantes a obtener servicios de telecomunicaciones”, pues dicha garantía resulta de un mandato del Estado de garantizar el bienestar colectivo, mediante la satisfacción de la demanda de servicios públicos. Variar o torcer la interpretación correcta de estos postulados, resultaría en un ejercicio de ilegalidad manifiesta.

*Sin perjuicio de lo anterior, es evidente, según lo explicado supra, que el ICE utiliza y explota el segmento de frecuencias 2500 MHz-2690 MHz que le fuera asignado, y por ende, aprovisiona servicios de telecomunicaciones cuyos destinatarios y beneficiarios son los usuarios finales de **telecomunicaciones, cumpliendo con los parámetros legales, técnicos, comerciales y de calidad de estos servicios**; lo cual es congruente no solo con la integralidad de los objetivos y principios rectores de la ley, entre ellos los mencionados anteriormente.*

(...)

Incluir el artículo 49 inciso 1) de la LGT en esta tramitación de imputaciones tampoco sirve un propósito jurídico certero o eficiente. Dicho artículo solo establece un deber genérico de cumplimiento de los concesionarios a operar sus redes y sistemas de conformidad con las autorizaciones recibidas.

En el Acuerdo Ejecutivo por medio del cual se concesionó al ICE el rango de frecuencias 2.500 MHz a 2.690 MHz no había ninguna condicionante o instrucción de uso particular que el concesionario debiera cumplir como contraprestación de dicha asignación, por lo que deviene en inútil querer enmarcar el alegado incumplimiento en el citado artículo 49, en tanto no hay ninguna condición -más allá de la operación en sí de sus sistemas- a la que estuviera condicionada dicha asignación.

Aunado a lo anterior y como se demuestra en los descargos al Considerando Cuatro de la Resolución de Inicio, el ICE siempre utilizó las frecuencias de la banda 2.6 GHz concesionadas de conformidad con lo que estableció originalmente el Acuerdo Ejecutivo N°1562-98 MSP del 25 de setiembre de 1998, y posteriormente la adecuación del título hecha por el Poder Ejecutivo mediante la resolución N° RT-24-2009-MINAET y los usos establecidos en el PNAF.

(...)

La norma reglamentaria que se imputa infringida en el inciso a) lo que hace es crear una obligación en manos del concesionario. En este sentido es aplicable lo que manifestamos en la primera imputación sobre dicho numeral reglamentario en cuanto a que, al momento de evaluar el cumplimiento o no de la obligación del ICE, el único elemento de ponderación legal posible es aquel de que, efectivamente se presten los servicios autorizados de manera continua, conducta que ha sido demostrada por los mismos informes de la SUTEL y el MICITT referidos en los Considerandos de la Resolución de Inicio, **no existiendo incumplimiento alguno del inciso a), ni tampoco de disposición del inciso d) la cual resulta inaplicable** dado que se refiere a cumplimientos de planes mínimos de expansión, conducta que se interpreta no está siendo acusada en el presente procedimiento, o al menos eso se deduce de la información incluida en los 51 Considerandos de la Resolución de Inicio. Esto es una prueba adicional de la ilegalidad de la imputación al existir incongruencia entre las conductas reprochadas y los hechos que supuestamente las fundamentan. **Tampoco hay ningún incumplimiento a lo establecido en el inciso h)** dado que el ICE ha realizado un uso eficiente del recurso concesionado. Por su parte **el inciso k) resulta inaplicable**, pues nuevamente se refiere a una obligación del Estado que debe cumplir a través de sus instituciones y no a una obligación de los concesionarios de espectro como el ICE.

A este respecto, querer enmarcar en este apartado el incumplimiento de conceptos reglamentarios como la prestación continua (74 inciso a), cumplimiento del Plan Mínimo

de Expansión (74 inciso d), cooperación institucional con la Sutel (74 inciso h) y proteger los derechos de los usuarios (74 inciso k) es sencillamente un desconocimiento no solo del marco legal y regulatorio del sector, sino de las condiciones de operación de los mercados y, en última instancia, de los derechos adquiridos y títulos habilitantes que habilitan la operación del ICE en la banda de frecuencias de 2.6 GHz.

En consecuencia, carece de sustento legal alguno la segunda imputación en cuanto a una presunta no utilización alguna del espectro radioeléctrico, ni el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias citadas.”

Respecto a lo alegado por el ICE, el Órgano Director consideró que de conformidad con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que así como las mediciones realizadas por la SUTEL (las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio), no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios, mediante una técnica de muestreo; también se entiende, que el ICE, técnicamente no pueda cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz, debido a las características y limitaciones técnicas de dicha banda. Aun así, se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, se puede observar una evolución en el uso del espectro eléctrico por parte de ICE en la banda de 2600 MHz; por lo que a partir del criterio técnico N° 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre de 2019, de la SUTEL en adelante, se puede observar cómo desde finales de 2019, se fija y se mantiene un patrón similar de uso parcial del espectro de eléctrico, hasta el momento de la apertura del presente procedimiento administrativo. Es decir, 40 MHz en uso (de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz), 80 MHz en uso, pero sin realizar la reutilización de frecuencias como se indica en el PNAF artículo 11, inciso e) (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2660 MHz a 2680 MHz), **y 70 MHz sin uso (de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz),**

dado que el ICE solo tiene configurada una torre en el distrito de Caldera⁴¹, en la frecuencia de 2575 MHz a 2595 MHz, dentro del rango de frecuencias de 2570 MHz a 2620 MHz en TDD, la cual nunca ha sido detectada o mostrada en los datos de la SUTEL en ninguno de sus informes, por lo que la SUTEL determina que el segmento de 2570 MHz a 2620 MHz no ha sido utilizado en su totalidad.

Por lo anterior, el Órgano director consideró que, **se comprobó que el ICE, no utiliza el segmento de frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total)**, lo que configura una causal de revocación de la concesión conforme al artículo 22 inciso 1) subinciso a), de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones.

F. Sobre los alegatos del ICE en contra del tercer incumplimiento imputado en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODPa-RES-ICE-001:

En relación al tercer incumplimiento imputado al ICE en el Considerando Quincuagésimo de la Resolución N° ODPa-RES-ICE-001, dicha Institución alegó en el oficio N° 263-10-2023 en lo conducente lo siguiente:

“C. TERCER INCUMPLIMIENTO IMPUTADO

“3. LA PRESUNTA SUBUTILIZACIÓN O USO INEFICIENTE DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, CONFORME A LOS ARTÍCULOS 3 INCISOS A), C), E I), 8 INCISOS A) Y C), 11 Y 22 INCISO 1) SUBINCISO A) Y B) DE LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y ARTÍCULOS 74 INCISOS C) Y H) DEL REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 11 DEL PLAN NACIONAL DE ATRIBUCIÓN DE FRECUENCIAS

⁴¹ Según la prueba admitida denominada "Anexo 13 Reporte RadioBases 1Sem 2021" y que consta del folio 4434 al 4484 del expediente administrativo.

La tercera imputación está asociada a la presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico; aspecto que no se configura por las razones explicadas ampliamente y pruebas ofrecidas en el Apartado II de este documento, sumado a lo que, a continuación, se expone:

Al igual que las dos imputaciones anteriores, esta tercera comprende también el presunto incumplimiento de normas reglamentarias, con lo cual no se cumple con el principio de legalidad y de reserva de ley, en cuanto a que la tipificación de las sanciones debe estar establecida expresamente por ley ordinaria, siendo por ende improcedente justificar sanción alguna que no esté amparada en una norma legal.

“La presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico” al decir del propio Órgano Director, debe interpretarse, a la luz de los artículos 3 incisos a), c), e i), 8 incisos a) y c), 11 y 22 inciso 1) subinciso a) y b) de la Ley General de Telecomunicaciones y artículos 74 incisos c) y h) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones en relación con el artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias; normas que no tipifican el tipo sancionatorio de subutilización o uso ineficiente, y que además el ICE no ha incumplido.

Conforme al Estado de Derecho, es una garantía constitucional que resulta imposible sancionar, penal o administrativamente, sin la existencia previa de una disposición legal que, de manera clara, expresa y concordante, establezca y tipifique la falta de la que se trate y disponga la sanción aplicable en caso de violación.

Como se indicó en el descargo al Considerando Cuarto del Apartado II de este escrito, no ha existido ni existe a la fecha ninguna disposición legal o reglamentaria en el marco jurídico costarricense que defina claramente qué se entiende por “subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico” o que las tipifique como conductas reprochables y sancionables. Siendo así, resulta

entonces imposible hablar de un procedimiento contra el ICE por “subutilización o uso ineficiente del espectro”, cuando dicha figura no se encuentra siquiera definida en las leyes sectoriales.

Esto es evidente, al punto que ninguna de las normas legales y reglamentarias que se presumen incumplidas en esta tercera imputación, que se explican a continuación, establece una definición, graduación, metodología o sanción asociada a una falta administrativa que tipifique “la subutilización o uso ineficiente del espectro.

(...)

Por lo tanto, no basta con la descripción de la norma del artículo 11 del PNAF de supuestos de conducta que configuran un “uso eficiente”,- mismos que de por sí, resultan ambiguos e indeterminados, susceptibles de muchas interpretaciones-, para entender su incumplimiento como una causal comprendida en el inciso 1) sub inciso a) del artículo 22 de la LGT, pues la norma legal del artículo 22 no se refiere a usos ineficientes, referencia que en todo caso, sería requerida para interpretar, a “contrario sensu”, que el incumplimiento de los supuestos del artículo 11 podrían estar subsumidos en dicha norma, sino que, el artículo 22 de la LGT ni siquiera incluye en su redacción el concepto de eficiencia o ineficiencia en el uso del espectro, sino únicamente el no uso de éste. De un “no uso” no es posible lógica ni jurídicamente derivar un “uso ineficiente”, pues son dos situaciones de hecho muy distintas, pero, sobre todo, excluyentes, dado que un supuesto uso ineficiente implica necesariamente un uso, eliminando totalmente la causal prevista del no uso.

(...)

En síntesis, hay dos problemas insalvables que impiden poder imputarle al ICE una presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico.:

1. La LGT no solo no define, sino que no tipifica como sanción alguna la llamada “subutilización o uso eficiente” del espectro radioeléctrico y no puede existir sanción a ninguna conducta que, previamente, no haya sido prevista como ilegal por la ley.

2. La concesión que hizo el Estado al ICE de la banda, lo fue por la banda completa, es decir, no se trató de la asignación de determinados segmentos que implicaban una operación segmentada o parcial. Por esta razón, basta que, al amparo de la legislación vigente y las obligaciones contenidas en el título habilitante correspondiente, el ICE pusiera en funcionamiento sus equipos y sistemas en dicha banda, bajo la canalización, uso y tiempo asignados. Es decir, la única métrica legal que le es impuesta al ICE para medir su uso de la banda en discusión es precisamente ese: su uso; no un uso con determinada cobertura, con un nivel de penetración o eficiencia particular, sino su uso.

Por estas razones, el concepto de “subutilización” que utiliza el artículo 11 del PNAF, al no estar definido y mucho menos sancionado en norma legal alguna, no puede ser usado como fundamento de una eventual sanción en contra del ICE. Al respecto, es medular señalar que el Acuerdo Ejecutivo N°1562-98 MSP del 25 de setiembre de 1998 no se trató de una concesión condicionada. Realizar una interpretación como la pretendida, acarrea una ilegalidad manifiesta, pues supone desnaturalizar los hechos y circunstancias de la asignación inicial, sobre todo cuando no ha existido ninguna evidencia de incumplimiento u operación irregular de la misma por parte del ICE.”

Ahora bien, el Órgano Director consideró incorrecto lo indicado por el ICE en sus alegatos respecto a que el presunto incumplimiento de normas reglamentarias, violenta el principio de legalidad y de reserva de ley, dado que según esa Institución, en materia administrativa “la tipificación de las sanciones debe estar establecida expresamente por ley ordinaria, siendo por ende improcedente justificar sanción alguna que no esté amparada en una norma legal”.

Lo anterior por cuanto en materia administrativa sancionatoria, los principios de legalidad y tipicidad no operan con la misma rigurosidad ni de la misma manera que en materia penal donde tanto las conductas como las sanciones están sujetas al principio de reserva de ley.

Al respecto, la Sala Constitucional indicó en la Resolución N° 07690 – 2001 del 10 de agosto de 2001, lo siguiente:

“De importancia para la resolución de este asunto debe indicarse que el principio de tipicidad es una aplicación del principio de legalidad y exige la delimitación concreta de las conductas que se hacen reprochables a efectos de su sanción. Sin embargo, esta Sala ha reconocido que en materia administrativa disciplinaria, no se aplica el principio de tipicidad en la misma forma que se hace en materia penal, de conformidad con el artículo 39 constitucional. Lo anterior, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes, y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado.”

Además, ese Alto Tribunal en la sentencia N° 6976-2011-6976 del 27 de mayo de 2011, reiteró dicha línea jurisprudencial y señaló que: *“la materia sancionatoria administrativa, a diferencia de la penal, demanda un grado mayor de flexibilidad, motivo por el que la aplicación de un principio como el de la tipicidad del delito solo resulta factible si se hace con matices. Esto se debe a la específica situación material sobre la que actúa el derecho administrativo sancionador, la cual afecta el modo en que se aplica el principio de tipicidad. Así, el derecho penal, mediante el cual se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, guarda relación específica con los delitos, cuya sanción, la pena, debe estar establecida en la ley con respecto al hecho incriminado, excluyendo, por su generalidad, toda posibilidad de referencia a los llamados conceptos jurídicos indeterminados, o las cláusulas abiertas o indeterminadas; si la conducta no está plenamente definida no hay pena. **Por el***

contrario, en el derecho administrativo sancionador, a la Administración le está encomendada la salvaguardia de una generalidad de intereses así como la sanción de aquellas conductas que de alguna forma los perjudiquen. Debido a semejante diversidad, resulta jurídicamente imposible elaborar una descripción exhaustiva y cerrada de todas y cada una de las conductas que podrían constituir una infracción. Incluso, una labor tendente a tan irrealizable meta generaría, más bien, un severo daño al cabal cumplimiento de la labor protectora y fiscalizadora de la Administración, porque con seguridad dejaría por fuera muchas conductas contrarias a los intereses cuyo cuidado le compete, es decir, la mayoría de ellas quedaría impune. Tal dificultad deviene más evidente, habida cuenta de la indefinición misma de los deberes cuyo incumplimiento se ha de sancionar, y de la relación tan prolongada e intensa que une a los administrados con la Administración". (Énfasis agregado).

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Sala Constitucional también ha establecido que en el régimen de derecho administrativo sancionador, como manifestación del poder punitivo del Estado, la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad se aplican con matices distintos al derecho penal, indicando que la conducta que desencadenan la sanción debe estar contenida, previamente en una norma de rango legal (como mínimo sus elementos determinantes) sin detrimento de que estos elementos sean detallados en una conducta y consecuente sanción en una norma reglamentaria. Lo anterior con la finalidad de garantizar el principio de seguridad jurídica, y que los administrados puedan tener conocimiento de las consecuencias que una conducta específica conlleva.

Ahora bien, teniendo claro que en materia administrativa si es posible la aplicación de un régimen sancionatorio por el incumplimiento de normas reglamentarias que tengan su correspondiente sanción, el Órgano Director consideró de recibo lo alegado por el ICE respecto a que no existe una norma legal y/o reglamentaria que establezca como causal de revocación de las concesiones de telecomunicaciones la subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico según lo establece el artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias.

Al respecto, el artículo 22 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones establece una lista taxativa de las causales para la revocación y extinción de las concesiones, según se indica de seguido:

“ARTÍCULO 22.- Revocación y extinción de las concesiones, las autorizaciones y los permisos

Para efectos de esta Ley, son causales de resolución y extinción del contrato de concesión las siguientes:

1) La resolución del contrato de concesión procede por las siguientes causas:

a) Cuando el concesionario no haya utilizado las frecuencias para el fin solicitado luego de un año de haber sido asignadas o de haberse concedido la prórroga. Este plazo podrá ser prorrogado por el Poder Ejecutivo, previa recomendación del Consejo, a solicitud de parte y por motivos debidamente justificados.

b) Incumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en esta Ley, los reglamentos que al efecto se dicten o las impuestas en el contrato de concesión, excepto si se comprueba caso fortuito o fuerza mayor.

c) Incumplimiento en el pago de la contribución al Fondo Nacional de Telecomunicaciones y de las obligaciones impuestas de acceso, servicio universal y solidaridad.

d) El atraso de al menos tres meses en el pago de las tasas y cánones establecidos en la presente Ley.

e) No cooperar con las autoridades públicas en los casos a que se refiere el artículo 5 de esta Ley.

f) La reincidencia de infracciones muy graves, de conformidad con el artículo 67 de esta Ley, durante el plazo de vigencia del título habilitante.

g) El incumplimiento de brindar acceso inmediato de comunicaciones al Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC) en los términos y las disposiciones establecidos en la Ley contra la delincuencia organizada. Esta infracción será catalogada como muy grave, según lo establecido en el inciso a) del artículo 68 de esta Ley.

La declaratoria de resolución del contrato estará precedida de un proceso administrativo que respetará las reglas del debido proceso. El titular de la concesión cuya resolución haya sido declarada por incumplimiento grave de sus obligaciones, estará imposibilitado para mantener nuevas concesiones de las previstas en esta Ley, por un plazo mínimo de tres años y máximo de cinco años, contado a partir de firmeza de la resolución.

2) Las concesiones, las autorizaciones y los permisos se extinguen por las siguientes causales:

a) El vencimiento del plazo pactado.

b) La imposibilidad de cumplimiento como consecuencia de medidas adoptadas por los Poderes del Estado.

c) El rescate por causa de interés público.

d) El acuerdo mutuo de la administración concedente y el concesionario. Este acuerdo deberá estar razonado debidamente tomando en consideración el interés público.

e) La disolución de la persona jurídica concesionaria.

Cuando la extinción se produzca por causas ajenas al concesionario, quedará a salvo su derecho de percibir las indemnizaciones que correspondan según esta Ley y el contrato de concesión.”

Como se puede apreciar, el artículo citado no establece como causal de revocación de las concesiones la subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico. Ahora bien, el artículo 22 inciso b) de la LGT, si establece como causal de revocación “*el Incumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en esta Ley, los reglamentos que al efecto se dicten o las impuestas en el contrato de concesión*”, por lo que podríamos pensar que el incumplimiento de obligaciones y condiciones establecidas en los reglamentos se podría configurar como una causal de revocación de las concesiones, situación que aclararemos más adelante.

Por su parte el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, en su artículo 11, establece una serie de lineamientos básicos, cuyo cumplimiento se considerará como un uso eficiente del espectro radioeléctrico, como se transcribe de seguido:

“Artículo 11. Uso eficiente. *El Plan Nacional de Atribución de Frecuencias reglamenta la planificación y gestión del espectro radioeléctrico con el objetivo de optimizar su uso para el desarrollo de las redes de telecomunicaciones y radiodifusión existentes y creando la disponibilidad de frecuencias para la introducción de nuevas redes, para la disposición de nuevos servicios, con base en las recomendaciones que emita la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL), sin detrimento de que puedan ser considerados de forma complementaria los documentos y/o disposiciones de otros organismos internacionales, que sean consecuentes con la ciencia y la técnica, y aplicables a las necesidades del país, siempre que no estén en contraposición a lo expresado en el presente Plan.*

Se considerará un uso eficiente del espectro radioeléctrico, cuando se cumpla con los siguientes lineamientos básicos, según sean aplicables:

- a. Que las frecuencias sean utilizadas de acuerdo con la atribución de la banda de frecuencias que se especifica en el presente PNAF.*
- b. Cuando se realice un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico de una determinada banda, con base en los principios de la ciencia y la técnica; esto sin detrimento de los usos para bien social, redes de seguridad, socorro y emergencias, u otros según lo establezcan las políticas públicas.*
- c. Cuando las zonas de cobertura cumplan con la asignación del área geográfica que determine el título habilitante o que las mismas sean delimitadas de acuerdo a las condiciones reales de operación de los equipos transmisores, ganancia de antena y patrón de radiación.*
- d. Cuando los equipos transmisores no causen interferencia perjudicial a servicios que operen en los mismos segmentos de frecuencias o canales adyacentes.*
- e. Cuando sea posible la reutilización de frecuencias o segmentos de frecuencias en una misma región, sea por el mismo concesionario, o por varios, tomando en cuenta el uso de niveles de potencia que permitan la factibilidad técnica del sistema pero que no generen interferencia perjudicial a otros servicios o limiten su reutilización.*
- f. Cuando las atribuciones de frecuencias, permitan el empleo de tecnologías de servicios convergentes.*
- g. Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 21 de la LGT y 10 del RLGT, se puedan reasignar los canales de frecuencias otorgadas por segmentos continuos al equivalente en ancho de banda, a fin de permitir el uso de nuevas tecnologías, en el tanto sea posible de acuerdo a la disponibilidad del recurso.*
- h. Cuando haya un real y efectivo uso y/o explotación del espectro radioeléctrico por parte de los concesionarios o permisionarios.*

i. Cuando se promuevan los principios de neutralidad tecnológica y de servicios en la atribución y asignación de espectro.

j. Cuando la potencia de las transmisiones cumpla con umbrales máximos de radiaciones no ionizantes establecidas en el Reglamento para regular la exposición a campos electromagnéticos de radiaciones no ionizantes, emitidos por sistemas inalámbricos con frecuencias de hasta 300 GHz (Decreto Ejecutivo N° 36324-S).

La aplicación de algunos o todos los lineamientos anteriores se hará en función del servicio radioeléctrico aplicable a la banda en estudio, de manera que cada caso deberá ser valorado de forma independiente.

Además, para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico, la SUTEL deberá contar con un sistema de comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas integrado por estaciones fijas, remotas, móviles y portátiles, que permita la verificación real de la ocupación y utilización del espectro.”

Cabe indicar que, el artículo citado del PNAF, si bien es cierto establece los lineamientos básicos para el uso eficiente del espectro radioeléctrico, no establece sanción alguna en caso de que no se cumpla con dichos lineamientos, situación que se repite en el resto del articulado del PNAF.

Ahora bien, como se puede apreciar el inciso e. del artículo 11 del PNAF, establece que se considerará uso eficiente cuando sea posible “*la reutilización de frecuencias o segmentos de frecuencias en una misma región, sea por el mismo concesionario, o por varios tomando en cuenta el uso de niveles de potencia que permitan la factibilidad técnica del sistema pero que no generen interferencia perjudicial a otros servicios o limitar su reutilización.*”

Siendo que, al ICE se le imputó en la Resolución N° ODPa-RES-ICE-001, una presunta subutilización o uso ineficiente del espectro radioeléctrico, el presunto incumplimiento sería sobre el lineamiento establecido en el inciso e. del artículo 11 del PNAF, cuya transgresión no configura una de las causales de revocación total o parcial de las concesiones, según el inciso 1), del artículo 22 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones.

Por lo anterior, el Órgano Director consideró que no sería posible la revocación de una concesión con fundamento en la violación de algunos de los lineamientos para el uso eficiente del espectro radioeléctrico, ya que sería contrario al principio de tipicidad en materia administrativa.

Respecto a dicho principio, la Sala Constitucional ha indicado que: *“este principio, consistente en la descripción normativa concreta y precisa de la conducta sancionable, es también **de necesaria aplicación a las infracciones administrativas -sin perjuicio del desarrollo que el reglamento pueda hacer de las disposiciones de la ley-** por lo que, aún cuando la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permita un cierto margen de apreciación, **son inadmisibles las cláusulas generales o indeterminadas de infracción que habilitan a la Administración para actuar con excesivo arbitrio.** Esta exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, debe proyectarse sobre la tipificación de las conductas como tales, y también respecto de su graduación y escala de sanciones, de modo que el conjunto de **normas aplicables permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta al administrado.** Todo lo anterior resulta de capital importancia para efectos de esta acción, en razón de que las consideraciones expuestas obligan a tener por inconstitucionales las cláusulas generales o indeterminadas de infracción. **No cabe, entonces, la simple habilitación legal si ésta carece de un contenido material propio que delimite los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionatorias. Con ello, quedan descartadas como legítimas las normas que pretenden tipificar como infracción “el incumplimiento de la presente regulación” o la “infracción a los deberes y***

obligaciones generales”, toda vez que una descripción con tal nivel de apertura traslada al órgano sancionador la tarea –que podría ejercer a su entero arbitrio- de determinar cuáles acciones son susceptibles de sanción.⁴²

En relación con el caso concreto, se constata que el artículo 22 inciso 1, subinciso b) de la LGT, que establece como causal de revocación el “*Incumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en esta Ley, los reglamentos que al efecto se dicten o las impuestas en el contrato de concesión*”, adolece precisamente de las irregularidades citadas, es decir la tipificación de la conducta reprochable se reduce a la infracción de las disposiciones de la ley, sin indicar cuáles, ni bajo qué circunstancias, por lo que la determinación de los incumplimientos, y la sanción correspondiente, pudiendo esta ser la revocación parcial o total de la concesión, así como la gravedad de las faltas queda a la apreciación discrecional de la Administración, y se traslada a la libre apreciación de las autoridades administrativas la determinación de los elementos para tipificar la infracción administrativa, elementos que deben constar en la legislación, como garantía del principio de tipicidad y de la seguridad jurídica.

Por lo anterior, el Órgano director consideró que, aunque se comprobó que el ICE, en los segmentos de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz, hace un uso no eficiente del espectro asignado, debido a la no existencia de un factor de reutilización de conformidad con el inciso e) del artículo 11 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, en vista de que utiliza la técnica de “Carrier aggregation” (agregación de portadoras) para la prestación del servicio de telefonía móvil, dicho incumplimiento no se configura como una de las causales para la revocación de las concesiones, establecidas en el inciso 1), del artículo 22 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones.

G. Sobre las razones señaladas por el ICE de tutela al interés público:

⁴² Resolución N° 1877-90 de las 16:02 del 19 de diciembre de 1990 de la Sala Constitucional.

En su oficio N° 263-10-2023 el ICE expuso las razones que considera como justificaciones para apartarse de las conclusiones y recomendaciones de la SUTEL, las cuales procedemos a analizar seguidamente.

“A. INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN AL INTERÉS PÚBLICO POR CONCESIÓN DE LA BANDA 2.6 GHZ A FAVOR DEL ICE REALIZADA CONFORME A DERECHO Y TÉCNICA POR NO EXISTIR IMPOSIBILIDAD PARA REALIZAR UN CONCURSO PÚBLICO DE FRECUENCIAS PARA SERVICIOS IMT EN QUE PARTICIPEN OTROS OPERADORES”

El ICE indicó en el punto número 4, aparte A., del Apartado III del oficio N° 263-10-2023, lo siguiente:

“La concesión otorgada al ICE para el uso y explotación de la banda de 2.6 GHz fue realizada conforme a derecho y cumplió debidamente con los requisitos de adecuación previstos en la LGT, por ende, es absolutamente válida y eficaz.

(...)

Si bien lo anterior es un hecho de sobra conocido, se considera importante plasmarlo, en razón que hoy en día, pareciera señalársele “una culpa” al ICE por tener esas concesiones, como si su tenencia fuera arbitraria o caprichosa, sin fundamento, cuando de la explotación que hizo el ICE de esas concesiones dependía y fue determinante, el grado de desarrollo económico y social que logró Costa Rica durante los últimos cuarenta años del siglo pasado y lo sigue siendo aún hoy en día, a pesar de la apertura.

(...)

Como consta **a folio 1331 del expediente administrativo**, con base en el Informe N° 10425-SUTEL-DGC-2019 del 20 de noviembre del 2019, desde ese año existen rangos de bandas medias (3300 a 3400 MHz) disponibles para que otras empresas diferentes al ICE puedan brindar servicios 5G en el mercado. Es por ello, y según consta **a folio 1443 vuelto del expediente administrativo**, que el MICITT mediante el oficio N° MICITT-DVT-OF-313-2020 del 10 de noviembre del 2020, le solicitó a la SUTEL el respectivo estudio para someter a concurso diferentes rangos de frecuencias para IMT que estaban disponibles en ese momento, entre ellos, 100 MHz en la banda de 2300 MHz y 100 MHz en la banda de 3300 MHz.

Se demuestra entonces que, desde el año 2020 existen disponibles 200 MHz en bandas medias atribuidos a IMT para ser subastados en concurso público, cantidad que se amplió a 325 MHz en virtud del Acuerdo Mutuo de Extinción suscrito entre el Poder Ejecutivo, el ICE y RACSA en setiembre del 2022.

Por lo tanto, cualquier demora en la puesta a disposición de frecuencias del espectro atribuidas para servicios IMT, a empresas diferentes al ICE y a RACSA, no es responsabilidad de ninguna de estas empresas del Estado, las cuales, incluso y como se explicó en el descargo al Considerando Vigésimo Quinto se encuentran implementando los respectivos planes para lograr brindar a los usuarios en el menor tiempo posible servicios 5G.

(...)

En ese sentido, y como bien se explicó en el descargo al Considerando Vigésimo Séptimo con base en información de la GSA, a octubre del 2022, las mejores bandas de operación en cuanto al soporte de dispositivos para 5G que posee hoy el Poder Ejecutivo para subastar son: n28 (703-748 MHz / 758-803 MHz), n40 (2300-2400 MHz), n77 (3300-4200 MHz), n78 (3300-3800 MHz), n258 (24250-25500 MHz) 1250 MHz, n257 (27500-29500 MHz).

(...)

En ese sentido, queda demostrado que no es necesario contar con más frecuencias en bandas medias, como la de 2.6 GHz, para que se proceda a realizar la subasta necesaria para que otras empresas puedan brindar servicios 5G en nuestro país, máxime cuando el ICE hoy en día, utiliza la banda 2.6 GHz para brindar servicios esenciales de telecomunicaciones a la sociedad.

Por ende, el uso y explotación del ICE de las frecuencias concesionadas en la banda de 2.6 GHz no afecta en absoluto el interés público de iniciar los procesos licitatorios para la explotación de los servicios móviles IMT e IMT 2020 en Costa Rica, ni tampoco los intereses particulares de terceros operadores que decidan concursar eventualmente al existir frecuencias disponibles en bandas bajas, medias y altas.

Por el contrario, sí afecta indudablemente al interés público, extinguir las concesiones del espectro otorgadas al ICE, las cuales se están utilizando para brindar servicios a usuarios finales, entre ellos de alta sensibilidad e impacto social dado que estas bandas permiten aprovisionar los servicios amparados bajo el régimen de acceso universal, servicio universal, solidaridad, dado que el Instituto mantiene operando 318 sitios en la banda 2.6GHz, de los cuales 218 sitios son parte de los contratos subsidiados con el FONATEL (001-2017 Pacífico Central, 002-2017 Aguirre, 003-2017 Chorotega Este, 004-2017 Chorotega Inferior, 005-2017 Chorotega Superior, 006-2017 Nandayure, 007-2017 Chorotega Oeste), y 136 sitios corresponden a la Zona Chorotega y los restantes 82 sitios a la Zona Pacífico Central. **(Ver certificaciones aportados como prueba en Anexo 21)**; aspecto que es contrario a la política pública de cierre de brecha digital, así como los objetivos y principios rectores sociales del sistema de regulación de telecomunicaciones.

Sí afecta indudablemente al interés público extinguir dichas concesiones del espectro otorgadas al ICE sobre bandas que ya están planificadas, y en fase de pruebas para la

próxima implementación y puesta en operación de servicios 5G en beneficio de los usuarios finales y de la colectividad, lo cual afectaría el acceso este mismo año 2023 a los beneficios de esta tecnología.

Sí afecta indudablemente a los fondos públicos que maneja el ICE, y por ende al interés público, que, ante una extinción de la concesión, el ICE deba dejar de utilizar o subutilizar toda una serie de infraestructura activa y pasiva adquirida para brindar los servicios que se aprovisionan en dicha banda, generándose graves daños, así como inconmensurables perjuicios por los ingresos que dejaría de percibir.

Respecto a lo alegado por el ICE, en el punto número 4, aparte A., del Apartado III del oficio N° 263-10-2023, sobre que no existe una imposibilidad para realizar un concurso público de frecuencias para servicios IMT en que participen otros operadores, el Órgano Director consideró que dicho alegato no es relevante para el presente caso, por cuanto el objeto de este procedimiento administrativo es conocer la verdad real de los hechos respecto al presunto incumplimiento por parte del ICE, de las obligaciones y condiciones de la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, otorgada por el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998, adecuado mediante el por tanto 19 de la Resolución N° RT-24-2009-MINAET, y no establecer si existe o no una imposibilidad por parte del Poder Ejecutivo para iniciar un concurso público de frecuencias para brindar servicios IMT.

Además, sobre lo alegado por el ICE de que: *“sí afecta indudablemente al interés público extinguir dichas concesiones del espectro otorgadas al ICE sobre bandas que ya están planificadas, y en fase de pruebas para la próxima implementación y puesta en operación de servicios 5G en beneficio de los usuarios finales y de la colectividad, lo cual afectaría el acceso este mismo año 2023 a los beneficios de esta tecnología”,* el Órgano Director consideró que no lleva razón ese Instituto, al indicar que hay una afectación al interés público si se extingue parcial o totalmente la concesión otorgada. Lo anterior, por cuanto no puede señalarse contrario al interés público, la revocatoria de la concesión por el incumplimiento de las obligaciones y condiciones de la concesión para el uso y

explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, otorgada por el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP.

“B. LOS INFORMES Y MEDICIONES DE SUTEL SON CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y A LAS REGLAS UNÍVOCAS DE LA CIENCIA Y LA TÉCNICA ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA LGAP, Y POR ENDE, AL INTERÉS PÚBLICO DE LA DEFENSA DEL SISTEMA DE REGULACIÓN”

Con respecto a lo mencionado por el ICE, en cuanto a este punto es necesario señalar en primera instancia lo siguiente:

El artículo 11 del PNAF en sus incisos b), c), d) y h), recalca que el objetivo de estos apartados es resguardar y satisfacer el interés público, entendiéndose este en el contexto de las telecomunicaciones, como la provisión y efectiva recepción por parte de la población de la mayor cantidad de servicios de telecomunicaciones con una adecuada calidad de experiencia de usuario final. Esto, en general, se logra a través del uso que garantice a la Administración la satisfacción de las condiciones anteriormente mencionadas, según las situaciones de cada título habilitante, siendo que estos procesos de otorgamiento de espectro deberán realizarse a la luz de los procesos que se detallan en la Ley y que habilitan las condiciones necesarias para el cumplimiento de la política pública sectorial. Es importante aclarar que, en lo correspondiente a las obligaciones de cobertura y servicio por parte del ICE, estas deben encontrarse ajustadas a los principios de la ciencia y la técnica, contemplando que pueden existir limitaciones geográficas, condiciones de relieve, aspectos legales, entre otros, que no permitan cumplir con un 100% de cobertura. De ahí que las obligaciones de cobertura para los distintos servicios radioeléctricos deban ajustarse a los modelos matemáticos y físicos que permitan a los operadores contar con condiciones de operación que habiliten la efectiva prestación de los servicios de telecomunicaciones al usuario final en una zona geográfica determinada bajo parámetros satisfactorios de calidad.

Adicionalmente, es importante recalcar que la Ley N° 7593 *“Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”*, específicamente en su artículo 73 inciso e, indica que una de las funciones de la SUTEL es *“Administrar y controlar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación de interferencias perjudiciales”* y la responsabilidad de la SUTEL de velar por el uso eficiente del espectro radioeléctrico.

Para que la SUTEL logre el fin mencionado anteriormente, verifica los niveles de intensidad de campo eléctrico mediante el procedimiento aprobado por la Resolución N° RCS-199-2012 *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”* publicado en el Alcance Digital N°104 de La Gaceta N°146 del 30 de julio de 2012, así como con el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, *“Mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”*, con lo que se asegura el cumplimiento de los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las mediciones de intensidad de campo eléctrico, específicamente las recomendaciones UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*.

En este sentido y según lo indicado en la Ley N° 7593, tanto en el artículo 60 incisos e) y g), como en el artículo 73, incisos e) y j), se considera que existe suficiente justificación técnica y jurídica para la realización de las mediciones del Sistema Nacional de Gestión y Monitoreo de Espectro (SNGME), y la competencia del órgano regulador para la administración de este sistema en vista de sus competencias de ley. Dado los elementos anteriores, aunado a la existencia del Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios (RPCS), se observa técnicamente la existencia de normativa que asegura que la prestación de los servicios de cara a la población se realice con la mayor calidad, y de ahí que lo señalado por el ICE en este particular no encuentra asidero técnico.

“C. LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE LOS INFORMES Y MEDICIONES DE SUTEL AFECTAN EL INTERÉS DE LOS USUARIOS DE

TELECOMUNICACIONES AL DEJAR SIN EFECTO NI TUTELA PRINCIPIOS RECTORES DE ESPECIAL SENSIBILIDAD SOCIAL, PONIENDO EN RIESGO LA CONTINUIDAD DE SERVICIOS DE FONATEL E IMPIDIENDO EL ACCESO INMINENTE A LA TECNOLOGÍA 5G”

Como se ha indicado, en reiteradas ocasiones a lo largo de este informe, la SUTEL como Órgano regulador del sector de telecomunicaciones debe de velar porque los operadores cumplan con sus obligaciones en cuanto al uso y explotación del espectro radioeléctrico, tomando en cuenta la totalidad del ordenamiento como un bloque en conjunto. En este sentido la SUTEL concluye y recomienda de conformidad con los resultados obtenidos de sus mediciones y siguiendo el procedimiento establecido a nivel nacional para dichos casos.

Recordemos que el fin último de la Administración Pública es la tutela del interés público y las acciones que tome el Estado siempre deberán ir dirigidas a proteger dicho fin, por lo tanto una actuación contraria o un incumplimiento a la normativa por parte de los concesionarios no se puede permitir en defensa de otras actuaciones acordes a derecho. En este sentido el ejercicio de un derecho o la aplicación de principios y beneficios a la comunidad no pueden ir en demerito de otros de igual importancia, ni pueden estar amparados bajo aplicaciones irregulares o ilegales de preceptos normativos.

El derecho de los usuarios así como la continuidad de los servicios, como fines en el ejercicio del desarrollo de un mercado en competencia, son objetivos muy importantes de tutela por parte de la Administración, pero el respaldo o salvaguarda de los mismos no puede ir a costa de incumplimientos de obligaciones y normas establecidas de regulación de las actuaciones de los concesionarios.

Ahora bien, sobre el acceso a tecnología 5G, que el ICE indica en el escrito de marras, es necesario nuevamente indicar que el Órgano Director fue encomendado para realizar el análisis de los presuntos incumplimientos en que la empresa concesionaria ha incurrido con las obligaciones de uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500

MHz a 2690 MHz, según las mediciones realizadas por la SUTEL y no como una forma de recuperar espectro radioeléctrico para un posible concurso para IMT o con el fin de obstaculizar el giro comercial de la empresa a futuro, ya que de lo que se trata es de descubrir la verdad real de los hechos que le fueron imputados.

“PRECEDENTE ADMINISTRATIVO NO PUESTO EN CONOCIMIENTO POR SUTEL AL ÓRGANO DIRECTOR, DONDE PRETENDÍA, SIN NINGÚN SUSTENTO TÉCNICO, DEJAR SIN EFECTO LA CONCESIÓN AL ICE DEL SEGMENTO 2500 MHz A 2690 MHz”

El ICE en su oficio N° 263-10-2023, pone en conocimiento del Órgano Director un precedente administrativo relativo a la solicitud de autorización de concentración para la adquisición por parte del ICE del operador CABLEVISIÓN DE COSTA RICA CVCR S.A., en el que la empresa aduce se ve reflejado la intención de la SUTEL de *“dejar sin efecto las concesiones del ICE”*.

Al respecto el Órgano Director señaló que lo indicado por el ICE corresponden a valoraciones absolutamente subjetivas que no están relacionadas con el presente procedimiento administrativo ni son vinculantes para el Órgano Director.

H. Sobre lo indicado por el ICE en relación con la solicitud de Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY S.A.:

En el punto cuadragésimo sexto del Apartado II del oficio N° 263-10-2023, el ICE indicó lo siguiente:

“CUADRAGÉSIMO SEXTO: *En este considerando se indica que LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY S.A (LIBERTY) el 7 de octubre de 2022 presentó una solicitud ante el Órgano Director para que se tenga como Parte en el expediente. Sin embargo, en tutela del principio de debido proceso, nos permitimos manifestar que hasta el momento al ICE no se le ha otorgado audiencia escrita para*

referirse a dicha solicitud; contrario a lo que se hizo en su momento previo a la celebración de la comparecencia oral y privada, con la solicitud de coadyuvancia presentada por la organización sindical SIICE donde por medio de la Resolución ODPA-ICE-OF-006-022 del 13 de diciembre de 2022 se le brindó el plazo establecido en el artículo 262 inciso a) de la LGAP para que se refiere al caso.

Sin perjuicio de la audiencia escrita que llegue a otorgar el Órgano Director en el momento procesal oportuno, donde esta representación en tutela del debido proceso se referirá al tema en particular, nos permitimos manifestar con alta preocupación el hecho de que la solicitud del competidor LIBERTY de fecha 7 de octubre de 2022, que consta a folios 3983 frente a 3895 vuelto del expediente administrativo fue dirigida directamente al Viceministro de Telecomunicaciones y al Órgano Director más de un mes y medio antes de que se dictara y notificara al ICE la Resolución de Inicio de Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionatorio y Traslado de Cargos N°ODPA-RES-ICE-001-2022 de las 09:00 horas del 9 de noviembre de 2022, sin que conste en el expediente el medio por el cual LIBERTY presentó dicha solicitud, dado que no existe una constancia o sello de recibido que permita tener certeza de quien incorporó dicho memorial al presente expediente. Además, dicho requerimiento de ser Parte, se realizó para tres expedientes administrativos (GCP-AT-028-2009, GCP-AT-029-2009 y GCP-AT-028-2009), de los cuales hoy en día el ICE solo tiene conocimiento del expediente de marras GCP-AT-028-2009, ignorando esta representación a que se refieren los otros dos; aspecto que parece que sin embargo sí tiene conocimiento el competidor.

Esta serie de aspectos concatenados hacer presumir iuris tantum que el competidor LIBERTY, sin ser Parte del procedimiento administrativo, contó con información privilegiada sobre el número de expediente, el nombramiento del Órgano Director, la etapa procedimental en la que se encontraba el expediente y sus fases siguientes; situaciones que al atentar de manera palmaria contra la transparencia e imparcialidad, deben ser investigadas de manera prioritaria y hasta las últimas consecuencias por el Órgano Director a fin de que se le brinde al ICE como investigado la plena certeza y seguridad de que no existe ningún tipo de conflicto de

*interés en que sea parte el MICITT, ni eventuales vicios sustanciales que atenten contra la garantía del debido proceso y derecho de defensa con que debe contar el ICE durante toda la tramitación del procedimiento administrativo, **sin perjuicio de que si algún miembro del Órgano Director conoce algún detalle de este tema que sea incompatible con el deber de imparcialidad o que implique un conflicto de interés potencial o actual, tiene el deber legal y ético de revelarlo y si fuera del caso abstenerse del conocimiento de la causa de conformidad con lo establecido en los artículos 230 a 238 de la LGAP.***”

Primeramente, sobre lo indicado por el ICE, de que no se le otorgara audiencia a esa Institución, respecto a la solicitud presentada ante el Órgano Director en fecha 07 de octubre de 2022, por el señor José Alberto Gutiérrez Salazar, cédula de identidad N° 1-1257-0321, actuando en su condición de Secretario con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A., con cédula jurídica 3-101-610198, para que se tuviera a dicha empresa como parte del expediente N° GCP-AT-028-2009 del ICE, es importante mencionar que no existe obligación legal por parte del Órgano Director, de otorgar audiencia a las partes, cuando se presente alguna solicitud de un tercero para ser parte en el procedimiento administrativo, razón por la que lo alegado por el ICE carece de fundamento legal.

Cabe indicar que, mediante auto de trámite N° ODP-AUTO-ICE-001-2022 de fecha 06 de diciembre de 2022, el Órgano Director, rechazó la petición de la empresa LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A., de ser parte del procedimiento administrativo indicado, por considerar que dicha empresa no posee un interés directo y personal (interés legítimo) real en el procedimiento incoado en contra del ICE.

Respecto a lo señalado por el ICE, de que la solicitud presentada por la empresa LIBERTY, puede hacer “*presumir iuris tantum que el competidor LIBERTY, sin ser Parte del procedimiento administrativo, contó con información privilegiada sobre el número de expediente, el nombramiento del Órgano Director, la etapa procedimental en la que se encontraba el expediente y sus fases siguientes*”, el Órgano Director consideró

infundadas dichas presunciones, por cuanto es de conocimiento general que el Poder Ejecutivo inicio un procedimiento administrativo en contra del ICE por posibles incumplimientos de las obligaciones y condiciones de la concesión para el uso y explotación del segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, otorgada por el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP, situación que fue informada a la ciudadanía el 25 de marzo de 2022, tanto en el sitio web de Casa Presidencial⁴³, como en diversos medios de comunicación.

12. ANÁLISIS DE LAS MEDICIONES DE LA SUTEL Y LA ATRIBUCIÓN DE FRECUENCIAS (PNAF Y UIT).

A. Mediciones de espectro radioeléctrico realizadas por la SUTEL:

Como base medular de este proceso, se toman en cuenta los resultados obtenidos con las mediciones de la SUTEL, su interpretación y las recomendaciones que ese Órgano técnico emitió en sus informes. Sin embargo, es importante aclarar que el artículo 11 del PNAF establece los lineamientos o requerimientos en la realización de dichas pruebas para que se logre una “*verificación real de la ocupación y utilización del espectro...*” radioeléctrico, con el fin de considerar si hay un uso eficiente o no del espectro radioeléctrico, por parte de un concesionario. Al respecto, esta normativa establece lo siguiente en su párrafo final:

“(...

Además, para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico, la SUTEL deberá contar con un sistema de comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas integrado por estaciones fijas, remotas, móviles y portátiles, que permita la verificación real de la ocupación y utilización del espectro.”

⁴³<https://www.presidencia.go.cr/comunicados/2022/03/5g-ejecutivo-ordena-procedimiento-administrativo-al-ice-en-relacion-con-uso-de-concesion/>

Así las cosas, este artículo es claro en establecer que la SUTEL debe de realizar la “(...) *verificación real de la ocupación y utilización (...)*” del espectro radioeléctrico concesionado, lo cual, al exigir conocer específicamente los valores de ocupación y utilización, técnicamente esto se logra midiendo la presencia de señal o la carencia de la misma; además, especifica que para lograrlo, esto se debe de realizar mediante “(...) *un sistema de comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas integrado por estaciones fijas, remotas, móviles y portátiles (...)*”, los cuales no se excluyen entre sí, sino que las mencionadas estaciones se complementan para poder obtener la solicitada “*verificación real*”.

Dado lo anterior, a continuación se hace un resumen de las mediciones realizadas por el Órgano técnico, las cuales constan en el presente procedimiento administrativo y se integran al presente estudio, y que por principio de proporcionalidad y razonabilidad, se entiende que no muestran datos continuos (24/7), ni en el 100% del territorio nacional, sino que muestran los resultados de las mediciones que se realizan en diferentes momentos y sitios (técnica de muestreo), así como se entiende, que el ICE, técnicamente no puede cubrir el 100% del territorio nacional con un sistema IMT en la banda de 2600 MHz:

Tabla 1: Resumen de las mediciones de la SUTEL

Informe	Fecha de medición	Tipo de medición	Cantidad de sitios	Frecuencias en:		
				uso	uso pero sin reutilización	no uso
4629-SUTEL-DCIC-2012	9 al 17 de noviembre de 2011	no indica	8 sitios por la empresa TES América	2500 MHz a 2549 MHz y 2629 MHz a 2689 MHz (este último contrario al PNAF)		2549 MHz a 2629 MHz y de 2689 MHz a 2690 MHz

	septiembre y octubre 2012	con equipos Anritsu MS2724B y MS2726C y antena TS-6021	26 sitios por SUTEL			
	19 de septiembre de 2012		1 sitio por SUTEL			
05726-SUTEL-DGC-2016	enero y septiembre 2015	SNGME, se presume móviles al no detallar	155	40 MHz (2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz)	40 MHz (2520 MHz a 2540 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz)	no indica
03145-SUTEL-DGC-2017	mayo y agosto de 2016	estaciones móviles y fijas del SNGME	170	40 MHz (2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz)	40 MHz (2520 MHz a 2540 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz)	110 MHz (2540 MHz a 2570 MHz, 2570 MHz a 2620 MHz y de 2660 MHz a 2690 MHz)
06996-SUTEL-DGC-2017	13 de marzo al 13 de abril de 2017	estaciones fijas del SNGME	5	40 MHz (2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz)	40 MHz (2520 MHz a 2540 y de 2640 MHz a 2660 MHz)	110 MHz (2540 MHz a 2570 MHz, 2570 MHz a 2620 MHz y de 2660 MHz a 2690 MHz)
5213-SUTEL-DGC-2018					50 MHz (2520 MHz a 2550 MHz y de 2640 MHz a 2660 MHz)	100 MHz (2550 MHz a 2570 MHz, 2570 MHz a 2620 MHz y de 2660 MHz a 2690 MHz)
3820-SUTEL-DGC-2019	13 de marzo al	estaciones fijas del SNGME	5	40 MHz (2500 MHz a 2520 MHz y de	60 MHz (2520 MHz a 2540 MHz,	40 MHz (2540 MHz a 2545 MHz, 2555

	13 de abril de 2019			2620 MHz a 2640 MHz)	2545 MHz a 2555 MHz, 2640 MHz a 2660 MHz, 2665 MHz a 2675 MHz)	MHz a 2570 MHz, 2660 MHz a 2665 MHz y 2675 MHz a 2690 MHz) *No se indica nada sobre TDD.
05348-SUTEL-DGC-2019	2018 (no se detalla)	estaciones móviles del SNGME	212	40 MHz (2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz)	60 MHz (2520 MHz a 2540 MHz, 2545 MHz a 2555 MHz, 2640 MHz a 2660 MHz, 2665 MHz a 2675 MHz)	90 MHz (40 MHz en FDD y 50 MHz en TDD) *No especifica
	13 de marzo al 13 de abril de 2019	estaciones fijas del SNGME	5			
10425-SUTEL-DGC-2019	febrero y agosto de 2019	estaciones fijas y móviles del SNGME	no se indica	40 MHz (2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz)	80 MHz (2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz)	70 MHz (2560 MHz a 2570 MHz, 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz)
04204-SUTEL-DGC-2020	03 de marzo al 03 de abril de 2020	estaciones fijas del SNGME	5	40 MHz (2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz)	80 MHz (2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz)	70 MHz (2560 MHz a 2570 MHz, 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz)
06531-SUTEL-DGC-2021	01 de enero al 23 de mayo de 2021	estaciones fijas y compactas del SNGME	8	40 MHz (2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz)	80 MHz (2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz)	70 MHz (2560 MHz a 2570 MHz, 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz)

11491-SUTEL-DGC-2021	16 de julio al 20 de octubre de 2021	estaciones fijas y compactas del SNGME	8	40 MHz (2500 MHz a 2520 y de 2620 MHz a 2640 MHz)	80 MHz (2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz)	70 MHz (2560 MHz a 2570 MHz, 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz)
03535-SUTEL-DGC-2022	10 de enero al 28 de marzo de 2022	estaciones compactas del SNGME	3	40 MHz (2500 MHz a 2520 y de 2620 MHz a 2640 MHz)	80 MHz (2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz)	70 MHz (2560 MHz a 2570 MHz, 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz)
	10 de enero al 18 de marzo de 2022	estaciones móviles	120			

Fuente: Elaboración propia

De la tabla anterior de resumen de mediciones de los informes realizados por la SUTEL, se observa lo siguiente:

- Sólo los informes N° 03145-SUTEL-DGC-2017 y N° 03535-SUTEL-DGC-2022, cumplen con el empleo de las diferentes estaciones de medición que deben de conformar el sistema de comprobación solicitado en el PNAF, y que cuyas mediciones o muestreos hayan sido realizadas en un mismo periodo de tiempo.
- Se puede observar una evolución en el uso del espectro eléctrico por parte de ICE en la banda de 2600 MHz; no obstante, mediante el informe N° 10425-SUTEL-DGC-2019 de la SUTEL en adelante, se puede observar cómo desde finales de 2019, se fija y se mantiene un patrón similar de uso parcial del espectro de eléctrico, hasta el momento de la apertura del presente procedimiento administrativo. Es decir, 40 MHz en uso (de 2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz), 80 MHz en uso, pero sin realizar la reutilización de frecuencias

como se indica en el PNAF artículo 11, inciso e) (de 2520 MHz a 2560 MHz y de 2640 MHz a 2680 MHz) y 70 MHz sin uso (de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz).

- A pesar de la falta de detalle en la información de las mediciones realizadas por la SUTEL en algunos de sus informes (por ejemplo: fecha exacta de realización, localización de sitios, frecuencias de uplink, segmento en TDD, etc.), y el uso total o en conjunto de las estaciones que deben de conformar el sistema de comprobación solicitado en el PNAF; se observa una similitud (no igualdad) entre los datos obtenidos por la SUTEL y lo que reporta el ICE, es decir, actualmente, la SUTEL indica que el ICE utiliza las 3 primeras portadoras (dos sin reutilización), y 70 MHz sin uso (de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz), y el ICE indica en algunos puntos del apartado II del oficio N° 263-10-2023 (por ejemplo: el décimo quinto y vigésimo noveno) que tiene configuradas torres del sistema IMT con diferentes combinaciones de portadoras (1, 1+2 o 1+2+3), sin realizar reutilización de frecuencias sino que aplican la técnica de *“agregación de portadoras”* en su lugar, y que no utiliza las frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz, además que solo tiene configurada una torre en el distrito de Caldera, en la frecuencia de 2575 MHz a 2595 MHz, dentro del rango de frecuencias de 2570 MHz a 2620 MHz en TDD, la cual nunca ha sido detectada o mostrada en los datos de la SUTEL en ninguno de sus informes, por lo que la SUTEL determina que el segmento de 2570 MHz a 2620 MHz no ha sido utilizado en su totalidad.

Aunado a lo anterior, es importante analizar la respuesta del ICE, ante los resultados de las mediciones brindados por la SUTEL. Así las cosas, sobre la falta total de la reutilización de frecuencias, el ICE ha manifestado en el punto vigésimo noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, presentado en la comparecencia realizada el 08 y 13 de febrero de 2023, lo siguiente:

“(...)”

En relación con las técnicas de reutilización, es medular reiterar que el ICE realiza reuso de 1 en la capa o nivel de acceso y ha agregado más portadoras, para el debido cumplimiento del Reglamento de Prestación y Calidad de Servicios, brindar la mayor cantidad de servicios de telecomunicaciones a la población, mejorar la experiencia de sus usuarios finales y alcanzar la máxima utilización de los recursos, de acuerdo con la evolución tecnológica.

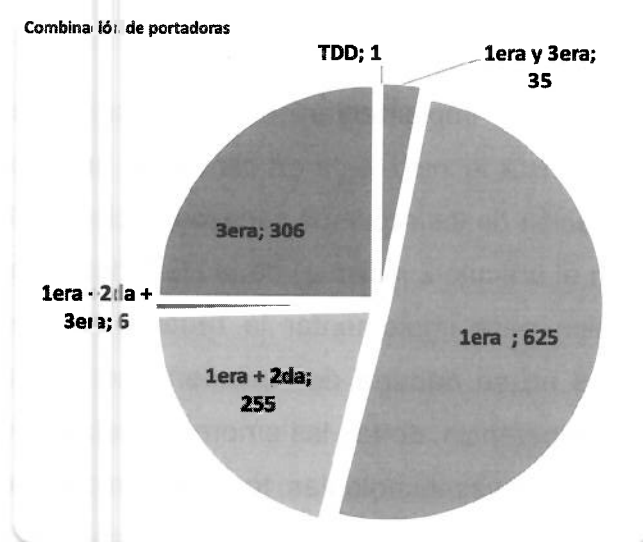
*Si bien es cierto, la capacidad de la red móvil se puede ampliar haciendo reutilización de la misma portadora, dicha técnica implica tener que densificar la red con la instalación de más sitios o torres, lo cual resulta más costoso y sin justificación razonable, pues se cuenta con el recurso para activar una portadora adicional en la misma radiobase existente. Si el ICE, en su condición de empresa pública, tiene el recurso de espectro suficiente, no existe justificación válida desde el punto de vista del principio de eficiencia y la debida gestión de los fondos públicos, el que realice una mayor inversión que se sabe innecesaria, **solo por el hecho de que existe una norma técnica que así lo recomienda**, pues es evidente que tales normas se refieren al caso en que la cantidad de espectro asignado es menor y entonces sí aplica, un uso más intenso de las portadoras. Pero este no ha sido el caso del ICE, el cual como se dijo, y por las causas históricas que la misma SUTEL reconoce, hoy en día dispone del recurso de espectro suficiente que le ha permitido operar sus redes con menor costo, lo cual, indudablemente redunda en beneficios para el usuario final.*

Además, el hecho de activar nuevas portadoras le ha permitido al ICE la evolución de su red 4G (LTE), al actualizar sus nodos 4G para crecer a 4.5G, mediante la implementación de la técnica de “Carrier Aggregation” o “agregación de portadoras.”. (Énfasis agregado).

Adicionalmente, el ICE presenta la prueba denominada “Anexo 13 Reporte RadioBases 1Sem 2021” y que consta del folio 4464 a 4484 del expediente administrativo, de la cual se extraen 1158 torres que conforman la red del sistema IMT que tiene implementado el ICE en la banda de 2600 MHz. De las torres mencionadas, sobre el tema del uso de la

técnica de “agregación de portadoras”, se observa y se interpreta que el ICE podría tener 625 torres configuradas solamente con el uso de la primera portadora (2500 MHz a 2520 MHz y de 2620 MHz a 2640 MHz), 255 torres configuradas con la primera y segunda portadora (de 2500 MHz a 2540 MHz y de 2620 MHz a 2660 MHz) y 6 torres configuradas con la primera, segunda y tercera portadora (de 2500 MHz a 2560 MHz y de 2620 MHz a 2680 MHz).

Imagen 8: Análisis de combinación de uso de portadoras del ICE en el segmento de 2600 MHz.



Fuente: Elaboración propia

De lo anterior, se observa que el ICE demuestra que no realiza la reutilización de frecuencias, sino que implementa la técnica de “agregación de portadoras”. Al respecto, desde el punto de vista técnico, la implementación de la técnica de “agregación de portadoras” corresponde a un tipo de diseño de red que optó por emplear el ICE, según sus intereses, al ser eficiente desde la perspectiva económica, al disminuir la cantidad de torres; sin embargo, es importante aclarar que es ineficiente desde el punto de vista de distribución de cargas, debido a que, si en este Escenario A, que utiliza el ICE según el punto vigésimo noveno del apartado II del oficio N° 263-10-2023, donde se tiene una torre (digase macrocelda) con una potencia alta para obtener una amplia cobertura y

empleando varias portadoras de frecuencias para poder atender varias terminales a la vez con calidad de servicio, en lugar de tener un Escenario B con varias torres (dígase microceldas) con menor potencia y cobertura por cada una, pero que juntas, cubren un área de cobertura similar al Escenario A, atendiendo una cantidad similar de terminales a la vez, empleando una portadora de frecuencias, por medio de reutilización de frecuencias; y por ende, si en el Escenario A se daña la macrocelda se quedaría sin servicio todas las terminales que atendía a la vez, en cambio, en el Escenario B, si se daña una de las microceldas, solo se quedarían sin servicio las terminales que esa cubría, disminuyendo el daño (incomunicación) a los usuarios totales de la cobertura total.

Aunado a lo anterior, es importante aclarar que la implementación de la técnica de “*agregación de portadoras*”, desde el punto de vista técnico, está en contra del artículo 11 inciso e), del PNAF, el principio de optimización de los recursos escasos (inciso i del artículo 3 de la LGT) y el objetivo regulado en el artículo 2 inciso g) de la LGT, debido a que el ICE no tiene un impedimento técnico para implementar la reutilización de frecuencias en su red, y el ahorro de costos no se debería de considerar como un impedimento económico en un mercado en competencia, donde las empresas deben de tener un presupuesto para la implementación de nuevas tecnologías, tomando en cuenta que cada evolución de los sistemas IMT requiere de redes cada vez con más cantidad de torres, debido al uso de frecuencias cada vez más altas, para brindar tasas de datos mayores (más velocidad de internet) para más terminales a la vez (o como se denomina “*internet de las cosas*”); es decir, una empresa en competencia está obligada a minimizar costos y maximizar ganancias, pero debe de hacerlo sin estar en contra de la normativa vigente, en este caso el artículo 11 inciso e) del PNAF y los objetivos y principios de la LGT.

Ahora bien, conforme el artículo 74 inciso a) del Reglamento a la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, el titular de la concesión está obligado a: “*Prestar los servicios autorizados, de manera continua, de acuerdo a los términos, **condiciones** y*

plazos establecidos en la ley, este Reglamento, **el respectivo título habilitante** y las resoluciones que al efecto dicte la SUTEL (...). (Énfasis agregado).

B. Ocupación vs. Eficiencia:

El ICE indica reiteradamente en el oficio N° 263-10-2023, lo siguiente:

“(…)

- **Las recomendaciones de la UIT, UIT-R-SM377-4 y UIT-R-SM378-7, en las que se basó supuestamente la empresa contratada para hacer las mediciones de ocupación de espectro, -copia de las cuales se aportan como prueba en Anexo 3-, no se refieren a uso eficiente o no eficiente del espectro radioeléctrico, sino a las características técnicas que deben tener los equipos de medición y los requisitos que se deben cumplir para realizar una medición o recolección de datos, por lo que, la aplicación de estas recomendaciones por sí solas, no permite determinar si se hace o no, un uso eficiente del espectro.**
- **La Resolución N° RCS-199-2012 de 27 de junio del 2012 del Consejo de la Sutel, que es Protocolo General de Medición de Señales Electromagnéticas, en la que supuestamente se basó la SUTEL para hacer las mediciones en setiembre y octubre del 2012, -copia de la cual se aporta como prueba en Anexo 4-, tampoco establece criterios, parámetros, métricas, metodologías u otro para determinar el uso eficiente o no del espectro radioeléctrico, sino que regula únicamente el procedimiento y lineamientos básicos para hacer mediciones sobre el espectro radioeléctrico para verificar potencia de señal, intensidad de campo y ocupación de bandas.**

- **SUTEL no indica si las mediciones se hicieron en los segmentos down link y up link, o solo en uno de ellos.**
- **SUTEL dice haber utilizado como parámetro un nivel de piso de ruido de -110 dBm (Ver folio 682 del expediente administrativo), sin razonar el por qué la escogencia de dichas unidades, ni el nivel de -110. Al respecto, es importante señalar que los umbrales de nivel de ruido difieren según la medición se haga en una zona urbana o en una zona rural, en carreteras o en zonas pobladas, y depende también, del tipo de banda de frecuencias que se vaya a medir y el tipo de tecnología. El nivel de piso de ruido de -110 dBm fue elegido discrecionalmente por parte de la SUTEL sin justificación alguna, y no existía reglamentado ni referenciado en documento alguno. **Es importante considerar que de acuerdo con el informe UIT-R SM.2256, apartado 2.13: "...la ocupación resultante depende mucho del umbral, por lo que es indispensable investigar minuciosamente el método para definir el umbral y establecer su valor...". (Ver documento que se aporta como Anexo 5).****
- **El cálculo de la eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico es definido por la UIT en la Recomendación UIT-R SM.1046, cuya primera versión existe desde el año de 1994, es decir, existía publicada durante el mes de noviembre del 2011 y durante los meses de setiembre y octubre del 2012, y por ello debió ser utilizada por la empresa contratada por SUTEL y por la SUTEL misma. (Ver documento que se aporta como prueba en Anexo 6).**
- **Si bien es cierto que en ausencia de regulación nacional, la normativa permite recurrir a normas y recomendaciones internacionales como las de la UIT, éstas deben ser las aplicables e idóneas por la materia, atendiendo los principios básicos de la lógica y la técnica, así como el de razonabilidad, por lo que, el acudir a normas y recomendaciones internacionales que no se refieren al objetivo planteado, existiendo recomendaciones que sí**

establecen las disposiciones especiales y aplicables a la materia, evidencia un actuar de la SUTEL, negligente, injustificado y por ende, no conforme con los requisitos que exige la normativa legal para tener como válido un acto administrativo.

- **La Recomendación UIT-R SM.1046 define la utilización y la eficiencia en la utilización del espectro por un sistema de radiocomunicaciones mediante modelos teóricos y modelos de medición, y establece, básicamente, dos métricas: el Factor de Utilización del espectro (U) para determinado sistema y la Eficiencia de utilización del espectro (EUE), la cual se basa en el efecto útil que se consigue en el sistema de comunicaciones (...)**

En virtud de lo indicado por el ICE, se procede a analizar el párrafo final del artículo 11 del PNAF:

“(...

... para la consecución del uso eficiente del espectro radioeléctrico, la SUTEL deberá contar con un sistema de comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas integrado por estaciones fijas, remotas, móviles y portátiles, que permita la verificación real de la ocupación y utilización del espectro.

(...)”

Tal y como lo establece el PNAF en el citado artículo, por ley la SUTEL debe contar con un sistema de comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, haciendo uso de estaciones fijas, remotas, móviles y portátiles, estas estaciones deben realizar la verificación real de la ocupación y utilización del espectro radioeléctrico, y no la eficiencia de la señal, por lo tanto, podríamos señalar que el alegato presentado por el ICE no tiene respaldo técnico amparado en lo establecido por ley, para las mediciones realizadas por la SUTEL.

Dado lo anterior, para la obtención de los niveles de intensidad de campo eléctrico, obtenido en las diversas mediciones realizadas por la SUTEL a las redes IMT del ICE, según lo que indica la Superintendencia en los dictámenes incluidos en el presente estudio, siguen el procedimiento aprobado mediante la resolución N° RCS-199-2012 *“Protocolo general de medición de señales electromagnéticas”* publicada en el Alcance Digital N°104 del Diario Oficial La Gaceta N°146 del 30 de julio de 2012, así como el procedimiento N° DGC-CA-PROC-15, *“Mediciones de cobertura de espectro utilizando las unidades fijas y móviles del SNGME”* de fecha 08 de marzo de 2017, de conformidad con los estándares definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pertinentes a las mediciones de intensidad de campo eléctrico, específicamente las recomendaciones UIT-R SM.443-4, *“Mediciones de anchura de banda en las estaciones de comprobación técnica de las emisiones”* y UIT-R SM.378-7, *“Mediciones de la intensidad de campo en las estaciones de comprobación técnica”*, las cuales establecen parámetros técnicos para la comprobación técnica de ocupación o existencia de señales.

C. Usos atribuidos y canalización de la banda de 2600 MHz en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias:

El Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET, en su primera versión, fue publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 103 de fecha 29 de mayo de 2009, Alcance N° 19, derogando al Plan Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias Radioeléctricas N° 27554-G.

Al realizar la verificación de las atribuciones en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (CNAF) sobre el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, y la nota referente a esta banda, se logra corroborar las asignaciones que ha tenido el PNAF en dicho segmento de frecuencias, y hasta su sexta reforma del 16 de agosto de 2013, se mantuvo de la siguiente manera:

“(…)

2483.5 MHz - 2700 MHz			
Región 2 (UIT)		Costa Rica	Nota
(...)		(...)	(...)
2 500 - 2 520 FIJO FIJO POR SATÉLITE (espacio-Tierra) MÓV.L salvo móvil aeronáutico MÓV.L POR SATÉLITE (espacio-Tierra) 5.351A 5.384A 5.403 5.404 5.407 5.414 5.415 5.415A		2 500 - 2 520 FIJO FIJO POR SATÉLITE (Espacio Tierra) MOVIL salvo móvil aeronáutico MOVIL POR SATELITE (Espacio Tierra)	CR 075
2 520 - 2 655 FIJO FIJO POR SATÉLITE (espacio-Tierra) MÓV.L salvo móvil aeronáutico RADIODIFUSIÓN POR SATÉLITE 5.339 5.384A 5.403 5.409 5.411 5.413 5.415 5.416 5.417C 5.417D 5.418B 5.418C		2 520 - 2 655 FIJO FIJO POR SATÉLITE MOVIL salvo móvil aeronáutico RADIODIFUSION POR SATELITE	CR 075

2 655 - 2 670 <i>FIJO</i> <i>FIJO POR SATÉLITE (Tierra-espacio) (espacio-Tierra)</i> <i>MÓVIL salvo móvil aeronáutico</i> <i>RADIODIFUSIÓN POR SATÉLITE</i> <i>Exploración de la tierra por satélite (pasivo)</i> <i>Radioastronomía</i> <i>Investigación espacial (pasivo)</i> 5.149 5.347A 5.384 5.409 5.411 5.413 5.415 5.416 5.420	2 655 - 2 670 <i>FIJO</i> <i>FIJO POR SATÉLITE (Espacio Tierra) /(Tierra Espacio)</i> <i>Radioastronomía</i> <i>Investigación espacial (pasivo)</i>	CR 075
---	---	---------------

2 670 - 2 690 <i>FIJO</i> <i>FIJO POR SATÉLITE (Tierra-espacio) (espacio-Tierra)</i> <i>MÓVIL salvo móvil aeronáutico</i> <i>MÓVIL POR SATÉLITE (Tierra-espacio)</i> <i>Exploración de la Tierra por satélite (pasivo)</i> <i>Radioastronomía</i> <i>Investigación espacial (pasivo)</i>	2 670 - 2 690 <i>FIJO</i> <i>FIJO POR SATÉLITE (Tierra Espacio)</i> <i>MOVIL salvo móvil aeronáutico</i> <i>MOVIL POR SATELITE (Tierra Espacio)</i> <i>Exploración de la Tierra por satélite</i> <i>Radioastronomía,</i> <i>Investigación espacial</i>	CR 075
---	---	---------------

5.149 5.347A 5.351A 5.384A 5.409 5.411 5.415 5.419 5.420			
---	--	--	--

(...)

CR 075 El rango de 2500-2690 MHz se identifica para servicios IMT. En la actualidad es utilizado para enlaces troncales o de transporte de 34 MB/S de los principales centros de tránsito de telefonía.

(...)”

Posteriormente, mediante el Decreto Ejecutivo N° 38033-MICITT del 15 de noviembre de 2013, se realizó la séptima reforma al Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET, de la cual se destaca lo siguiente:

“(...)”

2483,5 MHz - 2700 MHz			
Región 2 (UIT)		Costa Rica	Nota
(...)		(...)	(...)
2 500 - 2 520 FIJO 5 410 FIJO POR SATÉLITE (espacio-tierra) MÓVIL salvo móvil aeronáutico		2 500 - 2 520 MÓVIL salvo móvil aeronáutico	CR 075

5.384A 5.415	5.384A	
--------------	--------	--

2 520 - 2 655 <i>FIJO 5.410</i> <i>FIJO POR SATÉLITE (espacio-Tierra)</i> <i>MÓVIL salvo móvil aeronáutico</i> <i>RADIODIFUSIÓN POR SATÉLITE</i> 5.339 5.384A 5.413 5.415 5.416 5.417C 5.417D 5.418B 5.418C	2 520 - 2 655 <i>MÓVIL salvo móvil aeronáutico</i> 5.384A	CR 075
--	--	--------

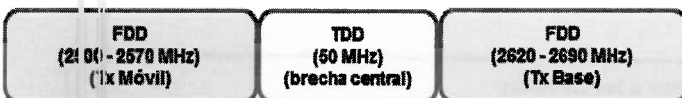
2 655 - 2 670 <i>FIJO 5.410</i> <i>FIJO POR SATÉLITE (Tierra-espacio) (espacio-Tierra)</i> <i>MÓVIL salvo móvil aeronáutico</i> <i>RADIODIFUSIÓN POR SATÉLITE</i> <i>Exploración de la tierra por satélite (pasivo)</i> <i>Radioastronomía</i> <i>Investigación espacial (pasivo)</i>	2 655 - 2 670 <i>MÓVIL salvo móvil aeronáutico</i> 5.384A	CR 075
---	--	--------

5.149 5.208B 5.384A 5.413 5.415 5.416		
--	--	--

2 670 - 2 690 <i>FIJC 5.410</i> <i>FIJC POR SATÉLITE (Tierra-espacio) (espacio-Tierra) 5.208B</i> <i>MÓVIL salvo móvil aeronáutico</i> <i>MÓVIL POR SATÉLITE (Tierra-espacio)</i> <i>Exploración de la Tierra por satélite (pasivo)</i> <i>Radioastronomía</i> <i>Investigación espacial (pasivo)</i> 5.149 5.384A 5.415		2 670 - 2 690 <i>MÓVIL salvo móvil aeronáutico</i> 5.384A CR 075
---	--	--

(...)

CR 075 El segmento de 2500 MHz a 2690 MHz (banda de 2600 MHz) se atribuye al servicio móvil para el desarrollo de sistemas IMT, los cuales deberán operar de acuerdo con la siguiente canalización (arreglo C1 de la recomendación UIT-R M.1036):



Por lo tanto, a más tardar al 31 de mayo del 2015, sólo se permitirán transmisiones del servicio móvil para sistemas IMT en este segmento.

(...)"

Dado lo anterior, desde esa primera publicación, y hasta el 18 de marzo de 2021 se realizaron 14 reformas normativas al Decreto Ejecutivo N° 35257-MINAET, de las cuales, en cuanto al segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, solo sufrió un cambio en el CNAF y la nota CR 075, es decir, a partir del 15 de noviembre de 2013, el segmento mencionado solo está asignado en el PNAF para el Servicio Móvil para el desarrollo de sistemas IMT.

Ahora bien, respecto a la implementación de sistemas IMT en LTE por parte del ICE en el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz, mediante el oficio N° 234-305-2012 del 8 de junio de 2012, el mismo indicó que "... se está gestando para el III Trimestre 2012.". En conclusión, de la documentación aportada sobre las mediciones realizadas por la SUTEL, en el dictamen técnico emitido mediante el oficio N° 05726-SUTEL-DGC-2016 de fecha 04 de agosto de 2016 (el cual consta del folio 1095 a 1100 del expediente administrativo), se empezó a detectar y recopilar datos de señales de sistemas IMT en el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz en dicha banda, lo cual es congruente con el servicio asignado a ese rango de frecuencias en el CNAF y la nota CR 075 del PNAF.

A. Usos atribuidos en la normativa internacional para la banda de 2600 MHz:

Por otra parte, en el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (RR de la UIT), se atribuye la banda de 2600 MHz de la siguiente forma:

"(...)

Atribución a los servicios		
Región 1	Región 2	Región 3
4 370-4 400	4 370-4 400	4 370-4 400

(...)

2 500-2 520 FIJO 5.410 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A 5.412	2 500-2 520 FIJO 5.410 FIJO POR SATÉLITE (espacio-Tierra) 5.415 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A	2 500-2 520 FIJO 5.410 FIJO POR SATÉLITE (espacio-Tierra) 5.415 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A MÓVIL POR SATÉLITE (espacio-Tierra) 5.351A 5.407 5.414 5.414A 5.404 5.415A
--	---	--

Atribución a los servicios		
Región 1	Región 2	Región 3
2 520-2 655 FIJO 5.410 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A RADIODIFUSIÓN POR SATELITE 5.413 5.416 5.339 5.412 5.418B 5.418C	2 520-2 655 FIJO 5.410 FIJO POR SATELITE (espacio-Tierra) 5.415 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A RADIODIFUSIÓN POR SATELITE 5.413 5.416 5.339 5.418B 5.418C	2 520-2 535 FIJO 5.410 FIJO POR SATELITE (espacio-Tierra) 5.415 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A RADIODIFUSIÓN POR SATELITE 5.413 5.416 5.403 5.414A 5.415A 2 535-2 655 FIJO 5.410 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A RADIODIFUSIÓN POR SATELITE 5.413 5.416 5.339 5.418 5.418A 5.418B 5.418C
2 655-2 670 FIJO 5.410 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A RADIODIFUSIÓN POR SATELITE 5.208B 5.413 5.416 Exploración de la Tierra por satélite (pasivo) Radioastronomía Investigación espacial (pasivo) 5.149 5.412	2 655-2 670 FIJO 5.410 FIJO POR SATELITE (Tierra-espacio) (espacio-Tierra) 5.415 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A RADIODIFUSIÓN POR SATELITE 5.413 5.416 Exploración de la Tierra por satélite (pasivo) Radioastronomía Investigación espacial (pasivo) 5.149 5.208B	2 655-2 670 FIJO 5.410 FIJO POR SATELITE (Tierra-espacio) 5.415 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A RADIODIFUSIÓN POR SATELITE 5.208B 5.413 5.416 Exploración de la Tierra por satélite (pasivo) Radioastronomía Investigación espacial (pasivo) 5.149 5.420
2 670-2 690 FIJO 5.410 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A Exploración de la Tierra por satélite (pasivo) Radioastronomía Investigación espacial (pasivo) 5.149 5.412	2 670-2 690 FIJO 5.410 FIJO POR SATELITE (Tierra-espacio) (espacio-Tierra) 5.208B 5.415 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A Exploración de la Tierra por satélite (pasivo) Radioastronomía Investigación espacial (pasivo) 5.149	2 670-2 690 FIJO 5.410 FIJO POR SATELITE (Tierra-espacio) 5.415 MÓVIL salvo móvil aeronáutico 5.384A MÓVIL POR SATELITE (Tierra-espacio) 5.351A 5.419 Exploración de la Tierra por satélite (pasivo) Radioastronomía Investigación espacial (pasivo) 5.149

(...)

(...)"

Según el RR de la UIT, para Región 2 (Región a la que pertenece Costa Rica), establece que la banda de 2600 MHz se distribuye de la siguiente manera:

- El segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2520 MHz es atribuido a título primario para el servicio Fijo, al servicio Fijo por Satélite en dirección espacio – Tierra y al servicio Móvil salvo móvil aeronáutico.
- El segmento de frecuencias de 2520 MHz a 2655 MHz es atribuido para Región 2 para los servicios a título primario Fijo, Fijo por satélite en dirección espacio – Tierra, Móvil salvo móvil aeronáutico y Radiodifusión por Satélite.
- El segmento de frecuencias de 2655 MHz a 2670 MHz está atribuido para Región 2 para los servicios a título primario Fijo, Fijo por Satélite con dirección Tierra – espacio y espacio – Tierra, Móvil salvo móvil aeronáutico y Radiodifusión por Satélite. Por otra parte, este segmento se atribuye también a título secundario a exploración de la tierra por satélite, radioastronomía e investigación espacial.
- Por último, el segmento de frecuencias de 2670 MHz a 2690 MHz está atribuido para Región 2 para los servicios a título primario Fijo, Fijo por Satélite con dirección Tierra – espacio y espacio – Tierra y Móvil salvo móvil aeronáutico. Por otra parte, este segmento se atribuye también a título secundario a exploración de la tierra por satélite, radioastronomía e investigación espacial.

Las notas del RR aplicables en esta banda a Costa Rica son las siguientes:

“(…)

5.149 Se insta a las administraciones a que, al hacer asignaciones a estaciones de otros servicios a los que están atribuidas las bandas:

13 360-13 410 kHz,

25 550-25 670 kHz,

37,5-38,25 MHz,

73-74,6 MHz en las Regiones 1 y 3,

150,05-153 MHz en la Región 1,

322-328,6 MHz,
406,1-410 MHz,
608-614 MHz en las Regiones 1 y 3,
1 330-1 400 MHz,
1 610,6-1 613,8 MHz,
1 660-1 670 MHz,
1 718,8-1 722,2 MHz,
2 655-2 690 MHz,
3 260-3 267 MHz,
3 332-3 339 MHz,
3 345,8-3 352,5 MHz,
4 825-4 835 MHz,
4 950-4 990 MHz,
4 990-5 000 MHz,
6 650-6 675,2 MHz,
10,6-10,68 GHz,
14,47-14,5 GHz,
22,01-22,21 GHz,
22,21-22,5 GHz,
22,81-22,86 GHz,
23,07-23,12 GHz,
31,2-31,3 GHz,
31,5-31,8 GHz en las Regiones 1 y 3,
36,43-36,5 GHz,
42,5-43,5 GHz,
48,94-49,04 GHz,
76-86 GHz,
92-94 GHz,
94,1-100 GHz,
102-109,5 GHz,
111,8-114,25 GHz,

128,33-128,59 GHz,
129,23-129,49 GHz,
130-134 GHz,
136-148,5 GHz,
151,5-158,5 GHz,
168,59-168,93 GHz,
171,11-171,45 GHz,
172,31-172,65 GHz,
173,52-173,85 GHz,
195,75-196,15 GHz,
209-226 GHz,
241-250 GHz,
252-275 GHz

tomen todas las medidas posibles para proteger el servicio de radioastronomía contra la interferencia perjudicial. Las emisiones desde estaciones a bordo de vehículos espaciales o aeronaves pueden constituir fuentes de interferencia particularmente graves para el servicio de radioastronomía (véanse los números 4.5 y 4.6 y el Artículo 29). (CMR-07)

(...)"

Dada la nota anterior, se tiene que, con respecto a la banda en estudio, la nota 5.149 indica que al establecer asignaciones a las estaciones de otros servicios a los que está atribuida la banda 2655 MHz a 2690 MHz, se deben determinar las medidas necesarias para proteger el servicio de radioastronomía contra interferencias perjudiciales.

"(...)

5.20813 En las bandas de frecuencias:

137-138 MHz,

157,1875-157,3375 MHz

161,7875-161,9375 MHz,

387-390 MHz,

400,15-401 MHz,

1 452-1 492 MHz,

1 525-1 610 MHz,

1 613,8-1 626,5 MHz,

2 655-2 690 MHz,

21,4-22 GHz,

se aplica la Resolución 739 (Rev.CMR-19). (CMR-19)

(...)"

Según lo indica la nota 5.208B, se debe aplicar la Resolución 739 "Compatibilidad entre el servicio de radioastronomía y los servicios espaciales activos en ciertas bandas de frecuencias adyacentes o próximas" en el segmento de frecuencias de 2655 MHz a 2690 MHz.

"(...)

5.384A Las bandas de frecuencias 1 710-1 885 MHz, 2 300-2 400 MHz y 2 500-2 690 MHz, o partes de esas bandas de frecuencias, se han identificado para su utilización por las administraciones que deseen introducir las Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT) de conformidad con la Resolución 223 (Rev.CMR-15) *. Esta identificación no impide su utilización por cualquier aplicación de los servicios a los que están atribuidas, ni establece prioridad alguna en el Reglamento de Radiocomunicaciones.

(...)"

Dada la cita anterior se tiene que el segmento de 2500 MHz a 2690 MHz es identificado para implementar IMT siempre que la administración así lo establezca y debe implementarse de conformidad con la Resolución 223 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT.

13. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ICE.

Sobre el concepto de empresa pública, la doctrina nacional ha señalado que:

“Mediante la empresa pública la Administración Pública o descentralizada interviene, de forma directa o indirecta, en un sector del mercado o de la economía desarrollando una actividad industrial, mercantil o agropecuaria con el propósito de satisfacer fines públicos. El fundamento de la iniciativa o intervención pública en la economía o el mercado encuentra asidero en el artículo 50 de la Constitución Política (...)

La empresa pública, además de compartir los elementos de toda empresa como lo son el desarrollo de un giro de forma profesional, habitual y continua, se caracteriza porque el empresario (titular o dueño de la empresa) es una Administración Pública – central o descentralizada- la cual mantiene el control de mando, y persigue un fin de lucro como un instrumento para satisfacer determinados intereses o fines públicos. Consecuentemente, la empresa pública tiene un elemento subjetivo que es la participación de un ente público y otro objetivo que es el desarrollo de una actividad empresarial para el logro de fines públicos.”⁴⁴

Según se señala, la empresa pública puede estar constituida por tres modalidades diferentes:

⁴⁴ JINE STA LOBO (Ernesto). Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Continental, 2009, Tomo I, pag.161 y 162

a) La empresa pública-ente de derecho público: *“Se trata de entes menores que desarrollan actividad industrial o comercial bajo la veste de una organización colectiva de derecho público que puede ser una institución autónoma o semiautónoma, constituyen lo que la doctrina denomina ente público-económico... Podríamos, también, ubicar en esta categoría de entes públicos económicos al ICE (Instituto Costarricense de Electricidad) en lo que se refiere a la prestación de servicios en materia de electricidad y telecomunicaciones...”* (Jinesta Lobo, Op. Cit. pág. 165 y 166. En el mismo sentido, es posible ver al Dr. Eduardo Ortiz Ortiz que indica: *“En nuestro sistema son empresa públicas establecimientos la mayoría de nuestros entes autónomos, aunque muchos no participan del concepto restringido sino en el amplio de empresa pública que antes se esbozó. Son empresas públicas establecimientos el Instituto Nacional de Seguros, el Instituto Costarricense de Electricidad (...)”* ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Tesis de Derecho Administrativo, Editorial Stradtman, Tomo I, 2002, pág. 407

b) Empresa pública-órgano público: *“Se trata de aquellos órganos mediante los cuales un ente público estatal, individualiza la prestación de un servicio o el ejercicio de una actividad económica. Se caracterizan por tener una estructura muy sui-generis que permiten al ente realizar una actividad empresarial que no está dentro de sus fines primordiales; de modo tal que, dentro de la actividad total de éste, la actividad del órgano-empresa es accesorio o secundaria, pero relativamente independiente, con competencia exclusiva e independiente desde el punto de vista financiero. Este tipo de órganos-empresas dentro de un ente estatal, no cumplen funciones esenciales del Estado, pero sí fines de interés general; los empleados que prestan servicios en ellas, no son funcionarios públicos, por lo que deben regirse por el derecho común.”* (Dictamen N° C-246-1998 de fecha 18 de noviembre de 1998 de la Procuraduría General de la Republica).

c) Empresa pública ente de derecho privado: se trata de entes organizados bajo la forma de organizaciones privadas a efectos de desarrollar una actividad

comercial o industrial. *“Así las cosas, se opta por una figura organizativa de naturaleza privada, en especial la sociedad anónima, a la cual se le somete en su conjunto (funcionamiento) a las normas del Derecho privado, despojándosele al máximo de todo tipo de regulación del Derecho público, excepto en materia de control de sus recursos, ya que, siguiendo aquel aforismo de que, ‘donde van los fondos públicos ahí va control’, las contralorías generales o los tribunales de cuentas tienen amplias potestades sobre la entidad, con el fin de garantizar el manejo adecuado y transparente de los fondos públicos. ‘En la búsqueda de liberación de controles, la Administración Pública ha recurrido al Derecho Privado, para encontrar en él formas de organización. Se acusa en diversos ordenamientos la proliferación de empresas organizadas como sociedades anónimas y sujetas al Derecho común, concretamente en nuestro medio al Código de Comercio.”* (ROJAS CHAVES (Magda). ¿Una Huida de la Administración al Derecho Privado?, en las Menorías del Seminario sobre Efectos de la Globalización, Procuraduría General de la República, San José-Costa Rica, 2001, páginas 196 y 197).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD es una empresa pública organizada bajo la forma de una institución autónoma, según la interpretación que se ha efectuado del Decreto Ley N°449 del 8 de abril de 1949 que crea al ICE, debido a las actividades económicas que realiza y su incidencia en el mercado.

Por su naturaleza de institución pública, el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD se encuentra sujeto al Principio de Legalidad, el cual debe servir como norte en sus actuaciones. Se trata del principio que constituye la base fundamental sobre la cual están asentadas todas las regulaciones que determinan el ámbito de acción de cualquier ente público, en este sentido la Procuraduría General de la República señaló en su opinión jurídica N° OJ-103-2000 de fecha 18 de setiembre de 2000, lo siguiente:

“La Ley General de la Administración Pública No.6227 de 2 de mayo de 1978 contiene diversas disposiciones normativas que explican el contenido y significado del término Administración Pública.

Efectivamente, en su artículo 1° dicha Ley General establece que:

‘La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado.’

El numeral 4° de la ley de referencia expresa que:

‘La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.’

*Además, el numeral 11 *Ius Ibidem* dispone:*

‘1.- La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2.- Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.’

La Sala Constitucional en el Voto 440-98, citado en la Opinión Jurídica de esta Procuraduría O.J.-030-2.000 de 24 de marzo de este año, ‘ha sostenido la tesis de que, en el Estado de derecho, el principio de legalidad postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico.’ Así, la Sala expresó que ‘. . . toda autoridad e institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento,

y normalmente a texto expreso –para las autoridades e instituciones públicas solo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios importantes, todavía dentro de un orden general; el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto.’

El principio de legalidad significa ‘que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa desde luego el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico –reglamentos ejecutivos y autónomos especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce “el principio de juridicidad de la Administración’. En este sentido es claro que, frente a un acto ilícito o inválido, la Administración tiene, no solo el deber sino la obligación, de hacer lo que esté a su alcance para enderezar la situación.’ (Voto 897-98 y dictamen de esta Procuraduría C-008-2000 de 25 de enero de este año).

*Lo anterior significa que la Administración Pública, y consecuentemente la Asamblea Legislativa, de la que también es parte, debe sujetar necesaria e imperiosamente sus actuaciones al bloque de legalidad, entendido este como ‘todo el orden jurídico y no sólo a la ley formalmente emanada de la Asamblea Legislativa. Su consecuencia fundamental es que la Administración requiere de una habilitación del ordenamiento para actuar.’ (ROJAS, Magda Inés. *El Poder Ejecutivo en Costa Rica*. Editorial Juricentro, 2° Edición, San José, 1997, p. 364).”*

Por otra parte, el principio de especialidad, manifestación del principio de legalidad, también rige a las empresas públicas, condición propia del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, como se indicó.

El principio de legalidad establece que los entes y los órganos públicos sólo pueden realizar los actos que están previamente autorizados por el ordenamiento jurídico (todo

lo que no está permitido está prohibido). En efecto, señala el artículo 11 de LGAP que la Administración Pública debe actuar sometida al ordenamiento jurídico y sólo puede realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

En igual forma, el principio de especialidad prohíbe a las empresas públicas desarrollar actividades no comprendidas en su campo de competencia, por lo que no pueden asumir funciones o actividades no comprendidas en la misión que le ha sido confiada. Consecuentemente, tampoco pueden tomar decisiones que la conduzcan a salir del ámbito de especialidad.

Las empresas públicas creadas por ley no son libres para decidir realizar acciones, planes, proyectos no enmarcados en el objeto social definido por el legislador, salvo que la ley lo permita. En ausencia de esa autorización legal, solo puede realizar las actividades que se enmarcan dentro de su objeto social, tal como resulta de la ley. Así, **el principio de especialidad garantiza tanto el respeto de las competencias que han sido asignadas a otros organismos públicos, como la libertad de comercio e industria, la libre competencia e igualdad, en relación con empresas privadas.**

En consecuencia, la competencia de la empresa es determinada por la especialidad de su objeto social, definido por el legislador. Cabe recordar, al efecto, que la competencia de un ente es la medida de los poderes y deberes que el ordenamiento le otorga; comprende entonces el conjunto de poderes conferidos para la satisfacción de los fines públicos que justifican la creación y existencia del ente.

Al crear el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, el Decreto Ley N° 449 de 8 de abril de 1949 le atribuye como competencia fundamental el dotar de energía eléctrica al país. Así, el artículo 1 del Decreto le encomienda el *“desarrollo racional de las fuentes productoras de energía física que la Nación posee, en especial los recursos hidráulicos”*. Obligación de encauzar el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica en el fortalecimiento de la economía nacional y del bienestar de nuestros habitantes. Ámbito

de competencia que fue ampliado por la Ley N° 3226 del 28 de octubre de 1963, para que estableciera, extendiera y pusiera en operación servicios de comunicaciones telefónicas, telegráficas, radiotelegráficas y radiotelefónicas, para lo cual se le otorga de pleno derecho la concesión correspondiente por tiempo indefinido.

4. PAPEL DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD DENTRO DE UN MERCADO EN COMPETENCIA:

En el contexto de la apertura a la competencia del sector de las telecomunicaciones en Costa Rica, con los compromisos internacionales que asumió el país con el Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos, Ley N° 8622 del 21 de noviembre de 2007, el legislador fue consciente de los retos que debía afrontar el ICE como antiguo monopolista público frente a las presiones de las fuerzas del mercado en el nuevo entorno de competencia en el que se vería envuelto, para lo cual, la Ley N° 8660 Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, dedicó parte de su articulado a concederle un régimen singular y propio dirigido, según así se establece por los numerales 1 y 2, a fortalecerlo y modernizarlo, pero no solo a éste, sino también a sus empresas, velando así por la sostenibilidad financiera de todas ellas en dicho escenario y de que pese a su naturaleza pública, **pudieran competir en la medida de lo posible en igualdad de condiciones con los operadores privados de telefonía que fuesen a participar en el mercado.**

En el marco de fortalecimiento y modernización del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, tiene como objetivos:

“ARTÍCULO 2.- *Objetivos de la Ley*

Son objetivos de esta Ley:

a) Fortalecer, modernizar y dotar al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), a sus empresas y a sus órganos adscritos, de la legislación que le permita adaptarse a todos los cambios en el régimen legal de generación y prestación de los servicios de electricidad, así como de las telecomunicaciones, infocomunicaciones, productos y servicios de información y demás servicios en convergencia.

b) Complementar el Decreto-Ley N.° 449, de 8 de abril de 1949, Reglamento para la creación del Instituto Costarricense de Electricidad, y sus reformas, para dotar al ICE de las condiciones jurídicas, financieras y administrativas necesarias para que continúe con la prestación y comercialización de productos y servicios de electricidad y telecomunicaciones, dentro del territorio nacional y fuera de él (...).

Objetivos que deben alcanzarse con el desarrollo y ejecución de la competencia asignada en el artículo 6 de la misma Ley:

“ARTÍCULO 6.- Competencias del Instituto Costarricense de Electricidad y sus empresas

El ICE y sus empresas, dentro del territorio nacional y fuera de él, serán competentes para lo siguiente:

a) Generar, instalar y operar redes, prestar, adquirir y comercializar productos y servicios de electricidad, telecomunicaciones e infocomunicaciones, así como otros productos y servicios de información y otros en convergencia, de manera directa o mediante acuerdos, convenios de cooperación, asociaciones, alianzas estratégicas o cualquier otra forma de asociación con otros entes nacionales o extranjeros, públicos o privados.

b) Ser agentes del mercado eléctrico en los demás países que se adhieran al Tratado marco del mercado eléctrico de América Central, aprobado mediante la Ley N.° 7848, de

20 de noviembre de 1998, o a cualquier otro instrumento que en el futuro se suscriba y ratifique”.

Cabe agregar que la naturaleza del ICE, como institución autónoma, según así lo recalca la Ley N° 8660, permite seguir considerándola parte de la Administración Pública descentralizada, dotada por ende, de las potestades que solo el Derecho Administrativo otorga a esta clase de sujetos públicos para la efectiva satisfacción del fin de interés público que tiene encomendado, conocidas como prerrogativas exorbitantes del Derecho Común, caso de la potestad expropiatoria o de la autotutela administrativa, que son las típicas potestades de imperio; razón por la cual, pese a la flexibilización de su régimen jurídico, se le aplica también las garantías y sujeciones que el mismo ordenamiento jurídico insta a efectos de evitar abusos en el ejercicio de dichas potestades en perjuicio de los derechos e intereses de los particulares, siendo la principal sujeción su completa sumisión al principio de legalidad por así disponerlo expresamente los artículos 11 de la Constitución Política y 11, 12 y 13 de la Ley N° 8642, Ley General de la Administración Pública.

En este sentido la Ley N° 8660 separó los tres roles que le corresponden al Estado en materia de telecomunicaciones: rector, regulador y operador del mercado, por lo que el incumbente (ICE) -antiguo monopolista- fue fortalecido por medio de esta normativa, a la vez que **se le otorgaron mayores facultades y libertades para su desarrollo como un operador más en un mercado de competencia, por lo que debe cumplir, al igual que los demás operadores, con las disposiciones legales vigentes.**

El mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica se rige por el principio esencial de la prestación del servicio en un régimen de competencia efectiva y no discriminación, de esta forma, se han creado mecanismos adecuados para que compitan en condiciones iguales operadores y proveedores, así como también el principio del trato menos favorable a cualquier operador, proveedor o usuario público o privado. Por tanto, ya no se trata del modelo tradicional de regulación que ha presidido los grandes servicios públicos, en que el regulador sustituía al mercado y se hacía cargo de la mayoría de las

decisiones, sino de un modelo que promueve la competencia y al mismo tiempo protege los intereses de los usuarios.

En virtud de lo señalado, si bien es cierto el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD es una institución autónoma dentro del organigrama de la Administración pública, también se constituye como una empresa pública la cual goza de los derechos y obligaciones como un operador más en competencia dentro del sector de telecomunicaciones por lo que no se encuentra exenta o por encima de lo que la ley regula en esta materia, pudiéndosele aplicar lo referido a régimen sancionatorio, de competencia, calidad, derecho de los usuarios, entre otros.

En este sentido, queda claro que el ICE, como una empresa en competencia, debe de tener un presupuesto para la implementación de nuevas tecnologías que pueda procurar la minimización de costos y maximización de ganancias, pero siempre sin contrariar la normativa vigente de telecomunicaciones.

15. CAUSAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

El artículo 22 inciso 1) subinciso b) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones establece que una de las causas para la resolución de una concesión es el *“b) Incumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en esta Ley, los reglamentos que al efecto se dicten o las impuestas en el contrato de concesión, **excepto si se comprueba caso fortuito o fuerza mayor.**”*. (Énfasis agregado).

Cuando un sujeto se encuentra obligado a realizar una prestación (dar, hacer o no hacer) debe de conducirse en forma diligente con respecto al cumplimiento de la misma, de forma tal que si se conduce en forma negligente (culpa) y si dicha conducta negligente

provoca el incumplimiento de la obligación entonces deberá enfrentar las consecuencias de dicho incumplimiento.

Con las palabras caso fortuito o fuerza mayor se designa el impedimento que sobreviene para cumplir la obligación, debido a un suceso extraordinario ajeno a la voluntad del deudor. Conforme a su significado originario caso fortuito alude a la circunstancia de ser cosa imprevista y fuerza mayor a la de ser insuperable.⁴⁵

Para que quede más claro podemos diferenciarlo de la siguiente manera:

“a) Según el evento

La fuerza mayor se debería a un hecho de la naturaleza, mientras que en el caso fortuito se trataría de un hecho humano.

b) Imprevisibilidad o inevitabilidad

El caso fortuito es un evento imprevisible aun utilizando una conducta diligente. La fuerza mayor es un evento que, aunque pudiera preverse es inevitable.”⁴⁶

Ahora bien, es importante destacar que no consta dentro del expediente administrativo, ni tampoco fue señalado por el ICE en la comparecencia oral y privada realizada, que se tuviera justificación que comprobara caso fortuito o fuerza mayor para el no uso del segmento de frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total).

En este sentido se tiene por acreditado el incumplimiento a las condiciones y obligaciones establecidas en el título habilitante otorgado y el marco normativo aplicable.

⁴⁵ BRENES CÓRDOBA (Alberto). Tratado de las Obligaciones, Ediciones Juricentro S.A. San José, Costa Rica, 1977, pág. 108.

⁴⁶ JIMÉNEZ (Jorge). Op.cit., p. 86.

Así las cosas, según el análisis realizado conforme al informe de recomendación N° ODPa-INF-ICE-001-2023 de fecha 15 de mayo de 2023, elaborado por el Órgano Director, resulta procedente acoger en todos su extremos el informe N° ODPa-INF-ICE-001-2023 de fecha 15 de mayo de 2023, por parte de este Órgano Decisor, según se indica a continuación:

16. Sobre la gravedad del incumplimiento probado:

Una vez determinado el incumplimiento de la concesionaria, según el hecho probado número dos, es necesario, como parte del análisis que dispone el artículo 22 inciso 1), párrafo final, de la Ley General de Telecomunicaciones, valorar la gravedad de dicho incumplimiento para, de ser así, disponer la imposición de una sanción al operador, en los términos que indica dicha norma.

Dicho artículo, en lo conducente, indica:

“La declaratoria de resolución del contrato estará precedida de un proceso administrativo que respetará las reglas del debido proceso. El titular de la concesión cuya resolución haya sido declarada por incumplimiento grave de sus obligaciones, estará imposibilitado para mantener nuevas concesiones de las previstas en esta Ley, por un plazo mínimo de tres años y máximo de cinco años, contado a partir de firmeza de la resolución.”

Para determinar la valoración que permita concluir si el incumplimiento es grave, primeramente, debe tomarse en cuenta la naturaleza del bien demanial que concretamente se concesionó y que el operador, según se ha demostrado no utilizó. Dicha naturaleza del espectro radioeléctrico, como bien de dominio público, reviste un interés particular, por cuanto el espectro radioeléctrico se identifica como un bien que tiene un destino especial y su destino atiende a un interés público.

El interés público se puede definir como *“el conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico*

de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos.” (Escola, El interés público como fundamento del derecho administrativo, Ed. Depalma, Bs. As. 1989, p. 237.)

Tratándose del espectro radioeléctrico, el interés público intrínseco consiste en el uso que se le ha definido a la banda particular que fue concesionada al operador y, que se ha determinado, no tuvo una utilización como lo exige el título habilitante y la ley, derivando en un detrimento a los principios de optimización del recurso escaso, uso eficiente del espectro radioeléctrico y, además, en detrimento del beneficio de los usuarios finales destinatarios de los servicios que se pueden implementar en estos rangos de frecuencias, particularmente los servicios móviles de IMT

Según la actual atribución realizada por el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, para el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz, este permite el desarrollo de las telecomunicaciones, específicamente el impulsado por las tecnologías móviles englobadas en la designación Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT), lo cual se espera genere impactos socioeconómicos notorios, en el estilo de vida de todos los ciudadanos.

El desarrollo de servicios móviles mediante sistemas IMT, permite mejorar la productividad en la sociedad, por medio de la puesta a disposición de nuevas tecnologías móviles, siendo que la disponibilidad de mayores velocidades en los dispositivos móviles impulsa el acceso a la información, refuerza la interacción entre trabajadores, mayor velocidad de transferencia de datos, baja latencia, mayor capacidad para hacer frente a la creciente demanda de transferencia de datos, mayor confiabilidad

(sin llamadas interrumpidas ni inconvenientes con la conectividad) y mayor flexibilidad, que permitiría a los operadores mejorar la eficiencia en el uso del espectro.

En el caso concreto del presente procedimiento, se ha determinado que el operador ha incumplido las obligaciones de su título habilitante concesionado, por cuanto, según las mediciones que determinaron, entre otros, los informes N°03145-SUTEL-DGC-2017, N°10425-SUTEL-DGC-2019 N°03535-SUTEL-DGC-2022 de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), se concreta que existe un no uso del recurso que comprende la totalidad de 70 MHz concesionados, concretamente los del segmento 2560-2570 MHz, 2570-2620 MHz y de 2680-2690 MHz, asimismo, queda claro, que el operador no se enfrentó a una situación de fuerza mayor o caso fortuito que justificara su no utilización durante el período de tiempo en que se dieron las mediciones, por tanto, el no uso de las frecuencias concesionadas es achacable plenamente al operador como un incumplimiento.

Este Órgano Decisor en el ejercicio de sus competencias, al valorar por el fondo este incumplimiento, determina que, dadas las características y la importancia del rango de frecuencias concesionadas, la posibilidad que siempre tuvo el operador de planificar y desarrollar una operación en los rangos indicados de frecuencias, a partir de la adecuación que se dio por resolución del Poder Ejecutivo en el año 2009 de su título habilitante, y hasta la fecha, según se ha comprobado, constituye una inercia sin justificación alguna, que permite determinar un detrimento a los principios rectores de la Ley General de Telecomunicaciones, establecidos en el artículo 3, particularmente la optimización del recurso escaso, el uso eficiente del espectro radioeléctrico y el beneficio del usuario.

Este detrimento comprobado tiene la suficiente idoneidad para ser considerado un incumplimiento grave, en los términos del artículo 22 inciso 1) párrafo final de la Ley General de Telecomunicaciones y dicha gravedad consiste en la imposibilidad que se

ha tenido a lo largo de los años en los que se comprobó el no uso, para desarrollar las tecnologías que las frecuencias permiten y están destinadas para su explotación, contrariando así el interés de todos los eventuales y potenciales usuarios para beneficiarse del uso de estas tecnologías y el progreso tecnológico, así como las posibilidades de desarrollo que significa para el país en términos de nuevos servicios de usuario final e innovación de tecnologías, que abre posibilidades sociales y económicas para los habitantes de Costa Rica y de los que, la operadora concesionaria privó por la inercia sin justificación en la implementación del uso de dichas frecuencias.

Una vez determinada la gravedad, dado el perjuicio ocasionado por la no implementación del uso de las frecuencias concesionadas, este Órgano Decisor valora la sanción a imponer, misma que debe ser adecuada a criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En primer término, se considera que, se hace necesaria la imposición de una sanción, en los términos del artículo 22 inciso 1) párrafo final de la Ley General de Telecomunicaciones, por cuanto la conducta demostrada del operador, como base fáctica, lesiona el interés público y el conjunto de intereses en el uso de las frecuencias que tiene la colectividad, su incumplimiento no puede, por tanto, pasar inadvertido y quedar omiso de una sanción, considerándose por tanto que una sanción es consecuencia necesaria.

En cuanto a la idoneidad de imponer una sanción por el incumplimiento grave detectado, cumple con la finalidad que la norma prevé, o sea, que, ante el incumplimiento y las características particulares demostradas, resulta idóneo reprochar al operador la conducta realizada, imponiendo la consecuencia que la norma de rango legal tipifica.

Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto de imposición de una sanción por incumplimiento

grave y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. Por tanto, en el caso concreto, siendo que resulta tipificada la imposición de una sanción, este Órgano Decisor considera que, por la naturaleza del operador y la capacidad de desarrollo que este eventualmente podrá desplegar, resulta proporcional al incumplimiento demostrado la imposición de la sanción que indica la norma citada, sea, imposibilitar al operador Instituto Costarricense de Electricidad, para mantener nuevas concesiones de las previstas en la Ley General de Telecomunicaciones por un plazo de tres años, contados a partir de firmeza de la resolución.

La determinación de dicho plazo constituye la base de imposición que permite la norma y que se ajusta al cuadro fáctico, la naturaleza del uso de la banda concesionada y las características sobre las cuales se dio el incumplimiento. Así las cosas, resuelve que, ante la revocatoria parcial de la concesión otorgada por Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP del 25 de setiembre de 1998, adecuado mediante resolución del Poder Ejecutivo RT-024-2009-MINAET del 18 de diciembre de 2009, en relación a la totalidad de 70 MHz concesionados, concretamente los del segmento 2560-2570 MHz, 2570-2620 MHz y de 2680-2690 MHz, se debe imponer la sanción al Instituto Costarricense de Electricidad de imposibilidad de ser sujeto del otorgamiento de nuevas concesiones bajo la regulación establecida en la Ley General de Telecomunicaciones, por un plazo de tres años, contados a partir de la firmeza de la presente resolución.

POR TANTO,

**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y
LA MINISTRA DE CIENCIA, INNOVACIÓN, TECNOLOGÍA Y
TELECOMUNICACIONES
RESUELVEN:**

En virtud de las consideraciones expuestas, lo siguiente:

1. APROBAR parcialmente las siguientes recomendaciones técnicas realizadas por el Consejo de la SUTEL en cuanto a lo relacionado con el segmento de frecuencias de 2500 MHz a 2690 MHz o parte de este, en virtud de lo establecido mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98- MSP de fecha 25 de setiembre de 1998; 4629-SUTEL-DGC-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012, aprobado por su Consejo Directivo mediante el Acuerdo N°015-075-2012 de la sesión ordinaria N°075-2012 celebrada en fecha 05 de diciembre de 2012; 890-SUTEL-DGC-2013 de fecha 22 de febrero de 2013, aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N°008-047-2013, adoptado en la sesión ordinaria N°047-2013 celebrada el día 03 de setiembre de 2013; 05726-SUTEL-DGC-2016 de fecha 04 de agosto de 2016, adoptado mediante el Acuerdo N°025-043-2016, adoptado en la sesión ordinaria N°043-2016 celebrada en fecha 10 de agosto de 2016; 03145-SUTEL-DGC-2017 de fecha 18 de abril de 2017, aprobado por su Consejo, mediante el Acuerdo N°035-032-2017 adoptado en la sesión ordinaria N°032-2017, celebrada el día 19 de abril de 2017; 06996-SUTEL-DGC-2017 de fecha 23 de agosto de 2017, aprobado mediante el Acuerdo N°022-064-2017, adoptado por el Consejo Directivo de la SUTEL en la sesión ordinaria N°064-2017, celebrada el día 06 de setiembre de 2017; 5213-SUTEL-DGC-2018 de fecha 29 de junio de 2018, aprobado mediante el Acuerdo N°006-047-2018, adoptado por el Consejo Directivo de la SUTEL en la sesión ordinaria N°047-2018 celebrada el día 18 de julio de 2018; 3820-SUTEL-DGC-2019 de fecha 07 de mayo de 2019, adoptado por el Consejo Directivo de SUTEL mediante el Acuerdo N°008-031-2019, adoptado en la sesión ordinaria N°031-2019 celebrada el día 23 de mayo de 2019; 05348-SUTEL-DGC-2019 de fecha 19 de junio de 2019, aprobado mediante el Acuerdo N°033-040-2019 por el Consejo Directivo de la SUTEL, adoptado en la sesión ordinaria N°040-2019, celebrada en fecha 27 de junio de 2019; 10425-SUTEL-DGC-2019 de fecha 20 de noviembre de 2019 adoptado mediante el Acuerdo N°020-076-2019, adoptado por su Consejo Directivo en la sesión ordinaria N°076-2019, celebrada el 25 de noviembre de 2019; 04204-SUTEL-

DGC-2020 de fecha 14 de mayo de 2020 aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N°026-041-2020, adoptado en la sesión ordinaria N°041-2020, celebrada en fecha 29 de mayo de 2020; 05071-SUTEL-DGC-2020, de fecha 09 de junio de 2020, aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N°014-045-2020, adoptado en la sesión ordinaria N°045-2020, celebrada en fecha 19 de junio de 2020; 00138-SUTEL-DGC-2021 de fecha 07 de enero de 2021, aprobado por su Consejo mediante el Acuerdo N°023-002-2021, adoptado en la sesión ordinaria N°002-2021, celebrada el 14 de enero de 2021; 06531-SUTEL-DGC-2021 de fecha 15 de julio de 2021, aprobado mediante el Acuerdo de su Consejo Directivo N°024-054-2021, adoptado en la sesión ordinaria N°054-2021 celebrada en fecha 05 de agosto de 2021; 02156-SUTEL-DGC-2021 emitido en fecha 12 de marzo de 2021, adoptado mediante el Acuerdo N°011-021-2021, adoptado en la sesión ordinaria N°021-2021, celebrada el día 18 de marzo de 2021; 02823-SUTEL-DGC-2021, de fecha 8 de abril de 2021, adoptado mediante el Acuerdo N°008-029-2021, adoptado por el Consejo Directivo en la sesión ordinaria N°029-2021, celebrada el día 15 de abril de 2021; 04171-SUTEL-DGC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021, adoptado por su Consejo mediante el Acuerdo N°018-041-2021, adoptado en la sesión ordinaria 041-2021, celebrada en fecha 27 de mayo de 2021; 04225-SUTEL-OTC-2021 de fecha 19 de mayo de 2021, aprobado por su Consejo, mediante Acuerdo N°031-041-2021 adoptado en la sesión ordinaria N°041-2021 de fecha 27 de mayo de 2021; 04482-SUTEL-DGC-2021 de fecha 28 de mayo de 2021, aprobado mediante el Acuerdo N°025-042-2021, adoptado por el Consejo Directivo en la sesión ordinaria N°042-2021 celebrada el día 03 de junio de 2021; 06531-SUTEL-DGC-2021 de fecha 15 de julio de 2021, aprobado mediante el Acuerdo de su Consejo Directivo N°024-054-2021, adoptado en la sesión ordinaria N°054-2021 celebrada en fecha 05 de agosto de 2021; 09509-SUTEL-DGC-2021 de fecha 08 de octubre de 2021, aprobado mediante el Acuerdo de su Consejo N°010-073-2021, adoptado en la sesión ordinaria N°073-2021 celebrada en fecha 28 de octubre de 2021; 11491-SUTEL-DGC-2021 de fecha 10 de diciembre de 2021 aprobado mediante el Acuerdo de su Consejo Directivo N°019-084-2021, adoptado en la sesión ordinaria N°084-2021 celebrada

en fecha 16 de diciembre de 2021; 03535-SUTEL-DGC-2022 emitido en fecha 20 de abril de 2022 aprobado mediante el Acuerdo de su Consejo N°019-035-2022, adoptado en la sesión ordinaria N°035-2022 celebrada en fecha 29 de abril de 2022; 08359-SUTEL-DGC-2022, emitido en fecha 16 de septiembre de 2022, aprobado mediante el acuerdo de su Consejo N°010-065-2022, adoptado en la sesión ordinaria N°065-2022 celebrada en fecha 22 de setiembre de 2022.

2. ACOGER en todos sus extremos la recomendación emitida por el Órgano Director del Procedimiento Administrativo Ordinario emitido mediante el informe de recomendación N° ODP-Inf-ICE-001-2023 de fecha 15 de mayo de 2023, adicionado en cuanto REVOCAR PARCIALMENTE LA CONCESIÓN otorgada mediante el Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998 adecuado mediante el por tanto 19 de la Resolución N° RT-024-2009-MINAET de fecha 18 de diciembre de 2009, al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con cédula de persona jurídica N° 4-000-042139, en relación con los segmentos de frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz (70 MHz en total), en vista del incumplimiento de la empresa con la obligación de utilización del espectro radioeléctrico concesionado en violación del artículo 22 inciso 1) subinciso b) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones.
3. ADVERTIR al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, que en vista de la revocación parcial del Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998 adecuado mediante el por tanto 19 de la Resolución N° RT-024-2009-MINAET de fecha 18 de diciembre de 2009, a partir de la firmeza de la presente Resolución no podrá hacer uso de los segmentos de frecuencias de 2560 MHz a 2570 MHz, de 2570 MHz a 2620 MHz y de 2680 MHz a 2690 MHz, lo anterior de conformidad con el artículo 67 inciso a) subinciso 1) de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones que prohíbe expresamente explotar redes de telecomunicaciones de manera ilegítima, so pena de exponerse a la aplicación del régimen sancionatorio correspondiente.

4. INFORMAR al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, que en vista de la revocación parcial del Acuerdo Ejecutivo N° 1562-98-MSP de fecha 25 de setiembre de 1998 adecuado mediante el por tanto 19 de la Resolución N° RT-024-2009-MINAET de fecha 18 de diciembre de 2009, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones queda imposibilitado para mantener nuevas concesiones de las previstas en la referida ley, por un plazo de tres años contado a partir de firmeza de la presente resolución.
5. INFORMAR al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y al SINDICATO DE INGENIEROS DEL ICE (SIICE), sobre su derecho a recurrir la presente Resolución, mediante el recurso de reposición el cual deberá ser presentado ante el Poder Ejecutivo en el plazo de máximo tres (3) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de la presente Resolución, debiendo presentar su escrito en el Despacho Ministerial de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, sito en San José, Zapote, 250 metros oeste de la entrada principal de Casa Presidencial, Edificio Mira, primer piso. Lo anterior de conformidad con el artículo 346 inciso 1) de la Ley N° 6227, Ley General de Administración Pública.
6. SOLICITAR a la Superintendencia de Telecomunicaciones que valore en el ámbito de sus competencias con fundamento en el artículo 65 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones, aplicar el régimen sancionatorio establecido en el Título V de dicha ley, ante los eventuales incumplimientos por parte del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, respecto al uso no eficiente o uso parcial del espectro radioeléctrico, a partir de lo analizado en la presente resolución.
7. NOTIFICAR la correspondiente Resolución al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y al SINDICATO DE INGENIEROS DEL ICE (SIICE) por los

medios señalados dentro del expediente administrativo y que esta misma sea notificada a la Superintendencia de Telecomunicaciones.

8. Rige a partir del día hábil siguiente a su notificación.


RODRIGO CHAVES ROBLES




PAULA BOGANTES ZAMORA

MINISTRA DE CIENCIA, INNOVACIÓN, TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES


VISTO BUENO

Despacho del Presidente





VISTO BUENO
Dirección de Leyes y Decretos
Presidencia de la República



ESTE DOCUMENTO HA SIDO REVISADO
POR LA DIRECCIÓN DE LEYES Y DECRETOS
DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA:

FECHA:

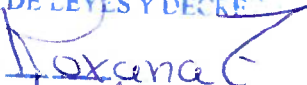


FIRMA:



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE LEYES Y DECRETOS

RECIBIDO POR:



FECHA:



HORA:

