

Al contestar refiérase
al oficio n.º **08350**

17 de mayo, 2024
DFOE-CIU-0232

Señora
Cynthia Arias Leitón
Presidente, Consejo
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES (SUTEL)

Estimada señora:

Asunto: Se rechaza por improcedente solicitud de valoración de la “propuesta para la asignación de recursos financieros vinculados al canon de regulación de las telecomunicaciones para el periodo 2025”

Se le comunica el resultado de la atención del oficio suscrito bajo numeral 02645-SUTEL-CS-2024 del 10 de abril de 2024, mediante el cual solicita proceder con el análisis y resolución de la propuesta para la asignación de recursos financieros vinculados al canon de regulación de las telecomunicaciones para el período 2025, en atención al interés público y al principio de continuidad del servicio, tomando como parámetro lo establecido en los artículos 12 y 13 del “Reglamento aprobación de los proyectos de cánones de regulación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) y de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) por parte de la Contraloría General de la República (R-2-2012-DC-DFOE)”.

La pretensión formulada se sustenta en la imposibilidad de parte de la Superintendencia de presentar formalmente el proyecto de canon, siguiendo los requisitos establecidos en el artículo 82 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) N.º 7593 y el Reglamento antes citado, puesto que desde el 06 de enero de 2024, el Consejo de la Sutel se encuentra desintegrado por el vencimiento del nombramiento de dos de sus miembros propietarios, y del miembro suplente, y a pesar que a la fecha de presentación de esta gestión, el proceso de nombramiento de dichos miembros por parte de la Junta Directiva se logró en la sesión extraordinaria 23-2024, emitiendo los acuerdos 02-23-2024 y 03-23-2024, dichas designaciones, no están en firme, pues a la fecha de presentación de la presente gestión, estas no han sido ratificadas por la Asamblea Legislativa, tal y como lo exige el artículo 61 de la Ley N.º 7593, lo cual impide que los miembros nombrados, sean debidamente juramentados y así dar condición de validez y eficacia al acto de investidura, tal como lo ha interpretado la Procuraduría General de la República en su dictamen C-299-2018 del 28 de noviembre de 2018.

DFOE-CIU-0232

2

17 de mayo, 2024

Se indica en su oficio que tal circunstancia catalogada como “inédita y excepcional” ha impedido que el “jerarca superior administrativo institucional” pueda participar en las labores correspondientes en el proceso de cálculo y en la debida aprobación interna del canon de regulación de las telecomunicaciones para el próximo periodo anual, lo cual ha sido previamente comunicado al Órgano Contralor, mediante el oficio 02554-SUTEL-CS-2024, cuando basado en tal imposibilidad se solicitó la suspensión de plazo para la presentación del proyecto del canon, pretensión que, mediante oficio 06251 (DFOE-CIU-0122) del 11 de abril del 2024, fue rechazada.

Así, “ante la relevancia que implica el contar con los recursos financieros suficientes para cubrir las obligaciones de la SUTEL y asegurar la continuidad del servicio de regulación” la Presidente del Consejo y representante judicial y extrajudicial de la SUTEL presenta los resultados del “ejercicio de estimación de necesidades de recursos financieros asociados al canon de regulación de las telecomunicaciones para el período 2025” ejercicio que “busca asegurar la atención de los compromisos adquiridos y de las obligaciones legales”, ratificando, “bajo los principios de legalidad y transparencia” que no fue posible cumplir los requisitos mínimos de presentación del proyecto de canon.

De igual manera, se hace notar por parte de la gestionante que la expectativa es ejecutar “a corto plazo” las actividades que completarán el proceso de elaboración y aprobación del proyecto de canon de regulación de las telecomunicaciones del año 2025, “una vez que se concluya el proceso de ratificación y juramentación de los nuevos miembros del Consejo” para lo cual se tabularon las acciones y plazos estimados a cumplir para evitar el daño al interés público que se daría al no poder contar con ingresos para ejercer la actividad regulatoria”.

La gestión presentada postula a favor del ejercicio de estimación de los costos requeridos para la ejecución de la regulación del mercado de las telecomunicaciones, que presenta a partir de “datos preliminares” las necesidades de recursos financieros asociados a la actividad de regulación que ascienden a la suma de “¢7,660,627,616.0”, monto que pretende ser financiado mediante “¢7,600,901,073.0” provenientes de canon de regulación y “¢59,726,543.0” por ingresos generados por renta de activos financieros. Propuesta que se pide sea analizada y resuelta de parte de la Contraloría General, siguiendo lo establecido en los artículos 12 y 13 del “Reglamento aprobación de los proyectos de cánones de regulación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) y de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) por parte de la Contraloría General de la República (R-2-2012-DC-DFOE)”.

a. Sobre la competencia particular de la Contraloría General en esta materia

De manera inicial y en atención al principio de legalidad¹, la pretensión formulada debe ser cotejada conforme a la competencia legal que debe ejecutar la Contraloría

¹ Estipulado en el artículo 11 de la Constitución Política y desarrollado además, en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública N.º 6227, el cual indica la sujeción de toda actividad administrativa al imperio de la Ley, lo cual únicamente le permite realizar lo que está establecido en el ordenamiento jurídico y por ende, quedando prohibida la ejecución de actuaciones no expresamente señaladas en el marco jurídico vigente.

DFOE-CIU-0232

3

17 de mayo, 2024

General de la República en esta particular materia, la cual está delimitada en el artículo 82 de la Ley N.º 7593, que determina jurídicamente el deber de parte del Órgano Contralor de valorar, para aprobación o improbación, el proyecto de canon de regulación que presenta en este caso la Superintendencia de Telecomunicaciones.

El monto de esta fuente de financiamiento de regulación impuesta en el artículo 62 de la Ley General de Telecomunicaciones, N.º 8642, a los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, debe ser determinado previamente por el órgano regulador con base en los principios de servicio al costo y de continuidad de la labor legalmente impuesta, conforme los parámetros establecidos en el artículo 82 de la Ley N.º 7593. Una vez que el órgano regulador concluya el cálculo de la actividad debe presentar el proyecto de canon para el año siguiente dentro de la primera quincena del mes de abril ante la Contraloría General para que lo apruebe o impruebe.

En atención a la atribución legalmente descrita, la Contraloría General, conforme a la potestad establecida en el artículo 23 de su Ley Orgánica, ha dictado la normativa reglamentaria que precisa la función a realizar en cuanto a la valoración del proyecto de canon presentado por el regulador. Así, mediante la resolución N.º R-DC-55-2012, dictada a las 9 horas del 7 de mayo de 2012 y su reforma², se definió la naturaleza de su actuación como un acto administrativo de control mediante el cual verifica y analiza la pertinencia legal de la propuesta presentada por la SUTEL y la vinculación del monto propuesto con los proyectos y competencias a cumplir definidas en el plan anual institucional y en la legislación correspondiente, de conformidad con lo permitido por la normativa señalada.

Mediante el acto de aprobación o improbación que se emite por parte del Órgano Contralor, se verifica la legalidad y vinculación de las sumas requeridas por la SUTEL con el ejercicio de regulación, constatando que estas sean pertinentes para garantizar la continuidad y calidad de ese ejercicio, así como que los cálculos efectuados por el órgano regulador para su estimación resulten razonables y coherentes con el principio de servicio al costo. Al ser un requisito de eficacia del acto administrativo emitido por la SUTEL la participación de la Contraloría General no influye en la validez del acto previamente adoptado y por lo tanto no tiene por finalidad modificar su contenido.

Debe considerarse que el proceso que brinda la eficacia no hace relación directa a la validez del acto administrativo, sino más bien a las condiciones que el Ordenamiento Jurídico establece como presupuesto para que este pueda surtir los efectos programados. Así, la eficacia se presenta como un complemento imprescindible de la validez sin el cual el despliegue de la actividad que hiciere la Administración para ejecutar el acto administrativo no tendría connotaciones jurídicas³. Esta tesis deriva del artículo 145, párrafo 4, de la Ley General de la Administración Pública, que indica "Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse".

² Reformado mediante la Resolución R-DC-71- 2016 del Despacho Contralor del dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, publicada en La Gaceta N.º 184 del 26 de setiembre de 2016.

³ Ver al respecto Saborio Valverde, Rodolfo. Eficacia e Invalidez del Acto Administrativo 2 ed. San José. Ediciones Seinjuns, 1994. p. 37.

DFOE-CIU-0232

4

17 de mayo, 2024

La aprobación del canon de regulación es considerado también como un paso previo a efecto de desarrollar el proceso de aprobación presupuestaria, el cual le permite al órgano regulador, perfilar el monto máximo que por ese rubro tiene la posibilidad de incorporar en el presupuesto inicial⁴ a presentar para su debida aprobación ante la Contraloría General, a más tardar el treinta de setiembre conforme a lo establecido en el artículo 18 de su Ley Orgánica, N.º 7428. Así, por disposición legal, el canon de regulación tiene un doble proceso de valoración, para cumplir el requisito de eficacia y ser ejecutado el próximo periodo anual.

De acuerdo con lo anterior, el monto del canon aprobado en esa primera fase constituye un límite máximo, pero no absoluto, en el entendido que su cobro al regulado queda aún sujeto al monto de egresos totales que se aprobaran como parte del presupuesto institucional del periodo correspondiente y la comprobación, que en etapa de ejecución, debe realizar el propio regulador del cumplimiento de las proyecciones en que sustentó sus necesidades de ingreso, para ajustar, de acuerdo con el principio de servicio al costo, conforme a las necesidades reales a cubrir con esta fuente de financiamiento, previo a ser debidamente cobrado a los regulados, quienes por obligación dispuesta en el artículo 62 de la Ley N.º 8642 son los responsables de financiar la labor de regulación del sector de telecomunicaciones.

b. Sobre la admisibilidad del acto administrativo presentado

Ahora bien, el proyecto de canon que debe ser presentado por el órgano regulador ante la Contraloría General en la primera quincena del mes de abril de cada año, como acto administrativo debe contener todos los elementos de validez necesarios para incoar el procedimiento de aprobación, esto implica el ajustarse a los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico, tal como indica el artículo 128 de la Ley General de la Administración Pública N.º 6227.

El principio de legalidad le impone a las administraciones públicas el sometimiento al ordenamiento jurídico o al derecho objetivo que fija las pautas o cauces para la satisfacción de los intereses y fines públicos, de tal manera, toda su actividad o actuación específica debe estar habilitada o autorizada en una norma jurídica que le de sustento.

En este caso particular, tal y como expresamente da cuenta el propio oficio presentado por la presidente del Consejo de SUTEL, el órgano superior jerárquico del órgano regulador no pudo ser integrado⁵ en tiempo y forma para participar en el proceso de aprobación del Plan Operativo Institucional -base de las actividades a cubrir con esta fuente de financiamiento-, ni en el proceso de cálculo del monto que implicaba tener de previo “la definición de límites de crecimiento, elementos a considerar en la formulación, definición: de variables macroeconómicas, de roles y responsabilidades, de actividades, de prioridades institucionales”, tampoco en la fase de aprobación del proyecto de canon de regulación de las telecomunicaciones para el año 2025, ni en “la emisión de las certificaciones que se piden en el Reglamento de aprobación dictado al efecto por el Órgano Contralor,” todo esto hace ver que la gestión presentada no cuenta con los

⁴ Según lo indica el artículo 82 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos N.º 7593.

⁵ De acuerdo como lo establece el artículo 61 de la Ley N.º 7593 que establece “La Superintendencia de Telecomunicaciones estará a cargo de un Consejo que estará integrado por tres miembros propietarios”.

DFOE-CIU-0232

5

17 de mayo, 2024

requisitos básicos para ser considerada válidamente como el proyecto de canon que permite incoar el proceso de aprobación, conforme el artículo 82 de la Ley N.º 7593.

El documento denominado “Ejercicio de estimación de necesidades de recursos financieros asociados al Canon de Regulación de las Telecomunicaciones para el periodo 2025”, es definido por la propia gestionante como “un acto preparatorio para la toma de decisiones por parte del Consejo de la Sutel una vez que esté conformado”, lo cual corrobora que lo presentado ante la Contraloría General no es un acto administrativo firme ya que no consta expresamente la aprobación interna por parte del jerarca.

Debe considerarse que el acto administrativo final o definitivo, es en sí una manifestación unilateral de voluntad de la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa, con miras a generar efectos jurídicos, que si bien es cierto éste no surge espontáneamente, sino después de haberse observado una serie de actuaciones precedentes que buscan precisamente darle el sustento jurídico y técnico necesario, estas actuaciones preliminares por sí mismas no tienen la virtud de generar efectos jurídicos ante terceros, ni sustituir los efectos que el acto administrativo final o definitivo sí tendría.

Para dictar un acto administrativo, se requiere cumplir con una sucesión de actuaciones ("trámites sustanciales", como refiere el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública) y condiciones previamente establecidas, como vía que debe adoptarse para formar la voluntad administrativa y expresarla en un acto. Tales procedimientos administrativos son una garantía jurídica de la acción administrativa que no se logran demostrar para validar la pretensión realizada con la presente gestión.

En este caso particular no se está frente a un acto definitivo, ni contiene los elementos subjetivos necesarios para poder dar inicio de nuestra parte al proceso de valoración para otorgarle su aprobación o improbación.

Si bien existe conocimiento de las dificultades que ha sufrido la SUTEL en la integración de su Consejo, tal circunstancia no posibilita un eximente de los procedimientos reglados legalmente, como tampoco habilita expresamente a la Contraloría General para ello, tal como previamente se indicó en el oficio 06251 (DFOE-CIU-0122) del 11 de abril de 2024.

c. Otras consideraciones

Esta Contraloría General es consciente de la evidente situación extraordinaria que ha impedido a la SUTEL concretar el proyecto de cánones de regulación para el periodo 2025, en vista de la desintegración de su Consejo, situación ajena al control de la Superintendencia y en ese sentido, se comprende y comparte la necesidad de que ese órgano realice todas las acciones pertinentes que legal y válidamente aseguren la continuidad del servicio de regulación.

En esa línea, debe tenerse en cuenta que el artículo 62 de la Ley General de Telecomunicaciones N.º 8642 establece la obligación de cada operador de redes y proveedor de servicios de telecomunicaciones de pagar un único cargo de regulación

DFOE-CIU-0232

6

17 de mayo, 2024

anual para dotar de los recursos necesarios para una administración eficiente de la actividad de regulación a cargo de la SUTEL.

Asimismo, la circunstancia de imposibilidad de cumplir por parte del órgano regulador el proceso de cálculo del canon de regulación y su debida presentación en tiempo y forma ante la Contraloría General de la República, no limita para que se valore una vez integrado debidamente el Consejo, retomar inmediatamente las funciones indispensables para ejercer las competencias reguladas en el artículo 82 de la Ley N.º 7593⁶, lo que supone por parte del órgano regulador, un tratamiento excepcional compatible con el ordenamiento jurídico integral, y así ejecutar oportunamente, de acuerdo a sus competencias exclusivas, las acciones que correspondan, con el objeto de finalizar los procedimientos que dan validez y eficacia al monto pretendido para cubrir la función de regulación del siguiente periodo anual, garantizando los principios de seguridad jurídica, continuidad del servicio público, servicio al costo y administración eficiente.

d. Conclusión

En consecuencia, se debe rechazar la pretensión efectuada por la representante de la SUTEL, considerando que lo presentado no corresponde formalmente a un proyecto de canon de regulación válido y pertinente para incoar el procedimiento de aprobación que señala el inciso c) del artículo 82 de la Ley N.º 7593 y el Reglamento de aprobación dictado al efecto por el Órgano Contralor.

Atentamente,

Marcela Aragón Sandoval
Gerente de Área

Angie Mora Chacón
Asistente Técnico

Jose Francisco Monge Fonseca
Fiscalizador

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

NI: 7971

G: 2024001867-1

⁶ Tener presente lo establecido en el Artículo 63.2 de la Ley General de la Administración Pública N.º. 6227 y en relación con el criterio de la Procuraduría General de la República C-224-2005 del 17 de junio de 2005.