

65-2012/36-2014

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas del día veintinueve de julio de dos mil quince.

Los presentes procesos de inconstitucionalidad acumulados han sido promovidos por los ciudadanos: Eva Marisol Linares de Triviño, Lucía María Silvia Guillén, conocida por María Silvia Guillén, Leonel Herrera Lemus, César Mauricio González Flores, José Luis Benítez Álvarez y Juan Carlos Sánchez Mejía –proceso de Inc. 65-2012–, así como por los ciudadanos Deysi Elizabeth Cheyne Romero, Abraham Atilio Abrego Hasbún, Juan Carlos Sánchez Mejía, Leonel Herrera Lemus, José Ramón Villalta, Ángel María Ibarra Turcios, Raúl Antonio Durán Calderón y Omar Arnulfo Serrano Crespín –proceso de Inc. 36-2014–; para que esta Sala declare la inconstitucionalidad, por vicios de contenido, de los arts. 15 inc 1º, 81 inciso final, 82, 83, 84, 85, 100, 115 inc. 2º, 118 inc. 2º y 126 inc. 2º de la Ley de Telecomunicaciones (en lo sucesivo: “LT”), contenida en el Decreto Legislativo n° 142, del 6-XI-1997, publicado en el Diario Oficial n° 218, tomo 337, del 21-XI-1997, por supuestamente vulnerar los arts. 3 inc. 1º, 6 inc. 1º, 101, 110 incs. 1º, 2º y 4º parte segunda, 120 y 144 todos de la Constitución (en lo que sigue: “Cn.”).

En ambos procesos han intervenido los ciudadanos demandantes, la Asamblea Legislativa como autoridad demandada, el Fiscal General de la República y la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, como tercero.

Las disposiciones sometidas a control prescriben:

“Derecho de explotación.

Art. 15 inc. 1º: “El derecho de explotación derivado de las concesiones otorgadas por la SIGET para el uso del espectro, es un bien privado, pudiendo ser transferible y además fragmentable, en el tiempo, en las frecuencias como en el espacio geográfico”.

“Resolución y procedencia de la subasta.

Art. 81 [inc. final]. Si el informe técnico fuere favorable y se hubiere manifestado interés adicional por las frecuencias solicitadas, la SIGET, respetando lo dispuesto en el artículo 111 de esta Ley, ordenará la apertura del procedimiento de subasta pública, señalando la fecha de realización de la misma, la que no podrá exceder de sesenta días contados a partir de la última publicación. Si la SIGET en su resolución, recomienda una mayor fragmentación del espectro solicitado, también deberá ordenar la apertura de la subasta pública, respetando el plazo anterior”.

“Procedimiento para la subasta.

Art. 82. En la realización de las subastas, la SIGET, tomando en cuenta las características de la porción del espectro solicitado, determinará el sistema de subasta que se utilizará, el precio base de la misma y la fianza de sostenimiento de oferta o cualquier otra forma de garantía que la SIGET determine. Dicha garantía deberá ser igual al cincuenta por ciento del precio base de la subasta. --- En el caso que la SIGET haya decidido fragmentar la porción del espectro radioeléctrico solicitado, deberá utilizar el sistema de subasta en rondas simultáneas y sucesivas, debiendo presentarse las ofertas sobre cerrado. La SIGET determinará el incremento mínimo aceptable para las ofertas en cada ronda. Las rondas continuarán realizándose en el

lugar, fecha, hora y con la periodicidad que la SIGET determine, hasta que ya no existan mayores ofertas para cada una de las porciones de espectro que estén siendo subastadas. --- En todos los casos, las concesiones serán adjudicadas a los postores que presenten la mayor oferta económica. Para el caso de las subastas en rondas simultáneas y sucesivas, las concesiones serán adjudicadas a los postores que en la última ronda de la subasta de cada porción presenten la mayor oferta económica. --- El desarrollo y adjudicación de las subastas serán supervisados por una firma de auditores externos de reconocida reputación y contará con la presencia de un representante de la SIGET y de la Fiscalía General de la República”.

“Ampliación especial del plazo.

Art. 83. Para la realización de la subasta, la SIGET podrá ampliar el plazo de sesenta días estipulado en el artículo 81 de esta ley, solo con la finalidad de celebrar varias subastas en una misma oportunidad, pero en ningún caso, podrá postergar la realización de ninguna de estas por más de ochenta días”.

“Adjudicación.

Art. 84. Siempre que se lleve a cabo una subasta pública, se adjudicará la concesión al interesado que presente la mayor oferta económica”.

“Pago por la concesión

Art. 85. Los efectos de la adjudicación estarán condicionados al pago por la concesión, el que deberá efectuarse dentro del plazo de cinco días. --- El pago será siempre en efectivo. Cuando el pago se realice a través de cheque éste será certificado o de caja. --- Cuando el adjudicatario no efectúe el pago en el plazo estipulado, éste perderá la garantía presentada como condición de participación en la subasta, ingresando estos fondos al patrimonio de la SIGET. A su vez la SIGET revocará sin más trámite la adjudicación, y se le concederá ésta al interesado que haya presentado la segunda mejor oferta económica; y así sucesivamente.

La SIGET retendrá por concepto de cargos administrativos el uno punto cinco por ciento del monto final resultante de la subasta, el cual ingresará a su patrimonio, transfiriendo el resto al Fondo de Inversión en Electricidad y Telefonía”.

“Subasta obligatoria

Art. 100. Si un año antes del vencimiento de la concesión, el concesionario no ha solicitado la renovación adelantada de la misma, la SIGET deberá iniciar el proceso de pública subasta de acuerdo al procedimiento establecido en esta Ley y su reglamento. La SIGET dispondrá de un período máximo de seis meses a partir de esa fecha para la realización de la subasta. La nueva concesión se hará efectiva al día siguiente del vencimiento de la concesión vigente”.

“Concesiones y licencias.

Art. 115 [inc. 2°]: La solicitud de esta concesión deberá hacerse conforme a las reglas generales aplicables a las frecuencias de uso regulado, debiendo especificarse el servicio que se prestará y su área de cobertura. Estas concesiones serán otorgadas por un plazo de veinte años, prorrogables automáticamente en períodos iguales”.

“Separación de frecuencias.

Art. 118 [inc. 2°]: Con el objeto de evitar problemas de interferencia perjudicial y fomentar una mejor utilización del Espectro Radioeléctrico, atribuido al servicio de difusión de libre recepción en la radiodifusión sonora, la separación mínima entre canales adyacentes deberá ser de 30 KHz en Amplitud Modulada, AM, 525–1705 KHz; y de 400 KHz en Frecuencia Modulada, 88–108 Mhz”.

“Transitorio.

Art. 126 [inc. 2°]: Asimismo, a los titulares de dichas concesiones, licencias, acuerdos, autorizaciones, sin importar el plazo que reste para el vencimiento de las mismas, se les concede por ministerio de Ley,

concesión para la explotación de los servicios mencionados, por un plazo de veinte años, prorrogables automáticamente por períodos iguales, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley”.

Analizados los argumentos y considerando:

I. 1. En el proceso de Inc. 65-2012 en particular, los ciudadanos Linares de Treviño y otros, sostuvieron en su demanda que los arts. 81 inc. final, 82, 83, 84, 85 y 100 LT, desarrollan un procedimiento de subasta pública de las concesiones para la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico, el cual, al basarse en el criterio de la mayor oferta económica, transgrede la Constitución, por violación al derecho de igualdad –art. 3 inc. 1° Cn.–

Luego de citar diversa jurisprudencia de esta Sala sobre la igualdad, jurisprudencia comparada, así como opiniones emitidas por diversos comités de la Organización de las Naciones Unidas, manifestaron que para evitar una violación al derecho de igualdad, los medios de comunicación y el espectro radioeléctrico deben estar abiertos a todos sin discriminación, lo que implica que no deben existir individuos o grupos excluidos del acceso a medios y al uso del espectro radioeléctrico.

Expusieron que, a primera vista, el procedimiento de la subasta pública resuelta con el criterio de la mayor oferta económica pareciera dar un tratamiento igual a todas las personas; así, podría considerarse que la ley no establece formalmente diferencias *ante* la ley ni *en* la ley para acceder al espectro radioeléctrico.

Sin embargo –continuaron–, el criterio exclusivamente económico para la concesión de un bien público genera una diferencia *de iure* –de Derecho– y *de facto* –de hecho–. *De iure*, por cuanto impone un tratamiento legal supuestamente igualitario a personas titulares de la libertad de expresión que se encuentran en situaciones económicamente disímiles; *de facto*, porque favorece a personas y grupos económicamente fuertes en detrimento de otros sin poder económico en el goce de un bien público.

Los demandantes explicaron que este criterio establecido en la LT discrimina en el acceso al espectro radioeléctrico y, por tanto, al acceso a los medios de comunicación social a grandes sectores de la población. Y es que, según la forma en cómo está regulada la concesión del espectro, sólo tendrán posibilidades de obtener el uso de frecuencias por subasta y hacer funcionar medios de comunicación social, aquellas personas naturales o jurídicas que tengan significativos recursos económicos.

Siguiendo el orden de ideas dijeron que, si hay límites a la posibilidad de obtener concesiones de frecuencias en el espectro por razones económicas, se afecta a sectores de la sociedad que, sin ánimo de lucro, pretenden realizar actividades de radiodifusión; por lo tanto, al adoptar las disposiciones impugnadas, el Estado no ha garantizado las condiciones legales y sociales para la libre circulación de ideas y, en consecuencia, se viola claramente la Constitución. Añadieron que tales artículos no serían inconstitucionales si se hubiesen dispuesto otros criterios

para obtener la concesión, pues la rentabilidad social del uso del espectro radioeléctrico debe ser el marco evaluativo principal en la asignación de frecuencias.

2. Por su parte, en el proceso de Inc. 36-2014 los ciudadanos Cheyne Romero y otros, expusieron sus argumentos particulares de la siguiente manera:

A. Vulneración a los principios constitucionales sobre concesiones –arts. 110 inc. 4° y 120 Cn.– por los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT.

Los demandantes expusieron que la Constitución no contiene disposiciones expresas sobre las concesiones del espectro radioeléctrico, como se observa del texto de las disposiciones que tratan la concesión de bienes públicos –arts. 103 inc. final, 120 y 131 ord. 30° Cn.– Esta omisión –según los ciudadanos– debe ser suplida por este Tribunal en aplicación de una interpretación sistemática de la Constitución, aplicando por analogía las disposiciones constitucionales sobre las concesiones de obra pública, al menos en tres puntos: (i) sobre la necesidad de establecer un *plazo* en las concesiones del bien demanial espectro radioeléctrico y la prohibición de prórrogas automáticas que lo desnaturalicen, generando una vinculación permanente; (ii) sobre la necesidad de que los derechos de explotación de las concesiones respondan al interés público y sean reguladas bajo normas de Derecho Público; y (iii) sobre la necesidad de abrir procesos de concesión cada vez que se extingan los plazos, debiendo, en todo caso, ser autorizadas las concesiones por un ente público de naturaleza técnico, distinto a la Asamblea Legislativa.

Para sustentar lo dicho, citaron jurisprudencia de este Tribunal, en específico la sentencia de 27-VI-2012, Inc. 28-2008, y reiteraron la necesidad de evitar las regulaciones normativas que generan una permanencia de las concesiones en el tiempo; pues, aunque los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT establecen un plazo concreto para las concesiones del espectro radioeléctrico, dichas prórrogas automáticas vuelven permanentes las mismas y generan una vinculación perpetua de este bien demanial.

B. Vulneración de los arts. 110 inc. 4° y 120 Cn. por el art. 15 inc. 1° LT.

Los demandantes sostuvieron que el art. 15 inc. 1° LT establece el carácter privado del derecho de explotación del espectro radioeléctrico y, como consecuencia, la posibilidad de transferirlo y fragmentarlo sin ninguna intervención, autorización, resolución o acto administrativo de la SIGET; pero, adaptando argumentos de esta Sala –Inc. 28-2008–, las concesiones de bienes públicos pertenecen al ámbito del Derecho Público, por lo cual no deben ser regulados por el Derecho Privado y en caso de que los bienes públicos sean utilizados por particulares debe haber una intervención estatal para establecer plazos y condiciones de la concesión y para vigilar que se explote en los términos originales.

Expusieron además que, aunque en apariencia el art. 15 inc. 1° LT no transforma la naturaleza pública del espectro establecida en el art. 9 del mismo cuerpo legal, en realidad sí lo hace al considerar un bien privado el derecho de explotación, en virtud de lo cual se registrarían los

negocios jurídicos entre particulares permitidos por tal normativa bajo las reglas del Derecho Privado; y además permite la modificación de la esencia de la concesión –a través de su transferencia o fragmentación– sin ninguna intervención, vigilancia o autorización estatal, lo que lo hace devenir en inconstitucional por violar los principios que deben regir las concesiones de bienes públicos.

Para resolver esta situación –manifestaron los actores– se puede aplicar por analogía la regla prevista en el art. 110 inc. 4° frase segunda Cn., que impone al Estado la obligación de “regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas”, ya que si bien el art. 125 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones dispone que los cambios en la titularidad de la concesión deberán ser notificados e inscritos en el Registro de Electricidad y Telecomunicaciones, esto no autoriza a la SIGET a realizar verificación u objeciones a los mismos y, en todo caso, las regulaciones sobre estas transferencias deben ser establecidas en una ley en sentido formal y no en un reglamento.

C. Vulneración al art. 117 Cn. por parte del art. 118 inc. 2° LT.

Los mencionados ciudadanos dijeron que el art. 117 inc. 1°, en relación al art. 101 inc. 2° Cn., dispone que es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, para garantizar un desarrollo sostenible. Esta obligación estatal debe aplicarse como un principio general a la administración y explotación de los recursos naturales y de los bienes demaniales, en particular del espectro radioeléctrico, por lo que el Estado debe tener una participación activa para que dicho espectro sea “utilizado racionalmente” –art. 101 inc. 2° Cn.– y sea “protegido” –art. 117 inc. 1° Cn.–, para que su utilización o explotación beneficie a la mayor cantidad posible de personas.

En este sentido, los actores expusieron que la excesiva separación que existe entre frecuencias del espectro radioeléctrico según el art. 118 inc. 2° LT supone la configuración de un mapa de frecuencias reducido, atrofiado, excluyente y sin posibilidades de ser utilizado al máximo de su potencialidad en beneficio de la colectividad.

3. Tanto en el proceso de Inc. 65-2012 como en el 36-2014 los demandantes coinciden en que los arts. 81 inc. final, 82, 83, 84, 85 y 100 LT y los arts. 115 inc. 2°, 126 inc. 2°, 15 inc. 1°, 118 inc. 2° y 110 incs. 1° y 2° de la misma ley, vulneran la Constitución por los motivos siguientes:

A. Violación a la libertad de expresión –art. 6 inc. 1° Cn.–

En cuanto a este motivo, con apoyo en jurisprudencia constitucional nacional y comparada, los ciudadanos afirmaron que el art. 6 Cn. fue redactado de tal forma que reduce al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas y establece únicamente la responsabilidad ulterior al producirse abusos en el ejercicio de esa libertad; por lo que todo acto que impida o restrinja el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole por cualquier medio, fuera de los límites constitucionales, constituye una vulneración tajante al derecho a la

libertad de expresión. En adición, manifestaron que la discriminación en la asignación de frecuencias radioeléctricas y en el acceso a los medios de comunicación social son afectaciones ilegítimas a la libertad de expresión y difusión del pensamiento, como ocurre en los artículos impugnados, pues restringen su ejercicio a través de la radiodifusión al imponer requisitos excesivamente gravosos para el acceso a las frecuencias.

Manifestaron también que para garantizar la libertad de expresión, el manejo del espectro radioeléctrico debe ser compatible con formas democráticas de ejercicio del poder, de ahí que su administración por los entes estatales debe permitir que este recurso útil para canalizar dicha libertad sea accesible a todos y no otorgarse concesiones únicamente por poseer más recursos o capacidad económica que los demás interesados; administrar de esta manera el espectro es excluyente y, por tanto, restrictivo de la libre circulación de ideas e informaciones.

Afirmaron que, con el establecimiento de la subasta pública como criterio diferenciador en el acceso al espectro radioeléctrico, no toda persona tiene las mismas posibilidades de acceder a un vehículo esencial para ejercer la libertad de expresión: los medios de comunicación. Desde la perspectiva social, al permitir de manera preferente el acceso a quienes tengan medios económicos suficientes e impedirselo a quien no los tienen, los ciudadanos no tienen la libertad de recibir el más amplio y plural espectro de información y visiones del mundo, sino que, al contrario, la población ve moldeadas sus opiniones en la perspectiva de un sector minoritario de la sociedad salvadoreña.

También, los mencionados ciudadanos manifestaron que los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, que establecen el plazo de las concesiones para la explotación del espectro radioeléctrico y sus *prórrogas automáticas* por períodos iguales sin necesidad de trámite administrativo alguno, autorización o resolución de la SIGET, vulneran la libertad de expresión. La “eternización” de las concesiones establecida en los artículos impugnados no permite democratizar el acceso al espectro radioeléctrico, impide el acceso a los medios de comunicación social a grandes sectores de la población y es contraria al pluralismo de los medios.

Aunado a esto, la omisión en la LT de desarrollar el mandato de combatir prácticas monopólicas representa una violación a la libertad de expresión, la cual requiere que no haya individuos o grupos excluidos *a priori* del acceso a las plataformas electromagnéticas para el funcionamiento de los medios de comunicación y que las leyes regulatorias sobre telecomunicaciones impongan tratamientos igualitarios a realidades radiofónicas diferentes, pues existen medios públicos, medios privados con fines de lucro y comunitarios o privados sin fines de lucro, cada uno con características, funcionamiento y objetivos diferenciados. Por ello es que, al no reconocer expresamente la LT a estos tres sectores y establecer mecanismos diferenciados para acceder y regular el uso del espectro radioeléctrico o el ejercicio de la actividad de radiodifusión, se comete una inconstitucionalidad por omisión.

Concluyeron expresando que el Estado, para respetar y promover la libertad de expresión reconocida en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos, debe buscar mecanismos democráticos, con perspectiva social, respetando el pluralismo, a efecto que el mayor número de personas tengan posibilidades reales de acceder al espectro radioeléctrico. Así, la subasta resuelta con la mayor oferta económica y las prórrogas automáticas en tales concesiones, no son el medio idóneo para tales fines y, por el contrario, representan una violación directa de la libertad de expresión reconocida en la Carta Magna.

B. Violación al orden económico –art. 101 Cn.–

Los demandantes sostuvieron en este punto de su pretensión, en aplicación armónica del art. 1 y el art. 101 Cn., que el régimen económico está al servicio de la persona humana y de los valores generales que rigen toda la actividad estatal, esto es, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. En esta línea, toda normativa secundaria que contenga regulaciones y efectos sobre las actividades económicas debe responder a estos criterios, como ocurre en el caso de la utilización del espectro radioeléctrico por ser una actividad económica de suma importancia.

En esta línea, expusieron que la subasta que se resuelve sobre la base de la mayor oferta monetaria para otorgar las concesiones para la explotación del uso del espectro radioeléctrico, como disponen los artículos impugnados, no cumple con los postulados constitucionales de bien común y justicia social, pues impide que los beneficios económicos emanados de esta actividad lleguen al mayor número de habitantes, teniendo acceso sólo quienes puedan comprar en subasta la frecuencia y, además, deriva en la afectación de grandes sectores que verán impedido su acceso al espectro radioeléctrico –recurso que permite la producción de riquezas– en clara violación, según ellos, al art. 102 inc. 2º Cn.

No hubiera existido inconstitucionalidad –continuaron– si la asignación de frecuencias, en caso de oposición, fuesen resueltas sobre la base de criterios más amplios que respondiesen a la rentabilidad social, como un concurso público donde se valorase, más que la capacidad de adquirir las frecuencias, el beneficio social derivado de la utilización del espectro, como ocurre en otros países de América Latina, para garantizar un acceso más democrático o al menos no tan elitista a este recurso.

Manifestaron que no obstante es legítimo y legal que el Estado se erija como administrador de un bien limitado como el espectro radioeléctrico, no lo es el hecho que adopte como criterio último para la asignación de su uso el tener mayor cantidad de dinero que ofrecer. Tal situación vulnera el principio de libertad económica contenido en el art. 102 Cn., pues esta implica libre y justa competencia y acceso igualitario a los medios de producción; en otras palabras, este artículo constitucional establece el interés social como límite a la libertad económica; en cambio, la LT regula que se adjudicará la concesión a la mayor oferta económica.

Finalmente, dijeron que no existe libertad económica si la condición de acceso a un determinado y especial rubro del mercado, cual es el de las telecomunicaciones realizadas

mediante la utilización del espectro radioeléctrico, consiste en acreditar más dinero que el resto de competidores. El que se conciba al Estado como un simple subastador contradice el modelo de Estado promotor del bien público que se adoptó a partir de la promulgación de la Constitución de 1950 y que conserva la actual Constitución.

C. Violación a la prohibición de monopolios y prácticas monopólicas –art. 110 incs. 1° y 2° Cn.–

Luego de repasar jurisprudencia comparada y doctrina relacionada con la prevención de prácticas monopólicas relacionadas con la concesión para la explotación del espectro radioeléctrico, los actores sostuvieron que la concesión en función de la mayor oferta económica, sin ningún tipo de restricciones o límites al número de frecuencias que pueden obtenerse, permite la concentración de frecuencias en pocas manos y el uso reducido del espectro por unos cuantos privilegiados económicamente. Además, la prórroga automática de las concesiones para la explotación del espectro radioeléctrico que se establece en los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, genera una tendencia a la concentración de frecuencias en pocas manos y que ello provoca la vulneración de la prohibición constitucional del art. 110 inc. 1° y 2° Cn.

En función de lo anterior, afirmaron que las disposiciones impugnadas de la LT permiten la creación de monopolios y oligopolios, que representan una restricción inconstitucional al derecho social e individual de expresarse y recibir ideas ajenas y permite la realización de prácticas monopolísticas prohibidas constitucionalmente.

Los actores también manifestaron que los incisos primero y segundo de la disposición constitucional propuesta como parámetro de control, establecen la obligación de legislar con el fin de prevenir los monopolios y oligopolios, por lo que la regulación legal de un bien público escaso no puede abrir las puertas a estas prácticas, como lo hace la subasta, que propicia la concentración de los medios de comunicación. En ese sentido, dijeron que la LT incurre en inconstitucionalidad por omisión al no haber desarrollado el mandato de combatir prácticas monopólicas del art. 110 incs. 1° y 2° Cn., pues no establece límites al número de concesiones que una persona natural o jurídica puede recibir así como por no reconocer a importantes sectores de la radiodifusión.

Señalaron además que, si se permite la existencia de monopolios u oligopolios en los medios de comunicación y sin garantías de acceso al espectro radioeléctrico a otros sectores sociales que no pueden comprar una frecuencia, solamente quienes posean los recursos económicos tendrán posibilidades irrestrictas de determinar qué personas o grupos podrán expresarse libremente a través de la radio y la televisión.

Ello, aseguraron, llevaría a moldear la opinión pública y las posibilidades de expresarse e informarse según los intereses económicos y políticos de los dueños de los medios de comunicación, que no son los intereses mayoritarios de los habitantes del país. Si a esto se agrega que habrá personas o grupos excluidos u obstaculizados en el acceso al espectro radioeléctrico,

las disposiciones impugnadas de la LT impiden la justicia social y el bien común, además el interés privado prevalece sobre el público y, por consiguiente, violan la libertad de expresión constitucionalmente garantizada.

D. Violación refleja al art. 144 inc. 2° Cn. por vulneración a tratados internacionales sobre derechos humanos.

Los actores sostuvieron que estos motivos de inconstitucionalidad alegados, en específico los referidos a la vulneración a los derechos fundamentales de igualdad y libertad de expresión, son igualmente aplicables a la violación por efecto reflejo del art. 144 inc. 2° Cn., dado que las disposiciones impugnadas también transgreden los arts. 24 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo “CADH”), así como los arts. 26 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo que sigue “PIDCP”).

Además, los demandantes alegaron que en el art. 118 inc. 2° LT se establece la separación mínima entre canales adyacentes de 30 KHZ en amplitud modulada (AM, en adelante) y de 400 KHZ en frecuencia modulada (en lo sucesivo: FM), separación que es excesiva, artificial y representa un uso ineficaz e irracional del espectro radioeléctrico al producir una saturación de la banda de FM sin justificación ni estudios técnicos, con lo que se vulneran la libertad de expresión por vías o medios indirectos, algunas disposiciones del Tratado de Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en lo que sigue: “UIT”), así como algunas normas técnicas emitidas por este ente internacional que son de carácter obligatorio para los Estados.

E. Medida cautelar.

Los demandantes solicitaron como medida cautelar la suspensión de la aplicación de las disposiciones impugnadas, específicamente: (i) La suspensión de las prórrogas automáticas de las concesiones para la explotación del espectro radioeléctrico; y (ii) la suspensión de asignación de nuevas frecuencias a los actuales concesionarios.

Alegaron el cumplimiento de los supuestos de apariencia de buen derecho, por la necesidad de garantizar la pluralidad de los medios de comunicación y evitar monopolios en dicho sector; además, que se cumple con el requisito de peligro en la demora, pues manifestaron que la continuidad en la concesión de frecuencias mediante subasta producirá eventuales resultados perjudiciales a una eventual sentencia estimatoria, en consideración a la escasez del espectro y para evitar la tendencia de la concentración de este en pocas manos. La violación al derecho a la igualdad, a la libertad de expresión y la creación de monopolios se habrán consumado y la sentencia no tendría mayores efectos, salvo al final de la vigencia de las actuales concesiones, esto es, en al menos veinte o cuarenta años, prorrogables automáticamente si fueron otorgadas al inicio de la LT.

Finalmente, en cuanto al supuesto de la no afectación del interés público, manifestaron que esto no es posible en ambas medidas cautelares solicitadas, pues la colectividad no es dueña de los derechos de explotación del espectro y no opera medios de comunicación, por el contrario,

este interés público se vería afectado si se produjera otra prórroga automática y se mantuviera por dos décadas más la concentración de los medios de comunicación y se impidiera el ingreso real de nuevos operadores a las frecuencias radioeléctricas.

4. A. Por resoluciones de 14-XII-2012 –pronunciada en el proceso de Inc. 65-2012– y de 20-VI-2014 –emitida en el proceso de Inc. 36-2014–, se declaró improcedente la pretensión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 81 inc. final, 82, 83, 84, 85 y 100 LT, y del art. 118 inc. 2° LT, por la supuesta vulneración al art. 144 inc. 2° Cn., como acción refleja de los arts. 24 y 13 CADH, de los arts. 26 y 19 PIDCP, y del Tratado de Constitución de la UIT y del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, debido a que este tipo de pretensión de inconstitucionalidad sólo es aplicable a instrumentos internacionales de derechos humanos que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la Constitución y que impliquen, por tanto, una interpretación más expansiva y favorable a los derechos fundamentales.

A este respecto, este Tribunal advirtió que los motivos expuestos por los pretensores son reiterativos de la supuesta vulneración a los arts. 3 inc. 1° y 6 inc. 1° Cn., y no aportan algún elemento nuevo que indique que las disposiciones de los tratados señalados concedan una protección más amplia al derecho a la igualdad y a la libertad de expresión que la otorgada por la Constitución salvadoreña. Además, el Tratado de Constitución de la UIT y su Reglamentotampoco es relativo al reconocimiento y protección de derechos humanos, sino más bien un documento técnico sobre telecomunicaciones internacionales.

B. En la resolución correspondiente al proceso de Inc. 36-2014, además, se declaró *improcedente* la pretensión referente a declarar la inconstitucionalidad del art. 118 inc. 2° LT por la supuesta vulneración de los arts. 101 y 117 Cn., ya que la misma implica llevar a cabo un juicio de eficiencia, lo cual excede el examen de constitucionalidad solicitado respecto de la disposición impugnada.

Finalmente, se declaró *improcedente* la inconstitucionalidad por omisión parcial de la Ley de Telecomunicaciones por la probable transgresión del art. 6 Cn., relativo a la libertad de expresión, pues se advirtió que tal alegato parte de la premisa de una supuesta discriminación o falta de equiparación entre sujetos regulados, sin que los demandantes hayan proporcionado en sus argumentos el juicio de igualdad pertinente para poder valorar tal situación de conformidad a lo establecido en el art. 3 Cn.

C. Realizada la depuración de la pretensión en ambos procesos, se decidió admitir las demandas para realizar el control constitucional correspondiente bajo las siguientes delimitaciones: (a) En la Inc. 65-2012, sobre la inconstitucionalidad de los arts. 81 inc. final, 82, 83, 84, 85 y 100 LT por la supuesta contravención a los arts. 3 inc. 1° –por la presunta violación a la igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión radial al no fomentar los mecanismos de discriminación inversa que aseguran igualdad de oportunidades de participar en la asignación del espectro radioeléctrico–, 6 inc. 1°, 101 y 110 incs. 1° y 2° Cn.; (b) En la Inc. 36-

2014 se admitió en cuanto a: (i) la inconstitucionalidad de los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, por la supuesta vulneración a la libertad de expresión contenida en el art. 6 inc. 1° Cn., a la prohibición de monopolios y prácticas monopolísticas establecida en el art. 110 incs. 1° y 2° Cn., y a los principios constitucionales sobre concesiones consignados en los arts. 110 inc. 4° y 120 Cn.; (ii) la inconstitucionalidad del art. 15 inc. 1° LT, por la supuesta violación de los arts. 110 inc. 4° y 120 Cn.; (iii) la inconstitucionalidad del art. 118 inc. 2° LT, por la supuesta violación refleja del art. 144 inc. 2° Cn., con relación a la libertad de expresión consignada en el art. 6 Cn., respecto de la presunta vulneración de los arts. 1.1 y 13 CADH; y (iv) la inconstitucionalidad por omisión parcial de la LT por la presunta transgresión al art. 110 incs. 1° y 2° Cn., en cuanto que en dicho cuerpo legal no se han regulado garantías de protección a la libertad de expresión, al no haber normado lo necesario para evitar y erradicar monopolios y prácticas monopolísticas, mediante un límite de concesiones posibles del espectro radioeléctrico para una persona natural o jurídica.

D. En cuanto a la medida cautelar solicitada, en el proceso de Inc. 65-2012 se expuso que en los procesos de inconstitucionalidad, los supuestos de las medidas cautelares se traducen, por un lado, en el planteamiento de los motivos de inconstitucionalidad que sean suficientemente convincentes respecto de la probable existencia de una norma constitucional violada y, por el otro, que tal apreciación sea acompañada de la posibilidad que la eficacia de una eventual sentencia estimatoria resulte frustrada en la realidad, en el sentido que dicha eficacia conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de la disposición declarada inconstitucional.

Así, la suspensión del objeto de control como medida cautelar puede utilizarse en los procesos de inconstitucionalidad en los casos en que el mismo esté integrado por disposiciones de carácter transitorio o de vigencia temporal limitada a un espacio de tiempo que pueda agotarse durante el curso del proceso, haciendo nugatorio lo dispuesto en la sentencia definitiva, o cuya prolongación de la vigencia pudiera producir efectos irreparables.

Al aplicar estos criterios, la medida cautelar solicitada se denegó de forma liminar al considerar que la vigencia indefinida de las disposiciones impugnadas de la LT no conllevaban la posibilidad de que los efectos de una eventual sentencia estimatoria se vieran frustrados y porque, asimismo, los ciudadanos tampoco justificaron que aquéllas produzcan efectos irreparables como resultado de la prolongación de su vigencia.

Por otra parte, en cuanto a la medida cautelar solicitada en el proceso de Inc. 36-2014, consistente en suspender las prórrogas automáticas de las concesiones para la explotación del espectro radioeléctrico, que se otorgan por veinte años de acuerdo a los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, esta Sala la *declaró no ha lugar* por no cumplir el supuesto del *periculum in mora* pues, según el texto del art. 126 inc. 2° LT la primera prórroga automática de las actuales concesiones otorgadas para la explotación de servicios de difusión sonora y servicios de difusión de televisión, tanto de libre recepción como por suscripción, se llevará a cabo dentro dos años – pues la entrada en vigencia de la mencionada ley secundaria ocurrió en mil novecientos noventa y

siete–, y por tanto no se advertía peligro de volver ineficaz los efectos de la sentencia por las peculiaridades del caso y la lejanía temporal de la acciones que se pretenden evitar.

En lo referente a la segunda medida cautelar requerida, consistente en suspender la asignación de nuevas frecuencias a los actuales concesionarios de las frecuencias del espectro radioeléctrico referidas, *se declaró de igual forma no ha lugar*, en virtud de las medidas cautelares dictadas por esta Sala en la interlocutoria de 16-V-2014, en el proceso Inc. 65-2012, en las que, entre otros aspectos, taxativamente se ordenó la no tramitación de solicitudes referentes al otorgamiento de nuevas concesiones de frecuencias de dicho espectro –sin distinción alguna en atención a la clasificación del mismo o de bandas de frecuencias– lo que incluye la abstención de asignar nuevas frecuencias a los actuales concesionarios que mencionan los demandantes.

5. A. En su informe relativo a la Inc. 65-2012, la Asamblea Legislativa justificó la aprobación de las disposiciones desde el punto de vista constitucional, de la siguiente manera:

En primer lugar expuso que todos los artículos controvertidos tienen como punto medular la subasta como procedimiento estatal para concesionar el uso del espectro radioeléctrico e hizo consideraciones sobre la conceptualización de las concesiones, su tipología e implicaciones para el Estado.

Aunado a esto, sobre la supuesta vulneración al derecho al art. 3 inc. 1° Cn., manifestó que en este caso no ha existido desigualdad en la aplicación de la ley, ya que las personas que pretenden participar en la subasta de frecuencias del espectro radioeléctrico son tratadas de la misma forma y sólo en atención a las capacidades de cada uno se adjudicará la concesión respectiva. Lo anterior también se apoya en el hecho que la LT establece un procedimiento para obtener la explotación del espectro radial, permitiendo que pueda asignarse porciones de un bien público para el uso exclusivo de usuarios individualmente considerados.

Añadió que el art. 82 LT, el cual regula el procedimiento de subasta para la explotación del espectro radioeléctrico, debe relacionarse con los arts. 12 y 13 de misma ley, en el que se califica el espectro como de uso libre, de uso oficial y de uso regulado; en tal sentido, se garantiza un acceso al espectro de uso libre a todos los sectores de la población que así lo requieran, pudiendo optar por el espectro de uso libre o al espectro regulado participando en las subastas de forma indiscriminada.

Sobre la presunta vulneración a la libertad de expresión que se ha alegado, expresó que en la LT de ninguna forma se coarta la libertad de expresión, ya que únicamente se establecen los requisitos necesarios para poder acceder a una banda de uso regulado, que de ninguna manera restringe la libre circulación de ideas y opiniones, ni se impone arbitrariamente información, así como tampoco se crean obstáculos para el libre flujo informativo, circunstancias que directamente vulnerarían el derecho a la libertad de expresión.

En cuanto a la alegada contravención al art. 101 incs. 1° y 2° Cn., dijo que el orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social y que el interés público

tiene primacía sobre los intereses privados, pero que esto se refiere a los consumidores, no a los concesionarios del espacio radioeléctrico o los que desean poseerlo.

Con relación a la infracción a la prohibición de monopolios del art. 110 incs. 1° y 2° Cn., consideró que la situación que se discute no se constituye como un monopolio, porque se deduce que son varios los operadores del servicio radioeléctrico y porque la concesión da la exclusividad en la comercialización de una frecuencia determinada y no de todo el espectro radioeléctrico, ya que si se otorgara a todos los interesados no se podría controlar el uso eficiente de los recursos estatales limitados y no se podría asegurar al público la oferta de servicios de una manera regular y continua y de buena calidad.

Concluyó su informe expresando que los demandantes han interpretado de manera errónea la Constitución para controvertir los artículos señalados de la LT, pues éstos son concordantes con la norma constitucional y lo establecido en los arts. 12 y 13 de dicha ley, por lo que no contravienen la igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

B. En cuanto al informe referente al proceso de Inc. 36-2014, la Asamblea Legislativa omitió rendirlo en el plazo legal correspondiente –diez días hábiles, conforme a los arts. 7 y 79 inc. 3° de la L. Pr.Cn.–, por lo cual *precluyó* su oportunidad para hacerlo.

Lo anterior se debe a que, como se expuso en la sentencia de 16-XII-2013, Inc. 7-2012, uno de los supuestos para que opere la preclusión es el del vencimiento del plazo previsto en la ley o establecido por medio de una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal, por lo que, cuando el acto procesal requerido no se realiza en el plazo respectivo, precluye la oportunidad para verificarlo y, en caso, de presentarse algún planteamiento posterior, éste no deberá ser considerado por el Tribunal.

6. El Fiscal General de la República, al corrérsele los traslados en cumplimiento del art. 8 de la L. Pr. Cn., emitió su opinión en los siguientes términos:

A. En el proceso de Inc. 65-2012, en primer lugar, aportó ciertas conceptualizaciones y consideraciones técnicas sobre el espectro radioeléctrico, mencionando que el Estado salvadoreño está obligado a desempeñar el rol de ente regulador del mismo, lo que realiza a través de la SIGET, al regular dicho espectro y canalizar adecuadamente las frecuencias que lo componen. Además, invocó jurisprudencia de esta Sala respecto al derecho de igualdad, a la libertad de expresión y difusión del pensamiento y al orden económico del Estado; además realizó consideraciones doctrinales sobre los monopolios y las concesiones.

Aunado a esto, se manifestó en cuanto a la concesión de servicios públicos y dijo que, de acuerdo a la Constitución, no se vislumbra que ésta contenga una prohibición sobre el carácter transferible de las mismas, siempre y cuando sea la propia Asamblea Legislativa, en las condiciones iniciales de la concesión, la que establezca los requisitos y la forma de fiscalización estatal para su adjudicación y cambio de titularidad, incluyendo dentro de ellos la debida aprobación parlamentaria de dicha cesión.

Expuso que el cambio de titularidad de la concesión, en ningún caso afecta la titularidad de los bienes públicos concesionados, que siguen siendo estatales; más importante resulta –dijo– determinar quién es el operador privado titular de la concesión, pues el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación del bien o servicio concesionado y que éste satisfaga las necesidades sociales. Esto implica –aseveró– que la facultad de otorgar concesiones le corresponde únicamente al Órgano Legislativo, mientras que a la SIGET le atañe la vigilancia de las mismas.

En conclusión, expresó que a su criterio sí existe la vulneración constitucional alegada por los demandantes, ya que la LT desarrolla atribuciones que no le corresponden, pues el art. 120 inc. 2° Cn. establece que toda concesión que otorgue el Estado deberá ser sometida al conocimiento de la Asamblea Legislativa para su aprobación.

B. En el proceso de Inc. 36-2014, el Fiscal General de la República expuso:

a. En cuanto al alegato de los demandantes sobre la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, por transgresión a la libertad de expresión consignada en el art. 6 inc. 1° Cn., expuso que dicha libertad tiene como función fundamental formar una opinión pública libre, y además comprende el derecho a buscar y recibir opiniones y hechos, siendo la pluralidad de fuentes informativas contrapuestas y la apertura a las diversas corrientes un requisito *sine qua non* de dicha libertad. Y es que –continuó–, el pluralismo y la democracia en los medios de comunicación garantizan a los ciudadanos la oportunidad de ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas, contribuyendo a formar su opinión y conocimiento.

En ese sentido–dijo–, el marco jurídico debe contener normas que garanticen el acceso para todos los particulares o sectores a los procedimientos para el otorgamiento de licencias y concesiones, respondiendo a exigencias de pluralidad y diversidad derivadas del derecho a la libertad de expresión.

Sobre el plazo de veinte años que las disposiciones impugnadas contemplan para las concesiones de explotación del espectro radioeléctrico y la prórroga automática de éstas para un período igual, manifestó que, evidentemente, el plazo de duración de las concesiones debe ser razonable a efecto que permita al concesionario recuperar su inversión, obtener un nivel de rentabilidad y desarrollar su proyecto comunicativo; así, dicho plazo de veinte años es suficiente para garantizar al concesionario resarcir sus gastos operativos y tecnológicos en que haya incurrido y obtener un margen razonable de ganancias derivadas del negocio.

No obstante, dijo, la prórroga automática contenida en tal articulado provoca repercusiones adversas al derecho a la libertad de expresión, en la medida en que constituye un mecanismo restrictivo para el acceso de otros segmentos de la sociedad al espectro radioeléctrico, obstaculizando la pluralidad y, por tanto, la aparición de nuevas formas de deliberación democrática.

Consecuentemente –añadió–, se afecta el derecho a la libertad de expresión al otorgarse a los concesionarios un privilegio injustificado y desproporcionado, que supone una cortapisa a la pluralidad y democracia que debe operar en la asignación de frecuencias radioeléctricas.

b. En lo referente a la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, por transgresión a la prohibición de crear monopolios y prácticas monopolísticas establecidos en el art. 110 incs. 1° y 2° Cn., expresó que en dicha disposición constitucional se tutela la libre concurrencia y libre competencia que deben estar presentes en los sistemas económicos para el debido funcionamiento del mercado, garantizándose para ello la existencia de diversos ofertantes de bienes y servicios en condiciones de igualdad, es decir, sin posicionamientos que favorezcan a un competidor en relación con los demás.

En el caso en estudio –expresó– es evidente que la prórroga automática de las concesiones para la explotación de las ondas radioeléctricas constituye una barrera para la participación de otros sectores interesados en el mercado de comunicaciones, promoviendo con ello la concentración de frecuencias en manos de los actuales concesionarios. La regulación cuya constitucionalidad ha sido cuestionada, concluyó, permite el control por parte de los concesionarios no sólo del mercado de las comunicaciones radiales y televisivas, sino también de la información y opiniones que reciben los ciudadanos.

c. Sobre la inconstitucionalidad de los arts. 15 inc.1°, 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, por vulneración a los principios constitucionales relativos a las concesiones, establecidos en los arts. 110 inc. 4° y 120 Cn., declaró que la concesión de obra pública, de servicio público y de dominio público son técnicas administrativas de intervención estatal en el desarrollo de actividades económicas en virtud de su especial relevancia para los intereses generales, las cuales pueden estar interrelacionadas, de modo que es posible que la prestación de un servicio público concesionado tenga como soporte la explotación de un bien público; de ahí que existan dos formas distintas de intervención o control estatal sobre dicha actividad.

De igual forma agregó que en las disposiciones impugnadas, la prestación o actividad económica en juego consiste precisamente en la explotación de un bien demanial, el espectro radioeléctrico, puesto que su explotación es necesaria para las telecomunicaciones, la producción de contenidos, la edición y difusión de canales de televisión y radio, así como la oferta de servicios conexos o interactivos. Por tal razón, continuó, el carácter público del bien aprovechado justifica la incompatibilidad entre el régimen de concesión contenido en los artículos demandados y el art. 120 Cn., que establece una necesaria autorización legislativa como presupuesto de la explotación de este tipo de bienes.

En relación con este tópico, manifestó que la prórroga automática contenida en los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT supone una suerte de oligopolio sobre la explotación del espectro electromagnético, lo que pretende ser evitado por la exigencia del plazo establecido en el art. 120 Cn.; así, con dicha prórroga automática se priva al Estado de realizar una revisión periódica de la

decisión estratégica de asignación de frecuencias, creando una especie de vinculación permanente, mientras que, al contrario, la caducidad de la concesión por vencimiento del plazo abriría un espacio para la libre competencia entre potenciales operadores, a favor de la mejora del servicio en cuestión.

Por último, en cuanto a este punto, dijo que con respecto a la permisión del art. 15 inc. 1° LT de transferir y fragmentar el derecho de explotación el espectro radioeléctrico, las disposiciones constitucionales citadas como parámetro no prohíben el carácter transferible de la concesión. En este sentido, debe entenderse que dicha transferencia es factible siempre y cuando sea la propia Asamblea la que establezca los requisitos y forma de fiscalización para el cambio de titularidad, incluyendo dentro de ellos la aprobación parlamentaria, considerando que el cambio de titularidad de la concesión en ningún caso afecta la titularidad del bien público concesionado, que siempre será del Estado, por lo que esta disposición impugnada permite una interpretación conforme a la Constitución.

d. En lo atinente al argumento de la inconstitucionalidad del art. 118 inc. 2° LT, por violación refleja del art. 144 inc. 2° Cn., en relación con la libertad de expresión consignada en el art. 6 Cn., con respecto a la presunta vulneración de los arts.1.1 y 13 CADH, señaló que dicha pretensión no se encuentra correctamente configurada para verificar la inconstitucionalidad de la disposición objeto de control, pues los demandantes se limitaron a decir que la separación de frecuencias allí establecida es artificial y excesiva, sin que tal afirmación se respalde con estudios técnicos.

7. En el proceso de Inc. 65-2012, se recibieron escritos del ciudadano Salvador Enrique Anaya Barraza de 28-VI-2011, 24-XI-2013, 29-XI-2013 y 14-II-2014, en los que, en suma, solicitó que este Tribunal le concediera intervención procesal bajo el argumento de que cualquier ciudadano tiene legitimación para intervenir en un proceso de inconstitucionalidad ya iniciado, coadyuvando a la demanda u oponiéndose a ella.

8. Por escrito de 15-V-2014 los demandantes en la Inc. 65-2012 expresaron a este Tribunal que a esa fecha la SIGET se encontraba realizando una subasta para entregar varios canales satelitales, frecuencias radiofónicas y los canales 7, 13, 14, 16, 18 y 20 de televisión abierta, hecho que implicaba excluir a diversos sectores de la posibilidad de tener acceso a dichas frecuencias, por lo que pidieron reconsiderar la solicitud de medida cautelar realizada en la demanda.

9. A. Por resolución de 16-V-2014, siempre en el proceso de Inc. 65-2012, esta Sala declaró sin lugar la solicitud del ciudadano Anaya Barraza para tener intervención procesal, por considerar que al recaer la impugnación sobre disposiciones normativas generales, impersonales y abstractas, carece de sentido permitir la intervención de terceras personas ajenas a los *amici curiae* y a los intervinientes establecidos en la Ley de Procedimientos Constitucionales – demandantes, autoridad demandada y Fiscal General de la República–.

B. En la misma resolución, en consideración de lo expresado por los demandantes, se adoptó como medida cautelar la suspensión a partir de esa fecha de los efectos de los arts. 81 inc. final, 82, 83, 84, 85 y 100 LT, que regulan el procedimiento para el trámite de solicitudes y otorgamiento de concesiones para la explotación del espectro radioeléctrico, así como la suspensión de los efectos de aquellas disposiciones del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que los desarrollan.

En razón de lo anterior se estableció que la SIGET, mientras dure dicha medida cautelar, debía abstenerse de: (i) tramitar las solicitudes de cualquier interesado en obtener una concesión, incluidas las ya presentadas; (ii) otorgar cualquier tipo de concesión solicitada para la explotación del espectro radioeléctrico en cualquier estado en que se encontrara el procedimiento, ya sea que se hubiera presentado oposición o no; (iii) hacer efectivo cualquier procedimiento de subasta pública, relativo a la explotación del espectro radioeléctrico; (iv) recibir el pago de los interesados correspondiente a cualquier concesión previamente autorizada y de adjudicar las concesiones a las que se ha hecho referencia.

10. A. El ciudadano Anaya Barraza presentó escrito de 18-V-2014 en el proceso de Inc. 65-2012, en el cual interpuso recurso de revocatoria del punto número uno de la parte resolutive de la resolución de 16-V-2014, en el que se declaró sin lugar su solicitud de tener intervención en este proceso.

B. Después, se recibieron escritos de 21-V-2014, presentados, en su orden, (i) por los ciudadanos Lucía María Silvia Guillén, José Luis Benítez Álvarez y Leonel Herrera Lemus – demandantes en el proceso de Inc. 65-2012– en el que pidieron la pronta emisión de una sentencia definitiva; (ii) por el entonces Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones, Ástor Escalante Saravia, en el que, además de presentar documentación anexa, solicitaba intervención como *amicus curiae*, acceso al expediente del proceso, la realización de audiencia oral para la exposición de sus argumentos y la modificación de la medida cautelar decretada; y (iii) por las ciudadanas Rosa María Machón Orellana y Silvia Lorena Hernández Canales, ambas como apoderadas de la sociedad Compañía de Telecomunicaciones de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable, que se abrevia CTE, S.A. de C.V., y de la sociedad CTE Telecom Personal, Sociedad Anónima de Capital Variable, que se abrevia CTE Telecom Personal, S.A. de C.V., circunstancias que comprueban con fotocopias certificadas ante notario de los testimonios de poder correspondientes que de igual forma presentan.

C. A efecto de resolver la revocatoria interpuesta por el ciudadano Anaya Barraza y las peticiones del entonces Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones y de las ciudadanas Machón Orellana y Hernández Canales, se emitió resolución de 11-VI-2014, en la cual, entre otros aspectos, se explicó que debido al control abstracto que ocurre en un proceso de inconstitucionalidad, en su tramitación intervienen de forma tradicional el demandante, la

autoridad demandada y el Fiscal General de la República y que además, en casos específicos, la jurisprudencia ha permitido también la intervención de otros sujetos eventuales, entre los que se encuentran: (i) los *amicii curiae*; (ii) ciertos funcionarios –entendidos como órgano-persona– que por sus atribuciones son aplicadores de la normativa impugnada en función de la Institución que representan; y (iii) personas que pudieran ser afectadas de forma individual y directa por la sentencia que se pronuncie, como puede ocurrir en las impugnaciones contra actos de aplicación directa de la Constitución, verbigracia el caso de los decretos de elección de funcionarios en las elecciones de segundo grado, que constituyen normas individuales cuya regularidad jurídica se encuentra determinada por la Ley Suprema.

Así, se estableció que la estructura y configuración del proceso de inconstitucionalidad no permite la intervención de terceros tal como se entiende en el Derecho Procesal común; es decir, de partes subordinadas que por tener un verdadero interés en el litigio coadyuvan con sus actos de postulación al éxito de la pretensión o defensa de una parte principal; en consecuencia, de forma excepcional sólo pueden ser considerados como terceros los funcionarios en los dos casos ya especificados.

Por lo anterior, al considerar que los ciudadanos Anaya Barraza, Machón Orellana y Hernández Canales pretendían intervenir en este proceso como terceros en sentido amplio y no como *amicii curiae*, y por estimar esta Sala que la legitimación ciudadana para *iniciar* el proceso de inconstitucionalidad no implica *per se* que, fuera de los casos excepcionales expresados, en el desarrollo del mismo pueda intervenir de forma irrestricta cualquier ciudadano que desee externar su opinión –ya que ello sería extralimitar el rol de este Tribunal y lo convertiría en un foro de debate público–, aunado al carácter abstracto del análisis de constitucionalidad que se realiza en este tipo de pretensiones, se declaró sin lugar la revocatoria interpuesta por el primero respecto de la resolución que le denegó intervención en este proceso y, asimismo, se declaró no ha lugar la intervención de las otras dos ciudadanas solicitantes.

11. Posteriormente, se recibieron los siguientes escritos en el proceso de Inc. 65-2012: (i) el de 19-VI-2014, presentado por la ingeniero Blanca Noemí Coto Estrada, en su carácter de Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones(en adelante: “SIGET”), en relación con petición realizada por el anterior titular de esa Institución, licenciado Ástor Escalante Saravia, por escrito de 21-V-2014, referente a modificar la medida cautelar dictada; (ii) el de 30-VI-2014, presentado por los ciudadanos Waldo Humberto Jiménez Rivas, Rebeca Atanacio de Basagoitia, Alonso Valdemar Saravia Mendoza y Flor de María Carballo, los dos primeros Directores Propietarios y los restantes Directores Suplentes de la Junta de Directores de la SIGET; (iii) el de 28-VIII-2014, presentado por el licenciado Carlos Mauricio Canjura Guillén, en su carácter de apoderado especial judicial de SIGET; y (iv) el de 5-IX-2014, presentado por los abogados Carlos Francisco Aguilar Calderón, apoderado de las sociedades YSU TV Canal 4, S.A. DE C.V., Canal seis, S.A. DE C.V., y Canal dos, S.A. DE C.V.; Juan Carlos Antonio Nieto

Menéndez, apoderado de la sociedad Canal 12 de televisión, S.A. DE C.V.; y José Luis Grande Álvarez, apoderado de la sociedad INDESI, S.A. DE C.V.

En razón de las diversas peticiones realizadas en los escritos detallados, esta Sala emitió auto de 19-IX-2014, en el que, en primer lugar, se aclaró que la medida cautelar dictada en este proceso se refiere específicamente a la suspensión provisional de las concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico de radiodifusión sonora como de televisión, tal como se planteó por los actores en la demanda, por lo que tal medida no incluye las frecuencias de telefonía móvil, en específico las señaladas por la Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones.

Además, en el mismo auto se aclaró que dicha medida cautelar no inhibía a la Junta de Directores de SIGET para tramitar y resolver apelaciones presentadas con respecto a resolución pronunciada por el anterior titular de esa Institución, mediante la cual se modificó el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias para la reasignación de determinados canales de televisión, pues las impugnaciones se refieren a la reasignación de frecuencias que no implican un procedimiento de concesión y adjudicación, como producto de subastas, encontrándose también habilitada dicha Junta para tramitar las apelaciones que se presenten en relación con las resoluciones que la actual titular de SIGET adopte y que se refieran a procedimientos no suspendidos por la medida cautelar dictada en este proceso –v. gr. los relacionados con telefonía móvil–.

Por lo anterior, en dicho auto se especificó que los efectos de la resolución N° T-0642-2014, pronunciada por la Junta de Directores de SIGET el 25-VIII-2014 –en la que se resolvió la apelación presentada por la revocatoria de la reasignación de canales que hizo el anterior titular de SIGET–, no vulnera la medida cautelar que se ha pronunciado; y sobre lo expuesto por los abogados Aguilar Calderón, Nieto Menéndez y Grande Álvarez en los caracteres indicados, esta Sala estableció que no correspondía emitir pronunciamiento alguno debido a que éstos no se encuentran legitimados para intervenir en este proceso.

12. El 3-X-2014, se recibió oficio de esa misma fecha en el proceso de Inc. 65-2012, suscrito por el señor Edgard Eduardo Rodas Abarca, Gerente de Telecomunicaciones de SIGET, mediante el cual certificó la resolución N° T-0732-2014, de 2-X-2014, emitida por la titular de dicha Institución, en la que, en lo medular, se ordena notificar a este Tribunal el acatamiento de la medida cautelar pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de referencia 341-2014, iniciado por la sociedad TVRED, S.A. DE C.V., consistente en la suspensión provisional de la ejecución de la orden emitida por la Junta de Directores de SIGET relativa a revocar la resolución N° T-315-2014, en la que se reasignaron los canales 11 y 37 de televisión.

De igual forma, ese mismo día se recibió escrito presentado por el abogado Canjura Guillén –legitimado para intervenir en este proceso en el carácter ya indicado–, en el que proporcionó copias simples del oficio detallado en el párrafo anterior, así como de esquila de

notificación de la Sala de lo Contencioso Administrativo referente a la resolución de admisión y adopción de la medida cautelar pronunciada en el proceso 341-2014.

Sobre lo anterior, este Tribunal estima que –atendiendo a su literalidad– la mencionada medida cautelar pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo no tiene relación directa con la medida cautelar que, a su vez, fue dictada en este proceso de inconstitucionalidad, ya que aquélla se refiere a una resolución de la Junta Directiva de SIGET relativa a la reasignación de canales televisivos y no a la adjudicación y concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico de radio y televisión como producto del procedimiento de subasta, conforme a los arts. 81 inc.final, 82, 83, 84, 85 y 100 LT, por lo cual no incide en la consecución de este proceso.

13. A. Por autos de 10-XII-2014 y 4-II-2015, esta Sala estimó pertinente solicitar informe a la Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones con respecto al porcentaje de la totalidad de frecuencias del espectro radioeléctrico relativas a los servicios de radiodifusión, en AM y FM, y de televisión que se encuentran asignadas en la actualidad y el porcentaje de las mismas que están disponibles para su concesión; de igual forma, se solicitó informe sobre la identificación de los concesionarios de las mencionadas frecuencias que existen en la actualidad y el porcentaje de canales de radio en AM y FM y de televisión que cada uno de ellos tiene asignados.

B. Dicho informe y dos ampliaciones del mismo fueron incorporados por escritos de 10, 12 y 18-II-2015, presentados, en su orden, por la ingeniera Blanca Noemí Coto Estrada, Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones, y por los licenciados Canjura Guillén y Mirna Evelia Menéndez Contreras, apoderados especiales judiciales de SIGET.

a. Según los informes correspondientes a frecuencias televisivas, sólo el 53.24% del espectro radioeléctrico se encuentra utilizado –en un total de 53 frecuencias– y, en consecuencia, el 47.76% del mismo se encuentra sin asignar. Además, del porcentaje utilizado, el 94.36% son frecuencias de uso regulado y, por tanto, se han concesionado por vía directa o subasta, mientras que el restante 5.64% son frecuencias televisivas de uso oficial otorgadas por autorización –Asamblea Legislativa y Presidencia de la República–. Se advierte que la totalidad del 94.36% de frecuencias de uso regulado está concesionado a entes privados y que las asociaciones comunitarias no tienen ninguna frecuencia asignada de televisión.

b. En cuanto a frecuencias de radiodifusión en AM y FM, los informes de SIGET indican que el 100% de frecuencias para cobertura en territorio nacional se encuentran asignadas –14 en AM y 26 en FM–, encontrándose disponibles para concesión o autorización algunas de cobertura local –en la actualidad, de acuerdo con los informes, de las frecuencias con cobertura zonal, departamental o local, están asignadas 218 en FM y en 54 en AM–. Por otro lado, es de hacer notar que únicamente hay 2 frecuencias de radio de asociaciones comunitarias entre las de uso regulado, en específico la 90.5 Mhz y la 92.1 Mhz (de cobertura departamental y local, compartidas con otros concesionarios). Finalmente, en cuanto a frecuencias de radio de uso

oficial, se encuentran 3 en AM –1 a un municipio y 2 al Ministerio de la Defensa Nacional–, y 15 en FM –2 a Presidencia de la República, 1 a la Asamblea Legislativa, 2 a ministerios, 10 a diversos municipios–.

14. Posteriormente, al advertir este Tribunal la existencia del proceso de Inc. 36-2014 y de su conexidad en su fundamento material y jurídico, al referirse las pretensiones vertidas a probables vulneraciones de disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones en cuanto a la libertad de expresión, a la prohibición de prácticas monopolísticas y principios constitucionales aplicables en materia de concesiones, encontrándose ambos procesos en estado de pronunciar sentencia, mediante auto de 12-I-2015 se ordenó su acumulación de oficio, a efecto de resolver las pretensiones en una sola sentencia.

15. El licenciado David Ernesto Morales Cruz, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, remitió a esta Sala el “Pronunciamiento sobre la democratización de las comunicaciones en El Salvador”, de 21-I-2015. Por su parte, los señores José Luis Benítez Álvarez, Juan Carlos Sánchez Mejía y otros presentaron escrito de 14-IV-2015, en el que pidieron la pronta emisión de sentencia en este proceso.

16. Por último, el abogado Anaya Barraza presentó escritos de 9-III-2015, 24-III-2015 y 17-IV-2015, en esta ocasión en carácter de apoderado judicial de las sociedades CTE, S.A. de C.V., y de CTE Telecom Personal, S.A. de C.V., escritos en los que, en lo medular, solicitó a esta Sala concederle intervención a sus representadas como terceros afectados por la sentencia definitiva de este proceso, así como la celebración de audiencias públicas para el pronunciamiento y exposición de sus alegatos y de cada uno de los sujetos intervinientes, todo lo cual se declaró sin lugar por auto de 11-V-2015.

II. Expuestos los argumentos de los intervinientes en este proceso: (1) se identificarán los problemas jurídicos que deben ser resueltos en esta sentencia; después (2) se indicará el *iter* lógico de esta decisión.

1. Los problemas jurídicos que deben ser resueltos consisten en determinar: (i) si el procedimiento de subasta prescrito en la LT para obtener una concesión a efecto de explotar el espectro radioeléctrico, es atentatorio al principio de igualdad consagrado en el art. 3 Cn.; (ii) si como consecuencia de lo anterior, se vulnera la libertad de expresión del art. 6 inc. 1° Cn; asimismo, (iii) si tal situación contraviene los principios que deben regir en el orden económico según el art. 101 Cn. y la prohibición de prácticas monopolísticas establecida en el art. 110 incs. 1° y 2° Cn. Por otro lado, (iv) si las prórrogas automáticas por períodos de veinte años que contempla la LT en relación con las concesiones otorgadas para explotar frecuencias del espectro radioeléctrico—sin necesidad de trámite administrativo, autorización o resolución de SIGET—, atentan contra la libertad de expresión y el pluralismo democrático con respecto a los medios de comunicación social; (v) si, como consecuencia de lo anterior, dichas prórrogas automáticas generan en la práctica una concentración de frecuencias del espectro radioeléctrico y, por tanto,

una práctica monopolística; (vi) si el ancho de banda que establece el art. 118 inc. 2° LT como separación mínima entre canales adyacentes para frecuencias de radiodifusión en AM y FM, implica una vulneración a la libertad de expresión y al pluralismo democrático; (vii) si lo dispuesto en la LT en cuanto a las concesiones para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, es acorde a las exigencias y parámetros constitucionales sobre concesiones. Finalmente, (viii) si la permisión legal de transferir y fragmentar el derecho de explotación derivado de las concesiones otorgadas sobre frecuencias del espectro radioeléctrico, contraría su naturaleza pública como bien demanial.

2. Con base en lo antes expuesto, el *iter* de la resolución de fondo sobre tales motivos será el siguiente: (III) (1) Se hará una breve reseña jurisprudencial sobre los bienes de dominio público; (2) luego, se analizará el tema del servicio público, así como (3) el de las concesiones, sus modalidades y las exigencias que derivan de su reconocimiento constitucional; a continuación (4) se abordará el concepto del espectro radioeléctrico como bien demanial y la concesión de frecuencias; después (5) se abordará los mecanismos de adjudicación para la explotación del espectro radioeléctrico en el derecho comparado; (6) se harán consideraciones sobre la igualdad como principio y derecho fundamental contenido en el art. 3 inc. 1° Cn. y sus implicaciones para la actividad de configuración legislativa, y se realizará el juicio de igualdad sobre el trato diferenciado alegado en las disposiciones impugnadas referidas a la concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico; (7) se relacionará todo lo anterior con la libertad de expresión e información establecida en el art. 6 inc. 1° Cn, y el rol de los medios de comunicación para su concreción en el marco de un sistema democrático; (8) asimismo, se vincularán dichas consideraciones con los principios del orden económico configurados en el art. 101 Cn. y la prohibición de prácticas monopolísticas de acuerdo al art. 110 incs. 1° y 2° Cn.; (9) se expondrá lo referente a los supuestos de procedencia de las inconstitucionalidades por omisión; (10) se determinará si las prórrogas automáticas por períodos de veinte años que contempla la LT, atentan contra el art. 6 inc. 1° Cn, y como derivación los arts. 101 Cn., la prohibición de prácticas monopolísticas establecida en el art. 110 incs. 1° y 2° Cn.; (11) se examinará si el ancho de banda que establece el art. 118 inc. 2° LT como separación mínima entre canales adyacentes para frecuencias de radiodifusión en AM y FM, implica una vulneración a la libertad de expresión y al pluralismo democrático; (12) se analizará la posible existencia inconstitucionalidades por omisión, por la presunta transgresión al art. 110 incs. 1° y 2° Cn.; (13) y se determinará si la permisión legal de transferir y fragmentar el derecho de explotación derivado de las concesiones otorgadas sobre frecuencias del espectro radioeléctrico, contraría su naturaleza pública como bien demanial; también (IV) se hará una consideración especial al proceso de la Televisión Digital Terrestre que habrá de implementarse en El Salvador; (V) se hará una consideración de las medidas cautelares dictadas en este proceso en relación con la *ratio decidendi* de esta sentencia; finalmente (VI) Se harán las consideraciones sobre los efectos de la presente sentencia.

III. I. A. De acuerdo con el régimen jurídico al que están sometidos, los *bienes del Estado*, los mismos pueden ser *de dominio público* o de sujeción al régimen de dominio privado, también llamados “bienes fiscales” de acuerdo al art. 571 del Código Civil.

Al respecto –como se dejó establecido en las sentencias de 31-VIII-2001 y 27-VI-2012, Incs. 33-2000 y 28-2008, respectivamente–, la concepción de dominio público ha sido construida en la teoría y jurisprudencia como una técnica que persigue excluir determinados bienes del tráfico jurídico privado, haciendo recaer su *titularidad en el Estado*. Este vínculo indisoluble a la esfera pública y la no comerciabilidad que inspira su especial régimen jurídico conlleva a establecer que *los bienes demaniales –o de dominio público– se rigen bajo los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad*, lo que impide que sobre los mismos se puedan ostentar derechos propios de la esfera patrimonial privada por su incompatibilidad con la función pública a la que este tipo de bienes debe servir.

En este orden, pueden distinguirse cuatro criterios para configurar qué bienes son de dominio público: (i) *subjetivo*, que se refiere a la titularidad de los mismos por parte del Estado, entendido como tal toda la estructura de los órganos de Gobierno y entes públicos; (ii) *objetivo*, en tanto dicho conjunto de bienes puede ser determinado o indeterminado; (iii) *teleológico*, que se refiere al destino otorgado a los bienes que conforman el dominio público a partir del uso que se haga de los mismos, ya sea de forma directa por el Estado con el objeto de prestar un servicio público o bien por la colectividad, cuando de forma directa o indirecta obtiene del mismo una cierta utilidad; y (iv) *normativo o legal*, que se refiere al establecimiento por parte del legislador sobre qué bienes se encuentran sometidos a un régimen de Derecho Público.

B. Ahora bien, dentro de los bienes de dominio público puede hacerse una subdivisión en consideración a la finalidad –criterio teleológico– que los mismos han de desempeñar en relación con el interés general y el bien colectivo y se habla por ello de (i) *bienes destinados al uso público* y de (ii) *bienes de servicio público*.

a. Los bienes demaniales *de uso público*, son los destinados al disfrute de toda la comunidad y que son utilizables por sus componentes sin discriminación y que, por tanto, tienen una utilidad pública. Estos bienes pueden *provenir de causas naturales* –v.gr. ríos, lagos, playas, mar territorial– o *artificiales* –calles, carreteras, puentes, puertos, parques, plazas, entre otros–.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido en la sentencia de 21-VI-2013, Inc. 43-2010, que el *uso común o público* es el que recibe un bien cuando está referido a todas las personas, sin designación o título especial para ello y que, por ende, es libre, gratuito e igualitario, no supone el pago de tasas y tampoco distingue entre sujetos que puedan beneficiarse a título individual.

b. Por otra parte, los bienes demaniales *de servicio público* son los que pertenecen privativamente al Estado sin ser de uso común y que están destinados a la satisfacción de una necesidad de interés público o para un beneficio colectivo. Lo anterior implica una utilización

privilegiada del bien e incorpora su *explotación*, no sólo en el sentido de obtención de provecho económico, sino también como *disposición* del bien concernido.

2. Lo dicho hasta este punto conlleva a un acercamiento al concepto de *servicio público*.

Al respecto, se entiende que la acepción adecuada de servicio público debe considerar no sólo la *utilidad* que con el mismo se genere a la comunidad en general, sino que, además, debe tomar en cuenta la *tecnicidad, regularidad y continuidad* en su prestación, la *satisfacción de una necesidad pública* y, por lógica consecuencia, la necesaria *titularidad a una entidad pública*, lo que, como se expondrá adelante, no es óbice para que la gestión en ciertos casos pueda corresponder a un particular.

En similares términos, estos supuestos también han sido reconocidos por la jurisprudencia de este Tribunal, específicamente en la sentencia de 23-VIII-98, Inc. 4-97, en la que se determinó que el concepto de servicio público ha girado en torno a tres elementos básicos: (i) la necesidad o interés que debe satisfacerse; (ii) la titularidad del sujeto que presta el servicio; y (iii) el régimen jurídico del mismo.

En consideración de los supuestos jurisprudenciales reseñados y a lo dispuesto en nuestro ordenamiento constitucional en los arts. 110 inc. 4°, 112 inc. 1° y 221 inc. 2° Cn., puede *caracterizarse el servicio público* como la prestación de actuaciones técnicas, realizadas de forma continua y regular, tendentes a satisfacer necesidades públicas o intereses generales, cuya titularidad está atribuida a una entidad pública y que puede gestionarse en forma directa, indirecta o mixta.

3. A. Ahora bien, es claro que la afectación de un bien de dominio público por un ente distinto del Estado sólo puede tener lugar en virtud de mecanismos concretos, propios del Derecho Administrativo, entre los que se encuentra la *concesión*.

En el Derecho Público, por concesión se entiende el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular, en casos de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público o pueda usar, aprovechar y explotar bienes del dominio público, de acuerdo con el régimen específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien.

De este modo –como se ha expuesto en las sentencias de 27-VI-2012 y 9-IV-2013, Incs. 28-2008 y 9-2010, en su orden–, la *técnica concesional* se presenta como un instrumento adecuado para extraer el máximo rendimiento económico y social de dependencias que generalmente constituyen verdaderos recursos naturales básicos y limitados el Estado –como el espectro radioeléctrico–, en atención al interés público.

B. Tal figura concesional y el régimen constitucional que la habilita adquiere diversas modalidades, según se trate de la afectación de los bienes demaniales al uso público o a un servicio público.

Así, en la Constitución se puede distinguir entre: (i) concesión demanial –art. 103 inc. 3° Cn. en relación con el art. 233 Cn.–, referida a la explotación del subsuelo al ser de propiedad estatal y a los que por conllevar un interés económico nacional requieran de autorización legislativa para su explotación; (ii) concesión de obra pública –art. 120 Cn.–, para la explotación de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público, que también requieren de autorización legislativa; y (iii) *concesión de servicio público* –110 inc. 4° Cn.– o esenciales a la comunidad, art. 112 inc. 2°. Esta consiste en un acto jurídico de Derecho Público mediante el cual el Estado encomienda a una persona, natural o jurídica, la prestación de una actividad técnica dirigida a satisfacer necesidades esenciales o colectivas de interés general, *gestión que se regula por la ley –específicamente en lo relativo a la autoridad competente que habrá de otorgar la concesión– y las disposiciones especiales del referido servicio, además de cumplir con los principios de igualdad, proporcionalidad y transparencia, entre otros.*

Por lo expuesto, se puede afirmar que *cuando se trate de concesiones para la prestación de servicios públicos, como en el caso del art. 110 inc. 4° Cn., o de servicios esenciales a la comunidad, art. 112 inc. 1° Cn., al no tratarse de bienes materiales en sentido estricto, la autorización requerida es de índole administrativa y no legislativa.*

C. a. Siguiendo el orden de ideas, establecido el supuesto de la concesión administrativa para que un particular pueda brindar un servicio público o esencial, debe advertirse que esto no significa en modo alguno que cualquier persona, en cualquier circunstancia y condición, pueda convertirse en *concesionario* del mismo, sino que cada ordenamiento jurídico establecerá la exigencia de determinados requisitos, aptitudes o cualidades de carácter económico, técnico o profesional para un mejor cumplimiento de los intereses públicos a los que el bien demanial debe servir.

Esta discrecionalidad otorgada al órgano competente para la exigencia de tales requisitos con miras a la adjudicación de una concesión ha de respetar, sin embargo, los postulados del principio de igualdad que prohíben todo trato diferenciado carente de justificación objetiva y razonable, siendo necesario por lo mismo que los motivos o requisitos se justifiquen adecuadamente y sean proporcionados a los fines perseguidos; y es que, ciertamente, la fase de selección y adjudicación de la concesión de un servicio público tiene extraordinaria importancia, pues el concesionario “captura” parte del mercado de una prestación de interés general durante un determinado período de tiempo, por lo que se busca implantar transparencia y objetividad en los criterios de adjudicación.

b. Por tales motivos, en el Derecho Comparado se han establecido ciertos principios que se han de materializar en los requisitos para la selección de los adjudicatarios de servicios públicos, entre los que se encuentran: (i) el de *libre competencia*, que busca proteger la competencia entre ofertantes; (ii) el de *igualdad de trato*, que implica que los criterios para adjudicar deben aplicarse a todos los participantes de la misma manera, rechazando ofertas que

no cumplan con condiciones y criterios objetivos preestablecidos por la Administración, para garantizar una competencia sana y eficaz entre los aspirantes; (iii) el de *transparencia y publicidad*, que exige para el proceso una convocatoria pública, en la que se incluya toda la información necesaria para los posibles aspirantes; (iv) el de *proporcionalidad*, en virtud del cual toda medida que afecte a las prescripciones técnicas o a los rendimientos económicos de la prestación debe ser al mismo tiempo necesaria y adecuada, fijándose la duración del contrato de manera que no se restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos; y (v) el de *buena fe*, el cual exige que las reglas éticas de las partes se mantengan claras y que prevalezca siempre el interés público.

D. Es pertinente aclarar, con respecto a los servicios de telecomunicaciones que utilizan el espectro radioeléctrico, que si bien la telefonía utiliza tal espectro igual que la radio abierta y la televisión abierta, existen diferencias sustanciales que es necesario resaltar:

El servicio de telefonía que utiliza el espectro radioeléctrico –telefonía móvil o celular– no es gratuito pues el usuario paga por el mismo; sin embargo, es un servicio universal, que usa redes inalámbricas y está regido por criterios de competencia y competitividad. En cambio, los servicios de radio y televisión abierta no son servicios públicos, sino servicios esenciales a la comunidad, que utilizan estaciones con antenas, son gratuitos, los rige el criterio de fomento a la pluralidad, y cumplen con una función social, pues son servicios de información y entretenimiento.

A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la radio y de la televisión abierta, necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético, y ello implica que tanto su situación como su régimen jurídico sea diferente al de los restantes medios de comunicación—inclusive desde el punto de vista de libertad de acceso—, lo que conlleva a afirmar que *al existir un número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, se hace imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de radio y de televisión abierta*. Los demás medios de comunicación no utilizan el espectro (prensa escrita y digital a través de internet, etc.) y, en consecuencia, no están sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control.

Si bien es cierto los servicios de telefonía móvil o celular, así como los servicios de radio y televisión abierta, utilizan el espectro radioeléctrico, el procedimiento para poder operar y el mecanismo para acceder a dicho bien demanial es el mismo: la subasta. No obstante, el análisis de las violaciones a la libertad de expresión alegadas por los ciudadanos demandantes, así como las violaciones a la igualdad relacionada con los principios del orden económico configurados en el art. 101 Cn. y la prohibición de prácticas monopolísticas conforme al art. 110 incs. 1° y 2° Cn., derivados del mecanismo de subasta, *solamente*

corresponde aplicarlas a los servicios de radiodifusión y de televisión abierta; respecto del servicio de telefonía, no puede afirmarse que existe un riesgo para la libertad de expresión de acuerdo a la definición y alcance esbozada en las pretensiones de los demandantes, por lo que queda fuera del análisis de esta sentencia.

4. A. a. En relación con lo anterior es pertinente analizar el *espectro radioeléctrico*, concepto fundamental en materia de telecomunicaciones (desarrollado por Javier Marzo Coscolluela, en “El Dominio Público Radioeléctrico”, incluido en el libro: “Telecomunicaciones. Estudio sobre dominio público y propiedad privada”, Marcial Pons, Barcelona, 2000). A grandes rasgos, puede afirmarse que tal espectro es el medio por el que se propagan las *ondas electromagnéticas*, que son empleadas en las comunicaciones para transmitir información de diversa índole –datos, audio e imágenes–, las cuales se propagan por el espacio sin guía artificial o soporte físico y se caracterizan por dos variables: (i) la *longitud* de sus oscilaciones; y (ii) la *frecuencia* de las mismas.

La *longitud* de onda es la distancia real que ésta puede recorrer en un determinado intervalo de tiempo. Por otro lado, la *frecuencia* de dichas ondas se refiere al número de oscilaciones que ocurren en un periodo de tiempo determinado, siendo la unidad de medida de las mismas el *Hertzio* (Hz), que equivale a la cantidad de ciclos u oscilaciones que tiene una onda electromagnética durante un segundo, cuantificándose en KiloHertzios (KHz, equivalentes a 1000 Hz), MegaHertzios (MHz, equivalentes a 1000000 Hz) y GigaHertzios (GHz, equivalentes a 1000000000 Hz).

En concreto, las variaciones de las frecuencias para las ondas electromagnéticas, pueden clasificarse en: (i) *KiloHertzios* hasta 3000 kHz, inclusive; (ii) *MegaHertzios* (MHz) por encima de 3 MHz hasta 3000 MHz, inclusive; y, (iii) *GigaHertzios* (GHz) por encima de 3 GHz hasta 3000 GHz.

En este orden y en consonancia con lo establecido en el art. 6 LT y en el art. 1.5 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, *las ondas electromagnéticas cuyas frecuencias se comprenden en el espectro radioeléctrico oscilan entre los 3 KiloHertzios y los 3000 mil GigaHertzios*, con base en lo cual serán utilizadas para servicios, actividades y emisores específicos, de acuerdo a su división en *bandas*.

b. Las *bandas de frecuencias*, conforme al mencionado art. 6 LT, son franjas del espectro radioeléctrico comprendidas entre rangos mínimos y máximos asignadas a diferentes usos dentro de las radiocomunicaciones para servicios concretos –entre ellos la radifusión sonora y la televisión–, que permite el ordenamiento del “tráfico” de emisiones, evitando saturaciones de frecuencias y superposiciones que podrían generar interferencia que afecte la calidad de las emisiones respectivas.

Para efectos de claridad, es pertinente mencionar que, conforme al art. 2.1. y siguientes del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, el espectro radioeléctrico se divide en nueve

bandas de frecuencias, que se designan por números enteros, en orden creciente, de la siguiente manera: (1) *Very low frequency* (VLF) / frecuencia muy baja, rango de 3 a 30 KHz; (2) *Low frequency* (LF) / frecuencia baja, rango de 30 a 300 KHz; (3) *Medium frequency* (MF) / frecuencia mediana, rango de 300 a 3000 KHz; (4) *High frequency* (HF) / frecuencia alta, rango de 3 a 30 MHz; (5) *Very high frequency* (VHF) / frecuencia muy alta, rango de 30 a 300 MHz; (6) *Ultra high frequency* (UHF) / frecuencia ultra alta, rango de 300 a 3000 MHz; (7) *Super high frequency* (SHF) / frecuencia super alta, rango de 3 a 30 GHz; (8) *Extrememely high frequency* (EHF) / frecuencia extremadamente alta, rango de 30 a 300 GHz; y (9) *frecuencias innominadas*, rango de 300 a 3000 GHz.

A su vez, dichas bandas de frecuencias pueden ser sujetas a *fragmentación*, de acuerdo a los servicios que requieren ser suplidos y las necesidades geográficas de transmisión.

c. Por otro lado, como lo regula el art. 12 LT, en cuanto por su utilización el dominio público radioeléctrico se clasifica en: (i) espectro de uso oficial; (ii) espectro de uso libre; y (iii) espectro de uso regulado.

Dejando establecido que el espectro de *uso oficiales* el de utilización exclusiva por parte del Estado por medio de sus diversas instituciones gubernamentales, para la pretensión en análisis interesa mencionar que el espectro *de uso libre* lo constituye el conjunto de bandas de frecuencias que pueden ser utilizadas por el público en general y que, al contrario, el de *uso regulado* es el que supone la utilización privativa o especial por parte del que presta un servicio o que explota una red de telecomunicaciones mediante en razón de un título habilitante.

B. a. Ahora bien, en lo relativo a las frecuencias del espectro radioeléctrico destinadas a la radiodifusión sonora, es necesario hacer referencia a la *modulación* de las mismas, es decir a las técnicas utilizadas para transmitir información sobre ondas portadoras con el menor ruido e interferencia en los canales de comunicación respectivos.

En específico, la doctrina especializada define a la modulación analógica de frecuencias como la que se lleva a cabo a partir de señales analógicas de información –por ejemplo la voz humana, audio y video en su forma eléctrica–, distinta en esencia de la modulación digital, que se lleva a cabo a partir de señales generadas por fuentes digitales.

A su vez, dentro de la modulación analógica se encuentra la *modulación por amplitud* y la *modulación por frecuencia* –AM y FM, en su orden–.

Más allá de entrar a definir técnicamente cada tipo de modulación –lo cual excede los alcances jurídico-constitucionales de esta sentencia–, es dable afirmar que entre ambos tipos mencionados una de las principales diferencias es la calidad del sonido y el nivel de las interferencias en la transmisión, lo cual depende en gran medida de la *anchura de banda necesaria* y la *separación necesaria* entre canales.

b. A partir de previsiones técnicas emitidas por la UIT, la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos de América –FCC, por sus siglas en inglés–, y a lo

establecido en el ámbito nacional en el Reglamento de Instalación y Operación de las Estaciones del Servicio de Radiodifusión Sonora en Frecuencia Modulada y los Sistemas de Enlace, el *ancho de banda* se define como la cantidad de espectro radioeléctrico suficiente para transmitir la información deseada con calidad aceptable, evitando saturaciones e interferencias.

De acuerdo a determinaciones físicas y matemáticas, se ha considerado que el *ancho de banda óptimo* para transmitir información en un rango audible, bajo ruido y alta fidelidad hacia receptores en FM es de 200 Khz, mientras que en AM es de +/-15 Khz.

c. En consideración a los anchos de banda en mención, se han establecido parámetros de *separación mínima entre frecuencias*, en especial cuando se trate de *frecuencias adyacentes*.

Así, en lo referente a FM, las normas y estándares técnicos de la UIT y FCC recomiendan que, para mejorar la calidad de transmisión y evitar en lo posible el ruido e interferencia, además de los 200 Khz de ancho de banda de cada canal, éstos tengan 100 Khz de margen por lado, lo cual deviene en una *separación total entre canales adyacentes de 400 Khz*.

Por lo anterior, encontrándose las emisiones en FM entre los 88 y los 180 Mhz, esta banda de 20 Mhz se divide a su vez en canales de 200 Khz de ancho de banda cada uno, comenzando en 88.1 Mhz, 88.3 Mhz, 88.5 Mhz y así sucesivamente; de acuerdo a la separación deseada para una mejor calidad en la información sonora transmitida, al dejarse 100 Khz de margen a cada lado del canal, se tendría un canal completo intermedio libre, por lo que la asignación real de las frecuencias utilizadas opera, según el estado actual de la tecnología, a 400 Khz de distancia.

En relación con frecuencias AM, siempre con la finalidad de mejorar la calidad de la información transmitida, partiendo de los +/-15 Khz de anchura de banda deseable, se añade como separación de seguridad otros +/- 7.5 Khz de margen a cada lado del canal, ante lo cual se tendría que las frecuencias utilizadas operan, según el estado actual de la tecnología, a 30 Khz de distancia.

Con base en lo expuesto, al encontrarse las emisiones en AM entre los 525 y 1705 Khz, las frecuencias operarían de los 540 Khz, 570 Khz, a 600 Khz, y así en lo sucesivo.

C. a. Por todo lo expuesto, se afirma que el espectro radioeléctrico se caracteriza por ser un *bien demanial* –como lo establece el art. 9 LT–, *natural e intangible* –pues no ocupa un lugar material en el espacio–, *escaso y finito*–ya que del rango infinito de frecuencias existente no todas son utilizables para la comunicación– y cuya prestación constituye un servicio público –pues se encuentra destinado a la satisfacción de una necesidad de interés público o para un beneficio colectivo–.

A partir de tales consideraciones, del *reconocimiento del derecho soberano de cada Estado a reglamentar sus telecomunicaciones y en específico el espacio por el que se propagan las ondas electromagnéticas* –derecho reconocido en el preámbulo y art. 44 de la Constitución de la UIT–, se justifica la necesaria intervención estatal sobre la regulación del espectro

radioeléctrico para su adecuada regulación y ordenación, así como para asegurar su eficiente utilización y la igualdad de oportunidades en su aprovechamiento.

D. Así pues, siendo que el espectro radioeléctrico es un *bien intangible* y un *recurso escaso*, es necesario y relevante su adecuada regulación y ordenación para asegurar su eficiente utilización y la igualdad de oportunidades en su aprovechamiento. Lo anterior justifica la intervención estatal sobre la regulación del espectro radioeléctrico, a partir de *su consideración como bien demanial* –como lo establece el art. 9 LT, no obstante ser intangible e inmaterial– y del *reconocimiento del derecho soberano de cada Estado a reglamentar sus telecomunicaciones y en específico el espacio por el que se propagan las ondas del espectro radioeléctrico* –derecho reconocido en el preámbulo y art. 44 de la Constitución de la UIT–; concretamente, justifica un reordenamiento de las frecuencias según estándares internacionales.

Aunado a lo anterior, aplicando los conceptos vertidos en apartados anteriores de esta sentencia, se afirma también que el espectro radioeléctrico como bien demanial es de servicio público, pues se encuentra destinado a la satisfacción de una necesidad de interés público o para un beneficio colectivo.

E. En este orden de ideas, se arriba a los *títulos habilitantes* mediante los cuales el Estado puede otorgar el derecho de explotar las frecuencias del espectro radioeléctrico.

De forma general, puede decirse que en materia de telecomunicaciones –y particularmente en cuanto al espectro radioeléctrico– los títulos habilitantes se otorgan de acuerdo a principios básicos de preservación del interés público, de fomento de la expansión de las redes y de la oferta de servicios y, además, de evitar conductas anticompetitivas de nuevos agentes.

En relación con este pronunciamiento, cabe mencionar que el título habilitante por el que ha optado la LT respecto de la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico es la concesión –ya explicada con anterioridad–, como aparece, entre otros, en el art. 12 inc. 4° LT, que especifica la necesaria concesión para la utilización del espectro de uso regulado, así como en el art. 15 de la misma ley –ahora impugnado–, que regula los derechos de explotación derivados de dichas concesiones.

Los procedimientos para ser adjudicatario de los títulos habilitantes de explotación del espectro radioeléctrico son diversos en cada ordenamiento jurídico, entre los cuales –sin ánimo de exhaustividad– se detallarán a continuación, cada uno de éstos, exponiendo su objeto, ventajas y desventajas, no sin antes precisar que todo mecanismo para la asignación y adjudicación de las concesiones para la explotación del espectro radioeléctrico, debe responder y estar sometido a los principios siguientes: de transparencia, de racionalidad, equidad y no discriminación, de igualdad, de libre competencia, de eficiencia y de innovación, a través de los cuales, se potencia la modernización de las tecnologías que utilizan el espectro radioeléctrico, con el fin de trasladar los beneficios de la innovación y la competencia a los usuarios.

5. A. Corresponde ahora referirse a los modelos o mecanismos que se utilizan a nivel internacional para la asignación del espectro radioeléctrico para los servicios de telecomunicaciones que posibilitan su prestación, y en donde el legislador está en la obligación de regular el uso del mismo de manera tal que garantice a todos igualdad de oportunidades para su acceso. Tales servicios son los siguientes: (i) la telefonía por medios inalámbricos: telefonía celular o móvil; (ii) la difusión sonora de libre recepción –radio–; y (iii) la difusión de televisión de libre recepción –televisión abierta–.

El Legislativo, al regular el sector de telecomunicaciones, ha establecido regímenes jurídicos distintos para los sectores que regula; es así como la telefonía, sin importar su naturaleza, de acuerdo a la legislación vigente es un servicio público (art. 7. LT), y no así las actividades de telecomunicaciones realizadas por los operadores de servicios de: (i) radiodifusión sonora de libre recepción; (ii) televisión de libre recepción; (iii) distribución sonora por suscripción, a través de cable o medios radioeléctricos; y (iv) distribución de televisión por suscripción a través de cable o medios radioeléctricos; que son servicios esenciales a la comunidad y están sujetas al régimen especial que establece el Título VIII de la LT (arts. 1 inc. 3°, 114 al 128 de la LT)

B. A nivel mundial, existen diversos procedimientos de asignación del espectro radioeléctrico, comúnmente llamados mecanismos de “gestión del espectro”, que nacieron cuando la demanda superó a la oferta de este recurso, adicionales al mecanismo de la subasta pública, y que al igual que la mayoría de los países que entraron en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, se constituyó en el método por excelencia de asignación inicial de dicho recurso, y en donde, precisamente, por tratarse de asignaciones iniciales la disponibilidad de éste era abundante.

C. Los mecanismos referidos a nivel internacional son tres: (a) la subasta; (b) el concurso; y (c) el sorteo (<http://www.itu.int/pub/D-STG-SG02.RES09.1/es>).

a. Existen diversas clases de subasta; los tipos más conocidos son: (i) Subasta ascendente simple; (ii) Subasta oral de precio descendente; (iii) Subasta en sobre cerrado

En general, se considera que *las subastas, en el ámbito internacional, presentan la ventaja de ser económicamente rentables, transparentes y rápidas en relación con otros métodos de asignación y que reflejan el valor de mercado de los derechos de utilización del espectro para la administración que las organiza.*

Sin embargo, también tiene la desventaja de que puede ser poco práctico en servicios con poca demanda, ya que en ausencia de competencia habrá menos ofertantes que derechos de explotación a subastar y esto puede conducir a prácticas anticompetitivas, en donde los ofertantes pueden acordar *a priori* el precio que cada uno pagará.

b. En cuanto al *mecanismo o procedimiento de concurso*, el mismo se basa en el hecho que el ente regulador determina a quién ha de asignarse el espectro radioeléctrico de que se trate, esto es, el solicitante más cualificado para utilizar el espectro y otorgar la concesión.

Los concursos constituyen una forma de selección entre múltiples solicitudes sustancialmente iguales y permite que el organismo regulador combine los objetivos sectoriales específicos y los operadores encargados de lograrlos. Existen muchos métodos prácticos de evaluación comparativa, incluso, en algunos casos las licencias o concesiones, se otorgan a los solicitantes que, a juicio del regulador, puedan hacer el mejor uso posible del espectro para atender al público.

Se señalan algunas *ventajas del mecanismo de concurso*, y así se dice que este permite asignar el espectro a los operadores con mayores compromisos de inversión, asegurando, de este modo, la creación de riqueza y la prestación de los servicios con altos niveles de calidad, ya que entre los criterios de selección se encuentran generalmente la extensión y la calidad de servicio, la inversión y la creación de empleo.

Pero también se señalan algunas *desventajas del mecanismo de concurso*, y las críticas se centran esencialmente en la ausencia de transparencia y la credibilidad. Independientemente de la drasticidad respecto de los criterios de evaluación, la mayoría de los procedimientos de evaluación comparativa contienen un elemento subjetivo, por lo que estos mecanismos de gestión del espectro, en ellos media el criterio subjetivo del ente adjudicador.

Este elemento de subjetividad suele despertar sospechas, en el sentido que los organismos reguladores encargados del sector comunicaciones, pudiesen tomar decisiones prescindiendo de las valoraciones técnicas que son indispensables e imprescindibles, sustituyéndolas en valoraciones de índole político, criterios que rompen la garantía de su uso eficiente del espectro radioeléctrico, con consecuencias gravosas y negativas en el desarrollo del sector.

En muchos casos, el ente regulador al separarse de los criterios técnicos como uno de los factores imprescindibles de gran valoración, propicia una afectación, respecto de la transparencia y credibilidad del proceso de adjudicación en sí mismo, propiciando la impugnación de las resoluciones administrativas de adjudicación, entorpeciendo e imposibilitando de esa manera la gestión en la explotación del espectro radioeléctrico, lo que hace inviable la innovación.

La principal diferencia entre la subasta y el concurso reside en que, mientras en la primera destaca la variable valoración/precio, en el concurso intervienen distintas variables – compromisos de inversión, compromisos de cobertura, otros posibles compromisos–, por lo que estos últimos pueden resultar muy complejos y consumir gran cantidad de recursos, implicando un retraso en la concesión de las frecuencias que puede resultar significativo si se compara con las subastas; al mismo tiempo que pueden no generar ingresos si no se cobran cánones de concesión y/o de solicitud.

c. Finalmente, en cuanto al *mecanismo o procedimiento de sorteo*, puede afirmarse que los sorteos constituyen un método rápido, económico y transparente para seleccionar de entre diversos solicitantes sustancialmente similares o con iguales calificaciones el más adecuado. Este método se basa en la selección de los beneficiarios de forma aleatoria entre todos los solicitantes.

Se pueden considerar como *ventajas del mecanismo de sorteo*, que al igual que en el caso anterior de los concursos, no generan ingresos a menos que vayan acompañados de cánones de la concesión o cánones por el acceso a la participación en el sorteo.

En cuanto a las desventajas de este mecanismo, es dable afirmar que aunque el sorteo para el otorgamiento de concesiones para la explotación de espectro radioeléctrico es un mecanismo posible, no se ajusta bien con el criterio de la eficiencia, elemento indispensable para maximizar su uso, para lograr un despliegue y desarrollo eficiente del servicio a prestar en beneficio del usuario, ya que a quien le toque en suerte la concesión, puede no ser el operador que más la valora –pues puede ni siquiera tener la intención de suministrar servicios de telecomunicaciones–, y en el estadio justo posterior la venderá a otro que esté dispuesto a pagar más por ella, con lo que la asignación inicial dada por el sorteo sería entonces mejorable en términos de bienestar. También puede ocurrir que algunos participantes carezcan de la capacidad financiera necesaria para iniciar la prestación de los servicios y que otros únicamente participen únicamente de forma especulativa.

D. a. Con lo expuesto, y a manera de conclusión, se puede afirmar que *las autoridades encargadas de asignación del espectro deben evitar cuidadosamente, por una parte, la aparición de barreras de entrada a los operadores interesados y vigilar que no se produzcan concentraciones de derechos de explotación del espectro que pongan en riesgo el desarrollo de la competencia; y, por otra parte, deben optimizar el valor del espectro radioeléctrico*, pues es mediante su valorización que se garantizará una utilización eficaz de este recurso que es limitado, siendo dicho recurso un medio importante para el desarrollo de las telecomunicaciones de los países, lo que permite que los ingresos presupuestarios que se tienen por el espectro pueden coadyuvar al desarrollo económico del país.

b. Importante es destacar que la Ley de Telecomunicaciones contempla los mecanismos que permiten a la SIGET recuperar asignaciones de bandas de frecuencias cuando éstas dejen de utilizarse, con el fin de mantener un uso eficiente de todo el recurso radioeléctrico. Es así como, para los servicios de telefonía, de acuerdo al Art. 7 inc. 3° de la LT, las concesiones para la explotación del servicio público de telefonía, sólo podrán ser revocadas por las siguientes causas: (i) Por no prestar el servicio público de telefonía, luego de dos años de haber sido otorgada la concesión, previa audiencia al interesado; o (ii) Por haber sido sancionado por cometer tres infracciones calificadas como muy graves en la Ley, dentro de un lapso de tres años.

En cuanto a los servicios de radio y televisión abierta, conforme al Título VIII, del régimen especial, art. 124 de la LT, son motivos específicos de revocación de las concesiones o

licencias: (i) Ausencia de pago o pago incompleto de la contribución especial establecida en el artículo 116, veinte días después de finalizado el plazo, previa audiencia al concesionario; (ii) No utilización por cualquier causa de la frecuencia asignada, por un año; y (iii) No contar con los respectivos permisos o autorizaciones para la transmisión de los programas.

E. Al trasladar todos estos conceptos al ámbito normativo interno, se observa que, en cumplimiento de lo establecido en el art. 110 inc. 4º Cn., en la LT se establece la posibilidad que el espectro radioeléctrico sea prestado no sólo por entes estatales sino también por particulares, mediante el otorgamiento de título habilitante por concesión administrativa –y no legislativa, como se ha explicado–, siguiendo para ello un procedimiento específico ante el ente competente en la materia, en este caso la SIGET.

En síntesis, de acuerdo a los arts. 61, 76, 78, 79, 80, 81 y 82 LT, el procedimiento para ser concesionario de una frecuencia del espectro radioeléctrico consiste en que el interesado presente su solicitud a la SIGET y ésta, luego de determinar su admisión en los términos establecidos en ley, solicite informe técnico sobre tal requerimiento y, en caso de ser favorable, lo mande a publicar tanto en el Diario Oficial, en dos periódicos de mayor circulación nacional como en un periódico financiero internacional, lo que posibilita la ocurrencia de oposición por interés adicional a las frecuencias solicitadas.

De acontecer dicha oposición, con el informe técnico favorable y concluido el plazo de alegaciones otorgado al solicitante, el art. 81 inc. 4º LT determina la apertura del procedimiento de *subasta pública* y la publicación del aviso respectivo en la forma expuesta, debiendo la SIGET, conforme al 82 LT, determinar el sistema de subasta a utilizar, el precio base de la misma y la fianza de sostenimiento de oferta o cualquier otra forma de garantía que se determine. En todo caso, como literalmente reza el inciso tercero de la última disposición citada e independientemente del sistema usado, *las concesiones serán adjudicadas a los postores que presenten la mayor oferta económica.*

Como se observa en las disposiciones impugnadas, en el procedimiento de concesión para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico, la ley secundaria únicamente ha previsto en caso de oposición a la solicitud de los interesados el mecanismo de subasta pública y, como lógica consecuencia del mismo, la selección de las mayores ofertas económicas para la adjudicación correspondiente, lo que implica que en la LT tal procedimiento atiende sólo a aspectos cuantitativos de los interesados en ser concesionarios de un servicio esencial a la comunidad.

A continuación, se analizará si esto constituye una inobservancia del principio de igualdad en la formulación de la ley, es decir si en los preceptos impugnados–tanto de forma explícita como implícita– se ha realizado una diferenciación admisible desde el punto de vista constitucional o una discriminación inconstitucional.

6. A. La igualdad, entendida como exigencia de equiparación o diferenciación, se manifiesta tanto en el ámbito de la formulación de la ley como en la aplicación de la misma por parte de los diversos operadores jurídicos.

En cuanto a la observancia de la igualdad en la formulación de la ley, esto implica que al configurar la ley, el órgano pertinente debe procurar, en la medida de las posibilidades factuales y jurídicas, brindar a todas las personas el mismo trato. Esto emana de las características de *generalidad* de la ley, ya que implica, por una parte, una *ausencia de privilegios* y, por otra, una *abstracción normativa*, pues presenta como necesarios unos supuestos de hecho abstractos que permitan adoptar una distancia con los destinatarios y articular normas jurídicas basadas en la objetividad.

En este sentido, el principio de igualdad tiene como principal función constituir un *límite general del legislador*, en el sentido que éste debe no sólo limitarse a exigir que las normas prescindan de las cualidades e intereses personales de los sujetos para establecer diferencias entre ellos –igualdad subjetiva–, sino que se debe extender al examen desde un punto de vista objetivo, lo que implica examinar si se ha disciplinado de igual modo las situaciones y relaciones que sean iguales, con independencia de los sujetos o intereses personales que regule y en caso de introducir diferencias, se le obliga a determinar su justificación teniendo en cuenta la lógica interna de la norma.

b. Por otro lado, la igualdad en la aplicación de la ley significa que todas las autoridades, sean administrativas o jurisdiccionales, deben aplicar la ley de forma paritaria en supuestos iguales. En términos más concretos, exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de tal manera que un órgano jurisdiccional o administrativo no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones o resoluciones, salvo cuando la modificación de sus precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada.

B. Al aplicar lo dicho hasta este punto es posible llevar a cabo el *juicio de igualdad*, es decir, el análisis que efectúa el órgano contralor de constitucionalidad para verificar la violación al principio de igualdad en los términos del art. 3 Cn.

a. Este examen de igualdad requiere como punto de partida determinar la existencia de una diferenciación o equiparación introducida en la ley y su relevancia constitucional, es decir encontrar el *término de comparación*, el cual debe ser aportado por el demandante para configurar adecuadamente su pretensión.

Conforme se estableció en sentencia de 15-III-2006, Inc. 10-2005, los elementos esenciales del término de comparación son: (i) el elemento factual; (ii) el establecimiento de similitudes y diferencias sobre lo fáctico; y (iii) la finalidad y perspectiva de comparación.

b. No debe perderse de vista la determinación de la intensidad con que esta Sala enjuicia las diferenciaciones normativas cuestionadas.

En efecto, como se sostuvo en la sentencia de 25-VI-2009, Inc. 104-2007, dado que el Legislativo posee mayor libertad para configurar unas materias constitucionales en relación con otras, el juicio de igualdad no puede ser realizado con la misma intensidad por los tribunales constitucionales, sino que deben graduarlo dependiendo del ámbito de apreciación que al Legislativo le reconozca la Constitución en la materia correspondiente.

Así, *el juicio a realizar será débil o menos intenso cuando la diferenciación ocurre en una materia respecto de la cual el legislador tiene amplia libertad de configuración*. Por el contrario, *corresponde hacer un juicio estricto cuando la diferenciación se basa en criterios potencialmente discriminatorios* (por ejemplo, la nacionalidad, raza, sexo, religión u otra categoría sospechosa a los que alude el art. 3 inc. 1° Cn.) o apareja restricción de derechos fundamentales.

A esto se suma un juicio de carácter *intermedio*, el cual sirve para evaluar las medidas de “diferenciación positiva”, esto es, aquellos beneficios que se establecen para que un grupo en situación de desventaja logre la igualdad real. El juicio intermedio entraña que el examen de la disposición controlada sea más exigente, requiriendo no sólo que el fin de la medida en examen sea legítimo, sino que también sea importante, por cuanto promueve intereses públicos o responde a problemas cuya magnitud exige respuestas por parte del Estado. Además, en este nivel del juicio de igualdad es preciso que el medio sea además efectivamente conducente para alcanzar el fin perseguido con las disposiciones objeto del análisis de constitucionalidad.

C. a. Al aplicar lo expuesto, en el caso *sub lite* se observa que de la demanda queda claro que los demandantes han propuesto como *término de comparación* la *capacidad económica* de los interesados en ser concesionarios para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico para uso radiodifusión y televisión.

Por tanto, se procederá a analizar cuál es el fin perseguido por las disposiciones que contienen el trato desigual, según lo alegan los demandantes, y se verificará si es constitucionalmente legítimo, para lo cual debe retomarse lo expuesto por la autoridad demandada en su informe brindado.

b. Al respecto, en cuanto a la presunta violación al derecho de igualdad, manifestó la Asamblea Legislativa que en la LT se persiguió: (i) brindarle igualdad de trato a las personas que pretenden participar en las subastas aludidas, pues “cualquier persona” puede intervenir en el procedimiento y que la adjudicación de una concesión de frecuencias sólo ocurre en atención a las capacidades particulares; y (ii) que conforme a la clasificación del espectro regulada en el art. 12 LT, se garantiza el acceso al espectro de uso libre a todos los sectores de la población que así lo requieran, quienes pueden optar por este último o por el de uso regulado participando en las subastas de forma indiscriminada.

De lo dicho resalta que el argumento del legislador consiste por un lado en que el procedimiento de subasta que contempla la LT es público y abierto en cuanto a su acceso y

participación y que por ello se respeta el principio de igualdad del art. 3 inc. 1° Cn. y, por el otro, que contemplar la subasta para adjudicar frecuencias de uso regulado resulta compatible con dicho principio porque existen paralelamente frecuencias de uso libre, a los que cualquier persona puede acceder.

Tales fines, así expuestos, se consideran como *constitucionalmente legítimos*, porque pretenden brindar equidad de trato a los interesados en ser concesionarios del espectro radioeléctrico y cumplir el mandato que constituye el principio de igualdad; asimismo, se afirma que hay relación entre las finalidades perseguidas por la norma y la medida concretamente impugnada, pues, aunque no sea la única manera posible de llevarlo a cabo, la subasta pública permite materializar la concesión de servicios públicos necesarios para la comunidad.

c. El Legislativo, haciendo uso de su libertad de configuración, estableció como procedimiento de selección la subasta pública, que implica, esencialmente, la invitación abierta que hace la Administración Pública, cuando existe más de un interesado, para que sujetándose a las bases fijadas en un pliego de condiciones técnicas, y cumplido el procedimiento correspondiente, otorgue la concesión a aquél interesado que haya formulado la propuesta más favorable en términos económicos. Lo anterior indica que se optó por un mecanismo de selección, basado en el principio de transparencia, en donde su objetivo principal fue garantizar que el espectro acabe en manos de quienes maximizan su valor, lo que además de garantizar más ingresos al Estado, aseguraría un uso eficiente del espectro radioeléctrico.

Dada esta naturaleza, la subasta como mecanismo por el cual se ha optado, supone la observancia de tres principios fundamentales: (i) la libre competencia, entendida como la posibilidad de oposición entre todos los interesados ofertantes; (ii) la igualdad entre los proponentes, a quienes la administración debe garantizar, desde el comienzo del procedimiento de subasta hasta la formalización de la concesión, las mismas facilidades para que hicieran uso de sus ofertas sobre bases idénticas; y (iii) el principio de transparencia.

No obstante, cabe mencionar que en las disposiciones impugnadas relativas al procedimiento de subasta como mecanismo de selección y adjudicación de concesionarios, no se advierte *a priori* que el Legislativo haya introducido *formalmente* alguna condición discriminatoria para acceder a participar en tal procedimiento, es decir no ha plasmado una característica entre sujetos que sirva para diferenciarlos. Al haberse establecido en el inciso tercero del art. 82 LT la condición de la “mayor oferta económica” para determinar a quién adjudicar la concesión, este Tribunal advierte que en concreto *el término de comparación propuesto no ha sido la exclusión arbitraria que, de forma implícita, conlleva el procedimiento de selección y adjudicación de concesionarios para explotar frecuencias del espectro radioeléctrico en razón de su capacidad económica*, en los casos en que exista oposición por las solicitudes realizadas, sino que el diseño de la subasta escogido por la ley, se base en factores de mercado, cuyos objetivos son maximizar los ingresos y la eficiencia técnica y económica, razón

por la cual se atribuye el espectro a quienes lo pueden aprovechar mejor y tener una incidencia positiva en el desarrollo económico.

D. Importante es destacar que cuando en El Salvador se suprimió el monopolio en el sector de telecomunicaciones y se introdujo el régimen de libre competencia de mercado, se partió de la adecuación de la prestación de servicios universales al nuevo entorno de competencia. Consecuencia de lo anterior, el legislador determinó y concibió al recurso demanial, como una *unidad productiva*, en donde el sector privado, al contar con la capacidad necesaria para operar e invertir eficientemente en unidades de negocios, así como en obras de infraestructura, lograría un desarrollo que promovería el crecimiento e influiría directamente en la generación de empleo productivo y en la ampliación de la cobertura y calidad de los servicios de comunicación.

El marco regulatorio establecido en 1996, invalidó el régimen de monopolio de titularidad estatal para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, dando paso a un marco regulatorio que, conforme lo establecen los considerandos de la ley, buscaría “fomentar la libre competencia y la eliminación de la arbitrariedad administrativa”. Así también, el legislador consideró: “VII. Que las necesidades de recursos financieros en el sector telecomunicaciones requieren de grandes inversiones, y siendo que el Estado debe afrontar prioridades en el área social, es indispensable contar con recursos provenientes del sector privado”.

Bajo los nuevos parámetros del mercado aplicables al sector telecomunicaciones, y siendo el espectro de frecuencias radioeléctricas, *la materia prima* de todo sistema de radiocomunicación, es un activo inmaterial sujeto a la soberanía de cada Estado y al ejercicio de sus poderes soberanos; en consecuencia, *el legislador convirtió al espectro radioeléctrico en un recurso más de la economía, en donde el mercado sería el encargado de su distribución*. De manera que *la adjudicación de dicho recurso en un proceso de subasta a la mayor oferta económica, sujeto a las fuerzas competitivas del mercado, tiene su base la maximización de los beneficios a los usuarios finales*, pues dicho mecanismo presenta la ventaja de ser económicamente rentable, transparente y rápido en relación con otros métodos de asignación, con el objetivo de reflejar el valor de mercado de los derechos de utilización del espectro para la Administración Pública que las organiza.

Por lo anterior, *el establecimiento de la mayor oferta económica como criterio para la determinación del adjudicatario de la concesión, obedece al hecho de que, al ser el espectro electromagnético un bien escaso, la ley lo consideró un factor de producción, a través del cual se garantizaría la promoción del desarrollo económico y la utilización de nuevos servicios, redes y tecnologías, maximizando los beneficios sociales y económicos de dicho recurso, en beneficio de la colectividad, por lo que la forma de adquisición de dicho bien, se basó únicamente en principios de eficiencia técnica y económica*.

E. No obstante, para los servicios de radio y televisión, por la naturaleza de éstos servicios, el parámetro económico como único requisito objetivo para la asignación no es suficiente, ni resulta efectivamente conducente para garantizar el acceso al uso de ese bien demanial para la satisfacción del pluralismo informativo, ya que se trata de servicios esenciales a la comunicación a partir de los cuales, tanto la radio como televisión abierta, se constituyen en herramientas al servicio de las libertades, la democracia y el pluralismo, dada la capacidad de penetración de esos medios de comunicación y su incidencia, según sea el uso que se le den a los mismos.

7. A. Ahora bien, como se dijo en la Inc. 91-2007, dado que en el marco de un sistema democrático las libertades de expresión e información tienen como función formar una opinión pública libre y que comprenden el derecho a recibir opiniones y hechos, respectivamente, *la pluralidad de fuentes informativas* y *la apertura a las diversas corrientes de opiniones y hechos* constituyen un requisito *sine qua non*, pues garantizan a los ciudadanos la posibilidad de ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas, contribuyendo a formar su opinión y conocimiento para su posterior manifestación o difusión.

Dicho *pluralismo informativo* se entiende como la existencia de una diversidad de medios independientes y autónomos, así como de contenidos heterogéneos a disposición del público, sin la cual la libre comunicación de opiniones y hechos no resultaría efectiva, ya que los destinatarios y receptores de las libertades de expresión e información no estarían en condiciones de ejercitar la libre elección entre tendencias diversas, sin que los intereses privados y los poderes públicos intenten sustituirlos en sus propias decisiones.

Además de esto, el pluralismo informativo tiene una doble implicación: (i) la no existencia de limitación alguna en cuanto a la orientación ideológica de los medios masivos de comunicación social—lo que conduce a que el público pueda recibir informaciones y opiniones desde diversas perspectivas ideológicas—; y (ii) evitar la concentración de los medios masivos en pocas personas, impidiendo la formación de oligopolio o monopolio de los mismos.

Precisamente a través de la información que brindan los medios de comunicación es que las personas adquieren los elementos cognitivos necesarios para entender, contextualizar y evaluar el entorno jurídico y político y los hechos de trascendencia e impacto para la comunidad, promover el debate ciudadano y arribar a la solución de problemas. De igual forma, los medios de comunicación social en su quehacer democrático, además de informar a la sociedad, permiten la apertura de un foro para el debate público, que permite a los ciudadanos dialogar con las autoridades públicas por vías institucionales, así como opinar o realizar cualquier contribución respecto de la toma de decisiones públicas y de políticas gubernamentales de interés general.

Respecto del rol que juegan los medios de comunicación en una democracia, el Tribunal Constitucional alemán ha expresado que éstos “ejercen una decisiva influencia en la formación del vínculo entre la ciudadanía y los órganos del Estado, así como para su control y la integración

de la comunidad en todas las esferas de la vida. Ellos le proveen al ciudadano la información requerida sobre los sucesos actuales y sobre los desarrollos que se dan en el Estado y en la sociedad. Posibilitan la discusión pública y dan lugar para que se pueda difundir el conocimiento de las diferentes opiniones, dándole a los particulares y a los diferentes grupos de la sociedad la posibilidad de influir en la formación de la opinión, y de que se conviertan en factor decisivo en el permanente proceso de la formación de la voluntad y la opinión pública.” (BVerfGE 12, 113, [125]).

Asimismo, la CrIDH ha manifestado que los medios de comunicación son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (0C-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrs. 71,72 y 74).

Por todo lo anterior, se afirma que mientras más información tenga una sociedad y entre más diversas sean sus fuentes, en mejor condición se encuentra para evaluar su entorno político y tendrá mayores y mejores oportunidades de participar sustantivamente en la construcción de un sistema democrático; ante lo cual uno de los retos de una sociedad democrática es procurar el acceso a los medios de comunicación social, evitando que éstos operen sólo como instrumentos de persuasión de consumidores y electores o como vehículos generadores de ganancias para ciertos sectores económicos.

B. En este orden de ideas, cuando por decisión del Constituyente, la gestión de un servicio reservado al Estado se abre a los particulares, como hizo para los servicios de radio y televisión de libre recepción, la garantía institucional de la libre competencia económica e igualdad en el terreno económico, cobran plena vigencia. El criterio de la mayor ponderación económica dentro de la subasta pública, ordenada por la LT como método para la asignación del espectro radioeléctrico, busca la promoción de la productividad como el estímulo de la competitividad, logrando la maximización de los ingresos y la eficiencia económica.

El ejercicio del derecho fundamental de fundar medios de comunicación masiva, que utilizan el espectro electromagnético, no es absoluto; por el contrario, requiere de la intervención estatal en razón del carácter demanial que ostenta, a fin de garantizar el pluralismo informativo y la competencia y con el objeto de preservar y desarrollar las finalidades sociales inherentes a los servicios radiales y televisivos de libre recepción.

La libertad de establecer tales medios de comunicación es un derecho fundamental de aplicación inmediata. A través de los medios masivos de comunicación, se difunde la información bien sea en forma escrita, oral o audiovisual. En tal sentido, la libertad de crear estos medios implica la libertad de transmitir o emitir información con independencia del medio utilizado para ello. No obstante, la modalidad del medio de comunicación no es irrelevante para el ejercicio de los derechos a expresar, opinar e informar, pues, mientras que en algunos casos solo es suficiente con disponer del recurso económico para difundir el pensamiento u opinión –

prensa escrita o digital–, en otros se utiliza bienes demaniales para ejercer los derechos propios de esta actividad.

Esta distinción es importante, ya que los medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético tienen un tratamiento jurídico especial reconocido por la ley, al establecer un régimen especial en la LT para la promoción de dichos servicios. El espectro electromagnético al ser un bien demanial se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado. A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la radio y televisión abierta necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético. Por consiguiente, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación; aquellos que no usan el espectro y, en consecuencia, no se encuentran sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control, siendo dicha restricción, el número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, lo que torna imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de radio y televisión de libre recepción.

8. Por esas condiciones particulares del cupo limitado de frecuencias y espacios e imposibilidad de que todas las personas naturales o jurídicas puedan fundar medios de comunicación, *la solución de la subasta pública con el criterio de asignación única a la mayor oferta económica, como mecanismo exclusivo contemplado en la LT, para el acceso a dicho recurso demanial, no responde al principio de proporcionalidad e igualdad garantizado en el ordenamiento constitucional.*

En cuanto al principio de proporcionalidad, si bien la finalidad del legislador es constitucional –la maximización de recursos al Estado y el uso eficiente del espectro–, la adopción de la subasta pública, como única modalidad concreta para la adquisición del espectro radioeléctrico, con un único requisito subjetivo de adjudicación (la oferta económica de más valor), va más allá de la intensidad que sería necesaria para un cumplimiento eficaz de la finalidad perseguida; pues al no existir otro mecanismo o modalidad alternativo u otros criterios subjetivos de selección, reduce el derecho de fundar medios de comunicación, que se deriva por el uso del espectro radioeléctrico; en consecuencia, para cumplir con el principio de proporcionalidad, el legislador está obligado a establecer una regulación adicional que preste una protección al derecho a constituir tales medios de comunicación.

El Órgano Legislativo está en la obligación de tomar en cuenta otros criterios, distintos del factor económico para la asignación del espectro radioeléctrico, con la finalidad de fundar medios de comunicación, tales como, el servicio objeto de concesión; las modalidades de prestación del servicio; el área de cobertura del mismo; las frecuencias o bandas de frecuencias a utilizar y las características técnicas de los equipos; el plan mínimo de expansión del servicio; el plazo para iniciar instalaciones y operaciones; el régimen técnico en general y las condiciones de calidad del servicio; los derechos de los programas de transmisión cuando fuere procedente; todo ello garantizará a la sociedad la permanente apertura de un proceso de comunicación que

vivifique la democracia y la cultura y que sea autónomo respecto de los centros de poder económico y político, a partir del cual, el ejercicio del derecho de información, a través de cualquier medio, debe ser realizado de forma libre y autónoma, sin interferencia estatal ni de política partidaria.

Es en la autonomía en el ejercicio de tal derecho constitucional, que se centra el verdadero derecho social, a partir del cual la radio y televisión de libre recepción no sean controladas por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia y el pluralismo.

Haciendo uso de su libertad de configuración en esta materia, el legislador estableció como procedimiento único de selección del concesionario, la subasta pública. En el caso de la asignación de bandas del espectro radioeléctrico con la finalidad de fundar medios de comunicación, el legislador debe emplear mecanismo que mejor garantice la igualdad de oportunidades y prevenga la concentración de los medios de comunicación en unos pocos, privilegiando métodos de selección con diversos criterios. Con ello la asignación de bandas del espectro radioeléctrico se puede alcanzar en igualdad o mejores condiciones cuando se utiliza el proceso de selección objetiva, en donde se establezcan criterios de selección adicionales a la mayor oferta económica, tales como: la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y desde el punto de vista económico; la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo.

Sentadas las anteriores premisas, resulta que *el método de la subasta no se constituye en el único mecanismo de asignación del espectro radioeléctrico, por lo que este Tribunal advierte que existe una infracción al principio de proporcionalidad respecto de la finalidad perseguida, sin que ello signifique que el método escogido por el legislador de la subasta es per se inconstitucional.*

9. A. Respecto de la inconstitucionalidad por omisión, la jurisprudencia emitida por esta Sala ha sostenido que tal instrumento de protección reforzada es aplicable en nuestro Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución –resolución de 5-XI-1999, Inc. 18-98–. Fundamentalmente, de acuerdo con la citada decisión –reiterada en la sentencia de 28-IV-2000, Inc. 2-95–, las razones que han sido argüidas para justificar la inconstitucionalidad por omisión son la fuerza normativa de la Constitución y su rango de supremacía, y la fuerza normativa de los derechos fundamentales.

La Sala ha sostenido que, en el Estado actual, los textos constitucionales contienen una serie de mandatos que requieren actuaciones concretas por parte de los órganos públicos, las

cuales son tan necesarias que la Constitución podría vulnerarse si no se llevan a cabo –sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004–.

Por lo general, la existencia de esta clase de disposiciones de mayor apertura se traduce en una serie de *mandatos al legislador*, las cuales no son meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, sino verdaderas órdenes jurídicas que obligan al emisor a conectarles con otras de desarrollo infraconstitucional para perfeccionar su plenitud aplicativa. Ante esa diversidad de prescripciones constitucionales, el ordenamiento jurídico debe tener mecanismos y vías de defensa contra su infracción –sea por acción o por omisión–, porque de otra forma se generaría su violación sin consecuencias y se negaría el carácter de norma jurídicamente vinculante de la Constitución.

En efecto, debe tenerse en cuenta que la supremacía constitucional no sólo implica límite al poder, a manera de referente negativo, sino que, por el contrario, también conlleva a considerar a la Ley Suprema como un proyecto normativo de obligatorio cumplimiento. Así, *la falta de realización de estas obligaciones es también una violación a la supremacía constitucional*, pues si se dejara la opción de cumplirlas o no, a discreción de los poderes ordinarios o constituidos, se los colocaría en el mismo nivel del Constituyente.

Por lo tanto, la aceptación del instituto de la omisión vulneradora de la norma constitucional se refleja en obligaciones de hacer, para cuya efectividad está diseñado el mecanismo procesal de control de las inconstitucionalidades por omisión –sentencia de Inc. 37-2004, ya citada–.

B. En este orden, como se expuso en resolución de 21-IX-2012, Inc. 53-2012, así como en sentencia de 22-VIII-2014, Inc. 43-2013, el Órgano Legislativo–como poder constituido– es una de las entidades con potestades normativas destinatarias de los encargos constitucionales, al cual le corresponde proveer de un marco jurídico eficaz para la garantía y protección de los derechos fundamentales. Por ello, si bien el margen de acción estructural que detenta le permite escoger el contenido de las leyes entre un número de alternativas de acciones válidas constitucionalmente –o cuando menos, no contrarias a la Constitución–, lo cierto es que no tiene discrecionalidad para decidir cuándo ejecutará el encargo. Los límites están fijados por la Constitución y, en concreto, por la razonabilidad del intervalo transcurrido sin que el encargo se haya verificado.

En el presente caso, se deberá *declarar la inconstitucionalidad por omisión*, debido que la Asamblea Legislativa no incluyó en la LT, la regulación que garantice mecanismos alternos además de la subasta, para la adquisición del derecho a explotar el espectro radioeléctrico para los distintos servicios que se brindan a partir de dicho recurso demanial, especialmente, los servicios de radio y televisión abierta, teniendo en cuenta los derechos fundamentales que entran en juego, como son el ejercicio del derecho fundamental de fundar medios masivos de comunicación y el derecho a estar informado.

Y es que, la obligación de progresividad que tienen los poderes públicos en la promoción de los derechos fundamentales, impone a estos el compromiso de desarrollar su contenido en el tiempo y a hacerlo de manera gradual, de acuerdo con los contextos históricos, culturales y jurídicos. Dicha obligación no constituye una habilitación abierta en el tiempo que permita a los poderes públicos postergar de manera indefinida la protección o garantía de un derecho.

Ahora bien, la no emisión de disposiciones que desarrollen diferentes métodos para la gestión del espectro radioeléctrico, para los servicios de radio y televisión abierta, no invalida las concesiones otorgadas a través de la subasta pública.

C. Corresponde ahora determinar los efectos de esta sentencia, respecto de la omisión legislativa. Tal como quedó argumentado, la Asamblea Legislativa ha omitido crear disposiciones jurídicas que tengan como finalidad la eficacia del derecho a fundar medios de comunicación, a partir de las cuales se establezcan métodos alternos a la subasta pública, para los servicios de radiodifusión sonora de libre recepción y radiodifusión televisiva de libre recepción; en consecuencia, es pertinente que la Asamblea Legislativa emita la normativa en la que fije de manera clara, precisa, organizada y sistemática las condiciones relativas a dichas modalidades o mecanismos que presuponen esa regulación.

Tal señalamiento se formula con respeto hacia el margen de acción estructural que el Legislativo tiene en el tema, para propiciar la colaboración entre este Tribunal y el órgano representativo por excelencia. No obstante, dado que la omisión actual de protección legislativa que afecta al derecho fundamental establecido en el art. 6 Cn. –derecho a la información– es manifiesta y que, además, reclama una respuesta institucional, es indispensable fijar un término para que la Asamblea Legislativa expida la normativa que dé cumplimiento a la mencionada disposición constitucional.

La duración del término en el cual se espera que el Legislativo expida la regulación destinada a superar el vacío normativo constatado depende, por lo menos, de dos circunstancias. (i) la primera, del hecho incuestionable que la ausencia de una previsión suficiente y adecuada tiene el efecto pernicioso de prolongar la desprotección del derecho fundamental infringido; (ii) la segunda, que el legislador requiere de un lapso suficiente para debatir el asunto y para darle el alcance que considere pertinente, pues debe recordarse que el órgano mencionado se rige por los principios democrático, pluralista y por el libre debate.

Por tanto, *se impone señalar que la Asamblea Legislativa, a más tardar el 31 de diciembre del presente año, emita la normativa en la que se regule de manera clara, precisa, organizada y sistemática los mecanismos alternativos para la adjudicación de la concesión para la explotación del espectro radioeléctrico, que operarán de forma adicional al de la subasta pública, contenidos en los arts. 81 inc. final, 82, 83, 84, 85 y 100 de la LT.*

Se aclara que siendo la SIGET, la entidad facultada para adjudicar el recurso demanial, conforme lo establecido en esta sentencia, será quien deberá examinar las ventajas y los

inconvenientes de la utilización bien sea de la subasta o de cualquiera de las modalidades de asignación del espectro a desarrollar por el legislador, en función de sus prioridades, debiendo determinar cuál de los mecanismos es el adecuado para alcanzar los diversos objetivos que se ha fijado, tales como, la modernización de su infraestructura de comunicaciones, el nivel de inversiones, el nivel de desarrollo económico del país para la prestación de servicios relacionados con la utilización del espectro, entre otros factores, debiendo tomar en cuenta que, cuanto mayor sea el nivel de desarrollo de la infraestructura de comunicaciones y de la economía, más propicias serán las condiciones para la inversión y, cuanto menores sean los obstáculos a la participación, más fuerte será la demanda de acceso al espectro, lo que favorecerá la competencia y permitirá aumentar los ingresos del Estado.

10. En cuanto a los arts. 115 inc. 2° y 126 inc. 2° LT, que se refieren a las concesiones para la explotación del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y servicios de radiodifusión de televisión de libre recepción, y a su otorgamiento por un plazo de veinte años, prorrogables automáticamente por períodos iguales, los demandantes alegaron su inconstitucionalidad por tres motivos específicos: (i) por vulneración a la libertad de expresión e información, consagradas en el art. 6 inc. 1° Cn., (ii) por vulneración a la prohibición de monopolios y prácticas monopolísticas, establecida en el art. 110 incs. 1° y 2° Cn.; y (iii) por la inobservancia a los principios –parámetros– constitucionales sobre concesiones, conforme a los arts. 110 inc. 4° y 120 Cn.

Como punto de partida, es de hacer notar que en los artículos objetados como inconstitucionales, los plazos de vigencia de las concesiones que se otorgan –veinte años– y las prórrogas automáticas de las mismas por el mismo periodo, ciertamente conllevan en la práctica a que la prestación de servicios de radiodifusión sonora y de radiodifusión de televisión de libre recepción, se mantengan y concentren por períodos prolongados en los mismos concesionarios.

Como parte fundamental del mecanismo y procedimiento de asignación de las bandas de frecuencias, se encuentra la *duración de las concesiones*, elemento que juega un papel primordial en el desarrollo de nuevas tecnologías que, en general, necesitan de un tiempo de asentamiento, por lo que estos desarrollos se ven potenciados en entornos dotados de suficiente certidumbre.

A. La importancia que adquiere el derecho a la información dentro de las sociedades, radica en el hecho que a los ciudadanos les resulta imposible acceder, por su propia cuenta, a toda la información que necesita para formarse una opinión completa y veraz sobre los acontecimientos de su interés, por lo que los operadores de los servicios de radiodifusión de libre recepción radial y televisiva –agencias de prensa, periódicos, periodistas independientes, entre otros– se convierten en los canalizadores y, por lo tanto, en los principales responsables del libre flujo de ideas y de la formación de una opinión pública libre.

El derecho a informar tiene dos dimensiones complementarias: (i) la llamada dimensión sustantiva, que implica el ejercicio de los derechos de libertad y autonomía, así como la

posibilidad de difundir hechos noticiosos sin que pueda censurarse la información; y (ii) la llamada operativa o funcional, que supone la garantía de las condiciones estructurales u operativas necesarias para el ejercicio pleno, sin restricciones, de esta libertad, dotándola de un plazo que ofrezca certidumbre, en condiciones tales que aseguren que el reto empresarial que acompaña necesariamente la fundación del medio de comunicación, no será obstaculizado desde el propio Estado.

Los arts. 115 inc. 2º y 126 inc. 2º LT, consagran prórrogas automáticas a las concesiones de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión abierta, prórrogas que, como la definición propia del vocablo “automático” lo indica, suponen que la concesión continuará funcionando por sí sola; es decir, sin necesidad de verificación o constatación estatal, respecto de las condiciones de la prestación de los servicios que tratan; y al ser el espectro radioeléctrico un recurso limitado en su cupo, la “automatización” de la prórroga de la concesión, cierra el paso o la posibilidad a las demás personas que pretendan ofrecer dichos servicios.

Del contenido de los arts.115 inc. 2º y 126 inc. 2º LT, se observa que el prolongado período de tiempo por el cual se otorgan las concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico y la prórroga automática de las mismas por iguales períodos –sin necesidad de solicitud o procedimiento alguno ante la autoridad administrativa correspondiente–, ciertamente impide la libre concurrencia de oferentes e interesados en las concesiones y, por ende, la libre competencia en el mercado de telecomunicaciones.

B. Asimismo, en relación con la finalidad señalada en el art. 2 letra c) LT –relativa a la necesidad de desarrollar un mercado de telecomunicaciones competitivo en todos sus niveles–, el mecanismo de concesión con prórrogas automáticas por períodos prolongados de tiempo incumple el principio de proporcionalidad pues, si bien los contratos administrativos para explotar un bien de dominio público o para prestar un servicio público o esencial en condiciones de regularidad y continuidad deben ser de vigencia temporal lo suficientemente prolongada, para que el particular que lo desarrolle logre rentabilizar y amortizar las inversiones que para ello hubiere llevado a cabo, esto no debe significar la perpetuidad del contrato, pues dicho caso más que una concesión se convertiría fácticamente en un privatización del bien demanial o servicio público o esencial.

Además, esto conlleva también a afirmar que las prórrogas automáticas de concesiones por períodos de veinte años para explotar frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y servicios de radiodifusión de televisión, de libre recepción, pudiesen implicar un obstáculo para la democratización de los medios informativos, ya que al ser la democracia un sistema de gobierno que atribuye la responsabilidad final a las personas para que decidan cómo quieren vivir, supone que el público tenga toda la información relevante y esté completamente informado cuando realiza ese juicio y que sea consciente de los puntos de vista opuestos o en conflicto sobre todas las cuestiones.

Lo anterior también fue sostenido por el Fiscal General de la República en su intervención, al expresar que las prórrogas automáticas contenidas en las disposiciones impugnadas provocan repercusiones adversas al derecho a la libertad de expresión, en la medida en que constituye un mecanismo restrictivo para el acceso de otros segmentos de la sociedad al espectro radioeléctrico, obstaculizando la pluralidad y, por tanto, la aparición de nuevas formas de deliberación democrática.

C. Este Tribunal no puede desconocer que la prórroga de las concesiones para cualquier servicio u obra pública, puede ser en ocasiones aconsejable para la Administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial de la concesión. De ahí que *la inconstitucionalidad radica en el carácter “automático” de la prórroga y no en la prórroga misma, puesto que no se trata de una imposición del legislador sino de una facultad de la Administración que, como todas las de su clase, debe ser ejercida dentro de parámetros de racionalidad y proporcionalidad.*

La prórroga de la concesión de los derechos de explotación del espectro radioeléctrico, se constituye en un instrumento que en ocasiones puede utilizar el Estado, pues pueden existir situaciones en las que la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos o servicios esenciales, hagan aconsejable la extensión del plazo inicial de la respectiva concesión; además la prórroga, por una parte, no impide el derecho de las demás personas a participar en igualdad de condiciones en procesos de adjudicación futuros, mientras exista la posibilidad técnica de que el Estado pueda ordenar nuevas asignaciones para la explotación de servicios y actividades de telecomunicaciones mediante el espectro electromagnético; y por otra, puede efectuarse con el objeto de recuperar la inversión técnica financiera con el fin de evitar una ruptura del equilibrio de la concesión; por lo que se vuelve una herramienta muy valiosa y útil.

En materia de concesiones públicas, el legislador está dotado de un margen de configuración normativa, que en principio lo habilita para diseñar mecanismos que le permitan a las entidades estatales lograr la continuidad en la prestación de los servicios públicos y esenciales –como el de la prórroga de la concesión para la explotación de todos los servicios que utilizan el espectro radioeléctrico–; en tales casos, la “automaticidad” se constituye en el elemento que restringe el acceso democrático al uso del espectro electromagnético o la garantía de igualdad de oportunidades, el derecho a la libre competencia de los demás ofertantes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras para poder ofrecer dichos servicios; la característica automática, impide que el Estado ofrezca y garantice a todos los ciudadanos que aspiren a utilizarlo el acceso al mismo.

En conclusión, es evidente que la prórroga automática de las concesiones de actividades y servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción, constituye una limitación

irrazonable del derecho a la libre competencia, porque obstaculiza la participación de otros ofertantes que estén capacitados técnica y financieramente en la prestación de dichos servicios.

De acuerdo a lo expuesto, es dable afirmar que *la expresión “automáticamente”, del inciso segundo del art. 115 y del segundo inciso del art. 126, ambas disposiciones de la LT, vulnera la libre competencia del art.110 Cn., por lo que debe estimarse en este punto la pretensión de los demandantes; quedando eliminado del texto de las disposiciones referidas, el vocablo “automáticamente”*; la Asamblea Legislativa debe desarrollar la normativa respecto de las condiciones en que se llevarán a cabo las prórrogas sobre dichos servicios, regulación que deberá contener al menos, la obligación estatal de evaluar el cumplimiento de las condiciones establecidas, la gestión de los bienes y recursos involucrados y la responsabilidad de los concesionarios.

Ahora bien, no debe ignorarse que, conforme la LT las causales de revocación contenidas en el art. 124 de la LT, son los únicos requisitos que posibilitan la no prórroga de las concesiones existentes vigentes, es decir: (i) la ausencia de pago o pago incompleto de la contribución especial establecida en el art. 116, veinte días después de finalizado el plazo, previa audiencia al concesionario; (ii) la no utilización por cualquier causa de la frecuencia asignada, por un año; y (iii) el no contar con los respectivos permisos o autorizaciones para la transmisión de los programas.

11. En cuanto al art. 118 inc. 2° LT, por violación refleja del art. 144 inc. 2° Cn. – específicamente respecto de la libertad de expresión consagrada en el art. 6 inc. 1° Cn.–, ante la presunta vulneración de los arts. 1.1 y 13 CADH, se tiene lo siguiente:

A. Los actores fundamentan su argumento en que el art. 118 inc. 2° LT establece una separación de frecuencias en AM y FM que es, según ellos, rígida y excesiva, lo cual no permite la utilización eficaz del espectro radioeléctrico, ya que impide que existan más canales susceptibles de ser aprovechados a fin de permitir la concurrencia de más operadores de radiodifusión sonora, obstaculizando a su criterio la libertad de expresión e información.

En este orden, el argumento de los demandantes es que entre menos separación exista entre frecuencias de AM y FM, mayor número de canales habrá para permitir la libertad de expresión e información; y, a la inversa, cuanto mayor sea la separación entre frecuencias, menor será el pluralismo informativo en detrimento de las libertades aludidas y de la democratización de los medios de comunicación.

Sobre lo anterior, en específico mediante la aplicación de la regla general en el tema de comunicaciones referente al ancho de banda, la separación mínima entre frecuencias adyacentes de canales en FM, es recomendado 200 Khz, con la añadidura de 100 Khz de margen por lado, a efecto de mejorar la calidad de transmisión y evitar en lo posible el ruido e interferencia, lo que resulta en una *separación total óptima entre canales adyacentes de 400 Khz.*

Con respecto a los canales de frecuencias AM, los estándares técnicos establecen una anchura de banda deseable de +/- 15 KHz, añadiendo como separación de seguridad otros +/- 7.5 KHz de margen a cada lado del canal, *lo que arroja una separación óptima entre canales adyacentes de 30 KHz.*

Al cotejar lo expuesto con el contenido del art. 118 inc. 2° LT, se observa que en el mismo se cumplen dichos parámetros sobre anchos de banda deseables y de separación óptima entre frecuencias adyacentes, precisamente para evitar interferencias perjudiciales y permitir la transmisión de información con una calidad aceptable; por el contrario, si la separación entre frecuencias fuera menor, como lo pretenden los actores, ciertamente habrían más canales disponibles pero con mayores posibilidades de saturaciones e interferencias entre transmisiones, en menoscabo de la calidad de la información contentiva y del libre ejercicio a la libertad de expresión.

B. En este sentido, esta Sala estima que el contenido del art. 118 inc. 2° LT –al ser conforme a los parámetros técnicos detallados sobre anchos de banda y separación deseada de frecuencias– no implica una vulneración a la libertad de pensamiento y expresión que reconoce el art. 13.1 CADH, ni a la obligación de respetar derechos que señala el art. 1.1. CADH, pues, lejos de impedir a las personas la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, lo establecido en la disposición impugnada permite un mejor ejercicio de tales libertades al posibilitar una mejor calidad de la transmisión y recepción de información y datos, evitando interferencias perjudiciales entre canales adyacentes, tanto de FM como de AM, según las condiciones de la actual tecnología.

En consecuencia, *tampoco la disposición impugnada vulnera por acto reflejo el art. 144 inc. 2° Cn. –en relación con la libertad de expresión consignada en el art. 6 inc. 1° Cn.–* Por todo lo expuesto, dicho motivo se *desestimará* en esta sentencia.

12. En relación con la inconstitucionalidad por omisión parcial de la LT por la presunta transgresión al art. 110 incs. 1° y 2° Cn., se tiene lo siguiente:

Esta pretensión de los ciudadanos parte del argumento que, en su conjunto, la LT no garantiza la libertad de expresión al carecer de mecanismos para evitar los monopolios y prácticas monopolísticas en la utilización y explotación del espectro radioeléctrico, particularmente al no haber considerado el legislador un límite al número de concesiones que sobre el mismo puede tener una persona natural o jurídica, lo que implica que *–así expuesto– el alegato reprocha la falta de previsiones normativas para evitar prácticas anticompetitivas en el mercado de telecomunicaciones.*

Ante la omisión alegada, es necesario advertir si en el artículo propuesto como parámetro de control existe efectivamente un mandato al legislador, pues ello derivaría en la consecuente obligación de emitir la normativa pertinente para darle concreción a lo establecido por el Constituyente.

Al respecto, del texto del art. 110 incs. 1° y 2° Cn. *no se advierte un mandato expreso que implique la obligación de legislar, sino más bien dos prohibiciones concretas: la de autorización de monopolios* –con la excepción de los estatales y municipales–, y *la de prácticas monopolísticas*, es decir de conductas contrarias a la libertad empresarial y a la protección de los consumidores –art. 110 inc. 2° Cn.–, así como a los principios de justicia social que deben orientar el orden económico y la promoción del desarrollo económico, conforme al art. 101 Cn.

En atención a esto, al hacer una interpretación sistemática de la disposición aludida, en relación con el resto del articulado del Título V de la Constitución dedicado al orden económico donde aquélla se ubica, se infiere que la intención del Constituyente de 1983 fue que el legislador ordinario proveyera los cuerpos normativos necesarios para fomentar el desarrollo económico y evitar la existencia de las prácticas contrarias al mismo, particularmente a la libertad de empresa y a la libre competencia entre agentes económicos; en este sentido el mandato al legislador en dicho parámetro de control se encuentra implícito.

Al haber identificado la existencia de un mandato de legislar, corresponde ahora examinar si existe efectivamente una concreción normativa con respecto a la obligación señalada y si, en todo caso, ésta es eficaz para evitar la existencia de prácticas anticompetitivas en el mercado de telecomunicaciones, como lo han manifestado los demandantes.

En análisis del contenido de la LT, se observa que si bien ésta reconoce a la SIGET como la institución rectora en materia de telecomunicaciones, con capacidad de administración, de gestión y, por ende, de vigilancia en dicho ámbito, ésta *carece de facultades normativas para ejercer controles a priori*, a efecto de evitar situaciones y prácticas que falseen o alteren las condiciones de competencia en ese sector.

En este sentido, ciertamente la ausencia en la LT de mecanismos de control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas con respecto al mercado de telecomunicaciones puede generar la acumulación de porciones significativas del espectro radioeléctrico en pocos concesionarios, la posición predominante de proveedores importantes que estén en las capacidades materiales de afectar la competencia en dicho mercado, así como posibles acuerdos colusorios.

Tal situación devino principalmente por la derogatoria en la LT del art. 111, que regulaba las “Prácticas restrictivas de la competencia”, por el Decreto Legislativo n° 528/2004, de 22-XII-2004, publicado en el Diario Oficial n° 240, tomo 365, de 23-XII-2004, que contiene la Ley de Competencia (a continuación: “LC”), particularmente por el art. 57 letra f) de esta ley. En el referido art.111 se autorizaba a SIGET a limitar el acceso a determinadas personas naturales o jurídicas a los procesos de concesión de espectro y la transferencia de los respectivos derechos de explotación, cuando ello pudiera limitar significativamente el nivel de competencia en el mercado o limitar el acceso de nuevos competidores.

No obstante lo anterior, al tratarse el punto en análisis de las formas de control sobre prácticas restrictivas a la competencia en un mercado económico, es necesario considerar que en

la LC el legislador ha establecido disposiciones concretas en las que se detallan las conductas que son consideradas como prácticas anticompetitivas, entre las que se encuentran: (i) el acuerdo entre competidores, art. 25 LC; (ii) las prácticas anticompetitivas entre no competidores, arts. 26 a 29 LC; (iii) el abuso de posición dominante, art. 30 LC; y (iv) las concentraciones, arts. 31 a 36 LC. Aunado a esto, el art. 46 inc. 2° de esa misma ley, contempla la posibilidad de identificar nuevas modalidades de prácticas competitivas, es decir distintas de las señaladas en los artículos detallados, en atención al dinamismo de los mercados económicos y las relaciones comerciales que en los mismos ocurren.

En congruencia con la identificación de prácticas anticompetitivas, en la LC, arts. 37y siguientes, se contemplan un régimen sancionatorio a ser aplicado por la Superintendencia de Competencia como ente rector en dicho ámbito, de acontecer las infracciones señaladas.

El alcance de las anteriores disposiciones de Derecho de Competencia tiene aplicación en materia de telecomunicaciones –sin que exista antinomia alguna–, pues, como lo establecen los arts. 1 inc. 1° y 2 inc. 1° LC, dicha normativa tiene por objeto proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, siendo, por tanto, aplicable a todos los agentes económicos, sean personas naturales, jurídicas, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas, o cualquier otro organismo que tenga participación en las actividades económicas.

En este orden, se concluye que, *a pesar que la LT no contempla expresamente mecanismos para el control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas con respecto al mercado de telecomunicaciones, dicha omisión normativa se suple mediante la integración de lo consignado en la LC, por lo cual corresponde a la Superintendencia de Competencia verificar y controlar la existencia de agentes dominantes o alteraciones significativas, actuales o potenciales, de la libre competencia en los diversos sectores de telecomunicaciones, en específico para evitar la acumulación de porciones significativas del espectro radioeléctrico en pocos concesionarios.*

Por lo expuesto, al no existir la omisión legislativa alegada, este motivo debe ser *desestimado*.

13. En relación con el art. 15 inc. 1° LT, por vulneración de los arts. 110 inc. 4° y 120 Cn., los actores impugnan esta disposición por considerar que transforma la naturaleza pública del espectro radioeléctrico establecida en el art. 9 LT, al considerar el derecho de explotación como un bien privado –que se regiría por normas de Derecho Privado–, además de permitir la modificación de la esencia de la concesión, vía transferencia o fragmentación, sin ninguna intervención, vigilancia o autorización estatal.

A. Sobre el primer argumento, se estima necesario *distinguir entre la titularidad del espectro radioeléctrico y el derecho de explotación que deriva del título habilitante de la concesión* otorgada. Así, como se ha expuesto con anterioridad, conforme a la literalidad del art. 9 LT, *el espectro radioeléctrico es propiedad estatal*, por lo que, como todo bien demanial, su titularidad recae en el Estado y su regulación ciertamente corresponde a normas propias del Derecho Público.

Por otro lado, se encuentra el título habilitante de la concesión que se otorga para la explotación del espectro radioeléctrico. Como es lógico, del contrato que se suscriba entre el Estado, como titular de dicho espectro, y la persona adjudicada como concesionario surgen derechos y obligaciones, encontrándose dentro de los primeros la facultad de utilizar y explotar el espectro radioeléctrico, de transferir tales derechos a terceros o fragmentar las frecuencias asignadas mediante los títulos respectivos que emanan de normas de Derecho Privado.

Como se observa, la facultad de transferir los *derechos* que emanan de una concesión sobre el espectro radioeléctrico –o de fragmentación de las frecuencias asignadas– es acorde con la naturaleza demanial del mismo, en tanto que *la titularidad de este bien siempre permanece en la esfera estatal* y el concesionario o tercero que adquiera los derechos siempre mantiene tal calidad.

En este sentido, afirmar que el espectro radioeléctrico pierde su naturaleza demanial como consecuencia de la transferencia de los derechos que emanan de su concesión de la fragmentación de frecuencias es inaceptable, pues la titularidad del mismo nunca abandona el ámbito estatal, siendo considerado como bien privado, de acuerdo al mismo texto del art. 15 inc. 1° LT, *únicamente el derecho de explotación derivado del título habilitante, no el espectro radioeléctrico en sí, que sigue siendo un bien de dominio público*; ya que, como se dijo en la Inc. 28-2008, *el cambio de la titularidad de las concesiones en ningún caso afecta la titularidad de los bienes públicos concesionados*.

B. En cuanto al segundo argumento de los demandantes, relativo a que la LT no contempla ninguna fiscalización o autorización estatal para evitar –según expusieron– la modificación de la esencia de las concesiones otorgadas, vía transferencia o fragmentación, es necesario acudir a la normativa respectiva en la materia para determinar las facultades de SIGET como autoridad administrativa competente en la materia y si tiene o no las atribuciones aludidas.

Al respecto, la Ley de Creación de SIGET (en lo sucesivo: “LESIGET”) establece en su art. 4 que esa institución es la entidad competente para aplicar las normas contenidas en tratados internacionales sobre electricidad y telecomunicaciones vigentes en El Salvador, así como las leyes que rigen los sectores de electricidad y de telecomunicaciones y sus reglamentos, así como para conocer del incumplimiento de las mismas.

Del mismo modo, el art. 5 letra a) LESIGET consigna como atribución de la mencionada superintendencia aplicar los tratados, leyes y reglamentos que regulen las actividades de los sectores de electricidad y de telecomunicaciones en mención.

Por otro lado, el art. 9 LT literalmente atribuye a la SIGET el carácter de ente responsable de la *administración, gestión y vigilancia* del espectro radioeléctrico, conforme a lo establecido en esa ley. Dicho carácter de la SIGET se desarrolla a su vez en el art. 105 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (en lo que sigue: “RLT”), al establecerse que “La administración del espectro llevada a cabo por la SIGET comprenderá las funciones de *planificación, gestión y comprobación técnica de emisiones*”.

En específico, el art. 107 RLT regula que la función de gestión comprende, entre otros aspectos, las tareas de tramitar las solicitudes de concesiones –arts. 76 LT y siguientes–, autorizaciones o licencias, el análisis del Gerente de Telecomunicaciones para recomendar la factibilidad y conveniencia de acceder a las solicitudes o la conveniencia de fragmentar la banda solicitada –esto último de acuerdo al art. 79 LT–. Además, el art. 109 inc. 3° del mismo reglamento indica que la SIGET podrá reutilizar las frecuencias cuantas veces sea técnicamente factible la fragmentación entre uno o varios titulares del derecho.

Aunado a esto, de acuerdo al art. 108 RLT, la función de comprobación técnica de emisiones comprende las actividades de inspección *in situ*, así como la vigilancia del espectro, que deben llevarse a cabo para evaluar en forma permanente y objetiva los aspectos técnicos, operativos y reglamentarios que deben cumplir las estaciones radioeléctricas, de modo de prevenir y resolver problemas de interferencias y evitar que el espectro sea usado por estaciones que no cuentan con la debida concesión, autorización o licencia.

Finalmente, como lo han citado los demandantes, el art. 125 RLT prescribe que los cambios que ocurran en la titularidad de la concesión deberán ser notificados e inscritos en el Registro de Electricidad y Telecomunicaciones, adscrito a SIGET –art. 19 LESIGET–.

Como se observa de las mencionada disposiciones, la SIGET es la entidad encargada de la administración y gestión del espectro radioeléctrico y como tal tiene las atribuciones legales y reglamentarias para aprobar solicitudes de concesiones, fiscalizarlas en lo administrativo y técnico, así como controlar las transferencias o cambios de titularidad que se den en cuanto a las mismas.

En este sentido, el alegato de los demandantes relativo a que el art. 15 inc. 1° LT impide la intervención, vigilancia o autorización estatal de las concesiones que se otorguen sobre el espectro radioeléctrico, particularmente en cuanto a las transferencias de los derechos o fragmentación de las bandas de frecuencias, es erróneo, basado en una lectura aislada de la disposición impugnada, sin tomar en cuenta el resto de artículos tanto de la LT como de su reglamento que otorgan y desarrollan otras atribuciones a SIGET en el ámbito de las telecomunicaciones.

Por todo lo dicho en este apartado, se concluye que el art. 15 inc. 1° LT no vulnera lo establecido en los arts. 110 inc. 4° y 120 Cn., por lo que *se desestimará este motivo de la pretensión.*

IV. Por su particular incidencia en los temas que nos ocupan, corresponde hacer algunas consideraciones relativas a la implementación de la Televisión Digital Terrestre en El Salvador.

1. Conforme lo ha señalado SIGET, “la televisión digital, es un nuevo tipo de televisión abierta (libre o gratuita) que permite imágenes de alta definición, contenido interactivo, más contenido por canal. La Televisión Digital Terrestre (TDT) es el resultado de la aplicación de la tecnología digital a la señal de televisión, para luego transmitirla por medio de ondas hercianas terrestres, es decir, aquellas que se transmiten por la atmósfera sin necesidad de cable o satélite y se reciben por medio de antenas UHF convencionales”.

Con la llegada de las tecnologías digitales junto con los nuevos sistemas de compresión de información, se permitirá reducir el número de frecuencias necesarias para la transmisión de la televisión, lo que se traduce en una gestión más eficiente del espectro radioeléctrico. Como parte del proceso de la implementación de la TDT, conllevará la necesaria migración de la televisión analógica a la digital y ello permitirá obtener nuevas frecuencias disponibles, lo que se conoce como “dividendo digital”.

En relación a la implementación de la TDT en nuestro país, según la información de acceso público, la SIGET ha establecido lo siguiente: “El Salvador, por ser país miembro de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), a través la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones–SIGET, institución responsable de la regulación y administración del espectro radioeléctrico, ha venido observando los avances en materia de migración de la televisión analógica a digital con la experiencia de aquellos países que ya han logrado dicha migración. El espacio de tiempo entre iniciar el proceso de migración hasta finalizar con el apagón analógico, es de aproximadamente entre 8 a 10 años; en ese sentido y de acuerdo al Plan de migración internacional El Salvador, debe realizar su “apagón analógico” el 31 de Diciembre del 2018. A raíz de la aprobación de la Resolución No. T-1043-2012, El Salvador, debe preparar el Plan de Migración en referencia, considerando los elementos que en dicha resolución se establecen para tal fin; y para ello cuenta con una ventana de tiempo de 6 años”. (<http://www.siget.gob.sv/index.php/tv-digital-en-el-salvador>)

2. Producto de la implementación de la TDT, aparece el dividendo digital, que es el conjunto de frecuencias que han quedado disponibles en la banda de frecuencias tradicionalmente utilizada para la emisión de la televisión, gracias a la migración de la televisión analógica a la digital. Del análisis de la resolución No. T-1043-2012 citada en el apartado anterior, este Tribunal advierte que determinados rangos de frecuencias pasarán a formar parte del dividendo digital; en consecuencia, la SIGET, en el proceso de implementación y migración por la TDT, deberá

respetar los derechos de los concesionarios que deban migrar hacia otras frecuencias, así como el ancho de banda originalmente otorgado y los derechos de explotación que de ello se deriven.

V. Tomando en cuenta las consideraciones realizadas y los efectos de esta sentencia, se vuelve necesario *valorar la continuidad o no de las medidas cautelares dictadas en este proceso, detalladas en esta sentencia.*

A. Al respecto, es preciso señalar que las medidas cautelares se caracterizan: (i) por su *instrumentalidad*, pues están ordenadas para asegurar la eficacia plena de los efectos previstos para una decisión definitiva; (ii) por su *provisionalidad*, ya que sus efectos tienen una duración limitada en el tiempo y no aspiran a transformarse nunca en definitivas, a efecto de evitar situaciones de inseguridad jurídica; y (iii) por su *variabilidad*, de conformidad con el principio *rebus sic stantibus* –mientras se mantengan las cosas–, lo cual implica que las mismas se mantendrán hasta que desaparezcan o modifiquen las circunstancias y supuestos que las motivaron, pudiendo desaparecer o variar en su intensidad.

En este sentido, en atención a la singularidad de los procesos constitucionales y a la capacidad de innovación y autonomía procesal que posee este Tribunal, se advierte que, si bien la regla general en el Derecho común es que las medidas precautorias se extingan cuando se emite la resolución de fondo en el litigio respectivo, con la finalidad de evitar hacer nugatorios los alcances e implicaciones de esta sentencia, las medidas dictadas por interlocutoria de 16-V-2014 –en consideración a la aclaración sobre los efectos de las mismas que se realizó por auto de 19-IX-2014– deben mantenerse vigentes mientras las circunstancias que las han motivado no se modifiquen o desaparezcan, es decir hasta que el Órgano Legislativo no realice las modificaciones respectivas en la LT y en el Reglamento de la LT para subsanar la inconstitucionalidad por omisión, regulando procedimientos alternos a la subasta para la selección de concesionarios y adjudicación de frecuencias del espectro radioeléctrico.

Finalmente, es pertinente expresar que las modificaciones que tanto SIGET debe implementar por el proceso de implementación de la TDT, conforme los parámetros establecidos en esta sentencia, así como las modificaciones que la Asamblea Legislativa deberá llevar a cabo en el cuerpo normativo señalado, al tener por objeto la introducción de mecanismos adicionales al procedimiento de selección y adjudicación de concesionarios para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico para los servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción, deberán regirse por los siguientes parámetros que consideran aspectos y condiciones materiales: (i) el interés público en la prestación de los servicios de telecomunicaciones; (ii) las bandas de frecuencias solicitadas y su adecuado aprovechamiento; (iii) la capacidad jurídica como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; (iv) la capacidad tecnológica de los solicitantes para comprobar su idoneidad y asegurar la eficiente utilización del espectro radioeléctrico como recurso demanial escaso; (v) la capacidad financiera de los solicitantes para comprobar su idoneidad y asegurar la eficiente utilización del espectro

radioeléctrico como recurso demanial escaso; (vi) las condiciones de experiencia en los servicios que ofrece; y (vii) el principio de neutralidad tecnológica y de servicios en base a la realidad de la revolución tecnológica en materia de telecomunicaciones, en donde la regulación no debe priorizar sobre ninguna tecnología.

VI. Corresponde en este apartado efectuar algunas consideraciones relacionadas con los efectos que los pronunciamientos de este Tribunal generan en la realidad y su vinculación con su eficacia, y como consecuencia de ello, la modulación de los primeros y las acciones encaminadas a garantizar la aplicación del fallo.

I. Al respecto, es preciso indicar que desde el punto de vista constitucional no pueden eludirse los efectos nocivos que, de forma momentánea, pero no menos irreparable, pudiera tener la invalidación de una disposición o cuerpo legal sobre situaciones o sujetos cuyo ámbito de regulación abarca la disposición que se declara inconstitucional. De manera que, siendo esta Sala el máximo intérprete de la Constitución, es preciso que además de emitir el pronunciamiento, module sus efectos –cuando ello sea necesario– y procure su eficacia, acciones estas, garantes del pleno respeto a la Constitución.

Así, en el proceso de inconstitucionalidad, la actividad del Tribunal se orienta a la interpretación e integración del ordenamiento jurídico a la luz de la Ley Suprema. Y es que, si la Constitución como fundamento y pilar sobre el cual se sostiene el resto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico no se hace efectiva cumpliendo con sus preceptos de acuerdo con la exégesis que de ellos hace su máximo intérprete, ello se convierte en un menoscabo que afecta a todo el sistema en su conjunto.

Consecuente con lo anterior, un tribunal o sala constitucional puede modular de diversas formas los efectos de sus sentencias, de acuerdo con el análisis que de las disposiciones constitucionales o legales se ha efectuado en el pronunciamiento y las consecuencias que éste pudiera generar en el entorno social al que afecta, garantizando al mismo tiempo la efectividad de sus decisiones en cuanto a la interpretación de la Constitución y de las leyes. Además, tal como se dijo en las sentencias de 5-V-2012 y 27-VI-2012, y pronunciada en los procesos de Inc. 23-2012 y 28-2008 respectivamente, no es posible delimitar *a priori* ciertas reglas rígidas sobre los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en el tiempo, relativas al otorgamiento hacia el futuro.

En el presente caso, la declaratoria de inconstitucionalidad del elemento “automático” de las prórrogas, modifica la duración de las concesiones para los servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción, sometiéndolas a un régimen nuevo, que implicará la posibilidad o expectativa de prórroga, previo al cumplimiento de determinados requisitos aún no definidos por el legislador.

Por lo anterior, los términos de las concesiones para los servicios de radiodifusión descritos, pueden verse afectados por el presente fallo, pues como ya quedó apuntado, la declaratoria de

inconstitucionalidad, respecto del elemento de “automaticidad” del plazo de las concesiones, supondrá la eliminación del derecho a favor de los concesionarios de una prórroga que no se encontraba condicionada al cumplimiento de ningún requisito, alterando una situación jurídica consolidada –no una mera expectativa–.

En vista de que en la presente sentencia se declara inconstitucional la prórroga “automática”, el concesionario, como consecuencia, deberá cumplir con los presupuestos, requisitos y condiciones legales para la respectiva prórroga.

Los derechos adquiridos o constituidos, son situaciones jurídicas concretas o subjetivas, y por lo tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. Se está en presencia de un derecho adquirido, cuando el texto legal que lo crea, ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una nueva ley.

A la inversa, las meras expectativas, son situaciones jurídica abstractas u objetivas, y como su nombre lo indica, son aquellas probabilidades o esperanzas que se tiene de obtener algún día un derecho; en consecuencia, la situación puede ser modificada discrecionalmente por el legislador y se está en presencia de una mera expectativa, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona.

2. Aplicado los anteriores conceptos al caso, la prórroga sólo se perfeccionaba con la llegada del plazo, sin que existiese la necesidad del cumplimiento previo de alguna condición o requisito, lo que significa que con la llegada o al haber transcurrido el tiempo, el concesionario tenía un derecho a su favor, un derecho adquirido; pues en el momento que el Estado le otorgó a los operadores de los servicios de radiodifusión indicados, la concesión para la explotación del espectro radioeléctrico, la prórroga automática es la ventaja o el beneficio que entró al patrimonio de éstos, haciéndole parte de él, cuya conservación e integridad, está garantizada en favor del titular del derecho –los concesionarios–, por la acción del paso del tiempo; y en consecuencia no puede ser vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente, incluso como producto de una declaratoria de inconstitucionalidad.

Nuestro ordenamiento constitucional, protege expresamente los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan–art. 21 Cn.– dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función

Lo anterior significa que, en el momento en que entraron en vigencia los arts. 115 inc. 2º y 126 inc. 2º LT, la prórroga automática existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del concesionario, que como tal se encuentra protegido por el artículo 21 de la Constitución.

La prórroga automática no era una expectativa, sino un derecho adquirido, pues cuando el texto legal creó la mencionada prórroga, ésta jugó su papel en favor de los operadores de radiodifusión sonora y televisión de libre recepción; y es en razón de dicha realidad jurídica, que los

efectos del presente fallo, al eliminar los vocablos “automáticamente”, no pueden alterar una próxima renovación o prórroga del plazo de los actuales concesionarios.

3. Y es que, esta Sala no puede desconocer que, si no se modulan los efectos de la presente sentencia, ésta afectará situaciones jurídicas consolidadas, en donde ya se ha perfeccionado el derecho, pues la previsión de la posibilidad de una prórroga automática, que motivó a los actuales concesionarios a celebrar contratos con terceros y a efectuar inversiones, con la declaratoria de inconstitucionalidad que elimina la automaticidad de la prórroga, interrumpe el curso normal de la operación, teniendo en cuenta que los servicios de radiodifusión radial y televisivo abierto, son gratuitos a toda la población, y los concesionarios obtienen sus ingresos por la pauta publicitaria que generan, como producto de su eficiencia empresarial en razón de los destinatarios o usuarios; además, interrumpe el curso normal de las inversiones de gran envergadura que han efectuado, las cuales pueden perderse, ocasionándoles graves perjuicios en términos de seguridad jurídica y económicos; inversiones que de cara a la implementación de la televisión digital terrestre en el año 2018, se vuelven más importantes y significativas.

El cambio súbito en la legislación de telecomunicaciones que se generará a partir del presente fallo, en lo que se refiere a la prohibición automática de las prórrogas para las concesiones de radio y televisión abierta, sin lugar a dudas, altera las condiciones contractuales que sirven de sustento operativo al ejercicio del derecho a informar y de entretenimiento, cultural y social, pues ciertamente, una modificación sorpresiva de las reglas sobre la duración del derecho de explotación del recurso demanial, afecta los derechos económicos involucrados.

Por ello, *la modificación de las reglas legales que reglamentan el plazo de las concesiones de televisión y radio abierta, sólo puede operar hacia el futuro, sin que esté permitido que se afecten las condiciones bajo las cuales originalmente fueron adjudicadas tales concesiones y al amparo de las cuales los concesionarios celebraron los contratos y calcularon sus ingresos y el retorno de sus inversiones*, adquiriendo así derechos y obligaciones, los cuales en atención a la naturaleza de estas actividades, implica asumir compromisos a largo plazo, con la antelación debida y con la consecuente inversión que les permita ser eficientes tecnológicamente, en función de la planificación y ejecución de los servicios de información y entretenimiento que demanda, rigurosamente, la población, como destinataria de estos servicios.

4. A partir de lo anterior, se reitera que en procura de la seguridad jurídica y la continuidad en la prestación de un servicio esencial para la población –prestación de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción–, este Tribunal determina, por las razones expresadas, que *las concesiones para los servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción que pudieran haber sido otorgadas previo a la emisión de este fallo, deberán mantenerse conforme a la legislación vigente antes del presente fallo, es decir, conservará el beneficio de la prórroga del plazo concedido por la ley, previa verificación por la SIGET del cumplimiento del art. 124 de la LT; ya que, como se ha dicho, este Tribunal no puede desconocer el hecho que dichos*

operadores han realizado inversiones significativas para la adquisición de bienes necesarios que les permiten desplegar una red de transmisión destinada a retransmitir su señal y programación y contenidos.

5. Tomando en cuenta las consideraciones realizadas, se vuelve necesario valorar la continuidad del contenido de las medidas cautelares dictadas en este proceso y las necesarias adecuaciones legislativas a realizar para el cumplimiento de la sentencia.

En atención a la singularidad de los procesos constitucionales y a la capacidad de innovación y autonomía procesal que posee este Tribunal, con la finalidad de evitar hacer nugatorios los alcances e implicaciones de esta sentencia, *se estima pertinente que las medidas dictadas por interlocutoria de 16-V-2014* —en consideración de la aclaración sobre los efectos de las mismas que se realizó por auto de 19-IX-2014— *se mantengan vigentes, ya no en su carácter cautelar, al haberse resuelto las pretensiones planteadas por los actores, sino como efectos de este pronunciamiento.*

En este sentido, la SIGET *debe abstenerse de:* (i) tramitar las solicitudes de cualquier interesado en obtener una concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico de frecuencias del espectro radioeléctrico de radiodifusión sonora como de televisión, incluidas las ya presentadas; (ii) otorgar cualquier tipo de concesión solicitada para la explotación del espectro radioeléctrico de frecuencias del espectro radioeléctrico de radiodifusión sonora como de televisión, en cualquier estado en que se encuentre el procedimiento, ya sea que se haya presentado oposición o no; (iii) hacer efectivo cualquier procedimiento de subasta pública, relativo a la explotación del espectro radioeléctrico de frecuencias del espectro radioeléctrico de radiodifusión sonora como de televisión; y (iv) recibir el pago de los interesados correspondiente a cualquier concesión previamente autorizada y de adjudicar las concesiones a las que se ha hecho referencia.

Tales efectos continuarán vigentes, *hasta* que la SIGET: (i) reubique las nuevas frecuencias a los operadores de televisión afectados por la Televisión Digital Terrestre; (ii) en la reubicación aludida, la SIGET, deberá respetar los derechos de los concesionarios afectados que deban migrar hacia otras frecuencias, el ancho de banda originalmente otorgado y los derechos de explotación que de ella se derivan; (iii) los concesionarios afectados que deban migrar hacia otras frecuencias, gozan de preferencia en la reasignación de mismo ancho de frecuencia e inscripción en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, respecto de aquellos concesionarios cuyas frecuencias no sufrirán alteración alguna con la implementación de la TDT, y por otra parte; (iv) hasta que el Órgano Legislativo realice las adecuaciones necesarias y pertinentes a la Ley de Telecomunicaciones y al Reglamento de la Ley Telecomunicaciones para subsanar los motivos que han motivado la omisión legislativa —a más tardar el 31 de diciembre de 2015—, regulando procedimientos alternos a la subasta para la selección de concesionarios y adjudicación de frecuencias del espectro radioeléctrico para los servicios de radio y televisión de libre recepción.

Por tanto:

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta Sala

Falla:

1. *Declárase de un modo general y obligatorio que existe la inconstitucionalidad por omisión*, en cuanto a que no se han regulado por el Órgano Legislativo mecanismos alternos a la subasta, para la selección y adjudicación de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico de uso regulado, en los casos en que exista oposición de otros interesados en su asignación, que con base en su libertad empresarial, deseen fundar medios de comunicación para los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de libre recepción. En consecuencia, la Asamblea Legislativa deberá emitir las reformas a la Ley de Telecomunicaciones que contengan los mecanismos alternos a la subasta pública, en los que se consideren otros criterios cuantitativos y cualitativos relevantes para adjudicar concesiones de los servicios mencionados.

Por tanto, la Asamblea Legislativa, a más tardar el 31 de diciembre del presente año, deberá emitir la normativa en la que se regule de manera clara, precisa, organizada y sistemática, los mecanismos alternativos para la adjudicación de las concesiones para la explotación del espectro radioeléctrico que operarán de forma adicional al de la subasta pública, contenidos en los arts. 81 inc. final, 82, 83, 84, 85 y 100 de la Ley de Telecomunicaciones.

2. *Decláranse inconstitucionales, de un modo general y obligatorio, la expresión “automáticamente”, del inciso segundo del art. 115 y del segundo inciso del art. 126, ambas disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones*, por vulneración al derecho de libre competencia, art. 110 Cn., en cuanto que las prórrogas automáticas por períodos de veinte años de las concesiones otorgadas para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y servicios de radiodifusión de televisión de libre recepción, permite que los medios de comunicación se mantengan y concentren, por períodos prolongados, en los mismos concesionarios, lo cual impide el acceso al espectro radioeléctrico y el ejercicio de la libertad de empresa y libre competencia, pues se constituye en una barrera para la existencia de contenidos heterogéneos en las opciones de información para las personas.

En consecuencia, a partir de esta sentencia queda expulsado del texto de las disposiciones referidas, el vocablo “automáticamente”; por lo que la Asamblea Legislativa deberá aprobar, a más tardar el 31 de diciembre del presente año, la normativa respecto de las condiciones en que se llevarán a cabo las prórrogas sobre dichos servicios, regulación que deberá contener, al menos, la obligación estatal de evaluar el cumplimiento de las condiciones establecidas, la gestión de los bienes y recursos involucrados, y la responsabilidad de los concesionarios.

3. *Declárase que no existe la inconstitucionalidad alegada de los arts. 81 inciso final, 82, 83, 84, 85 y 100 de la Ley de Telecomunicaciones*, por vulneración al derecho y principio de igualdad, reconocido en el art. 3 inc. 1° de la Constitución; a las libertades de expresión e

información reconocidas en el art. 6 inc. 1° de la Constitución; a los principios de justicia social que informan el orden económico, de acuerdo al art. 101 de la Constitución; y a la prohibición de prácticas monopolísticas establecida en el art. 110 incs. 1° y 2° de la Constitución.

4. *Declárase que no existe la inconstitucionalidad* del art. 15 inc. 1° de la Ley de Telecomunicaciones, por vulneración a los arts. 110 inc. 4° y 120 de la Constitución, ya que la posibilidad de transferir el derecho de explotación derivado de las concesiones otorgadas sobre frecuencias del espectro radioeléctrico y de llevar a cabo su fragmentación, no altera su naturaleza como bien de dominio público ni la titularidad del mismo por parte del Estado, así como tampoco impide la intervención, vigilancia o autorización estatal sobre tales concesiones, teniendo la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones dichas atribuciones conforme a la Ley de Telecomunicaciones y a su Reglamento.

5. *Declárase que no existe la inconstitucionalidad* del art. 118 inc. 2° de la Ley de Telecomunicaciones, por violación refleja al art. 144 inc. 2° de la Constitución –en relación con la libertad de expresión e información consignada en el art. 6 inc. 1° de la Constitución–, ante la presunta vulneración de los arts. 1.1 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto que la separación mínima entre canales adyacentes, determinados técnicamente en esta sentencia, atribuido al servicio de difusión de libre recepción en la radiodifusión sonora, permite la transmisión y difusión de información y datos de toda índole, sin interferencias perjudiciales y con estándares aceptables de calidad.

6. *Declárase que no existe la inconstitucionalidad* por omisión parcial de la Ley de Telecomunicaciones, por vulneración al art. 110 incs. 1° y 2° de la Constitución, pues aunque dicho cuerpo normativo no contempla expresamente mecanismos para el control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas en el mercado de telecomunicaciones, dicha omisión se suple mediante la integración de lo regulado en la Ley de Competencia, en específico sobre la tipificación de modalidades de prácticas anticompetitivas y el establecimiento de las sanciones correspondientes por su comisión, por parte de la Superintendencia de Competencia.

7. *Como efectos de la presente sentencia, se determina que la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, debe abstenerse de:* (i) tramitar las solicitudes de cualquier interesado en obtener una concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico de radiodifusión sonora como de televisión, incluidas las ya presentadas; (ii) otorgar cualquier tipo de concesión solicitada para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico de radiodifusión sonora como de televisión, en cualquier estado en que se encuentre el procedimiento, ya sea que se haya presentado oposición o no; (iii) hacer efectivo cualquier procedimiento de subasta pública, relativo a la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico de radiodifusión sonora como de televisión; y (iv) recibir el pago de los interesados correspondiente a cualquier concesión previamente autorizada y de adjudicar las concesiones a las que se ha hecho referencia.

Tales efectos continuarán vigentes, hasta que la SIGET: (i) reubique las nuevas frecuencias a los operadores de televisión afectados por la Televisión Digital Terrestre; (ii) asegure, en la reubicación aludida, el respeto a los derechos de los concesionarios afectados que deban migrar hacia otras frecuencias, el ancho de banda originalmente otorgado y los derechos de explotación que de ella se derivan; y (iii) asegure a los concesionarios afectados que deban migrar hacia otras frecuencias, el goce de preferencia en la reasignación de mismo ancho de frecuencia e inscripción en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, respecto de aquellos concesionarios cuyas frecuencias no sufrirán alteración alguna con la implementación de la Televisión Digital Terrestre.

Por otra parte, los efectos continuarán hasta que el Órgano Legislativo realice las adecuaciones necesarias y pertinentes a la Ley de Telecomunicaciones, a fin de subsanar los motivos que han dado lugar a la omisión legislativa –a más tardar el 31 de diciembre de 2015–, regulando procedimientos alternos a la subasta para la selección de concesionarios y adjudicación de frecuencias del espectro radioeléctrico para los servicios de radio y televisión de libre recepción.

8. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

9. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.