

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA Nº 007-2020

A LAS CATORCE HORAS Y CUARENTA Y CINCO MINUTOS DEL 27 DE ENERO DEL 2020

SAN JOSÉ, COSTA RICA

SESIÓN EXTRAORDINARIA 007-2020
27 de enero del 2020

Acta número siete, correspondiente a la sesión extraordinaria celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en la sala de sesiones "José Gonzalo Acuña González", a las catorce horas y veinticinco minutos del veintisiete de enero del 2020. Presidida por Gilbert Camacho Mora, con la asistencia de los señores Hannia Vega Barrantes y Federico Chacón Loaiza, Miembros Propietarios.

Asisten los funcionarios Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo, Jorge Brealey Zamora, Mercedes Valle Pacheco, Rose Mary Serrano Gómez e Ivannia Morales Chaves, Asesores del Consejo, Humberto Pineda Villegas, Director General de Fonatel y Mariana Brenes Akerman, Jefe de la Unidad Jurídica.

ARTÍCULO 1**PROPUESTAS DE LA DIRECCION GENERAL DE FONATEL****1.1. *Solicitud de prórroga para la firma de los contratos de los Proyectos de los Territorios Indígenas planteada por el Instituto Costarricense de Electricidad.***

La Presidencia presenta para consideración del Consejo el tema referente a la solicitud de prórroga para la firma de los contratos de los Proyectos de los Territorios Indígenas planteada por el Instituto Costarricense de Electricidad.

Introduce el tema y señala que el viernes 24 de enero del 2020, la Dirección General de Fonatel solicita a la Presidencia del Consejo que se convoque a la presente sesión, dada la urgencia manifestada por el Banco Nacional de Costa Rica, con motivo de la consulta planteada por esa entidad sobre la prórroga para la firma de los contratos de los proyectos de los territorios indígenas, de la cual dos contratos fueron adjudicados al Instituto Costarricense de Electricidad.

En virtud de lo expuesto, se convocó a esta sesión, en el entendido de que se trataba de una solicitud urgente del Banco Nacional de Costa Rica y por tanto, los representantes de esa Institución estarían presentes en esta oportunidad, para explicar la situación.

Agrega que en el transcurso de la mañana del lunes 27 de enero del 2020 (día en el cual fue convocada esta sesión del Consejo) el señor Humberto Pineda Villegas indica al Consejo que recibió correo electrónico de la señora Lourdes Fernández Quesada, Directora de la Dirección de Fideicomisos del Banco Nacional de Costa Rica, en el cual señala que no le será posible asistir a los funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica a la sesión convocada, debido a compromisos ineludibles para este día y por tanto, considera que la Unidad de Gestión puede atender el tema.

Ante la situación indicada, el señor Gilbert Camacho Mora propone al Consejo solicitar a los señores del Banco Nacional de Costa Rica indicar una fecha cierta en la presente semana, en la cual se puedan presentar para exponer la situación, dado que han sido ellos los que solicitan atender el punto con carácter de urgente.

La Presidencia consulta a los señores Asesores si tienen alguna observación, pregunta o advertencia referente a lo antes anotado, a lo que indican que no.

La Presidencia consulta a los señores Miembros de Consejo si desean referirse al tema.

SESIÓN EXTRAORDINARIA 007-2020
27 de enero del 2020

La señora Hannia Vega Barrantes señala que primero, es importante indicar que la convocatoria se realizó con carácter de urgente el viernes 24 de enero del 2020, al final de la jornada laboral y sobre esa convocatoria urgente, se incorporaron una serie de documentos por parte de la Presidencia y la Secretaría del Consejo, entre ellos dos oficios, uno del Instituto Costarricense de Electricidad y uno de la Dirección General de Fonatel. No se presentó propuesta de acuerdo.

En vista del carácter urgente de la convocatoria, señala que los Miembros del Consejo se dieron a la tarea de estudiar la documentación durante el fin de semana. En los mismos identificó una serie de consultas las cuales remitió tanto a la Dirección General de Fonatel como al funcionario Jorge Brealey Zamora y la Unidad Jurídica, para que ampliaran y explicaran lo correspondiente a algunos de los párrafos que incluía el informe de la Dirección General de Fonatel y que coinciden las indicaciones del Fideicomiso pero que omite su análisis.

El otro aspecto consultado al señor Pineda Villegas es con respecto al costo de oportunidad beneficio de la recomendación que como Dirección estaba asumiendo en su informe y que a la fecha se mantiene, en especial por las tareas que tanto el Fideicomiso como el Grupo ICE señalan en parte de las cartas convocados por la Presidencia y de las que se desprende un arduo trabajo por parte de ambas instancias, para llegar a buen término en este contrato.

Por lo que señala que de los documento convocados, no se desprende con claridad porqué los 10 días adicionales solicitados por parte del Instituto Costarricense de Electricidad parecen no querer ser otorgados por el Fideicomiso y por tanto, tampoco se identifica un análisis que fundamente esa posición.

Adicionalmente, señala, remitió una serie de consultas al grupo asesor, en especial al funcionario Jorge Brealey Zamora como coordinador asignado, para que le diera seguimiento y asesoría al Consejo en esta materia; al funcionario Luis Alberto Cascante Alvarado le solicitó la incorporación al expediente de las consultas remitidas y la Unidad Jurídica, el criterio con respecto a las recomendaciones tanto del Fideicomiso como de la Dirección General de Fonatel y que le informaran sobre eventuales alternativas.

El Consejo recibió respuesta del señor Pineda Villegas a las consultas planteadas y el equipo asesor efectuó reunión en esta fecha para analizar los documentos indicados.

Producto del análisis jurídico, tanto el Consejo como la Secretaría cuentan con un informe sobre las competencia del Consejo en esta etapa procesal, para lo cual solicita un tiempo de 5 minutos para explicar por el fondo el análisis jurídico que hicieron y se tengan argumentos técnicos adicionales a los del informe de la Dirección General de Fonatel.

El señor Camacho Mora indica que le parece conveniente aprobar la solicitud al Banco Nacional de Costa Rica, dada la urgencia del tema, para que se presenten a exponer el fondo y los criterios que tienen para solicitar una directriz sobre la solicitud que plantea el Instituto Costarricense de Electricidad. Ese sería un primer acuerdo y luego continuar escuchando los comentarios del grupo asesor.

La señora Vega Barrantes señala que parte de la asesoría jurídica que se está brindando al Consejo tiene un vínculo directo con la propuesta del señor Camacho Mora, por lo que debería conocerse previamente. Por lo tanto, sugiere que el grupo asesor exponga lo correspondiente o en su caso, ella puede hacerlo.

El señor Camacho Mora señala que no existe inconveniente al respecto, pero su preocupación es que el Banco no se encuentra presente en esta ocasión para exponer su posición.

Cede el uso de la palabra a la funcionaria Mariana Brenes Akerman, quien se refiere al tema y señala que considerando el poco tiempo con que se ha contado para revisar el caso, se revisaron los antecedentes y las notas que tuvieron a la vista.

SESIÓN EXTRAORDINARIA 007-2020
27 de enero del 2020

Señala que en principio, la posición es que como el Banco es el que ha venido otorgando las prórrogas, es al que compete en esta oportunidad otorgar la prórroga, tal como lo ha venido haciendo y por lo anterior, no consideran que sea competencia de Consejo, dado que este tema fue delegado al Banco en su contrato de fideicomiso.

Agrega que lo que sí consideran es que existen otros elementos que sí deben valorarse y van refidos con el interés público que tiene este tipo de contratación y los principios de la contratación administrativa de eficiencia y eficacia y el principio de sustancia sobre la forma, los cuales también deben ser analizados.

El funcionario Jorge Brealey Zamora agrega a lo indicado por escrito y a lo que hizo referencia la funcionaria Mariana Brenes Akerman, que aunque la prórroga es competencia del Banco, ante la naturaleza y efectos de la figura de una eventual declaratoria de insubsistencia de la adjudicación es natural que el Consejo tenga competencia, en caso de que el Banco resuelva no prorrogar. El cartel establece un plazo máximo y no se indica qué sucede si este plazo, se excede. Es un derecho que se reserva el Banco, de otorgar una prórroga más y pareciera que fue pensada para darle continuidad a las negociaciones de un contrato.

Se deja constancia de que se otorga un receso para analizar el tema.

El señor Camacho Mora señala que luego de escuchada la explicación brindada por la Unidad Jurídica y el grupo asesor y principalmente por la imposibilidad de los representantes del Banco Nacional de Costa Rica de asistir a la presente sesión, considera que lo más prudente es que el Consejo conceda un espacio para que se presenten en la sesión ordinaria que se celebrará el próximo jueves 30 de enero del 2020, para que expongan su posición.

La Presidencia hace ver que dada la conveniencia de atender este tema a la brevedad, se recomienda al Consejo adoptar el acuerdo correspondiente con carácter firme, de conformidad con lo que sobre el particular establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública.

La Presidencia somete a votación del Consejo la propuesta de acuerdo que se tiene a la vista, con base en lo discutido en esta oportunidad, por lo que los señores Miembros resuelven por unanimidad:

ACUERDO 001-007-2020

Conceder un espacio a los representantes del Fideicomiso del Banco Nacional de Costa Rica para que expongan ante el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, su criterio con respecto a la solicitud de prórroga para la firma de los contratos de los Proyectos de los Territorios Indígenas solicitada por el Instituto Costarricense de Electricidad, de conformidad con el oficio bajo el registro FID-307-2020 del 24 de enero de 2020.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE**

De inmediato, la señora Vega Barrantes expone su posición sobre el tema y procede a dar lectura a lo siguiente:

"Estimada Doña Hannia,

Según lo solicitado y considerando el tiempo que se ha tenido para revisar el caso, podemos indicar lo siguiente para su discusión.

I.- COMPETENCIA DEL CONSEJO

SESIÓN EXTRAORDINARIA 007-2020
27 de enero del 2020

Antes de entrar a revisar el caso de prórroga o solicitud del Banco y del oficio de la Dirección General de Fonatel, es necesario cuestionarse la competencia del Consejo, o la oportunidad.

Una manera de analizar es por los precedentes. El plazo para la firma del contrato fue prorrogado en dos ocasiones por parte de la Dirección de Fideicomisos (Fid-4788-2019 y Fid-206-2020), sin que haya venido al Consejo.

Por otra parte, se trata de una relación contractual entre el Fideicomiso con el Instituto Costarricense de Electricidad, en un concurso que tramitó y para lo cual, según el contrato de Fideicomiso con Sutel, son prestaciones y deberes consustanciales. Si el Banco estima que no es viable prorrogar y aplicar la figura de la insubsistencia, entendemos que lo hace en aplicación de una formalidad al exceder el plazo de las prórrogas. No es una etapa donde media o debe mediar la valoración del Consejo como administración activa.

Ahora bien, el Consejo -al haber delegado funciones en la figura del Fideicomiso- en su función de fiscalización y control, debe hacer ver al Banco que su interpretación literal y formal del caso con el ordenamiento jurídico, puede no ser la más conveniente a los intereses públicos. Es importante explicar las razones para que el Banco las valore, pero es el Banco quien es responsable de la decisión sobre la prórroga y es quien debe fundamentar y motivar su decisión.

Aclarado este aspecto, procedemos a brindar algunos elementos y consideraciones jurídicas, que pensamos deben ser compartidas con el Banco -a la mayor brevedad- previo a que tomen una decisión definitiva sobre el particular.

II.- ELEMENTOS A CONSIDERAR

Antes de entrar a valorar el caso concreto es necesario tener presente los siguientes elementos:

- 1. Debe definirse si se trata de una negativa de firmar el contrato por parte del Instituto Costarricense de Electricidad. Si el ICE quiere introducir en el contrato condiciones que no estaban en el cartel ni en la oferta y tampoco corresponden para la correcta ejecución contractual. De existir novedades habría que analizar caso por caso.*
- 2. Si se trata de una prórroga, necesaria tanto para la administración contratante como para el contratista para formalizar de la mejor manera su relación contractual con miras a la ejecución de un contrato complejo.*
- 3. En caso de prórroga, las partes quieren continuar con la contratación. Recordemos que el fin detrás es la satisfacción del interés público en un proyecto complejo y que la normativa entonces debe interpretarse integralmente, para encontrar la solución más adecuada y proporcionada según las circunstancias.*
- 4. Debe considerarse que existe un evidente interés en continuar con el proyecto, hubo un concurso en el que participó solo un oferente, por lo que el concurso y contratación no podría salvarse con otras ofertas en caso de declararlo insubsistente.*
- 5. El Instituto Costarricense de Electricidad puede negarse a firmar un contrato si este es inconsistente con el cartel y su oferta. Un área más gris, es cuando lo que solicita incorporar son condiciones o reglas para un adecuado y eficiente desarrollo de la ejecución y por ende, son necesarias. Sobre todo, en contrataciones complejas.*
- 6. El "Contrato del Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL (GPP)", N° 07-2011, se rige por principios, según lo manifestado por la Contraloría General de la República en el oficio No. 1612 del 22 de febrero de 2012 que refrendó el contrato. En relación con lo que debemos entender por procesos de contratación administrativa basados en los principios, citamos parte del oficio DCA-1351 de fecha 28 de junio de 2017 emitido por la División de Contratación Administrativa de la CGR:*

"De lo anterior puede concluirse que los procedimientos de compra que se lleven a cabo, siguiendo principios de contratación administrativa, no se encuentran sujetos a los procedimientos que la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento exigen, pero deben respetar los principios de contratación que se desprenden del artículo 182 de la Constitución Política (y que han sido analizados por la Sala Constitucional, tal como se verá más adelante), que se regulan en la Ley de Contratación y su

SESIÓN EXTRAORDINARIA 007-2020
27 de enero del 2020

Reglamento y que han sido definidos también por los propios antecedentes administrativos por la Contraloría General de la República."

En relación con los principios de contratación administrativa, citamos lo siguiente del oficio anterior:

- **Principios de eficacia y eficiencia.** "(...) Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales. Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior. En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo. Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación. Las regulaciones de los procedimientos deberán desarrollarse a partir de los enunciados de los párrafos anteriores. (...)"

"(...) el procedimiento como tal, se entiende como una herramienta para la consecución de un fin público, y como tal, debe estar subordinado a este último, siendo que entonces que la aplicación de un procedimiento no debe llevar a vaciar el contenido del fin público, sino que por el contrario, siempre y cuando se respete el principio de igualdad, debe interpretarse el procedimiento de forma flexible en beneficio de ese fin público. De lo anterior puede concluirse que la materialización de este principio se consigue al establecer un procedimiento de adquisición que tenga un carácter instrumental en relación con el fin público perseguido, evitando de esta forma la observancia de formalismos rigurosos y excesivos que vayan a frustrar la consecución del fin para el cual se realiza el procedimiento, muy ligado lo que se indicó en el apartado anterior respecto al principio de eficiencia."

- **Principio de sustancia sobre la forma.**"(...) Bajo esta inteligencia, todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben también procurar la pronta satisfacción del interés general a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, consecuentemente no pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos (...) las formas de los procedimientos de la contratación administrativa (...) deben interpretarse de forma flexible en aras del fin de todo contrato administrativo, sin descuidar claro está, la sanidad y corrección en la forma en que son invertidos los fondos públicos. De esta perspectiva, los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir irremisiblemente, al cuerpo (sustancia) que son los fines propósitos del contrato administrativo de satisfacción de interés general (...)"

7. La Administración está obligada a cumplir con todos los compromisos, adquiridos válidamente, en la contratación administrativa y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado". Por otra parte, de manera correlativa a dicho deber, el artículo 20 de la misma ley, establece la siguiente obligación para los contratistas: "Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato". Ambas obligaciones surgen de un principio de buena fe en la contratación, mediante el cual, ambas partes, tienen como referente en el cumplimiento de sus obligaciones un deber de cumplimiento y colaboración mutuos.

III.- EL CASO CONCRETO

Teniendo en mente lo anterior, con el fin de poder analizar el caso, es imprescindible tener claridad en lo siguiente:

1. **Debe el Banco valorar y definir si se trata de una negativa a firmar o si está ante una negociación circular de nunca acabar constitutiva de una negativa injustificada a firmar.**

Recordemos que en la contratación administrativa el cartel y la oferta son el fundamento de la formalización de un documento de contrato, por lo que ninguna de las partes puede requerir o exigir algo distinto, y la



SESIÓN EXTRAORDINARIA 007-2020
27 de enero del 2020

formalización contractual debería ser sencilla. Sin embargo, en contratos complejos es necesario una serie de estipulaciones o precisiones para su correcta ejecución que no necesariamente deben estar en el cartel o en la oferta. De ahí la necesidad de contar con un documento de contrato que reglamente de forma más detallada la relación contractual. Por ello, el Banco debe analizar y determinar si las observaciones o solicitudes de condiciones por parte de la contratista son procedentes o no.

2. **Debe el Banco definir si se trata de una prórroga genuina y entonces valorar la necesidad de las condiciones discutidas para satisfacer el interés público en asegurar una correcta ejecución contractual.**

Hay que tener presente que el interés público relevante es que propuesto en el concurso y concretamente en el cartel, no el de la administración ni tampoco el de la contratista. La existencia de una adecuada reglamentación contractual, esas condiciones específicas y sustanciales para una adecuada ejecución, se constituyen en elementos necesarios. Por ello con un criterio material debe valorarse la necesidad de prorrogar más allá el plazo dispuesto en el cartel para la firma del contrato, toda vez que, estos son disposiciones formales que pretenden evitar la negativa injustificada a firmar y, no la mejor satisfacción del interés público, -sobre cuando no hay más oferentes en el concurso-.

III.- CONCLUSIONES

- 1.- *Le corresponde al Banco Nacional de Costa Rica:*

A. *En su condición de fiduciario tomar a la decisión de otorgar una prórroga al plazo para firmar el contrato.*

Esta decisión debe apegarse a los principios de contratación administrativa: principios de eficacia y eficiencia y principio de sustancia sobre la forma.

C. *- Determinar adecuadamente el cuadro fáctico y su correspondiente valoración respecto de los elementos, observaciones y argumentos, por los cuales el Instituto Costarricense de Electricidad -y también el Banco- requieren de más tiempo para terminar de elaborar el documento de contrato que formalizaría su relación contractual. Ello es de trascendencia para saber si estamos ante una negativa injustificada de firmar un contrato, o ante una genuina prórroga del plazo para firmar, para lo cual habría que valorar si es conveniente al interés público sobre pasar el plazo señalado en el cartel para su firma."*

La señora Vega Barrantes señala que tal como lo ha indicado y los señores Asesores lo han explicado en forma amplia y clara, para ella es muy importante entender el oficio remitido por el FID, la consulta que le hace al Consejo se concentra en la prórroga; en razón de lo anterior, considera que lo prudente es que si bien se le puede dar la audiencia al Fideicomiso, se le indique el marco en el cual este Consejo está interpretando el oficio que remiten, para que no pase el tiempo y especialmente el plazo de 3 días en que se vence la prórroga anterior, sin que conozcan la posición de la Institución y en ese sentido, le parece conveniente indicar al Banco este contexto, que es el informe remitido por el grupo de asesores y que se concentra en la potestad o no de Sutel de pronunciarse sobre la prórroga, por lo que si quieren venir a audiencia, sea dentro del contexto señalado.

Agrega que especialmente, le parece importante que a partir del dictamen remitido por el Fideicomiso y siendo que éste incorpora en su consulta una vinculación respecto a plazos, sin ninguna argumentación o justificación adicional para análisis de este Consejo y siendo que este Órgano les brindó audiencia y no se presentaron, por razones hoy conocidas, es que considera importante que el Fideicomiso conozca, de manera tal que no se brinde audiencia para temas que los asesores jurídicos han indicado que no corresponden ser atendidas por SUTEL.

En vista de lo señalado, le parece importante que dentro de la respuesta que se le dará al Banco, la cual votó afirmativamente, se incluya el contexto en el cual este Consejo está interpretando su oficio y lo somete a votación para que el Consejo disponga lo correspondiente.



SESIÓN EXTRAORDINARIA 007-2020
27 de enero del 2020

El Consejo resuelve con el voto de los señores Federico Chacón y Gilbert Camacho, rechazar por mayoría:

ACUERDO 002-007-2020

Rechazar la propuesta de acuerdo adicional presentada por la señora Hannia Vega Barrantes, Miembro del Consejo, en relación con el tema de la solicitud de prórroga para la firma de los contratos de los Proyectos de los Territorios Indígenas solicitada por el Instituto Costarricense de Electricidad, de conformidad con el oficio bajo el registro FID-307-2020, del 24 de enero de 2020.

ACUERDO FIRME
NOTIFIQUESE

A LAS 16:00 HORAS FINALIZA LA SESIÓN

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES


LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO DEL CONSEJO


GILBERT CAMACHO MORA
PRESIDENTE DEL CONSEJO