

**DENUNCIA Y SOLICITUD DE NULIDAD ABSOLUTA POR SER EVIDENTE Y
MANIFIESTA.**

SEÑORES:
CONSEJO
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
REFERENCIA:
LICITACIÓN PÚBLICA N°2021 LN-000001-SUTEL



CONCESIÓN PARA EL USO Y EXPLORACIÓN DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA BRINDAR SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DISPONIBLES AL PÚBLICO MEDIANTE SISTEMAS DE RADIOCOMUNICACIÓN DE BANDA ANGOSTA EN BANDAS DE FRECUENCIAS INFERIORES A 470 MHZ EN EL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.

Quienes suscriben doctor Enrique Rojas Franco, Cédula de identidad 1-0390-1250, abogado expresidente del Colegio de Abogados, vecino de los Yoses San José y Rochelle Bermudez Araya, abogada, cedula 1-0951-0541, vecina de Moravia en calidad de ciudadanos costarricenses y en razón del derecho que nos asiste derivado de la Actio Populari, fundamentado no solo en la Constitución Política de Costa Rica sino también de conformidad con el numeral 3 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el derecho a la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, que se fundamenta, entre otros, en el poder ciudadano de denuncia.

Hemos de manifestar que, presentamos formal denuncia ante su autoridad como órgano instructor del proceso licitatorio indicado supra de acuerdo con los motivos de hecho y derecho que se exponen a continuación, cuadro fáctico que hace susceptible de nulidad absoluta el procedimiento en todo lo actuado y resuelto dada la presunta corrupción que es evidente y manifiesta en este procedimiento.

HECHOS:

Primero: Mediante el oficio MICITT-OF-DVMT-310-2015 recibido el 26 de agosto de 2015, con número de ingreso NI-08306-2015, el viceministro de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), solicitó a la SUTEL lo siguiente:

"... se solicita respetuosamente a esa Superintendencia la elaboración de un análisis de las condiciones actuales del mercado de radiocomunicación de banda angosta y de las condiciones de las respectivas bandas de frecuencias, para determinar la posible existencia de la necesidad de incorporar proveedores de servicios de telecomunicaciones, el dimensionamiento de dicha demanda, los análisis económicos que determinen el valor del espectro en dichas bandas, así como la identificación de los canales específicos o bandas de frecuencia que se encuentran disponibles para un eventual concurso público, y cualquier otro que la Superintendencia considere necesario para ese fin.

Para la realización de dicho análisis, se solicita que se sirva considerar coma entre otros elementos que determine el regulador de acuerdo a su competencia coma las condiciones reales de ocupación registral de las bandas identificadas en la nota CR 033

DEL 'NAF para estos sistemas, así como estudios de medición de campo para las bandas que se identifiquen como disponibles, de manera que se garantice una operación correcta de los sistemas que se implementarían producto de dicho proceso concursal"

SEGUNDO: En atención a los requeridos por el MICITT, el Consejo de SUTEL mediante acuerdo 021-028-2016 de la sección ordinaria 028-2016 del 25 de mayo de 2016, aprobó el oficio número 03607-SUTEL-DGC-2016, con la posibilidad de brindar servicios de telecomunicaciones disponibles al público en bandas definidas en la nota CR 033 del Plan Nacional de atribución de frecuencias 8PNAF9 vigente y la cantidad de recursos radioeléctrico-disponibles, en el cual se indicó:

"someter a valoración del Poder Ejecutivo, destinar el espectro recomendado en el informe 3607-SUTEL-DGC-2016, de fecha 18 de mayo de 2016 para una posible licitación pública internacional, en busca incorporar posibles operadores que brinden servicios de telecomunicaciones disponibles al público en las bandas de la nota CR 033, lo anterior en busca de un uso más eficiente del espectro.

solicitar al Poder Ejecutivo que una vez valorado el punto anterior informe a esta Superintendencia a las bandas de espectro que son de interés licitar para el estado, según lo indicado en el presente oficio y las fechas potenciales en que se realizarán estos procesos concursales, para así iniciar los estudios técnicos y económicos pertinentes"

TERCERO: Posteriormente, a través de oficio MICITT-DVMT-OF-304-2016 recibido el 7 de julio de 2016, el viceministro de telecomunicaciones solicitó al Consejo de SUTEL:

"continuar el proceso de elaboración de los estudios técnicos y de mercado que permitan al Poder Ejecutivo determinar la necesidad de factibilidad de llevar a cabo un proceso concursal de otorgamiento de una concesión de frecuencias para radio comunicaciones de banda angosta, para brindar servicios de telecomunicaciones disponibles al público"

CUARTO: En atención al oficio indicado, el Consejo de SUTEL mediante acuerdos 008-011-2018 de la sesión ordinaria 011-2018 del 28 de febrero de 2018, aprobó el oficio número 1426-SUTEL-DGC-2018 del 23 de febrero de 2018 y 016-041-2018 de la sesión ordinaria 041-2018 del 29 de junio del 2018, aprobó el oficio número 4785-SUTEL-DGC-2018 del 21 de junio de 2018, en relación con los resultados del estudio sobre:

- Cuantificación de la demanda actual y potencial del servicio.
- Determinación de la oferta (cantidad de canales) requerida para satisfacer esa demanda actual y potencial.
- Disponibilidad del recurso por bandas de frecuencias para un eventual proceso concursal
- Análisis y recomendación de las condiciones técnicas de un eventual concurso.

QUINTO: Posteriormente se da la orden de inicio e instrucción del procedimiento concursal de concesión.

Los objetivos y metas propuestas dentro del Plan Nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, conllevan disponer de las condiciones propicias para la administración y planificación eficiente del espectro radioeléctrico para destinarlo a las necesidades presentes y futuras de servicios de telecomunicación del país con base en los informes técnicos realizados por SUTEL y los informes técnicos del MICITT el Poder Ejecutivo determinó que el Plan Nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y las políticas sectoriales son consecuentes y procedentes con un eventual procedimiento concursal tanatorio de bandas de espectro radioeléctrico. dado lo anterior por medio del acuerdo Ejecutivo número 283-2020-TEL-MICITT, Publicado en el alcance número 16 del Diario Oficial la Gaceta número 18 del 27 de enero de 2021, el Poder Ejecutivo instruyó a la SUTEL para que inicie el procedimiento concursal público, según lo dispuesto por el artículo 11 siguientes y concordantes de la LGT y su reglamento, con el fin de otorgar concesiones para el uso y explotación de bandas de espectro radioeléctrico para la presentación servicios de telecomunicaciones disponibles al público del radio de comunicación y en banda angosta, que se encuentra en registralmente disponibles en las bandas de frecuencias de 138 MHz a 174 MHzID cuatro 22 MHz 450 MHz, excluyendo sus respectivas excepciones, cuyo ámbito de uso se encuentra especificado en la nota nacional CR 033 DEL PNAF.

SEXTO: Con firmas de aprobación de los funcionarios competentes en Sutel en fecha primero de junio de 2021, se publica el cartel de la licitación pública de referencia, por supuesto dicho cartel contiene las normas del proceso licitatorio y está integrado por 11 capítulos y 6 anexos que corresponden a las reglas del proceso de licitación y establecen toda la información respecto a los principios y procedimientos que los rigen, las formas de comunicación hacia y desde la Superintendencia de telecomunicaciones, los requisitos formales esenciales que debe cumplir el oferente para que su oferta sea considerada elegible, así como para determinar las ofertas económicas ganadoras en el marco del proceso de licitación pública. Este cartel describe, además, el sistema de evaluación de las ofertas, así como el procedimiento y requisitos para la formalización del contrato de concesión correspondiente.

SETIMO: Dentro del cartel en el capítulo 1 del procedimiento para la selección de concesionario, en el punto 1.1 se utilizó la figura de licitación pública bajo un sistema de selección en 3 fases para la asignación de espectro en bandas de frecuencias inferiores a 470 MHz empaque de espectro de cuatro pares de frecuencias ya sea con cobertura nacional o cobertura por zonas, conformados por frecuencias con un espaciamiento de canal de 12,5 kHz. En el punto 1.2.1 sub-titulado fase de evaluación: se señala que dicha fase consistirá en la recepción, apertura y evaluación de las ofertas presentadas por los oferentes y tendrá por objeto identificar a los oferentes declarados elegibles según las reglas establecidas en el capítulo VII, de la fase de evaluación del cartel.

En el punto 1.2.2 se establece la fase de subasta y recomendación que tiene por objeto identificar a los oferentes declarados elegibles que obtienen mediante el procedimiento de subasta los derechos de uso y explotación de paquetes de espectro dentro de las bandas de frecuencias citadas según las reglas establecidas en el capítulo 7 de la fase de subasta de recomendación del cartel Adicionalmente en esta fase se incluyó la remisión del informe

de propuesta de adjudicación del órgano instructor al Poder Ejecutivo que contiene la recomendación de la asignación de paquetes de espectro.

En el punto 1.3 el cartel señala en el procedimiento podrán participar todas aquellas personas físicas o jurídicas de forma individual o en consorcio que reúnan los requisitos de idoneidad, evaluados con base en criterios técnicos y operativos, financieros y legales para ser elegibles, y que son exigidos en el presente cartel y en la legislación aplicable.

En el punto 3 Objetivos Específicos, sub. 3.1 conforme con los lineamientos emitidos por el MICITT y ante oficio MICITT-DM-OF-077-2021 del 5 de febrero de 2021, los fines del presente proceso fueron y siguen siendo atender la demanda de sistemas de telecomunicaciones de banda angosta para brindar servicios disponibles al público, evitar la concentración de espectro y promover la competencia efectiva, promover la reactivación económica, promover el uso eficiente del espectro radioeléctrico.

OCTAVO: En el punto 4.1.56, establece que la recomendación formulada por el Consejo de SUTEL a la administración concedente en la cual se consigna la asignación de paquetes de espectro específicos según los resultados de la subasta incluyendo el acta levantada según la cláusula 52 del cartel y un cuadro en el que se enumeren al menos en orden descendente con base en su valor las ofertas económicas válidas ofertas económicas ganadoras y el precio ganador que hubieran sido presentadas por los paquetes de espectro objeto de la licitación según la zona con cobertura como se indica en la cláusula 54 de resultar aplicable ese informe contendrá si la licitación debe ser declarada desierta o infructuosa de conformidad con lo establecido en la LGT, RLGT, LCA, el RLCA y en el Cartel.

NOVENO: En el punto 13 que tiene como título límite de adjudicación de espectro se establece en el punto 13.1 EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA es uno de los elementos que rigen esa contratación. Asimismo, esa contratación está sujeta a la normativa del régimen sectorial de competencia, Ley número 8642, Ley número 7472 y Ley número 9736, en particular, está prohibida cualquier coordinación entre empresas para llevar a cabo algún tipo de conducta anticompetitiva tal como las ofertas colusorias o cualquier otra que intente manipular el resultado de esta licitación.

NOVENO: El punto 22 titulado responsabilidad que asumen los oferentes su punto 22.2 se establece que la sujeción de la oferta al ordenamiento jurídico administrativo integral de modo tal que trasciende el presente de cartel y queda sujeta a todas las prohibiciones y mandatos del bloque de legalidad administrativa y coma en especial coma los principios generales de derecho.

DECIMO: en el punto 53 titulado declaratoria de licitación infructuosa y desierta en el sur. 53.2 se establece que la licitación será declarada desierta y podrá convocarse a un nuevo procedimiento de asignación y en caso de estimarse conveniente coma cuando se considere que no está adecuadamente salvaguarda del interés público punto en ese caso la administración concedente deberá dejar constancia de los motivos específicos del interés público considerados para adoptar esa decisión, mediante resolución motivada que será incorporada en el respectivo expediente de la contratación. Asimismo, cuando se haya invocado a motivos de interés público para declarar desierta la licitación, para iniciar un nuevo procedimiento la administración concedente deberá acreditar el cambio de las

circunstancias que justifican la medida. Asimismo, en el punto 53.3 se establece que el Poder Ejecutivo podrá desestimar todas las ofertas cuando considere que esta no se ajusta al cartel coma a los objetivos y las metas definidas por el PNDT, a lo dispuesto en el PNAF con los acuerdos, tratados y convenios internacionales de telecomunicaciones ratificados por Costa Rica.

DECIMO PRIMERO. En este concurso han participado 3 oferentes los cuales fueron declarados elegibles ellos mismos son los que participaron en la subasta el pasado 8 de octubre una vez revisadas las ofertas por los suscritos se pudo corroborar que quienes ostentan la representación legal de cada una de las firmas participantes en la subasta tienen un vínculo filial directo, es decir son hermanos de sangre pero además comparten acciones comerciales o societarias y de representación mercantil en efecto:

- Marian Holst Quirós es apoderada generalísima de inversiones en tecnología IT S.A. (INVERTEC) cédula jurídica 1 0399-0591
- Luis Guillermo Holst Quirós que es apoderado Generalísimo de la empresa Holst Van Patten SA cédula jurídica 1 0451-0474
- Otto Gerardo es apoderado Generalísimo de la empresa Equipo Para Alquilar EPA, SA cédula jurídica 1-0505-0117

DECIMO SEGUNDO: La comisión de licitación en el análisis de las ofertas punto cuatro titulado conclusiones del análisis de las ofertas señala entre otras cosas que cada una de las 3 empresas mencionadas cumplen a cabalidad y presentaron las subsanaciones solicitadas en tiempo y forma, sin embargo, cabe destacar que en el penúltimo punto se hace una prevención por llamarle de alguna forma en este sentido

"importa señalar coma del análisis de la información remitida por los oferentes coma que las empresas EQUIPO PARA ALQUILAR EPA S.A. (EPASA) con cédula jurídica 3-101-615971, INVERSIONES EN TECNOLOGÍA IT S.A. con cédula jurídica 3-101-506415 (INVERTEC) y HOLST VAN PATTEN S.A. (HOVAPA) con cédula jurídica 3-101-005197, presentan relaciones a nivel de accionistas y filiales, que podrían ser sujetas de un proceso de investigación que trasciende el alcance de este proceso licitatorio". El resaltado no es del original.

PREÁMBULO:

Los procedimientos de contratación pública cualesquiera que sean, Licitación Pública, Licitación Abreviada, Licitación Privada, Concurso de Antecedentes, Remate, etc, tienen varios objetivos, en primer lugar, propósitos de transparencia en la adquisición de bienes y servicios públicos del Estado.

Es decir, hay un ingrediente ético, un ingrediente moral, de transparencia en esa adquisición por parte de todos los entes públicos, de los bienes y servicios necesarios, tanto de carácter material, como de carácter humano.

Eso es tan cierto que la propia Constitución Política, eleva a rango constitucional, la obligación, el deber de seguir los procedimientos de contratación pública, para adquirir los bienes y servicios.

DE LA COLUSION Y PRACTICAS MONOPOLISTICAS:

En Costa Rica, el artículo 46 de la Constitución Política consagra el derecho a la libre competencia. Prohíbe los monopolios privados y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria; declara de interés público la acción del Estado encaminada a impedir prácticas monopolísticas; obliga a someter los monopolios de hecho a una legislación especial, y exige mayoría calificada de la Asamblea Legislativa para establecer nuevos monopolios a favor del Estado o las municipalidades. Adicionalmente, en su párrafo final el artículo 46 incorpora la protección de los derechos de los consumidores. El principal desarrollo legislativo de esa disposición constitucional lo encontramos en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley N° 7472, 1994). Esta ley cubre el tema de competencia y también los temas de mejora regulatoria y protección al consumidor. En el tema de competencia la Ley N° 7472 se complementa con la Ley General de Telecomunicaciones (Ley N° 8642, 2008), que incluye un régimen sobre competencia específico para ese sector, y recientemente la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (Ley N° 9736, 2019), que introduce reformas importantes a las dos leyes mencionadas y nuevas disposiciones de fondo y procedimentales sobre la materia. La Comisión para Promover la Competencia (Coprocom), órgano adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, que gozará de renovada independencia y recursos en virtud de la Ley N° 9736, es la autoridad administrativa encargada de investigar y sancionar las prácticas monopolísticas en Costa Rica, así como de ejercer el control previo de concentraciones. En el sector de telecomunicaciones esas funciones le corresponden a la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), con obligación de consultar a la Coprocom antes de dictar resolución final sobre prácticas monopolísticas o concentraciones. Columna medular de este caso revisar la participación de quienes fueron declarados elegibles y para ese fin se transcribe nuevamente el hecho decimoprimer.

DECIMO PRIMERO. En este concurso han participado 3 oferentes mismos que fueron declarados elegibles ellos mismos son los que participaron en la subasta el pasado 8 de octubre una vez revisadas las ofertas por los suscritos se pudo corroborar que quienes ostentan la representación legal de cada una de las firmas participantes en la subasta tienen un vínculo filial directo y de accionistas, es decir son hermanos de sangre pero además comparten acciones comerciales o societarias y de representación mercantil en efecto veamos:

- Marian Holst Quirós es apoderada generalísima de inversiones en tecnología IT S.A. (INVERTEC) cédula jurídica 1 0399-0591
- Luis Guillermo Holst Quirós que es apoderado Generalísimo de la empresa Holst Van Patten SA cédula jurídica 1 0451-0474

- Otto Gerardo es apoderado Generalísimo de la empresa Equipo Para Alquilar EPA, SA cédula jurídica 1-0505-0117

De lo anterior podemos resaltar no solo el hecho de que la estructura técnica del cartel cierra posibilidades a empresas que actualmente brindan el servicio y es por ese motivo que participan 3 sociedades de 3 hermanos respectivamente, no obstante es válido analizar también el hecho de que esa situación es completamente predecible dado que se reconoce en el expediente administrativo que existió audiencia previa con cada una de las empresas que están en capacidad de brindar el servicio sin embargo pese a ser SUTEL el órgano instructor del procedimiento no se encuentra en dicho expediente una motivación que señale por qué motivo se recibieron las ofertas de 3 sociedades consanguíneas donde los apoderados generalísimos son hermanos y además pertenecen a una misma junta directiva.

No menos importante señalar que se extraña el hecho de que previamente teniendo conocimiento de las pocas posibilidades que tienen algunas empresas para satisfacer las condiciones técnicas del cartel, no se citó a una licitación internacional dado el hecho de que el concurso se expone a una inminente colusión, importante para este asunto dar a conocer como ustedes ya lo saben y como se mencionó en el cuadro fáctico, el cartel advierte en su cláusula número 13, que tiene como título límite de adjudicación de espectro establece en el punto 13.1 EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA es uno de los elementos importantes que rigen esa contratación. Asimismo, esa contratación está sujeta a la normativa del régimen sectorial de competencia, Ley número 8642, Ley número 7472 y Ley número 9736, en particular, está prohibida cualquier coordinación entre empresas para llevar a cabo algún tipo de conducta anticompetitiva tal como las ofertas colusorias o cualquier otra que intente manipular el resultado de esta licitación.

Resiente doctrina ha sido enfática en la definición de este concepto, situación que ha revisado también el Consejo de la OCDE veamos (*Prácticas Monopolísticas Absolutas En La Ley Y Jurisprudencia De Costa Rica, 2020, C.R. (Pag 1) (Allan Thomson)*):

“En Costa Rica se consideran prácticas monopolísticas absolutas los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores actuales o potenciales entre sí, que tengan por objeto fijar precios, restringir la oferta, dividir mercados, coordinar ofertas en contrataciones públicas o rehusarse a comprar o vender bienes o servicios (Ley N° 7472, art. 11). En general esas conductas –salvo la de rehusarse a comprar o vender– corresponden a lo que internacionalmente se conoce como carteles de núcleo duro o hardcore cartels, como se aprecia en la siguiente definición. Según la Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels (Recomendación del Consejo sobre Acción Eficaz contra Carteles de Núcleo Duro), aprobada por el Consejo de la OCDE: Los carteles de núcleo duro se refieren a acuerdos anticompetitivos, prácticas concertadas o arreglos entre competidores actuales o potenciales para acordar precios, realizar ofertas amañadas (ofertas colusorias), establecer restricciones o cuotas de producción, o compartir o dividir los mercados mediante, por ejemplo, la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio. No

incluyen: (a) acuerdos, prácticas concertadas o arreglos que están razonablemente relacionados con una legítima integración de actividad económica que mejore la eficiencia; (b) acuerdos, prácticas concertadas o arreglos que de otro modo podrían calificar como carteles de núcleo duro, que están directa o indirectamente exentos de la cobertura de las leyes de competencia de los Adherentes o son mandatorios de acuerdo con las leyes de los Adherentes (2019).

En Costa Rica, el artículo 11 de la Ley N° 7472 tipifica las prácticas monopolísticas absolutas, para el sector telecomunicaciones rigen las mismas definiciones salvo la del inciso e) (Ley N° 8642, art. 53). Los incisos a) al d) del artículo 11 cubren los tipos de acuerdos entre competidores típicamente considerados carteles de núcleo duro. El inciso e) se adicionó con la reforma legal de 2012 que introdujo el control previo de concentraciones en el país (Ley N° 9072, 2012). Se refiere a acuerdos entre competidores para boicotear a otros agentes económicos (boicot horizontal), lo que no corresponde estrictamente a un cartel de núcleo duro, como los incisos a) al d), pero es un tipo de conducta que los participantes en un cartel suelen utilizar para asegurar el funcionamiento del esquema ilegal. El inciso f) sobre intercambio de información lo adicionó la Ley N° 9736. Antes de eso, el intercambio de información entre competidores estaba tipificado como práctica monopolística absoluta solo en el inciso a), es decir, cuando tuviera por objeto o efecto la fijación o concertación precios. Luego del listado de conductas, el párrafo segundo del artículo 11 prevé el deber de la Coprocom de revisar los mercados, en especial los mercados concentrados, para efectos de investigar y sancionar eventuales prácticas monopolísticas absolutas. Este párrafo fue objeto de reforma mediante la Ley N° 9072, en la cual se aclaró que la revisión de mercados concentrados es una cuestión de énfasis y que no sólo en mercados concentrados pueden sancionarse las prácticas monopolísticas absolutas, como también lo ha dejado claro la jurisprudencia. El párrafo final del artículo 11 sanciona con nulidad de pleno derecho las prácticas monopolísticas absolutas. Esto significa que en Costa Rica estas prácticas se evalúan y sancionan de acuerdo con la llamada "regla per se", es decir, la conducta es sancionable por su objeto, independientemente de sus efectos y del tamaño o poder de mercado del infractor"

Regresando a las ofertas presentadas en el expediente administrativo consta que se verifican las declaraciones juradas que cada oferente debía presentar con su oferta, una de ellas se refiere a la cláusula 13.1, que conlleva efectos jurídicos materiales de plena fe, en lo que se juró y su efecto penal, dentro del análisis de las ofertas quién aporta esa declaración jurada además de cumplir con los demás requisitos se declarará elegible, en ese sentido reiteramos las 3 ofertas presentadas fueron declaradas elegibles.

Continuando con ese análisis de ofertas que realiza el órgano instructor, en el punto cuatro dentro de las conclusiones se hace la salvedad de que las 3 ofertas presentan relaciones a nivel de accionistas y filiales que podrían ser sujetas a un proceso de investigación que trasciende el alcance de ese proceso licitatorio.

Finalmente, en el punto 7 se propone al Consejo dar por recibido y acoger el análisis de las ofertas asimismo designar como oferentes declarados elegibles a las empresas de referencia una vez determinado que cumplen con los requisitos de idoneidad evaluados con base en criterios técnicos y operativos financieros y legales establecidos en el cartel. Como

resultado de ello, el pasado 8 de octubre se realizaron las subastas donde por supuesto las 3 empresas oferentes participaron.

A más abundamiento hemos de señalar que el artículo 16 de la Ley General de telecomunicaciones señala:

"ARTÍCULO 16.- Selección del concesionario y adjudicación

"El concesionario será seleccionado de entre las ofertas presentadas, conforme a las reglas del cartel y según el sistema establecido en las bases del concurso. Las ofertas elegibles serán evaluadas por la Sutel, a la que le corresponderá recomendar al Poder Ejecutivo si la adjudicación procede o no. El Poder Ejecutivo podrá desestimar todas las ofertas cuando considere que estas no se ajustan al cartel, a los objetivos y las metas definidos en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, a lo dispuesto en el Plan nacional de atribución de frecuencias o a los acuerdos, tratados y convenios internacionales de telecomunicaciones ratificados por Costa Rica. El acuerdo de adjudicación deberá ser publicado en el diario oficial La Gaceta en un plazo de diez (10) días hábiles." El resaltado no es del original.

Extraña realmente el hecho de que se hayan revisado todos los aspectos técnicos y legales de cada una de las ofertas y pese a estar regulado dentro del cartel la prohibición de presentar ofertas colusorias se hayan aceptado como elegibles, únicamente haciendo la salvedad y blindando a la administración con una Declaración Jurada, eso quiere decir entonces:

- ¿que no es, hasta que se presente de forma evidente y manifiesta un perjuicio a la administración y a los administrados, cuando efectivamente puede calificarse la oferta como colusoria? Eso no es cierto.
- ¿Quiere decir entonces que la declaración jurada presentada por los 3 oferentes da garantía de que esa situación no se va a presentar? Eso no es cierto.

Señores representantes de SUTEL, en este procedimiento licitatorio, este asunto es muy grave, en Costa Rica se han sancionado y se investigan asuntos de corrupción que han provocado gran perjuicio a la administración, y por supuesto a los administrados, situaciones como estas deben preverse, deben evitarse, bajo su responsabilidad está la instrucción de este procedimiento y ustedes cuentan con la competencia de rechazar ad portas o recibir ofertas y declararlas elegibles en apego al artículo 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la administración pública. Los tribunales han resuelto ya situaciones como la aquí discutida y es muy relevante señalar que dentro de sus sentencias hablan como La Coprocom ha sancionado a la fecha prácticas monopolísticas absolutas en múltiples casos, de los cuales varios han sido objeto de revisión en la vía judicial.

La jurisprudencia en relación con este tipo de prácticas ha señalado: que las empresas sancionadas impugnaron lo resuelto ante la jurisdicción sin embargo el Tribunal contencioso administrativo señaló que las faltas administrativas previstas en el numeral 11 inciso a de la ley número 7472 **son ilícitos de peligro y no ilícitos de resultado con lo cual NO sería necesario que en la especie se demuestre el efecto lesivo o dañoso de las conductas sancionadas.** (Sección IX, 43-2008, 2008).

Nuevamente confirma el Tribunal Contencioso Administrativo en su sentencia (Sección II, 275-2005, 2005)

"la práctica se predetermina por la ley como anticompetitiva y debe tenerse automáticamente como ilegal, sin que sea necesario el análisis de si el efecto lo es, o si la participación en el mercado es lo suficientemente grande para afectarlo, ni las motivaciones o justificaciones del infractor; basta en consecuencia, que se configure el comportamiento contemplado en la ley para que los agentes que participen sean culpables por el simple hecho de probarse que se ha incurrido en él. La antijuricidad se comprueba con la sola constatación de que la conducta típica no está permitida, y en cuanto a su idoneidad para producir daño, cabe aclarar que constituyen un ilícito de peligro, no de resultado, por lo que no requiere que se haya causado perjuicio"

De acuerdo con información recabada por votos de Coprocom en junio de 2012 esta institución sancionó a 4 empresas y 3 personas físicas por violación al inciso d) del artículo 11 de la Ley N° 7472, por haber coordinado la participación en un procedimiento de contratación para la compra de líneas celulares promovido por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). Se impusieron multas de 510 veces el salario mínimo mensual entonces vigente a cada una de las empresas sancionadas y de 56 veces ese salario mínimo mensual a cada uno de los representantes legales sancionados en lo personal, con base en lo previsto en los artículos 28 y 29 de la Ley N° 7472 entonces vigente (Coprocom, voto 13-2012, 2012). Si bien en este caso los Tribunales obligaron a la Coprocom a recalcular las multas por vicios en su fundamentación, en cuanto a la conducta sancionada fueron claros sobre la aplicación de la regla per se. Dijo el Tribunal Contencioso Administrativo en la sentencia sobre una de las demandas relacionadas con este caso, "(...) No debe perderse de vista que estas prácticas se analizan bajo la regla per se. Precisamente por su efecto perjudicial en el proceso de competencia y libre concurrencia, el legislador costarricense las tipifica como nulas de pleno derecho. Esto significa que para determinar su ilegalidad no es necesario valorar el tamaño del mercado afectado, el poder de los agentes económicos involucrados, ni sus motivaciones o justificaciones. Únicamente debe comprobarse el supuesto establecido por la norma para determinar su ilegalidad..." (Sección IV, 46-2015-IV, 2015). Y la misma línea de razonamiento fue acogida plenamente en casación. Así lo expresó la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Sala I): "...Según el numeral 11 de la Ley N° 7472:" (...) Las prácticas monopolísticas absolutas son los actos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores actuales o potenciales entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos: [...] d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los subastas o remates públicos". Dicha disposición normativa busca prohibir todo tipo de convenio que tenga como fin impedir o afectar la competencia entre empresas participantes de una misma contratación pública, o bien, acuerdos que definan cuáles empresas se abstendrán de participar, así como aquellos que pretendan manipular el concurso (...)"

Continuando con el análisis, recientemente la Sala Constitucional, resolvió un caso semejante al aquí discutido, donde acogió la tesis de que todos aquellos acuerdos entre competidores que tengan por objeto manipular la licitación o forzar a su contraparte

(administración licitadora) para que ceda en algunos aspectos, con el propósito de volver atractivo el concurso, por medio de la concertación o coordinación de ofertas o abstención de presentarlas, constituyen prácticas monopólicas absolutas y, en ese tanto, nulas de pleno derecho. De esta forma, en estas no interesa, ni se sanciona el resultado generado, sino la conducta en sí misma, por cuanto es prohibida per se. De modo que, la antijuridicidad se produce por su mera ejecución, independientemente de las motivaciones que la causaron o de las consecuencias producidas. (Consúltase el voto N° 209 de las 09 horas 50 minutos del 02 de marzo de 2017). Es importante no perder de vista que un acuerdo colusorio celebrado, no necesariamente llega a generar los efectos previstos; pero ello no impide su respectiva sanción. (194-F-S1-2018, 2018).

Otro caso digno de revisión es lo resuelto por la Coprocom en este caso fue confirmado por los Tribunales. En casación el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (TCCA) enfatizó la naturaleza absoluta de la práctica monopolística y el perjuicio que conlleva para la Administración Pública:

“Por lo dicho, es que en sede administrativa se impuso la sanción legal con base en criterios claramente delimitados y debidamente graduada por el órgano decisor. Se trataba de una práctica monopolística absoluta, y aunque se haya dado respecto de precios inferiores a los de los demás competidores, lesiona el derecho a la competencia (en este caso en licitaciones públicas) que es lo que se sanciona. Se lesiona el bien jurídico tutelado cual es la libre competencia; fueron esas empresas las que no permitieron la libertad de precios. Esta concentración horizontal de precios se califica como grave por sí sola, pero con mayor razón, al ofertarse iguales precios dentro de licitaciones públicas. La Administración es burlada con esas colusiones, ya que influye en la valoración de la ecuación calidad-precio, se limita y distorsiona el mercado en concursos públicos. Además, se lesiona el interés público cuando el propio Estado debe pagar sobreprecios. Es por esta razón, que este tipo de prácticas son nulas de pleno derecho y se sancionará a los agentes económicos que incurran en ellas... Coprocom, voto 08-2014, 2014 (165-2019, 2019).

La legislación costarricense sanciona las prácticas monopolísticas absolutas conforme a la llamada “regla per se”, es decir, se sancionan por su objeto, independientemente del poder de mercado de los infractores y de los efectos de la conducta en el mercado. Esto ha sido confirmado claramente por la jurisprudencia anteriormente transcrita ut supra.

EN CUANTO A LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA:

En efecto, dice el artículo 182 de la Constitución Política:

ARTICULO 182.- Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

Esa norma tiene relación con los artículos 9, 11, 33, 39, 41 de la misma Constitución Política, ahora bien, ese propósito de transparencia también tiene mucha importancia para el establecimiento de la pureza que debe tener esa adquisición de bienes y servicios, en el sentido de evitar lo que se llama el Nepotismo y Colusión, o sea que familiares puedan participar en los procesos de concurso público, tratando de beneficiar a sus parientes, amigos y partidarios políticos.

En otros términos, la transparencia permite establecer que los que participan, ya sea adjudicándole, ofertándole, no deben tener relación, compromiso, de forma tal que pudiera implicar un interés en favorecer en detrimento del interés público, de esa adquisición, de ese bien, de ese servicio.

Pero también tiene un objetivo de lograr las mejores condiciones económicas para el Estado. El Estado es como cualquier empresario privado, comprar a más bajo precio, pero de la mejor calidad. Es una ecuación universal que permite que se adquiera lo mejor y al más bajo precio, en el presente caso hablamos de una subasta, y el cuadro factico del presente caso desnaturaliza ese propósito.

Esas condiciones que se han indicado son permanentes en todo procedimiento de concurso público. Y en este, que se llama a la baja, lo que se pretende es adquirir bajo las condiciones de transparencia, lo mejor para la Administración Pública, por lo cual se permite una amplia participación de oferentes, que puedan ofertar lo mejor y al más bajo precio, dentro de parámetros de honestidad, en un sistema democrático.

Ahora bien, para determinar algunos otros principios presentes en los procedimientos de contratación administrativa la Sala Constitucional ha aclarado en su voto conocido 998-98:

- Principio de igualdad mismo que la sala ha señalado congruente con el principio de libre competencia, en su voto 998-98 señalando entre otras cosas que la licitación pública es un instrumento de contratación administrativa destinado a promover y estimular la competencia en el mercado competitivo en el cual afluyen el mayor número posible de explicas con el fin de que la administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas entre las cuales pueda seleccionar la mejor.
- Principio de eficiencia: la ley de contratación administrativa ha señalado en su artículo cuarto que 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 coma a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales.
- Principio de publicidad: El profesor Eduardo Ortiz ha señalado que este principio se encuentra en el artículo 6 de la contratación administrativa donde se establece que se debe de hacer público el concurso por los medios correspondientes a su naturaleza, llámese licitación pública, compra directa o licitación abreviada.
- Principio de legalidad y transparencia a los procedimientos: Este principio es sumamente importante y la sala constitucional nuevamente en su voto 998-98 ha señalado que en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda oír a las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción coma como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política.

- Principio de seguridad jurídica: Continúa exponiendo a la Sala en el mismo voto que, al sujetarse los procedimientos de contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación.
- Principio de formalismo de los procesos licitatorios: En cuanto se exijan formalidades como estas actúan a modo de control es endógenos y de auto fiscalización de la acción administrativa como de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia.
- Principio de equilibrio de los intereses: En tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para la contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de este.
- Principio de buena fe: Se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe como en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras como donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro.

En cuanto a estos principios anteriormente expuestos el profesor Eduardo Ortiz Ortiz, indica que:

"... Son principios fundamentales de la licitación pública, cuya violación acarrea, en la mayoría de los casos la absoluta nulidad de todo lo actuado..." (Eduardo Ortiz curso de derecho administrativo página 6)

Hemos podido hacer una síntesis de algunos principios presentes en el procedimiento tan esenciales que como pudimos observar podrían generar la absoluta nulidad de todo lo actuado, y es que así debe de ser porque volviendo a la oferta que se hace en la Licitación de referencia, la única forma de evitar un presunto acto de corrupción es declarando la nulidad de todo lo actuado y resuelto, esta no es solo una responsabilidad sino una obligación de SUTEL en aras de resguardar el procedimiento de concurso dado que como se desarrolló anteriormente en cuanto a su idoneidad para producir daño, cabe aclarar que constituyen un ilícito de peligro, no de resultado, por lo que no requiere que se haya causado perjuicio.

La Ley General de la Administración Pública, es una ley de orden público, y en caso de duda, sus normas y principio prevalecen y son el criterio de interpretación iuspublicístico costarricense, establece los elementos necesarios para **la validez del acto administrativo**, validez que depende de la concurrencia de varios elementos esenciales, impuestos en el ordenamiento jurídico.

Dichas actuaciones pueden clasificarse en materiales, (131,132 y 133 LGAP y 49 Constitución Política) relativos a los elementos subjetivos, mismos que se refieren a la competencia, legitimación e investidura, objetivos referentes al fin contenido y motivo, y formales comprensivos de la forma en la que se adopta el acto sea el medio de expresión o manifestación (preceptos 214 y 308 LGAP y 39 y 41 Constitución Política). El motivo es un elemento esencial del acto administrativo al tenor de los presupuestos o razones, tanto fácticas como jurídicas que hacen posible o necesaria la emisión del acto, sobre estos

aspectos hemos de manifestar que la administración pública entiende apoyar en legitimidad, oportunidad o conveniencia del acto administrativo. Así, son los presupuestos, antecedentes jurídicos y facticos que inducen a la administración a adoptar el acto concreto, que denota la conformidad que debe existir, entre este, y el propósito que el ordenamiento jurídico le asigna, ya sea la satisfacción del interés público. En cuanto al contenido, como su denominación lo indica, es la definición del efecto del acto administrativo, como resultado jurídico inmediato del mismo. Por último, el fin constituye el resultado meta-jurídico y también el objetivo último que busca el acto administrativo respecto al motivo, y en ese sentido el fin no se está logrando o sea existe un vicio en el fin porque una oferta colusoria provoca a su vez la ejecución de un contrato colusorio y ese no es el fin legítimo de la administración, en ese sentido esta actuación está viciada de nulidad, mas claro, es cierto, real y verdadero que se desnaturaliza, maxime siendo subasta publica como procedimiento licito transparente para lograr los objetivos de ese tipo de convenio.

Una vez dicho esto hemos de manifestar que la actuación administrativa dirigida a llevar adelante este proceso licitatorio debe anularse en todo lo actuado y resuelto pese a ser un acto preparatorio y así lo establece la Ley General de la administración pública en su artículo 163, 166-168.

Artículo 163.-

- 1. Los vicios propios de la ejecución del acto inválido se impugnarán por aparte de los que afecten el acto.**
- 2. Los vicios propios de los actos preparatorios se impugnarán conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio.**
- 3. Los vicios de los actos de contralor o, en general, de los que afecten la eficacia del acto en forma desfavorable a éste, se impugnarán por aparte.**

Artículo 166.-Habrà nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Artículo 167.-Habrà nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta.

Artículo 168.-En caso de duda sobre la existencia o calificación e importancia del vicio deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Constitución Política artículos: 9,11,33,41,182 Ley 7472 artículos: 11,16,28,29 Ley 8642 artículo 56 Ley 9736 Ley General de la Administración Pública artículos: 11,131,132,133,163,166,167,168,214,308.

PRUEBAS

Expediente administrativo de licitación pública N° 2021-LN-000001-SUTEL que se encuentra en esta institución.

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de carácter absoluto, evidente y manifiesto de todo lo actuado y resuelto en este procedimiento de licitación pública por ser contrario al ordenamiento jurídico.

Notificaciones: rbermudez@centrallaw.com, notificaciones@rojasfranco.com.

Rochelle Bermudez Araya



Enrique Rojas Franco



Abogado - ^{Partario}
San José, Costa Rica