

San José, 22 de octubre de 2021

09950-SUTEL-DGC-2021

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones
SUTEL

**SOBRE LA ATENCIÓN DEL DOCUMENTO DE DENUNCIA Y SOLICITUD DE NULIDAD
ABSOLUTA, EVIDENTE Y MANIFIESTA EN CONTRA DEL PROCESO CONCURSAL PARA
SERVICIOS DE RADIOCOMUNICACIÓN DE BANDA ANGOSTA LICITACIÓN PÚBLICA
2021LN-000001-SUTEL**

Estimados señores:

De conformidad con el escrito sin número de oficio presentado en fecha 18 de octubre de 2021 por medio del NI-13660-2021 por parte del señor Enrique Rojas Franco y la señora Rochelle Bermúdez Araya, sobre una supuesta nulidad absoluta evidente y manifiesta, basados en los principios de participación ciudadana, en relación con el procedimiento de licitación de servicios de radiocomunicación de banda angosta; se somete a valoración del Consejo la presente recomendación para que este valore la forma de atención de dicha denuncia, considerando el rol de la Comisión de Licitación, nombrada mediante acuerdo número 058-062-2021 de la sesión ordinaria 062-2021 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el día 2 de setiembre del 2021.

1. Antecedentes

- 1.1.** Que mediante Acuerdo Ejecutivo N°283-2020-TEL-MICITT, publicado en el Alcance N°16 del diario oficial La Gaceta N°18 del 27 de enero de 2021, el Poder Ejecutivo instruyó a la SUTEL mediante la decisión inicial del procedimiento concursal para la prestación servicios disponibles al público de radiocomunicación en banda angosta, que se encuentren registralmente disponibles en los segmentos de frecuencias de 138 MHz a 144 MHz, de 148 MHz a 174 MHz; de 422 MHz a 430 MHz y de 440 MHz a 450 MHz.
- 1.2.** Asimismo, mediante oficio MICITT-DM-OF-077-2021 del 5 de febrero de 2021, publicado en el diario oficial La Gaceta N°40 del 26 de febrero de 2021, suscrito por el Ministro de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones se remitió al Consejo de la SUTEL el documento denominado "*Lineamientos técnicos adicionales de la Ministra Rectora en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo Ejecutivo N°283-2020-TEL-MICITT de fecha 08 de diciembre de 2020 publicado en el Alcance N°16 al Diario Oficial La Gaceta N°18 de fecha 27 de enero de 2021*", el cual identificó los fines a ser considerados para efectos de la tramitación del concurso.
- 1.3.** Que mediante el acuerdo número 009-008-2021 de la sesión ordinaria 008-2021 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el día 4 de febrero del 2021, se designó a los funcionarios integrantes del equipo de trabajo (comisión de licitación) encargado de ejecutar los procedimientos del concurso público de espectro, donde se indicó específicamente lo siguiente: "*Disponer el inicio del procedimiento concursal y designar a los siguientes funcionarios como el equipo de trabajo encargado*

San José, 22 de octubre de 2021

09950-SUTEL-DGC-2021

de ejecutar los procedimientos del concurso público de espectro, en cumplimiento de los artículos 23 y 24 del citado reglamento (...) y; ...proponer un cronograma de tareas y actividades a realizar en aras de ejecutar la instrucción del Poder Ejecutivo, el cual será revisado y analizado por el Consejo de Sutel para su posterior aprobación”.

- 1.4. Que mediante acuerdo número 006-011-2021 de la sesión ordinaria número 011-2021 del 8 de febrero de 2021, el Consejo de la SUTEL dio por recibido el oficio 01187-SUTEL-DGC-2021 relativo al cronograma de tareas del procedimiento de licitación indicado.
- 1.5. Que por medio de acuerdo número 010-026-2021 de la sesión ordinaria número 026-2021, celebrada el 8 de abril de 2021, fue aprobado el informe número 02414-SUTEL-DGC-2021 donde se aprobó la propuesta de precartel para el procedimiento de licitación en cuestión.
- 1.6. Que en fecha 29 de abril de 2021, fue publicado en el diario La Extra la invitación a la audiencia precartel a todos los posible interesados, la cual fue celebrada en fecha 19 de mayo de 2021. Asimismo, fueron recibidos comentarios durante el plazo dispuesto por parte de Comunicaciones JIRK & Sotoval, S.A., (NI-05937-2021) y la Cámara de Infocomunicaciones y Tecnología INFOCOM, (NI-05944-2021).
- 1.7. Que la Comisión de Licitación, de conformidad con las observaciones recibidas, realizó el análisis y la atención de estas, el cual se incorpora en el oficio 04926-SUTEL-DGC-2021 del 11 de junio del 2021.
- 1.8. Que el Cartel de Licitación Pública 2021LN-000001-SUTEL *“Concesión para el uso y explotación 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”* fue aprobado mediante acuerdo número 021-046-2021 de la sesión 046-2021 del Consejo de la SUTEL, celebrada el 24 de junio de 2021.
- 1.9. Que la SUTEL promovió la Licitación Pública 2021LN-000001-SUTEL, según publicación realizada Diario Oficial La Gaceta N°128 del 5 de julio de 2021.
- 1.10. Que dentro del proceso de licitación no se presentó recurso de objeción por ningún potencial oferente.
- 1.11. Que el día 9 de agosto de 2021 se llevó a cabo la apertura de las ofertas en las instalaciones de la SUTEL, como se indica en el acta de apertura que consta en el expediente FOR-SUTEL-DGO-PRO-LN-000001-00925-2021, en el cual se recibió lo siguiente:
 - Oferta 1: EQUIPO PARA ALQUILAR EPA S.A. (EPASA) con cédula jurídica 3-101-249507, recibida en la SUTEL a las 11:04 a.m.
 - Oferta 2: INVERSIONES EN TECNOLOGÍA I.T. S.A. (INVERTEC) con cédula jurídica 3-101-506415, recibida en la SUTEL a las 11:57 a.m.
 - Oferta 3: HOLST VAN PATTEN S.A. (HOVAPA) con cédula jurídica 3-101-005197, recibida en la SUTEL a las 12:10 p.m.
- 1.12. Que mediante el acuerdo número 058-062-2021 de la sesión ordinaria 062-2021 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el día 2 de setiembre del 2021, las empresas Equipo Para Alquilar EPA, S.A. (EPASA), con cédula

San José, 22 de octubre de 2021

09950-SUTEL-DGC-2021

jurídica número 3-101-615971, Inversiones en Tecnología IT, S. A., con cédula jurídica número 3-101-506415 (INVERTEC) y Holst Van Patten, S.A. (HOVAPA), con cédula jurídica número 3-101-005197, una vez determinado que sus ofertas cumplen con los requisitos de idoneidad, evaluados con base en criterios técnicos y operativos, financieros y legales establecidos en el Cartel de referencia, fueron designadas como Oferentes Declarados Elegibles.

- 1.13. Que mediante el acuerdo número 058-062-2021 de la sesión ordinaria 062-2021 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, se determinó el 8 de octubre de 2021 como la fecha para la realización de la Subasta. Asimismo, se autorizó a la Comisión de Licitación para que, de conformidad con la cláusula 48.1, notificara a los Oferentes Declarados Elegibles la hora de inicio y el sitio Web donde se efectuará la Subasta, utilizando el Sistema Electrónico de Subasta.
- 1.14. Que en fecha 8 de octubre de 2021 fue realizada la Subasta según lo dispuesto en el punto 44 del Cartel de Licitación y fueron identificadas las ofertas económicas ganadoras según la cláusula 51 del pliego cartelario.
- 1.15. Que en fecha 18 de octubre de 2021 por medio del NI-13660-2021, se presentó una denuncia y solicitud de nulidad absoluta, evidente y manifiesta en contra del proceso de licitación de servicios de radiocomunicación de banda angosta.

2. Sobre la competencia de la Comisión de Licitación

Como se indicó en los antecedentes del presente documento, el Consejo de la Sutel nombró a esta comisión como encargada de ejecutar los procedimientos del concurso público de espectro ligados a lo señalado por los artículos 23 al 28 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. Dichos artículos, entre otras cosas, disponen la creación de un cronograma de tareas y responsables de su ejecución, la elaboración del cartel, la conformación de un expediente, el deber de incorporar los documentos en el mencionado expediente así como su debida custodia y conservación, y someter a valoración del Consejo de la Sutel la selección del concesionario, teniendo en cuenta que, como se indica en el artículo 28 de dicho Reglamento, corresponderá al Poder Ejecutivo la adjudicación del proceso concursal de conformidad con la recomendación de la SUTEL. Dado lo anterior, la Comisión ha venido realizando todas las labores dispuestas en el cronograma, atendiendo a los plazos correspondientes y procurando el desarrollo del proceso concursal en sus diferentes etapas según lo dispuesto por el Consejo de la Sutel, la Ley N°8642, la Ley N°7494, sus Reglamentos y el cartel de la licitación.

Así las cosas, esta comisión realizó una propuesta de precartel, del cual se recibieron observaciones y las cuales fueron atendidas de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo número 021-046-2021 de la sesión 046-2021 del Consejo de la SUTEL, celebrada el 24 de junio de 2021. Además, a través del citado acuerdo, se aprobó la propuesta del cartel por parte del Consejo de la SUTEL, el cual fue publicado para la participación de todos los potenciales oferentes. Cabe resaltar que durante esta etapa **no se recibieron objeciones** para la posible modificación del cartel, fase en la que resulta procedente este tipo de análisis. En este sentido, la etapa de objeciones al cartel y ha precluido, en caso de que las partes aleguen vicios de nulidad del cartel, estas se deberán absolver contra el acto final de la adjudicación.

San José, 22 de octubre de 2021

09950-SUTEL-DGC-2021

Posteriormente, se realizó la apertura de las ofertas con aquellas empresas interesadas en participar y demás funciones de índole administrativa, como lo son las subsanaciones correspondientes. Más adelante, se realizó el análisis de las ofertas para validar el cumplimiento de los requisitos técnicos requeridos para luego proceder con la recomendación al Consejo para la designación de los oferentes declarados elegibles, quienes participarían en la subasta por las frecuencias del espectro disponibles de conformidad con el acuerdo número 058-062-2021 de la sesión ordinaria 062-2021, celebrada el día 2 de setiembre del 2021.

En este momento, se ha avanzado hasta la etapa de subasta, y se encuentra en elaboración la recomendación final por parte de la Comisión de Licitación al Consejo de la Sutel en donde se comunicarán los resultados de la Subasta llevada a cabo el pasado 8 de octubre del año en curso.

Como bien se puede observar, la Comisión de Licitación ha actuado de conformidad con lo ordenado por el Consejo, con el cronograma elaborado y con lo dispuesto en el cartel de la licitación, cumpliendo en tiempo y forma las diferentes etapas. Ahora bien, como se detallará más adelante, la Comisión de Licitación, dadas la delimitación de sus funciones asignadas, no le compete la atención de la citada denuncia.

3. Sobre el documento presentado

El documento recibido en esta Superintendencia con fecha de 18 de octubre de 2021 (NI-13660-2021), es titulado como *“Denuncia y solicitud de nulidad absoluta por ser evidente y manifiesta”*. Los argumentos que sustentan el fondo de dicho escrito se basan en la presunta ejecución de prácticas colusorias por parte de los oferentes del proceso licitatorio. Esta afirmación se realiza argumentando 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...”*.

El artículo 52 de la Ley 8642 dispone que a la SUTEL le corresponde *“Prevenir y detectar los monopolios e investigar los carteles, las prácticas monopolísticas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente del mercado de las telecomunicaciones, e imponer las medidas y sanciones dispuestas en el ordenamiento jurídico”*. Siendo que en particular el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP y su Órgano Desconcentrado (RIOF), dispone que la investigación de las prácticas monopolísticas compete a la Dirección General de Competencia.

En relación con lo anterior, es importante indicar que, según se desprende de las competencias previamente descritas, esta Comisión de Licitación no fue instruida para la resolución de una denuncia como la que se aborda en el presente documento, dado que se refiere a aspectos que trascienden el proceso de concurso público del bien demanial y toca aspectos relativos a posibles prácticas anticompetitivas, las cuales como se indicó de previo corresponde conocer a la DGCO.

Además, en dicho escrito se menciona muy sucintamente un tema relativo a la estructura del cartel, la supuesta poca posibilidad que tuvieron las empresas para participar y cumplir con las condiciones técnicas ahí establecidas. Específicamente señalaron lo siguiente: *“De lo anterior podemos resaltar no solo el hecho de que **la estructura técnica del cartel cierra posibilidades a***

San José, 22 de octubre de 2021

09950-SUTEL-DGC-2021

empresas que actualmente brindan el servicio y es por ese motivo que participan 3 sociedades de 3 hermanos respectivamente (...)" (destacado intencional)

Al respecto, vale aclarar que el presente proceso concursal implicó una serie de fases donde los posibles interesados podían presentar sus observaciones, aclaraciones u objeciones al cartel. En este sentido, tal y como se señaló, no se recibieron recursos de objeción en el presente proceso de licitación de espectro durante el momento oportuno según la normativa de contratación administrativa y en el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones para realizar cualquier alegato por supuestos vicios de procedimiento o aspectos del cartel, que pudieran afectar directamente a los potenciales oferentes y a su posibilidad de participar en el proceso concursal.

Es por lo anterior que se considera que el cartel de licitación quedó consolidado al haberse cumplido las etapas para la valoración de posibles cambios. Además, debe recordarse la figura de la preclusión, siendo que el proceso de contratación es claro en identificar las etapas procedimentales correctas para hacer valer los derechos.

Como último punto, en el escrito se hace una manifestación ligada a la limitación de *empresas que actualmente brindan el servicio*. Sobre este aspecto, se debe recordar que en este momento no existe la posibilidad legal de brindar un servicio de telecomunicaciones como el que se describe en el cartel de la licitación. Por el contrario, el objetivo del proceso de licitación actual es justamente abrir la posibilidad para brindar un nuevo servicio, por lo que cualquier empresa que se encuentre operando de esta forma, estaría contraviniendo con la legislación actual y podría estar sujeta a los procedimientos que establece la Ley General de Telecomunicaciones por provisión ilegal de servicios. De ese mismo modo, por medio de denuncia no puede objetarse los requerimientos o elementos de admisibilidad, para lo que en su oportunidad cualquier interesado pudo presentar el recurso de objeción.

4. Sobre el área competente para atender la nulidad absoluta evidente y manifiesta

La colusión alegada como causal de esta nulidad evidente y manifiesta, potencialmente, podría enmarcarse en una práctica monopolística absoluta regulada en el artículo 53 la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, de comprobarse los supuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para su tipificación.

Si bien las prácticas de esta naturaleza son nulas de pleno derecho, para su comprobación se requiere cumplir con el debido proceso. En ese sentido, el artículo 65 de la ley referida dispone que, en el caso de lo dispuesto en el Régimen Sectorial de Competencia, para determinar las infracciones y sanciones, se estará a lo dispuesto en el procedimiento especial dispuesto en el título III de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736.

Como se puede ver, una presunta práctica monopolística no podría considerarse un hecho evidente y manifiesto, esto, sin perjuicio de que, según el caso, la autoridad competente considere que existen indicios que ameriten su investigación.

San José, 22 de octubre de 2021

09950-SUTEL-DGC-2021

Así las cosas, se considera procedente trasladar la presente gestión a la Dirección de Competencia para su trámite o, el Consejo, de considerar que la información contenida amerita el inicio de la etapa de investigación de un procedimiento especial, podría solicitárselo directamente.

5. Propuestas al Consejo

De conformidad con lo detallado en el presente informe, se somete para valoración del Consejo de la SUTEL:

- Acoger y aprobar el presente informe rendido por la Comisión de Licitación en donde se someten al Consejo insumo para la atención del documento presentado bajo NI-13660-2021 sobre la denuncia y solicitud de nulidad absoluta, evidente y manifiesta.
- Trasladar el escrito de denuncia a la Dirección General de Competencia para que proceda con las valoraciones que resulten pertinentes según la normativa aplicable.
- Instruir al área de Gestión Documental realizar las gestiones pertinentes para trasladar el escrito de denuncia al expediente correspondiente de la Dirección General de Competencia.

Atentamente,
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ESTEBAN JAVIER GONZALEZ
GUILLEN (FIRMA)
Firmado digitalmente por
ESTEBAN JAVIER GONZALEZ
GUILLEN (FIRMA)
Fecha: 2021.10.25 11:37:48
-06'00'

Esteban González Guillén
Coordinador
Jefe de Espectro

ROBERTO ALFREDO GAMBOA
MADRIGAL (FIRMA)
Firmado digitalmente
por ROBERTO
ALFREDO GAMBOA
MADRIGAL (FIRMA)

Roberto Gamboa Madrigal
Asesor Jurídico
Dirección General de Calidad

MONICA SALAZAR
ANGULO (FIRMA)
Firmado digitalmente por
MONICA SALAZAR ANGULO
(FIRMA)
Fecha: 2021.10.25 11:40:56
-06'00'

Mónica Salazar Angulo
Unidad Administrativa de Espectro
Dirección General de Calidad

KEVIN ALBERTO GODINEZ
CHAVES (FIRMA)
Firmado digitalmente
por KEVIN ALBERTO
GODINEZ CHAVES
(FIRMA)
Fecha: 2021.10.25
11:44:10 -06'00'

Kevin Godínez Chaves
Unidad Administrativa de Espectro
Dirección General de Calidad

DANIEL ALBERTO CASTRO
GONZALEZ (FIRMA)
Firmado digitalmente
por DANIEL ALBERTO
CASTRO GONZALEZ
(FIRMA)
Fecha: 2021.10.25
11:45:25 -06'00'

Daniel Castro González
Unidad Administrativa de Espectro
Dirección General de Calidad

RAQUEL CORDERO
ARAICA (FIRMA)
Firmado digitalmente por
RAQUEL CORDERO
ARAICA (FIRMA)

Raquel Cordero Araica
Dirección General de Mercados

rgm

Gestión: FOR-SUTEL-DGO-PRO-LN-000001-00925-2021