

San José, 09 de noviembre de 2021

10582-SUTEL-UJ-2021

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: Cumplimiento del acuerdo 004-073-2021 adoptado en la sesión ordinaria 073- 2021 celebrada el 28 de octubre del 2021.

Estimados Señores:

Por este medio cumplimos lo solicitado en el acuerdo 004-073-2021 en el cual solicitan a la Unidad Jurídica lo siguiente:

“2. Trasladar el documento registrado con NI-13660-2021 a la Unidad Jurídica, para que emita el criterio jurídico requerido para la atención de la supuesta nulidad alegada por el señor Enrique Rojas Franco y la señora Rochelle Bermúdez Araya, en relación con el procedimiento de licitación de servicios de radiocomunicación de banda angosta que actualmente se encuentra en trámite por esta Superintendencia.”

I.- CRITERIO DE LA UNIDAD JURÍDICA

1.- DE LA DENUNCIA

El documento NI-13660-2021 recibido el 18 de octubre de 2021, corresponde a una denuncia interpuesta ante la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUTEL) dentro del procedimiento de contratación administrativa N°2021 LN-000001-SUTEL, en la que indican de manera resumida lo siguiente:

- Presentamos formal denuncia ante su autoridad como órgano instructor del proceso licitatorio indicado de acuerdo con los motivos de hecho y derecho que se exponen 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.
- El cartel de la 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*

San José, 09 de noviembre de 2021

10582-SUTEL-UJ-2021

INFERIORES A 470 MHZ EN EL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, indica que 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.

- En este concurso han participado 3 oferentes las cuales fueron declarados elegibles y 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- La contratación está sujeta a la normativa del régimen sectorial de competencia, Ley número 86421, 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.
- Extraña 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.
- La legislación costarricense sanciona las prácticas monopolísticas absolutas conforme a la llamada “regla per sé”, 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.

San José, 09 de noviembre de 2021

10582-SUTEL-UJ-2021

- La violación de los principios presentes en la contratación administrativa, como lo son: el principio de igualdad, eficiencia, publicidad, legalidad y transparencia, seguridad jurídica, formalismo, equilibrio de intereses y buena fe, podrían generar la absoluta nulidad de todo lo actuado. 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 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 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 y 168.

De lo expuesto en este apartado se concluye que, las personas que suscribieron la denuncia acusan a las tres empresas que participan en el procedimiento de contratación de realizar conductas anticompetitivas, en específico, prácticas colusorias; lo que en opinión de las personas denunciadas, es un acto de corrupción que ocasiona la nulidad del procedimiento de contratación.

Cabe señalar que mediante acuerdo 005-073-2021 adoptado en la sesión ordinaria 073-2021 celebrada el 28 de octubre de 2021, el Consejo de la SUTEL trasladó el documento NI-13660-2021 a la Unidad de Investigación y Concentraciones de la Dirección General de Competencia. Por lo tanto, dicha Unidad deberá investigar los hechos expuestos en la denuncia, de acuerdo con lo que establece la Ley N°9736.

2. DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Es importante indicar que la denuncia se presenta dentro de un procedimiento de contratación, por lo que en este apartado exponemos lo que dice la legislación aplicable al respecto.

El artículo 12 de la Ley N° 8642, dice lo siguiente:

ARTÍCULO 12.- Procedimiento concursal

Las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, serán otorgadas por el Poder Ejecutivo por medio del procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de contratación administrativa y su reglamento. La Sutel instruirá el procedimiento, previa realización de los estudios necesarios, para determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de las concesiones, de conformidad con el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y las políticas sectoriales.

San José, 09 de noviembre de 2021

10582-SUTEL-UJ-2021

En atención a este artículo en el procedimiento de contratación administrativa N°2021 LN-000001SUTEL, se utiliza la figura de la licitación pública establecida en la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494. Dicho artículo también establece los deberes de la Sutel y del Poder Ejecutivo en relación con los procedimientos concursales.

El artículo 16 de la misma ley establece que:

(...)

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.

(...)

De estos artículos se desprende que corresponde al Poder Ejecutivo adjudicar el procedimiento según la recomendación que envíe la Sutel. Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede también rechazar la recomendación.

En la recomendación que emita la Sutel al Poder Ejecutivo, es relevante que se informe, tanto de lo acordado por el Consejo en el acuerdo 005-073-2021 adoptado en la sesión ordinaria 073-2021 celebrada el 28 de octubre de 2021, como lo dicho en el oficio 08036-SUTEL-DGC-2021 de fecha 26 de agosto de 2021, denominado: *“ANALISIS DE OFERTAS DE LA LICITACION PUBLICA INTERNACIONAL 2021 LN-000001-SUTEL, DETERMINACION DE LA FECHA DE LA SUBASTA, SELECCION DE OFERENTES DECLARADOS ELEGIBLES Y CALCULO DEL LIMITE DE ADJUDICACION”*:

“Importa señalar, del análisis de la información remitida por los oferentes, 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.”

San José, 09 de noviembre de 2021

10582-SUTEL-UJ-2021

Esto con el objetivo que el Poder Ejecutivo valore si con esos antecedentes, conviene adjudicar el concurso.

Ahora bien, en lo que respecta a la nulidad alegada, debe tenerse presente que la misma se enmarca en la denuncia sobre supuestos actos anticompetitivos. Es decir, el escrito interpuesto, no expone ningún otro elemento que considere viciado dentro del procedimiento de contratación. Es más, ni siquiera existe un acto específico sobre el cual recae su disconformidad.

En este sentido, y en atención a la gestión formulada es importante recordar que, en el ordenamiento jurídico costarricense, se contemplan tres categorías de nulidades de los actos administrativos, distinguiendo entre nulidad relativa, nulidad absoluta, y nulidad absoluta, evidente y manifiesta. La regulación de éstas, se encuentra contenida en los numerales 167, 166 y 173 respectivamente de la LGAP.

Sobre los aspectos característicos de estos tipos de nulidades, doctrinariamente (ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Nulidades del acto administrativo en la Ley General de la Administración Pública (Costa Rica) en Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1981, pag. 445.), se precisa lo siguiente:

“1. Hay nulidad absoluta cuando falte totalmente- desde el ángulo real o jurídico- un elemento del acto.

2. Hay a la inversa nulidad relativa cuando algún elemento esté sustancialmente viciado o es imperfecto.

3. Habrá nulidad absoluta, en todo caso, si el mero defecto o vicio de un elemento existente es tan grave que impide la realización del fin del acto, como si faltara totalmente un elemento esencial de éste. (...).”

Del análisis del NI-13660-2021 y a la luz de la Ley de Contratación Administrativa y la Ley General de la Administración Pública, no es posible determinar la ausencia de algún o algunos de los elementos que conlleve a las nulidades referidas, pues como se indicó en este informe, la nulidad alegada se encuentra ligada a la denuncia sobre supuestas conductas anticompetitivas, lo cual es resorte exclusivo de la Dirección General de Competencia en el marco de sus facultades.

II. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo expuesto y para atender lo solicitado en el acuerdo 004-073-2021 adoptado en la sesión ordinaria 073- 2021 celebrada el 28 de octubre del 2021, se recomienda:

San José, 09 de noviembre de 2021

10582-SUTEL-UJ-2021

1.- La nulidad absoluta evidente y manifiesta que alegan los denunciantes en el documento NI-136602021 se encuentra ligada a la supuesta conducta anticompetitiva que fue desplegada por los tres oferentes del procedimiento de contratación administrativa N°2021 LN-000001-SUTEL.

2.- El Consejo de la Sutel en el acuerdo 005-073-2021 adoptado en la sesión ordinaria 073-2021 celebrada el 28 de octubre de 2021, trasladó el documento NI-13660-2021 a la Unidad de Investigación y Concentraciones de la Dirección General de Competencia.

3.- Es a la Dirección General de Competencia de la Sutel a quien le corresponde realizar las investigaciones requeridas y eventualmente al Consejo de la SUTEL a quien le corresponderá la etapa decisoria sobre la posible práctica anticompetitiva. En este sentido, para lograr determinar una conducta de este tipo se deberá efectuar el debido proceso dispuesto en la Ley 9736.

Atentamente,

UNIDAD JURÍDICA

**MARIANA
BRENES
AKERMAN
(FIRMA)**

Firmado
digitalmente por
MARIANA BRENES
AKERMAN (FIRMA)
Fecha: 2021.11.10
10:42:37 -06'00'

Mariana Brenes Akerman

Jefa

**MARIA MARTA
ALLEN
CHAVES
(FIRMA)**

Firmado digitalmente
por MARIA MARTA
ALLEN CHAVES
(FIRMA)
Fecha: 2021.11.10
11:00:31 -06'00'

María Marta Allen Chaves

Especialista en Asesoría Jurídica

(MMA)

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

Carmen Ulate

De: BuzonNotificacion
Enviado el: miércoles, 10 de noviembre de 2021 11:23
Para: Consejo
CC: Maria Marta Allen
Asunto: 10582-SUTEL-UJ-2021 - Cumplimiento del acuerdo 004-073-2021
Datos adjuntos: 10582-SUTEL-UJ-2021_Infomre_acuerdo_denuncia.pdf

Buenos días

Adjunto para su información el oficio **10582-SUTEL-UJ-2021**.

Saludos,



- Buzón Notificación
- Gestión Documental
- T. 4000-0000
- 800 - 88 - SUTEL
- 800 - 88 - 78835
- Apartado 151-1200
- San José - Costa Rica