

**NOTIFICACIÓN OFICIO STJD-222-2022**

Jacqueline Lizano Salazar &lt;JLizanoSalazar@ina.ac.cr&gt;

Jue 3/11/2022 14:28

Para: Gestion Documental &lt;gestiondocumental@sutel.go.cr&gt;

CC: Bernardo Benavides Benavides &lt;BBenavidesBenavides@ina.ac.cr&gt;; Ivannia Chavarria Solis &lt;IChavarriaSolis@ina.ac.cr&gt;

**Señor****Gilbert Camacho Mora, Presidente****CONSEJO DE LA SUTEL****Presente**

Estimado señor:

Con instrucciones superiores me permito notificarle el oficio STJD-222-2022, en respuesta al oficio 08690-SUTEL-OTC-2022.

Se adjunta a dicho oficio el informe emitido por la Auditoría Interna AI-ASE-02-2022 y el oficio AI-0533-2022, en cumplimiento del acuerdo JD-AC-355-2022.

Cordialmente,

**Instituto  
Nacional de  
Aprendizaje****Jacqueline Lizano Salazar**

Secretaría Técnica de Junta Directiva

Abogada

☎ 2223-15-28 Ext 1255

----LIBERACION DE RESPONSABILIDAD---- Este mensaje de correo, puede contener información confidencial, propietaria o con derechos reservados y privilegios legales asociados, para el uso de su destinatario. Si usted no es el interesado por favor elimínelo, no lo divulgue, reproduzca o distribuya a terceros. La Superintendencia de Telecomunicaciones no se hace responsable por ningún daño causado por su difusión. Agradecemos informar su uso indebido a soporte@sutel.go.cr.

----DISCLAIMER---- This email message may contain confidential, proprietary or copyrighted and legal privileges associated to the use of the addressee. If you are not the intended recipient please erase it, do not disclose, reproduce or distribute to others. The Superintendencia de Telecomunicaciones is not responsible for any damage caused by its dissemination. Thank you for report the abuse sending an email to soporte@sutel.go.cr.

1 de noviembre de 2022  
STJD-222-2022

Señor  
Gilbert Camacho Mora, Presidente  
Consejo de la SUTEL  
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES  
Presente

Estimado señor:

Quien suscribe, Bernardo Benavides Benavides, en mi calidad de Secretario Técnico de la Junta Directiva del INA y en cumplimiento del acuerdo JD-AC-355-2022, de fecha 31 de octubre 2022, procedo, por encargo del órgano colegiado, a dar respuesta a su nota 08690-SUTEL-OTC-2022, en relación con la opinión sobre el pliego de condiciones de la Compra Directa 2022CD-000173-0002100001, para la contratación de "SERVICIO DE COMUNICACIÓN PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP,CE,UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS DEL INSTITUTO NACIONAL DE APRENDIZAJE (INA)".

En su nota usted indica varias conclusiones y recomendaciones en relación con la contratación antes dicha, las cuales se transcriben literalmente de la siguiente manera:

- i. Que la Ley 8642 en su artículo 52 dispone un régimen sectorial de competencia para la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, correspondiéndole a la SUTEL entre otras facultades, promover los principios de competencia en el mercado nacional de las telecomunicaciones y emitir opiniones en materia de competencia y libre concurrencia con respecto a leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos administrativos relacionados con el sector de las telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva.
- ii. Que los artículos 21 de la Ley 9736 y 24 de su Reglamento, establecen que la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud

de parte sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia, sin que dichas opiniones resulten vinculantes.

- iii. Que el INA promueve la Contratación Directa 2022CD-000173-000210000 para la contratación directa (bajo la excepción de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público según los artículos 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 138 de su Reglamento) del ICE para que brinde el "SERVICIO COMUNICACIÓN PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CR, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS".
- iv. Que previo a la publicación de la Contratación Directa 2022CD-000173-000210000, el INA realizó un estudio de mercado en el que únicamente participaron cuatro empresas que prestan los servicios a contratar, dos de ellas pertenecientes al Grupo ICE, con lo cual se considera que dicho estudio no resulta representativo, siendo que para dicho mercado hay 129 empresas autorizadas por la SUTEL para brindar el servicio de transferencia de datos y enlaces punto a punto.
- v. Que los artículos 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 138 de su Reglamento, posibilitan vía excepción la actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público.
- vi. Que si bien la contratación vía excepción resulta un mecanismo constitucionalmente válido, la Sala Constitucional ha reconocido asimismo que *"...el régimen constitucional establece como regla de principio el procedimiento concursal formal, es decir, la licitación, como el mecanismo idóneo para garantizar la más amplia participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia"*.
- vii. Que, en línea con lo referido por la Sala Constitucional, la Contraloría General de la República y el Ministerio de Hacienda, respecto al uso de la excepción contemplada en el artículo 2 inciso c) de la Ley 7494, han sido enfáticas en que para utilizar esta excepción se deben de cumplir una serie de requisitos.

- viii. Que, en particular, la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda mediante Circular DGABCA-NP-99-2015 definió los *"Aspectos mínimos por considerar en contrataciones de servicios de Telecomunicaciones e Infocomunicaciones"*.

En cuanto a las recomendaciones, usted menciona las siguientes:

- i. Que en virtud de lo expuesto en esta opinión, se recomienda al INA la eliminación en el procedimiento 2022CD-000173-000210000 de la excepción de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público dispuesta en los artículos 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 138 de su Reglamento de ese cartel, lo anterior con el objetivo de favorecer el principio de libre competencia y concurrencia y que en su lugar se realice un proceso de licitación abierto a cualquier posible oferente interesado en prestar el "SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS" que pretende contratar.
- ii. Que se hace saber al INA que, si bien las opiniones que emite la SUTEL no tendrán efectos vinculantes, aquellas entidades que se aparten de estas opiniones quedarán obligadas a informar a esa Autoridad Sectorial de Competencia, sobre sus motivaciones, en un plazo no mayor a treinta días naturales. Tal informe deberá ser suscrito por el superior jerárquico del INA.
- iii. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en los numerales 21 de la Ley 9736 y 24 de su Reglamento.

En respuesta a lo anteriormente expuesto y para una mejor comprensión del tema, a continuación, se detalla la normativa que permite a la Administración contratar con un ente de derecho público:

En la Ley de Contratación Administrativa (reformado el 16 de mayo del 2006) 7494, artículo 2, inciso c, se dispone:

*"Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley las siguientes actividades:*

a) La actividad ordinaria de la Administración, entendida como el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines.

COMENTARIO: Mediante Resolución 6754-98 del 22 de setiembre de 1998 la Sala Constitucional indicó: "interpretétese la definición de ordinaria" contenida en los artículos 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, reformada por Ley número 7612 de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis, así como en los artículos 76.1 y 76.2.1 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, en el sentido de que se trata de la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no ejecutivo."

b) Los acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional.

c) La actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público.

d) La actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso público o no convenga someterla, sea porque solo existe un único proveedor, por razones especiales de seguridad o por otras igualmente calificadas de acuerdo con el Reglamento de esta Ley." (Así reformado el inciso anterior mediante el artículo 1º de la ley 8511 del 16 de mayo del 2006)

(...)

Así como también, en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 138, se establece:

*"Actividad contractual desarrollada entre entes de Derecho Público. Las entidades de Derecho Público podrán celebrar contrataciones entre sí, sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación, siempre y cuando esa actividad atienda al menos los siguientes requisitos:*

*1) Cumplir en lo pertinente con los requisitos previos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento, en particular, respecto de la correcta definición del objeto contractual y las fases de planificación y presupuestación. Asimismo, en fase de ejecución*

*contractual serán aplicables las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento.*

*2) Estar acreditado en expediente la idoneidad del sujeto público para la dotación del objeto contractual. El jerarca deberá acreditar en la decisión inicial los motivos técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del fin público, disponiendo de un estudio de mercado que considere a los potenciales agentes públicos y privados.*

*3) Observar el marco jurídico que regule las competencias legales de ambas partes.*

*4) Observar ambas entidades el equilibrio y la razonabilidad de sus prestaciones en sus relaciones contractuales.*

*5) Asegurar que la participación de la entidad contratada sea de al menos un 50% de la prestación objeto del contrato. Las contrataciones con terceros por parte de la contratada deberán estar referidas a cuestiones especializadas y según su régimen de contratación.*

*6) Acreditar financieramente la razonabilidad del precio, conforme a las disposiciones de este Reglamento.*

*Bajo ninguna circunstancia, la presente excepción podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos ordinarios previstos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento.*

*Los convenios de colaboración suscritos entre entes de derecho público, en ejercicio de sus competencias legales, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa."*

En el procedimiento interno del INA, P GNSA 05 "Contrataciones excluidas de los procedimientos ordinarios mediante 139 (sig) y 209 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa", en el numeral 6.2 "Determinación de la necesidad o justificación de la compra y digitación de solicitud de Compra", se dispone:

*"La persona funcionaria de la Unidad Organizativa es responsable de: (...)  
· Elaborar la justificación del requerimiento (técnico - legal) de acuerdo con el FR GNSA 10 "Justificación de Solicitud de Compra Excepcional de Procedimientos Ordinario", dicha justificación debe fundamentarse ampliamente; resultando la solicitud en la mejor forma de satisfacer el interés público; además indicarse la razonabilidad del precio (cuando*

*corresponda). Esto de conformidad con los artículos 8, 139 y 209 del Reglamento a Ley de Contratación Administrativa. /· Incluir en la justificación, oficio del proveedor indicando su anuencia a la contratación directa y la, cotización del bien o servicio a contratar. /· Remitir la justificación al Proceso de Adquisiciones.”*

Debido a lo expuesto, la Administración procedió a realizar la revisión del expediente de contratación registrado en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), de conformidad con el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, el cual ordena:

*“Artículo 11.- Expediente. La decisión inicial dará apertura al expediente electrónico de la contratación en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), dicho expediente deberá contener la totalidad de las actuaciones desarrolladas tanto por la Administración contratante como por los demás participantes, de conformidad con las directrices emitidas por la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa en calidad de órgano rector del Sistema de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, así como el reglamento de uso del sistema.(...) Cualquier actuación en un procedimiento de contratación administrativa que por caso fortuito o fuerza mayor no pueda realizarse a través del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), deberá ser incorporada al expediente electrónico respectivo inmediatamente que el Sistema lo permita, garantizando que toda actividad de contratación administrativa desarrollada, pueda ser consultada a través de dicho Sistema.”. Lo subrayado no es parte del original.*

Es importante mencionar que el pasado 4 de octubre 2022, mediante correo electrónico a las 23:51 horas, el señor JOSÉ ALBERTO GUTIÉRREZ SALAZAR, en su condición de secretario con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A., interpuso ante el Proceso de Adquisiciones del INA, recurso denominado “OBJECCIÓN AL CARTEL DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA N° 2022CD-000173-0002100001 “SERVICIO COMUNICACIÓN PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP ,CE,UR

HACIA LOS CENTROS DE DATOS DEL INA” con el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD”.

Con el fin de aclarar sobre la razón social de la empresa Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S. A., es menester señalar que dicha empresa realizó un cambio en los nombramientos de Junta Directiva y de nombre (razón social), manteniendo la misma cédula jurídica, por lo que la Administración procedió a consultar al Registro Nacional, comprobando que lo que se evidencia que Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A., no había nacido a la vida jurídica para el momento en que el INA estaba realizando el estudio de mercado, por lo tanto, todavía mantenía el nombre de Telefónica de Costa Rica TC (Movistar), siendo hasta el 24 de agosto del 2022 que, a nivel registral, bajo el principio de publicidad registral, se da el cambio de nombre.

Es importante señalar también que, si bien es cierto, a nivel comercial “Liberty” se muestra como una empresa unificada, la misma está construida por una serie de sociedades, entre ellas:

- Liberty Servicios fijos LY Sociedad Anónima bajo el número de cédula jurídica 3-101- 747406 que antes era Cabletica, S.A.
- Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A bajo el número de cédula jurídica 3-101-610198 que antes era Telefónica de Costa Rica TC, S.A (marca comercial Movistar).

En vista de lo anterior, la oferta presentada el 19 de abril del 2022, fue realizada por Telefónica de Costa Rica TC, S. A. (marca comercial Movistar) con cédula jurídica número 3-101-610198 y no por Liberty Servicios Fijos LY, Sociedad Anónima, anteriormente Cabletica, S. A.

Cabe señalar también sobre la supuesta infracción al principio de igualdad y libre competencia en el estudio de mercado que alega la empresa Liberty en su recurso, al no ser considerada su oferta presentada el 19 de abril del 2022, toda vez que existe una diferencia entre una cotización para un estudio de mercado y una oferta dentro de un procedimiento de contratación administrativa, siendo el primero un estudio previo al inicio del proceso cartelario y el segundo es un proceso formal



donde se cumplen garantías tanto para los oferentes como para la Administración, según la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Sobre el particular, la Contraloría General de la República mediante oficio DCA-1120 del 31 de marzo del 2020 define estudio de mercado como: "(...) una indagatoria del mercado constituye un estudio informal, que no cumple a cabalidad con la rigurosidad de un procedimiento licitatorio, a saber, las formalidades, requisitos y condiciones de un concurso público; formalidades mediante las cuales se verifica el cumplimiento de los principios de contratación administrativa y el cumplimiento de garantías tanto para los oferentes como para la propia Administración licitante (...)" .

En cuanto a la consideración sobre el principio de igualdad, continúa indicando el ente contralor:

"(...) es necesario que el estudio sea suscrito por un funcionario competente que asuma la responsabilidad por el análisis llevado a cabo, debiendo además haberse definido previamente una metodología con base en la cual se compararán las ofertas recibidas, así como las bases que servirán para poder consultar efectivamente el mercado. En ese orden de ideas, debe contarse con los factores de calificación que se valorarán para comparar las ofertas, así como el valor o puntuación que se le concederá a cada uno de éstos, pero además debe poderse constatar los términos y condiciones en que se comunicó a los potenciales interesados la intención de llevar a cabo un estudio de mercado, siendo que se debe poder demostrar los requerimientos que se plantearon a los distintos participantes, así como la forma o medio que se utilizó para comunicar el interés de la respectiva Administración de valorar las condiciones del mercado para un bien o servicio en particular. Lo anterior, se traduce básicamente en la implementación de los principios de eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad, los cuales deben ser pilares en el proceso de realización de un estudio de mercado. (...)" Subrayado no del original.

De lo expuesto, se puede desprender que la Unidad de Servicios de Informática y Telemática, es el órgano técnico y solicitante del servicio; por consiguiente, sus funcionarios son los competentes y responsables, que elaboraron los requerimientos técnicos de comunicación dedicada punto a punto e internet entre centros de formación, centros especializados y unidades regionales hacia los centros de datos del INA de cuantía inestimada.

Además, dicha Unidad establece una metodología para posibles proveedores y los criterios de evaluación, cumpliendo con la normativa supra citada.

Basado en lo anterior y como se desprende del informe emitido por la Auditoría Interna del INA con número ASE-02-2022, para el estudio de mercado, la Unidad de Servicios de Informática y Telemática del INA, solicitó proformas a siete potenciales agentes públicos y privados del servicio, de interés para el INA y recibió cuatro cotizaciones en los años 2021 y 2022. Identificando que, de conformidad con el detalle de las especificaciones técnicas del servicio y el costo, esa Unidad, en calidad de solicitante, recomienda la contratación del servicio con ente de derecho público, según el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, al Instituto Costarricense de Electricidad, con base en el detalle de los costos y prestación del servicio analizado en el estudio de mercado. Dichas potenciales empresas, tanto del sector público como del privado, se encontraban en igualdad de condiciones al formular sus cotizaciones para dicho estudio de mercado.

Cabe recalcar que la Unidad en mención, al gestionar el estudio de mercado, definió un conjunto de elementos técnicos que deberían cumplir las empresas a invitar a formular cotizaciones, seleccionando únicamente a la empresa con capacidad de cumplirlos, para tal efecto se les aportó un archivo con los requisitos técnicos:

1. "(...) Infraestructura de telecomunicaciones WAN instalada en el país.
2. Salidas internacionales a Internet por tres lugares, a saber, por la costa del Pacífico,
3. costa Atlántica (Mar Caribe) y por tierra (Panamá y/o Nicaragua).
4. Cobertura de servicio en todo el país con anillos de fibra óptica en las siete provincias
5. Capacidad de transporte de datos en la red instalada de al menos 10 Gbps.
6. Experiencia en el mercado como proveedor de servicios de telecomunicaciones a nivel WAN
7. Experiencia en el mercado como proveedor de servicios de telecomunicaciones a nivel de Internet.
8. Ofrece Acuerdos de Nivel de Servicio (SLA por sus siglas en inglés) para la atención de averías.
9. Personal técnico propio capacitado para la atención de incidentes de tendido, canalización e infraestructura de comunicaciones.

10. Soluciones de transporte de datos utilizando tecnología SD-WAN acordes a lo solicitado en las especificaciones técnicas.
11. Centro de Control de la Red (NOC por sus siglas en inglés) certificado.
12. Capacidad instalada para brindar el servicio de telecomunicaciones en redes MPLS e internet, a nivel nacional
13. Ser "Partner" de marcas líder en el mercado en tecnologías de comunicación LAN y WAN.
14. Ser proveedores de conexiones MPLS e Internet a nivel nacional, contando con una experiencia superior a los 5 años en el mercado brindando servicios de telecomunicaciones.
15. Contar con los convenios necesarios para la adquisición de los equipos utilizados para brindar el servicio de SD-WAN, solicitado.
16. Capacidad de instalación del servicio solicitado en un tiempo no mayor a 3 meses. (..)" .

Con respecto al principio de igualdad, ha expresado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

*"(...) no se pueden establecer diferencias de trato que no estén fundamentadas en condiciones objetivas y relevantes de desigualdad, o que no sean necesarias, razonables o proporcionales a la finalidad que se persigue al establecer la diferencia de trato (...)" (voto 2007-2412 de las 16:17 horas del 21 de febrero del 2007).*

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa establece en el artículo 2 el principio de igualdad en los siguientes términos: *"En un mismo concurso los participantes deben ser tratados y examinados bajo reglas similares."*

Con base en las anteriores premisas, para poder concretar una violación al principio de igualdad, según lo expuesto por la empresa Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A; antes, Telefónica (Marca comercial Movistar), debe cumplir la totalidad de los requisitos establecidos por la Administración de previo al sondeo.

Adicionalmente, la Administración Activa analizó la cotización presentada por "Liberty", determinando que técnicamente no cumplen con las especificaciones técnicas para el estudio de mercado y por lo tanto, para una eventual contratación.

Seguidamente, se enlistan los incumplimientos identificados:

1. "(...) Diferencia entre la cantidad de enlaces de internet solicitados (108) y los remitidos (56) evidenciando un faltante de 52 enlaces de internet.
2. Diferencia entre la cantidad de equipos de borde solicitados (56) y los remitidos (55), evidenciando un faltante de 1 equipo de borde.
3. Incumplimiento en las especificaciones técnicas el punto "3.17 El oferente debe tener salidas hacia cables internacionales de fibra a través de zona atlántica y pacífica ya sean propias o arrendadas. Además, una salida hacia alguno de los puntos de conexión internacional vía terrestre, esta también puede ser propia o arrendada". En la información presentada en la cotización en el punto "2.5 Descripción de la solución de conectividad", se indica solamente salida marítima hacia la zona atlántica.
4. Incumplimiento en las especificaciones técnicas del punto 3.19 "El oferente debe garantizar al INA que el servicio de red MPLS tiene una conmutación inteligente y con troncales entre nodos con capacidad de 10 Gbps y 20 Gbps, con crecimiento a 40 Gbps y 100 Gbps y con al menos 3 puntos de conexión a internet directos e independientes. Esto para asegurar al INA que la red del oferente esta lista para cualquier crecimiento en capacidad que se necesite, en caso de ser una red de alta densidad de tráfico (DWDN). Para lo cual deberá presentar una certificación emitida por un tercero que valide lo indicado en este punto". En la información presentada en la cotización, el punto "2.5 Descripción de la Solución de Conectividad", en el diagrama conceptual: red nacional, se indica que la red MPLS del proveedor posee una capacidad de 100 Mbps tributados en puerto GiEthernet.
5. Incumplimiento de las especificaciones técnicas en el punto "3.2 Solo se permitirá conectar enlaces de forma inalámbrica el 5% del total de los enlaces parte de la contratación", tomando en cuenta que este se refiere los 56 enlaces a los lugares definidos en la especificación; en la cotización presentada se excede a un 7.14%. (...).

En cuanto a la diferencia de precio el estudio técnico concluyó que:

El costo del servicio indicado en la información recibida por un monto de \$58,308 para el servicio SD-WAN y de \$20,563.20 mensuales, ascienden a la suma de

\$78,871.20 mensuales en total. Sin embargo, debido al faltante de 52 enlaces de datos, y la presencia de mayor cantidad de enlaces inalámbricos que los permitidos, no resulta posible realizar una comparación financiera correcta ya que estos costos recibidos responden a características y configuración distintas respecto de los otros participantes en el estudio de mercado y de las especificaciones técnicas (...).”

Se evidencia que bajo las especificaciones técnicas que son una potestad unilateral de la Administración, esta empresa de telecomunicaciones no es un oferente potencial; por lo que, no se violenta el principio de igualdad, consecuentemente tampoco el principio de libertad de competencia; porque, esa empresa hace referencia, que por ser una empresa de telecomunicaciones es un oferente potencial, pero para ostentar esa categoría debe cumplir las especificaciones técnicas, caso contrario, no lo es, como fue evidenciado; de haber sido incluido en el estudio de mercado, se hubiera materializado la violación al principio de razonabilidad.

De lo expuesto, es importante recordar que la Sala Constitucional, mediante la Sentencia 1420-91, de las 9:00 horas del 24 de julio de 1991 indicó:

*“(...) En efecto, el principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos como el motivo y el fin que persigue (...)”*

Se reafirma, que aceptar las pretensiones de la empresa de telecomunicaciones en referencia, violentaría el principio de razonabilidad que es un parámetro de constitucionalidad. Así reiterado por la Sala Constitucional, en sentencia 2000-01920, de las 15:27 horas del 1° de marzo del 2000:

*“(...) III.-DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD COMO PARAMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD... La jurisprudencia constitucional ha sido clara y conteste en considerar que el principio de razonabilidad constituye un parámetro de constitucionalidad en los siguientes términos: / El Derecho de la Constitución, compuesto tanto por las normas y Principios Constitucionales, como por los del internacional, y particularmente los de sus instrumentos sobre derechos humanos, en cuanto fundamentos primarios de todo orden jurídico positivo, le transmiten su*

*propia estructura lógica y sentido axiológico, a partir de valores incluso anteriores a los mismos textos legislativos, los cuales son a su vez, fuente de todo sistema normativo propio de una sociedad organizada bajo los conceptos del Estado de Derecho, el régimen constitucional, la Democracia, y la Libertad, de modo tal que cualquier norma o acto que atente contra esos valores o principios - entre ellos los de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que son por definición, criterios de constitucionalidad -, o bien que conduzca a situaciones absurdas, dañinas gravemente injustas, o a callejones sin salida para los particulares o para el Estado, no puede ser constitucionalmente válido" (sentencia número 3495-92, de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992)". Subrayado no es del original.*

En conclusión, tal como se explicó en los apartados anteriores, la no consideración de la cotización de Liberty, antes Telefónica, no se considera violatorio a los principios de igualdad de trato y libre competencia en el estudio de mercado por las siguientes razones:

1. Telefónica (Movistar) posteriormente Liberty, no fue invitada, ya que por criterio técnico de GTIC no se consideró que cumpliera con los requerimientos técnicos.
2. Ante la oferta técnica presentada, por decisión de la empresa de telecomunicaciones, se comprueba que efectivamente no tiene la capacidad técnica que suplir la necesidad del INA, cosa que consta en el criterio técnico GTIC-112-2022.
3. Por lo que no es un posible proveedor, y si bien su precio es menor es porque no oferta en las mismas condiciones que el resto. Lo que implica que si se hubiera considerado existiría un evidente favorecimiento a LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A.

La empresa Liberty, no tiene legitimación en el procedimiento de contratación, porque su oferta y el recurso, son posteriores a los actos administrativos dictados, a saber: Estudio de mercado, decisión inicial y la comunicación de acuerdo JD-253-2022.

Por lo anteriormente expuesto, queda demostrado que el INA no violentó los principios constitucionales de igualdad y libre competencia, sujetándose estrictamente a la normativa que impera en la Contratación Administrativa y del principio de legalidad.

Por esa razón, el INA se aparta de la opinión emitida por SUTEL mediante oficio 08690-SUTEL-OTC-2022, de fecha 3 de octubre 2022, quedando plasmadas en el presente oficio, las motivaciones de dicha separación.

Quedando a sus gratas órdenes, suscribe, atentamente.

BERNARDO  
BENAVIDES  
BENAVIDES (FIRMA)

Firmado digitalmente por  
BERNARDO BENAVIDES  
BENAVIDES (FIRMA)  
Fecha: 2022.11.03  
13:20:57 -06'00'

---

Lic. Bernardo Benavides B.enavides  
SECRETARIO TÉCNICO  
JUNTA DIRECTIVA DEL INA

*jls*



24 de octubre del 2022

**AI-00533-2022**

Página **1** de **1**

Señores y señoras  
Directores y Directoras  
Junta Directiva  
Instituto Nacional de Aprendizaje

**Remisión del informe de asesoría AI-ASE-02-2022: "Asesoría sobre el trámite de contratación directa 2022CD-000173-0002100001"**

Estimados señores:


Para su conocimiento y acciones que estime pertinentes ese cuerpo colegiado, adjunto el informe de asesoría en referencia

Atentamente,

***Firmado digitalmente***

Alfredo Hasbum Camacho  
Auditor General

Rap/Alc

 Archivo





**ASE-02-2022**

**JUNTA DIRECTIVA  
ASESORÍA SOBRE TRÁMITE DE CONTRATACIÓN DIRECTA  
2022CD-000173-0002100001**

**1. ORIGEN**

En cumplimiento con el Plan Anual de Trabajo del año 2022 y en atención a la solicitud de la Junta Directiva de sesión ordinaria 37-2022 del 17 de octubre del 2022, en la que se acordó solicitar a la Auditoría Interna una asesoría en relación con el trámite de la contratación 2022CD-000173-0002100001 "Servicio comunicación punto A punto E internet para CFP, CE, UR, hacia los centros de datos del Instituto Nacional de Aprendizaje", comunicación de acuerdo JD-AC-341-2022 el cual en el por tanto, se consigna:

*"(...) **SEGUNDO:** TRASLADAR DICHA PROPUESTA A LA AUDITORÍA INTERNA Y A LA SECRETARÍA TÉCNICA PARA SU ANÁLISIS Y RECOMENDACIÓN, PARA LA PRÓXIMA SESIÓN DE JUNTA DIRECTIVA.(...)"*

Este documento se emite con fundamento en las facultades legales otorgadas a las Auditorías Internas, para asesorar al órgano del cual dependen.

**2. LIMITACIONES**

No se tuvo acceso a la oferta presentada por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) colocada en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP); debido a que, no se había realizado la apertura de ofertas. En consulta mediante correo electrónico enviado a la dirección Atención a Instituciones de SICOP, se confirmó que no es posible revisar la participación de proveedores en un procedimiento que se encuentre en la etapa de recepción de ofertas; por lo tanto, la información actualmente es confidencial.

### **3. DESARROLLO**

De conformidad con la solicitud realizada por la Junta Directiva a la Auditoría Interna, 6.2 "Oficio 08690-SUTEL-OTC-2022. Opinión sobre el pliego de condiciones de la compra pública 2022CD-000173- 0002100001 para la contratación de servicio comunicación punto A punto E internet para CFP, CE, UR, hacia los centros de datos del Instituto Nacional de Aprendizaje" y 6.3 "Oficio GG-1568-2022. Remisión recurso de objeción al cartel de la licitación 2022CD-000173-0002100001 servicio comunicación punto A punto E internet para CFP, CE, UR hacia los centros de datos del INA".

La revisión de la documentación se efectuó a la luz de lo regulado en la Ley de Contratación Administrativa 7494, artículo 2, inciso c, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 138 y el procedimiento P GNSA 05 "Contrataciones excluidas de los procedimientos ordinarios mediante 139 (sig) y 209 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa", instructivo I GNSA 03 "Determinación de la estimación presupuestaria y razonabilidad de los precios" y demás normativa supletoria.

Para lo anterior, se implementaron los procedimientos de auditoría necesarios con el propósito de examinar toda la documentación que involucra la solicitud de asesoría. A continuación, se presentan los elementos analizados según el siguiente detalle:

#### **3.1 Análisis del estudio de mercado elaborado por la Unidad de Servicios de Informática y Telemática**

De la documentación facilitada por la Unidad de Compras Institucionales, identificada como "Estudio de mercado", se comprobó que no se cuenta con el estudio realizado por la Unidad de Servicios de Informática y Telemática, de la contratación directa 2022CD-000173-0002100001; en su lugar el personal del Proceso de Adquisiciones de la UCI trabajó con el detalle del oficio USIT-105-2022 del 27 de mayo del 2022.

Al respecto, la Auditoría Interna, mediante solicitud de información AI-PFTIC-12-2022 del 19 de octubre del 2022, solicitó el estudio de mercado a la Unidad de Servicios de Informática y Telemática y la documentación que sustentó la elaboración del estudio, para comprobar su existencia y el detalle de lo actuado. Documentación aportada mediante el USIT-202-2022 del 20 de octubre del 2022, del cual se identificó lo siguiente:

1. La Unidad de Servicios de Informática y Telemática estableció en el documento "Requerimientos técnicos de comunicación dedicada punto a punto e internet entre centro de formación, centros especializados y unidades regionales hacia los centros de datos del INA, cuantía inestimada.", los elementos técnicos para que los proveedores con base en esta información presentaran su cotización.

2. El 11 de agosto del 2021, una persona funcionaria de la Unidad de Servicios de Informática y Telemática mediante correo electrónico de la cuenta institucional, solicitó proformas o cotizaciones sobre el servicio requerido y comunicado, a siete proveedores a saber: Instituto Costarricense de Electricidad, ITS INFOC (TIGO), RACSA, Sonda Tecnologías de Información de Costa Rica, S.A. (SONDA), Tecnova Soluciones, MT2005 y DATASYS.
3. En atención a la solicitud realizada de parte del INA, se recibieron las siguientes cotizaciones sobre el servicio comunicado:
  - 18 de octubre del 2021, actualizada al 12 de agosto del 2022 RACSA.
  - 21 de octubre del 2021, SONDA.
  - 9 de noviembre del 2021, actualizada al 18 de abril del 2022 ITS-TIGO.
  - 14 de marzo del 2022, actualizada a abril del 2022 Instituto Costarricense de Electricidad.
  - 21 de abril del 2022 LIBERTY (Cotización extemporánea; dado que, el estudio ya se había realizado).
4. Del Estudio de Mercado en referencia, se concluye con base en las cotizaciones que la tabla de costos por el servicio propuesto es la siguiente:

Tabla de Costo de Enlaces				
	Mesualidad Con Impuestos	Costo en 48 meses	Diferencias de costos entre proveedores	%
ICE	\$ 97 427,34	\$ 4 676 512,59		
ITS-TIGO	\$ 118 490,06	\$ 5 687 522,88	\$ 1 011 011,29	21,61%
RACSA	\$ 120 890,73	\$ 5 802 755,04	\$ 1 126 243,45	24,08%
SONDA-TELECABLE	\$ 144 798,47	\$ 6 950 326,56	\$ 2 273 814, 97	48,62%

**Fuente:** Estudio de Mercado

De la información anterior es claro que la propuesta del ICE resulta, por mucho, la más económica, en relación con las demás cotizaciones.

5. El 8 de junio del 2022, con el oficio USIT-105-2022, la jefatura de la Unidad de Servicios de Informática y Telemática, solicita contratar directamente al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) para el "*Servicio comunicación punto a punto e internet para CFP, CE y UR, hacia los centros de datos del INA*"; fundamentando las razones técnicas, costos y cobertura.
6. El 2 de junio del 2022 con el USIT-112-2022, se aporta información referente a los costos del servicio, en complemento al oficio USIT-105-2022.
7. El 28 de junio del 2022 con el USIT-140-2022, se aporta nuevamente complemento a la justificación de trámite con ente de derecho público y al USIT-105-2022.
8. El 8 de julio del 2022, con el USIT-146-2022, se aporta complemento a la justificación de trámite con ente de derecho público según artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.
9. El 13 de octubre del 2022, con el GTIC-111-2022 y GTIC-112-2022 en atención a la Gerencia General, se presenta estudio de mercado según lo requerido.
10. El 19 de agosto del 2022, la Gerencia General con el GG-1184-2022 solicita agendar para la sesión de Junta Directiva, la recomendación a la Junta de aprobar la contratación directa por medio del artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa con la empresa Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), para el "*Servicio comunicación punto a punto e internet para CFP, CE y UR, hacia los centros de datos del INA*". Con un costo estimado de la contratación de \$4.748.936,64 por concepto de servicio de comunicación punto a punto y un único pago de \$21.911,31 por servicio de instalación.

### **3.2 Análisis del expediente de contratación en SICOP y documentación adicional aportada por la Unidad de Compras Institucionales**

Para una mejor comprensión del tema, a continuación, se detalla la normativa que permite a la Administración contratar con un ente de derecho público:

En la Ley de Contratación Administrativa (*reformado el 16 de mayo del 2006*) 7494, artículo 2, inciso c, se dispone:

*"Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley las siguientes actividades: a) La (actividad ordinaria)\* de la Administración, entendida como el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines. /(\*) Mediante Resolución 6754-98 del 22 de setiembre de 1998 la Sala Constitucional indicó: "interpretétese la definición de "actividad*

*ordinaria" contenida en los artículos 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, reformada por Ley número 7612 de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis, así como en los artículos 76.1 y 76.2.1 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, en el sentido de que se trata de la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no ejecutivo." /b) Los acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional. /c) La actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público. /d) La actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso público o no convenga someterla, sea porque solo existe un único proveedor, por razones especiales de seguridad o por otras igualmente calificadas de acuerdo con el Reglamento de esta Ley." | **(Así reformado el inciso anterior mediante el artículo 1º de la ley 8511 del 16 de mayo del 2006).** (...)". Lo subrayado no es parte del original.*

En el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 138, se establece:

*"Actividad contractual desarrollada entre entes de Derecho Público. Las entidades de Derecho Público podrán celebrar contrataciones entre sí, sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación, siempre y cuando esa actividad atienda al menos los siguientes requisitos:*

*/1) Cumplir en lo pertinente con los requisitos previos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento, en particular, respecto de la correcta definición del objeto contractual y las fases de planificación y presupuestación. Asimismo, en fase de ejecución contractual serán aplicables las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento.*

*/2) Estar acreditado en expediente la idoneidad del sujeto público para la dotación del objeto contractual. El jerarca deberá acreditar en la decisión inicial los motivos técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del fin público, disponiendo de un estudio de mercado que considere a los potenciales agentes públicos y privados.*

*/3) Observar el marco jurídico que regule las competencias legales de ambas partes.*

*/4) Observar ambas entidades el equilibrio y la razonabilidad de sus prestaciones en sus relaciones contractuales.*

*5) Asegurar que la participación de la entidad contratada sea de al menos un 50% de la prestación objeto del contrato. Las contrataciones con terceros por parte de la contratada deberán estar referidas a cuestiones especializadas y según su régimen de contratación.*

*/6) Acreditar financieramente la razonabilidad del precio, conforme a las disposiciones de este Reglamento. /En ninguna circunstancia, la presente excepción podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos ordinarios previstos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento. /Los convenios de colaboración suscritos entre entes de derecho público, en ejercicio de sus competencias legales, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa."*

En el procedimiento P GNSA 05 "*Contrataciones excluidas de los procedimientos ordinarios mediante 139 (sig) y 209 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa*", en el numeral 6.2 "*Determinación de la necesidad o justificación de la compra y digitación de solicitud de Compra*", se dispone:

*"La persona funcionaria de la Unidad Organizativa es responsable de: (...) · Elaborar la justificación del requerimiento (técnico – legal) de acuerdo con el FR GNSA 10 "Justificación de Solicitud de Compra Excepcional de Procedimientos Ordinario", dicha justificación debe fundamentarse ampliamente; resultando la solicitud en la mejor forma de satisfacer el interés público; además indicarse la razonabilidad del precio (cuando corresponda). Esto de conformidad con los artículos 8, 139 y 209 del Reglamento a Ley de Contratación Administrativa. /· Incluir en la justificación, oficio del proveedor indicando su anuencia a la contratación directa y la, cotización del bien o servicio a contratar. /· Remitir la justificación al Proceso de Adquisiciones."*

En el instructivo I GNSA 03 "*Determinación de la estimación presupuestaria y razonabilidad de los precios*", se instauran los lineamientos para la elaboración de la razonabilidad de precios.

Debido a lo expuesto, se procedió a realizar la revisión del expediente de contratación registrado en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), de conformidad con el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, el cual ordena:

*"Artículo 11.- **Expediente.** La decisión inicial dará apertura al expediente electrónico de la contratación en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), dicho expediente deberá contener la totalidad de las actuaciones desarrolladas tanto por la Administración contratante como por los demás participantes, de conformidad con las directrices emitidas por la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa en calidad de órgano rector del Sistema de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, así como el reglamento de uso del sistema.(...) Cualquiera actuación en un procedimiento de contratación administrativa que por caso fortuito o fuerza mayor no pueda realizarse a través del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), deberá ser incorporada al expediente electrónico respectivo inmediatamente que el Sistema lo permita, garantizando que toda actividad de contratación administrativa desarrollada, pueda ser consultada a través de dicho Sistema."* Lo subrayado no es parte del original.

De la revisión efectuada se observan las siguientes debilidades:

1. Con los oficios UCI-PA-1701-2022 del 22 de agosto del 2022 y GG-1184-2022, del 19 de agosto del 2022, se solicitó a la Presidencia Ejecutiva agendar, para valoración y aprobación del procedimiento de cita, según se detalla:

*"(...) con el fin de que pueda ser valorada y eventualmente aprobada por los señores miembros: /• Recomendación a la Junta Directiva de aprobar la contratación directa por medio del artículo 138 del RLCA con la empresa Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), para el "Servicio comunicación punto a punto e internet para CFP, CE y UR, hacia los centros de datos del INA". Con un costo estimado de la contratación de \$4.748.936,64 por concepto de servicio de comunicación punto a punto y un único pago \$21.911,31 por servicio de instalación."*

2. Con la Comunicación de acuerdo JD-AC-253-2022 del 29 de agosto del 2022, queda patente que la Junta Directiva aprobó dictar la decisión inicial, en cumplimiento del artículo 135 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y aprobar la contratación de cita, según el artículo 138, con el Instituto Costarricense de Electricidad, según se detalla a continuación:

*"PRIMERO: DICTAR LA DECISIÓN INICIAL DEL PRESENTE TRÁMITE EN CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 135 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.*

*SEGUNDO: APROBAR LA CONTRATACIÓN DIRECTA POR MEDIO DEL ARTÍCULO 138 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA CON LA EMPRESA INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE), PARA EL "SERVICIO COMUNICACIÓN PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE Y UR, HACIA LOS CENTROS DE DATOS DEL INA", CON UN COSTO ESTIMADO DE LA CONTRATACIÓN DE \$4.748.936,64 POR CONCEPTO DE SERVICIO DE COMUNICACIÓN PUNTO A PUNTO Y UN ÚNICO PAGO \$21.911,31 POR SERVICIO DE INSTALACIÓN, DE CONFORMIDAD CON LOS OFICIOS GG-1184-2022, UCI-PA-1701-2022 Y LA CONSTANCIA DE LEGALIDAD ALCA-177-2022."*

3. De la revisión al apartado "Detalles de concurso" en el inciso 5. "Oferta" se registra la invitación al proveedor: Instituto Costarricense de Electricidad, de acuerdo con el artículo 138 del Reglamento de la Contratación Administrativa.
4. Al 19 de octubre del 2022, el estado del trámite en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) es "Recepción de Ofertas", fue publicado el 28 de setiembre del 2022, previsto para apertura el 26 de octubre del 2022, a las 14 horas.

Cabe recalcar que este trámite según el estado comentado presenta tres modificaciones al cartel; sin embargo, estas no son variaciones a las condiciones cartelarias; por el contrario, obedecen al traslado de las fechas de apertura y cierre de ofertas, según el siguiente detalle:

Por consiguiente, a la fecha de esta asesoría la institución no cuenta con la oferta en firme de parte del Instituto Costarricense de Electricidad, ni se había realizado la apertura. Hecho que resulta cuestionable para esta Auditoría Interna; debido a que, al ser un procedimiento exceptuado, como se ha comentado ampliamente, no se requiere de apertura, y no se entiende cómo, si desde el 29 de agosto del 2022 se comunicó el acuerdo JD-253-2022, pasó todo el mes de setiembre sin abrir la oferta, verificar las condiciones técnicas, administrativas y jurídicas sobre el servicio, para proceder con la respectiva adjudicación definitiva; dado que, esa fue la clara intención de la Junta Directiva así plasmada en el precitado acuerdo firme.

Este retardo en proseguir con la contratación del ICE tampoco puede ser justificado por el Recurso de Liberty, por cuanto este ingresó al INA hasta el día 4 del mes en curso, como se verá más adelante.

Lo anterior, de conformidad con lo regulado en el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que puntualiza: "(...) podrán celebrar entre sí contrataciones sin sujeción a los procedimientos de contratación (...)".

### 3.3 Análisis del recurso presentado por la empresa Liberty

El 4 de octubre del 2022 a las 23:51 horas, la empresa Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A remite al Instituto Nacional de Aprendizaje un recurso que denominó "*Recurso de objeción al cartel de la licitación 2022CD-000173-0002100001*", indicando a la Administración Activa, que ha violentado el principio de igualdad y libre competencia, al no contemplar a su representada en el estudio de mercado y; como segundo punto, alega violación a lo regulado en el numeral 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en su inciso 2) al no realizarse un análisis de su propuesta en el estudio de mercado por parte de la Administración. Adicionalmente, se indica que se violenta el inciso 6) de ese artículo al no acreditarse en el estudio de mercado elaborado por la Administración Activa, la razonabilidad del precio cotizado por el ICE, presumiendo en su criterio que la excepción fue utilizada para excluir la contratación de terceros sin atender los procedimientos ordinarios. Para una mejor comprensión del tema a desarrollar, seguidamente se presentan los incisos analizados:

#### a. Sobre la razón social de la empresa Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A.

Con el fin de aclarar sobre la razón social de la empresa de telecomunicaciones es menester señalar que esa compañía realizó un cambio en nombramientos de Junta Directiva y de nombre (razón social), manteniendo la misma cédula jurídica. A continuación, se presenta la consulta realizada al Registro Nacional, en la que se muestra lo comentado:

REPUBLICA DE COSTA RICA  
REGISTRO NACIONAL  
CONSULTA HISTORICA DE MOVIMIENTOS APLICADOS  
PERSONA JURIDICA: 3-101-610198

MOVIMIENTOS APLICADOS			
MOVIMIENTO	CITAS DEL MOVIMIENTO	IDENTIFICACION/CITAS INSCRIP.	FECHA APLICACION
REVOCATORIA O RENUNCIA DE PERSONA CON NOMBRAMIENTO	2022-646722-1-2-1	3-101-610198	04/10/2022
REFORMA DE DATOS GENERALES DE PERSONA JURIDICA	2022-525779-1-1-1	3-101-610198	24/08/2022
INSCRIPCION DE PODER OTORGADO POR PERSONA JURIDICA	2022-384095-1-4-1	2022-384095-1-4	10/06/2022
INSCRIPCION DE PODER OTORGADO POR PERSONA JURIDICA	2022-245939-1-3-1	2022-245939-1-3	27/05/2022
INSCRIPCION DE PODER OTORGADO POR PERSONA JURIDICA	2022-245939-1-2-1	2022-245939-1-2	27/05/2022
REVOCATORIA O RENUNCIA DE PERSONA CON NOMBRAMIENTO	2022-220155-1-1-2	3-101-610198	05/04/2022
RECTIFICACION DE PARTES EN PERSONA JURIDICA	2022-75047-1-3-1	3-101-610198	02/02/2022
INSCRIPCION DE PODER OTORGADO POR PERSONA JURIDICA	2021-703168-1-2-1	2021-703168-1-2	08/11/2021



Lo que evidencia que Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A., no había nacido a la vida jurídica para el momento en que el INA estaba realizando el estudio de mercado; por lo tanto, todavía mantenía el nombre de Telefónica de Costa Rica TC (Movistar). Siendo hasta el 24 de agosto del 2022 que, a nivel registral, bajo el principio de publicidad registral, se da el cambio de nombre.

Es importante señalar que, si bien es cierto, a nivel comercial "Liberty" se muestra como una empresa unificada; la misma está construida por una serie de sociedades entre ellas:

- Liberty Servicios fijos LY Sociedad Anónima bajo el número de cédula jurídica 3-101-747406 que antes era Cabletica, S.A.
- Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A bajo el número de cédula jurídica 3-101-610198 que antes era Telefónica de Costa Rica TC, S.A (marca comercial Movistar).

En vista de lo anterior la oferta presentada el 19 de abril del 2022, fue realizada por Telefónica de Costa Rica TC, S.A. (marca comercial Movistar) con cédula jurídica número 3-101-610198 y no por Liberty Servicios Fijos LY, Sociedad Anónima, anteriormente Cabletica, S.A.

## **b. Sobre la naturaleza del recurso**

La empresa de telecomunicaciones citada fundamenta su recurso en el artículo 82 de Ley de Contratación Administrativa, que establece:

*"Podrá interponer el recurso de objeción todo oferente potencial o su representante, cuando se considere que ha habido vicios de procedimiento, se ha incurrido en alguna violación de los principios fundamentales de la contratación o se ha quebrantado, de alguna forma, el ordenamiento regulador de la materia. Además, estará legitimada para objetar el cartel o el pliego de condiciones, toda entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos."*

Del recurso presentado, se pasó por alto que; dado que estamos ante una contratación entre entes de derecho público, de conformidad con el acuerdo firme de Junta Directiva, JD-AC-253-2022, comunicado el 29 de agosto del 2022, el único oferente potencial es un ente público (El Instituto Costarricense de Electricidad). Existiendo entonces una imposibilidad material; por ende, una falta de legitimación por parte del recurrente para presentar esa gestión, por no ser un oferente potencial.

A pesar de lo anterior, en el artículo 348 de la Ley General de la Administración Pública, se consagra el principio de informalidad que impera en los recursos administrativos al indicar: "*Los recursos no requieren una redacción ni una pretensión especiales y bastará para su correcta formulación que de su texto se infiera claramente la petición de revisión.*".

Por consiguiente, los recursos no requieren de redacción especial y basta con la expresión de disconformidad para dar ingreso a la revisión de lo actuado. Lo dicho supone, que basta que el recurrente manifieste su inconformidad para interpretar la intención impugnativa. Desde esa arista de examen, cuando el accionante formula un escrito de recurso, la aplicación de los principios y normas aludidos lleva a que la Administración Activa tuviera que atender el recurso.

De lo anterior, es evidente que no estamos ante un "*Recurso de objeción al cartel de la licitación 2022CD-000173-0002100001*" fundamentado en el artículo 82 de la Ley de Contratación Administrativa, sino ante un **recurso de revisión** de conformidad con el artículo 353 de la Ley General de la Administración Pública:

***"Podrá interponerse recurso de revisión ante el jerarca de la respectiva Administración contra aquellos actos finales firmes en que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando al dictarlos se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho que aparezca de los propios documentos incorporados al expediente; b) Cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente; c) Cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior del acto, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de falsedad; y d) Cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial.*"**. Lo resaltado no es del original.

Aclarado lo anterior, es imperativo realizar dos señalamientos, el primero en cuanto al artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública, que establece: "*Los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución, pero el servidor que dictó el acto, su superior jerárquico o la autoridad que decide el recurso, podrán suspender la ejecución cuando la misma pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación.*". Lo resaltado no es del original

Ante la consulta de esta Auditoría Interna al jefe de la Unidad de Compras Institucionales de la razón de que el presente proceso exceptuado y con registro de su expediente en el SICOP, ha sido modificado tres veces en cuanto a plazo de apertura de ofertas, el funcionario citado manifestó que esas modificaciones en traslado de fechas, obedecen a la atención del recurso de Liberty. Lo cual, es contrario al cuerpo normativo supra citado, puesto que la regla general es que los recursos no tienen efecto suspensivo de la ejecución del acuerdo de Junta Directiva, a menos que exista un acuerdo de ese órgano colegiado que lo establezca, en aras de evitar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación.

Se evidencia que, sin amparo jurídico, se ha modificado tres veces el plazo de apertura y cierre de ofertas, al no existir un acuerdo como el mencionado. Cabe recalcar que, desde el 12 de octubre de año en curso, el ICE presentó la oferta técnica comercial 016SD-WAN-2022, según indica la gestora de cuenta del ICE, Eva Patricia Castro Zepeda, y así fue ratificado por este órgano de fiscalización en consulta realizada a la cuenta de instituciones compradoras del SICOP.

Un segundo punto, es el vicio de competencia, que queda patente del acuerdo CL-57-2022 emitido por la Comisión de Licitaciones, al recomendar a Junta Directiva la aprobación de la propuesta de la resolución del recurso de objeción en contra del cartel de la contratación directa 2022CD-000173-0002100001, "*Servicio de comunicación punto a punto e internet para CFP, CE, UR hacia los centros de datos del Instituto Nacional de Aprendizaje (INA)*", interpuesto por la empresa Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A. Tal como se indicó, la acción interpuesta por el recurrente no es de objeción sino de revisión; por consiguiente, de conformidad con el artículo 22 del Reglamento de Adquisiciones del Instituto Nacional de Aprendizaje vigente a la fecha, esa Comisión no tiene competencia para conocer el presente recurso.

### **c. Sobre la supuesta infracción al principio de igualdad y libre competencia**

Como se indicó anteriormente, "Liberty" consigna que se inobservó el principio de igualdad al no considerar su oferta presentada el 19 de abril del 2022 y, por ende, la libre competencia. Al respecto, es importante aclarar que existe una diferencia entre una cotización para un estudio de mercado y una oferta dentro de un procedimiento de contratación administrativa; siendo el primero un estudio previo al inicio del proceso cartelario y el segundo es un proceso formal donde se cumplen garantías tanto para los oferentes como para la Administración, según la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Sobre el particular, la Contraloría General de la República mediante oficio DCA-1120 del 31 de marzo del 2020 define estudio de mercado como:

*"(...) una indagatoria del mercado constituye un estudio informal, que no cumple a cabalidad con la rigurosidad de un procedimiento licitatorio, a saber, las formalidades, requisitos y condiciones de un concurso público; formalidades mediante las cuales se verifica el cumplimiento de los principios de contratación administrativa y el cumplimiento de garantías tanto para los oferentes como para la propia Administración licitante (...)"*

En cuanto a la consideración sobre el principio de igualdad, continúa indicando el ente contralor:

*"(...) es necesario que el estudio sea suscrito por un funcionario competente que asuma la responsabilidad por el análisis llevado a cabo, debiendo además haberse definido previamente una metodología con base en la cual se compararán las ofertas recibidas, así como las bases que servirán para poder consultar efectivamente el mercado. En ese orden de ideas, debe contarse con los factores de calificación que se valorarán para comparar las ofertas, así como el valor o puntuación que se le concederá a cada uno de éstos, pero además debe poderse constatar los términos y condiciones en que se comunicó a los potenciales interesados la intención de llevar a cabo un estudio de mercado, siendo que se debe poder demostrar los requerimientos que se plantearon a los distintos participantes, así como la forma o medio que se utilizó para comunicar el interés de la respectiva Administración de valorar las condiciones del mercado para un bien o servicio en particular. Lo anterior, se traduce básicamente en la implementación de los principios de eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad, los cuales deben ser pilares en el proceso de realización de un estudio de mercado. (...)"*  
Subrayado no del original.

De lo expuesto, se puede desprender que la Unidad de Servicios de Informática y Telemática, es el órgano técnico y solicitante del servicio; por consiguiente, sus funcionarios son los competentes y responsables, que elaboraron los requerimientos técnicos de comunicación dedicada punto a punto e internet entre centros de formación, centros especializados y unidades regionales hacia los centros de datos del INA de cuantía inestimada.

Además, de establecer una metodología para posibles proveedores y los criterios de evaluación, cumpliendo con la normativa supra citada. Basado en lo anterior, fueron invitadas a participar siete empresas potenciales tanto del sector público como del privado, que se encontraban en igualdad de condiciones al formular sus cotizaciones para el estudio de mercado.

Cabe recalcar que la unidad en mención, al gestionar el estudio de mercado, definió un conjunto de elementos técnicos que deberían cumplir las empresas a invitar a formular cotizaciones, seleccionando únicamente a la empresa con capacidad de cumplirlos, para tal efecto se les aportó un archivo con los requisitos técnicos:

1. *"(...) Infraestructura de telecomunicaciones WAN instalada en el país.*
2. *Salidas internacionales a Internet por tres lugares, a saber, por la costa del Pacífico,*
3. *costa Atlántica (Mar Caribe) y por tierra (Panamá y/o Nicaragua).*
4. *Cobertura de servicio en todo el país con anillos de fibra óptica en las siete provincias*
5. *Capacidad de transporte de datos en la red instalada de al menos 10 Gbps.*
6. *Experiencia en el mercado como proveedor de servicios de telecomunicaciones a nivel WAN*

7. *Experiencia en el mercado como proveedor de servicios de telecomunicaciones a nivel de Internet.*
8. *Ofrece Acuerdos de Nivel de Servicio (SLA por sus siglas en inglés) para la atención de averías.*
9. *Personal técnico propio capacitado para la atención de incidentes de tendido, canalización e infraestructura de comunicaciones.*
10. *Soluciones de transporte de datos utilizando tecnología SD-WAN acordes a lo solicitado en las especificaciones técnicas.*
11. *Centro de Control de la Red (NOC por sus siglas en inglés) certificado.*
12. *Capacidad instalada para brindar el servicio de telecomunicaciones en redes MPLS e internet, a nivel nacional*
13. *Ser "Partner" de marcas líder en el mercado en tecnologías de comunicación LAN y WAN.*
14. *Ser proveedores de conexiones MPLS e Internet a nivel nacional, contando con una experiencia superior a los 5 años en el mercado brindando servicios de telecomunicaciones.*
15. *Contar con los convenios necesarios para la adquisición de los equipos utilizados para brindar el servicio de SD-WAN, solicitado.*
16. *Capacidad de instalación del servicio solicitado en un tiempo no mayor a 3 meses. (..)".*

Al respecto, ha expresado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sobre el principio de igualdad:

*"(...) no se pueden establecer diferencias de trato que no estén fundamentadas en condiciones objetivas y relevantes de desigualdad, o que no sean necesarias, razonables o proporcionales a la finalidad que se persigue al establecer la diferencia de trato (...)" (voto 2007-2412 de las 16:17 horas del 21 de febrero del 2007).*

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa establece en el artículo 2 el principio de igualdad en los siguientes términos: *"En un mismo concurso los participantes deben ser tratados y examinados bajo reglas similares."*

Con base en las anteriores premisas, para poder concretar una violación al principio de igualdad, según lo expuesto por la empresa Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A; antes, Telefónica (Marca comercial Movistar) debe cumplir la totalidad de los requisitos establecidos por la administración de previo al sondeo. Si fuera incluido incumpliendo requisitos esenciales, como se verá a continuación, más bien existiría un favorecimiento injustificado hacia esa empresa.

Adicionalmente, la Administración Activa analizó la cotización presentada por "Liberty", determinando que técnicamente no cumplen con las especificaciones técnicas para el estudio de mercado y por lo tanto, para una eventual contratación. Seguidamente, se enlistan los incumplimientos identificados:

1. *"(...) Diferencia entre la cantidad de enlaces de internet solicitados (108) y los remitidos (56) evidenciando un faltante de 52 enlaces de internet.*
2. *Diferencia entre la cantidad de equipos de borde solicitados (56) y los remitidos (55), evidenciando un faltante de 1 equipo de borde.*

3. *Incumplimiento en las especificaciones técnicas el punto "3.17 El oferente debe tener salidas hacia cables internacionales de fibra a través de zona atlántica y pacífica ya sean propias o arrendadas. Además, una salida hacia alguno de los puntos de conexión internacional vía terrestre, esta también puede ser propia o arrendada". En la información presentada en la cotización en el punto "2.5 Descripción de la solución de conectividad", se indica solamente salida marítima hacia la zona atlántica.*
4. *Incumplimiento en las especificaciones técnicas del punto 3.19 "El oferente debe garantizar al INA que el servicio de red MPLS tiene una conmutación inteligente y con troncales entre nodos con capacidad de 10 Gbps y 20 Gbps, con crecimiento a 40 Gbps y 100 Gbps y con al menos 3 puntos de conexión a internet directos e independientes. Esto para asegurar al INA que la red del oferente esta lista para cualquier crecimiento en capacidad que se necesite, en caso de ser una red de alta densidad de tráfico (DWDN). Para lo cual deberá presentar una certificación emitida por un tercero que valide lo indicado en este punto". En la información presentada en la cotización, el punto "2.5 Descripción de la Solución de Conectividad", en el diagrama conceptual: red nacional, se indica que la red MPLS del proveedor posee una capacidad de 100 Mbps tributados en puerto GiEthernet.*
5. *Incumplimiento de las especificaciones técnicas en el punto "3.2 Solo se permitirá conectar enlaces de forma inalámbrica el 5% del total de los enlaces parte de la contratación", tomando en cuenta que este se refiere los 56 enlaces a los lugares definidos en la especificación; en la cotización presentada se excede a un 7.14%. (...).*

En cuanto a la diferencia de precio el estudio técnico concluyó que:

*"(...) El costo del servicio indicado en la información recibida por un monto de \$58,308 para el servicio SD-WAN y de \$20,563.20 mensuales, ascienden a la suma de \$78,871.20 mensuales en total. Sin embargo, debido al faltante de 52 enlaces de datos, y la presencia de mayor cantidad de enlaces inalámbricos que los permitidos, no resulta posible realizar una comparación financiera correcta ya que estos costos recibidos responden a características y configuración distintas respecto de los otros participantes en el estudio de mercado y de las especificaciones técnicas (...)."*

Se evidencia que bajo las especificaciones técnicas que son una potestad unilateral de la Administración, esta empresa de telecomunicaciones no es un oferente potencial; por lo que, no se violenta el principio de igualdad, consecuentemente tampoco el principio de libertad de competencia; porque, esa empresa hace referencia, que por ser una empresa de telecomunicaciones es un oferente potencial, pero para ostentar esa categoría debe cumplir las especificaciones técnicas, caso contrario, no lo es, como fue evidenciado; de haber sido incluido en el estudio de mercado, se hubiera materializado la violación al principio de razonabilidad.

De lo expuesto, es importante recordar que la Sala Constitucional, mediante la Sentencia 1420-91, de las 9:00 horas del 24 de julio de 1991 indicó:

*"(...) En efecto, el principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos como el motivo y el fin que persigue (...)."*

Se reafirma, que aceptar las pretensiones de la empresa de telecomunicaciones en referencia, violentaría el principio de razonabilidad que es un parámetro de constitucionalidad. Así reiterado por la Sala Constitucional, en sentencia 2000-01920, de las 15:27 horas del 1º de marzo del 2000:

*"(...) III.-DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD COMO PARAMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD... La jurisprudencia constitucional ha sido clara y conteste en considerar que el principio de razonabilidad constituye un parámetro de constitucionalidad en los siguientes términos: / El Derecho de la Constitución, compuesto tanto por las normas y Principios Constitucionales, como por los del internacional, y particularmente los de sus instrumentos sobre derechos humanos, en cuanto fundamentos primarios de todo orden jurídico positivo, le transmiten su propia estructura lógica y sentido axiológico, a partir de valores incluso anteriores a los mismos textos legislativos, los cuales son a su vez, fuente de todo sistema normativo propio de una sociedad organizada bajo los conceptos del Estado de Derecho, el régimen constitucional, la Democracia, y la Libertad, de modo tal que cualquier norma o acto que atente contra esos valores o principios - entre ellos los de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que son por definición, criterios de constitucionalidad -, o bien que conduzca a situaciones absurdas, dañinas gravemente injustas, o a callejones sin salida para los particulares o para el Estado, no puede ser constitucionalmente válido" (sentencia número 3495-92, de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992)". Subrayado no es del original.*

### **3.4 Análisis de la propuesta para declarar infructuoso el trámite de parte de la Administración Activa**

Mediante el acuerdo CL-57-2022, del 14 de octubre 2022, la Comisión de Licitaciones señala:

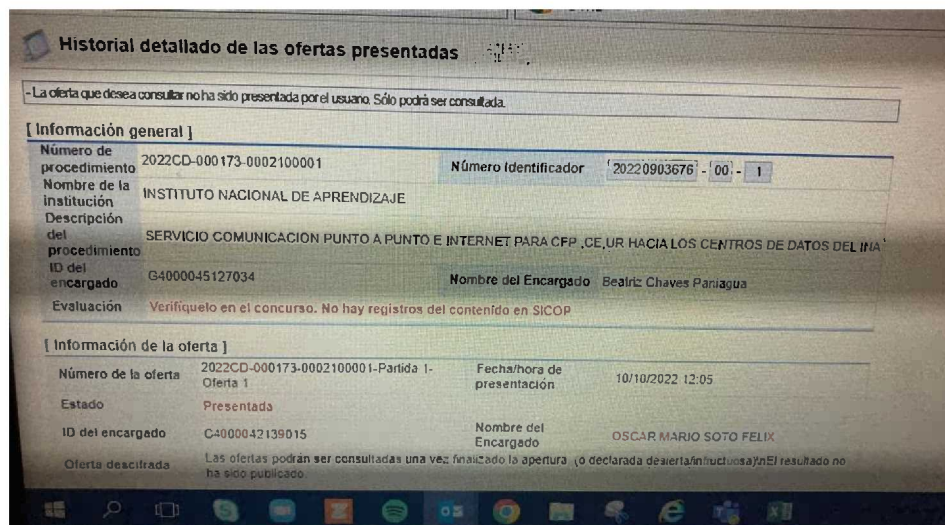
*"Recomendar a Junta Directiva, DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso de objeción interpuesto por la empresa LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A., en contra del cartel de la Contratación Directa 2022CD-000173-0002100001 "SERVICIO COMUNICACIÓN PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS DEL INA". (...) DEJAR SIN EFECTO el procedimiento Contratación Directa 2022CD-000173-0002100001 "SERVICIO COMUNICACIÓN PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS DEL INA" con el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (...)"*

Tal como se muestra en lo citado anteriormente, se recomienda dejar sin efecto la contratación en estudio de acuerdo con el artículo 58 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; el cual, señala:

*"Artículo 58.-Plazo de recepción de ofertas. Para la recepción de ofertas, el cartel electrónico deberá establecer el plazo en días hábiles, con indicación de la hora y fecha de vencimiento. No obstante, el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) permite la elaboración y presentación de las ofertas en días y horas inhábiles, dentro del plazo establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Uso del Sistema.*

*/ Para las licitaciones públicas, aplicará el plazo mínimo de quince días hábiles establecido en el artículo 42 inciso f) de la Ley de Contratación Administrativa y para las licitaciones abreviadas, un plazo que no podrá ser menor a cinco días hábiles ni tampoco mayor a veinte días hábiles, salvo en casos muy calificados en que la Administración considere necesario ampliarlo, hasta el máximo de diez días hábiles adicionales, para lo cual deberá dejar constancia en el expediente, todo de conformidad con el artículo 45 de la citada Ley. /En las contrataciones reguladas en el artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa, la Contraloría General de la República, indicará, en cada caso, el plazo mínimo para recibir ofertas, tomando en cuenta para ello, la complejidad del objeto. / Dentro de los plazos anteriores, no se contará el día de la comunicación, sí el de vencimiento. / Antes de recibir ofertas, por razones de interés público o institucional, la Administración, podrá dejar sin efecto el respectivo concurso.". El subrayado no es parte del original.*

Lo comentado, induce a error a la Junta Directiva; ya que, la motivación del acto de dejar sin efecto es contraria a la realidad, por cuanto el Instituto Costarricense de Electricidad presentó su oferta definitiva el 10 de octubre del 2022, tal como se comprueba al verificar los registros de SICOP, a continuación:



Historial detallado de las ofertas presentadas

- La oferta que desea consultar no ha sido presentada por el usuario. Sólo podrá ser consultada.

[ Información general ]			
Número de procedimiento	2022CD-000173-0002100001	Número Identificador	20220903676 - 00 - 1
Nombre de la institución	INSTITUTO NACIONAL DE APRENDIZAJE		
Descripción del procedimiento	SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS DEL INA		
ID del encargado	G4000045127034	Nombre del Encargado	Beatriz Chaves Paniagua
Evaluación	Verifiquelo en el concurso. No hay registros del contenido en SICOP		

[ Información de la oferta ]			
Número de la oferta	2022CD-000173-0002100001-Parida 1-Oferta 1	Fecha/hora de presentación	10/10/2022 12:05
Estado	Presentada		
ID del encargado	C4000042139015	Nombre del Encargado	OSCAR MARIO SOTO FELIX
Oferta descrita	Las ofertas podrán ser consultadas una vez finalizado la apertura (o declarada de abierta/inclusiva) y el resultado no ha sido publicado.		

Lo anterior, también fue confirmado por la ejecutiva de cuenta de esa institución pública, resultando inaplicable el artículo supra citado. Además, la Ley General de la Administración Pública indica en los artículos 128 y 129, lo siguiente:

*"Artículo 128.-Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta.*

*Artículo 129.-El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia."*



En caso de inobservancia se produce la invalidez del acto administrativo de conformidad con el artículo 158, de la misma ley que instauro:

*"...la falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste. Será inválido el acto administrativo sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico".*

Por su parte, en el artículo 166 de la citada Ley, se instruye: *"Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente".*

Además, la Sala Constitucional, ha manifestado mediante el Voto 7924-99, sobre la motivación de los actos, lo siguiente:

*"(...) En cuanto a la motivación de los actos administrativos se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades públicas del contenido del acto que emiten, tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha manifestado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio constitucional del debido proceso (...)"*.

De lo expuesto, la motivación de propuesta supra citada se desarrolla en indicar que existió una vulneración de los principios de igualdad de trato y libre competencia en el estudio de mercado. Llegando a esa conclusión mediante criterios de la Contraloría General de la República; los cuales, fueron descontextualizados, tal como se comenta a continuación:

Seguidamente, transcribimos parcialmente el oficio de la Contraloría General de la República 02593 (DCA-0411) del 17 de febrero del 2015 retomado por el órgano contralor mediante oficio 4760 (DCA-1120) del 31 de marzo del 2020:

*"(...) Adicionalmente para la confección de dicho informe, si bien se indica que ese Ministerio cuenta con una base de datos, no se observa que haya mediado alguna publicación con el ánimo de despertar el interés de aquellos propietarios que eventualmente no se encuentran en dicha base. El principio de publicidad, regulado en el numeral 6 de la LCA, además de ser un principio de rango constitucional que informa la contratación administrativa (ver sentencia de la Sala Constitucional 998 de 16 de febrero de 1998), permite a la Administración contar con una amplia gama de propuestas para satisfacer sus necesidades. De igual manera, con una adecuada publicidad, se da mayor transparencia a la selección que en última instancia se llegue a dar. (...)"*.

Es menester señalar que el mismo versa sobre la negatoria a la autorización al Ministerio de Hacienda, para adquirir de manera directa un inmueble.

Omite la Administración Activa, agregar la siguiente parte del citado criterio de la Contraloría, que continúa indicando:

*"De frente al caso particular, donde se invocan razones para no realizar una licitación pública, tal hecho en sí mismo no descarta la aplicación de principios como el de publicidad. Así, aunado a la indagación del mercado que bien **pudo haber realizado la Administración**, tomando en consideración la cuantía del negocio, se impone realizar al menos una publicación ya sea en La Gaceta o en un diario de circulación nacional, donde se expongan los requisitos básicos del negocio. Tal publicación, como fue dicho, no se acredita en el expediente".*

De lo analizado, es incorrecto indicar que la Contraloría General de la República para un estudio de mercado considera que, si no se hace una publicación en el Diario Oficial La Gaceta o en uno de circulación masiva, se violenta el principio de publicidad; por consiguiente, el de igualdad y el de libertad de competencia.

De esta afirmación, conviene recalcar, que el ejemplo expuesto en el criterio versa sobre la posibilidad de haber realizado la publicación en el Diario Oficial La Gaceta; dado que, el objeto contractual era la compra de un bien inmueble; en tanto, el INA al gestionar el estudio técnico, contaba con un listado de requerimientos técnicos constituidos en un documento formal y con un proceso previo de selección de los potenciales agentes de servicios públicos y privados que eventualmente podrían brindar el servicio. Nótese la diferencia de los procesos; por lo tanto, este órgano de fiscalización no encuentra la relación que se pretende consolidar.

El borrador de resolución asume que omitir una publicación en el presente caso, sería una violación al principio de proporcionalidad. Al respecto, la Sala Constitucional señaló mediante la sentencia 03933-98, de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del 12 de junio de 1998:

*"(...) la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo ... (.)".*

Continúa indicando la Sala Constitucional:

*"la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados."*

En tanto, la finalidad perseguida con el sondeo del mercado es tener una referencia, para la toma de decisiones de parte de la Administración Activa. Según lo indica la SUTEL, mediante oficio 08690-SUTEL-OTC-2022 del 3 de octubre del 2022; que existen 129 empresas autorizadas por la SUTEL para brindar el servicio de transferencia de datos y enlaces punto a punto; pero, como se expuso anteriormente, no se puede afirmar que estas 129 podrían suplir la necesidad del INA y la finalidad pública.

En conclusión, tal como se explicó en los apartados anteriores la no consideración de la cotización de Liberty, antes Telefónica, no se considera violatorio a los principios de igualdad de trato y libre competencia en el estudio de mercado por las siguientes razones:

1. *Telefónica (Movistar) posteriormente Liberty, no fue invitada, ya que por criterio técnico de GTIC no se consideró que cumpliera con los requerimientos técnicos.*
2. *Ante la oferta técnica presentada, por decisión de la empresa de telecomunicaciones, se comprueba que efectivamente no tiene la capacidad técnica que suplir la necesidad del INA, cosa que consta en el criterio técnico GTIC-112-2022.*
3. *Por lo que no es un posible proveedor, y si bien su precio es menor es porque no oferta en las mismas condiciones que el resto. Lo que implica que si se hubiera considerado existiría un evidente favorecimiento a LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A.*

### **3.5 Inobservancia al principio de conservación de los actos administrativos**

Cabe recalcar que, a criterio de esta Auditoría Interna, no existe invalidez alguna; pero, por lo manifestado en la propuesta de respuesta al recurso, resulta necesario citar que en el artículo 165 de la Ley General de la Administración Pública, se establece: "*La invalidez podrá manifestarse como nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida*".

Lo que significa que no todo vicio, hace que el acto administrativo sea completamente nulo. Este punto no es analizado en el proyecto de resolución, puesto que se alega un vicio, pero no se motiva su gravedad ni sus implicaciones en la esfera jurídica. Más aún, resulta contradictoria la motivación planteada; porque, se motiva ampliamente que no existe recurso de objeción. El fundamento jurídico para una contratación entre entes públicos requiere que se realice un estudio de mercado; el cual fue efectuado.

También, el proyecto de resolución comprueba que la empresa recurrente no cumple con los requerimientos para satisfacer la necesidad de esta institución, pero, aunque así lo declara, evidencia que existe un supuesto vicio al interés público e institucional. Cabe recalcar que tampoco se define cuál interés público o del INA se ve violentado, lo que implica un vicio en sí mismo según lo expuesto. Por consiguiente, ignora por completo que ese cuerpo normativo indica en su artículo 168, el principio de conservación de los actos, al establecer: "*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*".

Lo anterior; debido a que, no todo vicio es una nulidad absoluta, existen también las nulidades relativas. Estas últimas, subsanables de conformidad con los artículos del 187 al 189 de la Ley General de la Administración Pública.

Del análisis expuesto por esta Auditoría Interna, "Liberty" no ostenta legitimación procesal, para presentar el recurso de objeción. A pesar de esto, el proyecto de resolución considera como vicio la eventual falta de comunicación a esa empresa de telecomunicaciones, alegando que ese vicio es de nulidad absoluta, cuando en realidad es una infracción al derecho de respuesta, cuya inobservancia produce los efectos señalados en el artículo 13 de la Ley de regulación del derecho de petición, que no incluye la anulación absoluta de un acto administrativo como la propuesta de resolución pretende.

### **3.6 Consecuencias de aprobar la propuesta de resolución planteada por la administración**

Mediante acuerdo JD-AC-253-2022, la Junta Directiva adoptó el siguiente acto administrativo:

**"PRIMERO:** DICTAR LA DECISIÓN INICIAL DEL PRESENTE TRÁMITE EN CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 135 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

**SEGUNDO:** APROBAR LA **CONTRATACIÓN DIRECTA** POR MEDIO DEL ARTÍCULO 138 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA **CON LA EMPRESA INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE), PARA EL "SERVICIO COMUNICACIÓN PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE Y UR, HACIA LOS CENTROS DE DATOS DEL INA"**, CON UN COSTO ESTIMADO DE LA CONTRATACIÓN DE \$4.748.936,64 POR CONCEPTO DE SERVICIO DE COMUNICACIÓN PUNTO A PUNTO Y UN ÚNICO PAGO \$21.911,31 POR SERVICIO DE INSTALACIÓN, DE CONFORMIDAD CON LOS OFICIOS GG-1184-2022, UCI-PA-1701-2022 Y LA CONSTANCIA DE LEGALIDAD ALCA-177-2022.". Resaltados no son del original.

Acuerdo que fue tomado; porque, que dicho órgano colegiado, es el jerarca máximo del INA, por su naturaleza tiene las facultades y/o deberes de aprobar o improbar actuaciones de la administración para así poder llevar a cabo el cumplimiento de planes y/o actividades de la Administración Pública, lo que se hace por medio de acuerdos.

Por consiguiente, mediante la aprobación del acuerdo supracitado, produjo efectos a favor de ICE. Sobre lo anterior la Constitución Política indica en el artículo 34: "A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas."

Lo expuesto se confirma con lo que expresa el autor nacional Eduardo Ortiz al decir que:

*"(...) hay un derecho subjetivo frente a una potestad de la Administración totalmente reglada o vinculada, y una vez reunidos ciertos requisitos legales por el particular que reclama un acto favorable a él, la Administración está obligada, entonces, a dar lo pedido." (ORTIZ, ORTIZ, Eduardo, Situaciones Jurídicas Administrativas, Revista de Ciencias Jurídicas 18, diciembre 1971, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, págs. 69 y 70).*

Por otra parte, Ortiz Ortiz citando al autor argentino Agustín Gordillo, señala que el derecho subjetivo es:

*"(...) El derecho subjetivo se da cuando una regla precisa impone a la Administración una conducta en favor de un sujeto considerado como un individuo, aunque contenga pareja imposición en favor de otros, integrantes o no de un grupo común." (ORTIZ ORTIZ, Eduardo, op. cit. p. 99 y 100).*

En virtud de lo expuesto es claro que la Junta Directiva aprobó en firme la contratación directa por medio del artículo 138 del Reglamento de la ley de la Contratación Administrativa con la empresa Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), inclusive aceptó la propuesta de esa entidad de telecomunicación por el monto de \$4.748.936,64 por concepto de servicio de comunicación punto a punto y un único pago \$21.911,31 por servicio de instalación, de conformidad con los oficios GG-1184-2022, UCI-PA-1701-2022 y la constancia de legalidad ALCA-177-2022. Siendo consecuente, con lo establecido en el artículo 21 del Reglamento de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Aprendizaje, que señala:

*"Artículo 21: Acuerdos firmes. Podrá declararse firme un acuerdo con el voto favorable de los dos tercios del total de quienes integran la Junta Directiva. Los acuerdos firmes no están sometidos al recurso de revisión que regula el artículo 22 del presente Reglamento, aunque sí podrán ser anulados o revocados, o impugnados, de conformidad con la Ley General de la Administración Pública".*

Y con lo indicado por la Procuraduría General de la República mediante C-104-85 del 17 de mayo de 1985: *"(...) Ahora bien, en el caso de un concurso o licitación pública debe entenderse que tal acuerdo o ajuste de voluntades se da desde que la Administración, mediante un acto administrativo firme, acepta el precio ofrecido por un participante. Justamente, en esta instancia es que el contrato de compraventa se perfecciona (...)"*.

Lo que genera un derecho subjetivo al Instituto Costarricense de Electricidad, más, teniendo presente que inclusive en la plataforma de SICOP, ya cuenta con la oferta definitiva presentada, como se indicó anteriormente.

Siendo así, la única forma de dejar sin efecto ese acuerdo sería mediante el proceso de lesividad.

Por otra parte, se pone en conocimiento de la Administración Activa, el riesgo R042 "*Infraestructura Tecnológica*", R026 "*Interrupción de Servicios*", que de prevalecer la intención de declarar infructuoso el trámite de contratación, podría haber una afectación en la continuidad de la prestación del servicio, tanto para los servicios de capacitación y formación profesional, y la labor administrativa institucional; dado que, actualmente la ampliación del contrato mediante el artículo 209 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, vence en el mes de febrero del 2023; por lo tanto, analizando las fechas que restan del año, es evidente que no se podría tramitar un procedimiento para garantizar la continuidad del servicio. Por lo tanto, se debería solicitar la autorización a la Contraloría General de la República, para realizar un procedimiento de emergencia, con las consabidas implicaciones para los responsables del servicio.

#### **4. CONCLUSIONES**

De lo anteriormente expuesto, este órgano de fiscalización y control determina como conclusiones las siguientes:

1. Para la elaboración del estudio de mercado la Unidad de Servicios de Informática y Telemática, solicitó proformas a siete potenciales agentes públicos y privados del servicio, de interés para el INA y recibió cuatro cotizaciones en los años 2021 y 2022. Identificando que, de conformidad con el detalle de las especificaciones técnicas del servicio y el costo, esa unidad, en calidad de solicitante, recomienda la contratación del servicio con ente de derecho público, según el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, al Instituto Costarricense de Electricidad, con base en el detalle de los costos y prestación del servicio analizado en el estudio de mercado.
2. A la luz de la comunicación de acuerdo JD-AC-253-2022 del 29 de agosto del 2022, la institución ya otorgó un derecho subjetivo a favor del Instituto Costarricense de Electricidad. Llama poderosamente la atención, la falta de acción de la Administración durante el mes de setiembre, en concretar la contratación con el ICE; lo cual no puede ser justificado por el Recurso de Liberty, puesto que el mismo ingresó al INA el día 4 del mes en curso.
3. No se encuentra razón para interrumpir la continuidad del trámite y mantenerlo en estado "Recepción de Ofertas"; debido a que, al ser un procedimiento exceptuado, no requiere de apertura de ofertas; porque, ya se aprobó de parte de la Junta Directiva la contratación con el ICE, y así fue realizada la invitación directa al ente de cita.

4. El recurso de revisión de los actos administrativos solicitado por la empresa Liberty, no interrumpe la continuidad del proceso de contratación; ya que, es una revisión del acto administrativo dictado.
5. La empresa Liberty, no tiene legitimación en el procedimiento de contratación; porque, su oferta y el recurso, son posteriores a los actos administrativos dictados: Estudio de mercado, decisión inicial y la comunicación de acuerdo JD-253-2022.
6. Este órgano de fiscalización no encuentra razones para detener la continuidad del procedimiento de contratación seleccionado por la Administración, a la luz del artículo 138 del Reglamento a la Ley General de Contratación Administrativa.
7. Debido a que el contrato actual de los servicios en referencia vence en febrero 2023, de aceptarse la propuesta de dejar sin efecto la contratación con el ICE, podría haber una grave afectación en la continuidad de la prestación del servicio, tanto para los servicios de capacitación y formación profesional como para la labor administrativa institucional.

## **5. RESPONSABLES DE LA ASESORÍA**

Esta asesoría fue realizada por las personas funcionarias de esta Auditoría Interna, Ingrid Chavarría Retana, Oscar Vargas Dittel, Juan José López Bolaños, Didier Chavarría Chaves, Marta Elena Monge Fallas bajo la supervisión de la señora Marlene Callejas Escobar.

*Firmado digitalmente*

**Ingrid Retana Chavarría**  
Auditora colaboradora

*Firmado digitalmente*

**Marlene Callejas Escobar**  
Auditora encargada

*Firmado digitalmente*

**Didier Chavarría Chaves**  
Auditor encargado

*Firmado digitalmente*

**Juan Jose López Bolaños**  
Auditor colaborador

*Firmado digitalmente*

**Oscar Vargas Dittel**  
Auditor encargado

*Firmado digitalmente*

**Alfredo Hasbum Camacho**  
Auditor General