

3 de enero del 2024

00071-SUTEL-SCS-2024

Señores

Informante

Correo electrónico: laleyaplicadaya@gmail.com

Fernando Aguilar Arias

Proveeduría

Poder Judicial

Correo electrónico: faguilara@poder-judicial.go.cr

Deryhan Muñoz Barquero

Directora General de Competencia

SUTEL

Silvia Elena León Campos

Jefa Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Dirección General de Competencia

SUTEL

Estimado (s) señor (es):

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227 y el inciso 10) del artículo 35 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado, me permito comunicarles que en la sesión ordinaria 075-2023 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el 21 de diciembre del 2023, se adoptó por unanimidad, lo siguiente:

ACUERDO 058-075-2023

CONSIDERANDO:

- I. Que al artículo 52 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, establece que la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones estarán sujetas al régimen sectorial de competencia.
- II. Que el artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia, Ley 9736, dispone que la SUTEL es la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, según se establece en el artículo 29 y en el capítulo II del título III de la Ley 8642, Ley General de Telecomunicaciones, de 4 de junio de 2008 y sus reglamentos.
- III. Que el artículo 20 de la Ley 9736 establece que la SUTEL realizará actividades de promoción y abogacía de la competencia con el objetivo de fomentar e impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado; eliminar y evitar las distorsiones o barreras de entrada, así como aumentar el conocimiento y la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia, para lo cual podrá hacer uso de medios no co-coactivos tales como la emisión de opiniones y recomendaciones.
- IV. Que la citada Ley 9736 establece en su artículo 21 que la SUTEL podrá emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud de parte sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, así como **pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa**, cuyos elementos puedan obstruir el principio de

3 de enero del 2024

00071-SUTEL-SCS-2024

competencia y libre concurrencia. En el mismo sentido se refieren los numerales 24 del Reglamento a la Ley 9736 y 30 del Reglamento del régimen de competencia en telecomunicaciones de la SUTEL.

- V.** Que las tres líneas que conforman el objeto contractual de la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 del Poder Judicial para la *“Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda”*, se refieren a servicios que integran el mercado de las telecomunicaciones, por lo que se considera que esta contratación podría tener el potencial para incidir en los mercados de las telecomunicaciones y acorde a las competencias asignadas por ley a la SUTEL, esta Superintendencia tiene competencia para emitir la presente opinión.
- VI.** Que el 22 de marzo del 2022, el Ministerio de Hacienda emitió la Directriz DGABCA-0023-2022 *“Lineamiento para generar los procesos de contratación para la adquisición de los servicios de Telefonía e Internet en el SICOP”*, dirigida a las proveedoras institucionales e indicaba los procedimientos, documentos e información a cumplir con la finalidad de continuar con la recepción de servicios de telefonía e internet en aquellos casos en que los contratos y prorrogas habían sido creados fuera del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) en cumplimiento con el artículo 40 y 40 bis de la Ley 7494 y el artículo 138 de su Reglamento.
- VII.** Que el 14 de julio de 2023 mediante oficio 1440-DTI-2023, la Jefe y el Coordinador Unidad WAN del Subproceso Telemática de la Dirección Tecnología Información y Comunicaciones del Poder Judicial informaron sobre las acciones realizadas en relación con la situación asociada a riesgos por cambios de enlaces por nuevos contratos (*“Oficio 1440-DTIC-2023 Excepción en Enlaces.pdf”*, expediente electrónico del SICOP).
- VIII.** Que el 29 agosto del 2023 mediante oficio 1739-DTIC-2023, se emitieron una serie de consideraciones por parte de la Jefatura Subproceso de Telemática de la Dirección de Tecnología de la Información y Comunicaciones del Poder Judicial, con el propósito de promover el inicio del proceso de contratación correspondiente a la *“Adquisición de enlaces MPLS bajo demanda”* (*“1739-DTI-2023 Decisión Inicial.pdf”*, expediente electrónico del SICOP)
- IX.** Que el 7 de noviembre del 2023 vía correo electrónico (NI-13484-2023) de manera anónima se puso en conocimiento a la SUTEL sobre la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 del Poder Judicial para la *“Adquisición de enlaces MPLS según demanda”*
- X.** Que el 5 de diciembre del 2023 se publicó la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 del Poder Judicial para la *“Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda”* (Expediente electrónico del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP)).
- XI.** Que el 15 de diciembre del 2023 mediante oficio 10679-SUTEL-OTC-2023, la Dirección General de Competencia (DGCO) de la SUTEL rindió criterio titulado *“Informe de Opinión sobre la contratación 2023PX-000038-0001300001 para la “Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda” del Poder Judicial”*, en relación exclusivamente sobre si el pliego de condiciones puesto en conocimiento genera o no restricciones anticompetitivas, que afectan la eficiencia en los mercados de telecomunicaciones.
- XII.** Que dicho informe concluyó:

[...]

- 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*

3 de enero del 2024

00071-SUTEL-SCS-2024

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 televisa.

ii. Que los artículos 21 de la Ley 9736, 24 de su Reglamento y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, 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 esta Opinión se emite en el marco de las facultades de abogacía y promoción de la competencia con que cuenta la SUTEL en el marco de la Ley 9736, y la misma busca impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones, eliminar y evitar distorsiones al funcionamiento de los mercados de telecomunicaciones y aumentar el conocimiento sobre los beneficios de la competencia, y no pretende realizar una valoración de temas específicos de la materia de contratación administrativa en relación con el procedimiento de contratación, lo cual corresponde a una competencia legal que recae sobre otros órganos públicos.

iv. Que el Ministerio de Hacienda mediante circular DGABCA-0023-2022 relativa a “Lineamiento para generar los procesos de contratación para la adquisición de los servicios de Telefonía e Internet en el SICOP” recuerda a las proveedurías institucionales la necesidad de trasladar al SICOP aquellos procesos que no hayan sido promovidos a través de dicha plataforma. Dicha circular establece que para aquellos contratos que se deseen continuar por parte de la administración contratante se usará una figura de contratación por excepción, a saber: por oferente único (para oferentes privados) o actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público (para operadores públicos). La citada circular también dispone que, para aquellos casos, donde la administración determine salir a concurso para contratar los servicios de telefonía e internet, deberá hacerlo mediante concurso ordinario.

v. Que, en virtud de lo dispuesto por el Ministerio de Hacienda, el Poder Judicial promueve la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 para la “Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda”.

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 licitación por excepción entre entes de derecho público, han sido enfáticas en que para utilizar esta excepción se deben de cumplir una serie de requisitos.

viii. Que la decisión del Poder Judicial de realizar una licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001, en lugar de realizar un proceso de licitación abierta, es una decisión que no favorece el principio de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, siendo que el no empleo de los principios de igualdad y libre concurrencia va en detrimento de procesos de contratación que favorezcan la competencia del mercado.

3 de enero del 2024

00071-SUTEL-SCS-2024

ix. Que el Estado debe trabajar de manera integral y coordinada, velando por la aplicación del principio de igualdad y libre concurrencia en toda la actividad contractual en que medie el empleo de fondos públicos y durante todo el ciclo de la compra pública. [...]

XIII. Que según lo desarrollado de previo se solicita respetuosamente al Poder Judicial, tomar en consideración la presente opinión sobre la licitación por excepción entre entes de derecho público 2023PX-000038-0001300001 de *“ADQUISICIÓN DE ENLACES MPLS BAJO LA MODALIDAD SEGÚN DEMANDA”* para efectos de las gestiones de contrataciones y en particular de elaboración de pliegos de condiciones.

**POR TANTO,
EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:**

PRIMERO: Dar por recibido y acoger el 10679-SUTEL-OTC-2023 del 15 de diciembre del 2023, por medio del cual la Dirección General de Competencia presenta al Consejo de la SUTEL la *“Opinión sobre la contratación 2023PX-000038-0001300001 para la “Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda” del Poder Judicial”*.

SEGUNDO: Solicitar respetuosamente a la administración activa del Poder Judicial, tomar en consideración la siguiente recomendación como un mecanismo para promover la libre concurrencia en la contratación de servicios de telecomunicaciones:

- Valorar en futuros procesos de contratación que incluyan servicios de telecomunicaciones la realización de procesos de licitación abiertos que favorezcan la libre concurrencia.

TERCERO: Remitir a la Poder Judicial y al informante anónimo como parte de las labores de abogacía de la competencia de la SUTEL el informe de Opinión 10679-SUTEL-OTC-2023, del 15 de diciembre del 2023, por medio del cual la Dirección General de Competencia brinda la *“Opinión sobre la contratación 2023PX-000038-0001300001 para la “Adquisición de enlaces MPLS bajo la modalidad según demanda” del Poder Judicial”*.

CUARTO: Hacer saber al Poder Judicial 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 esta 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. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en los numerales 21 de la Ley 9736 y 24 de su Reglamento.

**ACUERDO FIRME
NOTIFIQUESE**

La anterior transcripción se realiza a efectos de comunicar el acuerdo citado adoptado por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, mismo que se encuentra firme. -

**Atentamente,
CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES**

**Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo**

Arlyn A.

Expediente: GCO-OTC-CGL-00023-2023