

San José, 19 de marzo del 2024.
02075-SUTEL-OTC-2024

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: INFORME DE OPINIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA DEL PROYECTO DE LEY TRAMITADO BAJO EL EXPEDIENTE 23.794 “LEY PARA PROMOVER EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD COMPETITIVA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS”.

Estimados señores:

La Dirección General de Competencia (DGCO) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), con base en las competencias establecidas en los artículos 46 bis y 46 tris del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF) y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 incisos a), d), k) y l) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642; 2, 3, 13, 14, 15 y 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736; 24 del Reglamento a la Ley 9736, Decreto Ejecutivo 43305-MEIC y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la SUTEL, se permite remitir su análisis sobre el proyecto de Ley tramitado en la Asamblea Legislativa bajo el expediente 23.794 “*Ley para promover el principio de neutralidad competitiva en las compras públicas*” (NI-03029-2024).

1. CONSIDERACIONES INICIALES.

a. Sobre el marco general.

El proyecto de Ley tramitado en el expediente 23.794 y denominado “*Ley para promover el principio de neutralidad competitiva en las compras públicas*” (en adelante, proyecto de Ley) plantea como objeto integrar el principio de neutralidad competitiva en los procesos de contratación pública, eliminando la posibilidad de utilizar la excepción de actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público cuando los bienes, obras o servicios a ser contratados se encuentren en mercados abiertos a la competencia; además, el proyecto de Ley elimina la posibilidad de contratación por excepción de agencias de publicidad y campañas publicitarias.

Para todo lo anterior, el proyecto de Ley plantea modificaciones a los incisos b), c) y d) del artículo 3 e inciso b) del artículo 4 y adiciona el inciso j) en el artículo 8 de la Ley 9986, Ley General de Contratación Pública.

b. Sobre la competencia de la SUTEL.

La SUTEL es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, de conformidad con los artículos 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), 1 y 2 inciso d) de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (Ley 8660) y 6 inciso 27) de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642).

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

En ese sentido, es obligación fundamental de la SUTEL aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

Dentro de ese marco de rango legal de la SUTEL, se estableció un régimen sectorial de competencia a su cargo, que se rige según lo dispuesto en el Título III, Capítulo II, de la Ley 8642 y supletoriamente por los criterios establecidos en el Capítulo III de la Ley 7472; régimen sectorial sobre el que la Procuraduría General de la República en el dictamen 015 del 19 de enero de 2010 refirió en lo que interesa:

*“Cabe señalar, además, que cuando el artículo 52 de la Ley de Telecomunicaciones define la competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones como regulador en materia de competencia efectiva, le atribuye la promoción de los principios de competencia, analizar el grado de competencia efectiva en los mercados, **determinar los actos que pueden afectar la competencia**, garantizar el acceso al mercado y el acceso a las instalaciones equitativas; evitar abusos y prácticas monopolísticas, así como conocer, corregir y sancionar las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones”. (Lo resaltado es intencional)*

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, facultan a la SUTEL como autoridad sectorial de competencia, a velar porque la regulación impulsada e implementada no genere restricciones anticompetitivas, que afecten el desempeño eficiente del mercado de telecomunicaciones.

De conformidad con lo anterior, la operación de redes, incluyendo aquellas que soportan los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, y la prestación de servicios de telecomunicaciones, están sujetos al régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones y su aplicación corresponde exclusivamente a la SUTEL (artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736); régimen que se aplica en igualdad de condiciones a todos los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, sean estos públicos o privados.

En este sentido, 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.

Legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que posee la SUTEL en materia de promoción y abogacía de la competencia, tales como **emisión de opiniones y recomendaciones**, emisión de guías, realización de estudios de mercado, actividades de asesoramiento, capacitación y difusión, acuerdos de cooperación, programas de cumplimiento voluntario, además de la difusión y publicación de su labor¹.

En particular, según los artículos 21 de la Ley 9736, 24 del Reglamento a esa misma Ley y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la SUTEL, **la SUTEL tiene la**

¹ Artículos 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Ley 9736.

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a **solicitud** del Poder Ejecutivo, **de la Asamblea Legislativa**, demás entidades públicas o de cualquier administrado, sobre la **promulgación, modificación** o derogación de **leyes**, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción.

El proyecto de Ley tramitado en el expediente 23.794 plantea la modificación de los incisos b), c) y d) del artículo 3 e inciso b) del artículo 4 y adiciona el inciso j) en el artículo 8 en la Ley 9986, esto con la finalidad de modificar las excepciones previstas en la Ley de Contratación Pública; así como adicionar el principio de neutralidad competitiva; por ende, se considera que lo dispuesto en el proyecto de Ley tiene incidencia en el mercado de las telecomunicaciones dado que los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones participan como oferentes en las compras que realiza el Estado y por tanto esto faculta el actuar de la SUTEL.

2. Análisis del proyecto de Ley de cara a la normativa de competencia en la operación de redes y servicios de telecomunicaciones.

a. Sobre el marco para el análisis de la regulación que se pretende promulgar.

La promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas (en adelante regulaciones), vigentes o en proceso de adopción, son una herramienta legítima que posee el Estado para lograr metas específicas a nivel de política pública, por lo que es vital valorar su impacto sobre el nivel de competencia.

La mayor parte de regulaciones no tienen el potencial de dañar indebidamente los niveles de competencia, pero en algunos casos, si dichas regulaciones se diseñan sin garantizar principios básicos de libre concurrencia, pudiera generar una distorsión que afecte la innovación y el crecimiento a largo plazo del sector, perjudicando en última instancia al consumidor. Por el contrario, si se diseñan regulaciones haciendo hincapié en los principios de competencia, el mercado saldrá beneficiado como un todo, tanto por parte de los oferentes (empresas), como de los demandantes (consumidores).

Es así como dentro del proceso de implementación de la Ley 9736, la SUTEL ha desarrollado la “*Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Perspectiva de la Competencia*” aprobada mediante acuerdo 037-061-2022 del 5 de setiembre del 2022, cuya metodología busca la identificación de restricciones a la competencia.

Sin embargo, la aplicación estricta de la metodología planteada por la citada Guía no resultará en un ejercicio óptimo para la realización de una evaluación del proyecto de Ley propuesto; dado que la naturaleza misma del proyecto es aportar elementos procompetitivos en el mercado. Por lo anterior, se ha valorado el proyecto de Ley analizando si la propuesta contiene principios de competencia y corresponde a una alternativa adecuada que resulte favorable al proceso competitivo del mercado de telecomunicaciones y logre, a su vez, cumplir con los objetivos de interés público perseguidos, teniendo en cuenta los beneficios y costos de su implementación.

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

b. Sobre el principio de neutralidad competitiva.

El “*Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones*”² elaborado por la SUTEL en el año 2022 menciona:

“La OCDE ha sido enfática al afirmar que es necesario que tanto las empresas públicas (SOE, por sus siglas en inglés de state-owned enterprise) como el mismo Estado, se ajusten a las reglas de la contratación pública, para que estas apliquen a entes públicos y privados por igual, con el fin de cumplir con el principio de neutralidad competitiva, sea, cuando en un mercado nadie es sujeto de ventajas o desventajas.” (Pág. 25).

En concordancia con lo anterior, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) recomienda establecer condiciones de competencia abierta, donde se empleen prácticas justas, no discriminatorias y procesos transparentes para las compras públicas con el propósito de que ninguna empresa, sin importar su forma jurídica, titularidad o nacionalidad, pueda obtener una ventaja indebida. (Estudio de Mercado, pág. 26)

Por otra parte, el citado Estudio identifica en diferentes apartados las recomendaciones de la OCDE en cuanto a la aplicación del principio de neutralidad para el proceso de compras públicas, detallando:

“(...) para protegerse contra estos riesgos, los gobiernos pueden establecer reglas para la neutralidad competitiva a fin de ayudar a generar confianza en igualdad de condiciones, es decir, garantizar que ninguna empresa se vea favorecida o desfavorecida de una manera que impida, restrinja o distorsione la competencia dentro de un mercado” (Pág. 64).

El principio de neutralidad competitiva o no discriminación es un principio de la Ley General de Telecomunicaciones, que busca la promover la existencia de competencia efectiva, mediante el establecimiento de mecanismos adecuados para que operadores de redes y proveedores de servicio puedan competir en igualdad de condiciones en el mercado de las telecomunicaciones, procurando el mayor beneficio para los habitantes. No obstante, el principio de neutralidad competitiva busca ser aplicado en todos los mercados, vinculando su ejecución de manera directa en las contrataciones públicas que involucran al Estado, sector público y privado.

A partir de lo anterior, se puede destacar la importancia del principio de neutralidad en el proceso de contratación para que tanto entes públicos como privados no enfrenten ventajas o desventajas en las licitaciones.

Por otro lado, es importante destacar que la omisión en la aplicación de principios de neutralidad competitiva puede desfavorecer el proceso de compras públicas, favoreciendo posiciones dominantes, limitando la libre concurrencia en el mercado e inclusive facilitando la comisión de prácticas monopolísticas, en perjuicio de los sectores involucrados.

² SUTEL (2022). Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones, San José, Costa Rica. Recuperado el 12 de marzo del 2024 del sitio web: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

Por otro lado, los diferentes estudios y publicaciones realizados por la SUTEL, además, de las recomendaciones realizadas por la OCDE en materia de competencia, son claros acerca de la importancia y el beneficio que conlleva la implementación del principio de neutralidad competitiva, destacando nuevamente en el *“Manual de buenas prácticas en el procedimiento de contratación de servicios de telecomunicaciones”*³: *“El concepto de “campo de juego nivelado” entre las empresas que participan en un procedimiento de compra es clave para la existencia de neutralidad competitiva”* (Pág. 11).

Del mismo modo, es importante recordar, tal como, se ha hecho mención en otras opiniones emitidas por la SUTEL que la contratación pública representa una buena fracción del gasto del Estado, por lo que, realizar procedimientos de compras aplicando el principio de neutralidad competitiva incentiva tanto el buen desarrollo, como la participación de entes públicos y privados en los mercados, sin reflejar de manera directa ventajas o desventajas para un actor o actores en específico, dado que se busca con dicho principio la competencia abierta, no discriminatoria, justa y transparente.

Debido a lo anterior, según los diferentes documentos emitidos por la SUTEL en paralelo con las recomendaciones realizadas por la OCDE, se destaca la importancia del principio de neutralidad competitiva y la posición a favor de la implementación de dicho principio en el desarrollo de compras públicas, por cuanto, permite un mercado más sano, transparente y justo para los agentes participantes. Además, mejora los resultados de las empresas en los mercados e incentiva la competencia, permitiendo una mejora entre todos los agentes participantes.

c. Sobre el uso de excepciones en las compras públicas.

La figura de excepción en actividades contractuales desarrolladas entre sí por entes de derecho público genera un desbalance en las preferencias de compra por parte del Estado, beneficiando con ello a los entes de derecho público y promoviendo una limitación en el número de empresas a participar en los procesos de compras públicas. Lo anterior, fue señalado en la *“Opinión observaciones consulta pública Reglamento Ley 9986”*⁴ emitida por esta Autoridad al mencionar que esta excepción limita *“(...) el número de empresas a participar en procesos de compra pública, siendo que la normativa propuesta establecería: a) una excepción de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa de la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho”*. (Pág. 19)

Es importante mencionar que la *“Opinión observaciones consulta pública Reglamento Ley 9986”* también indica que los reglamentos constituyen un *“(...) precepto reglamentario que a su vez se basa en un precepto legal”*. (Pág. 21)

Esta Superintendencia ha sido reiterativa al indicar los efectos en la competencia que tiene la figura de excepción entre entes de derecho público, uno de ellos ha sido por medio del ya citado *“Estudio de Mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones”* en cual se ha señalado que:

³ SUTEL (2023). Manual de buenas prácticas en el procedimiento de contratación de servicios de telecomunicaciones, San José, Costa Rica. Recuperado el 12 de marzo del 2024 del sitio web: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/manual_de_buenas_practicas_compras_publicas_servicios_telecom_0.pdf

⁴ SUTEL (2022). Opinión observaciones consulta pública reglamento ley n° 9986, San José, Costa Rica. Recuperado el 12 de marzo del 2024 del sitio web: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/03757-sutel-cs_2022_remision_posicion_sutel_propuesta_reglamento_ley_9986.pdf

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

*“(...) el 1 de diciembre del 2022 entra a regir la nueva Ley 9986, la cual fue aprobada en mayo del año 2021. Sin embargo, **esta nueva normativa reitera alguna de las disposiciones que generan preocupación de la Ley 7494, tales como la continuidad de la modalidad de contratación directa y en específico la excepción de realizar los procedimientos ordinarios de contratación administrativa en la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público (...)**” (El resaltado es intencional) (Pág. 24).*

En este mismo Estudio de Mercado se señala:

*“El esquema preferencial de contratación de los entes de derecho público data en la normativa costarricense desde mediados del siglo pasado, con la Ley de Administración Financiera de la República, Ley 1279 del 27 de mayo de 1951; posteriormente, se incluyó en la Ley 7494 del 01 de mayo de 1996; y ahora, si bien la Ley 9986 ajustó varias de las excepciones de los procedimientos ordinarios hoy vigentes en la Ley 7494, algunas **excepciones no fueron eliminadas, entre las que se encuentra precisamente, la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público.**” (El resaltado es intencional) (Pág. 25).*

Así mismo, el Estudio de Mercado ha mostrado los efectos en la competencia producto del uso de la excepción de actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público en los procesos de contratación pública al indicar que:

“(...) Este tipo de concursos por sus propias características restringen la participación de competidores, excluyendo a los operadores de capital privado de poder participar de estos procesos de contratación con el Estado.

El mercado de las telecomunicaciones si bien es un mercado regulado, es un mercado en el cual los operadores y proveedores compiten en condiciones de competencia para la prestación de servicios de telecomunicaciones y desde esta perspectiva no debería existir diferencia entre las posibilidades que tienen distintos proveedores de satisfacer una determinada parte de la demanda del mercado, en este caso particular la demanda del sector público.

El eximir a los operadores públicos del requisito de tener que participar en procedimientos ordinarios de contratación administrativa por su mera condición de empresas del sector público representa una violación al principio de neutralidad competitiva que recoge la Ley 8642 en su artículo 3 (...).” (Pág. 65)

Así mismo el Estudio de Mercado muestra que:

“(...) en el tanto el Estado decida favorecer a través de sus compras a sus propios operadores, podría provocar una discriminación susceptible de afectar la competencia del mercado, ya que al asignar sus recursos en favor de un determinado tipo de operadores afecta los principios de libre competencia, libre concurrencia e igualdad jurídica ante los procesos de licitación.” (Pág. 66)

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

Lo anterior, ha sido también señalado por la Procuraduría General de la República en su Opinión Jurídica 083-2004 al indicar que:

“El principio de libre competencia o concurrencia en la contratación administrativa se afecta, cuando en el pliego de condiciones, la Administración establece especificaciones técnicas o regulaciones que tiendan a excluir la participación de posibles oferentes, ya que se restringe el acceso a la contratación” (sentencia de la Sala Constitucional, N° 8195-2000 de 15:07 hrs. del 13 de setiembre de 2000)”

Además, el Estudio de Mercado indica que dado la importancia del Estado en los procesos de compras públicas tanto como demandante como oferente, este tiene el potencial de distorsionar la competencia en los mercados. Aunado a lo anterior, el uso de la excepción señalada incide de manera negativa en el Estado como demandante al privarse por el uso de la excepción de los beneficios que provee la competencia en cuanto a disponibilidad (oferta), precio, calidad e innovación en los bienes y servicios a contratar (Pág. 67), siendo este un impacto que afecta a toda la colectividad al reducir el nivel de eficiencia en el gasto público y alterar la posibilidad de destinar recursos escasos ahorrados en la adquisición de esos servicios, a otros usos alternativos.

Al respecto la OCDE en las “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”⁵, en la edición del 2015, destaca la importancia que “cuando las empresas públicas intervengan en contrataciones públicas, ya sea como licitadoras o como contratantes, los procedimientos aplicables deben estar abiertos a la competencia, no ser discriminatorios y contar con la protección de normas de transparencia adecuadas.” (Pág. 23).

Dado los efectos nocivos en la competencia que pueden derivarse de un uso inadecuado de la figura de excepción, la OCDE ha señalado:

“ii) Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor. Las licitaciones mediante concurso deberán ser el método habitual en la contratación pública, como instrumento adecuado que son para lograr la eficiencia, combatir la corrupción, obtener unos precios justos y razonables y garantizar unos resultados competitivos. Si se dan circunstancias excepcionales que justifiquen limitar el uso de los concursos públicos y aconsejen el recurso a la contratación con un único proveedor, esas excepciones deberán quedar establecidas a priori, ser por motivos tasados y llevar aparejada la oportuna justificación cuando se recurra a ellas, sin perjuicio de que se tenga en cuenta, para su supervisión, el mayor riesgo que suponen de corrupción, incluida la de proveedores extranjeros.” (Pág. 8).

Así mismo esta Superintendencia ha manifestado que el contener excepciones como la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público en la normativa relativa a contratación pública es riesgoso, dado que abre el portillo para que esa se pueda utilizarse de manera abusiva e inadecuada, provocado con ello daños a la competencia, por ello es conveniente eliminar este tipo de excepciones. Así fue manifestado en el citado Estudio de Mercado al indicar que:

⁵ OCDE (2015). Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas. Recuperado el 24 de noviembre del 2021 del sitio web: <https://www.oecd.org/daf/directrices-de-la-ocde-sobre-el-gobierno-corporativo-delas-empresas-publicas-edicion-2015-9789264258167-es.htm>

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

“Si bien desde la perspectiva de la competencia no se encuentra por parte de esta autoridad sectorial de competencia una circunstancia excepcional que justifique la tipificación de este tipo de actividad contractual como excepcional y por tanto se considera que dicha excepción debería eliminarse al valorarse que la misma no fomenta la competencia, no respeta el principio de neutralidad competitiva y tampoco se acerca a la mejor práctica internacional en materia de contratación pública y por tanto no tiene un claro beneficio o un fin público (...)” (Pág. 69)

d. Sobre las modificaciones propuestas en el proyecto de Ley tramitado bajo el expediente 23.794.

El proyecto de Ley es un avance para alcanzar las condiciones óptimas de competencia en las contrataciones públicas; sin embargo, el escenario idóneo es que eliminen de la Ley 9986 todas aquellas excepciones innecesarias, que no se encuentran debidamente justificadas y que tienen el potencial de restringir la competencia, por lo que se considera que la discusión del texto del proyecto de Ley tramitado bajo el expediente 23.794 **“LEY PARA PROMOVER EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD COMPETITIVA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS”** representa una oportunidad para contar con una norma legal que fomente la competencia, respete el principio de neutralidad competitiva y se acerque a la mejor práctica internacional en materia de contratación pública.

Específicamente y con base en lo señalado en la sección anterior, la DGCO considera que el proyecto de Ley en análisis debería promover la eliminación completa de la excepción contenida en el artículo 3 inciso b) de la Ley de Contratación Pública, Ley 9986, relativa a la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público. Por lo que muy respetuosamente, se insta a ajustar la redacción del proyecto de Ley, para que conforme a lo mencionado previamente, el artículo 1 del proyecto de Ley analizado, se lea:

Artículo original del Proyecto de Ley	Cambio propuesto al Proyecto de Ley
“ARTÍCULO 1- Se modifican los incisos b, c y d del artículo 3 de la Ley N.º 9986. Ley General de Contratación Pública, del 27 mayo de 2021, cuyo texto dispondrá: Artículo 3- Excepciones Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades: (...) b) La actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, siempre y cuando el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar y no se trate de bienes, obras o servicios que se prestan en un mercado abierto a la competencia. Para recurrir a esta excepción debe quedar acreditado en el expediente electrónico:	“ARTÍCULO 1- <u>Se elimina el inciso b,</u> se modifican los incisos b, c y d <u>y se corre la numeración de los incisos</u> del artículo 3 de la Ley N.º 9986. Ley General de Contratación Pública, del 27 mayo de 2021, cuyo texto dispondrá: Artículo 3- Excepciones Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades: (...) b) La actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, siempre y cuando el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar y no se trate de bienes, obras o servicios que se prestan en un mercado abierto

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

i.- La idoneidad del ente público que se pretende contratar; ii.- La certificación de la autoridad de competencia respectiva de que el bien, obra o servicio, no está dentro de un mercado en competencia; iii.- La invitación publicada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existen potenciales interesados en proveer el objeto contractual; iv.- La declaración jurada donde se acredite que el ente por contratar realizará al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual. En el caso del 30% restante contratado con terceros por parte del ente público contratado deberán estar referidas a cuestiones especializadas y observar los procedimientos establecidos en la presente ley. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley. c) Cuando se determine que existe un proveedor único, lo cual deberá estar precedido de: i.- Una verificación en el sistema digital unificado, que así lo acredite; ii.- Un estudio de mercado conforme lo establecido en el artículo 4 de esta ley iii.- Una invitación que debe ser realizada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existe más de un potencial oferente para proveer el objeto contractual y verificar así la unicidad. De existir más de un eventual proveedor, se deberá realizar el procedimiento correspondiente. Para el uso de esta excepción no se podrán alegar razones de conveniencia, ya que solo es posible utilizarla una vez comprobada la unicidad. No se considerará proveedor único, entre otros, el desarrollo de sistemas de información ni la adquisición de partes de tecnología que se agreguen a una existente, cuando aquella haya cumplido su vida útil. d) El patrocinio y la contratación de medios de comunicación social para la difusión de mensajes vinculados con avisos respecto de los servicios que presta la entidad, de conformidad con lo establecido en el plan de medios aprobado previamente. Queda	a la competencia. Para recurrir a esta excepción debe quedar acreditado en el expediente electrónico: i.- La idoneidad del ente público que se pretende contratar; ii.- La certificación de la autoridad de competencia respectiva de que el bien, obra o servicio, no está dentro de un mercado en competencia; iii.- La invitación publicada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existen potenciales interesados en proveer el objeto contractual; iv.- La declaración jurada donde se acredite que el ente por contratar realizará al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual. En el caso del 30% restante contratado con terceros por parte del ente público contratado deberán estar referidas a cuestiones especializadas y observar los procedimientos establecidos en la presente ley. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley. eb) Cuando se determine que existe un proveedor único, lo cual deberá estar precedido de: i.- Una verificación en el sistema digital unificado, que así lo acredite; ii.- Un estudio de mercado conforme lo establecido en el artículo 4 de esta ley iii.- Una invitación que debe ser realizada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existe más de un potencial oferente para proveer el objeto contractual y verificar así la unicidad. De existir más de un eventual proveedor, se deberá realizar el procedimiento correspondiente. Para el uso de esta excepción no se podrán alegar razones de conveniencia, ya que solo es posible utilizarla una vez comprobada la unicidad. No se considerará proveedor único, entre otros, el desarrollo de sistemas de información ni la adquisición de partes de tecnología que se agreguen a una existente, cuando aquella haya cumplido su vida útil. dc) El patrocinio y la contratación de medios de comunicación social para la difusión de mensajes vinculados con avisos respecto de los servicios que
--	---

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

prohibido el uso de la excepción para la contratación de agencias de publicidad y las campañas publicitarias. (...)"	presta la entidad, de conformidad con lo establecido en el plan de medios aprobado previamente. Queda prohibido el uso de la excepción para la contratación de agencias de publicidad y las campañas publicitarias. (...)"
---	---

Ahora bien, en caso de que se considere indispensable mantener vigente la excepción contenida en el artículo 3 inciso b) de la Ley de Contratación Pública, Ley 9986, relativa a la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, se sugiere eliminar el requisito incluido en el inciso b) punto ii que reza: *"ii) La certificación de la autoridad de competencia respectiva de que el bien, obra o servicio, no está dentro de un mercado en competencia."*

La propuesta respecto a la eliminación del requisito de certificación tiene tres aristas, por un lado, el hecho que, para que un mercado no se encuentre abierto a la competencia, necesariamente debe existir una ley o norma que así lo indique, creándose un monopolio legal. En particular, respecto al mercado de las telecomunicaciones, los servicios que lo componen se encuentran en competencia en virtud de la apertura del mercado⁶ que se dio con la aprobación del CAFTA-DR⁷ y la consecuente promulgación de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660 y la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, por lo que se considera innecesario el requisito de la certificación.

En segundo lugar, la certificación provocaría una carga excesiva e innecesaria para la autoridad que debe emitir las certificaciones, considerando lo voluminoso de las contrataciones de servicios de telecomunicaciones que se tramitan anualmente, y se distraen recursos y personal de las funciones prioritarias de las autoridades de competencia en materia de investigación y sanción de prácticas monopolísticas, control de concentraciones económicas y abogacía de la competencia.

Finalmente, en el sector telecomunicaciones, la certificación crea un problema para aquellos mercados que no hayan sido declarados en competencia, porque la certificación misma se convierte en un requisito que valida el uso de la excepción, de tal forma que en esta circunstancia la certificación en lugar de promover mayor competencia, por el contrario permite emplear una excepción en determinados segmentos del mercado, siendo que en estos segmentos específicos de mercado, pese a no existir declaratoria de competencia, sí existe diversidad de competidores que pueden ofrecer el servicio en cuestión. En estos casos se crea una situación no deseable, que pareciera es lo que el proyecto busca erradicar.

Por lo que muy respetuosamente, solamente en caso de que se considere estrictamente necesario continuar manteniendo vigente la excepción relativa a la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, se insta a ajustar la redacción del proyecto de Ley para que el artículo 1 del proyecto de Ley analizado se lea:

Artículo original del Proyecto de Ley	Cambio propuesto al Proyecto de Ley
---------------------------------------	-------------------------------------

⁶ La Ley 8660 en el artículo 7 indica que se excluye del otorgamiento de concesiones o autorizaciones relacionadas con la prestación del servicio telefónico básico tradicional; sin embargo, es importante indicar que el servicio sustituto de la telefonía básica tradicional es la telefonía bajo voz IP, el cual, es un servicio que actualmente en Costa Rica se encuentra abierto a la competencia.

⁷ Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (TLC). Ley 8622.

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

“ARTÍCULO 1- Se modifican los incisos b, c y d del artículo 3 de la Ley N.º 9986. Ley General de Contratación Pública, del 27 mayo de 2021, cuyo texto dispondrá: Artículo 3- Excepciones Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades: (...) b) La actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, siempre y cuando el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar y no se trate de bienes, obras o servicios que se prestan en un mercado abierto a la competencia. Para recurrir a esta excepción debe quedar acreditado en el expediente electrónico: i.- La idoneidad del ente público que se pretende contratar; ii.- La certificación de la autoridad de competencia respectiva de que el bien, obra o servicio, no está dentro de un mercado en competencia; iii.- La invitación publicada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existen potenciales interesados en proveer el objeto contractual; iv.- La declaración jurada donde se acredite que el ente por contratar realizará al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual. En el caso del 30% restante contratado con terceros por parte del ente público contratado deberán estar referidas a cuestiones especializadas y observar los procedimientos establecidos en la presente ley. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley. c) Cuando se determine que existe un proveedor único, lo cual deberá estar precedido de: i.- Una verificación en el sistema digital unificado, que así lo acredite; ii.- Un estudio de mercado conforme lo establecido en el artículo 4 de esta ley	“ARTÍCULO 1- Se modifican los incisos b, c y d del artículo 3 de la Ley N.º 9986. Ley General de Contratación Pública, del 27 mayo de 2021, cuyo texto dispondrá: Artículo 3- Excepciones Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades: (...) b) La actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, siempre y cuando el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar y no se trate de bienes, obras o servicios que se prestan en un mercado abierto a la competencia. Para recurrir a esta excepción debe quedar acreditado en el expediente electrónico: i.- La idoneidad del ente público que se pretende contratar; ii.- La certificación de la autoridad de competencia respectiva de que el bien, obra o servicio, no está dentro de un mercado en competencia; iiii.- La invitación publicada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existen potenciales interesados en proveer el objeto contractual; iviii.- La declaración jurada donde se acredite que el ente por contratar realizará al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual. En el caso del 30% restante contratado con terceros por parte del ente público contratado deberán estar referidas a cuestiones especializadas y observar los procedimientos establecidos en la presente ley. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley. c) Cuando se determine que existe un proveedor único, lo cual deberá estar precedido de: i.- Una verificación en el sistema digital unificado, que así lo acredite; ii.- Un estudio de mercado conforme lo establecido en el artículo 4 de esta ley
--	--

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

iii.- Una invitación que debe ser realizada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existe más de un potencial oferente para proveer el objeto contractual y verificar así la unicidad. De existir más de un eventual proveedor, se deberá realizar el procedimiento correspondiente. Para el uso de esta excepción no se podrán alegar razones de conveniencia, ya que solo es posible utilizarla una vez comprobada la unicidad. No se considerará proveedor único, entre otros, el desarrollo de sistemas de información ni la adquisición de partes de tecnología que se agreguen a una existente, cuando aquella haya cumplido su vida útil. d) El patrocinio y la contratación de medios de comunicación social para la difusión de mensajes vinculados con avisos respecto de los servicios que presta la entidad, de conformidad con lo establecido en el plan de medios aprobado previamente. Queda prohibido el uso de la excepción para la contratación de agencias de publicidad y las campañas publicitarias. (...)"	iii.- Una invitación que debe ser realizada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existe más de un potencial oferente para proveer el objeto contractual y verificar así la unicidad. De existir más de un eventual proveedor, se deberá realizar el procedimiento correspondiente. Para el uso de esta excepción no se podrán alegar razones de conveniencia, ya que solo es posible utilizarla una vez comprobada la unicidad. No se considerará proveedor único, entre otros, el desarrollo de sistemas de información ni la adquisición de partes de tecnología que se agreguen a una existente, cuando aquella haya cumplido su vida útil. d) El patrocinio y la contratación de medios de comunicación social para la difusión de mensajes vinculados con avisos respecto de los servicios que presta la entidad, de conformidad con lo establecido en el plan de medios aprobado previamente. Queda prohibido el uso de la excepción para la contratación de agencias de publicidad y las campañas publicitarias. (...)"
--	--

Por último y con respecto a la inclusión del inciso j) en el artículo 8 de la Ley 9986 (art. 3 del proyecto de Ley), la DGCO, con base en la sección *"2.b. Sobre el principio de neutralidad competitiva"*, considera apropiada su incorporación, así como la definición que se hace de este, por los beneficios expuestos.

3. CONCLUSIONES

Al tenor de lo desarrollado de previo, la DGCO concluye lo siguiente:

- A. Que según los artículos 21 de la Ley 9736, 24 del Reglamento a esa misma Ley y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la SUTEL, esta tiene la potestad de emitir de oficio o a solicitud, opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción.
- B. Que el proyecto de Ley tramitado bajo expediente 23.794 *"LEY PARA PROMOVER EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD COMPETITIVA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS"* tiene como objetivo integrar el principio de neutralidad competitiva en los procesos de contratación pública, eliminando la posibilidad de utilizar la excepción de actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público cuando los bienes, obras o servicios a ser contratados se encuentren en mercados abiertos a la competencia; así como eliminar la posibilidad de contratación por excepción de agencias de publicidad y campañas publicitarias.

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

- C. Que la SUTEL realizó un análisis integral del proyecto de Ley propuesto, el cual contiene principios que promueven la competencia, con el objetivo de valorar si la propuesta corresponde a una alternativa adecuada que resulte favorable al proceso competitivo del mercado de telecomunicaciones y que se logre, a su vez, cumplir con los objetivos de interés público perseguidos, teniendo en cuenta los beneficios y costos de su implementación.
- D. Que el proyecto de Ley es un avance para alcanzar mejores condiciones de competencia en las contrataciones públicas; sin embargo, se debe procurar eliminar de la Ley 9986 todas aquellas excepciones innecesarias, que no se encuentran debidamente justificadas y que tienen el potencial de restringir la competencia.
- E. Que se considera favorable la inclusión de manera expresa en la Ley de Contratación Pública, Ley 9986, del principio de neutralidad competitiva para los procesos de contratación pública; dado los beneficios atribuibles a este principio, los cuales se evidencian en los mercados, partiendo del hecho de participar en entornos donde ningún agente económico sea sujeto a ventajas o desventajas. Además, de brindar condiciones justas, de competencia abierta, no discriminatoria y transparente en las compras públicas previendo que nadie obtenga una ventaja indebida.
- F. Que se considera que el proyecto de Ley en análisis debería promover la eliminación completa de la excepción contenida en el artículo 3 inciso b) de la Ley de Contratación Pública, Ley 9986, relativa a la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público.
- G. Que solamente en caso de que se considere estrictamente necesario continuar manteniendo vigente la excepción contenida en el artículo 3 inciso b) de la Ley de Contratación Pública, Ley 9986, relativa a la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, se sugiere eliminar el requisito incluido en el inciso b) punto ii que reza *“ii) La certificación de la autoridad de competencia respectiva de que el bien, obra o servicio, no está dentro de un mercado en competencia.”* Toda vez que los mercados que no están abiertos a la competencia lo son en virtud de una Ley, y por tanto, la certificación resulta en un elemento redundante que le genera una carga administrativa a la autoridad de competencia.

4. RECOMENDACIONES

A partir de las anteriores conclusiones, se recomienda al Consejo de la SUTEL valorar lo siguiente:

- I. Dar por recibido y aprobar el presente informe.
- II. Emitir opinión sobre el proyecto de Ley tramitado bajo el expediente 23.794 *“LEY PARA PROMOVER EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD COMPETITIVA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS”*, en los términos de lo desarrollado en el presente informe por la DGCO de la SUTEL.
- III. Remitir el presente informe a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, quien es la encargada de analizar, estudiar, proponer y dictaminar el proyecto de Ley tramitado bajo el expediente 23.794 *“LEY PARA PROMOVER EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD COMPETITIVA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS”*.

San José, 19 de marzo del 2024.
02075-SUTEL-OTC-2024

- IV. Recomendar como un mecanismo para promover la libre concurrencia en la contratación de servicios de telecomunicaciones, la modificación del artículo 1 del proyecto de Ley, para que se lea:

“ARTÍCULO 1- Se elimina el inciso b, se modifican los incisos b, c y d y se corre la numeración de los incisos del artículo 3 de la Ley N.º 9986. Ley General de Contratación Pública, del 27 mayo de 2021, cuyo texto dispondrá:

Artículo 3- Excepciones

Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades:

(...)

b) Cuando se determine que existe un proveedor único, lo cual deberá estar precedido de:

i.- Una verificación en el sistema digital unificado, que así lo acredite;

ii.- Un estudio de mercado conforme lo establecido en el artículo 4 de esta ley

iii.- Una invitación que debe ser realizada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existe más de un potencial oferente para proveer el objeto contractual y verificar así la unicidad. De existir más de un eventual proveedor, se deberá realizar el procedimiento correspondiente.

Para el uso de esta excepción no se podrán alegar razones de conveniencia, ya que solo es posible utilizarla una vez comprobada la unicidad. No se considerará proveedor único, entre otros, el desarrollo de sistemas de información ni la adquisición de partes de tecnología que se agreguen a una existente, cuando aquella haya cumplido su vida útil.

c) El patrocinio y la contratación de medios de comunicación social para la difusión de mensajes vinculados con avisos respecto de los servicios que presta la entidad, de conformidad con lo establecido en el plan de medios aprobado previamente. Queda prohibido el uso de la excepción para la contratación de agencias de publicidad y las campañas publicitarias.

(...)”

- V. Recomendar, supletoriamente, la modificación del artículo 1 del proyecto de Ley, para que se lea:

“ARTÍCULO 1- Se modifican los incisos b, c y d del artículo 3 de la Ley N.º 9986. Ley General de Contratación Pública, del 27 mayo de 2021, cuyo texto dispondrá:

Artículo 3- Excepciones

Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades:

San José, 19 de marzo del 2024.
02075-SUTEL-OTC-2024

(...)

b) La actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, siempre y cuando el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar y no se trate de bienes, obras o servicios que se prestan en un mercado abierto a la competencia. Para recurrir a esta excepción debe quedar acreditado en el expediente electrónico:

- i.- La idoneidad del ente público que se pretende contratar;
- ii.- La invitación publicada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existen potenciales interesados en proveer el objeto contractual;
- iii.- La declaración jurada donde se acredite que el ente por contratar realizará al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual. En el caso del 30% restante contratado con terceros por parte del ente público contratado deberán estar referidas a cuestiones especializadas y observar los procedimientos establecidos en la presente ley. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley.

c) Cuando se determine que existe un proveedor único, lo cual deberá estar precedido de:

- i.- Una verificación en el sistema digital unificado, que así lo acredite;
- ii.- Un estudio de mercado conforme lo establecido en el artículo 4 de esta ley
- iii.- Una invitación que debe ser realizada en el sistema unificado digital por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existe más de un potencial oferente para proveer el objeto contractual y verificar así la unicidad. De existir más de un eventual proveedor, se deberá realizar el procedimiento correspondiente.

Para el uso de esta excepción no se podrán alegar razones de conveniencia, ya que solo es posible utilizarla una vez comprobada la unicidad. No se considerará proveedor único, entre otros, el desarrollo de sistemas de información ni la adquisición de partes de tecnología que se agreguen a una existente, cuando aquella haya cumplido su vida útil.

d) El patrocinio y la contratación de medios de comunicación social para la difusión de mensajes vinculados con avisos respecto de los servicios que presta la entidad, de conformidad con lo establecido en el plan de medios aprobado previamente. Queda prohibido el uso de la excepción para la contratación de agencias de publicidad y las campañas publicitarias.”

San José, 19 de marzo del 2024.

02075-SUTEL-OTC-2024

De esta forma queda rendido por parte de la DGCO, formal criterio sobre el proyecto de Ley tramitado bajo el expediente 23.794 “*LEY PARA PROMOVER EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD COMPETITIVA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS*”, en relación **exclusivamente** con los potenciales efectos del citado proyecto de Ley en materia de competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones, en particular en relación con la generación de distorsiones, así como lo relativo a la aplicación efectiva de la normativa de competencia en el sector telecomunicaciones.

Atentamente,
DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA

Laura López Carrillo
Economista

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Victoria Rodríguez Durán
Abogada

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Marlon Cruz Villalobos
Economista

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Silvia Elena León Campos
Jefa

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Deryhan Muñoz Barquero
Directora

Dirección General de Competencia

LLC/VRD/MCV/SELC/DMB

C.c.

Expediente: GCO-COM-LPN-00461-2024

TEL: +506 4000-0000
FAX: +506 2215-6821

Apartado 151-1200
San José - Costa Rica

800-88-SUTEL
800-88-78835

gestiondocumental@sutel.go.cr