

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

Señora
María Marta Allen Chaves
Jefa
Unidad Jurídica
Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: INFORME SOBRE EL PROYECTO DE “REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 6, 26, 36, 55, 96, 151, 166, 168, 170, 239, 276 Y 325 DEL DECRETO EJECUTIVO NO. 43808 DEL 22 DE NOVIEMBRE DE 2022 PUBLICADO EN EL ALCANCE NO. 258 DE LA GACETA NO. 229 DEL 30 DE NOVIEMBRE DEL 2022 DENOMINADO REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.”

Estimada señora:

La Dirección General de Competencia (DGCO) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), que ejerce las funciones de Órgano Técnico de Competencia (OTC), 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 el artículo 52 incisos a), d), k) y l) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y en los artículos 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 Superintendencia de Telecomunicaciones; se permite remitir el análisis sobre el proyecto de “REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 6, 26, 36, 55, 96, 151, 166, 168, 170, 239, 276 Y 325 DEL DECRETO EJECUTIVO NO. 43808 DEL 22 DE NOVIEMBRE DE 2022 PUBLICADO EN EL ALCANCE NO. 258 DE LA GACETA NO. 229 DEL 30 DE NOVIEMBRE DEL 2022 DENOMINADO REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.”, que se encuentra en consulta pública por parte de la Autoridad de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

a. Sobre el marco general.

El 31 de mayo del 2021 se publicó en el Alcance 109 del diario oficial La Gaceta 103, la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986, que entró en vigencia el 1 de diciembre del 2022. La citada Ley en su numeral 136 dispone que el Poder Ejecutivo debe reglamentar dicha norma legal.

Así, el 22 de noviembre del 2022, el Ministerio de Hacienda en conjunto con la Presidencia de la República emitieron el Decreto Ejecutivo 43808 “Reglamento a la Ley General de Contratación Pública”, el cual se publicó el 30 de noviembre del 2022 en el Alcance 258 del periódico oficial La Gaceta 229 y entró en vigencia el 1 de diciembre del 2022.

Sin embargo, el pasado 27 de mayo del 2024 la Autoridad de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda puso en consulta pública el proyecto de “Reformas a los artículos 6, 26, 36, 55, 96, 151, 166, 168, 170, 239, 276 y 325 del Decreto Ejecutivo No. 43808 del 22 de noviembre de 2022 publicado en el Alcance No. 258 de La Gaceta No. 229 del 30 de noviembre del 2022 denominado Reglamento a la Ley

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

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).

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, se estableció un régimen sectorial de competencia a cargo de la SUTEL, 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”.*

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. ▼

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

Legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que posee la SUTEL, 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 el artículo el 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, **la SUTEL tiene la 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.**

Precisamente, el proyecto de *“Reformas a los artículos 6, 26, 36, 55, 96, 151, 166, 168, 170, 239, 276 y 325 del Decreto Ejecutivo No. 43808 del 22 de noviembre de 2022 publicado en el Alcance No. 258 de La Gaceta No. 229 del 30 de noviembre del 2022 denominado Reglamento a la Ley General de Contratación Pública.”* (en adelante, la propuesta de modificación del reglamento) pretende modificar algunos de los artículos que regulan la contratación pública de todos los bienes y servicios, incluyendo servicios de telecomunicaciones, en los que se emplee total o parcialmente fondos públicos, por lo que **la modificación que este proyecto haga a la regulación de la actividad contractual tiene incidencia en el mercado de telecomunicaciones.**

2. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO 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, 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, en algunos casos, si dichas regulaciones se diseñan sin garantizar principios básicos de concurrencia, la distorsión podría ser tal que no sólo no se fomentará la innovación y el crecimiento a largo plazo del sector, sino que al final el consumidor será el gran perdedor, al no tener acceso a una mayor variedad de bienes y a precios más bajos. 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 empresas, como de los consumidores.

En este sentido, una de las principales actividades de Abogacía de la Competencia que realizan las diversas autoridades a nivel mundial, consiste en el análisis de las restricciones públicas a la competencia. Dicho análisis permite proporcionar insumos para fortalecer a las legislaciones, regulaciones o políticas,

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

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

ya sean en proceso de elaboración o existentes, para prevenir que estas resulten en restricciones que afecten a la competencia, generen resultados adversos en el precio, la calidad, la innovación o limiten las opciones de decisión del consumidor, entre otras consecuencias².

Es así como dentro del proceso de implementación de la Ley 9736, la SUTEL desarrolló la “Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Perspectiva de la Competencia” (en adelante, Guía), aprobada mediante acuerdo 037-061-2022 del 5 de setiembre del 2022, por lo que lo pertinente es realizar el análisis de la propuesta de modificación del reglamento en estricto apego a su metodología.

Esta Guía desarrolla un método práctico para la identificación de restricciones a la competencia, en la que se parte del principio de que el Estado tiene la potestad, cuando lo considere necesario, de emitir reglas que norman las actividades económicas y sociales de los particulares para alcanzar objetivos de política pública concretos. Sin embargo, existen casos donde estas regulaciones, lejos de alcanzar tales objetivos, restringen el funcionamiento de los mercados.

De tal forma, el objetivo de la Guía es contar con un instrumento que permita identificar las políticas públicas existentes o propuestas que restrinjan indebidamente la competencia, desarrollando los criterios, específicos y transparentes que toma en cuenta la SUTEL para realizar la evaluación de la competencia, así como para la evaluación de alternativas adecuadas que resulten más favorables al proceso competitivo de los mercados de telecomunicaciones y logren, a su vez, cumplir con los objetivos de interés público perseguidos, teniendo en cuenta los beneficios y costos de implementación³.

Así, la DGCO de la SUTEL ha valorado el posible impacto en la competencia en el sector telecomunicaciones de la propuesta de modificación del reglamento, utilizando como base dicha Guía.

b. Primera fase de análisis: ¿La regulación analizada restringe la competencia?

En lo que interesa para los efectos de esta Autoridad se realizó un análisis de la totalidad de la propuesta de modificación del reglamento; a partir de lo anterior, se procede a realizar el análisis de los **posibles efectos de la propuesta de modificación del reglamento sobre la competencia en materia de telecomunicaciones**, a partir de las preguntas contenidas en la Guía de la siguiente manera:

A. Regulaciones que limitan la cantidad o variedad de participantes del mercado

1. *¿Otorga a un proveedor o grupo de ellos el derecho exclusivo para explotar algún recurso, suministrar un bien o prestar algún servicio?*

La propuesta de modificación del reglamento **no** concede derechos exclusivos o especiales para explotar algún recurso, suministrar un bien o prestar algún servicio.

² International Competition Network (2014). Prácticas Recomendadas para la Evaluación de Competencia.

³ SUTEL (2022). Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Perspectiva de la Competencia. Autoridad Sectorial de Competencia.

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

2. ¿Establece un sistema de licencias, permisos o autorizaciones para operar en el mercado?

La propuesta de modificación del reglamento **no** fija procedimientos para la obtención de licencias, permisos o autorizaciones como requisito para iniciar operaciones, ni siquiera procedimientos para que operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones que cuentan ya con algún tipo de título habilitante puedan iniciar alguna actividad económica adicional.

3. ¿Limita la posibilidad de ciertos tipos de operadores o proveedores para ofrecer un bien o prestar un servicio?

La propuesta de modificación del reglamento **no** tiene el potencial de limitar la oferta de servicios por parte de operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones.

4. ¿Eleva de forma significativa el costo de entrada o de salida del mercado para un operador?

La propuesta de modificación del reglamento **no** establece requisitos a la entrada o salida que deban cumplir los operadores y/o proveedores que participan en el mercado de telecomunicaciones.

5. ¿Crea barreras geográficas para ofrecer bienes o prestar servicios?

La propuesta de modificación del reglamento **no** crea barreras geográficas para ofrecer bienes o prestar servicios de telecomunicaciones.

6. ¿Limita la transferencia o cesión de licencias y autorizaciones?

La propuesta de modificación del reglamento **no** fija procedimientos para la transferencia o cesión de licencias, permisos o autorizaciones como requisito.

7. ¿Crea preferencias en las compras de gobierno a efecto de promover o beneficiar a una categoría o grupo de proveedores?

Si bien la propuesta de modificación del reglamento no crea ella misma algún esquema preferencial en las compras públicas, sí modifica los requisitos establecidos en el artículo 6 del Reglamento a la Ley 9986, relativos al uso de la figura de contratación entre entes de derecho público, en los siguientes términos:

“Artículo 6. Contratación entre entes de derecho público. Se exceptúa de la aplicación de los procedimientos ordinarios, la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Verificar que el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar.*
- b) Acreditar en el expediente electrónico la idoneidad del ente público en relación con el objeto que se desea contratar.*
- c) Garantizar que la entidad contratada realice al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual, lo cual se calculará tomando en cuenta la naturaleza y características propias de dicho objeto, pudiendo determinarse de acuerdo con los entregables, fases, objetivos, entre otros*

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

elementos, según lo determine la Administración de acuerdo con los estudios previos y las respectivas prestaciones identificadas. Bajo ningún concepto las prestaciones sustanciales definidas en el contrato podrán ser subcontratadas.

d) *Garantizar que las contrataciones con terceros estén referidas únicamente a cuestiones especializadas y accesorias. Para realizar cualquier tipo de **contratación con terceros por parte del ente público contratado, deberán observarse los procedimientos establecidos en la Ley General de Contratación Pública.***

e) *Definir técnicamente, en el pliego de condiciones, el objeto a contratar de modo que queden debidamente plasmados los bienes, obras o servicios que prestará el contratista público. La potestad modificatoria queda sujeta a las regulaciones de la Ley General de Contratación Pública.*

f) *Realizar un estudio de mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 inciso d) de este Reglamento, que considere a los potenciales agentes públicos y privados, idóneos y, de forma motivada, exponer las razones por las cuales se escoge contratar al agente público.*

Las consultas a los agentes públicos y privados deberán realizarse en los mismos términos y plazos establecidos por la Administración, tanto en el estudio de mercado como en la contratación respectiva, lo cual deberá constar en el expediente.

En caso de duda, sobre la aplicación de esta excepción la entidad respectiva deberá acudir a los procedimientos ordinarios previstos en la Ley General de Contratación Pública y la entidad pública interesada en contratar podrá participar como un oferente más en el respectivo concurso.” (El resaltado no es del original)

Además de la adición resaltada, en esta frase se sustituye la palabra “subcontratación” por “contratación” y la modificación elimina el término “ordinarios”, refiriéndose a procedimientos ordinarios en la frase “*deberán observarse los procedimientos establecidos en la Ley General de Contratación Pública*”.

Si bien la contratación entre entes de derecho público se constituye como uno de los supuestos de excepción de aplicación de los procedimientos ordinarios, y que al respecto, tal y como se ha mencionado en otras ocasiones⁴, la SUTEL considera que esta excepción podría limitar la capacidad competitiva de los demás participantes, provocando posiblemente repercusiones negativas hacia el propio ente contratante en cuanto al disfrute de los beneficios que brinda un mercado en competencia, como lo es el mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica, respecto al precio, calidad y variedad de servicios; a pesar de lo expuesto, se debe considerar que el Ministerio de Hacienda al emitir la reglamentación de la Ley 9986 y en específico al desarrollar el procedimiento para el uso y aplicación de la excepción contenida en la Ley 9986, en su artículo 3 inciso b), cumple el mandato legal establecido en el artículo 136 la Ley 9986. Además la propuesta de modificación del reglamento en sí no tiene el potencial de limitar el número de empresas de servicios de telecomunicaciones, por lo que no agrava la situación ya analizada por la SUTEL en otras ocasiones.

En suma, a partir del análisis de los primeros siete parámetros que contiene la Guía, es posible concluir que la propuesta de modificación del reglamento que se analiza no tiene el potencial de limitar el número de empresas de servicios de telecomunicaciones.

⁴ Oficio 03625-SUTEL-OTC-2022 del 22 de abril del 2022, así como opiniones respecto a pliegos de condiciones y procesos de contratación pública específicos, los cuales se pueden consultar en la página web de la SUTEL <https://www.sutel.go.cr/opiniones-competencia?page=1>

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

B. Limitaciones a la capacidad de competir

1. *¿Limita las condiciones de la oferta de determinados bienes o servicios, incluyendo la posibilidad de determinar el precio o las condiciones de intercambio?*

La propuesta de modificación del reglamento **no** limita las condiciones de oferta de bienes o servicios, ni tampoco plantea controles de precio y condiciones en las que se ofrecen determinados bienes y servicios.

2. *¿Limita la capacidad de promocionar o hacer publicidad de bienes o servicios?*

La propuesta de modificación del reglamento **no** contiene elementos relacionados con la publicidad de los servicios de telecomunicaciones o sus redes.

3. *¿Establece estándares técnicos o de calidad de los productos o servicios que proporcionan ventajas discriminatorias o exigencias que van más allá de lo razonable?*

La propuesta de modificación del reglamento **no** establece expresamente y de manera específica algún estándar técnico o de calidad para los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones; sin embargo, contempla la posibilidad de que estas normas o reglas se establezcan en el pliego de condiciones o en la realización de los convenios marco, al señalar:

*“Artículo 55. Incorporación de criterios de compra pública estratégica en los pliegos de condiciones. Las entidades contratantes deberán promover en los pliegos de condiciones, **sobre la base de lo verificado en el estudio de mercado respectivo y lo fundamentado en la decisión inicial**; la inclusión de criterios sociales, económicos, ambientales, culturales, de calidad y de innovación; **siempre que resulten atinentes y aplicables** atendiendo a las particularidades del objeto contractual **de acuerdo al ciclo de vida y de las condiciones** del mercado, así como a los objetivos que sean definidos en el Plan Nacional de Compra Pública y su Plan de Acción. **La inclusión de criterios de contratación pública estratégica para la evaluación de ofertas deberá respetar lo establecido en el artículo 58 de este Reglamento.***

*Para la aplicación de estos criterios, deberán también respetarse los lineamientos que emita la Autoridad de Contratación Pública. **La Administración debe determinar los requisitos de admisibilidad que existen sobre criterios estratégicos según normativa emitida. En el sistema de evaluación de ofertas la Administración debe justificar técnica y/o jurídicamente la determinación de los criterios estratégicos evaluables, los cuales deben ser distribuidos equitativamente; la suma de estos no puede superar** el veinticinco por ciento (25%) del total de la valoración preestablecida en el pliego de condiciones, a fin de cumplir con lo previsto en el artículo 40 de la Ley General de Contratación Pública.*

La Administración que no incorpore criterios estratégicos en la contratación, deberá acreditar una justificación motivada de la no aplicación total o parcial de criterios estratégicos en el expediente de la contratación.

Cualquier criterio de compra pública estratégica previsto en otras disposiciones legales o reglamentarias que se pretenda aplicar, deberán atender a los criterios preestablecidos en el artículo 21 de la Ley General de Contratación Pública y deberán estar considerados en ese veinticinco por ciento (25%) correspondiente a los criterios de compra pública estratégica. Lo anterior con el fin de asegurar que el pliego de condiciones

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

contenga, además, otros factores de evaluación, que garanticen la satisfacción del interés público en la adquisición del bien, obra o servicio.

El porcentaje citado no aplica a la compra pública innovadora. (El resaltado no es del original)

Lo resaltado señala la redacción propuesta, pero además de dichas adiciones, la propuesta elimina la frase: *“No obstante, la Administración cuenta con la discrecionalidad para definir la ponderación que le otorgará a cada criterio, siempre que la suma de estos, no la supere”*, siendo sustituida por la nueva redacción en el párrafo segundo. Así mismo, igualmente en el párrafo segundo, se elimina la frase *“y sin perjuicio de que otros criterios puedan ser considerados como requisitos de admisibilidad”*.

Es importante tomar en cuenta que a través de este artículo se podría crear un portillo para que eventualmente se puedan crear normas o reglas de calidad (incluso condiciones por motivos sociales y culturales) que sólo algunos operadores estén en condiciones de cumplirlas o de limitar la oferta de servicios, produciendo un efecto indebido sobre la competencia.

Sin embargo, se debe considerar que el Ministerio de Hacienda al emitir la reglamentación de la Ley 9986 y en específico al desarrollar lo establecido en la Ley 9986 en los artículos 20, 21 y 22, cumple el mandato legal establecido en el artículo 136 la Ley 9986.

Además, se debe tomar en cuenta que la modificación propuesta se considera como un avance, ya que busca delimitar la aplicación de los criterios sociales, económicos, ambientales, culturales, de calidad e innovación, a aquellos casos en que resulte atinente y aplicable atendiendo a las particularidades del objeto contractual. También, se exige una justificación técnica y/o jurídica de los criterios estratégicos evaluables, modificación que responde de manera general a la observación realizada por la SUTEL mediante el oficio 03625-SUTEL-OTC-2022 del 2 de abril del 2022, en el cual se analizó el proyecto de **“REGLAMENTO A LA LEY N° 9986, LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”**, y en el que se recomendó:

[...]

d. *Delimitar en la redacción de los artículos 55, 91 y 235 de la propuesta de reglamento, el establecimiento de las normas o reglas de calidad, en acatamiento de lo que dispone el Principio de igualdad y libre concurrencia contemplado en el artículo 8 inciso f) de la Ley de Contratación Pública.*

e. *Adicionar un artículo al texto propuesto del Reglamento a la Ley 9986, que establezca que los criterios de calidad que se incorporen en los pliegos de condiciones, además de respetar los principios de contratación pública, deben ser los mínimos necesarios para garantizar las condiciones de un bien o servicio en particular y que no podrán ser empleados como un mecanismo para restringir la competencia y la libre concurrencia. [...]* (Pág. 28)

4. ¿Eleva los costos de algunos operadores o proveedores respecto a otros?

La propuesta de modificación del reglamento **no** contiene elementos a los que se le pueda atribuir un incremento en costos hacia un tipo de operadores o proveedores particular.

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

5. *¿Exige el uso de algún estándar, modelo, plataforma o tecnología en particular, o de algún producto o servicio protegido por derechos de propiedad intelectual o que resulte costoso?*

Tal y como se indicó en el punto B.3 de este análisis, al disponer el artículo 55 la posibilidad de establecer normas o reglas en el pliego de condiciones o en la realización de los convenios marco, ello también podría generar la oportunidad de llegar a exigir estándares, modelos, plataformas o tecnologías particulares que se encuentren protegidos por derechos de propiedad intelectual o que resultan costosos, para poder asegurar dichas normas o reglas de calidad.

Al respecto, si bien la propuesta de modificación del reglamento no realiza valoraciones relacionadas con el uso de determinado estándar, servicio o tecnología y/o producto protegido por derechos de propiedad intelectual, si abre la posibilidad de que mediante el establecimiento de normas o reglas de calidad se exija el uso obligatorio de algún estándar, modelo, plataforma o tecnología en particular, o de algún producto o servicio protegido por derechos de propiedad intelectual o que resulte costoso. Por lo tanto, es importante considerar que el establecimiento de esta normativa podría generar un incremento de los costos, que afecte el número de competidores o las opciones para el consumidor.

Sin embargo, se debe considerar que el Ministerio de Hacienda al emitir la reglamentación de la Ley 9986 y en específico al desarrollar lo establecido en la Ley 9986 en los artículos 20, 21 y 22, cumple el mandato legal establecido en el artículo 136 la Ley 9986.

Además, se debe tomar en consideración que la modificación propuesta busca delimitar la aplicación de los criterios sociales, económicos, ambientales, culturales, de calidad e innovación, a aquellos casos en que resulte atinente y aplicable atendiendo a las particularidades del objeto contractual. También, se exige una justificación técnica y/o jurídica de los criterios estratégicos evaluables, modificación que responde de manera general a la observación realizada por la SUTEL mediante el oficio 03625-SUTEL-OTC-2022 del 2 de abril del 2022, en el cual se analizó el proyecto de “**REGLAMENTO A LA LEY N° 9986, LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**”, y en el que se recomendó:

[...]

d. *Delimitar en la redacción de los artículos 55, 91 y 235 de la propuesta de reglamento, el establecimiento de las normas o reglas de calidad, en acatamiento de lo que dispone el Principio de igualdad y libre concurrencia contemplado en el artículo 8 inciso f) de la Ley de Contratación Pública.*

e. *Adicionar un artículo al texto propuesto del Reglamento a la Ley 9986, que establezca que los criterios de calidad que se incorporen en los pliegos de condiciones, además de respetar los principios de contratación pública, deben ser los mínimos necesarios para garantizar las condiciones de un bien o servicio en particular y que no podrán ser empleados como un mecanismo para restringir la competencia y la libre concurrencia. [...]* (Pág. 28)

Así las cosas, con base en el análisis de los cinco parámetros anteriores es posible concluir que la propuesta de modificación del reglamento no tiene el potencial de limitar la capacidad de los operadores a competir, en tanto no limita las condiciones de oferta de uno o más operadores o proveedores, ni tampoco eleva los costos de los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones respecto a otros, ni establece estándares que proporcionen ventajas discriminatorias.

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

C. Reduce incentivos para competir vigorosamente

1. ¿Genera un régimen de autorregulación o co-regulación?

La propuesta de modificación del reglamento **no** establece o fomenta un régimen de autorregulación o co-regulación por parte de los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones.

2. ¿Exige o fomenta la publicación de información sobre volúmenes de producción, precios, ventas o los costos de los agentes económicos?

La propuesta de modificación del reglamento **no** promueve un esquema que implique intercambios o publicación de cierto tipo de información entre agentes económicos competidores entre sí, tales como, precios, costos de producción, volúmenes de producción, mercados atendidos o estrategias comerciales.

3. ¿Exime un sector, actividad o agentes económicos de la aplicación de las leyes de competencia?

La propuesta de modificación del reglamento **no** contempla ni incentivos, ni exenciones en favor de operadores de redes y/o proveedores de los servicios de telecomunicaciones, de la aplicación de la normativa de competencia vigente; de manera que no genera beneficios en favor de alguna empresa o actividad en particular.

4. ¿Promueve o permite acuerdos anticompetitivos?

La propuesta de modificación del reglamento **no** promueve o facilita la creación de acuerdos anticompetitivos entre operadores de redes y/o proveedores de los servicios de telecomunicaciones.

5. ¿Genera incertidumbre regulatoria, permite la aplicación discrecional de las regulaciones?

La propuesta de modificación del reglamento **no** genera incertidumbre regulatoria, ni posibilita la aplicación discrecional de la regulación, todo lo contrario, busca desarrollar lo establecido en la Ley 9986 y ampliar lo dispuesto en el actual reglamento que se está buscando modificar.

En resumen, es posible concluir que la propuesta de modificación del reglamento no reduce los incentivos a competir vigorosamente.

D. Limita las opciones e información disponible para los consumidores

1. ¿Limita la información disponible y la posibilidad de los consumidores de elegir a quién compran los servicios de telecomunicaciones?

La propuesta de modificación del reglamento **no** limita la capacidad de los consumidores para elegir entre los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional.

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

2. *¿Incrementa los costos explícitos o implícitos de cambiar de proveedor, reduciendo la posible movilidad de los clientes?*

La propuesta de modificación del reglamento **no** limita la capacidad de los consumidores para cambiar de operador de red y/o proveedor de servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional.

En resumen, es posible concluir que la propuesta de modificación del reglamento no limita la información disponible para que los consumidores elijan a sus operadores de redes y/o proveedores de servicios, y tampoco incrementa los costos para cambiar entre estos.

Dado que no se detectaron restricciones a la competencia en la propuesta de modificación del reglamento, bajo la primera fase de la metodología establecida en la Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Perspectiva de la Competencia, **no fue requerido avanzar hacia la segunda fase del análisis indicado en dicha Guía**, pues en esta se analizan las justificaciones a las restricciones detectadas durante la primera fase.

3. CONCLUSIONES

A partir de lo desarrollado de previo este Órgano Técnico 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 Superintendencia de Telecomunicaciones, la SUTEL 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 *“REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 6, 26, 36, 55, 96, 151, 166, 168, 170, 239, 276 Y 325 DEL DECRETO EJECUTIVO NO. 43808 DEL 22 DE NOVIEMBRE DE 2022 PUBLICADO EN EL ALCANCE NO. 258 DE LA GACETA NO. 229 DEL 30 DE NOVIEMBRE DEL 2022 DENOMINADO REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.”* propone modificar varios de los artículos existentes del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública.
- C. Que la SUTEL basándose en su *“Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Perspectiva de la Competencia”*, realizó el análisis del proyecto de *“REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 6, 26, 36, 55, 96, 151, 166, 168, 170, 239, 276 Y 325 DEL DECRETO EJECUTIVO NO. 43808 DEL 22 DE NOVIEMBRE DE 2022 PUBLICADO EN EL ALCANCE NO. 258 DE LA GACETA NO. 229 DEL 30 DE NOVIEMBRE DEL 2022 DENOMINADO REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.”*
- D. Que de acuerdo con los principios evaluados se encuentra que:
 - a. La propuesta de modificación del reglamento **no tiene** el potencial de limitar la cantidad o variedad de participantes del mercado.

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

- b. La propuesta de modificación del reglamento **no tiene** el potencial de limitar la capacidad de competir de los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones.
 - c. La propuesta de modificación del reglamento **no tiene** el potencial de reducir los incentivos para competir vigorosamente entre los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones.
 - d. La propuesta de modificación del reglamento **no tiene** el potencial de limitar las opciones e información disponible de los consumidores, para elegir a quién compran los servicios de telecomunicaciones.
- E. Respecto a la propuesta de modificación del artículo 6 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, se considera que si bien la contratación entre entes de derecho público se constituye como uno de los supuestos de excepción de aplicación de los procedimientos ordinarios, y que al respecto, tal y como se ha mencionado en otras ocasiones⁵, la SUTEL considera que esta excepción podría limitar la capacidad competitiva de los demás participantes, provocando posiblemente repercusiones negativas hacia el propio ente contratante en cuanto al disfrute de los beneficios que brinda un mercado en competencia, como lo es el mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica, respecto al precio, calidad y variedad de servicios; a pesar de lo expuesto, se debe considerar que el Ministerio de Hacienda al emitir la reglamentación de la Ley 9986 y en específico al desarrollar el procedimiento para el uso y aplicación de la excepción contenida en la Ley 9986, en su artículo 3 inciso b), cumple el mandato legal establecido en el artículo 136 la Ley 9986. Además la propuesta de modificación del reglamento en sí no tiene el potencial de limitar el número de empresas de servicios de telecomunicaciones, por lo que no agrava la situación ya analizada por la SUTEL en otras ocasiones.
- F. Respecto a la propuesta de modificación del artículo 55 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, es importante tomar en cuenta que a través de este artículo se podría crear un portillo para que eventualmente se puedan crear normas o reglas de calidad (incluso condiciones por motivos sociales y culturales) que sólo algunos operadores estén en condiciones de cumplirlas o de limitar la oferta de servicios, produciendo un efecto indebido sobre la competencia. Asimismo, al disponer el artículo 55 la posibilidad de establecer normas o reglas en el pliego de condiciones o en la realización de los convenios marco, ello también podría generar la oportunidad de llegar a exigir estándares, modelos, plataformas o tecnologías particulares que se encuentren protegidos por derechos de propiedad intelectual o que resultan costosos, para poder asegurar dichas normas o reglas de calidad, todo lo cual podría generar un incremento de los costos, que afecte el número de competidores o las opciones para el consumidor.

Sin embargo, se debe considerar que el Ministerio de Hacienda al emitir la reglamentación de la Ley 9986 y en específico al desarrollar lo establecido en la Ley 9986 en los artículos 20, 21 y 22, cumple el mandato legal establecido en el artículo 136 la Ley 9986.

Además, se debe tomar en cuenta que la modificación propuesta se considera como un avance, ya que busca delimitar la aplicación de los criterios sociales, económicos, ambientales, culturales,

⁵ Oficio 03625-SUTEL-OTC-2022 del 22 de abril del 2022, así como opiniones respecto a pliegos de condiciones y procesos de contratación pública específicos, los cuales se pueden consultar en la página web de la SUTEL <https://www.sutel.go.cr/opiniones-competencia?page=1>

San José, 07 de junio del 2024

04855-SUTEL-OTC-2024

de calidad e innovación, a aquellos casos en que resulte atinente y aplicable atendiendo a las particularidades del objeto contractual. También, se exige una justificación técnica y/o jurídica de los criterios estratégicos evaluables, modificación que responde de manera general a la observación realizada por la SUTEL mediante el oficio 03625-SUTEL-OTC-2022 del 2 de abril del 2022, en el cual se analizó el proyecto de “**REGLAMENTO A LA LEY N° 9986, LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**”, y en el que se recomendó:

“[...]

d. *Delimitar en la redacción de los artículos 55, 91 y 235 de la propuesta de reglamento, el establecimiento de las normas o reglas de calidad, en acatamiento de lo que dispone el Principio de igualdad y libre concurrencia contemplado en el artículo 8 inciso f) de la Ley de Contratación Pública.*

e. *Adicionar un artículo al texto propuesto del Reglamento a la Ley 9986, que establezca que los criterios de calidad que se incorporen en los pliegos de condiciones, además de respetar los principios de contratación pública, deben ser los mínimos necesarios para garantizar las condiciones de un bien o servicio en particular y que no podrán ser empleados como un mecanismo para restringir la competencia y la libre concurrencia. [...]*” (Pág. 28)

De esta forma queda rendido por parte de la DGCO, formal criterio sobre el proyecto de “**REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 6, 26, 36, 55, 96, 151, 166, 168, 170, 239, 276 Y 325 DEL DECRETO EJECUTIVO NO. 43808 DEL 22 DE NOVIEMBRE DE 2022 PUBLICADO EN EL ALCANCE NO. 258 DE LA GACETA NO. 229 DEL 30 DE NOVIEMBRE DEL 2022 DENOMINADO REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**” del Ministerio de Hacienda, en relación **exclusivamente** con los potenciales efectos del citado proyecto en materia de competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones, en particular en relación con la generación de distorsiones o barreras de entrada a la competencia entre los agentes del mercado, así como lo relativo a la aplicación efectiva de la normativa de competencia en el sector telecomunicaciones.

Atentamente,
DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA

Victoria Rodríguez Durán
Abogada

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Silvia Elena León Campos
Jefa de Instrucción y Promoción y Abogacía

Deryhan Muñoz Barquero
Directora General de Competencia

Expediente: GCO-OTC-CGL-00111-2024

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

800-88-SUTEL
800-88-78835

Apartado 151-1200
San José - Costa Rica

gestiondocumental@sutel.go.cr