

29 de noviembre de 2023

10179-SUTEL-SCS-2023

Señoras.

Deryhan Muñoz Barquero

Silvia Elena León Campos

Dirección General de Competencia

Superintendencia de Telecomunicaciones

Estimados señores:

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 comunicarle que en la sesión extraordinaria 071-2023 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el 28 de noviembre de 2023, se adoptó, por unanimidad, lo siguiente:

ACUERDO 007-071-2023

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.
- IV. Que los artículos 21 de la Ley 9736, 24 del Reglamento a esa misma Ley (Decreto Ejecutivo 43305-MEIC) y 30 del Reglamento del régimen de competencia en telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones establecen 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, cuyos elementos puedan obstruir el principio de competencia y libre concurrencia.
- V. Que el 14 de noviembre del 2023 vía correo electrónico (NI-13859-2023) la señora Anabelle García Rodríguez hizo del conocimiento de la SUTEL que la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial se encuentra impulsando el procedimiento de la Licitación Mayor 2023LY-000005-PROV, con número de solicitud de contratación en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) 0062023106900080, para la contratación del *“Servicio de telefonía fija bajo la modalidad según demanda”*; y asimismo solicitó que la SUTEL emitiera criterio técnico respecto al pliego de condiciones de dicha contratación a más tardar el 17 de noviembre del año en curso, dada la urgencia institucional de contar lo antes posible con dicha contratación. Finalmente, se señaló que la solicitud de criterio técnico se fundamenta en el criterio jurídico 507-DJ/CAD-2023 de la Dirección Jurídica del Poder Judicial.
- VII. Que el 17 de noviembre del 2023 el señor Federico Chacón Loaiza, Presidente del Consejo de la SUTEL, según el insumo suministrado por la Dirección General de Competencia, mediante oficio 09812-SUTEL-SC-2023 remitió a la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial la *“OPINIÓN SOBRE EL PLIEGO DE CONDICIONES PARA LA*

29 de noviembre de 2023

10179-SUTEL-SCS-2023

CONTRATACIÓN DEL “SERVICIO DE TELEFONÍA FIJA BAJO LA MODALIDAD SEGÚN DEMANDA” PUESTA EN CONSULTA POR EL PODER JUDICIAL”, en la que se señaló en lo que interesa:

2. ANÁLISIS DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARA LA CONTRATACIÓN DEL “SERVICIO DE TELEFONÍA FIJA BAJO LA MODALIDAD SEGÚN DEMANDA” DEL PODER JUDICIAL

a. Sobre el marco para el análisis de los pliegos de condiciones

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, carteles o políticas, 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, limiten las opciones de decisión del consumidor, entre otras consecuencias¹.

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, por lo que se considera pertinente utilizar este instrumento para basar el análisis correspondiente; sin embargo, la aplicación estricta de la metodología allí planteada, no resultaría en un ejercicio óptimo debido a la falta de elementos dispositivos particulares en el texto. De manera que, se seguirá los elementos que esta Guía plantea, determinando si el pliego de condiciones restringe la competencia, si la restricción esta justificada, si hay alternativas menos restrictivas y si el pliego de condiciones requiere ser reformado para lograr promover los principios de libre competencia y concurrence.

b. Valoración desde la óptica de la competencia del pliego de condiciones para la contratación del “Servicio de telefonía fija bajo la modalidad según demanda” del Poder Judicial.

• Sobre el objeto de la contratación

El objeto contractual correspondiente a la línea 1 se refiere al “Servicio de Telefonía Fija análoga”, esto limita el objeto contractual a una única tecnología, ya que en la redacción de los requerimientos se observa la imposición de que el “...servicio debe ser entregado para ser funcional en una red de telefonía analógica...”².

El definir el objeto contractual como “Servicio de Telefonía Fija análoga implica la imposición de que un único proveedor pueda ofrecer el servicio, ya que el servicio telefónico básico tradicional (que es otra denominación de lo que el Poder Judicial establece como “telefonía analógica”) está excluido de concesiones³ o autorizaciones, de conformidad con lo establecidos en la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660, en su artículo 7, lo que implica que desde la apertura del sector de las telecomunicaciones el único proveedor habilitado para prestar este servicio en toda su red es el ICE.

¹ International Competition Network (2014). Prácticas Recomendadas para la Evaluación de Competencia.

² El servicio de telefonía fija, según se define en el Reglamento de prestación y calidad de servicios (RPCS, art. 7 inciso 74), es el “servicio de telefonía prestado a través de redes fijas, independientemente de la tecnología o el medio de acceso o transmisión utilizado para brindar el servicio, y cuyos terminales tienen un rango de movilidad limitado. La telefonía fija incluye los servicios telefónicos tradicionales y los servicios de telefonía basados en el protocolo IP, ya sean brindados a través de redes cableadas o redes inalámbricas”. Dicha definición incluye tanto el concepto del servicio telefónico tradicional, prestado por medio de redes analógicas, como el servicio de telefonía basado en el protocolo IP. En este sentido es importante señalar que en la contratación no debe restringirse ninguna tecnología, tomando en consideración el principio de neutralidad tecnológica, establecido en el artículo 3 inciso h) de la Ley General de Telecomunicaciones.

³ De tal forma el servicio de telefonía fija básico tradicional no se presta bajo una licencia de autorización, de tal forma se debe incluir la concesión del Poder Ejecutivo entre las alternativas para considerar a los oferentes como autorizados, ya que en el punto 1.5 del pliego cartelario se indica que “El o la oferente deberá ser operador autorizado por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) (...)”. No obstante, según se establece los artículos 11 y 23 [Ley General de Telecomunicaciones](#), los operadores de los servicios de telecomunicaciones, y en este caso particular del servicio de telefonía fija, estarían autorizados a brindar este servicio al contar con cualquiera de los siguientes tipos de títulos habilitantes: 1) La autorización por parte de la SUTEL;

2) Una concesión por parte del Poder Ejecutivo.

29 de noviembre de 2023

10179-SUTEL-SCS-2023

*Sin embargo, **el servicio de telefonía fija puede ser ofrecido por distintas tecnologías**, así según se define en el Reglamento de prestación y calidad de servicios (RPCS), el “servicio de telefonía prestado a través de redes fijas, independientemente de la tecnología o el medio de acceso o transmisión utilizado para brindar el servicio, y cuyos terminales tienen un rango de movilidad limitado. La telefonía **fija incluye los servicios telefónicos tradicionales y los servicios de telefonía basados en el protocolo IP**, ya sean brindados a través de redes cableadas o redes inalámbricas”.*

Dicha definición incluye tanto el concepto del servicio telefónico tradicional, prestado por medio de redes de conmutación de circuitos (indicadas en los documentos como analógicas), como el servicio de telefonía basado en el protocolo IP. En este sentido es importante señalar que en la contratación para ser tecnológicamente neutral no debe restringirse a ninguna tecnología, conforme lo establecido en el artículo 3 inciso h) de la Ley General de Telecomunicaciones.

Al respecto se puede tener en cuenta lo indicado en la Opinión OP-083-2004 de la Procuraduría General de la República (PGR), quien en relación con el principio de neutralidad tecnológica en materia de compras públicas ha señalado: “La “neutralidad tecnológica” entrañaría que el Estado no puede tomar decisiones que tiendan a favorecer la utilización de una determinada tecnología por encima de otra. El Estado neutral frente a la tecnología no podría apostar por una tecnología específica y obligar a que quienes deseen utilizar ciertos servicios adopten una tecnología particular. Adopción que afectaría el principio de libre competencia. Por el contrario, es el propio proceso de desarrollo tecnológico el que debe determinar cuál tecnología satisface en mejor forma los fines establecidos” (lo destacado es intencional).

Adicionalmente, en esa misma línea, se sugiere no mencionar enlaces asociados a tecnologías específicas, sino únicamente a los requerimientos técnicos de los equipos propiedad del Poder Judicial. Los operadores o proveedores oferentes, conforme el citado principio de neutralidad tecnológica, deberán adaptarse a dichos requerimientos, ya que existen elementos tecnológicos que así lo permiten.

- Sobre la necesidad del mantenimiento de la numeración telefónica

En este momento, la contratación del “Servicio de telefonía fija bajo la modalidad según demanda” se encuentra en la etapa de solicitud inicial de contratación, la cual se elaboró el 01 de setiembre del 2023 (Solicitud de contratación: 0062023106900080), es decir, que aún no ha sido elaborado el cartel ni publicado en el SICOP.

La señora García Rodríguez, solicitó a la SUTEL que emitiera criterio técnico respecto al pliego de condiciones, por ello se procedió a analizar dicho documento el cual está conformado por 10 secciones principales, en las que se desarrollan los requisitos de admisibilidad, las condiciones específicas de la contratación, se identifican los documentos que deberá aportar el oferente, la información general de la contratación, el objeto por cotizar y el consumo estimado; asimismo, se anexan los documentos relativos a las especificaciones técnicas, estructura del precio, logística de plazos antes y después de la emisión del pedido y las condiciones generales.

Ahora bien, para realizar una correcta revisión del borrador del “Pliego de condiciones con obs. de la DJ a VB técnico.docx” se determinó necesario hacer lectura también de los documentos “9. Estudio de mercado.pdf”, “10. Solicitud de proforma.pdf”, “11. Cotizaciones recibidas.pdf” y “18. Criterio de la Dirección de Tecnología de la Información.pdf”, disponibles a través del SICOP en la solicitud de contratación mencionada.

*Al respecto de estos se parte de un elemento central que es tratado en el documento “18. Criterio de la Dirección de Tecnología de la Información.pdf” y que tiene que ver con el **mantenimiento de la numeración telefónica** (portabilidad numérica) que actualmente tiene asignada el Poder Judicial.*

29 de noviembre de 2023
10179-SUTEL-SCS-2023

En dicho escrito se realizan una serie de consultas internas dentro de las que destaca una respuesta que señala que "...[e]n este caso deben verificar el tema de la numeración actual, la cual en nuestro caso pertenece al ICE e ignoro si la misma se puede mantener si fuera otro proveedor lo cual traería un impacto alto en las campañas internas y a las personas usuarias así como en las actualizaciones del Sistema de Gestión Integrada de Oficinas..."

Ese fragmento es relevante pues efectivamente la posibilidad de migrar los bloques de numeración asignados en una corporación o en una institución desde un proveedor de servicio telefónico a otro alternativo suele ser uno de los aspectos que son más valorados en términos de la toma de decisión, tal y como se apunta en la cita anterior, porque esto suele tener un impacto en términos de publicidad y del acceso y el mantenimiento a los servicios de la institución en este caso.

*Ahora bien, **ese elemento no se observa presente en la consulta llevada a cabo a los proveedores de servicio** identificados ("10. Solicitud de proforma.pdf"), **ni tampoco descrita en el pliego de condiciones**, por lo que se debe definir si **el Poder Judicial tiene anuencia o no a que potencialmente parte de su numeración pueda variar** en caso de darse un cambio de proveedor de servicios telefónicos.*

*Hay que considerar que **actualmente la portabilidad numérica fija en Costa Rica no está implementada***⁴, por lo que en caso de que se adjudique a un operador distinto al que brinda actualmente el servicio de telefonía fija en el Poder Judicial, la numeración que se utiliza actualmente estaría sujeta a cambios. La SUTEL se encuentra trabajando a través del Comité de Portabilidad Fija, del que también forman parte los proveedores de telefonía fija, en los mecanismos necesarios para que la portabilidad fija pueda ser implementada en el país.

*Es importante indicar que este riesgo no aplicaría para la numeración de servicios especiales "800s, 900, 905". En este último caso, en la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-222-2022 "Procedimiento para la Gestión y Asignación de los Recursos de Numeración", establece el procedimiento específico para el traslado de este tipo de recurso numérico y le corresponde al operador adjudicado realizar el trámite ante la SUTEL*⁵.

*De tal forma es necesario valorar **si para el Poder Judicial resulta indispensable el mantenimiento de la totalidad de la numeración actual, por las razones indicadas en el criterio de la Dirección de Tecnologías de Información y las justificaciones que resulten atinentes, porque de ser así, carece de sentido hablar de proveedores alternativos, dado que el país no cuenta aún con un mecanismo aplicado a la portabilidad de numeración de telefonía fija. Por lo cual, resulta necesario la valoración sobre la importancia de mantener la numeración actual, porque esta circunstancia tendrá un impacto directo en la posibilidad de contar con una multiplicidad de operadores en un proceso de contratación pública, con excepción de los números especiales 800, 900, 905 por las razones ya dichas.***

- **Sobre el uso de la infraestructura actual**

El pliego de condiciones refleja una circunstancia que implica adicionalmente que un proveedor de servicios nacional, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), tiene una ventaja inherente sobre cualquier otro proveedor alternativo, al tener la titularidad de la infraestructura de la red telefónica actualmente instalada, obligando así a otro potencial entrante a desplegar su propia red y no a utilizar una red propia del contratante, pues se señala que "...actualmente las instalaciones de la institución es un servicio del ICE, en caso de que el proceso de contratación se adjudicó a otro

⁴ El Reglamento sobre el régimen de protección al usuario final regula el tema de portabilidad numérica, del artículo 89 al 94, los cuales aplicarían al servicio de telefonía fija en el momento que esta se encuentre debidamente implementada en el país.

⁵ La portabilidad podría darse para la numeración de servicios especiales "800s, 900, 905". En la resolución RCS-222-2022 "Procedimiento para la Gestión y Asignación de los Recursos de Numeración", se establece el procedimiento específico para el traslado de este tipo de recurso numérico y le corresponde al operador adjudicado realizar el trámite ante la SUTEL.

29 de noviembre de 2023

10179-SUTEL-SCS-2023

proveedor, el nuevo contratista debe realizar la instalación nueva, esto debido a que no será posible utilizar la red y centrales del ICE...”.

Si bien, esa situación obedece a un factor circunstancial, lo cierto es que puede acarrear el potencial para desincentivar el interés de otros proveedores de servicios en concursar, o incluso podría restringir la capacidad de estos para presentar ofertas que resulten competitivas frente a una que no implica costos por el despliegue de una red de telecomunicaciones, puesto que ya está instalada (se trata de costos hundidos), y debe considerarse que hay alternativas tecnológicas para el manejo de la infraestructura incluso a través centrales virtuales.

*Sobre esto último resalta que **esta circunstancia no parece haberse incluido en el documento “10. Solicitud de proforma.pdf”**, siendo que este es, sino el más importante, uno de los aspectos más relevantes para que un proveedor alternativo pueda fundamentar su oferta de servicios y en todo caso es un elemento que en definitiva afectaría la factibilidad técnica y el costo de prestar el servicio. Este es un aspecto al que se debería prestar atención en términos de la validez en el alcance de la única oferta alternativa recibida.*

En línea con lo anterior no se encuentra en el contenido de lo analizado, que el Poder Judicial por el momento esté considerando la instalación de un eventual servicio de telefonía IP sobre su propia infraestructura de red (se desconocen las razones o la capacidad de infraestructura instalada), lo que podría disminuir el interés de potenciales oferentes, al acarrear un incremento de los costos de provisión del servicio que se podría traducir en un perjuicio económico para el propio contratante.

*De esta forma, la posibilidad que se brinda de ofrecer los servicios mediante adaptadores de teléfono analógico (ATA), si bien es válida desde un punto de vista técnico, **podría no ser la única alternativa adicional para satisfacer las necesidades de comunicación descritas**, pues la posibilidad de disponer de servicios basados en IP de forma nativa como VoIP, FoIP o Fax2Mail por ejemplo, debería **contrastarse desde un punto de vista de costo-beneficio** en diversos escenarios que no necesariamente impliquen la adquisición de equipo propio por parte del Poder Judicial y así no cerrar la posibilidad de potenciales oferentes a prestar los servicios, sin necesidad de realizar adaptaciones a tecnologías legadas.*

*Sin embargo, para que eso sea posible, **debe emparejarse la asimetría de información** que podría haber entre el proveedor establecido (ICE) versus los demás potenciales interesados. En ese sentido el documento “18. Criterio de la Dirección de Tecnología de la Información.pdf” plantea de forma adecuada que una eventual migración de proveedor implica “...visitar todas las oficinas judiciales...” pues esta es la forma idónea en que se pueden tener los elementos suficientes para fundamentar una oferta de servicios. Sería así conveniente que como parte de las etapas iniciales de contratación se lleve a cabo un ciclo de visitas organizado por el Poder Judicial en el que los potenciales oferentes obtengan información de primera mano, que en este momento no poseen.*

De conformidad con los elementos desarrollados de previo, a continuación se plantean una serie de recomendaciones para su consideración, esto con la finalidad no solo de fortalecer el principio de igualdad y libre concurrencia en esta iniciativa de contratación particular, sino también en futuros concursos de naturaleza similar, dada su incidencia sobre los mercados de telecomunicaciones:

- *El pliego de condiciones debe formularse adoptando la mayor apertura posible sobre la competencia. Para esto es crucial que se realice mediante el estudio de mercado respectivo, una evaluación exhaustiva de las posibles alternativas tecnológicas que tendrían la capacidad de satisfacer las necesidades de comunicación de la institución, sin que ello implique delimitar las condiciones a una tecnología específica, para lo cual se pueden usar las definiciones normativas sobre el servicio que se quiere contratar.*

29 de noviembre de 2023

10179-SUTEL-SCS-2023

- *Valorar escenarios alternativos que no necesariamente impliquen la adquisición de equipo propio por parte del Poder Judicial, pero tampoco la adaptación a tecnologías legadas y así no cerrar la posibilidad de potenciales oferentes a prestar los servicios por medio de otras tecnologías de naturaleza fija.*
- *Valorar con las justificaciones necesarias si es necesario mantener la totalidad de la numeración en una única línea de contratación, al considerar que en relación con los números 800, 900 y 905 actualmente existe la posibilidad de que estos pueden trasladarse entre operadores.*
- *Disminuir la brecha de información existente a través de un ciclo de visitas a todas las instalaciones del Poder Judicial abarcadas por esta contratación, en el que los potenciales oferentes obtengan información del estado de la infraestructura y de las posibilidades reales de despliegue de sus redes y equipos, o del mecanismo que mejor considere el Poder Judicial.*

3. CONCLUSIONES

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

- A.** *Que el pliego de condiciones para la contratación del “Servicio de telefonía fija bajo la modalidad según demanda” establece como objeto contractual la contratación de servicios de telecomunicaciones.*
- B.** *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, la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, sobre pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa.*
- C.** *Que para la emisión de la presente Opinión se tomaron en consideración los principios generales planteados en 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, determinando si el pliego de condiciones remitido tiene el potencial de restringir la competencia, si la restricción está justificada, si hay alternativas menos restrictivas y si el pliego de condiciones requiere ser reformado.*
- D.** *Que se emitieron una serie de recomendaciones con la finalidad de que los objetivos de la contratación propuesta puedan alcanzarse en un entorno que fomente la libre competencia, en particular en el sector de las telecomunicaciones costarricense.*

De esta forma se deja rendido por parte de la SUTEL formal Opinión sobre la propuesta de pliego cartelario para la contratación del “Servicio de telefonía fija bajo la modalidad según demanda” del Poder Judicial.

Finalmente, se hace saber a la Dirección Ejecutiva del 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”.

29 de noviembre de 2023

10179-SUTEL-SCS-2023

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

1. Ratificar lo actuado por el señor Federico Chacón Loaiza, Presidente del Consejo de SUTEL, mediante oficio 09812-SUTEL-SC-2023, del 17 de noviembre de 2023, con respecto a la remisión a la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial de la *“OPINIÓN SOBRE EL PLIEGO DE CONDICIONES PARA LA CONTRATACIÓN DEL “SERVICIO DE TELEFONÍA FIJA BAJO LA MODALIDAD SEGÚN DEMANDA” PUESTA EN CONSULTA POR EL PODER JUDICIAL”*, como parte de las labores de abogacía de la competencia de esta Superintendencia.
2. Notificar el presente acuerdo a la Dirección General de Competencia de la SUTEL.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE**

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.

Gestión: GCO-OTC-CGL-00023-2023