



06 de diciembre del 2023
MICITT-DM-OF-856-2023
DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023
CONSEJO DE LA SUTEL

Página 1 de 19

Señora

Yesenia Ledezma Rodríguez
Directora de la Dirección de Contratación Pública
Ministerio de Hacienda

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo. En esta ocasión nos referimos a su oficio **N° MH-DCoP-OF-0488-2023**, de fecha 22 de junio de 2023, por medio del cual esa Dirección emitió criterio relacionado con la solicitud para prescindir del uso del SICOP en el procedimiento concursal público para otorgar concesiones de bandas del espectro radioeléctrico, específicamente en cuanto al procedimiento concursal instruido por el Poder Ejecutivo mediante el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT, publicado en el Alcance N°77 del diario Oficial La Gaceta N°75 del 2 de mayo del 2023 y notificado a la SUTEL por el MICITT mediante el oficio número MICITT-DVT-OF-350-2023, para la licitación de espectro IMT-5G.

Al respecto, el referido oficio estableció:

*“ (...) Así las cosas, por invocar una normativa no vigente en el planteamiento de su solicitud, y al no lograr esta Dirección verificar el sustento normativo de los procedimientos que se describen en su solicitud y que se pretenden realizar, carece de competencia esta DCoP para abordar la solicitud requerida bajo el fundamento jurídico alegado, razón por la cual, se rechaza “(...) la autorización solicitada para aplicar la excepción establecida en el inciso a), del artículo 9 del “Reglamento para la utilización del sistema integrado de compras públicas “SICOP”, Decreto Ejecutivo N° 41438-H (...)” requerida, lo anterior, por cuanto la norma que fundamenta su petición, se encuentra tácitamente derogada en los términos anteriormente detallados; **sin embargo, el presente rechazo no imposibilita la presentación de una nueva solicitud en los términos previstos por la normativa vigente, en el artículo 16 de la LGCP y 27 de su Reglamento, en caso de configurarse el supuesto y que la entidad contratante acredite las condiciones del supuesto de caso fortuito o fuerza mayor correspondiente.(...)”.** (El resaltado es nuestro).*

A partir de lo anterior, me permito hacer de su conocimiento nuevos elementos por considerar a partir de las reuniones sostenidas entre nuestros Despachos para el análisis de la procedencia de eximir de manera

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones
200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA
Tel. 2211-1299
despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 2 de 19

total del uso del sistema SICOP el proceso concursal IMT 5G, procedimiento correspondiente a una licitación mayor por etapas, como a continuación se dirá:

1. DE LA CONSTATAción DE LAS CAUSALES DE FUERZA MAYOR ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACIÓN PARA LA EXCEPCIÓN DE USO DEL SISTEMA SICOP

I.

En primer término, cabe señalar que, la excepción del uso del sistema SICOP que se plantea en este acto, es únicamente con el fin de exceptuar del uso de dicha plataforma al proceso concursal instruido por el Poder Ejecutivo mediante el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT, publicado en el Alcance N°77 del Diario Oficial La Gaceta N°75 del 2 de mayo del 2023 y notificado a la SUTEL por el MICITT mediante el oficio número MICITT-DVT-OF-350-2023, es decir, la excepción solicitada será aplicable únicamente para este proceso concursal en el uso de la plataforma SICOP, por cuanto, el procedimiento de contratación en sí, se sujetará como un todo, a las estipulaciones de la Ley General de Contratación Pública, Ley N.º 9986 y su Reglamento, por lo que finalizado este, se entiende que no podrán aplicarse excepciones para otros procesos concursales de la misma naturaleza, sin que se realice de forma previa el trámite correspondiente ante esa Dirección de Contratación Pública.

A continuación, se detallan y describen las consideraciones que hacen procedente la excepción requerida, para lo cual se analizan los artículos 16 de la Ley General de Contratación Pública N° 9986 y el artículo 27 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, que en lo que interesa establecen:

“Artículo 16. Toda la actividad de contratación pública regulada en la presente ley deberá realizarse por medio del sistema digital unificado.

*La utilización de cualquier otro medio para la promoción de procedimientos de contratación acarreará su nulidad absoluta. Ante situaciones de caso fortuito o **fuerza mayor**, no se producirá la nulidad señalada, si la Administración acredita esas circunstancias ante la Dirección de Contratación Pública, la que mediante acto motivado podrá autorizar la exclusión total o parcial del uso del sistema digital unificado. (...)*

“Artículo 27. Excepción de uso del sistema digital unificado (...)

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA

Tel. 2211-1299

despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 3 de 19

Excepcionalmente, la Administración podrá apartarse del uso del sistema digital unificado únicamente en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

En tales casos, la Administración deberá dentro del plazo de diez días hábiles siguientes a la presentación del evento, solicitar a la Dirección de Contratación Pública la aprobación para efectuar parcial o totalmente la contratación fuera del sistema, debiendo presentar para tales efectos solicitud formal emitida por el jerarca o por quien este delegue, en la que conste:

- i. La situación que se alega como caso fortuito o fuerza mayor.*
- ii. Prueba de que el evento acaecido no es imputable a la Administración.*
- iii. Fundamentación de que la promoción del concurso es la única forma de satisfacer el interés público.*
- iv. Prueba de que la Administración invitó al proveedor a registrarse en el sistema digital unificado, así como la respuesta emitida por este, cuando corresponda.*
- v. La definición de si la solicitud de excepción requerida por la Administración, es total o parcial. En caso de ser parcial, debe hacerse referencia al módulo específico del sistema sobre el cual solicita la exclusión.*

Una vez recibida la información indicada anteriormente, la Dirección de Contratación Pública deberá emitir mediante acto motivado la autorización respectiva dentro del plazo de un mes calendario. En dicho acto la Dirección de Contratación Pública hará indicación del plazo si correspondiere, así como, la indicación del procedimiento de la contratación sobre el que habilita la exclusión. Transcurrido este plazo de la habilitación de exclusión, la Administración deberá incluir la información correspondiente al procedimiento en el módulo habilitado para el efecto en el sistema digital unificado”.

De conformidad con las normas anteriores, resulta procedente aportar información adicional, en la que se refleje la atención y cumplimiento de lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Contratación Pública N° 9986, así como cada uno de los requisitos citados en el artículo 27 de su Reglamento, como a continuación se dirá:

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA

Tel. 2211-1299

despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 4 de 19

i. ***La situación que se alega como fuerza mayor***

La fuerza mayor es definida como “un hecho que no se puede prever, o que previsto, fuese inevitable, esto es, su característica esencial es la fuerza irresistible del evento.” (Ver dictamen C-025-2004 del 22 de enero del 2004 emitido por la Procuraduría General de la República).

El Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, en la resolución N° 108 de las 9:40 horas del 26 de mayo de 1993 estableció lo siguiente en relación con la fuerza mayor:

“La fuerza mayor se define por contraposición al caso fortuito como aquella causa extraña o exterior al obligado a la prestación imprevisible en su producción y en todo caso absolutamente irresistible aun en el caso de que hubiera podido ser prevista. (...) La fuerza mayor es causa eximente de responsabilidad, bien sea en cuanto al incumplimiento definitivo de un deber o al simple retraso del mismo. Pero el funcionario no queda dispensado del cumplimiento cuando éste sea posible por cesar el obstáculo constitutivo de la fuerza mayor. Aplicado lo anterior a la Administración, tenemos que al cesar el obstáculo constitutivo de la fuerza mayor, ésta debe actuar en cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, el deber de actuar queda simplemente suspendido hasta el momento en que la fuerza mayor haya cesado.

La fuerza mayor justificante de una actuación excepcional de la Administración debe existir como tal, por lo que no es suficiente para justificar el accionar administrativo que se alegue su existencia. Por el contrario, debe existir tal como se ha alegado. En ese sentido, se aplica lo dispuesto en el artículo 133.-1 de la Ley General de la Administración Pública: “El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto”.

Es claro que de alegar la Administración una fuerza mayor sin que ésta exista, se configuraría uno de los supuestos de invalidez absoluta del acto administrativo, en cuanto faltaría totalmente uno de sus elementos constitutivos (doctrina del artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública).

La indeterminación e imprevisibilidad intrínsecas de la fuerza mayor impiden que puedan circunscribirse estricta y anticipadamente sus límites temporales. Lo importante es, en todo caso, que los efectos que provoca el acaecimiento de una fuerza mayor están en relación directa e inmediata con el fenómeno correspondiente.

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA

Tel. 2211-1299

despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 5 de 19

De modo que el incumplimiento o suspensión del deber de actuar que justifica la fuerza mayor no es siempre absoluto. Por el contrario, puede constituir simplemente un motivo justificante del retraso del cumplimiento." En esta situación, la solicitud de excepción total al uso de SICOP tiene fundamento en que, el diseño y configuración que ofrece SICOP, no es compatible con las particularidades de los procesos concursales de espectro radioeléctrico, sin que esto demerite el apego de la Administración a la normativa legal y reglamentaria que rige la materia, en el sentido de que el proceso se tramitará mediante el procedimiento de la licitación mayor por etapas comprendida en la normativa legal que regula la materia.

Lo anterior, ya que, de conformidad con las mejores prácticas internacionales, el espectro radioeléctrico será asignado a los oferentes mediante un proceso de evaluación de ofertas de alta complejidad que requiere de un software especializado que dista de las capacidades funcionales con que a la fecha cuenta SICOP.

Además, en el caso de utilizar los mecanismos que ofrece SICOP, se pone en riesgo la efectiva satisfacción del interés público propuesto en los lineamientos de política pública, ya que dicha herramienta no ofrece las facilidades de configuración y de orden técnico para licitar un bien demanial constitucional como el espectro radioeléctrico en los términos establecidos en la decisión de inicio dictada por el Poder Ejecutivo, y los lineamientos de política pública que se reflejan en el pliego de condiciones.

En este sentido, se trae a colación el aforismo jurídico "*nadie está obligado a lo imposible*", que se traduce, en el caso concreto, en que no se puede obligar a utilizar una herramienta de contratación (SICOP), que para el caso particular, no cuenta con las condiciones de orden técnico (funcionalidades), que requiere una licitación de espectro radioeléctrico conforme a las mejores prácticas internacionales aplicables a este bien. Suponer lo contrario, sería ir en contra del interés público que reviste la asignación de este bien demanial de forma eficiente, eficaz, justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N.º 8642.

De igual forma, el Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, en su artículo 27, exige que: "*(...) la Administración deberá dentro del plazo de diez días hábiles siguientes a la presentación del evento, solicitar a la Dirección de Contratación Pública la aprobación para efectuar parcial o totalmente la contratación fuera del sistema (...)*", por lo que la presente solicitud se realiza en cumplimiento de lo indicado, siendo que la causal de fuerza mayor contemplada en el artículo 27,

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA

Tel. 2211-1299

despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 6 de 19

se mantiene a la fecha, en tanto se constituye en un evento de efectos continuados, por cuanto el sistema SICOP no dispone actualmente de las funcionalidades de orden técnico, necesarias para tramitar de manera fluida y célere un procedimiento concursal de espectro radioeléctrico como el instruido en esta oportunidad por el Poder Ejecutivo.

En este sentido, atendiendo a la trascendencia del bien demanial constitucional que se pondrá en concurso y al interés público que reviste esta licitación, resulta de vital importancia que se tenga por acreditada la causal de fuerza mayor y por cumplido el plazo de la justificación para la procedencia de la excepción del uso del sistema SICOP en el concurso público IMT-5G, que pretende promover la Administración Concedente.

ii. Prueba de que el evento acaecido no es imputable a la Administración

En este supuesto, expondremos las razones por las cuales SICOP no permite utilizar el mecanismo que se necesita implementar para este tipo de licitaciones. Al respecto, como se verá, no es imputable a la Administración que, de conformidad con las mejores prácticas internacionales para la licitación del bien demanial, existen particularidades técnicas y procedimentales para su eventual asignación que distan de las funcionalidades que dispone el SICOP.

El procedimiento denominado: “SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA”, previsto en el documento P-PS-167-07-2021 (publicado en SICOP), incluye los siguientes apartados:

“Contenido

<i>1. CONFECCIÓN DE LA SOLICITUD DE CONTRATACIÓN (SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA)</i>	<i>3</i>
<i>2. CONFECCION DEL CARTEL.....</i>	<i>4</i>
<i>3. VERIFICACION DE CARTEL (APROBACIÓN).</i>	<i>15</i>
<i>4. PUBLICACIÓN DE CARTEL.....</i>	<i>17</i>
<i>5. PROCESO DE APERTURA.....</i>	<i>19”</i>

Ahora bien, para el caso de aquellos interesados en participar del procedimiento en mención, en la plataforma SICOP, también se ubica el documento P-PS-164-07-2020, el cual incluye le siguiente contenido:



06 de diciembre del 2023
MICITT-DM-OF-856-2023
DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023
CONSEJO DE LA SUTEL

Página 7 de 19

“1. Presentar ofertas Subasta a la baja
..... 3 1.1 Registro del bien.
..... 5
1.2 Registro de la moneda de la puja
..... 6 1.3 Registro de la modalidad de
pago 7
2. Envío de las
ofertas..... 8”.

De acuerdo con los documentos de referencia, resulta importante destacar que si bien, no se tiene certeza del nivel de actualización de este (se menciona la anterior Ley de Contratación Administrativa), lo cierto es que son insumos oficiales publicados en SICOP. Por lo que, se deben considerar, dentro de los elementos importantes que logran describir los actos principales para la realización del procedimiento de subasta que permite dicho sistema.

Ahora bien, para el caso de concesión de espectro, de seguido se describe por qué los procedimientos denominados en SICOP como “Manual de Subasta a la baja P-PS-164-07-2020” y “Subasta Inversa Electrónica P-PS-167-07-2021” no resultan aplicables para satisfacer los objetivos de política pública dispuestos para el procedimiento concursal iniciado por el Poder Ejecutivo mediante el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT, ni de acuerdo con las mejores prácticas internacionales en cuanto a la asignación de este recurso escaso:

Tabla 1
Revisión de tipos de subasta habilitados en SICOP

Tipo de subasta SICOP	Detalle de funcionalidad	Justificación técnica
Manual P-PS-164-07-2020	“...es una modalidad de contratación prevista en la Ley de Contratación Administrativa, donde los proveedores participantes pujan para ofrecer el menor precio con el fin de que la institución compradora acepte su oferta”	El proceso de licitación mayor por etapas, contará con una fase de asignación de espectro al alza y simultánea para diferentes bloques de espectro, facilidad de la que no dispone la plataforma SICOP. El participante que ofrezca la mayor postura (ya sea monto económico y unidades de infraestructura de acceso por desplegar) es el que resultará ganador.

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones
200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA
Tel. 2211-1299
despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023
MICITT-DM-OF-856-2023
DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023
CONSEJO DE LA SUTEL

Página 8 de 19

Tipo de subasta SICOP	Detalle de funcionalidad	Justificación técnica
Manual P-PS-164-07-2020	<i>"Para registrar la moneda con la cual se realizarán todas las pujas de la partida..."</i>	El proceso de licitación mayor por etapas deberá cumplir con los objetivos de política pública establecidos, por lo que la fase de adjudicación incluirá una puja que se realizará en términos de la cantidad de unidades de infraestructura de acceso por desplegar por encima del mínimo establecido en el pliego. El oferente deberá aceptar el precio base para posteriormente pujar en los términos descritos. Por lo tanto, existen dos componentes necesarios para la presentación de posturas durante la puja.
Manual P-PS-164-07-2020	<i>"...debemos elegir la Modalidad de pago..."</i>	El proceso de licitación mayor por etapas en su fase de adjudicación de espectro considerará dos componentes para la eventual adjudicación de un bloque de espectro a un oferente, el primero de ellos, el precio base, y el segundo, la cantidad de unidades de infraestructura de acceso que sean resultantes del proceso. El Manual de SICOP no permite desarrollar un proceso de licitación de espectro de esta forma.
Manual P-PS-P-PS-167-07-2021	<i>"...se debe colocar el % mínimo de descuento o % mínimo de aumento para cada puja que se realice". También en esta sección se debe colocar la cantidad de máxima de pujas/ofertas que pueden presentar los participantes al proceso.</i>	En el proceso de licitación mayor por etapas, considera una fase de adjudicación en la cual no existe un porcentaje fijo de aumento de unidades de infraestructura por ronda, esto va a variar según las posturas que cada oferente coloque en la ronda anterior. Asimismo, no hay un límite máximo de pujas/ofertas, es decir, dependerá del interés de los oferentes en cada ronda.

Adicional a lo anterior, se llevó a cabo un análisis de la Ley General de Contratación Pública (Ley N.º 9986), CAPÍTULO III, SECCIÓN II, artículo 65, así como del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (Decreto N°43808-H), CAPÍTULO III, SECCIÓN II, artículos del 160 al 165, específicamente en cuanto al mecanismo de subasta habilitado a nivel de contratación pública, de



06 de diciembre del 2023
MICITT-DM-OF-856-2023
DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023
CONSEJO DE LA SUTEL

Página 9 de 19

los cuales se extraen las siguientes diferencias con respecto al proceso concursal de espectro radioeléctrico que se pretende llevar a cabo.

Tabla 2

Revisión de tipos de subasta habilitados en la Ley y el Reglamento en materia de contratación pública

Referencia normativa	Disposición	Diferencias con el proceso de licitación mayor pretendido
Ley N°9986: CAPÍTULO III, SECCIÓN II, artículo 65	<p><i>“Se faculta a la Administración para que utilice el procedimiento de contratación de subasta inversa electrónica, independientemente del monto, a través del sistema digital unificado, cuando se trate de bienes y servicios comunes y estandarizados o compra de tecnología que reúna tales requisitos. La entidad contratante elegirá al oferente cuya propuesta constituya el menor precio luego de un proceso de puja a la baja.”</i></p> <p><i>“...se indicarán los servicios o bienes que se pretenden adquirir...”</i></p>	<p>Como se ampliará más adelante, las bandas de frecuencias no corresponden a bienes comunes (tangibles susceptibles de remate), ya que, cada banda de frecuencias tiene configuración y condiciones diferentes, a saber: la cantidad de bloques genéricos de espectro disponibles y su ancho de banda, el precio base, la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso requeridas para la puja y el valor de control de concentración de espectro asociado.</p> <p>Asimismo, la licitación mayor por etapas contempla una fase de asignación de espectro, que tal y como se mencionó, es al alza, siendo que se busca el mayor beneficio económico por la puesta a disposición de terceros de un bien demanial para su explotación. Por su parte, en la subasta inversa electrónica que dispone la actual legislación, tiene por característica esencial que el proceso de puja es a la baja, por cuanto se busca el menor precio para la Administración en la oferta de bienes y</p>



06 de diciembre del 2023
MICITT-DM-OF-856-2023
DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023
CONSEJO DE LA SUTEL

Página 10 de 19

Referencia normativa	Disposición	Diferencias con el proceso de licitación mayor pretendido
		<p>servicios comunes y estandarizados que reúnan esos requisitos.</p> <p>Finalmente, la licitación mayor por etapas pretende otorgar en concesión el bien demanial a un oferente, según las condiciones del pliego de condiciones, el título habilitante, el contrato y la normativa vigente, lo cual difiere de la compra o adquisición. Es decir, por las características intrínsecas del espectro radioeléctrico y según la prohibición establecida en la Constitución Política, existe una limitación de índole constitucional para que este bien salga del dominio del Estado, como sí suele acontecer con los bienes muebles e inmuebles que la Administración somete al procedimiento de subasta.</p>
Decreto N°43808-H: CAPÍTULO III, SECCIÓN II, artículo 160	<i>“Es un procedimiento extraordinario de selección a través del cual las entidades públicas contratan bienes y servicios comunes y estandarizados o compra de tecnología”</i>	El proceso de adjudicación de espectro no pretende contratar algún tipo de bien, al contrario, busca adjudicar un bien demanial a un tercero, por un plazo finito, debidamente establecido en el artículo 24 de la Ley General de Telecomunicaciones.
Decreto N°43808-H: CAPÍTULO III, SECCIÓN II, artículo 162	<i>“La Administración convocará a todos los interesados a una puja de precios, adjudicándose la oferta de menor precio. Para ese fin, el encargado de la contratación presidirá y monitoreará el proceso realizando las indicaciones y aclaraciones pertinentes a través del sistema digital unificado, así como,</i>	El proceso de licitación mayor por etapas pretendido, además de ser al alza, busca adjudicar la postura de mayor valor, que para este caso se medirá por medio de la mayor cantidad de unidades de infraestructura de acceso por desplegar por encima del mínimo establecido en el pliego.



06 de diciembre del 2023
MICITT-DM-OF-856-2023
DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023
CONSEJO DE LA SUTEL

Página 11 de 19

Referencia normativa	Disposición	Diferencias con el proceso de licitación mayor pretendido
	<i>recordando las reglas para realizar la puja, entre éstas, la cantidad de pujas permitidas."</i>	Asimismo, para el procedimiento concursal de espectro, no se define la cantidad de pujas, dependerá de las ofertas recibidas en cada una de las rondas.
Decreto N°43808-H: CAPÍTULO III, SECCIÓN II, artículo 165	<i>"La Administración, a través del funcionario competente según la estructura interna de cada institución, deberá emitir el acto final en un plazo máximo de diez días hábiles siguientes al cierre de la subasta en el sistema digital unificado."</i>	Para la licitación mayor por etapas pretendida, el acto final lo debe emitir el Poder Ejecutivo, a partir de la recomendación técnica emitida por la SUTEL, mediante la emisión del Acuerdo Ejecutivo, la confección de los contratos de concesión y el refrendo de la Contraloría General de la República (entre otras tareas a realizar), por lo cual, el plazo de 10 días hábiles es insuficiente para que la Administración pueda culminar con el proceso.

Adicional a lo ya indicado por el MICITT y la SUTEL en el oficio N° MICITT-DM-OF-591-2023 / N° 05786-SUTEL-CS-2023 de fecha 11 de julio de 2023 sobre la descripción del procedimiento concursal de espectro, es posible agregar lo siguiente:

- El Poder Ejecutivo, según sus competencias y como dueño del bien demanial, es quién emite la decisión inicial del proceso concursal (Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT) y quién adjudica el recurso escaso, según las recomendaciones de SUTEL, como órgano instructor del procedimiento. Asimismo, cabe señalar que los contratos que suscriba el Poder Ejecutivo con los adjudicatarios deberán ser refrendados por la Contraloría General de la República, tal y como lo establece el artículo 18 de la Ley General de Telecomunicaciones.
- En este sentido, es SUTEL quien instruye el procedimiento cumpliendo con el procedimiento de licitación mayor por etapas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley General de Contratación Pública N° 9986, para lo cual elabora el pliego de condiciones, verifica el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, declara los oferentes elegibles, convoca y



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 12 de 19

ejecuta la fase de adjudicación definida y emite la recomendación de adjudicación de los segmentos de frecuencias específicos al Poder Ejecutivo.

- La SUTEL adquirió en el año 2018 mediante la contratación N° 2018LA-000006-0014900001, una licencia de software para llevar a cabo procesos concursales de espectro radioeléctrico. Dicha licencia continúa vigente, según las condiciones del contrato correspondiente.
- Para este procedimiento de licitación mayor por etapas, con el fin de dar cumplimiento a los objetivos de política pública definidos por el Poder Ejecutivo, se contempla la fase de adjudicación definida por SUTEL, la cual corresponde a un formato en el que todas las diferentes bandas de frecuencias se ponen a disposición de los oferentes de manera simultánea, pero cada una de ellas tiene condiciones particulares como, por ejemplo: la cantidad de bloques genéricos, el ancho de banda de cada bloque genérico, precio base, la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desplegar y el control de concentración de espectro aplicable.

Así las cosas, el sistema con que cuenta la SUTEL permite automatizar la verificación de cada uno de estos parámetros a cada tipo de banda de frecuencias, con el fin de evitar el procesamiento manual de las posturas presentadas por los oferentes durante la fase de puja y mostrar en tiempo real a los oferentes esta información. Debe notarse que estas condiciones diferenciadas entre bandas de frecuencias existen también entre las dos fases de la adjudicación. Es decir, una banda de frecuencias particular tendrá ciertas condiciones durante la fase 1 (puja) y otras durante la fase 2 (adjudicación), lo cual debe ser identificado y mostrado a los oferentes de manera automática por el sistema utilizado.

- Aunado al punto anterior, durante la ejecución del mecanismo de adjudicación se ponen a disposición de los oferentes bloques genéricos del espectro, es decir, bloques idénticos en una misma banda de frecuencias. Sin embargo, una vez finalizada la adjudicación, la SUTEL aplicará el procedimiento establecido en el pliego de condiciones para la recomendación de adjudicación de bloques específicos del espectro en cada banda de frecuencias a cada oferente que haya resultado ganador, siguiendo un orden descendente con base en los criterios de evaluación de las posturas recibidas.

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA

Tel. 2211-1299

despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 13 de 19

- El sistema electrónico adquirido por SUTEL permite gestionar de manera independiente la condición de cierre de cada una de las bandas de frecuencia durante las dos fases del procedimiento concursal. Es decir, si para una banda de frecuencias no se presentan nuevas posturas durante alguna ronda, se cumplirá la condición de cierre para dicha banda, pero no para las demás, para las cuales los oferentes podrán seguir pujando, de conformidad con las condiciones establecidas en el pliego de condiciones. Estas características deben ser automáticas dentro del sistema, dado que las rondas de puja tienen una duración definida en el mismo pliego.
- El sistema electrónico adquirido por SUTEL cuenta con un chat para atender en tiempo real las eventuales consultas de los participantes durante la ejecución del mecanismo de adjudicación, así como avisos personalizados programados con base en la cantidad de minutos disponibles antes de finalizar una ronda u otras condiciones similares.
- El sistema electrónico adquirido por SUTEL organiza las posturas recibidas durante las fases de puja para el bloque genérico de cada banda de frecuencias, lo cual permite identificar de manera eficiente las posturas válidas de mayor valor presentadas con el fin de realizar la recomendación de adjudicación de frecuencias específicas a cada ganador.

Como puede notarse, el sistema electrónico adquirido por la SUTEL, el cual ya ha sido utilizado en otros procedimientos concursales y que pretende utilizarse para el procedimiento de referencia, tiene una serie de características técnicas particulares que permite la personalización del mecanismo de adjudicación de conformidad con las condiciones que defina el ente regulador durante la elaboración del pliego de condiciones de forma consistente con el procedimiento de licitación mayor por etapas y, en cumplimiento de los objetivos de política pública trazados por el Poder Ejecutivo.

De esta manera, se busca que, al tener un procedimiento concursal exitoso, en procura la efectiva satisfacción del interés público que conlleva mejorar las condiciones de calidad y cobertura, lo cual redundara en un mayor acceso a los servicios de telecomunicaciones y el nivel de desarrollo de infraestructura a partir de las tecnologías IMT-2020, incluyendo 5G en el corto y mediano plazo.

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA

Tel. 2211-1299

despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 14 de 19

No se omite señalar que no es atribuible a la Administración, la responsabilidad de que SICOP no permita el cumplimiento de las funcionalidades, diseño y configuración que se requieren para la fase de adjudicación del proceso de licitación mayor por etapas, ya que es SUTEL quien instruye el procedimiento, pero el acto final debe emitirse por parte del Poder Ejecutivo, aspecto que no es viable actualmente según la asignación de roles dentro de SICOP, siendo que dicha plataforma, no permite que un funcionario de determinada Institución (en este caso SUTEL), traslade la recomendación final a un funcionario de otra entidad (en este caso el Poder Ejecutivo) para que este emita el acto de adjudicación. El SICOP no dispone de dicha facilidad técnica para que de manera conjunta diversas instituciones puedan interactuar dentro de un mismo procedimiento de contratación considerando que las competencias legales (potestades de imperio y su ejercicio) asignadas a cada autoridad sectorial son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, a tenor de lo dispuesto en el artículo 66 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública.

iii. Fundamentación de que la promoción del concurso es la única forma de satisfacer el interés público

En la solicitud inicial, presentada mediante oficio N° MICITT-DVT-OF-363-2023 de fecha 23 de mayo de 2023, se indicó:

“Así las cosas, tomando en cuenta la experiencia exitosa de la SUTEL en los últimos procesos licitatorios de espectro, así como las buenas prácticas internacionales, el “Sistema Electrónico de Subasta” con que cuenta la Superintendencia permite desarrollar distintas modalidades de subasta en forma eficiente, transparente, en condiciones de igualdad y libre competencia, y en concordancia con las normas y principios constitucionales y legales establecidos”.

Lo anterior, además, se encuentra relacionado con lo indicado mediante el oficio N° MICITT-DM-OF-591-2023/ 05786-SUTEL-CS-2023 de fecha 11 de julio del 2023, el cual señaló:

“Al respecto, en virtud de las condiciones especiales del régimen dispuesto por los artículos 11, 12, 13, siguientes y concordantes de la Ley N° 8642, “Ley General de Telecomunicaciones” (LGT) y artículos del 21 al 25 del Decreto Ejecutivo N° 34765-MINAET, “Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones” (RLGT), y siendo que la plataforma SICOP no dispone de las facilidades de orden técnico requeridas para el

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA

Tel. 2211-1299

despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 15 de 19

cumplimiento de los objetivos de política pública¹, que permitan el trámite de los procesos concursales de subasta de frecuencias del espectro radioeléctrico² por medio de una subasta simultánea de reloj (causal de fuerza mayor) en la cual no solo se ofertará en términos económicos, resulta meritorio, en atención al efectivo cumplimiento del interés público inherentes a este tipo de procesos concursales, y de los principios de eficiencia y eficacia (...)"

Según los oficios que se han presentado a la DCoP, es indispensable que se tome en cuenta para el otorgamiento favorable de la autorización solicitada, que el espectro radioeléctrico, es un bien constitucional de dominio público, según lo dispuesto en los artículos 121 inciso 14 subinciso c) de la Constitución Política, 7 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones y 9 del Decreto Ejecutivo N° 35257, Plan Nacional de Atribución de Frecuencias y sus reformas. Por lo tanto, cumple con las características propias de estos bienes, sea, la imposibilidad de salir del dominio del Estado y, su planificación, administración y control se rige según lo establecido en la Constitución Política de la República de Costa Rica, los tratados internacionales, las leyes y reglamentos que al efecto se emitan, así como lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones y el PNAF, según lo dispone el artículo 10 de la citada Ley General de Telecomunicaciones.

El espectro radioeléctrico sólo puede ser explotado por la Administración Pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca el legislador, según lo instituye el artículo 121 inciso 14) subinciso c) de la Constitución Política que señala:

"Artículo 121.-

¹ Objetivos de política pública establecidos en el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT y el oficio MICITT-DM-OF-416-2023

² De acuerdo con la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento, únicamente dispone del módulo de subasta inversa electrónica, el cual por sus características no es compatible con los tipos de subasta que se requieren para los procesos concursales de frecuencias del espectro radioeléctrico.

Al respecto, el proceso de subasta requerido para concursar por la eventual asignación del espectro radioeléctrico como bien demanial constitucional, no solo requiere la intervención del MICITT y la Sutel sino que, requiere cumplir en dos fases distintas con los pasos descritos a continuación (...)"



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 16 de 19

(...)

14) *Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.*

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado

a) (...)

b) (...)

c) *Los servicios inalámbricos*

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa (...)"

En razón de lo anterior, las concesiones para el uso y explotación del espectro radioeléctrico sólo confieren a su titular, el derecho de explotar o de hacer uso de éste en los términos y las condiciones técnicas estipuladas en el respectivo título habilitante, sin que se genere derecho alguno de dominio sobre el mismo.

Adicionalmente, y de conformidad con el artículo 44 del Convenio Constitutivo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)¹, se establece que el espectro radioeléctrico debe ser usado por cada Estado miembro con racionalidad y mejor aprovechamiento para toda la población, con el fin de garantizar un uso adecuado y efectivo del espectro radioeléctrico, en aras del bienestar de la colectividad, asegurando además, el desarrollo de los sectores más vulnerables.

En el caso de la Ley General de Telecomunicaciones, ya citada, por así estar dispuesto en dicho texto normativo, y en el sentido del transcrito artículo 121 Constitucional, empezó a surtir efectos a partir de su publicación en el Diario Oficial La Gaceta, en fecha 30 de junio de 2008. Referente a dicha Ley, se debe indicar que como parte de los objetivos contenidos en los incisos g) e i) de su artículo 2, se contempla la obligación del Estado costarricense, de asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos, así como procurar los máximos beneficios del progreso tecnológico y de la convergencia; así como el cumplimiento de los objetivos de la planificación, la administración y el control del espectro radioeléctrico establecidos en el artículo 8 incisos a) y b) de la referida Ley.

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA

Tel. 2211-1299

despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 17 de 19

En aras de cumplir con los objetivos plasmados en la Ley General de Telecomunicaciones, el legislador definió una serie de mecanismos tendientes a regular las condiciones en que se otorgan las concesiones para el uso del espectro radioeléctrico de modo tal que se asegure el uso eficiente de este limitado y escaso recurso, así como un adecuado control de este por parte del Estado costarricense.

El principal efecto del otorgamiento de una concesión y por ende de la celebración de un contrato es precisamente su fuerza obligatoria, la cual "(...) se traduce en el imperativo de que las partes den cumplimiento, de buena fe, a las obligaciones surgidas del acuerdo de voluntades, así como a aquellas que emanan de la naturaleza de las obligaciones pactadas o que por ley pertenecen a ellas."³

De manera que, de la emisión de estos actos administrativos, surge el deber, tanto para la Administración Concedente como para el concesionario, de cumplir de buena fe con todas y cada una de las obligaciones emanadas directamente del contrato y de aquellas que surgen de su naturaleza misma.

El Estado requiere de asegurar el recurso escaso y estratégico, como lo es que el espectro radioeléctrico, sea utilizado por una persona física o jurídica que cuente con la capacidad e idoneidad para operar la red, y el interés de ir adaptando sus redes a las nuevas tendencias, a fin de suministrar un servicio de calidad a los usuarios finales.

De esta forma la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia N.º 2306-91, de fecha 06 de noviembre de 1991 y el Voto N.º 06053-2002 de las 14:38 horas de fecha 19 de junio de 2002, determinó que el espectro radioeléctrico sólo puede ser explotado por la Administración Pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que se establezcan en el ordenamiento jurídico.

A partir de lo expuesto, y para el caso concreto, la concesión pública se considera desde el punto de vista clásico e imperante como el acto jurídico por el cual una Administración Pública transfiere temporal y limitadamente parte de sus potestades o facultades a un sujeto particular, sea persona física o jurídica, para su coparticipación activa en la satisfacción de los intereses públicos.

Se recalca que, en el caso que nos ocupa la concesión tiene como fin último la satisfacción de los intereses públicos, esto es, colectivos, y están por encima de un interés particular o meramente comercial, en especial.

³ RODRÍGUEZ (Libardo). "Los efectos del incumplimiento de los contratos administrativos", Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, N.º 5 (enero-junio 2009), p. 344

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA

Tel. 2211-1299

despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 18 de 19

Por lo cual el concesionario a partir de la transferencia parcial de las potestades públicas a su favor se eleva a la categoría de sujeto calificado como instrumento de satisfacción de intereses públicos.

iv. Prueba de que la Administración invitó al proveedor a registrarse en el sistema digital unificado, así como la respuesta emitida por este, cuando corresponda.

Para el caso concreto no aplica la valoración de este supuesto, ya que los motivos de exclusión de la utilización de SICOP no obedecen a los eventuales oferentes, sino a la necesidad por atender y a circunstancias de fuerza mayor.

v. La definición de si la solicitud de excepción requerida por la Administración, es total o parcial. En caso de ser parcial, debe hacerse referencia al módulo específico del sistema sobre el cual solicita la exclusión.

La solicitud de la excepción requerida por la Administración es total, sin perjuicio de que toda la documentación que se genere dentro del procedimiento de licitación mayor por etapas, incluido lo relativo al resultado de la fase de adjudicación, sea incorporada a la plataforma SICOP para la permitir la consulta abierta de dicha información en atención a los principios de publicidad, transparencia, eficiencia y eficacia que establece la normativa de contratación y las normas especiales en materia de telecomunicaciones.

En el marco de las consideraciones antes descritas, resulta indispensable señalar que las entidades que suscriben el presente oficio serán garantes de que se cumpla con los principios que informan los procesos de contratación administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la citada ley.

Por lo anterior, reiteramos la solicitud de excepcionar el uso total de la herramienta SICOP en el proceso concursal para la habilitación del uso y explotación del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la implementación de sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT), incluyendo 5G.

El presente oficio es suscrito por los respectivos jefes de las autoridades sectoriales de las telecomunicaciones competentes por disposición legal para el trámite del proceso concursal señalado. Para tal efecto, el señor Chacón Loaiza, firma en su condición de Presidente del Consejo de la Sutel (SUTEL), con facultades de representante judicial y extrajudicial según el artículo 61 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N.º 7593, de conformidad con el

Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones

200 metros Oeste de Casa Presidencial, Edificio MIRA

Tel. 2211-1299

despacho.telecom@micitt.go.cr



06 de diciembre del 2023

MICITT-DM-OF-856-2023

DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES

10364-SUTEL-CS-2023

CONSEJO DE LA SUTEL

Página 19 de 19

acuerdo del Consejo de la Sutel N.º 002-002-2023 de la sesión ordinaria 002- 2023, celebrada el 12 de enero del 2023, y por parte del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), firma el presente oficio, el señor Vargas Picado, en su condición de Viceministro de Telecomunicaciones, nombrado en dicho cargo, mediante el Acuerdo Presidencial N.º 311-P de fecha 9 de agosto de 2023 y de conformidad con las funciones establecidas en el artículo 3 del Reglamento de organización de las áreas que dependen de Viceministro (a) de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo N.º 38166-MICITT.

Hubert Vargas Picado
Viceministro de Telecomunicaciones

Federico Chacón Loiza
Presidente Consejo Sutel

Cc

- Sra. Paula Bogantes Zamora, Ministra, MICITT
- Consejo Directivo Superintendencia de Telecomunicaciones
- Equipo de Trabajo Proceso Concursal-SUTEL
- Equipo de Trabajo Proceso Concursal MICITT
- Expediente Administrativo DNPT-135-2020, Dirección de Concesiones y Normas en Telecomunicaciones