



RESOLUCIÓN MH-DCoP-RES-0007-2024

Ministerio de Hacienda. Dirección de Contratación Pública. San José a las once horas con veintiún minutos del primero de febrero de dos mil veinticuatro.

Conoce este Despacho, del recurso de revocatoria con apelación en subsidio planteado mediante oficio “*MICITT-DM-OF-032-2024 Despacho Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, 00440-SUTEL-CS-2024 Consejo de la SUTEL de fecha 17 de enero de 2024*”, contra la resolución MH-DCoP-RES-0004-2024 de las once horas con cuarenta y nueve minutos del nueve de enero de dos mil veinticuatro.

Resultando

1.- Que mediante oficio **MICITT-DM-OF-856-2023** del **DESPACHO del VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES 10364-SUTEL-CS-2023 CONSEJO DE LA SUTEL** de fecha **06 de diciembre de 2023**, recibido el 7 del mismo mes y año, en el correo oficial de la Dirección de Contratación Pública (en adelante DCoP), suscrito por los señores Hubert Vargas Picado, Viceministro de Telecomunicaciones y Federico Chacón Loaiza, Presidente Consejo SUTEL (en adelante MICITT-SUTEL) se solicitó a esta Dirección, autorizar el trámite para realizar fuera del Sistema Digital Unificado (en adelante SDU), siendo este en la actualidad el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), el procedimiento “*concurzal IMT 5G*” conforme al 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.

2.- En la resolución MH-DCoP-RES-0004-2024 de las once horas con cuarenta y nueve minutos del nueve de enero de dos mil veinticuatro, la Dirección de Contratación Pública rechazó la solicitud de autorización de exclusión total del SDU, requerida mediante el oficio MICITT-DM-OF-856-2023 **DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES 10364-SUTEL-CS-2023 CONSEJO DE LA SUTEL**, la cual fue notificada el 12 de enero de 2024, por correo electrónico.



3.- Que mediante oficio MICITT-DM-OF-032-2024 Despacho Ministra de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, 00440-SUTEL-CS-2024 Consejo de la SUTEL de fecha 17 de enero de 2024, recibido en el correo electrónico de la DCoP el 17 de enero de 2024, se plantea recurso de revocatoria con apelación en subsidio.

4.- Que en el presente asunto se han observado las disposiciones normativas que rigen la materia.

Considerando

I. Sobre la admisibilidad del recurso.

Los artículos 346, inciso 1) y 347, inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública¹, en lo que interesa, señalan:

“Artículo 346: 1. Los recursos ordinarios deberán interponerse dentro del término de tres días tratándose del acto final y de veinticuatro horas en los demás casos, ambos plazos contados a partir de la última comunicación del acto.” (Resaltado no pertenece al texto original)

“Artículo 347 (...)

2. Es potestativo usar ambos recursos ordinarios o uno de ellos, pero será inadmisibles el que se interponga pasados los términos fijados en el artículo anterior... (Resaltado no es del original).

Conforme a la normativa citada, consta que por medio del correo electrónico oficial de esta Dirección dcop@hacienda.go.cr se realizó la notificación de la resolución MH-DCoP-RES-0004-2024 el 12 de enero de 2024, y el recurso de revocatoria con apelación en subsidio fue planteado el 17 de enero de 2024, por lo que el mismo fue presentado en tiempo.

II. Con respecto a la legitimación del recurso interpuesto.

Debe rescatarse que la legitimación es la aptitud para ser parte de un proceso y que no toda persona que tenga capacidad procesal tiene legitimación. Al respecto, los tratadistas González Pérez y González Navarro, citados por Ernesto Jinesta Lobo, han señalado:

¹ Ley N°6227, del 02 de mayo de 1978.



“(...) La legitimación implica una relación del sujeto con lo que constituye el objeto del procedimiento, una especial posición del sujeto respecto del acto que ha de dictarse en el procedimiento”.²

En el caso bajo análisis, el recurso fue suscrito por la señora Paula Bogantes Zamora, quien ostenta el cargo de Ministra del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (en adelante MICITT) conforme al Acuerdo Presidencial No. 194-P de fecha 06 de febrero del 2023, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 26 del 13 de febrero de 2023, ejerciendo el cargo de máximo Jerarca del MICITT y la señora Cinthya Arias Leitón, quien firma en su condición de Presidente del Consejo de la SUTEL, acorde al Acuerdo del Consejo número 004-074-2023 de la Sesión Ordinaria número 074-2023 celebrada el 14 de diciembre de 2023, con facultades de apoderada generalísima sin límite de suma para lo cual ostenta la representación judicial y extrajudicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos³, No.7593, por lo que se encuentran legitimadas para plantear el presente recurso de revocatoria con apelación en subsidio.

III. En cuanto al fondo del recurso.

a) Sobre los argumentos para fundamentar el recurso.

Se señala en el recurso planteado que la solicitud de exclusión del uso del SICOP se formuló en atención al principio de transparencia que rige la materia de contratación pública, exponiendo la situación acaecida, expresando las razones del caso fortuito que motivan la excepción de uso del sistema, señalando que dicho requerimiento en ningún momento pretende la exclusión o excepción del cumplimiento de las disposiciones legales contenidas en la LGCP o su reglamento.

Además, señalan en su recurso que atendiendo la disposición contenida en el artículo 129 inicio b) de la LGCP, han solicitado la asesoría de la DCoP, siendo un fiel reflejo de la transparencia con la que han actuado, asesoría que llevó a la determinación a nivel interno de la Administración que *“por las particularidades*

² Jinesta Lobo Ernesto, (2007), *Tratado de Derecho Administrativo III*” p. 238.

³ Ley No. 7593 del 9 de agosto de 1996 *“(...) La Superintendencia de Telecomunicaciones estará a cargo de un Consejo que estará integrado por tres miembros propietarios. De entre sus miembros le corresponderá al presidente la representación judicial y extrajudicial de la Superintendencia, para lo cual tendrá facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma (...)”*



propias del bien a concesionar, lo procedente era la licitación mayor por etapas dispuesta en el artículo 59 de la Ley General de Telecomunicaciones, (sic) tomando en cuenta para ello, la cuantía económica del proceso, con el fin de brindar mayor garantía en plazos a los participantes y de contar con la flexibilidad requerida para poder realizar un proceso de asignación asociado a la subasta de espectro radioeléctrico como una de las etapa del proceso”.

Reiteran en su recurso que la solicitud de exclusión requerida a la DCoP es por la imposibilidad de usar el SDU, no la imposibilidad de utilizar el procedimiento de licitación mayor por etapas, indicando expresamente que *“resulta indispensable dejar claro que estas instituciones han sido enfáticas en señalar que la excepción que se solicita es para el uso del SICOP, software que no cuenta con las funcionalidades técnicas necesarias para realizar un proceso de subasta de espectro con las particularidades del caso que nos ocupa y no de la aplicación de la ley que rige la materia de contratación administrativa, de forma que se utilice el procedimiento de contratación que se ajuste para la asignación de espectro radioeléctrico para sistemas IMT incluyendo 5G.*

En igual sentido, se fundamenta el recurso con la indicación que se tiene claridad que deben respetar las disposiciones contenidas en la LGCP y su reglamento, siendo que la solicitud planteada radica en realizar el procedimiento de licitación mayor por etapas fuera del sistema en razón que se trata de una concesión de un bien demanial con particularidades para la selección de los concesionarios, para lo cual el mecanismo de selección no es compatible con las que hasta el momento cuenta el SICOP, siendo que se trata de un sistema de pujas hacia arriba.

Se argumenta además que las mejores prácticas internacionales en temas de asignación de espectro han situado a la subasta de espectro como el mecanismo idóneo, logrando una mayor competencia y participación en el proceso de asignación y además generando mayores ingresos para el Estado. Así las cosas, desde la creación de la SUTEL y con la entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones, se ha seguido el mecanismo de la subasta para los distintos procesos de asignación de espectro, los cuales se han llevado a cabo de forma exitosa y han posibilitado la situación actual en que se encuentra el país con un mercado sólido de telecomunicaciones con importantes operadores y proveedores internacionales.



Argumentan además en el recurso, que la licitación mayor por etapas que van a efectuar, 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, dispuesta en la LGCP, resulta ser el más atinente para el cumplimiento del fin público.

En el recurso se aclara que lo analizado por esta Dirección con relación a que anteriormente efectuaron contrataciones basadas en principios no se apega a la realidad, por cuanto, las contrataciones anteriores fueron licitaciones públicas internacionales por su cuantía y envergadura al tener un alcance de participación que trasciende las fronteras nacionales.

Conforme a los argumentos brindados en el recurso, existe la reiteración que existió una interpretación por parte de esta Dirección que no se ajustaba a la solicitud gestionada la cual era expresa en el apego a la LGCP, buscando únicamente el no uso del Software de la plataforma SICOP, no así de las formalidades legales y los procedimientos establecidos en la normativa vigente.

b) Análisis de fondo del recurso interpuesto.

Como aspecto preliminar, respecto a la mención generada en el recurso, relacionada con la capacidad consultiva otorgada a esta Dirección, y su incidencia en la determinación de las actuaciones que la Administración ha decidido desarrollar para el caso en cuestión, debe aclararse que tal competencia refiere a la posibilidad de esta Dirección de orientar sobre los alcances de la LGCP y su Reglamento, escapando a dicha competencia la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante, o que refiera a la legalidad de actos ya dictados o aspectos propios de la facultad consultiva de la Contraloría General de la República u otros órganos o entes conforme lo dispone expresamente la Directriz MH-DCoP-DIR-002-2022, titulada *“Requisitos para la atención de consultas dirigidas a la Dirección de Contratación Pública”*. Todo lo anterior, es consecuente con lo dispuesto en los principios de concentración normativa y desconcentración operativa que rige la materia.



En este orden, para el ejercicio de la competencia técnico-consultiva prevista en el artículo 129 de cita, y generar los criterios requeridos por las instituciones y acorde al artículo 309 del Reglamento a la LGCP, se debe cumplir con los requisitos de admisibilidad establecidos en la Directriz MH-DCoP-DIR-002-2022 citada.

Aclarado lo anterior, conforme se señaló en la resolución MH-DCoP-RES-0004-2024 recurrida, el artículo 16 de la LGCP, dispone que toda la actividad de contratación pública regulada en dicha ley deberá realizarse por medio del SDU, previendo a su vez que ante situaciones de caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditados ante la DCoP, se puede autorizar la exclusión del uso del sistema, mediante acto motivado.

En ese sentido, es importante destacar que las recurrentes señalan que el procedimiento de contratación “*concurzal IMT 5G*”, cuenta con una regulación especial, que es la Ley General de Telecomunicaciones⁴.

La Ley citada, dispone en su numeral primero lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1.- Objeto y ámbito de aplicación
El objeto de esta Ley es establecer el ámbito y los mecanismos de regulación de las telecomunicaciones, que comprende el uso y la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones (...)”* (El resaltado no pertenece al texto original)

Por su parte los artículos 11 y 12 de la misma norma señalan:

*“ARTÍCULO 11.- Concesiones
Se otorgará concesión para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones. Dicha concesión habilitará a su titular para la operación y explotación de la red. Cuando se trate de redes públicas de telecomunicaciones, la concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público. La concesión se otorgará para un área de cobertura determinada, regional o nacional, de tal manera que se garantice la utilización eficiente del espectro radioeléctrico.* (El resaltado no pertenece al texto original)

⁴ Ley No 8642 del 4 de junio de 2008.



ARTÍCULO 12.- Procedimiento concursal

Las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, serán otorgadas por el Poder Ejecutivo por medio del procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de contratación administrativa y su reglamento. La Sutel instruirá el procedimiento, previa realización de los estudios necesarios, para determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de las concesiones, de conformidad con el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y las políticas sectoriales.”

En razón de esta norma, según señalan las recurrentes, las licitaciones que se realizaron por parte del MICITT SUTEL siempre han sido Licitaciones Públicas Internacionales, lo que implica que no era un procedimiento por principios, como se señaló en la resolución recurrida, siendo que en la actualidad para la contratación que pretenden realizar, aplicarán el procedimiento de Licitación Mayor por Etapas, por lo que se siguen ajustando a las regulaciones contenidas en la normativa vigente en cuanto a los procedimientos propios para la selección de los concesionarios.

En el caso bajo estudio, las recurrentes detallan que el procedimiento que se utilizará será el establecido en la LGCP, en este caso, que se trata de una Licitación Mayor por etapas, pero que por las particularidades del objeto contractual que se dará en concesión, deberá complementarse con la tramitación de una subasta a la alza y en dos fases, lo cual comprende esta Dirección obedece a la particularidad del objeto contractual y a la forma que permita garantizar la utilización eficiente del espectro radioeléctrico, como lo prevé y detalla el artículo 11 de la LGT.

Acorde a lo señalado en el oficio de solicitud inicial MICITT-DM-OF-856-2023 DESPACHO VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES 10364-SUTEL-CS-2023 CONSEJO DE LA SUTEL del 6 de diciembre de 2023, se debe tomar en consideración la indicación ahí expresada de que:

“(…) 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 vulnerable (sic) 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. (...)” (El destacado no pertenece al original)

Dicho procedimiento, según se ha expuesto y reiterado por las recurrentes, se ajusta a las mejores prácticas internacionales, determinadas para este tipo de adjudicación, así como al cumplimiento de los objetivos de política pública trazados por el Poder Ejecutivo.

Al respecto del tema de las mejores prácticas internacionales, debe citarse lo analizado por la OCDE⁵, organismo internacional que se refiere de la siguiente manera:

“(...) Hasta ahora no existe una definición consensuada a nivel internacional, y menos en la legislación nacional sobre “mejores prácticas”, que cae dentro del soft law⁶. Ello no obsta para entender que una “buena práctica” es hacer las cosas desde otro enfoque, bajo una nueva perspectiva, mediante recetas previamente acordadas en el seno de las organizaciones internacionales. Partiendo de la base de que no existe una definición de las buenas prácticas, y menos prevalece un concepto avalado en los instrumentos jurídicos de la materia. No se trata de un concepto estático, sino dinámico, que va acorde con los cambios y mejoras regulatorias resultantes de las negociaciones y resoluciones que se adoptan en las organizaciones internacionales, las

⁵ LAS MEJORES PRÁCTICAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) Rodolfo Cancino Gómez, página 29.

⁶ soft law definición extraída del Diccionario Panhispánico del español jurídico

1. Int. priv. Conjunto de normas o reglamentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materias de carácter preferentemente dispositivo y que incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuación judicial o arbitral.

2. Int. púb. Actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa.



*cuales ponderan y valoran las experiencias de los casos concretos que se analizan dentro de los mecanismos de solución de diferencias, en las rondas de negociación o propuestas específicas que realizan los países para dar mayor certidumbre jurídica en la operación (...) **Las mejores prácticas internacionales son instrumentos contenidos en un orden jurídico superior, que puede innovar y contribuir a la mejora de procesos y procedimientos en materia de contratación pública.** En consecuencia, para lograr resultados a nivel interno es importante uniformar y exigir la utilización de las mejores prácticas a nivel central, estatal y municipal, para hacer mejor las cosas (...)*” (El resaltado no pertenece al texto original)

Es menester integrar, lo analizado y resuelto sobre el tema a nivel jurisprudencial. Es así como la Procuraduría General de la República, señala en el Dictamen 177 del 18 de setiembre de 2023 lo siguiente:

“(...) Por lo que es la propia norma constitucional la que califica como un bien de la Nación el espectro electromagnético o radioeléctrico y dispone que este solo puede ser explotado por los particulares en virtud de una concesión administrativa otorgada de conformidad a una ley formal o de una concesión legislativa especial. Por lo demás, el uso, aprovechamiento y explotación del referido espectro electromagnético o radioeléctrico se rige por el ordenamiento jurídico sobre telecomunicaciones, que está conformado por la propia Constitución Política, los tratados y convenios internacionales vigentes en Costa Rica, la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley de Radio, el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones y otras normas” (voto n.º 2017-11715 de las 15:05 horas del 26 de julio de 2017; el subrayado no es del original). Acerca de lo expuesto hasta ahora, conviene citar a continuación los artículos 11 y 12 de la LGT:

(...)

El artículo 6 de la misma ley aclara que la red pública de telecomunicaciones es la que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público (inciso 21), siendo estos servicios los que se ofrecen al público en general, a cambio de una contraprestación económica (inciso 24); lo que se corresponde, tratándose del espectro, con el uso comercial de las bandas de frecuencias (artículo 9, letra a), LGT).

La palabra concesión en su misma significación jurídica implica exclusividad^[7], siendo esa la regla impuesta por la LGT cuando conlleve



la “reserva” de un determinado uso (en este caso el comercial) en favor exclusivo del titular. Así también se desprende del artículo 19 de la misma ley, cuando a modo de excepción del procedimiento concursal, contempla la concesión otorgada por el Poder Ejecutivo en forma directa y según el orden de recibo de la solicitud por el interesado, en los supuestos de “frecuencias requeridas para la operación de redes privadas y de las que no requieran asignación exclusiva para su óptima utilización” (el subrayado es añadido).

Por otro lado, la identidad del concesionario es una cuestión importante para la Administración concedente, ya que a esta no debe serle indiferente quién es el titular de la concesión, ni las condiciones en que se explota el recurso demania^[8]; cautela que recoge la LGT en el procedimiento dispuesto para el otorgamiento del título habilitante, con las disposiciones atinentes a la selección del concesionario y la firma del contrato de concesión, en donde se estipulan las condiciones y obligaciones específicas de aquél (...)

Sobre este mismo tema, se analizó en el Dictamen citado, que la Sala Constitucional también en un análisis que realizó, dimensiona el tema de la concesión y respecto al régimen jurídico particular a su explotación, señalando que: *“se rige por el ordenamiento jurídico sobre telecomunicaciones, que está conformado por la propia Constitución Política, los tratados y convenios internacionales vigentes en Costa Rica, la Ley General de Telecomunicaciones.”* (El subrayado no pertenece al original)

Como se desprende de la petición inicial, del recurso de revocatoria, así como del criterio de la Procuraduría General de la República y conforme lo señaló en su oportunidad la Sala Constitucional, efectivamente, existe una normativa especial, sea la LGT y el Convenio Constitutivo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), que regula el tema de la concesión concursal de espectro radioeléctrico. Resultando fundamental al conocer el presente recurso acotar que Costa Rica aprobó mediante Ley No. 8100 el Convenio de cita, denominado “Aprueba la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra el 22 de diciembre de 1992) y el instrumento de enmienda a la Constitución y al Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Kyoto 1994)” al cual se adhirió nuestro país mediante Decreto Ejecutivo No. 30612 del 05 de agosto de 2002 denominado “Adhesión de la República de Costa Rica a la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (22/12/1992) y el instrumento de



enmienda a la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (14/10/1994)”.

Es de relevancia indicar que el artículo 44 del Convenio de cita, 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 este orden de ideas debe recordarse que la LGCP establece los procedimientos de selección del contratista, así como los tipos contractuales y las modalidades de contratación; términos que no se deben confundir y que se encuentran intrínsecamente relacionados, dado que desde la etapa de planificación debe determinarse cuáles son los mecanismos más adecuados y eficientes para atender la necesidad institucional, distinguiéndose claramente que los **procedimientos de contratación son el mecanismo de selección del contratista** y se encuentran expresamente regulados en la LGCP, siendo éstos los procedimientos ordinarios, los extraordinarios, los especiales y los de excepción.

El tipo contractual refiere al acuerdo que se construye entre las partes y que las obliga recíprocamente en atención al objeto contractual, dentro de los cuales podemos identificar el contrato de suministros, el de servicios, de obra pública, de fideicomiso, entre otros.

Por su parte, la **modalidad de contratación constituye la forma en la que se materializará la realización del tipo contractual pactado**, como la precalificación abierta, por etapas o concurso con financiamiento, única entrega, múltiples entregas, entrega según demanda, consignación, convenio marco, entre otros.

En razón de lo expuesto, entiende esta Dirección que las recurrentes, dada la dinámica que caracteriza el objeto contractual de espectro radioeléctrico, y con fundamento en la LGT y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra, 1992), requieren acudir a la especificidad que reviste la licitación mayor prevista por la LGCP, complementada con la concesión y la modalidad de subasta a la alza que han detallado desde su



solicitud inicial que se sustentan en la Ley No 8100, tratado Internacional y la adhesión de Costa Rica al mismo, según se detalló líneas atrás.

Siendo responsabilidad de la Administración verificar que su actuación se ajuste a las necesidades institucionales y determinar que es la mejor forma de satisfacer el interés público.

En este orden, el artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública⁷, dispone que la *“actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal”*.

Al respecto, la Procuraduría General de la República en la Opinión Jurídica 114 – J del 23 de setiembre de 2014 cita el voto No. 3090–2013 de las 4:10 horas del 6 de marzo de 2013, en cuanto al tema, dispuso:

“(...) Al respecto, en cuanto a la noción de “interés público”, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que: “(...) la noción de “interés público” que aparece en el Derecho Público cumple una función triple: a) es uno de los criterios que inspira la interpretación y aplicación de sus normas; b) es un concepto jurídico que, por su parte, necesita ser interpretado, y; c) constituye el núcleo de la discrecionalidad administrativa. La esencia de toda actividad discrecional lo constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación. De manera que la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público, para que pueda tomar su decisión libre de un detallado condicionamiento previo, y sometido al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso (véase sentencia número 2006–001114 de las 09:45 horas del 03 de febrero de 2006).

Luego de lo detallado, corresponde ahora analizar si efectivamente existe una situación de caso fortuito o fuerza mayor, que habilite a esta Dirección autorizar la tramitación de la Licitación Mayor por Etapas para el procedimiento *“concurzal IMT 5G”*, fuera del SDU.

⁷ Ley No. 6227 del 02 de mayo de 1978



En este sentido, las recurrentes han acreditado las particularidades del objeto contractual, por las que requieren efectuar una licitación mayor por etapas, para adjudicar la concesión, y complementar dicho procedimiento, con una subasta, lo anterior por haberse diseñado así, conforme a las regulaciones contenidas en la Ley General de Telecomunicaciones, como derivado de las buenas prácticas internacionales según lo definido en el Convenio Constitutivo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

Ahora bien, alegan las recurrentes que el caso fortuito lo constituye la imposibilidad de tramitar en el sistema la licitación mayor por etapas, en la forma en que ha sido descrita por las gestionantes. En ese sentido, una vez consultada a la Unidad de Gestión del Sistema Digital Unificado, sobre lo alegado como caso fortuito o fuerza mayor, se indicó por parte de dicha Unidad que **efectivamente existe un impedimento técnico funcional para realizar la licitación mayor por etapas definida en la LGCP en el Sistema Digital Unificado**, circunstancia que deviene en el caso fortuito que prevé la normativa, **y que no puede ser atribuida en el presente caso a la Administración** solicitante, y en el caso particular, tampoco a la limitación del sistema, dado que en todo caso, la licitación mayor por etapas en la forma en que ha sido descrita por las recurrentes (donde se complementa dicha licitación con las mejores prácticas, situando a la subasta de espectro como el mecanismo idóneo) encuentra sustento en normas especiales como lo es el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Kyoto 1994)” al cual se adhirió nuestro país mediante Decreto Ejecutivo No. 30612 del 05 de agosto de 2002 denominado “Adhesión de la República de Costa Rica a la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (22/12/1992) y el instrumento de enmienda a la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (14/10/1994), antes citados.

Por lo que teniendo acreditado el caso fortuito de que la Licitación Mayor por etapas, en la forma en que se describe y complementa con ocasión de las normas de reiterada cita, no puede ser realizada a través del SICOP, lo procedente es autorizar el trámite del procedimiento fuera del sistema, siendo responsabilidad de la entidad contratante sustentar sus actuaciones, conforme corresponda.



En cuanto a la fundamentación de que la promoción del concurso es la única forma de satisfacer el interés público, se justifica en el oficio de la solicitud inicial indicando que:

“(...) 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 (...)

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. (...)”

Respecto, a la solicitud de la definición si es parcial o total, se ha precisado desde el inicio de la solicitud que la misma refiere a que se **les autorice tramitar fuera del sistema la totalidad de un procedimiento de licitación mayor por etapas.**

Que habiéndose conocido los argumentos planteados en el recurso y verificarse que se ha cumplido con los requisitos que la normativa prevé, procede declarar con lugar el recurso y autorizar la tramitación de dicha contratación fuera del SICOP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 16 de la LGCP y 27 de su Reglamento.

Que la autorización que se otorga no implica de ninguna forma una desaplicación de la LGCP, reiterándose que lo autorizado **es el no uso del SICOP únicamente.**

Corresponde a la Administración llevar un riguroso resguardo de todas las actuaciones relacionadas con la contratación autorizada y la documentación que respalda ese procedimiento de contratación, así como de la totalidad de gestiones que se tramiten fuera de SICOP, (expediente respectivo), de tal manera que se asegure su disponibilidad e integridad, asistiéndole el deber de



fiscalización a lo largo del procedimiento de contratación, conforme lo prevé el artículo 106 de la Ley General de Contratación Pública, en concordancia con lo preceptuado en la Ley General de Control Interno, a efecto de que se establezcan y conserven los mecanismos de control necesarios, que le permitan mantener, perfeccionar y evaluar la contratación respectiva, así como el control posterior por parte de los órganos competentes.

Es responsabilidad exclusiva del MICITT-SUTEL, verificar que el procedimiento por promoverse se ajuste a la normativa que resulte aplicable, debiendo utilizar los mecanismos que la LGCP prevé y que sean viables en razón de las particularidades del objeto contractual a licitar, de manera que bajo el análisis jurídico que le corresponde realizar a la Administración activa, se integren esas regulaciones especiales con las determinadas en la LGCP, lo que involucra además, la acreditación de supuestos necesarios en caso de utilizarse alguna excepción prevista en el ordenamiento jurídico vigente.

Bajo este escenario, se le recuerda al MICITT-SUTEL que es responsable y competente para acreditar que las razones que motivan la presente resolución **constituyen la forma más efectiva de atender la necesidad planteada.**

En igual sentido, el MICITT-SUTEL deberá incluir en el SICOP la información correspondiente al procedimiento, debiendo al efecto registrar todo el proceso de la contratación con cada una de las correspondientes etapas, utilizando para ello el tipo de procedimiento especial, seleccionando el fundamento *jurídico* “*Contrataciones por caso fortuito o fuerza mayor autorizada Art 16 (Ley 9986)*”, y finalmente, seleccionando la modalidad “contratación fuera de sistema”, opciones habilitadas en el sistema digital unificado.

La inclusión de la información en el sistema, deberá registrarse **dentro del plazo máximo de ocho días hábiles**, posteriores a la firmeza de la decisión final de la contratación autorizada, atendiendo para ello, lo establecido en el Manual elaborado al efecto, el cual puede ser accedido en el siguiente enlace [https://www.sicop.go.cr/atDocs/manuales_institucion/P-PS-191-08-2022_Contratacion_de_urgencia_\(fuera_del_sistema\).pdf](https://www.sicop.go.cr/atDocs/manuales_institucion/P-PS-191-08-2022_Contratacion_de_urgencia_(fuera_del_sistema).pdf) manteniéndose habilitadas las etapas subsiguientes para el registro correspondiente. Siendo responsabilidad de la entidad contratante completar el registro en sistema de todas las etapas de la contratación, manteniendo el expediente debidamente



actualizado debiendo remitir la comunicación respectiva a esta Dirección cuando se haya realizado dicho registro, a fin de proceder con la verificación respectiva por parte del Departamento de Mejora y Calidad en la Compra Pública (DMCCP)

Acorde a lo expuesto, siendo que se acredita que existe un caso fortuito debido a que el SICOP en la actualidad no cuenta con la mejora para poder realizar en el sistema una Licitación Mayor por Etapas, ni en la forma en que lo acredita el gestionante, lo procedente es declarar con lugar el recurso de revocatoria interpuesto y autorizar la solicitud de exclusión del uso del sistema para la tramitación del procedimiento “*concurzal IMT 5G*”, no sin antes reiterar que corresponde al MICITT-SUTEL, efectuar el procedimiento conforme a la normativa vigente , el cual conforme al artículo 18 de la Ley General de Telecomunicaciones deberá ser revisado por la Contraloría General de la República, con el fin de determinar la procedencia del refrendo correspondiente..

POR TANTO
LA DIRECTORA DE LA DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
RESUELVE

1.- De conformidad con los hechos alegados y normativa citada, declarar con lugar **el recurso de revocatoria** planteado contra la resolución MH-DCoP-RES-00004-2024 de las once horas con cuarenta y nueve minutos del nueve de enero de dos mil veinticuatro y al amparo de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de Contratación Pública y 27 de su Reglamento, **autorizar al MICITT-SUTEL la tramitación fuera del Sistema Digital Unificado, la contratación de Licitación Mayor por Etapas para el procedimiento “concurzal IMT 5G”,** conforme a la decisión inicial emitida mediante 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

Es de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante garantizar el **cumplimiento de la normativa vigente y aplicable durante la tramitación de la contratación**, lo que involucra la acreditación de supuestos necesarios en caso de utilizarse alguna excepción prevista en el ordenamiento jurídico vigente, o la existencia de normas especiales que fundamenten su actuación, asumiendo la responsabilidad de las razones que motivaron la autorización en los términos indicados.



3. La entidad contratante deberá incluir en el Sistema Digital Unificado la información correspondiente al procedimiento conforme lo detalla el apartado VIII del considerando tercero de la presente resolución, debiendo remitir la comunicación respectiva a esta Dirección cuando se haya realizado el registro de la contratación, a fin de proceder con la verificación respectiva por parte del Departamento de Mejora y Calidad en la Compra Pública.

4. Comisionese al Departamento de Mejora y Calidad en la Compra Pública, para que fiscalice el cumplimiento de la presente resolución.

Los términos y condiciones de la presente autorización corren a partir de su efectiva comunicación, sin que por medio de este se validen o aprueben actuaciones anteriores de la entidad contratante. La verificación del cumplimiento de lo dispuesto en la presente autorización recae en el solicitante o en quien ejerza su cargo.

Notifíquese.



Yesenia Ledezma Rodríguez
Directora Dirección de Contratación Pública

| | | | | |
|---|--|---|---|--|
| | | | | |
| Elaborado por: Maryoni Perez Castro Abogada, Unidad Normativa, DCoP | Revisado por: Alejandra Román Hernández Coordinadora, Unidad Normativa Normas y Contrataciones, DCoP | Revisado por: Roy Durán Lizano Unidad de Gestión del Sistema Digital Unificado - DCoP | Visto Bueno: Omar Mora Arias, Coordinador, Unidad de Gestión del Sistema Digital Unificado - DCoP | Aprobado Por: David Morales Lezcano Jefe, Depto., Compra Pública Estratégica - DCoP |