

**RECURSO DE OBJECCIÓN
AL CARTEL DE LA LICITACIÓN MAYOR 2024LY-000001-SUTEL**

Concesión de uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la implementación de sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT), incluyendo 5G.

Señores

Contraloría General de la República

contraloria.general@cgr.go.cr

plataforma.servicios@cgr.go.cr

Estimados señores:

El suscrito, José Gutiérrez Salazar, mayor, cédula de identidad número 1-1257-821, en su condición de Secretario con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de **LIBERTY TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA LY, S.A.**, cédula jurídica 3-101-610198 (en adelante "**LIBERTY**"), interpone en tiempo y forma, recurso de objeción al cartel de la Licitación Mayor 2024LY-000001-SUTEL ("Concesión de uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la implementación de sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT), incluyendo 5G.") con fundamento en lo siguiente:

I. PRESENTACIÓN DEL RECURSO FUERA DE SICOP

Dado que la LICITACIÓN se tramita fuera del Sistema Integrado de Compras Públicas ("SICOP") según fue autorizada la Superintendencia de Telecomunicaciones ("SUTEL") por resolución MH-DCoP-RES-007-2024 del 1 de febrero de 2024 de la Dirección de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda, se presenta este recurso directamente ante la Contraloría General de la República ("CGR").

II. LEGITIMACIÓN

LIBERTY es una empresa operadora de una red de telecomunicaciones móviles para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general que cuenta con dos concesiones para el uso y explotación del espectro radioeléctrico bajo las licitaciones públicas 2010LI-000001-SUTEL y 2016LI-000002-SUTEL.

Como empresa operadora y proveedora de servicios móviles de telecomunicaciones, LIBERTY tiene un claro interés en participar en la Licitación Pública Mayor 2024LY-000001-SUTEL (en adelante la "LICITACIÓN"), con el fin de ampliar la capacidad de su red, ofrecer servicios 5G y en general brindar un mejor servicio y experiencia a sus usuarios finales. Así, de conformidad con el artículo 95

de la Ley General de Contratación Pública (en adelante “LGCP”), LIBERTY como potencial oferente en la LICITACIÓN tiene la legitimación para la formulación de este recurso de objeción.

En esta línea, el artículo 14 de la Ley General de Telecomunicaciones indica que *“todo oferente potencial, o su representante, podrán interponer el recurso de objeción al cartel cuando considere que se ha incurrido en vicios de procedimientos o en alguna violación de los principios fundamentales de la contratación administrativa, se han omitido especificaciones técnicas, o se ha quebrantado, de alguna manera, el ordenamiento regulador de la materia.”*

III. OBJECIONES

A. Sección 3.1 (CAPÍTULO II – DE LAS CONCESIONES)

En esta sección se establece el espectro que se ofrece dentro de esta licitación, detallando las bandas, cantidad y tamaño de los bloques. Específicamente, para la banda de 700 MHz, se ofrecen 4 bloques de 2 x 10 Mhz y 1 bloque de 2 x 5 Mhz, para un total de 90 MHz.

Esta sección indica:

“3. DESCRIPCIÓN DEL ESPECTRO DISPONIBLE Y LAS CONCESIONES

3.1 *Mediante este procedimiento concursal, de conformidad con el artículo 1 del Acuerdo del Poder Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT y lo dispuesto en los Acuerdos Ejecutivos N°090-2023-TEL-MICITT y N°091-2023-TEL-MICITT, específicamente para la Fase 1, se dispondrán para eventual otorgamiento en Concesión a través de un proceso de Subasta hasta cuatro (4) bloques pareados de 10 MHz (2 x 10 MHz) y un (1) bloque pareado de 5 MHz (2 x 5 MHz) en la banda 700 MHz, hasta dos (2) bloques de 50 MHz en la banda de 2300 MHz, hasta ocho (8) bloques de 25 MHz en la banda de 3300 MHz a 3500 MHz, hasta cuatro (4) bloques de 25 MHz en la banda de 3600 MHz a 3700 MHz, hasta tres (3) bloques de 400 MHz y un (1) bloque de 50 MHz en la banda de 26 GHz y hasta cinco (5) bloques de 400 MHz en la banda de 28 GHz con la posibilidad de brindar cobertura en todo el territorio nacional según se describe en el cuadro siguiente:*

Tabla 1. Espectro disponible para subasta

Banda de frecuencias	Canalización según lo dispuesto en el PNAF		Rango de frecuencias	Duplexación	Número de bloques	Total de espectro disponible para asignar
	Arreglo según UIT-R M.1036	Arreglos según 3GPP				
700 MHz	A5	28 y n28	Móvil-Base: 703 MHz a 748 MHz	FDD	4 (2x10 MHz)	90 MHz

			Base-Móvil: 758 MHz a 803 MHz		1 (2x5 MHz)	
2300 MHz	E1	40 y n40	2300 MHz a 2400 MHz	TDD	2 (50 MHz)	100 MHz
3500 MHz	F3	52, n77 y n78	3300 MHz a 3500 MHz	TDD	8 (25 MHz)	200 MHz
			3600 MHz a 3700 MHz	TDD	4 (25 MHz)	100 MHz
26 GHz	---	n258	24250 MHz a 25500 MHz	TDD	3 (400 MHz)	1250 MHz
					1 (50 MHz)	
28 GHz	---	n257	27500 MHz a 29500 MHz	TDD	5 (400 MHz)	2000 MHz

La banda de 700 MHz es un recurso crítico para el despliegue de servicios móviles avanzados, especialmente en el contexto de la expansión de redes 5G. Cuando la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) de Costa Rica realizó la consulta pública del pre-cartel de la licitación para esta banda, se propuso la asignación de 9 bloques de 2x5 MHz. Sin embargo, en el cartel definitivo, se cambió inexplicablemente a 5 bloques, de los cuales cuatro son de 2x10 MHz y uno de 2x5 MHz. Este cambio no parece alinearse con los principios fundamentales de maximización de la eficiencia espectral ni con el objetivo de lograr la mayor asignación posible de espectro.

Uno de los objetivos fundamentales de esta licitación es lograr la mayor asignación posible de espectro y la maximización de la eficiencia espectral. Lo anterior también va de la mano con el principio rector de optimización de los recursos escasos establecido en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones ("LGT"). El espectro, como bien demanial, debe ponerse a disposición de la forma más eficiente posible, para que este pueda cumplir su vocación de estar al servicio del uso público.

En esto toma gran importancia la forma en que se ponga a disposición del mercado el espectro disponible y creemos que la forma más eficiente es la forma que se propuso en el pre cartel de este concurso, a través de bloques más pequeños de 2x5 MHz cada uno. El ofrecer 9 bloques de 2x5 MHz en vez de 4 bloques de 2x10 MHz más uno de 2x5 MHz permite una mayor participación de oferentes, ya que los 9 bloques permiten una mayor variedad o combinación de ofertas. Una oferta de 9 bloques iguales es una oferta mucho más flexible al permitir una mayor variedad de combinaciones, a diferencia de la oferta de 4 bloques más 1, que es más rígida.

Una oferta de una menor cantidad de bloques prioriza el enfoque recaudatorio sobre cualquier otro, ya que los posibles participantes deberán competir por una menor cantidad de bloques disponible y esto contraviene los lineamientos dictados por el MICITT para esta licitación en el Acuerdo Ejecutivo 031-2023-TEL-

MICITT que establecen la priorización de la promoción de la competencia, la maximización de la eficiencia espectral y del despliegue de infraestructura sobre el enfoque recaudatorio. Por su parte, la oferta de 9 bloques, al ser más flexible y brindar más opciones al mercado, permitiría la adjudicación de espectro a un mayor número de participantes, promoviendo la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

En otras palabras, la forma en que se está ofreciendo la banda de 700 MHz en el cartel, incumple con los principios de libre concurrencia del artículo 8 de la LGCP que busca procurar la más amplia competencia y el principio de optimización de los recursos escasos establecido en la Ley General de Telecomunicaciones que procura que el espectro se asigne de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios.

B. Sección 14.2 (CAPÍTULO IV – ETAPA DE PRESELECCIÓN) – Prohibición de operadores actuales de participar en Fase 2

Esta sección dice:

“14.2. Ningún Oferente que busque constituirse Oferente Declarado Elegible para la Fase 2, podrá contar con asignaciones de espectro IMT vigentes en Costa Rica.”

Esta sección establece una clara prohibición para que los operadores actuales puedan participar en la Fase 2 del concurso, es decir se está limitando la competencia para la Fase 2.

Cualquier restricción de la libre participación de los oferentes dentro del cartel y/o que genere un trato desigual, sin criterios objetivos, sería una violación a la normativa que regula los procedimientos de contratación con la Administración Pública. Vale la pena señalar, que la violación de estos principios no solo implica un menoscabo a los derechos de los posibles oferentes, sino que también representa una vulneración del interés público que reviste una contratación de esta naturaleza. Entre mayor cantidad de oferentes, podrá haber una mayor competencia por el espectro, lo que representa un beneficio para la Administración y por lo tanto del interés público.

Al ser los procedimientos de contratación pública una actividad en donde se evalúan y comparan oferentes entre sí con el fin de elegir uno que sacie, a cabalidad, la necesidad institucional de la entidad pública promovente del concurso, así como el interés público; entonces, debe existir un marco de protección de la igualdad entre los oferentes desde la formulación del pliego de condiciones para garantizar la adjudicación óptima. En virtud de ello, la Ley General de Contratación Pública en su artículo 8, inciso f, engloba el denominado “principio de igualdad y libre concurrencia”, de la siguiente manera:

“en los procedimientos de contratación pública se dará un trato igualitario a todos los oferentes, se procurará la más amplia competencia y se invitará a potenciales oferentes idóneos. No se podrán establecer restricciones injustificadas a la libre participación.”

En relación con ello, el Tribunal Contencioso Administrativo, aludiendo al criterio de la Contraloría General de la República y la Sala Constitucional, en su resolución N°8 – 2012 del 16 de febrero del 2012 a las 14:00, expresó lo siguiente:

*“Los principios de igualdad y libre competencia se encuentran íntimamente ligados, y tratan de garantizar la adjudicación más conveniente o ventajosa para los entes públicos, se pretende garantizar la libertad e igualdad de participación de todo oferente potencial, fundamentalmente que las administraciones pública no imposibiliten a los posibles oferentes su participación, **de manera que las condiciones del cartel sean las mismas para todos, que se aplique un sistema de calificación objetivo e igualitario para todos los participantes, sin que el pliego de condiciones favorezca a uno de los oferentes, sino que se trate a todos por igual.** Tal y como se ha indicado, el principio de libre competencia se encuentra referido principalmente al cartel o pliego de condiciones, (artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa), por ello es que el numeral 2 inciso d) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa señala claramente que “no deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que, injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes”. En igual sentido se ha pronunciado la CGR en resolución RSL232-99 de 13:40 horas de 7 de junio de 1999, que indicó: “El principio de libre competencia (...), permite que toda persona física o jurídica que se halle en las condiciones exigidas por la Administración, pueda presentar oferta. En virtud de ello, **el cartel del concurso juega un papel relevante, por cuanto no resultará posible que en él sean incorporadas cláusulas que limiten esa libertad de concurrir.** Este principio asegura la presencia de varias y diferentes propuestas comparables entre sí, dentro de las cuales, la Administración debe elegir la más conveniente”. Por su parte la Sala Constitucional, respecto a la igualdad de oportunidades y libre competencia ha dicho que “ la participación de los interesados en los procedimientos de contratación administrativa, se regulan por el principio de igualdad de oportunidades y la libre competencia, que encuentran su sustento en el contenido objetivo de los pliegos de condiciones...”*

En este mismo sentido objetamos la **sección 37.2**

C. Secciones 15.3, 15.3.1, 15.3.2, 16.3 y 16.3.1 (CAPÍTULO IV – ETAPA DE PRESELECCIÓN) y sección 77.4.1.7 (CAPÍTULO VI – RESPONSABILIDADES QUE ASUMEN LOS CONCESIONARIOS) – Requisitos discriminatorios para oferentes de Fase 2.

Estas secciones establecen lo siguiente:

“15.3. Para el caso de los Oferentes interesados en participar en la Fase 2 Subasta para despliegue Regional, se establecen los siguientes requisitos:

15.3.1. Se considerará acreditada la capacidad técnica de los Oferentes que cuenten, como mínimo, con tres (3) años continuos (ininterrumpidos) de prestación de Servicios de Telecomunicaciones mediante la operación de Redes Públicas de Telecomunicaciones propias en un País.

15.3.2. Para acreditar la operación continua (ininterrumpida) de al menos tres (3) años en la prestación de Servicios de Telecomunicaciones mediante la operación de Redes Públicas de Telecomunicaciones, deberá presentar una certificación emitida por la administración concedente o el organismo regulador del sector de telecomunicaciones del respectivo país señalando la fecha de emisión del título habilitante y la continuidad de dicha prestación durante el plazo de vigencia, debidamente legalizada por la vía consular o apostillada, según corresponda. En caso de tratarse de operadores de redes de telecomunicaciones en Costa Rica, con base en lo establecido en la Ley N°8220, la SUTEL verificará el cumplimiento de este requisito a partir de la información del Registro Nacional de Telecomunicaciones y las gestiones documentadas en el expediente correspondiente.”

“16.3. Para el caso de los Oferentes interesados en participar en la Fase 2 Subasta para despliegue Regional, se establecen los siguientes requisitos:

16.3.1. El Oferente deberá poseer y acreditar una capacidad financiera mínima para poder ser un Oferente Declarado Elegible. Se considerará acreditada la capacidad financiera de los Oferentes que demuestren contar con el mínimo de ingresos brutos totales anuales por la prestación de Servicios de Telecomunicaciones por un monto equivalente a treinta y cuatro mil novecientos treinta y un dólares americanos (USD \$34.931).

Los ingresos brutos totales anuales por la prestación de Servicios de Telecomunicaciones que se analizarán serán los que se indican en la primera línea del Estado de Resultados o del Estado de Ganancias y Pérdidas de los Estados Financieros auditados del último periodo fiscal disponible contado a partir de la presentación de la oferta.

No obstante, en caso de que el Oferente de la Fase 2 no realice auditoría de Estados Financieros, y por lo tanto únicamente puede presentar estados financieros internos, los ingresos brutos totales anuales que se analizarán son aquellos que se indican en la primera línea del Estado de Resultados o Estado de Ganancias y Pérdidas internos correspondientes al último periodo fiscal disponible contado a partir de la presentación de la oferta.”

“77.4.1.7. Para la Fase 2 Subasta para despliegue Regional, se establecen las siguientes condiciones solo aplicables para el caso de nuevos operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones con redes móviles a través de sistemas IMT...”

Estas secciones también violan el principio de igualdad y libre competencia, ya que establece requisitos dispares, no solo de admisibilidad, sino también de cobertura, entre oferentes de Fase 1 y oferentes de Fase 2, aunque ambos oferentes concursan por el mismo objetivo, el espectro radioeléctrico.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad, las condiciones del concurso deben ser formulados y emitidos por la entidad contratante bajo la suerte de que estas no generen desventajas entre los oferentes y, además, no limite la participación. De lo contrario, tal procedimiento se encontraría viciado por predilecciones o barreras de entrada improcedentes perjudicando, así, la competencia justa.

Para la Fase 1, los oferentes deben cumplir con un mayor volumen de experiencia y condiciones financieras que, a comparación con los eventuales oferentes de la Fase 2, a pesar de que ambos concursan por el mismo bien demanial. Aunque, inicialmente, tal formulación podría estarse justificada en que, al momento de subastar dentro del primer segmento el posible adjudicatario asume mayor cobertura y espectro, lo cierto es que, en realidad, esto únicamente funciona para limitar la participación dentro del segundo segmento. Además, debe tomarse en cuenta que un oferente de Fase 2 puede ofertar por 83 de los 84 cantones del país, según se indica en la sección 58.3 del pliego, de tal manera que un oferente de Fase podría convertirse virtualmente en un operador de cobertura nacional, pero con reglas distintas que los oferentes de Fase 1.

Por otro lado, estas diferencias entre Fase 1 y Fase 2, también introducen distorsiones de competencia en el mercado, ya que mientras que un oferente de Fase 1 tiene fuertes obligaciones de cobertura en lugares comercialmente menos atractivos, un oferente de Fase 2 podría concentrarse solo en las zonas comercialmente atractivas, y en esas zonas ambos competirían en condiciones desiguales.

Los requisitos cuantitativos de años de servicio y de ingresos totales son mínimos; de manera que podría haber oferentes que cumpliendo con esos requisitos e incluso con los requisitos establecidos para la Fase 1, decidan participar en la Fase 2, porque los compromisos técnicos y legales son menos exigentes. Es decir, que este trato discriminatorio establecido en cartel, tampoco se justifica con la idea de facilitar la participación de oferentes de menor tamaño o capacidad financiera y técnica.

Esto pone en clara desventaja a los agentes económicos que actualmente contamos con concesiones de espectros porque en la cláusula 14.2 del pliego de condiciones dispone que “14.2. Ningún Oferente que busque constituirse

Oferente Declarado Elegible para la Fase 2, podrá contar con asignaciones de espectro IMT vigentes en Costa Rica.”

Por todo lo anterior, no sólo existe una violación al principio de igualdad entre oferente, por establecer cláusulas más complejas para los interesados en la Fase 1; sino que, además, existe un impedimento no motivado de que los oferentes de Fase 1 puedan concursar en la Fase 2, sin que, para ello, exista razonamiento alguno.

D. Secciones 37.4, 37.6, (CAPÍTULO IV – ETAPA DE PRESELECCIÓN) y 46.1, 61.1 (CAPÍTULO V ETAPA DE SELECCIÓN DEFINITIVA) – Confidencialidad del Precio Base del Espectro y de la Cantidad Mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso

Estas secciones establecen lo siguiente:

“37.4. Una vez en firme el Acto Motivado de Preselección, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, el Consejo de la SUTEL revelará las seguridades calificadas definidas para el procedimiento concursal a los Oferentes Declarados Elegibles.”

“37.6. Una vez en firme el Acto Motivado de Preselección, el Oferente Declarado Elegible, en un plazo máximo de cinco (5) Días Hábiles, contados a partir de la notificación de que es Oferente Declarado Elegible, deberá presentar a la SUTEL un documento firmado digitalmente por el representante legal donde manifiestan que entienden y aceptan las condiciones dispuestas en el pliego de condiciones, incluidas las seguridades calificadas, así como la designación de un máximo de tres (3) Usuarios del SES quienes podrán participar en representación de éste en la Subasta. En dicho documento, se deberán adjuntar los poderes específicos para cada participante, con el fin de que puedan presentar Posturas durante la Fase de Subasta. El incumplimiento de la presentación oportuna de este requisito implicará la imposibilidad de participar en la Fase de Subasta.”

“46.1. El Precio Base y la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar en la Fase 1 por cada Bloque Genérico, corresponden a seguridades calificadas, de conformidad con la resolución del Consejo de la Sutel RCS-104-2024 del 8 de julio de 2024, las cuales se revelarán según lo dispuesto en la cláusula 37.4.”

“61.1 El Precio Base y la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar por cada Bloque Genérico de espectro remanente de la Fase 1 en cada banda de frecuencias por cantón corresponden a seguridades calificadas, de conformidad con la resolución del Consejo de la Sutel RCS-104-2024 del 8 de julio de 2024, las cuales se revelarán según lo dispuesto en la cláusula 37.4.”

Este cartel estableció como seguridades calificadas el precio base del espectro y cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso que una empresa participante debe ofrecer en la subasta y por lo anterior estos dos rubros son considerados confidenciales y pretende que sean revelados con posterioridad a la fase de preselección de oferentes declarados elegibles.

De acuerdo con el artículo 150 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública ("RGLCP"), *"en los casos de seguridades calificadas, cuando mediante **acto motivado** se acredite que no resulta conveniente **revelar las especificaciones técnicas del objeto contractual**, se podrá realizar una licitación mayor en dos fases."*

Veamos que, en primer lugar, lo que este artículo permite no revelar son especificaciones técnicas. En segundo lugar, deben ser especificaciones técnicas relacionadas a aspectos sensibles que por razones de seguridad no es conveniente que sean revelados más que a potenciales oferentes ya preseleccionados o incluso únicamente al ganador de la licitación, con el fin de esas especificaciones técnicas solamente estén al alcance de aquellas personas que estrictamente lo requieran, nuevamente, por razones de seguridad.

Finalmente, debe haber un acto motivado que acredite la necesidad de no revelar las especificaciones técnicas y las razones de seguridad para ello. Sobre esto la Contraloría General de la República ("CGR") ha dicho que *"para invocar esas especiales razones de seguridad, debe además justificarse, porque no conviene revelar la información y en general, porque no conviene efectuar el concurso o licitación que proceda de acuerdo al monto, en forma amplia y documentada (Oficio 02943-2016 del 26 de febrero de 2016)."*

Este tipo de regulación aplica para especificaciones técnicas cuya revelación comprometa la seguridad. Así a manera de ejemplo, se han catalogado como seguridades calificadas las especificaciones técnicas del papel de seguridad que utilizan los Notarios Públicos, para evitar que organizaciones criminales puedan fabricar papel de este tipo con las mismas especificaciones y cometer fraudes o estafas. También se han catalogado como seguridades calificadas las especificaciones técnicas de los billetes o numerario que contrata el Banco Central.

En el presente asunto no se está catalogando como seguridad calificada ninguna especificación técnica, si no que se está dando esa calificación al precio base del espectro radioeléctrico y a la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso que el oferente debe ofrecer. Bajo este cartel, las unidades de infraestructura son un componente del precio de la licitación, ya que las posturas que los oferentes deben realizar en la subasta son posturas de precio y de cantidad de unidades de infraestructura a desplegar. Esto porque, de conformidad con los lineamientos técnicos dados por la Administración Concedente como parte del inicio de este concurso público, según consta en el Acuerdo Ejecutivo 031-2023-TEL-MICITT, debe haber una "priorización del despliegue de infraestructura para las redes móviles IMT por sobre un enfoque

meramente recaudatorio.” Consecuentemente con ese lineamiento, la SUTEL diseñó este cartel de tal manera que las ofertas económicas tengan esos dos componentes: precio del espectro y unidades de infraestructura de acceso a desplegar.

Así, la declaratoria de confidencialidad del precio del espectro y de la cantidad mínima de unidades de infraestructura no cumple con lo establecido en el artículo 150 del RGLC por no tratarse de especificaciones técnicas y por lo tanto viola el principio de transparencia establecido en el artículo 8 de la Ley General de Contratación Pública (“LGCP”).

Por otro lado, dicha declaratoria de confidencialidad tampoco cumple con el requisito esencial de motivación.

La resolución RCS-104-2024 del 8 de julio de 2024 (titulada “SE RESUELVE CONFIDENCIALIDAD DE LAS PIEZAS DE LOS EXPEDIENTES FOR-SUTEL-DGC-ER-IMT-00428-2021 Y FOR-SUTEL-DGC-ER-IMT-00543-2023”) carece por completo de la fundamentación para declarar la confidencialidad del precio del espectro y de la cantidad mínima de unidades de infraestructura. No hace un análisis de los hechos en los que se fundamenta la declaratoria de confidencialidad, solamente hace un recuento sobre la contratación de una empresa para realizar un estudio de mercado sobre espectro y los diferentes actos administrativos que se han emitido previamente al lanzamiento del cartel.

Esta resolución solamente se limita a decir:

“IX. Que la información relativa al valor del espectro y cualquier dato a partir del cual se pueda realizar una aproximación de dicho valor, se consideran seguridades calificadas, las cuales se revelarán a los oferentes preseleccionados antes del inicio de la etapa de selección definitiva (segunda fase a la que se hizo referencia en el numeral VII).”

En ninguna parte de la resolución se justifica o fundamenta por qué precio del espectro y de la cantidad mínima de unidades de infraestructura son consideradas seguridades calificadas. No se indica tampoco el fin que se persigue con esa declaratoria ni qué se pretende proteger.

La Sala IV ha establecido en reiteradas resoluciones en qué debe consistir la motivación de un acto administrativo:

*“En cuanto a la motivación de los actos administrativos se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades públicas del contenido del acto que emiten, **tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión...**”*

Por su parte, el Tribunal Contencioso Administrativo ha dicho que *“la motivación como elemento formal, supone la expresión de las cuestiones de hecho y de derecho que amparan y sustentan la decisión administrativa. Respecto de los*

aspectos fácticos supone no solamente la referencia de los hechos probados o no demostrados, sino además las pruebas o elementos de convicción en los que se ampara la deducción lógica de orden fáctico, pero además la explicación del proceso analítico que ha llevado a esas derivaciones o inferencias. En el campo del derecho, supone la mención y explicación fundamentada del análisis que permite (racionalmente) colegir las razones por las cuales el derecho utilizado es aplicable al caso concreto, de suerte que, ante determinado conjunto de circunstancias precedentes, ese tratamiento jurídico resulte pertinente y adecuado, dando respaldo a la decisión adoptada (Sentencia 3907-2023 del 28 de setiembre de 2023)."

En esta misma línea, esta Contraloría dijo resolución R-DCA-01239-2021, en donde alude a la línea jurisprudencial constitucional:

"La motivación se traduce en la fundamentación fáctica y jurídica con que la Administración **justifica la legalidad y oportunidad del acto que adopta, la que posee además un importante raigambre constitucional, pues esta encuentra su fundamento tanto en el principio de legalidad** como en el derecho de defensa (artículos 11 y 39 Constitucionales). No en vano la Sala Constitucional ha realizado importantes referencias sobre esta formalidad en sus sentencias, indicando al respecto lo siguiente: "(...) IV.-SOBRE LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. La motivación del acto administrativo debe ser auténtica y satisfactoria, es decir, una explicación de las razones que llevaron a su emisión, por lo que, no se trata de un mero escrúpulo formalista que pueda ser cumplido con la fabricación "ad hoc" de los motivos. En consecuencia, para ver satisfechas las exigencias del debido proceso y del derecho de defensa, la resolución debe contener en forma explícita **las circunstancias de hecho y de derecho que han motivado a la Administración Pública, al dictado o emanación del acto administrativo**. Así las cosas, y en estrecha relación con la transcripción jurisprudencial que se desprende del apartado precedente, se tiene que la debida motivación del acto forma parte del debido proceso. Bajo esa inteligencia, el administrado goza de una mayor protección de sus derechos, puesto que, del cumplimiento efectivo de la obligación de motivar por parte de la respectiva administración, depende que conozca **los antecedentes y razones que justificaron el acto administrativo** para efectos de su impugnación" (El resaltado no forma parte del texto original)

Por otra parte, también es importante aludir a que, la fundamentación debe consolidarse bajo criterios técnicos y de naturaleza científica, de forma que, exista motivación inequívoca. Al respecto, el artículo 16 de la Ley General de la Administración pública expresa: "En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia."

Así, teniendo presente el principio de legalidad, como precepto rector de toda la actividad administrativa, conviene recordar que, a la hora de preparar y publicar un pliego de condiciones para un proceso de contratación pública, la

Administración debe contar, necesariamente, con la motivación y la debida fundamentación de todas las condiciones cartelarias que ahí desarrolla.

Todo lo aquí explicado, permite concluir que, ante la existencia de restricciones o limitaciones en la información accesible a potenciales oferentes, no sólo deberá justificarse la procedencia de estos, sino que, además, tal motivación deberá contener explicaciones científicas y comprobadas. Esto garantiza, a lo largo del procedimiento, un correcto cumplimiento del objeto del contrato y la satisfacción de la necesidad institucional.

En consecuencia, cuando no concurra tal fundamentación, entonces, el acto administrativo - en este caso el pliego de condiciones- carecerá de eficacia y, por ningún motivo, podrá surtir efectos ante administrados.

En los procedimientos de contratación pública la norma es la publicidad y la transparencia y por lo tanto la motivación de una declaratoria de confidencialidad cobra particular relevancia.

No existe justificación alguna para que el precio del espectro sea considerado una seguridad calificada, sobre todo tomando en cuenta la naturaleza de este bien como un bien demanial afecto a un servicio de uso público y que forma parte del patrimonio público, que además es finito y limitado y debe concesionarse de la forma más transparente posible.

Al respecto, la Sala Primera indicó:

“Así, lo que define la naturaleza jurídica de los bienes demaniales es su destino o vocación, en tanto se afectan y están al servicio del uso público, ya que, precisamente se afectan para darles un destino público especial en el que se encuentre comprometido el interés público, en la forma como lo define el artículo 261 del Código Civil (...). En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud norma expresa. Así, se trata de bienes cuya titularidad ostenta el Estado en su condición de administrador, debe entenderse que se trata de bienes que pertenecen a la ‘Nación’, con lo cual, conforma parte del patrimonio público... (Sentencia 62-2011 del 27 de enero de 2011)”.

En esta misma línea, la Ley General de Telecomunicaciones (“LGT”) establece en su artículo 8 como uno de los objetivos de planificación, administración y control del espectro, “garantizar una asignación justa, equitativa, independiente, **transparente** y no discriminatoria.”

La falta de revelación de precio del espectro y de la cantidad mínima de unidades de infraestructura impide a los participantes evaluar condiciones sumamente relevantes del cartel. No permite hacer un análisis financiero y presupuestario de lo que implica participar en la licitación, no es posible hacer un análisis de las obligaciones de cobertura, de los plazos de esas obligaciones, ni permite tener el

tiempo suficiente para prepararse para la subasta para determinar las posibilidades de ofertar por espectro de cada participante. Todo esto puede llevar a que la participación en la subasta no se haga de la forma más eficiente posible, de tal manera que se puedan presentar la mayor cantidad de ofertas y pujas por la mayor cantidad de espectro posible.

Al no conocerse el precio base ni tampoco la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso, es imposible determinar la inversión a la que se compromete el eventual concesionario y, en consecuencia, tampoco es posible determinar si tal contratación le es -o no- tanto atractiva como rentable.

De acuerdo con el CEO de la firma consultora SmC+ Digital Public Affairs, s, especializada en temas de infraestructura digital, telecomunicaciones y procesos de asignación de espectro, indica lo siguiente:

Es importante tener en cuenta que el diseño de una subasta no introduzca riesgos adicionales ni incertidumbre para con los posibles participantes. El objetivo central de estos procesos debe ser siempre asegurar una asignación de espectro que sea transparente y justa, que amplifique los beneficios para el país y sus habitantes. En este sentido, entiendo y recomiendo que el precio de reserva sea público desde el inicio, ya que los planes de negocio se diseñan a partir de ellos y del flujo de ingresos esperados. Poco tiempo de conocimiento del precio puede originar en estimaciones defectuosas, ofertas excesivamente altas o bajas, que al fin y al cabo comprometan negativamente en la capacidad de despliegue de los operadores, lo que termina perjudicando a los consumidores

Nótese que, de mantenerse la cláusula en cuestión, si el interesado presenta una oferta y, posteriormente, se percata que, en razón del precio base y la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desplegar en la fase 1 por cada bloque genérico, tal negocio no le es accesible ni rentable; en ese sentido, de haberse presentado la oferta, no existiría una causal justificante para retirarse porque el precepto 33.1 del pliego de condiciones establece que “Con posterioridad al acto de apertura de las Ofertas no se admitirá el retiro, ni modificación de éstas.”

En virtud de lo expuesto, se tiene que, no sólo existe una falta de motivación de la cláusula 46.1; sino que, además, de mantenerse, ésta atenta contra el principio de seguridad jurídica.

Finalmente, es importante notar que la resolución RCS-104-2024 es ineficaz y no puede surtir efectos frente a potenciales oferentes.

En el expediente administrativo levantado al efecto, no consta la publicación ni notificación a los interesados de dicha resolución. Pese a lo anterior, la resolución indica que, contra ella “cabe el recurso ordinario de revocatoria o reposición ante el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, a quien corresponde

resolverlo, y deberá interponerse en el plazo de 3 días hábiles, contadas a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución.”

Ahora bien, el ordenamiento jurídico exige la comunicación o notificación para que un acto administrativo surta sus efectos, es decir, sea eficaz, lo que, en el caso de los actos de alcance general, equivale a su publicación. Al respecto, el artículo 240 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), de manera expresa, estipula lo que, a continuación, se transcribe:

“Artículo 240.-

1. Se **comunicarán por publicación los actos generales** y por notificación los concretos.
2. Cuando un acto general afecte particularmente a persona cuyo lugar para notificaciones esté señalado en el expediente o sea conocido por la Administración, el acto deberá serle también notificado.” (el resaltado no es original).”

Entonces, la eficacia refiere a la condición del acto administrativo de producir efectos jurídicos, bajo el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico (Jinesta, 2001).

En ese orden de ideas, la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo ha establecido que es esencial la publicación de estos documentos, para seguridad de los administrados, al respecto, la resolución N°00061-2011 de las nueve horas del nueve de marzo del 2011, estableció lo siguiente:

“(…), **todo acto administrativo de alcance general requerirá necesariamente ser publicado en el diario oficial La Gaceta para ser eficaz, en el entendido de que dicha publicación puede realizarse por medio impreso o vía electrónica, según lo dispuesto en este último decreto, con base en los cambios más recientes presentados en las tecnologías de la información.**” (el resaltado no es original).

En virtud de lo anterior, se tiene que, los actos administrativos que pretendan tener un alcance general deben, necesariamente, ser publicados; de lo contrario, no serán aplicables a la colectividad.

Tratándose de actos administrativos concretos resulta suficiente la respectiva comunicación al interesado y, en ese sentido, su eficacia se limitará a la esfera jurídica de dicho administrado, sin que éste le pueda resultar oponible a terceros ajenos al procedimiento o resolución.

Así las cosas, al parecer, SUTEL aplicó un acto de alcance general sin haberlo publicado. Peor aún, motiva una de las cláusulas cartelarias en una resolución (acto administrativo concreto), cuya notificación o comunicación no consta en el

expediente administrativo. Y, en todo caso, surge la duda de a quién se comunicaría lo resuelto, si -a la fecha- SUTEL desconoce quiénes participarían en la licitación mayor de referencia.

Tomando en cuenta que, los alcances de la resolución N°RCS-104-2024 generan un impacto en los eventuales oferentes, la SUTEL debió realizar una publicación en el Diario Oficial La Gaceta. Esto último, pues estamos ante un acto administrativo externo y de alcance general.

Por lo anterior, es evidente que la SUTEL incumplió con el deber de publicar dicho acto administrativo y, por lo tanto, el mismo no sería oponible ni surtiría efectos en los administrados.

De tal manera, siendo que, la resolución N°RCS-104-2024 resulta ineficaz y, por ende, -se reitera- no podría surtir efectos frente a potenciales oferentes; al encontrarse viciado, tampoco podría fungir como motivación de las cláusulas 37.4 y 46.1 del pliego de condiciones.

E. Secciones 77.4.1.5.3., 77.4.1.5.3.1., 77.4.1.5.4., 77.4.1.5.4.1. – Obligaciones de Cobertura Para Bandas Medias

Estas secciones establecen las obligaciones de cobertura para las bandas medias objeto de este concurso, es decir, para las bandas de 2300 MHz y 3500 MHz. Quien resulte adjudicatario de estas bandas debe cumplir con el despliegue en los distritos listados en el Anexo 6 del cartel. Estas secciones dicen:

“77.4.1.5.3. *Exclusivamente para Concesionarios del espectro en las bandas de 2300 MHz:*

77.4.1.5.3.1. *Deberá desplegar la totalidad de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en la Fase 1 Subasta para despliegue Nacional en los distritos del ANEXO 6 – INFORMACIÓN DE DISTRITOS CON PORCENTAJE DE COBERTURA MÓVIL INFERIOR AL 80% (zonas subconectadas), con base en el siguiente cronograma...”*

“77.4.1.5.4. *Exclusivamente para concesionarios del espectro disponible en las bandas de 3500 MHz:*

77.4.1.5.4.1. *Deberá desplegar la totalidad de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada en la Fase 1 Subasta para despliegue Nacional en los distritos del ANEXO 6 – INFORMACIÓN DE DISTRITOS CON PORCENTAJE DE COBERTURA MÓVIL INFERIOR AL 80% (zonas subconectadas), con base en el siguiente cronograma...”*

La tecnología 5G es una tecnología que involucra una combinación de diferentes bandas de espectro. En esta tecnología se utilizan bandas bajas (aquellas por debajo de 1 GHz), bandas medias (entre 1 GHz y 6GHz) y bandas altas (por encima de 6 GHz).

Entendemos que, para el caso de las bandas bajas, y específicamente para este concurso, la banda de 700 MHz tenga exigencias de cobertura como las que se proponen, sin embargo, para el caso de las bandas medias (2300 MHz y 3500 MHz), estas obligaciones no resultan razonables ni proporcionales por la naturaleza y casos de uso de estas bandas.

Ya la SUTEL ha reconocido que las bandas medias tienen un uso más eficiente en ciudades más pobladas, ciudades más densas. En la opinión brindada por el Órgano Técnico de Competencia de la SUTEL en 2022 en informe número 09228-SUTEL-OTC-2022 indicó:

*“El despliegue de la tecnología móvil 5G requiere de espectro en bandas bajas, medias y altas, cada uno de estos tipos de bandas cumplen un papel específico: **las bandas bajas brindan más capacidad en áreas más amplias, como las zonas rurales, e interiores, por lo que este espectro contribuye a tener una mejor cobertura y experiencia de usuario; las bandas medias proporcionan alta capacidad en las ciudades más concurridas, proporcionan equilibrio entre capacidad y cobertura de áreas amplias pero no profundas, este espectro satisface la creciente demanda de capacidad de las redes móviles, incluida la 5G; finalmente las bandas altas o milimétricas proporcionan la banda ancha más rápida y latencias más bajas en distancias más cortas, resultando útiles para actividades que requieran velocidades de datos extremadamente rápidas, lo que permitirá desarrollar nuevas aplicaciones.**”*

Las **bandas bajas**, especialmente la **banda de 700 MHz**, son fundamentales para la expansión de servicios móviles debido a su excelente capacidad de propagación. Estas bandas permiten cubrir amplias áreas geográficas con menos infraestructura en comparación con las bandas de frecuencias más altas, lo que las convierte en la opción ideal para proporcionar cobertura en zonas rurales o menos pobladas, donde la instalación de infraestructura es más costosa y menos viable económicamente.

De acuerdo con el informe de **5G Americas** titulado **"Estados de las bandas de espectro radioeléctrico sub-1 GHz en América Latina" (2023)**, la banda de 700 MHz, derivada del dividendo digital tras la migración de la televisión analógica a digital, es particularmente valiosa por su capacidad de penetración en interiores y su aptitud para ofrecer cobertura móvil de alta calidad en áreas extensas. Esta banda es crucial para reducir la brecha digital en regiones que aún carecen de acceso robusto a servicios de banda ancha móvil.

Las **bandas medias**, especialmente las de **2300 MHz** y **3500 MHz**, son fundamentales para el despliegue de redes móviles avanzadas, como 5G, debido a su capacidad de ofrecer un equilibrio óptimo entre cobertura y capacidad de transmisión de datos. Estas bandas son ideales para soportar un gran número de dispositivos conectados y ofrecer altas velocidades de datos, lo que es crucial en entornos urbanos densamente poblados.

*De acuerdo con **5G Americas** en su informe titulado *Panorama del Espectro Bandas Medias Para Redes Móviles en América Latina y el Caribe*, estas bandas tienen un ancho de banda suficiente para manejar grandes volúmenes de tráfico de datos, permitiendo velocidades de conexión más rápidas y una mejor experiencia de usuario en aplicaciones que requieren un alto rendimiento, como la realidad aumentada, la realidad virtual, y el streaming en alta definición. Aunque las bandas bajas son mejores para cubrir grandes áreas con menos infraestructura, las bandas medias son más adecuadas para áreas urbanas donde la densidad de dispositivos es alta. En estos entornos, se necesita una mayor capacidad para manejar la congestión de la red, lo que las bandas medias pueden proporcionar de manera eficiente.*

En áreas con una alta densidad poblacional, como ciudades y centros urbanos, la demanda de conectividad es significativamente mayor. Las bandas medias, con su capacidad para manejar un gran número de conexiones simultáneas, son esenciales para evitar la congestión de la red y garantizar un servicio de calidad. Además, en entornos urbanos, estas bandas son necesarias para soportar aplicaciones críticas que requieren baja latencia y alta fiabilidad, como servicios de emergencia, sistemas de transporte inteligente, y aplicaciones industriales conectadas. La asignación de estas bandas en áreas densamente pobladas maximiza su eficiencia, permitiendo a los operadores desplegar menos estaciones base mientras mantienen un alto nivel de servicio, lo que se traduce en una mejor utilización del espectro y una reducción de costos operativos.

*El despliegue de redes 5G en bandas medias en áreas urbanas es clave para el desarrollo de economías digitales, atrayendo inversiones y mejorando la competitividad de las ciudades al ofrecer infraestructura de comunicación avanzada. Aunque se priorizan las zonas urbanas por la densidad de población, el uso eficiente de las bandas medias también libera recursos para expandir la cobertura en áreas rurales y menos desarrolladas, contribuyendo a reducir la brecha digital. En resumen, las bandas de 2300 MHz y 3500 MHz son esenciales para garantizar una conectividad robusta y de alta calidad en distritos con mayor densidad poblacional, donde la demanda de servicios avanzados es más alta, justificando su uso prioritario en estas áreas (**5G Americas, 2024**).*

Por lo tanto, en aras de que se promueva un uso eficiente del espectro objeto de este concurso, y cumplir con el mandato establecido en el artículo 8 de la LGT así como con el principio rector de optimización de los recursos escasos, este cartel debe priorizar el uso de las bandas medias en las ciudades del país con más población y no en distritos listados en el Anexo 6, que son distritos con baja densidad poblacional.

IV. PRUEBA

Se adjunta al presente recurso la siguiente prueba documental:

1. Certificación literal de Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A.
2. Informe de la organización 5G Americas titulado "Estados de las bandas de espectro radioeléctrico sub-1 GHz en América Latina" (2023).
3. Informe número 09228-SUTEL-OTC-2022 Órgano Técnico de Competencia de la SUTEL.
4. Resolución *RCS-104-2024 del 8 de julio de 2024*.
5. *informe de la organización 5G Americas, Panorama del Espectro Bandas Mendias Para Redes Móviles en América Latina y el Caribe*
6. *Nota de consultora SmC+ Digital Public Affairs*

V. PETITORIA

Con fundamento en lo anterior solicito se declare con lugar el presente recurso de objeción al cartel y de ordene la modificación del mismo.

VI. NOTIFICACIONES

Atenderemos notificaciones al correo electrónico legalcr@lla.com

San José, 13 de agosto de 2024.

José Gutiérrez Salazar
Secretario | Apoderado Generalísimo
Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY, S.A.