

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Señores
Miembros del Consejo
SUTEL

**PROPUESTA DE RESPUESTA A LA AUDIENCIA ESPECIAL CONCEDIDA POR LA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA ATENDER LOS RECURSOS DE
OBJECCIÓN PRESENTADOS AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA
LICITACIÓN MAYOR 2024LY-000001-SUTEL**

Estimados señores:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 95 de la Ley General de Contratación Pública N°9986 (en adelante LGCP) y 254 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo N°43808 (en adelante RLGCP), de seguido se somete a valoración la propuesta de respuesta a la audiencia especial del 14 de agosto de 2024 concedida por la Contraloría General de la República (CGR), sobre los recursos de objeción interpuestos por las empresas Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY S.A. (en adelante, Liberty), Claro CR Telecomunicaciones S.A. (en adelante, Claro) y el Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante, ICE), en contra del pliego de condiciones de la licitación mayor por etapas 2024LY-000001-SUTEL, recibida el 14 de agosto de 2024 con número de ingreso NI-10867-2024.

1. Sobre la legitimación de las empresas objetantes

Las empresas que presentaron el recurso de objeción al pliego de condiciones de referencia, sea Liberty, Claro y el ICE, son operadores móviles en el país, que mostraron interés de participar en la licitación de espectro IMT durante las etapas de consulta pública, son potenciales oferentes y podrían resultar adjudicatarios de espectro a través del procedimiento concursal, por lo que se encuentran legitimados para presentar objeciones, según lo que establece el artículo 95 de la LGCP y el artículo 253 del RLGCP.

2. Recurso de objeción presentado por Liberty

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

El argumento de la empresa es el siguiente:

- La forma en que se está ofreciendo la banda de 700 MHz en el cartel, incumple con los principios de libre competencia 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.
- (...) la forma más eficiente (en que se ponga a disposición del mercado el espectro disponible) es la forma que se propuso en el pre cartel de este concurso, a través de

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

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.

Al respecto indicamos que, la definición de las condiciones asociadas con el procedimiento debe dar cumplimiento a las disposiciones del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (en adelante MICITT) incluidas en el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT (inicio del proceso concursal) y el oficio número MICITT-DM-OF-416-2023 (en adelante, lineamientos técnicos, también referidos en este documento como objetivos de política pública).

Asimismo, debe considerarse que la eficiencia energética y espectral que se alcanza en la tecnología 5G es mayor, conforme se utilizan mayores anchos de banda. Al respecto, la asociación GSM Association (en adelante, GSMA) ha hecho ver *“cómo incrementar los bloques de espectro reduce los costos de despliegue por MHz e incrementa el ancho de banda utilizado”*¹ (p.6, traducción libre). Asimismo, ha indicado que, *“el uso de técnicas de acceso de tipo MIMO² masivo en bloques de espectro más amplios, puede también, mejorar la eficiencia y reducir los costos”* (p.6, traducción libre). De conformidad con esta asociación, la tecnología de transmisión 4G y 5G está estructurada en bloques de recursos, los cuales tienen anchuras fijas que no necesariamente encajan con exactitud en un canal de 5 MHz de ancho y, por lo tanto, parte del ancho de banda no se utiliza. Esta porción no utilizada del ancho de banda disminuye con canales más anchos. A manera de ejemplo, en una implementación de 2x5 MHz, solo se utiliza el 79,7 % del ancho de banda para la transmisión de datos, pero en un canal de implementación de 2x15 MHz de ancho, esto aumenta al 91,4 %, es decir una ganancia del 11,7 % (p.7, traducción libre).

En este mismo orden de ideas, tanto la organización 5G Americas como Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE), han hecho ver que la combinación de mayores anchos de banda y el uso de la tecnología M-MIMO³ en 5G permite una utilización más eficiente del espectro y una reducción en el consumo de energía, optimizando así el rendimiento general de la red.^{4 5}

En este sentido, la definición del tamaño de bloques para la banda de 700 MHz está en línea con el principio rector de optimización del recurso escaso y el objetivo de la Ley N°8642 de asegurar el uso y asignación eficiente del espectro. Asimismo, el ancho definido para los bloques busca atender de manera razonable diferentes lineamientos técnicos, que en este caso son los siguientes: la provisión de nuevos y mejores servicios y aplicaciones, la promoción de la competencia, la maximización de la eficiencia espectral, el enfoque en la calidad de experiencia del usuario final y sostenibilidad ambiental. Los objetivos de política pública definidos para este

¹ Fuente, consultada el 16 de agosto, 2024: <https://www.gsma.com/connectivity-for-good/spectrum/wp-content/uploads/2022/07/5G-Low-Band-Spectrum-1.pdf>

² Múltiples entradas y múltiples salidas (Multiple Input Multiple Output, por sus siglas en inglés).

³ Múltiples entradas y múltiples salidas masivas (Massive Multiple Input Multiple Output, por sus siglas en inglés).

⁴ Fuente, consultada el 16 de agosto, 2024: [Energy-Efficiency-and-Sustainability-in-Mobile-Communications-Networks-WP.pdf \(5gamericas.org\)](#)

⁵ Fuente, consultada el 16 de agosto, 2024: [Energy Efficiency in Massive MIMO-Based 5G Networks: Opportunities and Challenges | IEEE Journals & Magazine | IEEE Xplore](#)

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

procedimiento concursal, se logran con la definición de bloques de 2x10 MHz en la banda de 700 MHz, en caso contrario, si se establecieran sólo bloques de 2x5 MHz esta definición dificultaría la aplicación del lineamiento correspondiente a la experiencia del usuario final y la provisión de nuevos y mejores servicios y aplicaciones, así como el objetivo de asegurar la eficiente y efectiva asignación y uso eficiente del espectro de la Ley N°8642 (Ley General de Telecomunicaciones, LGT). Lo anterior debido a que, las velocidades eventualmente obtenidas por los usuarios no corresponderían a la calidad de la experiencia que busca asegurar el procedimiento. Esto también afecta como se vio, los principios rectores de optimización del recurso escaso y eficiencia espectral definidos en la LGT.

Cabe señalar que, de ninguna manera, la definición de 4 bloques de 2x10 MHz y 1 bloque de 2x5 MHz limita la participación en el concurso de las empresas que mostraron interés durante el proceso de consulta pública o riñen con la cantidad de espectro que pretenden obtener, según las manifestaciones presentadas durante la consulta pública realizada en el contexto de los estudios previos de necesidad y factibilidad del procedimiento concursal. Asimismo, la definición de bloques del pliego de condiciones permite que, en caso de un nuevo entrante, este obtenga recurso suficiente que le permita brindar un servicio móvil que cumpla con los lineamientos señalados, principalmente en zonas rurales.

Finalmente, la definición de los bloques en la banda de 700 MHz no es “*menos flexible*” ni es cierto que, en el caso que presenta Liberty, se permitirían “*mayor variedad de combinaciones*”, puesto que existe un bloque de 2x5 MHz que admitiría, en conjunto con los demás bloques, de ser el interés de algún oferente declarado elegible, lograr las mismas combinaciones que se alcanzarían si todos los bloques fueran de 2x5 MHz, pero reduciendo la complejidad del procedimiento de puja al contar con menos productos y a su vez promoviendo las eficiencias operativas y la reducción de costos señaladas anteriormente.

La eventual limitación de un potencial oferente seleccionado⁶ para obtener espectro en esta banda, no se daría por la definición de los bloques de espectro como se presentan en el pliego de condiciones, sino porque el control de concentración de espectro le resulte aplicable (ver cláusula 14.9 del pliego de condiciones), lo cual sucedería, tanto para bloques de 2x5 MHz como bloques de 2x10 MHz por igual para los operadores actuales en Costa Rica.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

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

El argumento de la empresa es que, tanto la cláusula 14.2 como la sección 37.2 del pliego de condiciones, limita la libre participación de los oferentes y genera un trato desigual, sin criterios objetivos, por lo que, violenta la normativa que regula los procedimientos de contratación con la Administración Pública.

⁶ También referenciado como oferente declarado elegible.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

En atención a este argumento, manifestamos lo siguiente. La fase 2⁷ de la subasta busca atender un objetivo de política pública específico definido por el Poder Ejecutivo en su instrucción, sea *“Disponibilidad de espectro para redes regionales móviles”*.

Es importante tener en consideración que la fase 1 prioriza *“la satisfacción de las necesidades de recurso para despliegues a nivel nacional”*, de tal forma que, los concesionarios actuales o potenciales interesados en realizar despliegues a nivel nacional, pueden satisfacer su demanda completa de espectro en la fase 1 de la subasta, a partir de la cantidad de espectro disponible. En ese sentido, los concesionarios que pretendan prestar servicios a nivel nacional deben satisfacer sus requerimientos de espectro en la fase 1.

La fase 2 tiene un diseño tal que busca promover que nuevos competidores regionales presten servicios, y en ese sentido, en concordancia con el principio de *“Promoción de la competencia”* establecido en los lineamientos de política pública de este procedimiento, se definen condiciones diferenciadas para estos operadores regionales, justamente, para motivar el ingreso de nuevos entrantes al mercado de los servicios móviles, cumpliendo de esta manera con los lineamientos correspondientes a elaborar *“condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes”* y *“disponibilidad de espectro para redes regionales móviles”*.

El permitirle participar de la fase 2 a los oferentes que pretendan hacer una prestación de servicios a nivel nacional, puede generar una distorsión en el proceso de subasta, desincentivando el ingreso de nuevos operadores regionales, de forma contraria con el citado objetivo de política pública.

En este sentido, el escenario de participación de los concesionarios actuales en la fase 2, los podría motivar a optar por no participar de la fase 1 o presentar ofertas por menos espectro del que necesitan, de modo que en la fase 2 de la subasta, puedan presentar posturas por el espectro con menores requerimientos de despliegue de infraestructura respecto de la fase 1, desvirtuando así el mecanismo incluido en el cartel para promover la participación de operadores regionales así como afectando otros principios de política pública vinculados a la fase 1 del proceso concursal.

Por lo tanto, se considera que no resulta pertinente permitir que los concesionarios actuales participen de la fase 2 de la subasta, dado que genera el riesgo de afectar los objetivos de política pública para el proceso licitatorio.

El diseño del proceso concursal en 2 fases y la limitación a los operadores nacionales de participar en la fase 2, no los afecta a los eventuales interesados de ofrecer el servicio a nivel nacional, siendo que el diseño del concurso les permite obtener la cantidad de espectro que requieran (cumpliendo con el tope de espectro definido) para poder prestar sus servicios en condiciones técnicas adecuadas.

⁷ Durante la etapa de selección definitiva del proceso concursal, se lleva a cabo la subasta de espectro. Dicha subasta consta de dos fases: fase 1, subasta de espectro con cobertura nacional y fase 2, subasta de espectro con cobertura regional.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

De tal forma este requisito no viola el principio de competencia, sino que, por el contrario, lo promueve, al generar condiciones más flexibles para el ingreso de nuevos competidores regionales, disminuyendo así barreras de entrada a los nuevos interesados que busquen tener una prestación regional, en línea con lo dispuesto en el inciso f) del artículo 3 de la LGT sobre a competencia efectiva.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

2.3. 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.

El argumento de la empresa es que, esas secciones violan el principio de igualdad y libre concurrencia, ya que establecen 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.

Al respecto, indicamos que, la diferencia establecida entre los requisitos de la fase 1 y fase 2 de la subasta durante la etapa de selección definitiva del pliego de condiciones, está justificada a partir del lineamiento de política pública, sea: *“Disponibilidad de espectro para redes regionales móviles”*.

Ahora bien, en cuanto al hecho de que dicha diferencia sea contraria al principio de igualdad, es necesario tener claro que el principio de igualdad se refiere al trato igual entre iguales, así la Sala Constitucional en su resolución 2020-4204 ha indicado lo siguiente: *“Por esa razón, la discriminación, entendida desde un punto de vista jurídico, significa otorgar un trato diferente con base en características particulares que resultan injustas, arbitrarias o irrazonables”*. En igual sentido, el RLGCP define sobre el principio de igualdad: *“No resulta procedente la introducción, sin sustento técnico alguno, de requisitos y condiciones injustificadas en los pliegos de condiciones, de manera que se generen barreras de ingreso para los oferentes”*.

De tal forma, es claro que el principio de igualdad no se refiere a que se deba dar un tratamiento igualitario a todos, sino a que la Administración no debe de manera arbitraria, establecer condiciones diferentes ante una misma circunstancia.

Sobre el principio de libre concurrencia, la Ley N°9986 define que *“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 ese sentido, una vez más es claro que este principio se refiere al hecho de no establecer restricciones injustificadas.

Los objetivos perseguidos en la fase 1 y fase 2 de la subasta durante la etapa de selección definitiva del pliego de condiciones son distintos, y tienen como fin, dar cumplimiento a los lineamientos de política pública sobre *“condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes”* y *“disponibilidad de espectro para redes regionales móviles”*, emitidos por el Poder Ejecutivo para el presente proceso concursal.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Adicionalmente, el presente proceso concursal no limita en modo alguno la libre concurrencia de los concesionarios actuales, permitiéndoles participar por todo el espectro que requieran en la fase 1 de la subasta, mientras cumplan con el control de concentración de espectro. Por el contrario, el requisito en cuestión busca promover una mayor concurrencia al disminuir las barreras para el ingreso de nuevos competidores regionales.

Un mismo bien no implica que el uso habilitado para distintos titulares sea el mismo ni que se deban establecer los mismos requisitos o condiciones de operación. A partir de las anteriores consideraciones, se puede indicar que no se lesionan los principios de igualdad y libre concurrencia.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

2.4. 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.

Indica la empresa que la resolución RCS-104-2024 adoptada por el Consejo de la Sutel en la sesión extraordinaria 025-2024, celebrada el 08 de julio del 2024, mediante acuerdo 003-025-2024, de las 15:40 horas, genera un impacto en los eventuales oferentes y es un acto de alcance general, por lo que, la SUTEL debió publicar dicha resolución, en el Diario Oficial La Gaceta. Por lo anterior, 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, en consecuencia, dicho acto es ineficaz y no puede surtir efectos frente a potenciales oferentes.

Al respecto, indicamos lo siguiente. En atención al objetivo de política pública del procedimiento concursal de referencia, relativo a la *“priorización del despliegue de infraestructura para las redes móviles IMT por sobre un enfoque meramente recaudatorio”*, se diseñó un proceso de subasta basado en la oferta de unidades de infraestructura de acceso, de manera que, la puja entre los participantes promueva la instalación de elementos radiantes de 5G.

Asimismo, se estimó un precio base definitivo que, debe ser confirmado durante la primera ronda de la subasta y que resulta proporcionalmente inferior a la inversión en infraestructura requerida. Para lo anterior, se definió el mecanismo de subasta simultánea de reloj ascendente de rondas múltiples, como se detalla en la cláusula 38 del pliego de condiciones.

Para la ejecución de la fase de subasta, como parte de la etapa de selección definitiva de una licitación mayor por etapas, resultan imprescindibles los elementos de cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso y el precio base, siendo que éstos se revelarán a los oferentes declarados elegibles.

Cabe resaltar que la cláusula 37.6 se establece que *“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*

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

legal donde manifiestan que entienden y aceptan las condiciones dispuestas en el pliego de condiciones, incluidas las seguridades calificadas...” por lo que, todos los potenciales oferentes preseleccionados podrán valorar la información correspondiente al precio base y la cantidad de unidades de infraestructura de acceso por desplegar, para considerar su eventual participación en la subasta⁸.

En este sentido, se trae a colación lo dispuesto en la citada resolución RCS-104-2024 en la cual se determinó que los temas de valoración de espectro y cualquier dato a partir del cual se pueda realizar su aproximación se consideran seguridades calificadas. En lo que interesa, se indicó:

“VIII. Que el Ministerio de Hacienda autorizó a MICITT-SUTEL la tramitación fuera del SICOP del proceso concursal IMT 5G, utilizando la figura de Licitación Mayor por Etapas, razón por la cual en la primera etapa de preselección se publicará el pliego de condiciones sin incluir los datos que por su sensibilidad se consideran seguridades calificadas de conformidad con el artículo 150 del Reglamento a la Ley N°9986, y que se revelarán a los oferentes preseleccionados antes del inicio de la etapa de selección definitiva.

(...)

X. Que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), ha indicado sobre el tema de Contratación Administrativa lo siguiente:

“(...) A tal fin, los Adherentes deberán (...) Fomentar un trato justo y equitativo a los potenciales proveedores aplicando el adecuado grado de transparencia en cada fase del ciclo de la contratación pública, al tiempo que dan la necesaria consideración a las legítimas necesidades de protección de los secretos comerciales, de la información exclusiva del propietario y demás cuestiones relativas a la privacidad, así como a la necesidad de evitar información que puedan utilizar partes interesadas para distorsionar la competencia en el proceso de contratación. Además, deberá exigirse a los proveedores que actúen con la debida transparencia en los procesos de subcontratación en que participen.

XI. Que según ha indicado la OCDE, los procesos de contratación administrativa deben garantizar que exista una adecuada transparencia de la información según en la fase del ciclo de contratación correspondiente, con el fin de que se evite que los oferentes puedan distorsionar la competencia en dichos procesos de contratación, siendo que una adecuada transparencia se debe entender de forma tal que los oferentes tengan la información necesaria y no excesiva que faciliten comportamientos anticompetitivos.”

También, es relevante resaltar lo dispuesto en el resuelve 1 de dicha resolución:

“1. Declarar confidencial, por tratarse de seguridades calificadas, los temas de valoración económica del espectro y cualquier dato a partir del cual se pueda realizar una aproximación de dicho valor, hasta antes del inicio de la etapa de selección definitiva del procedimiento concursal una vez revelados a los oferentes preseleccionados (Oferentes Declarados Elegibles) (...).”

Lo anterior acredita que, la declaratoria de confidencialidad abarca una etapa del procedimiento concursal, por lo tanto, la información declarada confidencial se mantendrá en esa condición hasta la etapa de selección definitiva, siendo que la información se remitirá a los oferentes declarados elegibles.

Lo anterior, es consistente con el objetivo de política pública del procedimiento concursal referente a la promoción de la competencia.

Así las cosas, la publicación de las seguridades calificadas, precisamente en la fase de selección definitiva y antes de llevar a cabo la subasta, busca minimizar el riesgo de colusión o acuerdo entre los oferentes y de ninguna manera, vulnera principios elementales, tales como, la seguridad

⁸ Véase que un oferente declarado elegible, no está obligado a continuar con el proceso licitatorio y puede manifestar su opción de no continuar o asistir al proceso de subasta y no confirmar el precio base, sin que eso le signifique afectación alguna.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

jurídica y transparencia del procedimiento. Por lo tanto, con fundamento en el principio de transparencia, se permite declarar la confidencialidad de información indispensable para la etapa de selección definitiva mediante un acto motivado, como se realizó en este caso.

En la medida que se revele más información que la pertinente en un procedimiento de contratación, se puede aumentar el riesgo de que esta información, al volverse pública, sea usada por los eventuales oferentes para realizar prácticas anticompetitivas. Por tanto, es relevante evitar divulgar información que, los participantes puedan utilizar a su favor para ofertar en contra de la administración (oferta colusoria que podría afectar el interés público) o bien simular competencia en el proceso concursal.

Al respecto la colusión en un procedimiento de contratación implica, que los oferentes acuerden manipular el resultado de la subasta, esto puede generar precios injustos y falta de transparencia.

En el presente caso, una colusión podría distorsionar la cantidad de unidades de infraestructura por desplegar, lo cual, iría en contra del objetivo de política pública señalado. Divulgar el precio base del espectro y la cantidad mínima de unidades de infraestructura en esta etapa, podría aumentar el riesgo de colusión.

Así, esta Superintendencia ha valorado que este riesgo puede reducirse, por lo que, en la resolución RCS-104-2024, se indicó que el precio base del espectro y cualquier dato a partir del cual se pueda realizar una aproximación de dicho valor (como lo es la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desplegar), son factores que, se declaran confidenciales, hasta antes del inicio de la etapa de selección definitiva del procedimiento concursal una vez revelados a los potenciales oferentes preseleccionados.

La revelación prematura de los factores como el precio y en este caso, las unidades de infraestructura de acceso, podría dar al traste con los resultados de la subasta que, como se ha indicado, busca cumplir con múltiples objetivos de política pública planteados por el Poder Ejecutivo.

Además, importa señalar que, por la configuración del diseño del procedimiento concursal en mención que incorpora una subasta simultánea de reloj ascendente de rondas múltiples, la cantidad de unidades de infraestructura de acceso, corresponden a especificaciones técnicas del objeto contractual, las cuales, como se indicó anteriormente, tienen una relación directa con el valor del espectro y su respectivo precio base.

En este sentido, la declaratoria de confidencialidad de seguridades calificadas en un procedimiento de licitación mayor por etapas, es conforme con lo establecido en el artículo 14 inciso h) de la LGCP, y artículos 24 inciso c), subinciso vi) y el artículo 138 del RLGCP, mediante los cuales se pretende garantizar un procedimiento libre de prácticas colusorias o anticompetitivas que distorsionen el objeto mismo de la contratación, relacionado con el desarrollo de unidades de infraestructura de acceso y la valoración del espectro.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

2.5. 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

El último argumento de la empresa es en relación con las bandas medias (2300 MHz y 3500MHz) e indica que, lo dispuesto en las cláusulas 77.4.1.5.3., 77.4.1.5.3.1., 77.4.1.5.4., 77.4.1.5.4.1 no resulta razonable ni proporcional, debido a la naturaleza y casos de uso de estas bandas.

En atención a este argumento, manifestamos, lo siguiente. En primer lugar, importa resaltar que los operadores pueden instalar unidades de infraestructura de acceso en cualquier otra área dentro de la cobertura asignada (nivel nacional para el caso de la fase 1), según su modelo de negocio, sin perjuicio de que, para la contabilización de la obligación del procedimiento concursal, solo se consideren las unidades desplegadas en las áreas definidas en el citado Anexo 6.

Es decir, el pliego de condiciones establece las condiciones mínimas que deberá cumplir el concesionario durante la fase de aceptación de la red de telecomunicaciones, en consistencia con los objetivos de política pública dispuestos por el Poder Ejecutivo para el presente procedimiento concursal, a saber, priorización del despliegue de infraestructura para las redes móviles IMT por sobre un enfoque meramente recaudatorio, provisión de nuevos y mejores servicios y aplicaciones, promoción de la competencia y enfoque en la calidad de experiencia del usuario final. En este sentido, no existe una limitación al concesionario sobre el despliegue en la zona de cobertura definida en su título habilitante, como se indicó anteriormente.

Importa resaltar que considerando las mejores prácticas internacionales⁹ en cuanto al diseño de procesos concursales de espectro IMT y para atender el objetivo de priorización del despliegue de infraestructura para las redes móviles, por sobre un enfoque meramente recaudatorio, se destina una parte mayoritaria del valor económico del espectro, al desarrollo de cantidades mínimas de unidades de infraestructura, por lo que, las obligaciones de despliegue se constituyen en parte del pago por acceder al bien demanial.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

3. Recurso de objeción presentado por Claro

Claro presenta el recurso de objeción en contra de las siguientes cláusulas contenidas en el pliego de condiciones: 77.4.1.5.2.1, 77.4.1.5.2.2, 77.4.1.5.2.3, 77.4.1.5.3.1, 77.4.1.5.3.2, 77.4.1.5.3.3, 77.4.1.5.4.1, 77.4.1.5.4.2 y 77.4.1.5.4.3.

3.1. Desigualdad en las obligaciones de despliegue de infraestructura

La empresa indica que, mediante las cláusulas 77.4.1.5.2.1, 77.4.1.5.3.1 y 77.4.1.5.4.1, se impone a las empresas que resulten adjudicatarios y, que ya cuenten con asignación de espectro radioeléctrico IMT, una obligación de despliegue de una cantidad determinada de Unidades de Infraestructura de Acceso. Agrega que, uno de los principios generales de la contratación pública

⁹ Ver caso de Brasil: "5G y el Rango 3,3-3,8 GHz en América Latina Noviembre 2020", <https://www.gsma.com/connectivity-for-good/spectrum/wp-content/uploads/2020/11/5G-and-3.5-GHz-Range-in-Latam-Spanish.pdf> y "5G en América Latina Liberando el potencial", <https://www.gsma.com/latinamerica/wp-content/uploads/2023/06/290623-5G-in-Latam-ESP.pdf>

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

es el de igualdad y libre competencia. Sin embargo, el operador incumbente, así como las empresas de su mismo grupo económico, no cuentan con un contrato de concesión, con lo que no tienen obligaciones de cobertura contractuales, existiendo evidentemente una violación al principio de igualdad en materia de contratación administrativa.

Otro aspecto, es en relación con lo dispuesto en el tercer párrafo de la cláusula 77.4.1.5.2.1 y, expone que, dentro de esa disposición no se establece un plazo para que el Consejo de la SUTEL emita su criterio, en relación con el cumplimiento por parte del concesionario, de haber atendido la totalidad de las áreas identificadas en el Anexo 5.1.

En atención a este argumento indicamos que, las condiciones de la presente licitación resultan aplicables a todos los eventuales adjudicatarios del procedimiento concursal en cuestión y, por tanto, no son desiguales, estas condiciones serán consignadas en el respectivo acuerdo ejecutivo y contrato de concesión. Los alcances de esta contratación se limitan al objeto planteado y sus efectos, únicamente aplican, a los eventuales adjudicatarios del procedimiento.

En relación con lo indicado sobre la violación al principio de igualdad en materia de contratación pública, debido a que, el ICE y sus empresas, no cuentan con un contrato de concesión por lo que, no tienen obligaciones de cobertura definidas, la SUTEL se ha referido a este tema en múltiples ocasiones y ha brindado recomendaciones técnicas relacionadas con dichas asignaciones al MICITT, durante los últimos diez años¹⁰, siendo la más reciente la incluida en la resolución RCS-199-2023 del 31 de agosto de 2023, que cita:

“8. INDICAR al Poder Ejecutivo que en relación con las concesiones otorgadas y su respectiva adecuación realizada mediante las Resoluciones N°RT-024-2009- MINAET y N°RT-025-2009-MINAET, dichos actos deberán complementarse a través del acto administrativo correspondiente (contrato de concesión), en el que se establezcan expresamente todos y cada uno de los derechos y obligaciones que disponen dichas entidades jurídicas.”

Sin embargo, el pliego de condiciones busca normar las nuevas concesiones que se otorguen y no las ya existentes, sobre las cuales el Poder Ejecutivo debe valorar la toma de decisiones según corresponda.

El pliego de condiciones, de manera consistente con los objetivos de política pública establecidos por el Poder Ejecutivo, no establece restricciones a la competencia, por el contrario, dentro del ámbito del procedimiento concursal, se establecen acciones para mitigar la concentración de espectro y promover mayor competencia en el mercado.

Por lo tanto, el procedimiento concursal y su respectivo pliego de condiciones, no puede resolver todos los problemas competitivos de un mercado que se han generado por razones ajenas a la Sutel, dado que, estos obedecen a situaciones que se encuentran fuera del alcance de este proceso.

En relación con el plazo para verificar el cumplimiento de atención de las áreas detalladas en el Anexo 5.1 del pliego de condiciones, con el fin de no afectar el cronograma de despliegue de

¹⁰ Ver informes disponibles en el www.sutel.go.cr/pagina/frecuencias-servicios-moviles

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

infraestructura del concesionario, se considera oportuno ajustar la cláusula 77.4.1.5.2.1, como sigue:

“(...) Si el Concesionario considera haber atendido la totalidad de las áreas identificadas en el ANEXO 5.1 – ÁREAS DE ATENCIÓN MEDIANTE BANDA 700 MHz con una cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso inferior al total de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada, deberá informarlo a la SUTEL.

Una vez que el Concesionario haya reportado la atención de la totalidad de las áreas identificadas en el ANEXO 5.1 – ÁREAS DE ATENCIÓN MEDIANTE BANDA 700 MHz, el Concesionario podrá avanzar con el despliegue en los distritos del ANEXO 5.2 – DISTRITOS ADICIONALES PARA DESPLIEGUE EN LA BANDA 700 MHz (“desborde”), donde deberá instalar al menos una Unidad de Infraestructura de Acceso en cada distrito hasta completar la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso Adjudicada. Si se cumpliera el requerimiento de desplegar al menos una Unidad de Infraestructura de Acceso en cada distrito del ANEXO 5.2 – DISTRITOS ADICIONALES PARA DESPLIEGUE EN LA BANDA 700 MHz (“desborde”), el Concesionario deberá instalar las restantes en localidades seleccionadas a su discreción que formen parte de los distritos del ANEXO 5.2 – DISTRITOS ADICIONALES PARA DESPLIEGUE EN LA BANDA 700 MHz (“desborde”). (Lo resaltado corresponde a los cambios en la redacción de la cláusula)

Este ajuste se considera adecuado a la luz de lo dispuesto en el pliego de condiciones, dado que es un deber de los concesionarios remitir informes trimestrales de avance en cuanto al despliegue de infraestructura, los cuales permitirán a la Sutel llevar a cabo evaluaciones periódicas y progresivas del cumplimiento del citado avance. A su vez, esta mejora en la redacción no afecta el cronograma de despliegue de los operadores, que corresponde a la objeción realizada por Claro.

Según el detalle brindado, se acepta parcialmente la objeción presentada y se procederá a realizar el ajuste correspondiente al pliego de condiciones.

3.2. Sobre la obligación de despliegue de unidades de infraestructura de acceso en zonas no pobladas y de muy baja población

La empresa indica que, en el caso de la banda de 700 MHz, la cláusula 77.4.1.5.2.1, incluye áreas dentro de los distritos con zonas de cobertura donde no existe población que pueda ser beneficiada del despliegue de las unidades de infraestructura de acceso, lo que irrespeta el principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad. Añade que, para el caso de las zonas con muy baja población, el marco regulatorio sectorial de las telecomunicaciones establece el mecanismo de solución para no ampliar la brecha de las zonas sin cobertura (inciso a) del artículo 32 de la Ley General de las Telecomunicaciones). Por lo que, solicita una revisión de los polígonos de cobertura donde no existe población o la misma es muy baja, para que sean excluidos de las obligaciones del concesionario y dichas necesidades sean canalizadas mediante el instrumento que establece la Ley General de Telecomunicaciones para procurar reducir la brecha digital.

En atención a ese argumento exponemos que, resulta de interés aclarar, que Claro solo se refirió a las obligaciones respecto al despliegue de infraestructura de acceso en la banda de 700 MHz, detalladas en el Anexo 5 y no sobre lo dispuesto para las demás bandas de frecuencias.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

El operador señaló que hay “áreas dentro de los distritos con zonas de cobertura donde no existe población que pueda ser beneficiada del despliegue de las unidades de infraestructura de acceso” e incluyó capturas de pantalla con ejemplos de áreas de atención ubicadas en los distritos de: Copey de Dota, San José, Río Nuevo de Pérez Zeledón, San José, San Lorenzo de San Ramón, Alajuela, Venecia de San Carlos, Alajuela, Santa Teresita de Turrialba, Cartago, Varablanca de Heredia, Heredia, Cañas Dulces de Liberia, Guanacaste y Colorado de Pococí, Limón, que de acuerdo con lo señalado por el operador, no tienen población.

En ese sentido, es relevante mencionar que, para la definición de las áreas de atención incluidas como obligación para los concesionarios de la banda de 700 MHz, se utilizaron las capas de cobertura 4G de las redes de los operadores móviles que brindan sus servicios en el país y, la información sobre localidades disponible en el sitio web del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), actualizada al año 2022.

A continuación, se muestra el listado de los poblados y caseríos que se encuentran, de acuerdo con la información oficial, en los polígonos aportados por Claro en su recurso:

Tabla 1. Localidades en áreas de atención incluidas en el recurso interpuesto por Claro de acuerdo con información del INEC

| Provincia | Cantón | Distrito | Código de Distrito | Localidades INEC 2022 |
|------------|---------------|----------------|--------------------|---|
| San José | Dota | Copey | 11703 | Caserío La Piedra |
| San José | Dota | Copey | 11703 | Poblado Las Vueltas |
| San José | Pérez Zeledón | Río Nuevo | 11910 | Poblado Fila Bruja |
| Alajuela | San Ramón | San Lorenzo | 20214 | Caserío Bajo Jamaical |
| Alajuela | San Carlos | Venecia | 21005 | Caserío el Zoncho |
| Cartago | Turrialba | Santa Teresita | 30505 | Poblado El Oriente |
| Heredia | Heredia | Varablanca | 40105 | Caserío Santa Clara |
| Guanacaste | Liberia | Cañas Dulces | 50102 | Poblado Irigaray |
| Limón | Pococí | Colorado | 70206 | Caserío Agua Dulce |
| Limón | Pococí | Colorado | 70206 | Poblado Jobo |
| Limón | Pococí | Colorado | 70206 | Caserío Caño Bravo |
| Limón | Pococí | Colorado | 70206 | Caseríos Bocas de Colorado y Dos Bocas del Colorado |

Así las cosas, se acredita que sí existe población que pueda ser beneficiada del despliegue de las unidades de infraestructura de acceso.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

3.3. Sobre el concepto de “autoridad pública” en las cláusulas 77.4.1.5.2.2, 77.4.1.5.3.3 y 77.4.1.5.4.3.

Indica Claro que, las cláusulas 77.4.1.5.2.2, 77.4.1.5.3.3 y 77.4.1.5.4.3, establecen que para acreditar la existencia de un obstáculo que impida cumplir con los plazos establecidos para el despliegue de las unidades de infraestructura de acceso en las bandas de 700 MHz, 2300 MHz, y 3500 MHz, se debe presentar ante la SUTEL “documentación emitida por una **autoridad pública**”. Sin embargo, expone que no todas las empresas de distribución eléctrica, y que poseen el medio de transmisión necesario-fibra óptica-, no se son “**autoridades públicas**”. Por lo que, solicita se incluya dentro de las disposiciones, que también estas empresas eléctricas, pueden emitir la documentación para acreditar el obstáculo para cumplir con los plazos de despliegue y puesta en operación de las unidades de infraestructura de acceso.

En atención a este argumento, manifestamos que, el Reglamento sobre el Uso Compartido de Infraestructura para el Soporte de Redes Públicas de Telecomunicaciones, faculta al operador a presentar un proceso de intervención ante la Sutel, de conformidad con lo dispuesto en el título tercero, capítulo tercero del citado reglamento, el cual es de conocimiento de la empresa objetante.

En lo que corresponde a la acreditación de barreras de acceso a postería, cuando el operador haya presentado un proceso de intervención, la autoridad pública que cuenta con la posibilidad de acreditar la constitución de barreras corresponde a la Sutel.

Tal como se desprende, existe un procedimiento especial que regula la forma en que el operador debe acreditar una barrera al acceso de infraestructura y para el caso en específico, sería a través de la presentación de la solicitud de intervención ante la Sutel. Ahora bien, debe señalarse que la presentación ante la Sutel de un proceso de intervención es excepcional (siendo la regla la negociación entre partes) y no garantiza el acceso al recurso escaso (postería) que se solicita.

La Sutel, una vez tramitado el procedimiento de intervención correspondiente, podría ordenar o no, el acceso a la postería, según sea el caso puntual y conforme a la normativa vigente. En ese sentido, cabe recordar también que, es obligación del concesionario, el diseño de la red de telecomunicaciones de forma integral y, por ende, deberá contemplar el desarrollo de todos los elementos que se requieran para la puesta en marcha y operación de esta, teniendo a su alcance los procedimientos correspondientes para aquellos casos excepcionales.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

3.4. Sobre la imposición de multas por incumplimiento en el cronograma de despliegue de unidades de infraestructura de acceso (cláusulas 77.4.1.5.2.3, 77.4.1.5.3.2 y 77.4.1.5.4.2)

Indica Claro que, para que una unidad de infraestructura de acceso pueda cumplir con los parámetros de calidad mínimos de servicio establecido en el pliego de condiciones, es necesario que dichas unidades de infraestructura cuenten con fibra óptica como medio principal de transporte. Añade que, la red de postería eléctrica, red a través de la cual se realiza dicho

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

despliegue tienen niveles de ocupación cercanos a su capacidad máxima y los tiempos de tramitación de las solicitudes de acceso superan con creces el plazo de 30 días hábiles generalmente establecido en los contratos de acceso a postería. Lo que impide que, se pueda cumplir con los cronogramas establecidos para el despliegue de las unidades de infraestructura de acceso y agrega que, se debe considerar el tiempo para obtener las autorizaciones y permisos municipales, para la instalación de la infraestructura necesaria para el transporte y la transmisión de señales.

En atención a este argumento, indicamos lo siguiente. En primer lugar, debe aclararse que el cálculo de la cláusula penal por atrasos en cuanto al despliegue de infraestructura de acceso excluye, aquellas situaciones en las que el concesionario haya acreditado la presencia de los posibles obstáculos que puedan surgir. Para el caso específico expuesto por Claro, conforme lo indicado en el punto anterior, el Reglamento sobre el Uso Compartido de Infraestructura para el Soporte de Redes Públicas de Telecomunicaciones establece el procedimiento de intervención para resolver las disputas entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y los propietarios de infraestructura.

Por otra parte, debe tenerse en consideración que, conforme la información aportada por Claro, la cual se encuentra disponible en la página web de esta Superintendencia¹¹, respecto al despliegue de su red móvil, únicamente durante el primer año de operaciones en Costa Rica, esta empresa desplegó un total de 545 radiobases, lo que equivale al 24% del total de sus radiobases con corte al primer semestre del 2024. Asimismo, durante los tres primeros años de operación (2011, 2012 y 2013), Claro desplegó más de la mitad de sus radiobases, para un total de 1165. En función de lo anterior, los plazos establecidos por la Sutel en el pliego de condiciones parten de la capacidad de despliegue de infraestructura por parte de los operadores móviles¹² que han demostrado a lo largo de los años, por lo que, indirectamente contemplan posibles retrasos asociados con el acceso a la postería.

Además, se le hace ver al órgano contralor que la objetante omite acompañar sus alegatos de la prueba idónea, ejercicios numéricos y criterio técnico, para desvirtuar las cláusulas 77.4.1.5.2.3, 77.4.1.5.3.2 y 77.4.1.5.4.2, relacionado con los incumplimientos y la cláusula penal. Es deber de quien presenta la objeción de fundamentar el recurso, según que establece el artículo 88 de la LGCP y el artículo 246 del RLGCP.

La importancia de que el objetante demuestre lo antes indicado, ha sido desarrollado en la siguiente resolución de recurso de objeción, emitida por la Contraloría General de la República (CGR):

“(...) la objetante expone elementos que no son suficientes para determinar que el quántum de las sanciones pecuniarias que se aplicarán a este concurso resultan no razonables ni proporcionales. No obstante, el ejercicio mínimo esperado es demostrar que los cálculos basados en la imposición de las horas administrativas, horas técnicas, definición del nivel de criticidad de este objeto y la justificación que se brinda en el “Análisis para la

¹¹ Ubicación de Infraestructura <https://sig.sutel.go.cr>

¹² En los informes números 05553-SUTEL-DGC-2023 y 06426-SUTEL-DGC-2024, acogidos por el Consejo mediante acuerdos del Consejo números 004-039-2023 del 4 de julio de 2023 y 026-030-2024 del 24 de julio de 2024, respectivamente, se detalla la base del cálculo para la definición del cronograma de despliegue. Estos documentos se encuentran en el expediente de la licitación disponible en <https://sutel.go.cr/pagina/concurso-espectro-5g>.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

determinación de Cláusulas Penales”, no resulta ajustado a la normativa vigente (...) la recurrente debió demostrar que las fórmulas matemáticas no resultan correctas para establecer un porcentaje (quantum correspondiente) para la cláusula penal impuesta; ello mediante un estudio que acredite que las cláusulas penales del pliego y la forma en que se justifican, no aportan argumentos para demostrar que la Administración las haya respaldado mediante criterios razonables y proporcionados. Así las cosas, este órgano contralor tiene por demostrado que la recurrente no ha fundamentado su impugnación (...) razón por la cual procede rechazar su pretensión. Dicha posición ha sido reiterada por está Contraloría General en anteriores resoluciones, para lo cual puede consultarse las No. R-DCA-00005-2022, R-DCA-00194-2022 y R-DCA-SICOP-00564-2023. En razón de lo anterior, al acreditarse que no existe fundamentación para alegar que la cláusula debe anularse o bien que faltan los criterios técnicos para respaldar los términos de la misma, lo procedente es rechazar de plano el recurso de objeción en este extremo (...). (Resolución No. R-DCP-SICOP-01151-2024 de las 8 horas con 51 minutos del 5 de agosto del 2024).

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

4. Recurso de objeción presentado por el ICE

4.1. Cláusula 14. Control de concentración de espectro

A. La estipulación de concentración de espectro como requisito de admisibilidad para ser un oferente declarado elegible no tiene sustento legal

El ICE manifiesta que la cláusula 14 no tiene sustento legal, ni en la LGCP ni en la Ley General de Telecomunicaciones. Por lo que, en tutela del principio de legalidad, se debe eliminar la cláusula 14, así como por conexidad la definición establecida en el apartado 2.1.23 de la cláusula 2.

Al respecto indicamos que, en primer lugar, debe señalarse que en procedimientos concursales anteriores se han incluido condiciones similares al control de concentración de espectro señalado, con el fin de cumplir con los objetivos de política pública.

Adicionalmente, la Dirección General de Competencia (DGCO) a través del oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023 del 26 de junio de 2023, que sustenta técnicamente el valor de control de concentración de espectro definido para el presente procedimiento concursal, señala que la definición de “topes de espectro” es una práctica común a nivel internacional¹³ que busca “prevenir que un único operador o grupo de ellos adquiriera, usualmente en el marco de un proceso de licitación abierto¹⁴, los derechos de uso y explotación sobre una determinada banda o grupo de bandas de manera que afecte la competencia del mercado a largo plazo”. Asimismo, se plantea que “En las adjudicaciones de espectro los topes parecen ofrecer una forma efectiva de intervención en el proceso competitivo que puede beneficiar a los usuarios finales. En el caso de una licitación significativa, por ejemplo, la liberación de espectro en 2,6 GHz o del espectro del dividendo digital, es probable que se justifique realizar una previsión competitiva de este tipo”¹⁵.

En este orden de ideas, es falso lo indicado por el ICE respecto a que no existe disposición en la normativa vigente en cuanto al tema, siendo que en la Ley N°8642 se establece el principio rector

¹³ Ver <https://www.gsma.com/latinamerica/es/gestion-eficiente-del-espectro-para-el-bienestar-socioeconomico/> y https://www.gsma.com/connectivity-for-good/spectrum/wp-content/uploads/2016/11/spec_best_practice_SPA.pdf

¹⁴ O incluso en procesos de concentración económica posteriores.

¹⁵ Cave, M. (2010). *Anti-competitive behaviour in spectrum markets: Analysis and response*. Telecommunications Policy, Volume 34, Issues 5–6, June–July 2010, Pages 251-261.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

de “*competencia efectiva*” que corresponde al “*establecimiento de mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección*” (resaltado intencional).

Asimismo, el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias en su artículo 9, es expreso al considerar dentro del uso eficiente del espectro radioeléctrico, lo siguiente:

“*Artículo 9. Uso eficiente del espectro (...)*

h. Cuando no exista concentración o acumulación del espectro radioeléctrico en una o varias bandas de frecuencias para un mismo servicio radioeléctrico y aplicativo, en uno o pocos agentes económicos que genere efectos adversos sobre la dinámica de la competencia y el bienestar de los usuarios finales.” (resaltado intencional)

Lo anterior, guarda completa consistencia con el principio rector de la optimización de los recursos escasos.

Cabe señalar que el escenario de asignación de espectro IMT en nuestro país, muestra una clara asimetría en favor del operador estatal, sobre lo cual esta Superintendencia ha llamado la atención del Poder Ejecutivo para la toma de acciones oportunas¹⁶. Específicamente, según lo dispuesto en el acuerdo del Consejo de la Sutel número 010-065-2022, donde recibió y acogió el oficio número 08359-SUTEL-DGC-2022 del 16 de setiembre de 2022, se brindó una comparativa de la tenencia de espectro promedio por operador móvil en un total de 46 de países de Europa y América, respecto a Costa Rica. De dicho informe, resulta necesario traer a colación los datos consolidados tanto de Europa como América para las bandas medias (entre 1 GHz a 6 GHz):

Tabla 2. Datos internacionales sobre asignación de espectro IMT para operadores móviles

| Región | Promedio de cantidad de operadores móviles con espectro asignado | Promedio de espectro total asignado por operador | Promedio de espectro asignado por operador en bandas bajas (< 1GHz) | Promedio de espectro asignado por operador en bandas medias (1GHz < 6GHz) | Promedio de espectro asignado por operador en bandas milimétricas (> 6GHz) |
|---------------------|--|--|---|---|--|
| Europa (25 países) | 4.9 | 252.47 MHz | 50.16 MHz | 162.71 MHz | 517.86 MHz |
| América (21 países) | 4.1 | 405.90 MHz | 47.01 MHz | 124.81 MHz | 1542.86 MHz |
| Costa Rica | 3 | 203.33 MHz | 186.67 MHz | 46.67 MHz | 0 MHz |

En la actualidad, el ICE y sus empresas mantienen las siguientes asignaciones de espectro IMT:

¹⁶ Ver informes disponibles en el www.sutel.go.cr/pagina/frecuencias-servicios-moviles

San Jose, 23 de agosto de 2024
07358-SUTEL-DGC-2024

Tabla 3. Espectro IMT asignado a operadores móviles en Costa Rica

| Empresa | 850 MHz | 1800 MHz | 1900/2100 MHz | 2600 MHz | 3500 MHz | TOTAL |
|---|----------|----------|---------------|----------|----------|------------------|
| ICE | 39.4 MHz | 40 MHz | 40 MHz | 190 MHz | --- | 409.4 MHz |
| RACSA | --- | --- | --- | --- | 100 MHz | |
| Total de espectro asignado en bandas medias: 370 MHz | | | | | | |

| Empresa | 850 MHz | 1800 MHz | 1900/2100 MHz | 2600 MHz | 3500 MHz | TOTAL |
|---|----------|----------|---------------|----------|----------|------------------|
| Liberty | 10.6 MHz | 50 MHz | 40 MHz | --- | --- | 100.6 MHz |
| Claro | --- | 60 MHz | 40 MHz | --- | --- | 100 MHz |
| Promedio de espectro asignado en bandas medias: 95 MHz | | | | | | |

De la información anterior es posible extraer que el Grupo ICE tiene asignaciones de espectro IMT, tanto desde la perspectiva del espectro total asignado a este operador, como el asignado en bandas medias, mucho mayor al promedio de los operadores a nivel mundial, así como con sus competidores directos en el mercado móvil nacional. Debe señalarse también, que desafortunadamente, los operadores móviles de la comparativa internacional que ostentan menos espectro IMT que el Grupo ICE, reportan mejor calidad de servicio a los usuarios finales en términos de la velocidad de transferencia de datos¹⁷, es decir, realizan un uso más eficiente del recurso asignado.

Esta situación de asimetría se ha mantenido en el tiempo, a pesar de la apertura del mercado de las telecomunicaciones y de haber llevado a cabo dos licitaciones de espectro IMT.

Dicha condición también ha sido señalada por la SUTEL, desde sus facultades como autoridad sectorial de competencia en telecomunicaciones, quien en una serie de opiniones no vinculantes emitidas mediante informes 04225-SUTEL-OTC-2021, 09228-SUTEL-OTC-2022 y 01556-SUTEL-OTC-2023, todos emitidos por la DGCO y acogidos por el Consejo de la Sutel¹⁸. Donde se ha señalado, entre otros elementos, que una asignación muy asimétrica del espectro, como la que muestra el país a la fecha, tiene el potencial de debilitar la competencia del mercado, ya que esto le otorga al operador con una mayor cuota de espectro, en este caso el ICE, una posición ventajosa para hacer frente al aumento de la demanda de servicios, lo cual es particularmente relevante en una situación de continuo crecimiento del consumo de datos móviles. Así, la asimetría en la asignación del espectro radioeléctrico puede generar diferencias en la capacidad

¹⁷ Ver: Benchmarking the Global 5G Experience – June 2023, <https://www.opensignal.com/2023/06/30/benchmarking-the-global-5g-experience-june-2023>

¹⁸ Disponibles en el sitio Web de la SUTEL: <https://www.sutel.go.cr/opiniones-competencia>

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

de los operadores de satisfacer la creciente demanda de datos a mediano y largo plazo, lo cual genera un efecto debilitador sobre la competencia del mercado a largo plazo.

En particular la SUTEL ha señalado que de mantenerse o profundizarse la asimetría en la asignación de espectro en el mercado, esto puede tener una serie de efectos perjudiciales, entre los que conviene destacar los siguientes:

- ***Exceso de capacidad que distorsiona el mercado***

El hecho de que un operador tenga más espectro del realmente requerido en bandas 5G, puede generar barreras para los despliegues 5G de otros operadores, en particular existe el riesgo de que el operador pueda utilizar su exceso de capacidad de espectro como elemento disuasivo para evitar que sus competidores reaccionen fuertemente a las presiones competitivas ejercidas por este.

El hecho de que un operador tenga una asignación de espectro más alta de la necesaria para la provisión de servicios tiene un costo de oportunidad para el mercado como un todo, y para los usuarios en general, toda vez que el operador podría estar haciendo un uso limitado (no eficiente) o no uso del espectro que tiene asignado, impidiendo que dicho espectro pueda ser usado por otros operadores de manera más eficiente para satisfacer la creciente demanda del mercado.

- ***Mayores costos para determinados operadores***

La competencia del mercado se puede debilitar si existen operadores en el mercado con participaciones relativamente bajas de espectro que les impiden o les limiten su crecimiento futuro, los operadores móviles con menores asignaciones de espectro tenderán a tener costos marginales más altos para lograr agregar capacidad a su red comparativamente con operadores con una mayor cantidad de espectro.

Esto obedece a que entre menos espectro tenga un operador, mayor cantidad de sitios deberá construir para poder aumentar la capacidad de su red, lo que le genera costos adicionales que no posee el operador con una alta cuota de espectro.

Además de hacer frente a los mayores costos marginales de la adición de capacidad, los operadores con menos espectro también pueden enfrentar limitaciones prácticas para incrementar su capacidad mediante mecanismos distintos al espectro adicional.

Por lo anterior, SUTEL siempre ha sido enfática en la necesidad de que en el presente procedimiento concursal se incorporaran condiciones de política pública necesarias para el establecimiento de medidas para evitar la concentración de espectro. En ese sentido, la instrucción del Poder Ejecutivo incluye la necesidad de incorporar “*Acciones para mitigar la eventual concentración de espectro radioeléctrico*”, por lo cual la incorporación de un tope de espectro no es

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

antojadiza por parte de la SUTEL, sino que responde a un objetivo que busca evitar “concentración de espectro a favor de cualquier posible oferente”.

Así, pese a la situación existente de asimetría en la distribución del espectro radioeléctrico para la provisión de servicios móviles IMT-2020, se considera que el presente procedimiento concursal tiene la posibilidad de generar una distribución más equitativa del espectro radioeléctrico, esto a partir de la definición del control de concentración de espectro y la cantidad total de espectro disponible en diferentes bandas de frecuencias en la licitación de referencia, que pueden generar un resultado que permita nivelar la tenencia de espectro IMT y establecer una competencia efectiva en el mercado de los servicios móviles.

En consecuencia, resulta pertinente el establecimiento de topes de espectro, lo cual es consistente con lo dispuesto en la normativa vigente y los objetivos de política pública planteados por el Poder Ejecutivo, así como con las mejores prácticas internacionales¹⁹, que reconocen que los topes de espectro pueden evitar “que un oferente particular adquiriera una porción de espectro demasiado grande o reservar una cierta cantidad de espectro para los más pequeños”.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

B. Fórmula para cálculo de control de concentración de espectro no fue sometida a previa consulta pública

El ICE manifiesta que, la fórmula para el cálculo de concentración de espectro no fue sometida a consulta pública, lo cual implica una violación al principio de participación tutelado en el artículo 9 de la Constitución Política y desarrollado a nivel legal en la Ley General de la Administración Pública y en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), así como a las recomendaciones de la OCDE. Este vicio del procedimiento causa indefensión, y por ende tienen como consecuencia jurídica la nulidad absoluta de los apartados 14.3, 14.6 al 14.11.

En atención a este argumento, manifestamos que, es competencia de la Sutel, de conformidad con el artículo 12 de la Ley N°8642, la instrucción de los procedimientos concursales iniciados por el Poder Ejecutivo. En este sentido, corresponde a la Sutel dar cumplimiento a los objetivos de política pública definidos en el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT que, en el caso del concurso de referencia, corresponde a definir “acciones para mitigar la eventual concentración de espectro radioeléctrico”.

Asimismo, de conformidad con el inciso j) del artículo 73 de la Ley N°7593, es competencia del Consejo de la Sutel “velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones”, lo cual es consistente con el establecimiento de topes de espectro, según lo requerido por el Poder Ejecutivo, así como el principio de optimización de los recursos escasos de la Ley N°8642.

¹⁹ Ver publicación en el siguiente enlace: https://www.gsma.com/connectivity-for-good/spectrum/wp-content/uploads/2016/11/spec_best_practice_SPA.pdf

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Sin perjuicio de lo anterior, no resulta aplicable el proceso de consulta pública sobre la determinación de las normas específicas de la contratación, siempre que exista el análisis técnico que sustente la definición de la fórmula. En este sentido, no se causa indefensión, pues los interesados en participar tienen oportunidad de impugnar mediante el recurso de objeción, como es el presente caso.

Finalmente, a través del informe número 05315-SUTEL-OTC-2023 del 26 de junio de 2023 el cual es de acceso público a partir de la emisión del pliego de condiciones²⁰, la DGCO realizó el análisis técnico correspondiente para la determinación del control de concentración de espectro para el procedimiento concursal en mención, siendo la dirección competente para tal definición. Cabe señalar que el ICE no ha solicitado dicho documento a la Sutel.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

C. Fórmula para cálculo de control de concentración de espectro no tiene sustento técnico, siendo contraria a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica del artículo 16 de la LGAP

Agrega el ICE que, la fórmula para el cálculo del control de concentración de espectro no tiene ningún tipo de sustento ni técnico, ni metodológico, ni tampoco constan en el expediente administrativo los parámetros ni estudios que respalden esa fórmula, lo cual implica una violación a lo establecido en el artículo 16 de la LGAP.

En atención a este argumento, indicamos que, el informe número 05315-SUTEL-OTC-2023 del 26 de junio de 2023 emitido por la DGCO, disponible en sitio web de la Sutel, según se indicó en el punto anterior, contiene la justificación técnica correspondiente para el establecimiento del control de concentración de espectro en el procedimiento concursal de referencia.

Dicho informe analiza detenidamente, los lineamientos de política pública establecidos por el Poder Ejecutivo para definir la naturaleza del mecanismo de control de concentración de espectro radioeléctrico que, debe ser empleado por la SUTEL, los cuales en resumen establecen los siguientes elementos:

- Establecer medidas para que el procedimiento concursal no genere una concentración de espectro a favor de cualquier posible oferente.
- Necesidad de incluir mecanismos dentro del procedimiento concursal que procuren una asignación justa y transparente del espectro objeto de concurso como posibles topes de espectro de entrada y/o de asignación.

²⁰ El informe número 05315-SUTEL-OTC-2023 se encuentra en el expediente de la licitación disponible en <https://sutel.go.cr/pagina/concurso-espectro-5g>.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

- Necesidad de incluir mecanismos dentro del procedimiento concursal que mitiguen la asimetría en la asignación de espectro para sistemas IMT y eviten la concentración de espectro futura.
- Considerar en las medidas a implementar para este procedimiento licitatorio, no solamente la condición registral de las bandas asignadas a cada operador que participe en el concurso, sino también la naturaleza de cada banda de frecuencias, y la posibilidad de definir técnicamente topes de espectro diferenciados para cada gama o rango (bandas bajas, medias y altas).

En ese sentido resulta claro que, en acatamiento de los lineamientos del Poder Ejecutivo, la SUTEL debía diseñar un mecanismo que lograra tanto, mitigar la asimetría actual de espectro para sistemas IMT, como también, prevenir que el procedimiento concursal generara una concentración de espectro a futuro, para lo cual, el Poder Ejecutivo solicitó establecer topes de espectro de entrada y de asignación, que incluyeran la condición registral de las bandas asignadas a cada operador que participara del concurso.

A partir de lo anterior, el informe analiza los siguientes aspectos: el mecanismo de topes de espectro, el mecanismo de control de concentración de espectro radioeléctrico y justifica la relevancia de establecer un tope de espectro en el procedimiento concursal. Lo anterior, a partir de un análisis de la situación actual de la distribución del espectro radioeléctrico IMT en el mercado y considerando que, el procedimiento concursal tiene, tanto el potencial de reequilibrar la tenencia de espectro para servicios móviles IMT en el mercado costarricense, como también, de generar el riesgo de perpetuar la situación de asimetría del mercado, de no incorporar las salvaguardas a la competencia necesarias, según lo requerido por el Poder Ejecutivo en sus lineamientos de política pública.

Asimismo, el citado informe número 05315-SUTEL-OTC-2023 analiza distintas metodologías para la selección del tope, entre ellas: razón de la concentración de k-empresas (C-k), índice de Hirschman-Herfindhal (HHI), índice de dominancia e índice de dominancia de Stenbacka. Para después de un análisis de estos índices, seleccionar la razón de la concentración de k-empresas (C-k) para el establecimiento del tope en cuestión.

El mismo informe también realiza un análisis comparado para considerar, tanto la recurrencia en el uso de topes del espectro en recientes concurso de espectro IMT, como la metodología seleccionada. Encontrándose que el establecimiento de topes de espectro es una medida que ha sido empleada frecuentemente, con el objetivo de prevenir la concentración de espectro, en las recientes subastas de espectro para servicios móviles, y en particular, para el ofrecimiento de servicios 5G.

A partir de esto, se procede a definir las características del tope que permitan dar cumplimiento a diferentes objetivos de política pública del proceso concursal, como lo son: la promoción de la

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

competencia, acciones para mitigar la eventual concentración de espectro radioeléctrico, eficiencia espectral, condiciones de uso referentes a las bandas de frecuencias objeto de concurso y condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes, a saber:

- Es un tope de entrada y de asignación, es decir, que cumple la dualidad de establecer el valor máximo de tenencia de espectro que puede tener un operador para participar del procedimiento de licitación para un determinado tipo de banda de frecuencias; y a la vez define el monto máximo de espectro que cada operador puede llegar a tener al final del procedimiento concursal (incluyendo el espectro con que se contaba previamente).
- Es un tope que se aplica de manera independiente a los diferentes tipos de bandas de frecuencia bajas, medias y altas.
- Es un tope porcentual, lo que permite incorporar espectro disponible a futuro, ajustándose dinámicamente a la cantidad de espectro que finalmente se licite (esto era relevante porque al momento de la instrucción no se conocía la cantidad final de espectro que se incorporaría en el procedimiento concursal).

Como se indicó previamente, para definir el porcentaje del tope se considera la relación de concentración C_k , para un total de cuatro (4) operadores (considerando la posibilidad de que ingrese un nuevo entrante al mercado), estimado para el líder del mercado. De tal forma que, se establece un porcentaje máximo de concentración para dicho líder que, coincide con el nivel de participación planteado por varios autores para considerar que, el indicador C_4 arroja un nivel de concentración de mercado bajo. Este porcentaje es de 35%.

A partir de esta definición, se procede a analizar la razonabilidad del tope, contrastándolo con indicadores alternativos y referencias internacionales. Las referencias internacionales de topes de similar naturaleza muestran porcentajes que se ubican entre 30% y 40%. También se encuentra que, el porcentaje es consistente con límites en materia de competencia en cuanto a poder de mercado, por ejemplo, las recomendaciones de la Comisión Europea que indican que, en la práctica decisoria de la Comisión, la inquietud por una posible posición dominante individual sólo suele plantearse en el caso de empresas con cuotas de mercado superiores al 40%. Y con la aplicación de otros indicadores de competencia, como los definidos en el artículo 150 del Reglamento Ejecutivo a la Ley N°9736, que establece como zonas seguras para concentraciones horizontales mercados donde los agentes tengan como máximo una cuota de mercado del 30% con cambios máximos de participación, *ceteris paribus*, del 2%.

A partir de lo anterior, se considera que la SUTEL realizó un ejercicio fundamentado en apego a las reglas de la ciencia y la técnica, considerando tanto la razonabilidad como la pertinencia de la medida propuesta.

Particularmente, respecto a lo indicado por el ICE sobre el significado de “*espectro IMT asignado*”, debe indicarse que, corresponde al espectro que se le asigna a una entidad a través de los

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

mecanismos establecidos en la Ley N°8642, es decir, una concesión, por lo que, la figura de “espectro concesionado para IMT” es un equivalente de “espectro IMT asignado”.

Nótese que no se trata de “espectro atribuido para IMT” como lo interpreta el ICE, dado que las atribuciones a servicios radioeléctricos se disponen en el PNAF y, no permitirían identificar de manera precisa, la cantidad de espectro asignada a los operadores móviles. Cabe señalar que, en el pliego de condiciones no existe una referencia a “espectro atribuido para IMT”.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

D. Improcedencia de sumatoria de espectro IMT asignado a operadores que formen parte del consorcio o de un grupo de interés económico

En relación con este aspecto, indica el ICE que los puntos 14.4. y 14.5 son improcedentes, pues establece que se considera la sumatoria de espectro IMT asignado a los participantes de un grupo económico para el cumplimiento del valor de control de concentración de espectro, sin embargo, la operación y explotación del espectro radioeléctrico concesionado es de carácter personalísimo. Por ende, bajo parámetros de legalidad, razonabilidad, lógica y justicia, no se deben sumar a otros operadores en consorcio o en grupo de interés económico espectro radioeléctrico que no pueden operar ni explotar, siendo por ende improcedente legalmente para efectos del control de concentración de espectro, es decir, resulta contrario al ordenamiento jurídico.

Al respecto indicamos que, las partes de un grupo de interés económico no pueden explotar el espectro que fue concesionado a uno de sus miembros, es decir, únicamente, la personas que tienen la concesión puede hacer uso del recurso. Lo anterior no implica que, la explotación de ese espectro por parte del concesionario, no le genere beneficios al grupo de interés económico como tal. Es importante tener en cuenta que, los grupos de interés económico se caracterizan por ser sociedades con personalidad jurídica propia pero que, tienen una dirección financiera que se unifica en otra empresa. Por lo tanto, la sumatoria de los ingresos que genere cada empresa (una vez eliminados los saldos y las transacciones entre las compañías) se convierten en los ingresos del grupo de interés económico. De acuerdo con lo indicado, el Grupo ICE es un grupo de interés económico que está integrado por el Instituto Costarricense de Electricidad (casa matriz y última entidad controladora) y por sus subsidiarias, Compañía Nacional de Fuerza y Luz, S.A. (CNFL), Radiográfica Costarricense, S.A. (RACSA), Compañía Radiográfica Internacional Costarricense, S.A. (CRICSA), Cable Visión de Costa Rica, S.A. (CVCR) y Gestión Cobro Grupo ICE, S.A.

Dado que, el beneficio de uno de los miembros del grupo de interés económico implica un impacto positivo para los demás miembros, resulta razonable que el espectro asignado a los miembros de ese grupo sea sumado al momento de realizar el cálculo de concentración de espectro.

Es importante considerar que se realiza la sumatoria de espectro IMT de todos los operadores que forman parte de un mismo grupo de interés económico, a partir de la misma definición que se hace del tope de espectro, ya que, en el informe número 05315-SUTEL-OTC-2023 se establece que: “Un tope de espectro es un límite a la cantidad total de espectro que cualquier operador u operadores del mismo grupo económico pueden tener en una determinada banda o a través de distintas bandas específicas”.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Es importante hacer notar que, el objetivo del establecimiento de topes de espectro es prevenir que, un único operador o grupo de ellos, adquiriera los derechos de uso y explotación sobre una determinada banda o grupo de bandas de manera que afecte la competencia del mercado a largo plazo. Por tanto, los topes de espectro buscan evitar que, se consolide una posición dominante en el mercado, a partir de la tenencia excesiva de espectro radioeléctrico. Esto porque el hecho de que un operador tenga más espectro del necesario, técnicamente para su operación, puede ser empleado como un mecanismo para explotar una posición de dominio o bien, para afectar de manera anticompetitiva el mercado, perjudicando en última instancia, a los usuarios de los servicios.

El cálculo del tope a nivel de grupo de interés económico busca evitar que los oferentes desarrollen conductas estratégicas, aunque no procompetitivas, como encontrar viable ofertar por un espectro que no requieren, con el objetivo de privar a sus competidores de dicho espectro.

Sumado a lo anterior, es claro que, siendo el espectro radioeléctrico un recurso escaso, la tenencia de este recurso por parte de varios miembros de un mismo grupo de interés, limita la posibilidad de acceder a éste por parte de otros posibles interesados. En este sentido, procede aplicar el principio rector de no discriminación que implica que, no se puede dar un trato menos favorable entre operadores, indistintamente que esto constituyan o no un grupo de interés económico.

A manera de ejemplo, en la página web de Kölbi, se encuentra publicidad sobre la comercialización de servicios de telecomunicaciones a través de las “redes empresariales kölbi 5G”²¹. Al respecto, el ICE presentó solicitud para homologación de contratos de servicios de telecomunicaciones, señalando que “al amparo de la Alianza Estratégica suscrita entre el ICE y RACSA para la realización de proyectos en común, como lo es la implementación y explotación comercial de la tecnología 5G, y que fuera tramitada bajo el procedimiento de contratación 2023PE-000001-0000400001, y como Grupo ICE, RACSA operará la frecuencia 3.5 GHz para este servicio, el cual será comercializado por el ICE”. Por esta razón, a través del acuerdo del Consejo número 014-026-2024 del 10 de julio de 2024, resolvió lo siguiente:

“SEGUNDO: Declarar de oficio sin derecho al correspondiente trámite la solicitud realizada por el Instituto Costarricense de Electricidad para homologación por ajustes al “contrato servicios móviles” y su respectiva carátula, dado que se violentan las disposiciones del artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones, de conformidad con el numeral 264 de la Ley General de la Administración Pública, según lo dispuesto dictamen C-177-2023 del 18 de setiembre de 2023, emitido por la Procuraduría General de la República, por no ser el titular de la concesión de la banda de 3.500 MHz para brindar el servicio inalámbrico 5G en los términos indicados en el proceso de homologación contractual.

TERCERO: Señalar al Instituto Costarricense de Electricidad que, de utilizar las frecuencias asignadas a RACSA, en contra de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones y en el dictamen C-177-2023 del 18 de setiembre de 2023, emitido por la Procuraduría General de la República, podría incurrir en una infracción muy grave, de conformidad con el artículo 67 inciso a) subincisos 1) y 2) de la Ley General de Telecomunicaciones.”

²¹ Ver https://www.kolbi.cr/wps/portal/kolbi_dev/negocios/kolbi-empresas/solucionesadm/redes-empresariales-5g

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Contra el citado acuerdo del Consejo de la Sutel, el ICE presentó recurso ordinario de reposición ante el Consejo de la Sutel, el cual está siendo valorado al momento de elaboración del presente informe.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

E. Improcedencia de sumatoria de espectro IMT asignado al Grupo ICE por prohibición al ICE de uso de 70 MHz en la banda 2.6 GHz

El ICE indica que, existen segmentos de espectro que no deben ser considerados como utilizables por el ICE para el cálculo de concentración del espectro, por lo que, la información contenida en el Anexo 1 del cartel, no es correcta y debe ser modificada a 280 MHz.

En relación con este argumento, indicamos que, a partir de la información publicada por diferentes medios nacionales²², la Sutel tiene conocimiento de la existencia de la resolución número 007-23-R-TEL-MICITT, en la cual, en apariencia, se resuelve el procedimiento administrativo en contra del ICE por el supuesto no uso del espectro en la banda de 2600 MHz. Sin embargo, la Sutel no ha sido notificada por parte del Poder Ejecutivo de dicha resolución, ni conoce sobre su posible firmeza, por lo que, no ha sido incorporada en el Registro Nacional de Telecomunicaciones. Igualmente, en prensa²³ ha trascendido la posible impugnación por parte del ICE de la citada resolución, manteniéndose esta Superintendencia sin conocimiento formal sobre el resultado final del procedimiento.

En lo relativo a la interferencia indicada por el ICE, en la banda de 2100 MHz, dicha gestión no ha culminado en modificación alguna a los títulos habilitantes otorgados a dicho Instituto, razón por la cual, la contabilización del espectro asignado es la asociada a los títulos habilitantes vigentes.

En este sentido, el anexo 1 del pliego de condiciones, es preciso al tomar en cuenta la cantidad de espectro concesionado para IMT al basarse en actos que, a la fecha de la publicación del pliego de condiciones, se encuentran en firme.

Cabe señalar que la cláusula 14.11 del pliego de condiciones, es expresa en la posibilidad que tienen los concesionarios de realizar una devolución de espectro con el fin de cumplir con el valor del control de concentración del espectro radioeléctrico, razón por la cual, no existe limitación alguna para que el ICE pueda hacer las valoraciones correspondientes y eventualmente decida proceder con la renuncia de algún segmento de espectro para optar por las bandas de espectro disponibles en el procedimiento concursal de referencia.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

²² Publicación en el siguiente enlace: <https://www.crhoy.com/tecnologia/ice-pierde-70-mhz-de-banda-media/>

²³ Publicación en el siguiente enlace: <https://www.crhoy.com/tecnologia/sigue-en-analisis-reclamo-del-ice-tras-perder-70-mhz-del-espectro-radioelectrico/>

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

4.2. Cláusula 46. Precio base, cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desplegar e incrementos para la fase 1

El ICE expone que la información de unidades de infraestructura de acceso no es información calificada ni confidencial que amerite de seguridad calificada, como lo dispuso el Consejo de la Sutel en la resolución RCS-104-2024 (05913-SUTEL-SCS-2024). Agrega que, lo único que fue declarado confidencial por tratarse de seguridades calificadas, son las valoraciones económicas del espectro, pero no, la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desplegar en la Fase 1 por cada Bloque Genérico, la cual debería brindarse para poder realizar una oferta apegada a la correcta dimensión de lo que se requiere, en apego a principios de transparencia, eficiencia y eficacia.

En atención a este argumento, indicamos lo siguiente.

En el punto 2.4 del presente informe, se analizó este tema.

Agregamos que, como se indica en la resolución RCS-104-2024 son seguridades calificadas la *“valoración del espectro y cualquier dato a partir del cual se pueda realizar una aproximación a dicho valor”*. Siendo que, tal y como se indicó en la respuesta 2.4 del presente informe, la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso corresponde a una proporción del valor del espectro y por ende permite realizar estimaciones para calcular dicho valor, esta información es parte de las seguridades calificadas.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

4.3. Cláusula 47. Posturas válidas en cada ronda de puja de la fase 1

Indica el ICE que la cláusula 47.1.2.3. es imposible cumplir. Agrega que el pliego de condiciones es contradictorio y debe corregirse, para lo cual deberá eliminarse *“menor a la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso”*. De mantenerse la redacción se vulneraría el principio de eficiencia y eficacia, en tanto no se tendría certeza de la satisfacción del interés público al existir una contradicción en el pliego de condiciones.

Para atender esta objeción, en primer lugar, debe indicarse que una vez que se realice el entrenamiento a los oferentes declarados elegibles, respecto al uso del Sistema Electrónico de Subasta, se podrá visualizar y comprender mejor la aplicación de la disposición del pliego de condiciones.

En todo caso, la interpretación del ICE es incorrecta, dado que ignora las referencias a la *“ronda anterior”* y *“ronda actual”*, considerando que, entre rondas, existe un incremento del 5% de la cantidad mínima de unidades de infraestructura por desplegar. A manera de ejemplo, se presenta el siguiente escenario de dos rondas de puja, tomando en consideración la aplicación de la regla dispuesta en la cláusula 47.1.2.3:

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

| Ofereinte | Ronda 1 | | Ronda 2 | |
|-----------|-------------------|--|--|--|
| | Precio base = 100 | Cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso = 100 | Cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso = 105 | Postura de salida en términos de cantidad de unidades de infraestructura de acceso por desplegar |
| A | Acepta | Acepta | Presenta postura de salida | 103 |
| B | Acepta | Acepta | Presenta postura de salida | 101 |

Como se muestra en el ejemplo anterior, tanto el oferente A como el B, presentan en la ronda 2 una postura de salida que es igual o mayor a 100 que fue su “postura válida más alta de la ronda anterior”. Al mismo tiempo, la postura de salida de ambos oferentes es “menor a la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desplegar requerida para la ronda actual”, que sería 105, lo cual demuestra que lo argumentado por el ICE es incorrecto.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

4.4. Cláusula 49. Información disponible durante cada ronda de puja de la fase 1

En sus alegatos, el ICE indica que, el cartel debe contener las reglas claras para la participación de los oferentes y que la cláusula 49.3 va en contra de los principios de igualdad de trato, transparencia, así como eficiencia y eficacia.

En atención a este alegato, manifestamos que, la objeción del ICE no tiene en cuenta el desarrollo de la subasta en el software especializado con que cuenta la Sutel, para lo cual, el pliego de condiciones considera llevar a cabo un entrenamiento a los oferentes declarados elegibles, como se indicó anteriormente.

En todo caso, es falso lo señalado por el ICE en cuanto a que el borrador del pliego de condiciones sometido a consulta pública permitía la visualización de la información entre las rondas sobre las posturas de los competidores, puesto que la cláusula 55.3 de dicho documento indicaba lo siguiente:

“55.3. La Comisión de Licitación no divulgará información sobre las Posturas Válidas presentadas por los demás Oferentes Declarados Elegibles, hasta que se cumpla la condición de cierre...”

Sin perjuicio de esto, debe señalarse que la redacción del borrador del pliego de condiciones no obliga ni limita a la Administración a que el pliego definitivo cuente con el mismo planteamiento original, por cuanto el recurso de objeción establecido en la legislación aplica contra el cartel definitivo.

Asimismo, como se describió en el punto anterior, el software mostrará al inicio de cada ronda, la cantidad mínima de unidades de infraestructura por desplegar, la cual podrá ser aceptada por los oferentes declarados elegibles como una puja del procedimiento o en su defecto, podrán establecer una postura de salida.

San Jose, 23 de agosto de 2024
07358-SUTEL-DGC-2024

Así las cosas, el pliego de condiciones cuenta con reglas claras para la participación de los oferentes declarados elegibles en igualdad de condiciones, de conformidad con la normativa vigente en la materia.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

4.5. Cláusula 50. Identificación de posturas ganadoras en la fase 1

En relación con la cláusula 50.1 indica el ICE que, el término “... de menor valor...” está mal aplicado ya que se puja por cantidad de unidades de infraestructura de acceso y entre más de ellas se ofrezcan, mejor es la oferta, por lo que solicita eliminar el término: “... de menor valor...”. Además, indica que, en relación con la cláusula 50.2, reitera lo objetado para la cláusula 46 en lo que respecta a seguridades calificadas y, se solicita que se incluya en el pliego de condiciones cuáles son las zonas de cobertura y unidades de infraestructura de acceso por desplegar.

En atención a esos argumentos, exponemos que, no lleva razón el ICE, porque nuevamente interpreta erróneamente las reglas que están establecidas en el pliego de condiciones para la participación de los oferentes declarados elegibles en la subasta, para las cuales como se ha indicado, se brindará una capacitación sobre el uso del software de manera oportuna.

De seguido se muestra un ejemplo sobre la aplicación de la regla:

- En este ejemplo, el oferente A tiene un tope de espectro para la banda de 3500 MHz de 50 MHz.
- En este ejemplo, el oferente B tiene un tope de espectro para la banda de 3500 MHz de 25 MHz.

| Bloques genéricos de 25 MHz en la banda de 3500 MHz | Postura en términos de cantidad mínima de unidades de infraestructura por desplegar del oferente declarado elegible A | Postura en términos de cantidad mínima de unidades de infraestructura por desplegar del oferente declarado elegible B |
|---|---|---|
| Ronda 1 = 100 unidades de infraestructura | Acepta por 3 bloques | Acepta por 2 bloques |
| Ronda 2 = 105 unidades de infraestructura | Acepta por 2 bloques y presenta una postura de salida de 103 por 1 bloque | Acepta por 1 bloque y presenta una postura de salida de 102 por 1 bloque |

Al momento de identificar las posturas ganadoras, se tendría lo siguiente:

| Oferente | Identificación de posturas ganadoras | Posturas válidas descartadas por el control de concentración de espectro |
|----------|---|--|
| A | 2 bloques por 105 unidades de infraestructura de acceso | 1 bloque por 103 unidades de infraestructura de acceso |
| B | 1 bloque por 105 unidades de infraestructura de acceso | 1 bloque por 102 unidades de infraestructura de acceso |

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Como se muestra, de la aplicación de la regla en estudio, se descartan las posturas válidas de menor valor por superar el control de concentración de espectro de cada oferente.

En todo caso, el software aplica esta regla de manera automática, es decir, la validación de las posturas presentadas respecto al control de concentración de espectro para cada oferente declarado elegible, por lo que, el ejemplo anterior será transparente para los oferentes.

Respecto a la objeción de la cláusula 50.2, debe referirse a la respuesta dada en el punto 2.4. del presente informe.

Es importante indicar, que de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 37.4, 37.5 y 37.6, las seguridades calificadas se divulgarán a los oferentes declarados elegibles de manera previa a la etapa de selección definitiva, para su análisis y confirmación de participación en la subasta.

Asimismo, sobre las zonas de cobertura para las bandas de 26 GHz y 28 GHz, nuevamente la interpretación del ICE es errónea, puesto que como se extrae de la cláusula 77.4.1.5.5 del pliego de condiciones, no existen requerimientos específicos de cobertura para las citadas bandas de frecuencias, es decir, las unidades de infraestructura de acceso adjudicadas podrán ser desplegadas por el concesionario en las zonas que considere según su estrategia comercial, siempre que cumplan con la calidad mínima del servicio establecida en el pliego de condiciones.

Así las cosas, el pliego de condiciones cuenta con reglas claras para la participación de los oferentes declarados elegibles en igualdad de condiciones, de conformidad con la normativa vigente en la materia.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

4.6. Cláusula 55. Levantamiento del acta de la fase 1

El ICE objeta la cláusula 55.4 e indica que es contradictoria con lo dispuesto en la cláusula 46.3 y el pliego de condiciones debe contener las reglas claras para la participación de los oferentes, para este caso en específico, debe brindarse la información de las otras ofertas en cada puja para que permita contar con información adecuada para poder realizar una puja en igualdad de condiciones, de lo contrario se estaría violentando el principio de eficiencia y eficacia, así como el de transparencia.

Este argumento fue abordado en los ejemplos a las objeciones anteriores en cuanto al funcionamiento de la subasta, la visualización de las reglas aplicadas en el software y la información disponible después de cada ronda.

En todo caso, se reitera que, de conformidad con el diseño del procedimiento de subasta, cada oferente declarado elegible tendrá completa claridad sobre si, la puja para una banda de frecuencias continuará en una próxima ronda o si se cumplió la condición de cierre y sus posturas válidas resultaron en posturas ganadoras. Un oferente declarado elegible, no debe conocer información sobre las posturas de los demás participantes durante las rondas de puja con el fin

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

de evitar prácticas colusorias, lo cual no limita la posibilidad de que el oferente siga participando en el procedimiento y reciba toda la información necesaria para realizar sus propios análisis.

Asimismo, se reitera que es falso lo indicado por el ICE respecto al borrador del pliego de condiciones, como se aclaró en la respuesta en el punto 4.4 del presente documento.

Adicionalmente, como se mostró en los ejemplos de los puntos 4.3. y 4.5. del presente documento, los oferentes declarados elegibles tendrán la información correspondiente a la cantidad mínima de unidades de infraestructura para cada bloque en cada banda de frecuencias en cada ronda, lo cual considerará el incremento del 5% entre rondas señalado.

En consecuencia, el pliego de condiciones cuenta con reglas claras para la participación de los oferentes declarados elegibles en igualdad de condiciones, de conformidad con la normativa vigente en la materia.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

4.7. Cláusula 65. Identificación de posturas ganadoras en la fase 2

En atención al argumento para impugnar la cláusula 65.1, indicamos que ya fue atendido en la respuesta en el punto 4.5 del presente documento, dado que la aplicación del control de concentración de espectro para la identificación de posturas ganadoras opera de la misma forma tanto para la fase 1 como para la fase 2 de la subasta.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

4.8. Cláusula 77.4.1.5.2 Obligaciones del concesionario para con la administración concedente. Fase de aceptación de la red de telecomunicaciones. Exclusivamente para Concesionarios del espectro en la banda de 700 MHz

El ICE indica que la cláusula 77.4.1.5.2, en relación con la banda de 700 MHz, pide cubrir los sitios del anexo 5.1, sin embargo, deja a la libre al indicar “*de resultar aplicable*” el cubrir las zonas del anexo 5.2, por lo tanto, en el proceso de asignación del espectro a nivel nacional de la banda de 700 MHz, no se haría uso eficiente del espectro al dejar zonas de interés objeto del pliego sin cobertura. En consecuencia, solicita modificar el Anexo 5.2. para que se defina que las zonas ahí incluidas son o no obligatorias, y se elimine la frase “*de resultar aplicable*” para que no quede a criterio del oferente adjudicado.

En relación con la cláusula 77.4.1.5.2.3, indica que no hay un criterio que establezca un 5% como límite del incumplimiento, y que el pliego de condiciones debe incluir el fundamento de la metodología de cálculo de cláusula penal y multas, por lo que, la cláusula resulta arbitraria.

Además, en relación con la cláusula 77.4.1.5.2.4 dice que, se debe incluir en el pliego de condiciones los parámetros de variabilidad que puede tener la velocidad de carga y descarga en la red, en caso de que agentes del entorno que puedan degradar la señal, según los criterios establecidos en el documento técnico que aportan.

San Jose, 23 de agosto de 2024
07358-SUTEL-DGC-2024

En atención a estos argumentos expuestos en relación con la cláusula 77.4.1.5.2, indicamos que, es errónea la interpretación del ICE, puesto que de la lectura integral de la citada cláusula se extrae con claridad que el texto “*de resultar aplicable...*” en el primer párrafo se refiere al detalle del tercer párrafo que dice:

“Si el Concesionario considera haber atendido la totalidad de las áreas identificadas en el ANEXO 5.1 – ÁREAS DE ATENCIÓN MEDIANTE BANDA 700 MHz con una cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso inferior al total de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada, deberá solicitar al Consejo de la SUTEL, con apoyo de la DGF, el análisis correspondiente para verificar dicho cumplimiento. En caso negativo, el Consejo de la SUTEL, con apoyo de la DGF, indicará al Concesionario las áreas que faltan por atender según los requerimientos del pliego de condiciones. En caso afirmativo, el Consejo de la SUTEL, con apoyo de la DGF, autorizará al Concesionario para continuar con el despliegue de las Unidades de Infraestructura de Acceso restantes en los distritos detallados en el ANEXO 5.2 – DISTRITOS ADICIONALES PARA DESPLIEGUE EN LA BANDA 700 MHz (“desborde”) del Pliego de Condiciones, para esto deberá informar al Consejo de la SUTEL, con apoyo de la DGF, bajo declaración jurada, la cantidad, ubicación y proyecciones de cobertura de las Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar en esos distritos. En este caso, en cada distrito del ANEXO 5.2 – DISTRITOS ADICIONALES PARA DESPLIEGUE EN LA BANDA 700 MHz (“desborde”) el Concesionario deberá instalar al menos una Unidad de Infraestructura de Acceso hasta completar la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso Adjudicada.”

De lo anterior, queda claro que la redacción de la cláusula no “*deja a la libre*” el despliegue de infraestructura en los distritos detallados en el anexo 5.2. Sin perjuicio de lo anterior, como se indicó en el punto 3.1 del presente documento, se propone mejorar la redacción de la citada cláusula.

Asimismo, las disposiciones de la citada cláusula serán de aplicación obligatoria para todos los concesionarios de esta banda de frecuencias.

Respecto a la cláusula 77.4.1.5.2.3, debe señalarse que la disposición del 5% en la citada cláusula no es arbitrario, siendo que se deriva del artículo 46 de la LGCP, que establece lo siguiente:

“El cobro de la cláusula penal o de las multas no podrá superar el veinticinco por ciento (25%) del precio del contrato, incluidas sus modificaciones, caso en el cual la Administración podrá valorar la resolución del contrato.”

Sobre lo anterior, siendo que, a partir de la fórmula establecida en el pliego de condiciones, la cláusula penal no podrá exceder el 5% del valor del contrato (monto adjudicado), es consistente con la disposición de la LGCP.

Asimismo, para establecer el valor del 5%, se tomó en consideración que en la resolución RCS-152-2017 correspondiente a los “*Umbrales de cumplimiento para los indicadores establecidos en el reglamento de prestación y calidad de servicios (RPCS)*”, para el cumplimiento de varios umbrales se aplica un margen de tolerancia del 5% de los casos, con el fin de brindar flexibilidad ante situaciones no previsibles, lo cual es de conocimiento del ICE.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Finalmente, como ya lo hemos indicado, la objetante omite acompañar sus alegatos de la prueba idónea, ejercicios numéricos y criterio técnico, para desvirtuar lo dispuesto en la cláusula. Lo que corresponde a un deber de quien presenta la objeción de fundamentar el recurso, según que establece el artículo 88 de la LGCP y el artículo 246 del RLGCP.

Sobre la cláusula 77.4.1.5.2.4, respecto a las velocidades mínimas exigidas por bloque asignado en cada banda de frecuencias, debe señalarse que en las cláusulas 77.4.1.1 y 77.4.1.2 se especifica la metodología de medición (resolución RCS-019-2018 publicada en el Alcance N°42 de La Gaceta del 27 de febrero de 2018, y también la RCS-333-2022 publicada en La Gaceta N°18 del 1 de febrero de 2022) que se aplicará para la fase de aceptación de la red, la cual es de conocimiento del ICE.

En la sección 3.2.6 del informe número 06426-SUTEL-DGC-2024, de acceso público en el expediente disponible en el sitio web de la Sutel, se especifica el cálculo realizado para determinar las velocidades de transferencia de datos objetivo a ser cumplidas por los concesionarios. Dicha estimación, considera la aplicación del cálculo teórico sobre la tasa de transmisión máxima aproximada (Mbps) para un número de portadoras soportadas por un terminal de usuario en una red 5G según el Release 15 (3GPP TS 38.306 v15.23.0²⁴).

Cabe señalar que esta Superintendencia utilizó valores favorables para el cálculo teórico aproximado de la tasa máxima de transmisión de datos, según el menor ancho de banda de la portadora por bloque genérico para cada banda de frecuencias. Es decir, los valores propuestos permitirán a los eventuales concesionarios el desarrollo de sus redes a partir de una base de calidad, procurando la mejora continua de estos indicadores mediante la evaluación de los servicios brindados.

En cualquier caso, dado que los resultados del cálculo son teóricos, al momento de establecer la obligación de los eventuales concesionarios en el pliego de condiciones se estableció el 80% del valor teórico obtenido²⁵, precisamente para considerar todas las variables que afectan la provisión de estos servicios.

Así las cosas, el pliego de condiciones cumple con el principio de eficiencia y eficacia, al mismo tiempo que brinda a los oferentes certeza técnica y seguridad sobre los requerimientos mínimos del concesionario al desplegar sus redes y proveer servicios disponibles al público, de conformidad con la normativa vigente en la materia.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar las objeciones presentadas.

4.9. Cláusula 77.4.1.5.3 Obligaciones del concesionario para con la administración concedente. Fase de aceptación de la red de telecomunicaciones. Exclusivamente para Concesionarios del espectro en la banda de 2300 MHz

²⁴ Ver <https://portal.3gpp.org/desktopmodules/Specifications/SpecificationDetails.aspx?specificationId=3193>

²⁵ Según el umbral para servicios fijos del indicador "Relación entre velocidad de transferencia de datos local o internacional respecto a la velocidad provisionada (ID-18)", según la resolución del Consejo de la Sutel número RCS-152-2017.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

El ICE argumenta que la cláusula 77.4.1.5.3.1 no incluye cuál es la cobertura por distrito o porcentajes, parámetros y criterio para medir el cumplimiento de la cobertura y definición de área a cubrir y que, dicha cláusula en contradicción con la cláusula 77.4.1 .6.3.1 que requiere otros tiempos de implementación para la misma banda. Se solicita que se homologuen los plazos de las cláusulas 77.4.1 .5.3.1. y 77.4.1.6.3.1., con los establecidos con los plazos para la frecuencia 3500 MHz plasmados en la cláusula 77.4.1 .6.4.1.

En relación con la cláusula 77.4.1.5.3.2, el ICE manifiesta que no hay un criterio para establecer un 5% como límite del incumplimiento. Por lo tanto, resulta arbitraria, no posee una justificación o metodología para su estimación y correcta aplicación con base en parámetros previamente definidos para calcular el resarcimiento del daño causado.

Y en relación con la cláusula 77.4.1.5.3.4, el ICE indica que, se debe incluir en el pliego de condiciones los parámetros de variabilidad que puede tener la velocidad de carga y descarga en la red, en caso de que agentes del entorno que puedan degradar la señal, según los criterios establecidos en el documento técnico que aportan.

En atención a estas objeciones manifestamos que, las obligaciones de cobertura para esta banda de frecuencias se detallan en la cláusula 77.4.1.5.3.3 como sigue:

“(...) En este sentido, el Concesionario deberá desplegar al menos una (1) Unidad de Infraestructura de Acceso en cada uno de los distritos señalados. De mantenerse Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar una vez instalada al menos una (1) en cada distrito de la citada tabla, deberá continuar con el despliegue en los mismos distritos del ANEXO 6 – INFORMACIÓN DE DISTRITOS CON PORCENTAJE DE COBERTURA MÓVIL INFERIOR AL 80% (zonas subconectadas). Es decir, deberá asegurar el despliegue de la totalidad de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicada.”

Según lo anterior, la obligación de despliegue por distrito corresponde a la instalación de al menos una unidad de infraestructura de acceso en cada uno de los distritos señalados. Es decir, las obligaciones no se definen por porcentaje de cobertura sino por cantidad de infraestructura instalada que cumpla con los umbrales de calidad en los distritos detallados para cada caso.

La fórmula utilizada para el cálculo del cronograma de despliegue considera la cantidad de espectro disponible en cada banda y la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desplegar. Siendo que en la banda de 2300 MHz se dispone de menos cantidad de espectro a ser licitada, el cronograma de despliegue en esta banda implica menores plazos ya que la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desarrollar por bloque asignado será menor respecto a la banda de 3500 MHz. Asimismo, los plazos establecidos por la Sutel en el pliego de condiciones parten de la capacidad anual de despliegue de infraestructura por parte de los operadores móviles actuales, por lo que se considera la capacidad real histórica de instalación.

En este sentido, cada banda de frecuencias tiene sus propias obligaciones a partir de sus condiciones particulares, por lo que no lleva razón el ICE al señalar que será “desventajoso ofertar para la banda de 2300 MHz” a partir de lo dispuesto en el pliego de condiciones.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Adicionalmente, es falso que exista una contradicción entre las cláusulas 77.4.1.5.3.1 y 77.4.1.6.3.1, puesto que atienden diferentes posibles escenarios. La primera, establece las obligaciones para los concesionarios de la fase 1, mientras que la segunda, establece las obligaciones para los nuevos concesionarios de la fase 1. Esta diferencia de cronogramas corresponde a la atención del objetivo de política pública definido por el Poder Ejecutivo, a saber, “*Condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes*”, brindando un plazo más favorable para el despliegue de sus redes a nuevos operadores como un incentivo.

Por ende, existen reglas claras sobre las obligaciones y la evaluación de estas en el pliego de condiciones. Tampoco procede la homologación de los plazos de despliegue para las bandas de 2300 MHz y 3500 MHz, según lo descrito anteriormente.

Respecto a la determinación de la cláusula penal y las velocidades mínimas exigidas por bloque asignado en cada banda de frecuencias, favor referirse a lo indicado en la respuesta del punto 4.8 del presente documento.

Así las cosas, el pliego de condiciones cumple con el principio de eficiencia y eficacia, al mismo tiempo que brinda a los oferentes certeza técnica y seguridad sobre los requerimientos mínimos del concesionario al desplegar sus redes y proveer servicios disponibles al público, de conformidad con la normativa vigente en la materia.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar las objeciones presentadas.

4.10. Cláusula 77.4.1.5.4 Obligaciones del concesionario para con la administración concedente. Fase de aceptación de la red de telecomunicaciones. Exclusivamente para Concesionarios del espectro en la banda de 3500 MHz

Indica el ICE que la cláusula 77.4.1.5.4.1 dice que, se debe incluir en el pliego de condiciones los parámetros de variabilidad que puede tener la velocidad de carga y descarga en la red, en caso de que agentes del entorno que puedan degradar la señal, según los criterios establecidos en el documento técnico que aportan. Además, que la cláusula entra en contradicción con la cláusula 77.4.1.6.4.1 que expresa otros tiempos de implementación para la misma banda.

La cláusula 77.4.1.5.4.2. indica que no hay un criterio que establezca un 5% como límite del incumplimiento, y que el pliego de condiciones debe incluir el fundamento de la metodología de cálculo de cláusula penal y multas, por lo que, la cláusula resulta arbitraria.

En relación con la cláusula 77.4.1.5.4.4, indica que, se debe incluir en el pliego de condiciones los parámetros de variabilidad que puede tener la velocidad de carga y descarga en la red, en caso de que agentes del entorno que puedan degradar la señal, según los criterios establecidos en el documento técnico que aportan.

Finalmente, en relación con la cláusula 77.4.1.5.4.5, indica que es materialmente imposible medir con un terminal móvil el servicio FWA u otros servicios IMT como se indica en este inciso, por lo que, solicita se modifique el pliego de condiciones para que se permita medir con otras herramientas según el tipo de servicio desplegado.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

En atención a estos argumentos, y respecto a la determinación de la cláusula penal y las velocidades mínimas exigidas por bloque asignado en cada banda de frecuencias, favor referirse a lo indicado en la respuesta del punto 4.8 del presente documento.

Sobre los plazos para el despliegue, favor referirse a lo indicado en la respuesta al punto 4.9 de este informe.

En relación con, lo indicado por el ICE sobre las cláusulas 3.7 y 77.4.1.5.4.5, debe resaltarse que el informe técnico referenciado (9203-210-2024) por dicho Instituto, no brinda ningún detalle adicional a lo señalado en la objeción correspondiente. En cualquier caso, el artículo 4 del RPCS determina lo siguiente:

*“Artículo 4. Calidad de servicio. Conforme a la norma E.800 del Sector de Normalización de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT-T), y la recomendación G.1010 de la UIT-T, la calidad de servicio se debe expresar mediante indicadores de calidad que: 1. **Tengan en consideración todos los aspectos del servicio desde el punto de vista del usuario final.** 2. Estén enfocados hacia los efectos percibidos por el usuario, más que en sus causas dentro de la red. 3. Sean independientes de la arquitectura o tecnologías específicas de la red. 4. Puedan ser medidos de manera objetiva o subjetiva en el punto de acceso al servicio. 5. Puedan ser relacionados fácilmente con los parámetros de desempeño de la red. 6. Puedan ser asegurados al usuario por el operador/proveedor de servicios.”*
(Resaltado intencional)

Asimismo, el artículo 7 inciso 83 del RPCS define el equipo terminal de la siguiente forma:

“Terminal (Equipo terminal): es todo equipo que, conectado a una red de telecomunicaciones, proporciona acceso a uno o más servicios específicos.”

Es decir, la Sutel debe realizar las mediciones correspondientes a la calidad del servicio empleando equipos terminales de usuario final que permitan su evaluación. Así las cosas, la cláusula 77.4.1.5.4.5 parte de que la evaluación se realiza con un terminal de usuario final, según sea aplicable al servicio que preste el concesionario con el recurso asignado.

Las mediciones de la Sutel cumplirán con la normativa vigente y las metodologías de medición definidas para tal fin.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar las objeciones presentadas.

4.11. Cláusula 77.4.1.5.5 Obligaciones del concesionario para con la administración concedente. Fase de aceptación de la red de telecomunicaciones. Exclusivamente para Concesionarios del espectro en la banda de 26 GHz y 28 GHz

Indica el ICE que para llevar a cabo lo solicitado en la cláusula 77.4.1.5.5.1, es necesario que se incluya en el pliego de condiciones cuáles son las zonas de cobertura y unidades de infraestructura de acceso por desplegar, ya que tal y como se ha indicado esta no es información confidencial en tanto el Consejo de la Sutel en la resolución RCS-104-2024 (0591 3-SUTEL-SC5-2024).

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

En relación con la cláusula 77.4.1.5.5.2 indica que, se debe incluir en el pliego de condiciones los parámetros de variabilidad que puede tener la velocidad de carga y descarga en la red, en caso de que agentes del entorno que puedan degradar la señal, según los criterios establecidos en el documento técnico que aportan.

En relación con la cláusula 77.4.1.5.5.3 indica que, es materialmente imposible medir con un terminal móvil el servicio FWA u otros servicios IMT, por lo que, se solicita se modifique el pliego de condiciones para que se permita medir con otras herramientas según el tipo de servicio desplegado.

En atención a esos argumentos, manifestamos lo siguiente. Respecto a la divulgación de las seguridades calificadas y las zonas de cobertura para las bandas de 26 GHz y 28 GHz, favor referirse a la respuesta del punto 4.5 del presente informe.

Sobre las velocidades mínimas exigidas por bloque asignado en cada banda de frecuencias, favor referirse a lo indicado en la respuesta del punto 4.8 del presente documento.

En relación con la medición de los servicios empleando equipos terminales de usuario final, favor referirse a la indicado en la respuesta al punto 4.10 de este informe.

Así las cosas, el pliego de condiciones cumple con el principio de eficiencia y eficacia, al mismo tiempo que brinda a los oferentes certeza técnica y seguridad sobre los requerimientos mínimos del concesionario al desplegar sus redes y proveer servicios disponibles al público, de conformidad con la normativa vigente en la materia.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar las objeciones presentadas.

4.12. Cláusula 77.5 Requisitos de sincronización de redes móviles IMT-TDD. Obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad

Indica el ICE que la cláusula 77.5.10 se relaciona con las obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad, y que, el pliego de condiciones no establece cuáles son las zonas de obligación de acceso universal, servicio universal y solidaridad, por lo que, solicitan se incluyan las zonas de obligación de acceso universal, servicio universal y solidaridad.

Al respecto señalamos que, la cláusula 77.5.10.1 se refiere a la condición general intrínseca aplicable a los concesionarios, ya dispuesta en el ordenamiento jurídico respecto a las obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad, por lo que, no corresponde a una obligación o condición que venga a implementarse en este pliego de condiciones. En este sentido, la cláusula 77.5.10.2 es clara en hacer referencia a las obligaciones legales que se encuentran en el artículo 33 de la Ley N°8642.

En caso de establecerse otras obligaciones específicas relativas al acceso universal, servicio universal y solidaridad, la Sutel llevará a cabo los procesos correspondientes, que son de conocimiento por parte del ICE. Por esto, no lleva razón el ICE al indicar que corresponde a una *“falta de claridad en las reglas del concurso”*.

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Según el detalle brindado, se solicita desestimar las objeciones presentadas.

4.13. Cláusula 79.6. Provisión de servicios públicos de llamada de emergencia

El ICE solicita que se elimine de la cláusula 79.6.1. el número 1112, pues no corresponde a un número de emergencias.

En atención a este argumento, manifestamos que la referencia realizada por el ICE al número 1112 corresponde a un error tipográfico en el pliego de condiciones, ya que el número correcto es el 112 conforme al Plan Nacional de Numeración vigente²⁶, que en su artículo 16 dispone que “...se reserva el número 112 para emergencias. Cada operador deberá enrutar las llamadas al 112 hacia el servicio de emergencias 9-1-1”. Esto es conocido por el ICE, no obstante, para promover la claridad de comprensión del pliego se propone la siguiente modificación:

“79.6.1. Cuando resulte aplicable, el Concesionario deberá proveer acceso directo al sistema de emergencia a través de los números 911 y 112 de forma gratuita aun cuando los servicios se encuentren suspendidos temporalmente por falta de pago y debe cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley de Creación del Sistema de Emergencias 911, Ley N°5766 de 18 de diciembre de 1995, el Plan de Numeración, sus reformas, así como en la demás legislación aplicable”. (Lo resaltado corresponde a los cambios en la redacción de la cláusula)

Según el detalle brindado, se acepta parcialmente la objeción presentada y se procederá a realizar el ajuste correspondiente al pliego de condiciones.

4.14. Anexo 5.1 – Áreas de atención mediante banda 700 MHz

El ICE indica que, existe una indefinición sobre cuál es el área para cubrir dentro de los polígonos que están definidos por SUTEL en el Anexo 5.1. Por lo que, solicita que se defina cuál es el requerimiento para cubrir estas zonas, ya que esto permite presentar una oferta acorde con las reglas y se permita realizar una correcta comparación y asignación de espectro, en apego al principio de eficiencia y eficacia, así como con el principio de transparencia.

Al respecto manifestamos que, no existe la indefinición señalada por el ICE, puesto que, todas las unidades de acceso de infraestructura que se adjudiquen deberán ser desplegadas para cubrir las áreas de atención definidas. Además, en la cláusula 77.4.1.2 del pliego de condiciones, se dispone que “para la evaluación del cumplimiento de la Fase de Aceptación, se considerarán las definiciones establecidas en el RPCS, las metodologías y umbrales correspondientes”.

En este sentido, con respecto al porcentaje de cobertura de un polígono, conforme a la sección 14 de la resolución RCS-152-2017 “Umbrales de cumplimiento para los indicadores establecidos en el Reglamento de Prestación y Calidad de Servicios (RPCS)”, el operador deberá asegurar que, en al menos el 90% del total del área geográfica de cada polígono, se cuente con cobertura del servicio móvil y se cumpla el objetivo de velocidad de transferencia de datos por bloque asignado en esa banda de frecuencias, establecido en el pliego de condiciones.

²⁶ Ver https://sutel.go.cr/sites/default/files/normativas/plan_nacional_de_numeracion.pdf

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Así las cosas, siendo que el pliego de condiciones es claro y explícito sobre la aplicación del RPCS y sus resoluciones, las cuales son de conocimiento del ICE, no es correcto señalar que este es omiso en cuanto a contar con reglas claras y concisas.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar las objeciones presentadas.

5. Recomendaciones al Consejo

A partir de lo dispuesto en el presente informe, se somete para valoración del Consejo lo siguiente:

- 5.1.** Dar por recibido y acoger el presente informe que contiene las propuestas de respuesta a los recursos de objeción interpuestos por las empresas Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY S.A., Claro CR Telecomunicaciones S.A. y el Instituto Costarricense de Electricidad, en contra del pliego de condiciones de la licitación mayor por etapas 2024LY-000001-SUTEL.
- 5.2.** Aprobar las respuestas a los recursos de objeción interpuestos y su respectiva remisión a la Contraloría General de la República en atención a la audiencia especial concedida el 14 de agosto de 2024.
- 5.3.** Solicitar a la comisión de licitación para que en el momento oportuno realice las modificaciones correspondientes para enmendar el pliego de condiciones, según lo descrito en el presente informe.

Atentamente,

SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Glenn Fallas Fallas
Director General de Calidad

Esteban González Guillén
Dirección General de Calidad

Kevin Godínez Chaves
Dirección General de Calidad

Roberto Gamboa
Dirección General de Calidad

Juan Carlos Solórzano
Dirección General de Calidad

María Marta Allen
Unidad Jurídica

San Jose, 23 de agosto de 2024

07358-SUTEL-DGC-2024

Ileana Cortés
Dirección General de Mercados

Juan Gabriel García
Dirección General de Mercados

Deryhan Muñoz
Dirección General de Competencia

Mariana Brenes
Asesora del Consejo

NI-10867-2024

Gestiones: FOR-SUTEL-DGO-PRO-LY-000001-00987-2024