

San José, 9 de setiembre de 2024

07948-SUTEL-DGC-2024

Señores
Comisión de licitación
Proceso concursal N°2024LY-000001-SUTEL
Sutel

METODOLOGÍA PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA CLÁUSULA PENAL DEL PLIEGO DE CONDICIONES N°2024LY-000001-SUTEL

Estimados señores:

El pliego de condiciones N°2024LY-000001-SUTEL denominado “*Licitación Mayor por Etapas para la concesión de uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la implementación de sistemas de Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT), incluyendo 5G*” establece el cronograma para el despliegue de la totalidad de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso Adjudicada para cada una de las bandas destinadas para el desarrollo de sistemas IMT.

En caso de incumplimiento del cronograma correspondiente, por causas imputables únicamente al Concesionario, corresponderá aplicar una cláusula penal. Esta deberá ser cancelada en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LGCP y será acreditado a la cuenta bancaria a favor de FONATEL, según la cláusula 76 de este Pliego de Condiciones.

1. Antecedentes

Es importante destacar que la Sutel cuenta con experiencia en la evaluación de planes de desarrollo de infraestructura, lo anterior ante la verificación de cumplimiento de los Contratos de Concesión N°C-001-2011-MINAET y N°C-002-2011-MINAET, suscritos entre el Poder Ejecutivo y las empresas por su orden, Azules y Platas S.A. (posteriormente denominada Telefónica de Costa Rica TC S.A.)¹ y Claro CR Telecomunicaciones S.A. en fecha 13 de mayo del 2011.

En su momento, la implementación de las redes móviles se vio obstaculizada por barreras de entrada producto de los gobiernos locales (municipalidades) y otras instituciones públicas, tales como el MOPT, SETENA, Aviación Civil, CNFL, entre otras; generando así que los operadores en cuestión se vieran limitados en el desarrollo de infraestructura, tanto en lo relativo a los tiempos de despliegue como a las coberturas alcanzadas respecto al cumplimiento del Plan de Desarrollo de las Redes (PDR) establecido en los citados Contratos de Concesión.

Dada la situación anterior, no imputable a los operadores, así como las obligaciones establecidas en la normativa en materia de infraestructura, y con el objetivo de coadyuvar en la eficiencia y

¹ De acuerdo con la resolución del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones RCS-247-2022 del 30 de setiembre de 2022, Telefónica de Costa Rica RC S.A. (conocido por su nombre comercial como Movistar) cambió su razón social a Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY S.A. (conocido por su nombre comercial como Liberty).

San José, 9 de setiembre de 2024

07948-SUTEL-DGC-2024

cumplimiento del PDR fue emitido el Decreto Ejecutivo N°36577-MINAET de fecha 12 de mayo de 2011, publicado en La Gaceta del 13 de junio del 2011 y modificado por Decreto Ejecutivo N° 38366-MICITT de fecha 26 de marzo de 2014, publicado en La Gaceta del 5 de mayo del 2014, en donde se creó la Comisión de Coordinación para la Instalación de Infraestructura de Telecomunicaciones, la cual estaba conformada por el MICITT, el IFAM, el MEIC y la Sutel.

A partir del trabajo de dicha comisión se lograron determinar los obstáculos que impusieron las diferentes municipalidades e instituciones del estado, que incidieron de manera directa en el cumplimiento del PDR establecido en los Contratos de Concesión.

Fue así como, mediante acuerdo 002-021-2018 de la sesión extraordinaria 021-2018 celebrada el 16 de abril de 2018, el Consejo de la Sutel recomendó al MICITT considerar la suspensión al proceso de recepción y aceptación del PDR, hasta el momento en que el Poder Ejecutivo lograra demostrar que se han superado las limitaciones al desarrollo de infraestructura.

Finalmente, las recomendaciones realizadas por el Consejo de la Sutel en el acuerdo 002-021-2018 del 16 de abril de 2018, así como la resolución RCS-032-2019² del 21 de febrero de 2019, culminaron en la aprobación por parte del Poder Ejecutivo de los planes de despliegue de red de los Contratos de Concesión N°C-001-2011-MINAET y N°C-002-2011-MINAET según las resoluciones 005-2019-R-TEL-MICITT y 008-2019-R-TEL-MICITT.

2. Sobre el margen de tolerancia

De la experiencia obtenida en la evaluación de los planes de desarrollo de red correspondientes a los Contratos de Concesión N°C-001-2011-MINAET y N°C-002-2011-MINAET, se determinó la necesidad de incorporar un margen de tolerancia en el cronograma de futuros procesos concursales.

Esta decisión responde a las diversas situaciones que podrían afectar el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones, tales como la tramitología con gobiernos locales e instituciones públicas, las condiciones climáticas adversas que puedan interrumpir los trabajos del concesionario, y la complejidad técnica inherente al desarrollo de la red. Específicamente, los riesgos técnicos, que son responsabilidad directa del concesionario, podrían requerir en ciertos casos tiempo adicional para garantizar tanto la calidad como el cumplimiento de los indicadores establecidos en el Reglamento de prestación y calidad de los servicios (RPCS).

Los márgenes de tolerancia son una práctica esencial en la gestión de proyectos, especialmente en el desarrollo de redes de telecomunicaciones, donde la complejidad técnica y las variables externas pueden influir significativamente en el cronograma de desarrollo de infraestructura de

² Resolución RCS-032-2019 sobre "Resultados de la nueva verificación solicitada por el Poder Ejecutivo en la resolución 016-R-TEL-2018-MICITT del 4 de octubre de 2018, según NI-10140-2018, respecto al proceso de aceptación del Plan de Desarrollo de Red". Esta resolución fue aprobada mediante acuerdo 009-012-2019, de la sesión ordinaria 012-2019 celebrada el 21 de febrero de 2019.

San José, 9 de setiembre de 2024

07948-SUTEL-DGC-2024

red. Incorporar márgenes de tolerancia brinda flexibilidad a los proyectos para que puedan adaptarse a los desafíos y cambios inevitables, manteniendo el enfoque en la calidad y en el cumplimiento de los objetivos establecidos.

Debe considerarse que, como parte de estos aprendizajes, el cronograma de despliegue de redes del pliego de condiciones del proceso N°2024LY-000001-SUTEL, consideró la capacidad de despliegue de sitios a nivel interanual conforme el histórico de información que los operadores de redes móviles reportan a la Sutel. Asimismo se contemplan los avances alcanzados a través de la Ley N° 10216, *“Ley para incentivar y promover la construcción de infraestructura de telecomunicaciones en Costa Rica”*, como es el caso del *“Reglamento a la Ley para incentivar y promover la construcción de infraestructura de telecomunicaciones en Costa Rica, sobre los procedimientos y las especificaciones técnicas de la infraestructura de telecomunicaciones”*, por parte del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), en el Alcance N° 13 del Diario Oficial La Gaceta N° 14 del 25 de enero de 2024.

De esta forma, los concesionarios en la actualidad cuentan con un marco jurídico más completo que el que enfrentaron para otros procesos concursales de espectro, lo cual se resalta como aspecto positivo en lo relativo a la planificación de las fases de despliegue del citado proceso concursal (N°2024LY-000001-SUTEL) dado que se podrán estimar con mayor certeza los riesgos asociados a posibles obstáculos en el desarrollo de sus redes. Esto se enmarca en el concepto de *“Reserva de Contingencia”* - una reserva que se deja para atender riesgos específicos, y que forma parte de las mejores prácticas y estándares de gestión de proyectos, como el PMBOK Guide el PMI y la Guidance on Project Management ISO 215000.

Si bien la *“Reserva de Contingencia”* permite establecer un porcentaje dedicado a la atención de riesgos bien identificados, siempre permanece en cualquier proyecto la posibilidad de enfrentarse a situaciones imprevisibles, lo cual, dentro de los estándares de gestión de proyectos ya mencionados, se considera dentro de la *“Reserva de Gestión”*, que comúnmente se estima en un 5%.

Adicionalmente, esto coincide con los márgenes de tolerancia establecidos para muchos de los indicadores de calidad según en la resolución RCS-152-2017 *“Umbrales de cumplimiento para los indicadores establecidos en el reglamento de prestación y calidad de servicios (RPCS)”*, que aplica este margen del 5% para el umbral de los indicadores: *“Tiempo de entrega del servicio (IC-1)”*, *“Calidad de voz en servicios telefónicos (IV-10)”*, *“Tiempo de establecimiento de llamada (IV-11)”*, *“Retardo de voz (IV-12)”*, *“Tiempo de entrega de mensajes de texto (IM-15)”* y *“Retardo local (ID-16)”*, por lo que esta definición corresponde a una práctica conocida por los operadores y proveedores de los servicios de telecomunicaciones.

En este sentido, el margen del 5% para considerar la aplicación de multas imputables únicamente al concesionario es razonable y proporcional siendo éste un valor normalmente asociado a situaciones imprevisibles. Nótese que el pliego de condiciones es claro en indicar que este 5% aplicaría a causas imputables únicamente al concesionario, es decir, dejando de lado situaciones

San José, 9 de setiembre de 2024
07948-SUTEL-DGC-2024

imputables a terceros como municipalidades e instituciones públicas, así como eventos de fuerza mayor, para las cuales el mismo pliego establece otros mecanismos para su acreditación ante la Administración.

Con el fin de analizar la proporción establecida, se tiene que, por ejemplo 10%, no se justifica en razón de la amplia experiencia con que deben contar las empresas que desean participar en el proceso concursal, máxime considerando que como se indicó, existe un marco normativo más concreto para incentivar y promover el desarrollo de infraestructura de telecomunicaciones. Por otra parte, otorgar un porcentaje menor a 5% para situaciones de naturaleza imprevisible, podría resultar en una exigencia excesiva para el concesionario, siendo que la ejecución de cualquier proyecto en la práctica está sujeta a situaciones que escapan de la planificación y la identificación de riesgos.

Así las cosas, un valor de 5% resulta proporcional y razonable, al tratarse de un margen que aplica a causas imputables únicamente al concesionario, sin que esto signifique la desatención por parte de este a la adecuada planificación y ejecución del proyecto al momento de desplegar la red.

3. Cláusula penal

Se extrae del pliego de condiciones N°2024LY-000001-SUTEL que, en caso de incumplimiento del cronograma correspondiente para cada una de las bandas destinadas para el desarrollo de sistemas IMT, por causas imputables únicamente al Concesionario, resultará aplicable lo siguiente:

“(…)

i. Cuando se presente un incumplimiento igual o menor al 5% en términos de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar para un periodo determinado, previa justificación del Concesionario, la SUTEL podrá valorar a solicitud de otorgamiento de una única prórroga de tres (3) meses calendario para completar la obligación detallada, sin perjuicio de que el Concesionario deba continuar con la instalación del porcentaje definido para los siguientes periodos.

En caso de que, superado el periodo de prórroga, el Concesionario mantenga el incumplimiento, se aplicará una cláusula penal con base en la siguiente fórmula:

$$\text{Cláusula penal por periodo} = MA \times \% \text{ Incumplimiento}$$

Donde:

MA: Monto Adjudicado al Concesionario para esta banda de frecuencias.

% Incumplimiento: Porcentaje de Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso no instaladas respecto a la totalidad de ese periodo (inferior al 5%).

Dicha cláusula penal deberá ser cancelada en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LGCP y será acreditado a la cuenta bancaria a favor de FONATEL, según la cláusula 76 de este Pliego de Condiciones.

San José, 9 de setiembre de 2024

07948-SUTEL-DGC-2024

ii. El plazo máximo para completar la instalación de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso sobre las cuales se presentó un incumplimiento no podrá superar el plazo del siguiente periodo definido en el cronograma respectivo. Específicamente para el último periodo, la SUTEL podrá valorar el otorgamiento de tres (3) meses calendario adicionales para el despliegue de la totalidad de Unidades de Infraestructura de Acceso adjudicadas.

iii. Sin perjuicio de lo anterior, el Concesionario debe completar la instalación de la totalidad de la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar para todos los periodos.”

(Subrayado es propio)

A partir de lo que se extrae, conforme a lo desarrollado en el presente documento, se determina que el margen de tolerancia del 5% establecido para la cláusula penal por la Comisión de licitación en el pliego de condiciones N°2024LY-000001-SUTEL resulta procedente.

Atentamente,
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Glenn Fallas Fallas
Director General de Calidad

Leonardo Steller Solórzano
Dirección General de Calidad

Mónica Salazar Angulo
Dirección General de Calidad

LSS, MSA

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