



sutel |

SUPERINTENDENCIA DE
TELECOMUNICACIONES

Informe del Sector de Telecomunicaciones

Proceso de Concurso Público para la Adjudicación de
Concesiones del Servicio de Telefonía Móvil

Enero 11, 2010



Tabla de contenidos

CAPITULO 1: INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO 2: MERCADO DE TELECOMUNICACIONES DE COSTA RICA	5
2.1 INTRODUCCIÓN.....	5
2.2 SECTOR DE TELECOMUNICACIONES	9
2.2.1 <i>Visión General</i>	9
2.2.2 <i>Móvil</i>	10
CAPITULO 3: MARCO REGULATORIO DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES EN COSTA RICA	17
3.1 ASPECTOS PRELIMINARES.....	17
3.1.1 <i>La regulación previa</i>	17
3.1.2 <i>Las tecnologías de la información y la sociedad de la información</i>	18
3.2 MARCO REGULATORIO EN COSTA RICA.....	20
3.2.1 <i>El espectro radioeléctrico</i>	20
(i) Naturaleza jurídica	20
(ii) Características de los bienes de dominio público	20
(iii) Planificación del espectro radioeléctrico	21
(iv) Tipos de uso del espectro radioeléctrico	23
(v) Los títulos habilitantes	23
3.2.2 <i>Convergencia tecnológica</i>	24
3.2.3 <i>Servicio, acceso universal y solidaridad</i>	25
3.2.4 <i>Régimen de Protección al Usuario</i>	26
3.2.5 <i>Regulación para la competencia</i>	26
3.2.6 <i>Régimen de acceso e interconexión</i>	27
3.2.7 <i>Cánones</i>	28
3.3 FUNCIONES ESTATALES EN EL SECTOR TELECOMUNICACIONES	28
3.3.1 <i>Objetivos de la Ley N. 8660</i>	28
3.3.2 <i>Ámbito institucional</i>	29
(i) Rector político del sector	30
(ii) Regulador	30
(iii) Operador público	30
CAPITULO 4: MARCO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA	31
4.1 EL MECANISMO DE LICITACIÓN O CONCURSO PÚBLICO	31
4.1.1 <i>Remisión normativa contenida en la Ley General de Telecomunicaciones</i>	31
4.1.2 <i>Naturaleza jurídica de la Licitación o concurso público</i>	31
4.1.3 <i>Características de la Licitación o concurso público</i>	33
4.2 LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	34
4.2.1 <i>Principio de la libre competencia</i>	34
4.2.2 <i>Principio de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes</i>	35
4.2.3 <i>Principio de publicidad</i>	35
4.2.4 <i>Principio de eficiencia</i>	36
4.2.5 <i>Principio de la libre competencia</i>	36
4.2.6 <i>Principio de la Buen Fe</i>	37

4.2.7	<i>Principio de transparencia y control de los procedimientos</i>	37
4.2.8	<i>Principio de intangibilidad patrimonial</i>	38
4.2.9	<i>Principio de la mutabilidad del contrato</i>	39
4.2.10	<i>Principio de control de los procedimientos</i>	39
4.3	TIPOS DE PROCEDIMIENTOS Y MODALIDADES	40
4.3.1	<i>La licitación pública</i>	40
4.3.2	<i>La licitación abreviada</i>	41
4.3.3	<i>El remate</i>	41
4.3.4	<i>La licitación con precalificación</i>	41
4.3.5	<i>Licitación con Financiamiento</i>	42
4.3.6	<i>La modalidad de adjudicación por subasta a la baja</i>	42
4.4	EL CARTEL DE LA LICITACIÓN	42
4.4.1	<i>Objeto del cartel</i>	43
4.4.2	<i>Contenido del cartel en el procedimiento de asignación de espectro radioeléctrico</i>	43
4.4.3	<i>Modificaciones del cartel</i>	45
(i)	Modificaciones no esenciales.....	45
(ii)	Modificaciones esenciales.....	46
4.4.4	<i>Aclaraciones al cartel</i>	46
4.4.5	<i>Prórrogas al plazo de recibir ofertas</i>	46
4.5	EL SISTEMA DE EVALUACIÓN Y EL ACTO DE ADJUDICACIÓN	46
4.6	EL RÉGIMEN RECURSIVO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	49
4.6.1	<i>El recurso de objeción al cartel</i>	49
4.6.2	<i>La impugnación del acto de adjudicación</i>	51
(i)	El recurso de revocatoria	52
(ii)	El recurso de apelación	52

CAPITULO 1: Introducción

El presente Informe del Sector de Telecomunicaciones presenta un análisis del marco regulatorio y del sector de telecomunicaciones de Costa Rica. El objetivo de este informe es recabar, analizar y presentar información sobre el mercado de telecomunicaciones costarricense y sobre el marco normativo que rige este sector. Esta información servirá de insumo fundamental para los posteriores entregables de este proyecto y, particularmente, como elemento para formular las recomendaciones que se presentarán en torno al modelo de concurso público a ser empleado por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) para la selección de operadores de servicios móviles.

El presente documento está estructurado en cuatro secciones. La segunda sección analiza el mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica. Al efecto, inicialmente se presenta información de las variables macroeconómicas que inciden sobre el desarrollo de este importante sector. Igualmente, se describe el estado actual de desarrollo del sector, incluyendo los principales indicadores del sector de telefonía fija y del servicio de acceso a Internet. Finalmente, esta sección detalla las características y potencial del sector de telefonía móvil en Costa Rica y efectúa comparaciones regionales.

La tercera sección aborda el marco regulatorio del sector de telecomunicaciones en Costa Rica. Para tales fines, esta sección ofrece un análisis de la evolución normativa del sector en la reciente transición a la apertura del mercado a la competencia. Asimismo, se analiza con detenimiento el régimen jurídico aplicable a la administración y gestión del espectro radioeléctrico y se esbozan a grandes rasgos los requerimientos regulatorios en materia de servicio y acceso universal, el régimen de interconexión y los cánones regulatorios, entre otros aspectos.

La cuarta y última sección presenta un detallado análisis de la normativa que regula la contratación administrativa en Costa Rica, haciendo énfasis en su aplicabilidad en el marco de procedimientos de asignación de espectro radioeléctrico. Esta sección aborda el contenido y alcance de la remisión legal efectuada por la Ley General de Telecomunicaciones al marco normativo general de la contratación administrativa, esboza los principios constitucionales de la contratación administrativa y describe en detalle los diversos tipos de procedimientos concursales regulados en el ordenamiento jurídico costarricense. Asimismo, esta sección analiza los requerimientos del cartel de licitación, así como el sistema de evaluación y el régimen recursivo de la contratación administrativa en Costa Rica.

CAPITULO 2: Mercado de Telecomunicaciones de Costa Rica

2.1 Introducción

La República de Costa Rica, situada en Centroamérica, colinda al norte con Nicaragua, al sur con Panamá, al este con el Mar Caribe y al oeste con el Océano Pacífico (Gráfico 2-1). Su superficie terrestre es de 51.100 Km² y está dividida en siete provincias, 81 cantones y 473 distritos. La capital es San José. La población a julio del 2009 era de 4.509.290 habitantes¹.

Gráfico 2.1: Mapa de Costa Rica



Fuente: Banco Mundial (<http://siteresources.worldbank.org/INTLAC/Images/COS30723.jpg>).

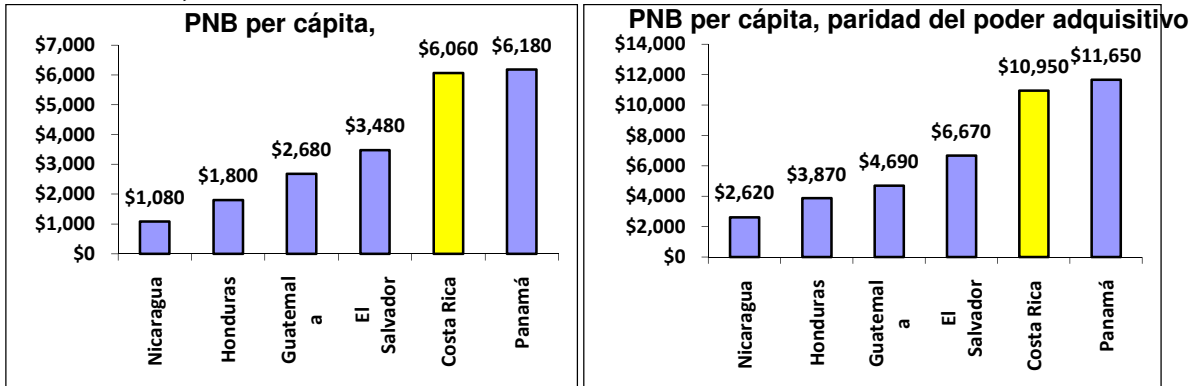
El Banco Mundial clasifica a Costa Rica como una economía de ingresos medios-altos. Su producto nacional bruto fue de US\$ 27,4 mil millones en el 2008 con ingreso per cápita de US\$ 6.060, justo debajo de Panamá y el segundo más alto en Centroamérica (Gráfico 1-2, izquierda)². En términos de paridad del poder

¹ "Generalidades" <http://www.inec.go.cr>.

² <http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GNIPC.pdf>

adquisitivo, el ingreso per cápita de Costa Rica es de US\$ 10.950, el segundo más alto en Centroamérica (Gráfico 2-2, derecha).

Gráfico 2.2: Producto nacional bruto per cápita en US\$ y paridad del poder adquisitivo, Centroamérica, 2008



Fuente: TMG adaptado del Banco Mundial.

Costa Rica ha experimentado una expansión económica constante durante la última década, con crecimiento promedio de alrededor de un seis por ciento (6%) al año. A pesar de que la crisis financiera mundial ha impactado a Costa Rica, sus efectos ya comienzan a disminuir. Según el Fondo Monetario Internacional:

“El índice de actividad económica aumentó 1,2 por ciento en términos de trimestre a trimestre en el segundo trimestre del 2009, según se estabilizó la producción en sectores clave. Al mismo tiempo, la inflación se mantuvo firmemente en una trayectoria descendente, bajando de 13,9 por ciento en diciembre del 2008 a 5,7 por ciento en agosto del 2009, su nivel más bajo en más de 30 años.”³

Costa Rica ha desarrollado un creciente sector de exportación basado en tecnologías de comunicación e información (TIC). Según las estadísticas de la Organización Mundial del Comercio, Costa Rica es el decimotercero país en el mundo en exportación de servicios de computadoras e información con US\$ 371 millones en el 2006⁴. Su éxito se debe a una serie de factores como la proximidad a Norteamérica, la estabilidad política y la inversión de una serie de grandes empresas de la tecnología como Intel, Oracle, IBM, HP y Microsoft⁵. Además, Costa Rica tiene una población relativamente educada y el nivel de inglés es relativamente alto para la región. Más de la mitad de las escuelas primarias y

³ “The index of economic activity rose 1.2 percent on a quarter-on-quarter basis in the second quarter of 2009, as output in key sectors stabilized. At the same time, inflation remained on a firm downward path, falling from 13.9 percent in December 2008 to 5.7 percent in August 2009, its lowest level in over 30 years.”

<http://www.imf.org/external/np/sec/pn/2009/pn09124.htm>

⁴ Organización Mundial del Comercio. 2008. Estadísticas del Comercio Internacional.

⁵ <http://www.costaricaits.net/portal/page/menucostaricaitsIT/whycostarica.html>

todas las escuelas secundarias en Costa Rica cuentan con laboratorios de computadoras donde los estudiantes reciben clases de inglés.

El país se encuentra consistentemente bien clasificado en la región en varios índices de competitividad: el World Economic Forum's Networked Readiness Index 2006-2007 clasificó a Costa Rica como el cuarto país más conectado en Latinoamérica, después de Chile, Brasil y México; el World Economic Forum clasificó a Costa Rica como el tercer país más competitivo en Latinoamérica en el 2006; el United Nations Human Development Report 2006 indica que Costa Rica es el quinto país en el mundo en términos de exportación de alta tecnología y Costa Rica ocupa el tercer lugar en el Global Outsourcing Report 2005 luego de India y China.

Costa Rica es signatario del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y EE.UU. (DR-CAFTA), el cual entró en vigor el 1 de enero del 2009. Como se indica en la sección 3.1.1 infra, la firma de este tratado ha sido instrumental en la apertura del mercado de telecomunicaciones costarricense a la competencia.

La situación socioeconómica en Costa Rica está relativamente avanzada en comparación a otros países de la región. Según el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, Costa Rica está en la categoría de alto Desarrollo Humano, figurando 54 de entre 182 países y el más alto entre los países centroamericanos.

Costa Rica es un símbolo de estabilidad y democracia en Latinoamérica. No tiene ejército, y ha tenido transiciones políticas pacíficas desde 1949. Su actual presidente, Óscar Arias Sánchez, recibió el Premio Nobel de la Paz en el 1987. La Constitución Política de 1949 establece un sistema de gobierno compuesto por tres poderes públicos independientes. El Poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente de la República quien es electo por cuatro años, permitiéndose la reelección. La Asamblea Legislativa de Costa Rica es unicameral con 57 asientos, siendo sus miembros electos por voto popular durante un periodo de 4 años. El Poder Judicial está conformado por la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales establecidos en las leyes. La Corte Suprema de Justicia está compuesta por 22 magistrados que son elegidos por un período de 8 años por la Asamblea Legislativa.

Cuadro 2-1: Perfil de Costa Rica

	2000	2005	2007	2008
A nivel mundial				
Población, total (millones)	3,93	4,33	4,46	4,53
Crecimiento de la población (% anual)	2,3	1,7	1,4	1,4
Superficie terrestre (km ²) (miles)	51,1	51,1	51,1	51,1
PNB, método Atlas (US\$ actual) (miles de millones)	14,56	20,15	24,65	27,45
PNB per cápita, método Atlas (US\$ actual)	3.710	4.660	5.520	6.060
PNB, PPA (\$ internacional actual) (miles de millones)	26,01	37,42	46,91	49,55
PNB per cápita, PPA (\$ internacional actual)	6.620	8.650	10.510	10.950
Población				
Porción de ingresos en manos del 20% más pobre	4,1	4,2
Esperanza de vida al nacer, total (años)	78	79	79	..
Tasa de fecundidad, total (nacimientos por mujer)	2,4	2,2	2,1	..
Tasa de fecundidad en adolescentes (nacimientos por cada 1,000; mujeres 15-19)	81	71	67	..
Estructura de la población				
Grupos de edad:				
0 - 14	31,8	27,9	26,6	25,4
15 - 64	62,9	66,2	67,3	68,26,4
65 y mas	5,3	5,8	6,1	
Tasa de mortalidad, menores de 5 (por cada 1,000)	14	12	11	..
Inmunización, sarampión (% de niños 12-23 meses)	82	89	90	..
Tasa de graduación de primaria, total (% del grupo de edad correspondiente)	87	92	91	..
Proporción de niñas a niños en la educación primaria y secundaria (%)	101	102	102	..
Índice de alfabetización (% mayores de 15 años)			95,9	..
Prevalencia del VIH, total (% de población edad 15-49)	0,2	0,3	0,4	..
Economía				
PIB (US\$ actual) (miles de millones)	15,95	19,96	26,27	29,83
Crecimiento del PIB (% anual)	1,8	5,9	7,8	2,9
Inflación, deflactor PIB(% anual)	7,0	10,6	9,3	12,4
Agricultura, valor añadido (% del PIB)	9	9	9	7
Industria, valor añadido (% del PIB)	32	29	29	29
Servicios, etc., valor añadido (% del PIB)	58	62	63	64
Exportación de bienes y servicios (% del PIB)	49	49	49	46
Importación de bienes y servicios (% del PIB)	46	54	54	56
Formación bruta de capital (% del PIB)	17	24	25	27
Ingresos, excluyendo ayudas (% del PIB)	20,9	22,9	24,7	..
Superávit/déficit de efectivo (% del PIB)	-1,3	-0,8	1,7	..
Estados y mercados				
Tiempo necesario para iniciar un negocio (días)	..	77	77	60
Capitalización de mercado de sociedades cotizadas (% del PIB)	18,3	7,4	7,7	6,3
Gastos militares (% del PIB)
Usuarios de Internet (por cada 100 personas)	5,8	21,3	33,6	..
Carreteras pavimentadas (% del total de carreteras)	22
Exportaciones de alta tecnología (% de exportaciones de productos manufacturados)	52	38
Enlaces globales				
Comercio de mercancías (% del PIB)	76,7	84,4	84,9	84,0
Términos netos de comercio de trueque (2000 = 100)	100	88	85	..
SalDOS de deuda externa, total (DOD, US\$ actual) (millones)	4.695	5.996	7.846	..
Servicio de deuda total (% de exportaciones de bienes, servicios e ingresos)	8,0	5,5	4,4	..
Migración neta (millas)	128	84
Remesas de trabajadores y remuneración de empleados, recibido (US\$ actual) (millones)	136	420	635	635
Inversión extranjera directa, entradas netas (BoP, US\$ actual) (millones)	409	861	1.896	..
Asistencia oficial para el desarrollo y ayuda oficial (US\$ actual) (millones)	11	29	53	..

Fuente: Base de datos World Development Indicators, abril 2009, INEC, PNUD

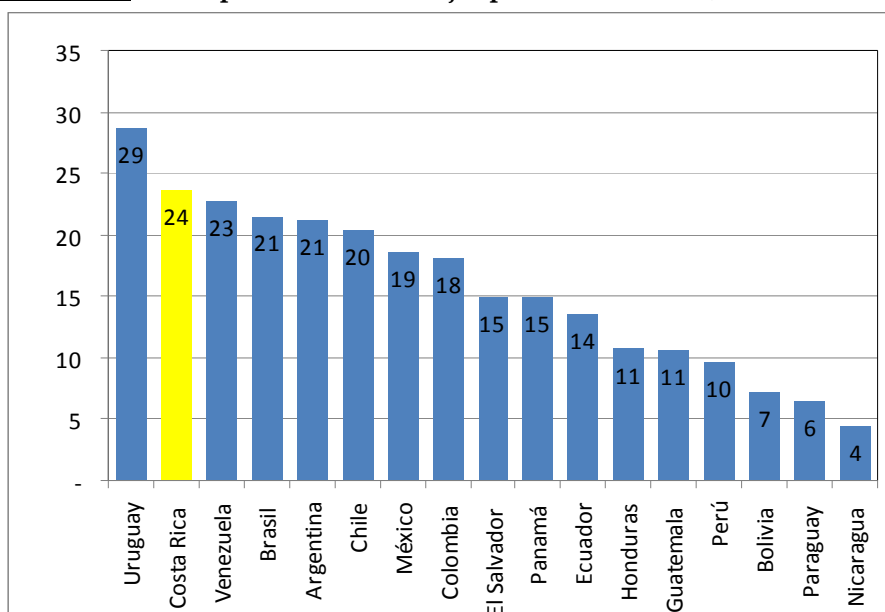
2.2 Sector de Telecomunicaciones

2.2.1 Visión General

El sector de telecomunicaciones de Costa Rica representó alrededor del 7.45% del Producto Interno Bruto (PIB) en el 2007⁶. Las telecomunicaciones están generalmente bien desarrolladas y el país tiende a lograr una clasificación alta entre los países de América Central y la región de América Latina en la mayoría de los indicadores del sector. El Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), establecido en 1949, es el operador de telecomunicaciones incumbente del país⁷.

Costa Rica tenía un poco más de un millón de suscriptores de líneas fijas en el 2008 lo que significaba una penetración de 23.6 por 100 habitantes⁸, la segunda más alta de América Latina. (Gráfico 2-3).

Gráfico 2.3: Suscriptores de Líneas Fijas por 100 habitantes, América Latina, 2008



Fuente: TMG, adaptado de información de reguladores de telecomunicaciones.

Según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), en el 2008 había 1.35 millones de usuarios de Internet mayores de cinco años de edad. Esta cifra dividida por la población total arroja una penetración del 29,8 por 100 habitantes⁹.

⁶ Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. 2009. *Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2009-2014*. p. 29

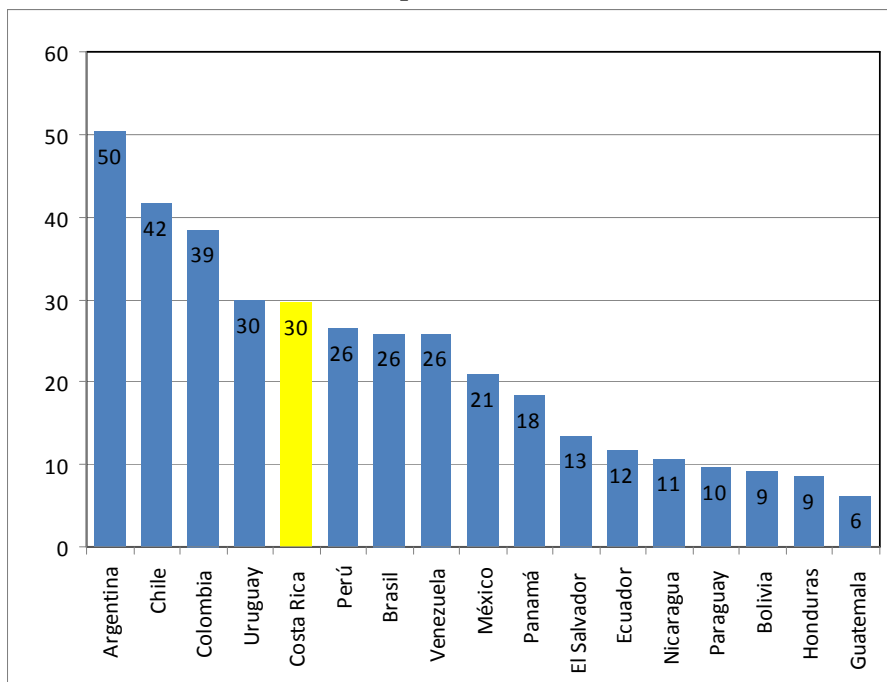
⁷ <http://www.grupoice.com/esp/qsomos/infobase/historia.htm>

⁸ ARSEP, *Informe de Labores 2008*, p. 52.

⁹ ARSEP, *Informe de Labores 2008*, p. 52.

En Latinoamérica, Costa Rica ocupa el quinto lugar en penetración de Internet. (Gráfico 2-4).

Gráfico 2.4: Usuarios de Internet por 100 habitantes, América Latina, 2008



Nota: Para aquellos países que llevan a cabo encuestas, los datos son derivados del número total de usuarios estimados en el grupo de edad que fue encuestado dividido por el total de la población.

Fuente: TMG, adaptado de oficinas de estadística nacionales y reguladores de telecomunicaciones.

2.2.2 Móvil

Las comunicaciones móviles se introdujeron en 1989 con una red analógica AMPS. Esta red luego se convirtió a la tecnología TDMA y el lanzamiento de GSM se llevó a cabo en el 2002¹⁰. A finales del 2008, casi tres cuartos de los suscriptores móviles estaban conectados a la red GSM, con el número restante conectado a la red TDMA¹¹. En enero de 2009, el ICE declaró que habilitaría capacidad para alrededor de un millón de suscriptores 3G durante el cuarto trimestre del 2009¹².

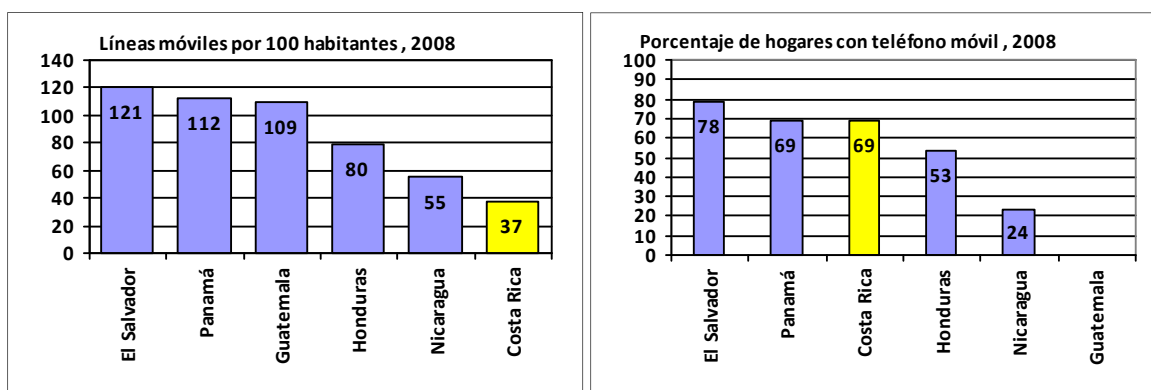
¹⁰ http://gsmworld.com/roaming/gsminfo/net_cric.shtml

¹¹ http://www.nacion.com/ln_ee/2009/junio/18/_MMedia/000008034.pdf

¹² http://www.grupoice.com/esp/temas/noticias/prensa_ice/doc/com_pren/arch_09/ene_09/Clientes_moviles_con_mayores_facilidades23-01-09.pdf

Costa Rica tenía 1.684.874 suscriptores móviles activos en el 2008 con una penetración de 27.03 suscriptores por 100 habitantes¹³. A diferencia de la mayoría de países de América Latina, la mayoría de suscriptores móviles en Costa Rica son post-pago. Ello se debe a la tardía introducción de servicios con modalidad pre-pago en el país. Dado el relativamente alto nivel de penetración de líneas fijas del país y los mercados móviles más competitivos en América Central, Costa Rica tiene la penetración móvil más baja de la región (Gráfico 1-5, izquierdo). Sin embargo, en término de hogares, la propiedad de móviles en Costa Rica es comparable a otros países de la región (Gráfico 2-5, derecha). En total, alrededor del 86% de los hogares costarricenses tienen un teléfono, la mitad de ellos contando tanto con un teléfono fijo como con un teléfono móvil (Gráfico 2-6).

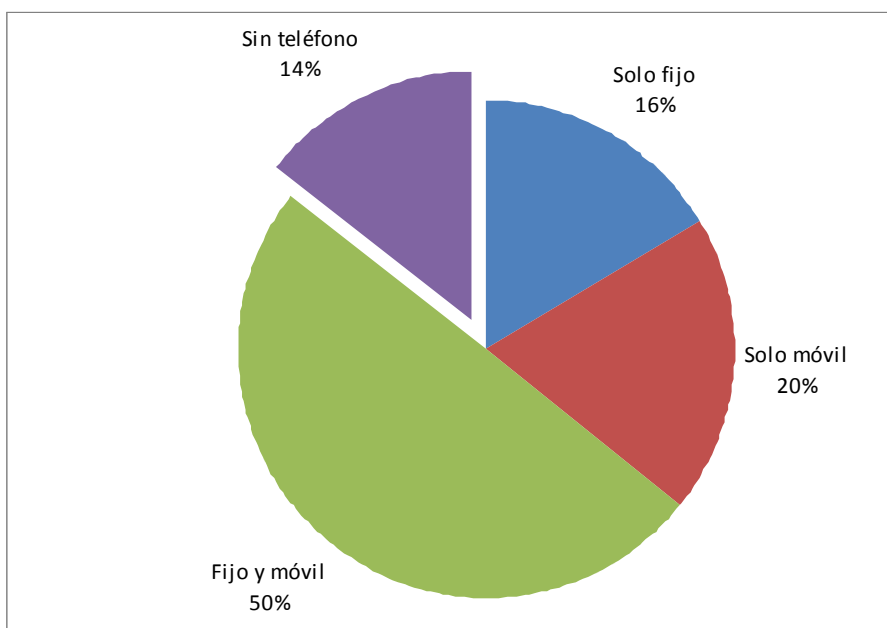
Gráfico 2.5: Penetración Móvil en América Central, por cada 100 personas y por hogar, 2008



Nota: En el gráfico de la derecha, los datos de Nicaragua son del 2006 y los datos de Guatemala no estaban disponibles.

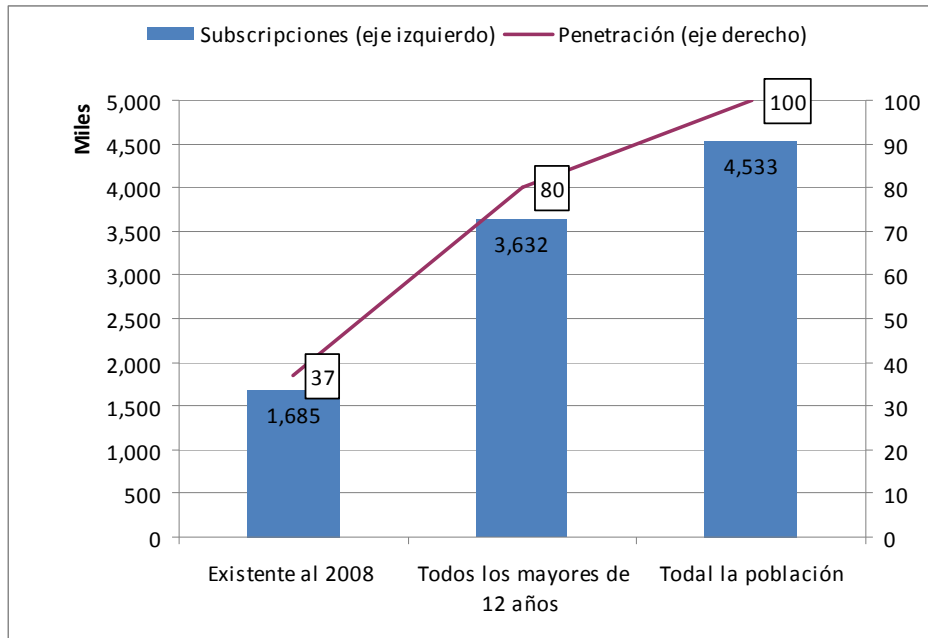
Fuente: TMG, adaptado de reguladores centroamericanos e institutos de estadística nacionales.

¹³ ARSEP, *Informe de Labores 2008*, p. 52.

Gráfico 2.6: Porcentaje de hogares con teléfono, Costa Rica, 2008

Fuente: TMG, adaptado del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC).

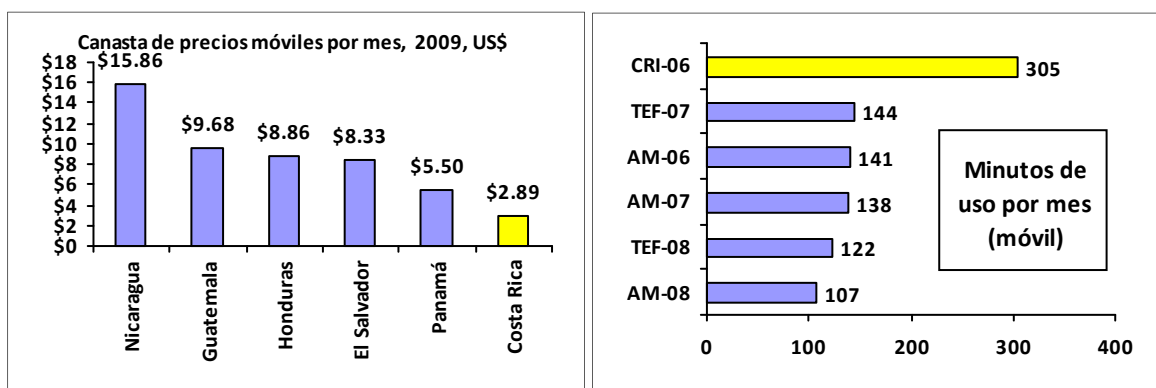
Tres países en Centroamérica tenían una penetración móvil de más del 100% al final del 2008 (El Salvador, Panamá y Guatemala), dos de los cuales tienen niveles de ingreso per cápita menores que Costa Rica. La tendencia global está yendo en esta dirección, con la expectativa de que toda la población de una cierta edad tenga un teléfono móvil en algún momento. No existe ninguna razón para asumir que Costa Rica no seguirá este patrón. Dado el mayor nivel de ingresos, la penetración móvil debería ser mayor de 100%. Si se asume que todos los costarricenses mayores de 12 años tuviesen un teléfono móvil, la penetración móvil alcanzaría al menos el 80% (Gráfico 2-7).

Gráfico 2.7: Potencial del mercado móvil, Costa Rica

Fuente: TMG adaptado de INEC, ARCEP, BCCR.

El uso de la telefonía móvil es bastante alto en Costa Rica, lo cual es de ser esperado dada la tendencia de los usuarios postpago a usar más el servicio y las tarifas relativamente bajas existentes en el país (Gráfico 2-8, izquierda). En 2006, el usuario promedio en Costa Rica consumió 305 minutos por mes (entrantes y salientes), un consumo significativamente más alto que los promedios de las operaciones de América Móvil y Telefónica en Centroamérica (Gráfico 2-8, derecha).

Gráfico 2.8: Tarifas prepago móviles (mensual) Centroamérica, 2009 y Número de minutos móviles de uso por mes



Nota: En el gráfico de la izquierda, las canastas mensuales están basadas en la canasta de bajo uso de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹⁴. Tarifas de 2009 han sido convertidas a dólares de los Estados Unidos usando tasas de cambio anuales promedio. En el gráfico de la derecha, AM se refiere a América Móvil, TEF a Telefónica y CRI a Costa Rica. Los datos para América Móvil corresponden al cuarto trimestre del año indicado.

Fuente: TMG adaptado de Telefónica, América Móvil, ARESEP, Digicel y Cable&Wireless.

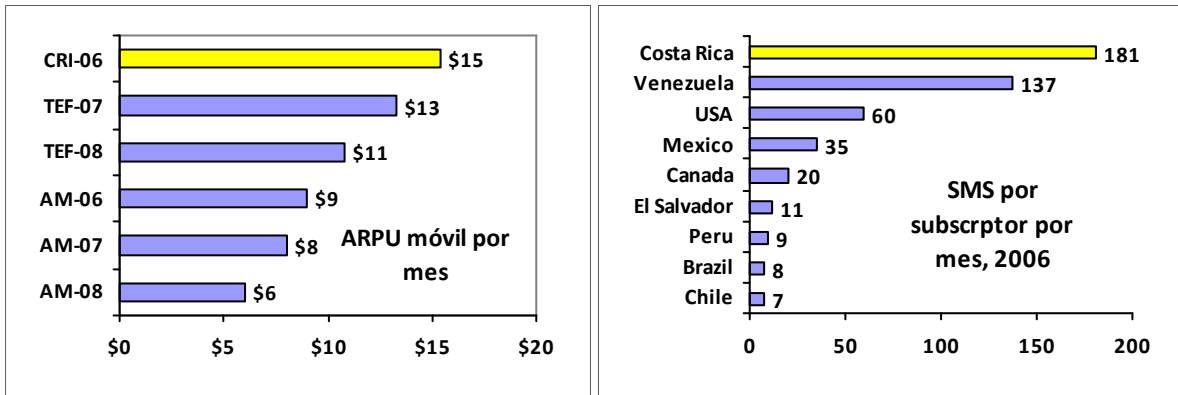
El ingreso promedio por usuario (ARPU, por sus siglas en inglés) para servicios móviles fue de 8,114 colones (US\$15.38) en Costa Rica durante 2006¹⁵. Si se compara esta cifra con el ARPU promedio de las redes de América Móvil y Telefónica en Centroamérica, se evidencia que el de Costa Rica es relativamente alto (Gráfico 2-9, izquierda). El uso de mensajería de texto, Short Messaging Service (SMS), es bastante alto en Costa Rica según la data más reciente disponible de 2006 y particularmente si se compara con otros países de la región de las Américas que publican data para este servicio. En Costa Rica, el suscriptor promedio envió más de 180 mensajes de texto por mes en 2006 (Gráfico 2-9, derecha)¹⁶. La proporción de usuarios móviles que usaron SMS en Costa Rica en 2006 fue del 58%.

¹⁴ www.oecd.org/sti/telecom/pricebaskets

¹⁵ ICE: Sistema Celular de Telecomunicaciones. Clientes, consumo e ingresos. Enero-Diciembre 2006. El gráfico de ARPU ha sido convertido a dólares de los Estados Unidos usando tasas de cambio anuales promedio.

¹⁶ ICE: Sistema Celular de Telecomunicaciones. Clientes, consumo e ingresos. Enero-Diciembre 2006.

Gráfico 2.9: Ingreso promedio por usuario (móvil) y SMS por suscriptor por mes, 2006

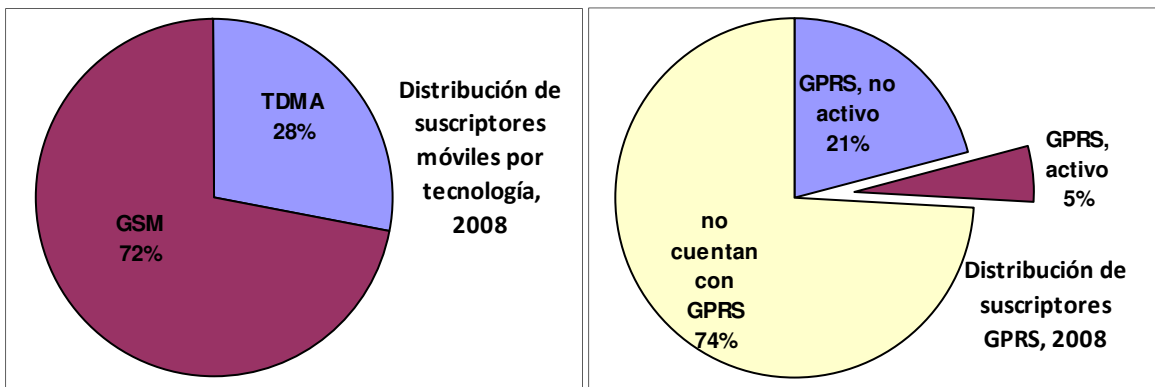


Nota: En el gráfico de la izquierda, AM se refiere a América Móvil, TEF a Telefónica y CRI a Costa Rica. Los datos para América Móvil corresponden al cuarto trimestre del año indicado.

Fuente: TMG adaptado de América Móvil, Telefónica y reguladores de la región, operadores y asociaciones gremiales.

Alrededor de tres cuartas partes de los suscriptores móviles en Costa Rica están conectados a redes GSM, mientras que los restantes usan TDMA (Gráfico 2-10, izquierda). En términos de servicios de datos móviles, ha sido estimado que cerca de un cuarto de los suscriptores GSM en Costa Rica tienen la posibilidad de usar General Packet Radio Service (GPRS) y que de éstos, 5% usan GPRS activamente (Gráfico 2-10, derecha)¹⁷. Los servicios de datos móviles se encuentran restringidos por la falta de banda ancha móvil y de equipos terminales avanzados.

Gráfico 2.10: Distribución de suscripciones móviles por tecnología y suscripciones GPRS, Costa Rica, 2008



Fuente: TMG adaptado de CISCO, "VI medición del Barómetro Cisco de Banda Ancha para Costa Rica."

¹⁷ CISCO, "VI medición del Barómetro Cisco de Banda Ancha para Costa Rica."

Costa Rica cuenta con un solo operador móvil, mientras que los restantes países de la región cuentan con al menos dos operadores móviles (Cuadro 2-2). Al menos un operador móvil estratégico presente en Latinoamérica y el Caribe¹⁸ se encuentra prestando servicio en cada uno de los países centroamericanos, salvo Costa Rica.

Cuadro 2 2: Redes GSM en Centroamérica, 2009

País	Operador Estratégico				Otros	Total de redes (en operación)
	América Móvil	Digicel	Millicom	Telefónica		
El Salvador	octubre 2000	diciembre 2001	septiembre 2004	octubre 2004		4
Guatemala	diciembre 2003	Cuenta con licencia, no ha iniciado operaciones	agosto 2004	mayo 2004		3
Honduras	2003	diciembre 2007	agosto 2004		diciembre 2006 (Hondutel)	4
Nicaragua	septiembre 2002			octubre 2005		2
Panamá	septiembre 2008	febrero 2008		agosto 2005	octubre 2002 (C&W)	4

Nota: Fechas se refieren al lanzamiento de las redes GSM.

Fuente: TMG adaptado de GSM Association.

¹⁸ Por operador móvil estratégico nos referimos a un grupo con operaciones móviles en al menos cinco países de América Latina y el Caribe.

CAPITULO 3: Marco Regulatorio del Sector de las Telecomunicaciones en Costa Rica

3.1 Aspectos preliminares

3.1.1 La regulación previa

Las telecomunicaciones en Costa Rica han permanecido históricamente bajo una estructura de monopolio público; sin embargo, el avance tecnológico ha provocado un quiebre de los antiguos paradigmas del monopolio natural bajo los cuales se asentaban los monopolios públicos en esta materia. Dentro de los hitos históricos que se deben rescatar a efectos de contextualizar la apertura del mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica, es importante citar el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y EE.UU. (DR-CAFTA), mismo que fue aprobado por Costa Rica mediante un referendo celebrado el 7 de octubre del 2007. El principal objetivo de este tratado internacional es liberalizar y regular el comercio de bienes y servicios entre los países parte del mismo. Dentro de los temas que se incluyeron en el DR-CAFTA, las telecomunicaciones son uno de los más importantes y sin duda de los que mayor impacto tendrán en el mercado costarricense.

En el caso concreto de las telecomunicaciones, el Estado costarricense ejerció un monopolio por larga data. En su artículo 121, inciso 14, la Constitución Política enumera un listado de los bienes que no pueden salir definitivamente del dominio del Estado, entre los cuales está el espectro radioeléctrico y las posibles modalidades para su explotación. Así, para explotar el espectro radioeléctrico es necesario contar con una concesión otorgada directamente por la Asamblea Legislativa; o bien por el Poder Ejecutivo de conformidad con una ley marco que la habilite para tal efecto. En la actualidad sólo el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y Radiográfica Costarricense (RACSA) cuentan con esa concesión, siendo ambas controladas por el Estado.

En el marco del DR-CAFTA, uno de los principales compromisos que Costa Rica asumió fue la apertura selectiva del mercado de las telecomunicaciones, concretamente mediante el Anexo 13. Dicho Anexo establece la obligación de Costa Rica de ejecutar la apertura en el mercado de los servicios de telefonía móvil, Internet y servicios empresariales de banda ancha. Ahora bien, como resultado de los contenidos del DR-CAFTA, fue necesaria la aprobación de un paquete normativo que estableciera el marco regulatorio necesario para cumplir con los compromisos adquiridos; en virtud de esto fueron aprobadas diversas normas (legales y reglamentarias) mismas que serán analizadas en los acápite

siguientes, haciéndose un especial énfasis en la telefonía móvil y sus contenidos en la Ley General de Telecomunicaciones N. 8642 y la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las entidades públicas del sector telecomunicaciones N. 8660.

En cuanto al esquema normativo que rigió anteriormente en Costa Rica en materia de telecomunicaciones, se puede afirmar que su principal característica - previo a la emisión de las leyes producto del DR-CAFTA- radica en la omisión y dispersión de sus contenidos. Por ejemplo la ley N. 7593 del 9 de agosto de 1996 le otorgaba Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos funciones limitadas en la materia, la ley N. 7472 del 20 de diciembre de 1994 limitaba expresamente las potestades de la Comisión para Promover la Competencia en el ámbito de las telecomunicaciones, la Ley de Radio N. 1758 del 19 de junio de 1954 regulaba el marco normativo y de jerarquía legal relacionada con la explotación del espectro radioeléctrico, con competencia del Ministerio de Gobernación.

Dicho marco jurídico demostró ser insuficiente para responder a los cambios tecnológicos que se han producido en el sector, lo cual se sumó a los criterios de la Procuraduría General de la República¹⁹ y de la Sala Constitucional²⁰, las cuales consideraron que la Ley de Radio no podía ser considerada como una “ley marco” que permitiera la concesión administrativa que prevé la Constitución Política, siendo necesaria la promulgación de un marco regulatorio.

3.1.2 Las tecnologías de la información y la sociedad de la información

Por medio de la resolución 56/183 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 21 de diciembre del 2001, se aprobó la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, cuyo principal objetivo es eliminar la brecha digital existente en el acceso a las tecnologías de la información y las telecomunicaciones en el mundo, en especial las telecomunicaciones e Internet. En la “Declaración de Principios” derivada de dicha cumbre mundial celebrada en el año 2003, se dio especial énfasis en “(...) la sociedad de la información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos (...)”.

Según datos del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, al mes de junio del 2008, el país contaba con un total 1, 844.897 líneas telefónicas

¹⁹ Dictamen C-031-90 de 5 de febrero de 1990.

²⁰ Voto N. 6053-2002 del 19 de junio de 2002.

celulares, donde la densidad de las líneas móviles activadas es de 37,42% clientes por cada 100 habitantes y de 41% si se toman en cuenta las líneas móviles instaladas aunque no estén en uso. Del total de líneas telefónicas celulares GSM, solamente el 16% cuenta con el servicio de acceso a Internet activado; es decir, el 3,4% del total de los celulares de Costa Rica cuenta con Internet.

Los anteriores datos, junto con la posición de Costa Rica en el contexto latinoamericano, hicieron necesario un replanteamiento en las estrategias que Costa Rica tenía planteadas para el futuro de las telecomunicaciones; en este sentido, es evidente que las telecomunicaciones no son un fin en sí mismas, sino que por el contrario son un factor vital y estratégico para la competitividad del país y desarrollo social. Prueba de esta importancia es el carácter de dominio público del espectro radioeléctrico y de ahí su necesaria administración bajo parámetros de eficiencia y eficacia.

Es claro que la convergencia de las telecomunicaciones, las tecnologías de la información, la radio y la televisión han jugado un papel preponderante en la reforma a los marcos regulatorios de muchos países, donde se pretende que las normas estén a la altura de los avances técnicos en la materia, con el único fin de procurar un verdadero desarrollo humano de sus ciudadanos. Es bajo este contexto que el actual Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones - como resultado de la rectoría política del Poder Ejecutivo en la materia- establece la meta de dirigir al país hacia una verdadera Sociedad de la Información y el Conocimiento. El Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, basa su estrategia en una serie de principios, entre ellos:

- En materia de universalidad deberá considerarse la prestación de un mínimo de servicios a los habitantes de todas las zonas y regiones del país, sin discriminación alguna y en condiciones adecuadas de calidad y precio.
- El beneficio del usuario estará dirigido al establecimiento de garantías y derechos a favor de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones.
- Será necesario establecer condiciones adecuadas para que los operadores y proveedores puedan participar en la formación de políticas sectoriales de telecomunicaciones.
- La competencia efectiva conlleva el 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.

Es bajo los anteriores principios que se establecen una serie de objetivos específicos que el Estado costarricense pretende concretar en materia de telecomunicaciones, por lo que su presencia y aplicación son un imperativo en

cualquier acción pública y/o privada en este sector; dichos objetivos para el eje de las telecomunicaciones son:

- Garantizar el uso eficiente del espectro radioeléctrico y tecnologías modernas, inteligentes, confiables y flexibles.
- Garantizar cobertura.
- Asegurar la interoperabilidad e interconexión plena.
- Garantizar tecnologías modernas, inteligentes, confiables y flexibles que aseguren la convergencia de redes y servicios.
- Garantizar la seguridad física y lógica de las redes de telecomunicaciones.
- Garantizar la continuidad del servicio.

3.2 Marco regulatorio en Costa Rica

3.2.1 El espectro radioeléctrico

(i) Naturaleza jurídica

El espectro radioeléctrico²¹ es un bien de dominio público según lo establece el artículo 121.14 de la Constitución Política de Costa Rica, por lo que su planificación, administración y control se llevará a cabo según lo establecido en la Constitución, los tratados internacionales²², el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, el Plan nacional de atribución de frecuencias y los demás reglamentos pertinentes.

(ii) Características de los bienes de dominio público

Al estar ante un bien que es considerado como de dominio público, es necesario delimitar sus características y definición; en este sentido la Sala Constitucional ha señalado que: “el dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son llamados bienes demaniales (...) que no pertenecen individualmente a los particulares y que están fuera del comercio de los hombres (...). En consecuencia, esos bienes están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de la norma expresa. Notas

²¹ Medio o espacio por donde se propagan las ondas radioeléctricas.

²² Entre otros, Ley N. 8100, APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y CONVENIO DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES.

características de estos bienes es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil (...). Como están fuera del comercio, no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad (...)²³.

La Procuraduría General de la República -en su dictamen n. C-072-1997- estableció una serie de características generales sobre los bienes de dominio público, entre ellas:

- Debe haber una voluntad expresa del legislador en su conformación.
- Tienen un destino especial de servir a la comunidad, al interés público.
- Están destinados al uso público.
- Están afectados al servicio que prestan.
- Están sometidos a un régimen especial fuera del comercio de los hombres.
- No pertenecen individualmente a los particulares.
- Pertenecen al Estado (entendiendo Estado en el sentido más amplio).

Es importante rescatar que si bien estamos ante un elemento que es del dominio público de la Nación “el constituyente originario dispuso que los servicios inalámbricos o, más concretamente, el uso y explotación del espectro radioeléctrico o electromagnético, puede darse en un régimen de competencia y libre concurrencia, dado que, puede ser explotado “por la administración pública o por particulares” esa “o” disyuntiva refuerza la libre competencia o concurrencia que admite el constituyente originario y la constitución económica”²⁴.

(iii) Planificación del espectro radioeléctrico

A efectos de dimensionar los caracteres del espectro radioeléctrico, mención especial merece el recién emitido Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), el cual es un instrumento que permite la regulación nacional de manera óptima, racional, económica y eficiente del espectro radioeléctrico nacional, para satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades de frecuencias que se requieren, tanto para el desarrollo de las actuales redes de telecomunicaciones, como para responder eficientemente a la demanda de segmentos de frecuencias para las redes que hagan uso del espectro radioeléctrico; para tal efecto se hace necesario el uso de tecnologías que optimicen el uso del espectro.

²³ Sentencia N. 2306-91 de la Sala Constitucional.

²⁴ Sentencia N. 2008-004569 de la Sala Constirtucional de Corte Suprema de Justicia.

El Plan Nacional de Atribución de Frecuencias procura la adecuada y oportuna planificación del espectro radioeléctrico y su eficaz gestión, para optimizar su uso, procurando satisfacer las peticiones de frecuencia para el crecimiento de las redes de telecomunicaciones existentes y creando la disponibilidad de frecuencias para la introducción de nuevas redes para la disposición de nuevos servicios, conforme a las recomendaciones que emita la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL). El Plan Nacional de Atribución de Frecuencias considerará que se da un uso eficiente del radioespectro, cuando se cumpla con los siguientes lineamientos básicos:

- Que las frecuencias sean utilizadas de acuerdo con la atribución de la banda de frecuencias que se especifica en el presente PNAF.
- Cuando las zonas de cobertura cumplan con la asignación del área geográfica que determine el título habilitante.
- Cuando los equipos transmisores no causen interferencia perjudicial a servicios que operen en los mismos segmentos de frecuencias o canales adyacentes.
- Cuando sea posible la reutilización en el uso de frecuencias o segmentos de frecuencias en una misma región, sea por el mismo concesionario, o por varios.
- Cuando las asignaciones de frecuencias, permita el empleo de tecnologías de servicios convergentes.
- Cuando con fundamento en lo dispuesto en los artículos 21 de la Ley General de Telecomunicaciones y 10 del Reglamento General de Telecomunicaciones, en el tanto sea posible de acuerdo a la disponibilidad del recurso, se puedan reasignar los canales de frecuencias otorgadas por segmentos continuos al equivalente en ancho de banda, a fin de permitir el uso de nuevas tecnologías.

Por otro lado, se debe mencionar que los objetivos de la planificación, la administración y el control del espectro radioeléctrico son:

- Optimizar su uso de acuerdo con las necesidades y las posibilidades que ofrezca la tecnología.
- Garantizar una asignación justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria.
- Asegurar que la explotación de las frecuencias se realice de manera eficiente y sin perturbaciones producidas por interferencias perjudiciales.

(iv) Tipos de uso del espectro radioeléctrico

Por su uso, según la Ley General de Telecomunicaciones su Reglamento y el propio Plan Nacional de Asignación de Frecuencias, las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico se clasifican de la siguiente manera:

- **Uso comercial:** Comprende la utilización de bandas de frecuencias para la operación de redes públicas y la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, a cambio de una contraprestación económica.
- **Uso no comercial:** Consiste en la utilización de bandas de frecuencias para operaciones de carácter temporal, experimental, científico, servicios de radiocomunicación privada, banda ciudadana, de radioaficionados o redes de telemetría de instituciones públicas.
- **Uso oficial:** Corresponde a las bandas de frecuencias necesarias para establecer las comunicaciones de las instituciones del Estado, las cuales implican un uso exclusivo y no comercial.
- **Uso para seguridad, socorro y emergencia:** Corresponde a las bandas de frecuencias atribuidas para radionavegación, seguridad aeronáutica, marítima y otros servicios de ayuda.
- **Uso libre:** Corresponde a las bandas de frecuencias así asignadas en el Plan nacional de atribución de frecuencias. Estas bandas no requerirán concesión, autorización o permiso y estarán sujetas a las características técnicas establecidas reglamentariamente.

(v) Los títulos habilitantes

En virtud de su importancia- por ser los medios de participación en el espectro radioeléctrico- se pueden citar tres tipos de títulos habilitantes que establece la nueva normativa:

- **Concesiones:** Las concesiones están destinadas al uso y explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico. La Ley General de Telecomunicaciones y su Reglamento establecen que dichas concesiones serán otorgadas por el Poder Ejecutivo por medio del procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de contratación administrativa y su reglamento. La SUTEL es el órgano encargado de instaurar el procedimiento, previa realización de los estudios necesarios, para determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de las concesiones. Estas concesiones se otorgarán por un período máximo de quince años, prorrogable a solicitud de parte, hasta por un período que

sumado con el inicial y el de las prórrogas anteriores no exceda veinticinco años.

- **Autorizaciones:** Por su parte las autorizaciones habilitan para operar y explotar las redes públicas y privadas de telecomunicaciones que no requieran del uso del espectro radioeléctrico; para prestar servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo su operación; para operar redes privadas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico. Estas autorizaciones se otorgarán por un período máximo de diez años, prorrogable a solicitud de parte, por períodos de cinco años, hasta un máximo de tres prórrogas.
- **Permisos:** Destinados al uso de las bandas de frecuencias para operaciones de carácter temporal, experimental, científico, servicios de radiocomunicación privada, banda ciudadana, de radioaficionados o redes de telemetría de instituciones públicas, y para seguridad, socorro y emergencia.

3.2.2 Convergencia tecnológica

Como un aspecto directamente ligado al tópico de los títulos habilitantes, debemos señalar que el artículo 27 de la Ley General de Telecomunicaciones establece un principio elemental dentro del marco regulatorio costarricense, el cual se denomina Principio de Convergencia Tecnológica. Este principio consiste en que los operadores y proveedores que cuenten con su respectivo título habilitante y por lo tanto se encuentren inscritos ante el Registro Nacional de Telecomunicaciones, tendrán como único requisito para ampliar su gama de servicios, el deber de notificar previamente a SUTEL del inicio de su actividad, presentado el informe dicho, podrán iniciar con la prestación de los nuevos servicios.

Una de las características más importantes de la regulación en convergencia es la eliminación de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones. En contextos de convergencia no tiene sentido restringir los títulos habilitantes para el funcionamiento de los operadores a determinados tipos de servicios de telecomunicaciones, pues es propio de la convergencia el que cada día aparezcan nuevos servicios y varíen los que ya existían, de ahí que, los servicios no pueden sujetarse a una descripción legal ni a un tipo de tecnología. De igual manera, tampoco tiene sentido restringir los títulos habilitantes a la oferta de un único servicio, toda vez que las tecnologías actuales permiten que a través de la misma red y equipo terminal se puedan ofrecer múltiples servicios.

Con ello, la Ley también viene a adoptar el Principio de Neutralidad Tecnológica, mismo que resulta vital para la regulación de las telecomunicaciones en un contexto de convergencia. En este sentido, la Ley prevé la posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y se garanticen, en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio.

3.2.3 Servicio, acceso universal y solidaridad

La solidaridad es un principio rector de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y como tal permea todo el sistema regulatorio; en este sentido la ley entiende por solidaridad el establecimiento de mecanismos que permitan el acceso real de las personas de menores ingresos y grupos con necesidades sociales especiales a los servicios de telecomunicaciones, en condiciones adecuadas de calidad y precio, con el fin de contribuir al desarrollo humano de estas poblaciones vulnerables.

En cuanto a lo relativo al servicio universal, la ley entiende que es el derecho al acceso a un servicio de telecomunicaciones disponible al público que se presta en cada domicilio, con una calidad determinada y a un precio razonable y asequible para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica y condición socioeconómica, de acuerdo con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Mientras que por acceso universal la ley establece que es derecho efectivo al acceso de servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general, de uso colectivo a costo asequible y a una distancia razonable respecto de los domicilios, con independencia de la localización geográfica y condición socioeconómica del usuario, de acuerdo con lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.

Los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, referidos en la ley, recibirán el soporte financiero de la contribución de los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y los proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, estas contribuciones formarán el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), el cual será instrumento de administración de los recursos destinados a financiar -como se dijo- el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, así como de las metas y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. La tarifa será fijada por la SUTEL a más tardar el 30 de noviembre del período fiscal respectivo. Dicha tarifa podrá ser fijada dentro de una banda con un mínimo de un uno coma cinco por ciento

(1,5%) y un máximo de un tres por ciento (3%); misma que actualmente está fijada por la ARESEP en un 1.5%. En cuanto a dichos tópicos, con el fin de dar mayor especificidad al tema, la ARESEP emitió el Reglamento de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad, el cual viene en términos generales a responder a los parámetros ya citados.

3.2.4 Régimen de Protección al Usuario

La nueva legislación desarrolla las bases de un régimen de protección a la intimidad para el ámbito de las telecomunicaciones y el régimen de protección de los usuarios finales. La regulación cubre tres ámbitos: i) la protección de datos, que protege la privacidad del procesamiento automático de datos de una persona; ii) la seguridad de datos, que se refiere a la protección de datos almacenados contra su uso accidental o sin autorización, alteración o diseminación; y iii) la privacidad de la vida de una persona y la de su familia.

Asimismo, se establecen una serie de derechos sustantivos de los usuarios, entre los que destacan: el mantenimiento de un régimen de calidad, recibir información veraz, expedita y adecuada, el desglose de las facturas, la portabilidad de número, el derecho a disponer y figurar en la guía telefónica, acceso gratuito a los servicios de emergencia, entre otros. En aras de una mayor protección de los derechos del usuario el MINAET emitió el Reglamento sobre medidas de protección de la privacidad de las telecomunicaciones, el cual es una concreción de los puntos ya señalados.

3.2.5 Regulación para la competencia

Con la nueva normativa la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia, el cual se regirá por lo previsto en esta Ley General de Telecomunicaciones y supletoriamente por los criterios establecidos en el capítulo III de la Ley N.º 7472, Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor. Entre otras cosas, a la SUTEL le corresponde promover los principios de competencia en el mercado nacional de telecomunicaciones, analizar el grado de competencia efectiva en los mercados, determinar cuándo las operaciones o los actos que se ejecuten o celebren fuera del país, por parte de los operadores o proveedores pueden afectar la competencia efectiva en el mercado nacional. Del mismo modo le corresponde garantizar el acceso de los operadores y proveedores al mercado de telecomunicaciones en condiciones razonables y no discriminatorias, garantizar el acceso a las instalaciones esenciales en condiciones equitativas y no discriminatorias, evitar los abusos y las prácticas monopolísticas por parte de

operadores o proveedores en el mercado, estos últimos no podrán asignar a un solo operador sus sistemas y tecnologías con fines monopolísticos.

En términos generales la SUTEL tendrá la competencia exclusiva para conocer de oficio o por denuncia, así como para corregir y sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones. En este tema es de aplicación de igual forma el Reglamento del régimen de competencia en telecomunicaciones, como norma Infra legal emitida por la ARESEP.

3.2.6 Régimen de acceso e interconexión

Establece el artículo 59 de la Ley General de Telecomunicaciones que están obligados a dar acceso e interconexión todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, entendiendo por tales, las que se utilizan total o parcialmente para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Lo anterior procura alcanzar eficiencia, competencia efectiva, optimización del uso de los recursos escasos y un mayor beneficio para los usuarios. No obstante, es importante señalar que esta garantía se otorgará siempre que no existan alternativas técnicas y económicamente factibles y más eficientes. Además, las obligaciones que se impongan al operador propietario de la red no son irrestrictas, pues dichas condiciones deberán ser objetivas, transparentes, no discriminatorias, proporcionadas al uso pretendido y no implicarán más que lo necesario para la buena operación del servicio previsto. Cabe señalar que específicamente sobre esta temática la ARESEP emitió el Reglamento de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones, como concreción de las estipulaciones de la ley.

Los acuerdos de interconexión se celebran libremente entre las partes, aunque con las limitaciones establecidas por la Ley y los reglamentos que se dicten y los planes técnicos correspondientes. Sin embargo, la SUTEL tendrá la facultad para adicionar, eliminar o modificar las cláusulas que resulten necesarias para ajustar el acuerdo a lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones. En caso de que existe negativa de un operador de la red pública de telecomunicaciones para llevar a cabo negociaciones de interconexión o acceso, la SUTEL intervendrá para determinar la forma, términos y condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso o la interconexión. En cuanto a la fijación de los precios en materia de interconexión, estos deberán estar orientados a costos y serán negociados libremente por los operadores entre sí, con base en la metodología que establezca la SUTEL.

3.2.7 Cánones

La normativa en materia de telecomunicaciones prevé dos tipos de cánones, a saber el canon de regulación y el canon de reserva del espectro. Con respecto a estos se puede afirmar:

- **Canon de regulación:** El canon de regulación procura darle autonomía financiera a la SUTEL. Se calculará anualmente sobre los ingresos brutos de los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones. La Ley mantiene el mismo mecanismo de la actual Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y de servicio al costo vigente en el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N.º 7593, de 9 de agosto de 1996. Según dicha Ley, la Autoridad Reguladora calculará el canon de cada actividad de acuerdo con el principio de servicio al costo y deberá establecer un sistema de costeo apropiado para cada actividad regulada. Tiene un procedimiento establecido que incluye criterios de proporcionalidad y equidad cuando varias empresas están involucradas, e incluso debe ser sometido con una justificación técnica a la Contraloría General de la República para su aprobación. Específicamente para estos efectos la ARESEP emitió el Reglamento para la distribución del canon de regulación.
- **Canon de reserva del espectro radioeléctrico:** Deberá ser cancelada por los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones a los cuales se haya asignado bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, independientemente de que hagan uso o no de las mismas. El monto será calculado por la SUTEL en función de las unidades de reserva radioeléctrica que miden la cantidad del espectro radioeléctrico otorgado y el área cubierta. Para la asignación de valor de la unidad se considerarán parámetros como disponibilidad y uso de las bandas de frecuencia, el ancho de banda, su valor de mercado y la rentabilidad que con ellas se pueda obtener, la cobertura y zona geográfica.

3.3 **Funciones estatales en el sector telecomunicaciones**

3.3.1 Objetivos de la Ley N. 8660

Con la promulgación de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones N. 8660, se busca completar desde el punto de vista orgánico y estructural los contenidos plasmados tanto en

el DR-CAFTA como en la propia Ley General de Telecomunicaciones; dentro de los principales objetivos de la Ley N. 8660 se pueden citar:

- Fortalecer, modernizar y dotar al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), a sus empresas y a sus órganos adscritos, de la legislación que le permita adaptarse a todos los cambios en el régimen legal de generación y prestación de los servicios de electricidad, así como de las telecomunicaciones, infocomunicaciones, productos y servicios de información y demás servicios en convergencia.
- Complementar el Decreto-Ley N. 449, de 8 de abril de 1949, Reglamento para la creación del Instituto Costarricense de Electricidad, y sus reformas, para dotar al ICE de las condiciones jurídicas, financieras y administrativas necesarias para que continúe con la prestación y comercialización de productos y servicios de electricidad y telecomunicaciones, dentro del territorio nacional y fuera de él.
- Crear el Sector Telecomunicaciones y su rectoría, dentro del marco de sectorización del Estado, así como desarrollar las competencias y atribuciones que competen al ministro rector del Sector, quien en conjunto con el presidente de la República, elaborará el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, que deberá respetar la legislación ambiental vigente, la protección ambiental, el manejo y uso sostenible de los recursos naturales, así como la promoción del uso de las fuentes de energía renovables.
- Reformar la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N.º 7593, de 9 de agosto de 1996, para constituir la SUTEL, encargada de regular, aplicar, vigilar y controlar el marco regulatorio de las telecomunicaciones.
- Flexibilizar y ampliar los mecanismos y procedimientos de contratación pública que tienen el ICE y sus empresas, garantizando y reafirmando su la autonomía administrativa y financiera.

3.3.2 Ámbito institucional

Dentro de estas finalidades evidentemente llama la atención la creación del sector telecomunicaciones con su respectiva rectoría, la separación del regulador y la categorización del operador público. A continuación se detallan cada uno de estos:

(i) Rector político del sector

El Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones tendrá la responsabilidad de ser el rector del sector de telecomunicaciones a lo interno de la administración pública. Dentro de sus competencias más importantes está la de otorgar las concesiones conforme al mandato del artículo 121 de la Constitución. Asimismo se crea un Consejo Sectorial de Telecomunicaciones que tendrá la responsabilidad de recomendar técnicamente las concesiones del espectro radioeléctrico, así como diseñar y evaluar el Plan Nacional de Telecomunicaciones.

(ii) Regulador

Se crea la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) como la autoridad reguladora en la materia. La SUTEL es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; tendrá personalidad jurídica instrumental propia, para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones. La SUTEL deberá ser independiente de todo operador de redes y proveedor de servicios de telecomunicaciones y estará sujeta al Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y a las políticas sectoriales correspondientes. Tendrá entre sus responsabilidades:

- Controlar y fiscalizar todo el sector de telecomunicaciones.
- Establecer tarifas para aquellos servicios que no estén en competencia;
- Administración del espectro radioeléctrico;
- Ejercer controles en materia de competencia, acceso e interconexión;
- Tutelar la calidad de los servicios y la protección de los derechos del usuario; y
- Administrar el Fondo Nacional de las Telecomunicaciones (FONATEL).

(iii) Operador público

Con la reforma legal se pretende el fortalecimiento y modernización del Instituto Costarricense de Electricidad y sus empresas mediante nuevas disposiciones en materia financiera que le permitan un mayor endeudamiento, competencias administrativas más ágiles que le permitan una participación más eficiente en el mercado nacional así como la posibilidad de invertir en el ámbito internacional.

CAPITULO 4: Marco General de la Contratación Administrativa en Costa Rica

4.1 El mecanismo de Licitación o concurso público

4.1.1 Remisión normativa contenida en la Ley General de Telecomunicaciones

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642 de 4 de junio de 2008, establece en su artículo 12 que “las concesiones de frecuencias para la operación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, serán otorgadas por el Poder Ejecutivo por medio del procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de contratación administrativa y su reglamento.”

Al referirse a concurso público se hace alusión al procedimiento de licitación, el cual ha sido definido por el Constituyente, en el artículo 182 de la Constitución Política, como el procedimiento idóneo por medio del cual la Administración Pública obtiene bienes y servicios.

4.1.2 Naturaleza jurídica de la Licitación o concurso público

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el Voto 6453-94 de 18 horas 12 minutos de 2 de noviembre de 1994, ha señalado que “el procedimiento de licitación pública, es definido...como el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos, se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones para la Administración Pública y de garantizar la libertad de oportunidades a los interesados y todo ello conforma el llamado principio de legalidad de la contratación administrativa, al que debe sujetarse todo el que quiera contratar con la Administración Pública. Es por lo expuesto que puede afirmarse que la licitación pública es un "procedimiento de garantía" para el interés público.”

En este orden de ideas, la licitación o el concurso, de acuerdo con el monto de la contratación, es la regla que impone el Derecho de la Constitución.

Por su parte, la Contraloría General de la República, en análisis de las Resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el oficio DGCA-21-98 de 7 de enero de 1998, expresó lo siguiente:

"Es preciso retomar el principio que implica la licitación como medio para celebrar los contratos del Estado. La palabra 'licitación' proviene del latín 'licitare' que significa básicamente 'concurso público'. Así, traspolando el concepto al marco jurídico actual, celebrar un contrato por medio de una licitación, significa que el Estado busca su cocontratante por medio de un concurso público de oferentes interesados. Las formas para ello tienen importantes variantes de un país a otro, pero la idea sustancial es la misma y pretende que esta clase de negocios no se realicen de manera privada. Pese a que algunos han observado y señalado que los empresarios realizan negocios entre sí en mejores condiciones que los que celebra el Estado para cumplir con sus fines, es necesario reconocer que el esquema de negocios privados que rige para los particulares no se puede aplicar igualmente al Estado. La razón es sencilla y lamentablemente obvia y se refleja en el hecho de que no existe igual celo al cuidar los fondos propios que los fondos públicos que son de todos. Mientras que con los propios recursos se tiene un vínculo directo, con los públicos hay una relación mediata que los aleja de nuestra realidad cotidiana. En ese sentido, es claro que el ciudadano común no siente el mismo vínculo afectivo con su propia casa que con la carretera que pasa al frente, pese a que de alguna forma, ambas le 'pertenece'.

Así, pues, por licitación debe entenderse, como bien apunta la Sala Constitucional en su Resolución 998-98 de 16 de febrero de 1998, "el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre concurrencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, entre otros y que luego se desarrollan. Es un procedimiento administrativo tipificado por una serie de actos cuyo principal objetivo es la selección del contratista más idóneo, para lo cual se cursa invitación en forma pública y general a los potenciales oferentes, para que éstos hagan llegar su ofertas a la administración contratante, con la finalidad de que ésta las estudie, clasifique y adjudique de acuerdo con las condiciones establecidas en el cartel, o declare desierto el concurso, si las mismas no se ajustan a los requisitos establecidos, todo lo anterior, se repite, con el objeto de sanear la administración de los fondos públicos." En palabras más simples, es una formalidad previa a los contratos del Estado, que debe considerarse un procedimiento de garantía para el interés público.

En síntesis, toda contratación que celebre el Estado debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación. Por lo anterior y como reflejo de una situación histórica, al Constituyente de 1949 le interesó dejar sentado ese principio del concurso público como una regla fundamental. Así, el artículo 182 constitucional, dispone:

‘Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo’ (subrayado agregado).”

4.1.3 Características de la Licitación o concurso público

La licitación, como procedimiento de selección del contratista de la Administración tiene dos características fundamentales:

- Es el procedimiento regla, según se ha explicado líneas atrás.
- Es un procedimiento reglado.

Se trata de un procedimiento reglado porque cada una de sus etapas, así como el régimen recursivo, se encuentra debidamente regulado en una ley especial, y aquellas deben ser cumplidas y agotadas, en la forma preestablecida en la legislación, so pena de nulidad del procedimiento. Al efecto debe recordarse que, acorde con el artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública, sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento, y se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión.

Hablamos de un procedimiento reglado en el entendido de que la licitación es un procedimiento complejo de derecho administrativo, tendiente a garantizar la seriedad e imparcialidad para llegar a la selección del oferente que mejor satisfaga las necesidades de la Administración licitante, que es su objetivo final.

Los procedimientos administrativos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la Administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en el artículo 182 de la Constitución Política.

4.2 Los principios constitucionales de la Contratación Administrativa

Precisamente por la importancia que ha dado el Constituyente al mecanismo de licitación es que, en Costa Rica, los principios que informan la contratación administrativa tienen rango constitucional.

Estos son, *numerus apertus*: el principio de la libre competencia, principio de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, principio de publicidad, principio de eficiencia, principio de la libre competencia, principio de la buena fe, principio de transparencia y control de los procedimientos, principio de intangibilidad patrimonial, principio de la mutabilidad del contrato y principio de control de los procedimientos. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Votos 3348-95, 8320-97, 998-98).

Estos principios son aplicables a todo concurso administrativo con excepción de la contratación directa, en la cual ciertos principios no están presentes o, dependiendo del supuesto, se dan en forma atenuada.

La jurisprudencia constitucional, la cual es vinculante *erga omnes*, ha desarrollado los siguientes principios como informantes y de observancia absoluta en todo procedimiento licitatorio:

4.2.1 Principio de la libre competencia

El principio de la libre competencia “tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece.” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 998-98 de 16 de febrero de 1998.)

En efecto, este principio afianza la posibilidad de competencia y oposición entre los interesados en la futura contratación, y a su vez implica que la Administración no puede imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso. Por ello resulta inadmisibles la inclusión de cláusulas de carácter limitativo y restrictivo debido a que atentan contra la posibilidad de obtener la más amplia oportunidad de participación.

Claro está, este principio no es absoluto y se admiten restricciones en resguardo del interés público, de conformidad con las particularidades del objeto contractual.

4.2.2 Principio de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes

Este principio tiende a asegurar que los distintos oferentes que participen en un proceso licitatorio tengan igualdad de posibilidades de resultar adjudicados del objeto del contrato, y se encuentra estrechamente relacionado con el artículo 33 de la Constitución Política. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 5 de la Ley de la Contratación Administrativa y el artículo 2 inciso e) de su Reglamento.

El principio de igualdad en la contratación administrativa puede sintetizarse de la siguiente manera:

- Considera la oferta en competencia con la de los demás concurrentes.
- Respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento. Si es necesario modificar un plazo, el mismo debe ser igual para todos los concurrentes.
- Cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista.
- Publicación de todas las aclaraciones y demás informes que hacen al desarrollo del procedimiento.
- Inalterabilidad de la esencia de los pliegos de condiciones que deben establecer reglas generales e impersonales, salvo las prescritas o habilitadas por el ordenamiento jurídico.
- Respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura del o los sobres.
- Acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación.
- Acceso y conocimiento de las demás ofertas luego del inicio de apertura.
- Indicación de las deficiencias formales subsanables que puedan contener las ofertas.
- Invitación a participar en el procedimiento que se promueva ante el fracaso de la licitación o publicación en el Diario Oficial.

4.2.3 Principio de publicidad

Este principio se encuentra directamente relacionado con los expuestos anteriormente y el principio de la libre competencia debido a que, tal y como ha

señalado la Sala Constitucional, lo que la publicidad busca es “asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate.” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 998-98 de 16 de febrero de 1998.)

Recuérdese que únicamente en el proceso de licitación pública es obligatoria la publicación en el Diario Oficial La Gaceta, en los demás procedimientos es facultativo. La sanción que deviene de incumplir este requisito es la nulidad del procedimiento. (Así señalado por la Contraloría General de la República, Resolución R-DAGJ 112-99 de las 15 H. 45 de 22 de noviembre de 1999).

4.2.4 Principio de eficiencia

Este principio establece para la administración la obligación de seleccionar la oferta que mejor convenga a la Administración para la satisfacción del interés general (artículo 4 de la Ley de la Contratación Administrativa).

La Administración Pública debe adjudicar siempre a la mejor oferta definida ésta como aquella que desempeñe en mejor forma el bien o servicio objeto del contrato, de conformidad con el sistema de evaluación ideado al efecto en el pliego de condiciones. Toda norma procedimental debe interpretarse con estricto apego a este principio, a partir de un correcto uso de los recursos públicos.

Asimismo, en atención a este principio, en las distintas actuaciones que lleve a cabo la Administración contratante, prevalecerá el contenido sobre la forma.

4.2.5 Principio de la libre competencia

El principio de la libre competencia hace referencia a que la Administración, al elaborar los respectivos carteles, debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten el libre acceso e imposibiliten la introducción de una verdadera competencia.

La regla es que la licitación es un procedimiento competitivo. Los distintos oferentes interesados en ser adjudicados con la ejecución del contrato objeto de la licitación compiten entre ellos en condiciones iguales.

Los beneficios de la competencia es lo que nos garantiza la elección de la oferta más ventajosa para el Estado. Si no ha habido competencia, lo recomendable es que la Administración contratante valore seriamente aquella facultad que el legislador le ha brindado y que denota el alto grado de discrecionalidad que reviste el acto final del procedimiento licitatorio, es decir, la opción de declarar la deserción o infructuosidad del procedimiento, según corresponda.

4.2.6 Principio de la Buen Fe

Tanto los administradores como los administrados deben actuar conforme al principio de la buena fe, sin olvidar que el Derecho nunca debe ser operado sin fundamento ético o moral.

La aplicación del principio de la buena fe permitirá al contratista tener claro que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos propuestos; de igual manera los administrados confiarán completamente cuando aquella ponga en práctica este principio básico, lo será para un mejor intercambio de los bienes y servicios objeto del contrato.

Como se ha señalado a nivel doctrinario, “a aplicación del principio de la buena fe conllevará la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a los administrados.” En este sentido, “la buena fe de la Administración frente al ciudadano consiste en la confianza de que éste, no sólo no va a ser desleal con el comportamiento honesto de la Administración, sino que tampoco va a utilizar a la Administración para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena fe de otro ciudadano.” (GONZÁLEZ PÉREZ Jesús. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Tercera Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1999. pp. 92.)

4.2.7 Principio de transparencia y control de los procedimientos

Como ha dispuesto la Sala Constitucional en su Voto 998-98 de 16 de febrero de 1998, los procedimientos administrativos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política (procedimiento reglado).

Este principio se refiere al correcto actuar de la Administración Pública. Transparencia significa confianza e implica la posibilidad de fiscalizar el procedimiento y detectar eventuales quebrantos a la normativa vigente. La Administración debe actuar apegada a lo que la ley establece y en el tanto haya transparencia se podrá ejercer control de dicho principio.

4.2.8 Principio de intangibilidad patrimonial

El precio fijado por las partes es cierto más no rígido en el entendido de que se vive en economías cambiantes e inflacionarias. La Administración no puede obligar y el particular no tiene por qué ejecutar un contrato más allá de su propio equilibrio económico.

Si se quebranta el equilibrio económico del contrato el contratista tiene derecho a la figura de las cláusulas compensatorias. Sin embargo, no debe el principio de intangibilidad patrimonial con el principio de riesgo propio de la empresa, debido a que el primero se aplica en la medida en el que equilibrio económico del contrato se quiebre por causas ajenas a las partes y no por errores del contratista.

Al efecto, se ha distinguido a nivel jurisprudencial y doctrinario dos áleas del contrato administrativo:

- El álea normal o riesgo normal empresarial, el cual significa que si el interesado se equivoca en su propia proyección y concepción del negocio, y dentro de las condiciones normales de ejecución, sufre pérdidas, la Administración no está obligada a resarcirle suma alguna. El riesgo normal empresarial se refiere entonces a la disminución del beneficio proyectado en la oferta como consecuencia de una mala administración del contrato o por causas imputables única y exclusivamente al contratista.
- Por otra parte, el álea anormal se refiere a productos sobrevinientes que distorsionan el equilibrio de la relación contractual y que determinan aumentos en los costos o en los precios. Esta distorsión tiene como consecuencia la restitución, por parte de la Administración Pública, del nivel económico previsto y querido por ambas partes, fijado al momento de la presentación de la oferta.

Así las cosas, se reconoce a través de la cláusula de reajuste de precios el desequilibrio económico del contrato. Estas cláusulas no son más que fórmulas

matemáticas que se aplican en los procedimientos contractuales para poder recuperar ese desequilibrio.

4.2.9 Principio de la mutabilidad del contrato

Este principio se refiere a los privilegios o prerrogativas con que cuenta la Administración Pública contratante para introducir modificaciones a los contratos, cuando así sea requerido, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar.

El contrato administrativo tiene que ser mutable debido a que en última instancia la Administración está persiguiendo fines público, y el fin del contrato es la satisfacción de los mismos. El contratista es un colaborador del interés público de la administración, por ello debe soportar su modificación.

Los contratos administrativos son instrumentos al servicio de fines esencialmente públicos. Por ello es que se afirma que lo fundamental es que el fin público se cumpla, aún cuando ello pueda implicar la modificación de un contrato celebrado. La potestad variandi de la Administración encuentra su razón de ser en la inmutabilidad o inalterabilidad del fin perseguido en el contrato, que no es otro que la satisfacción concreta y actual de las necesidades colectivas. El principio de eficiencia y la satisfacción del interés público justifican la flexibilidad contractual en el objeto de las prestaciones.

En efecto, la Administración puede modificar el contrato únicamente dentro de los parámetros que el ordenamiento jurídico le permite.

4.2.10 Principio de control de los procedimientos

Se habla de que hay control del procedimiento en la contratación administrativa en tanto que, en las diferentes etapas del concurso y en la ejecución del contrato, se ejerce control y fiscalización de la correcta utilización de los fondos públicos y prestación del objeto del contrato.

En todo el procedimiento de la contratación administrativa se deben verificar los siguientes controles:

“El jurídico, para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgredan la Ley, realizado mediante la verificación de la existencia previa de recursos económicos; el contable, que es el examen o juzgamiento de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios

que tienen a su cargo de la administración de fondos y bienes del Estado, que deriva de la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría, a fin de que los gastos tengan su respaldo financiero y se ajusten a la clasificación establecida, realizado por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o institución contratante; el financiero, que consiste en la fiscalización de la correcta percepción de ingresos y de la legalidad del gasto público, de competencia de las propias oficinas financieras de las instituciones, la Tesorería Nacional, la Oficina de Presupuesto, y la Contraloría General de la República; y el control económico o de resultados, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos, control que se lleva a cabo muy parcialmente por parte de las instituciones y no se ha concebido como un efectivo instrumento para el desarrollo gerencial e institucional.” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 998-98 de 16 de febrero de 1998).

4.3 Tipos de procedimientos y modalidades

El legislador, al promulgar la Ley de la Contratación Administrativa, Ley No. 7494 de 2 de mayo de 1995, dispuso como procedimientos licitatorios la licitación pública, la licitación abreviada y el remate, y, dentro de estos procedimientos, la posibilidad de utilizar las modalidades de precalificación, la licitación con financiamiento y la adjudicación por subasta a la baja.

4.3.1 La licitación pública

La licitación pública es un procedimiento ordinario de carácter concursal y el procedimiento regla, según lo expuesto líneas atrás. Su procedencia está determinada por el monto de la contratación, según el presupuesto de cada Administración y lo establecido en el artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa. Asimismo, es el procedimiento de contratación obligatorio en toda venta o enajenación de bienes, muebles o inmuebles, o en el arrendamiento de bienes públicos, salvo si se utiliza el procedimiento de remate, en los procedimientos de concesión de instalaciones públicas, en las contrataciones de cuantía inestimable, en los casos de compra de suministros cuando se trate de la modalidad de entrega según demanda y ejecución por consignación y en los convenios marco regulados en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

4.3.2 La licitación abreviada

La licitación abreviada es el procedimiento ordinario de carácter concursal que procede de conformidad con el presupuesto de la institución contratante y el monto de la contratación, en un rango inferior a la licitación pública, según el artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa. Sus diferencias fundamentales radican en tener plazos más cortos y el régimen de impugnación del acto final, y le son aplicables, de manera supletoria, los principios y normas de la licitación pública.

4.3.3 El remate

El remate es un procedimiento ordinario de carácter concursal al cual la Administración puede acudir de manera facultativa, de forma alterna a los anteriores, para vender o arrendar bienes, muebles o inmuebles, cuando resulte el medio más apropiado para satisfacer los intereses de la Administración. Consiste en la compra y venta de bienes en público, previa publicidad del llamado a remate, sin limitación de concurrencia y al mejor postor. Puede hacerse con base o sin ella, las ofertas que se hagan son vinculantes y comprometen al oferente, y la adjudicación se hace en el mismo acto a favor del precio más elevado que se ofrezca.

4.3.4 La licitación con precalificación

La modalidad de licitación con precalificación puede utilizarse en la licitación pública y en la licitación abreviada, se refiere a la selección de contratistas competentes, antes de la emisión de una invitación para licitar y admite dos modalidades: precalificación para un único concurso y precalificación para varios concursos.

La precalificación de los contratistas, por lo general, se utiliza para trabajos importantes o complejos y, en casos excepcionales, para equipo diseñado a la orden y servicios especializados. También es utilizada la precalificación bajo otras circunstancias, por ejemplo, en proyectos de sector con un enfoque programático o cuando se adjudique un gran número de contratos en base a “fraccionamiento de adquisiciones”.

El cartel de precalificación no incluirá un sistema de calificación ordinario, sino que se enlistarán los requisitos y atestados que los interesados deben cumplir, así como el valor asignado a cada factor, a partir de los cuales la Administración definirá las empresas aptas para contratar en la siguiente etapa.

Una vez en firme el acto de precalificación, la Administración podrá promover el respectivo concurso entre ellas, debiendo estar fijada la fecha para la recepción de ofertas dentro de los dos años siguientes a la firmeza de la precalificación, según lo establecido en el artículo 105 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

4.3.5 Licitación con Financiamiento

La modalidad de Licitación con Financiamiento está contemplada para utilizarse únicamente en casos muy especiales, en los cuales la Licitación Pública “ordinaria” no es aplicable, precisamente por la imposibilidad de contar con esa totalidad de recursos. Como ha señalado la Contraloría General de la República en su Resolución RC-260-2001 de las 9:00 horas del 23 de mayo de 2001, “podría decirse que la Licitación Pública con Financiamiento es un mecanismo de contratación excepcional, por cuanto se aparta de la regla de disponibilidad presupuestaria previa por lo que recurre a un endeudamiento del sector público lo cual incide no solo en el presupuesto de la Institución promotora del concurso, sino también en la economía general del país.”

4.3.6 La modalidad de adjudicación por subasta a la baja

La modalidad de adjudicación por subasta a la baja está diseñada de manera exclusiva y facultativa para la adquisición de productos genéricos, entendidos como suministros, equipos o bienes de uso común, cuya fabricación obedezca a reglas estandarizadas.

Para ello la Administración promoverá el concurso que por estimación económica corresponda, según el artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, estableciendo en el cartel un detalle de los bienes y las condiciones aplicables, advirtiendo que la adjudicación será por subasta a la baja.

La característica fundamental de esta modalidad que define su naturaleza y procedencia es que el objeto contractual debe considerarse y estar caracterizado como producto genérico, so pena de nulidad absoluta del procedimiento. (Como antecedente de un procedimiento anulado por la Contraloría General de la República por no tratarse de un producto genérico puede revisarse la Resolución RC-365-2000 de las 14:00 horas de 8 de setiembre de 2000.

4.4 El cartel de la licitación

4.4.1 Objeto del cartel

El cartel constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento. De ahí que se afirme que en toda contratación con el Estado o sus instituciones, la sujeción de la oferta al ordenamiento jurídico administrativo es integral, de modo tal que trasciende el Cartel y queda sujeta a todas las prohibiciones y mandatos del bloque de legalidad administrativa y, en especial, a los principios generales del Derecho.

El cartel deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar.

En este sentido es que la Contraloría General de la República afirma que la trascendencia del cartel radica, esencialmente, en ser el reglamento concreto y específico de la contratación que se tramita, y en que debe constituirse a la vez en el mecanismo a través del cual la Administración identifica el objeto que requiere, señala las condiciones en que lo desea y establece las reglas a través de las cuales definirá cuál de los proponentes resulta ser el mejor y más conveniente para los intereses que tutela. (Contraloría General de la República, Resolución RSL No. 91-99 de las 8:00 horas del 16 de marzo de 1999).

Al momento de elaborar el pliego de condiciones la Administración goza de facultades discrecionales que le permiten fijar los requerimientos para satisfacer en forma óptima sus necesidades. Esa actividad discrecional encuentra límites fijados por la Ley General de la Administración Pública, la cual indica, en su artículo 16, que “en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.”

4.4.2 Contenido del cartel en el procedimiento de asignación de espectro radioeléctrico

Para el caso concreto del otorgamiento de las concesiones para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones, el artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que el cartel del concurso deberá incorporar lo siguiente:

- “a) La fecha, la hora y el lugar de presentación de las ofertas, así como los requisitos que habrán de cumplir los oferentes y demás antecedentes que deberán entregarse.
- b) Las bandas de frecuencias objeto de concesión, sus modalidades de uso y zona de cobertura.
- c) Las obligaciones de acceso y servicio universal, cuando corresponda.
- d) Los plazos para consultas y aclaraciones al cartel.
- e) Los requisitos financieros, técnicos y legales que se valorarán en la calificación de las ofertas y la metodología que se empleará.
- f) El período de vigencia de la concesión.
- g) Las condiciones y el calendario de pago de la contraprestación, cuando corresponda.
- h) Las multas y sanciones por incumplimiento del contrato de concesión.
- i) El proyecto de contrato que se suscribirá con el concesionario.”

A lo anterior el artículo 25 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones agrega:

- “a) La obligatoriedad de los oferentes de rendir una garantía de participación porcentual, entre un 1% y un 5% sobre el monto cotizado.
- b) La obligatoriedad del oferente u oferentes adjudicados de rendir una garantía de cumplimiento de ente el 5% y 10% del monto adjudicado.
- c) Que la forma de rendir las garantías será la establecida en el artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.
- d) Un encabezado que contenga la identificación de la Administración promovente, la indicación del tipo y número del concurso y una breve descripción del objeto contractual.
- e) Indicación de la oficina que tramita el procedimiento y que proporcionará la información adicional necesaria respecto de las especificaciones y documentación relacionada.
- f) Las condiciones, día, hora límite y dirección, para la presentación de ofertas y garantías de participación; así como el número de copias que deberá adjuntarse a la oferta original, cuando así proceda.
- g) Indicación de las especies fiscales y demás timbres que deba aportar el oferente.
- h) Sistema de valoración y comparación de las ofertas. Cuando únicamente se considere el precio, bastará una simple indicación al respecto.
- i) Indicación precisa de los documentos que deben aportarse para la evaluación de la idoneidad del oferente en aspectos económicos, técnicos u otros.
- j) Términos de pago del precio ofrecido, las contribuciones al FONATEL cuando corresponda, cánones de regulación.
- k) Plazo de vigencia de la oferta y plazo de adjudicación.

- l) El uso de medios electrónicos si resulta procedente, la posibilidad de presentar ofertas vía fax deberá habilitarse expresamente en el cartel, previéndose para ello un plazo de confirmación por escrito. En ningún caso se aceptará la presentación de ofertas por la vía telefónica.
- m) El cartel no podrá imponer restricciones, ni exigir el cumplimiento de requisitos que no sean indispensables o resulten convenientes al interés público, si con ello limita las posibilidades de concurrencia a eventuales participantes. Tampoco podrá exigir que el oferente efectúe manifestaciones, repeticiones o transcripciones de aspectos del pliego sobre los cuales los participantes no tengan ningún poder de disposición.
- n) Las medidas, límites, plazos, tolerancia, porcentajes u otras disposiciones de similar naturaleza que deba contener el cartel, se establecerán con la mayor amplitud que permita la clase de negocio de que se trate, en lo posible utilizándolos como punto de referencia. Asimismo, respecto de los tipos conocidos de materiales, artefactos, o equipos, cuando únicamente puedan ser caracterizados total o parcialmente mediante nomenclatura, simbología, signos distintivos no universales, o marca, ello se hará a manera de referencia; y aún cuando tal aclaración se omitiere, así se entenderá.”

En lo demás, así como en el resto de las regulaciones establecidas en la Ley General de Telecomunicaciones y su Reglamento, aplica de manera supletoria la normativa ordinaria de contratos públicos del Estado.

4.4.3 Modificaciones del cartel

De conformidad con el artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, una vez publicado o notificado el aviso a concursar, la Administración, dispondrá únicamente de tres oportunidades para modificar de oficio el cartel, así como de igual número para conferir prórrogas al plazo de recepción de las ofertas, y con cada modificación podrán variarse todas aquellas cláusulas que así lo ameriten.

La normativa costarricense distingue dos tipos de modificaciones: esenciales y no esenciales.

(i) Modificaciones no esenciales

Por modificaciones no esenciales, se entienden aquellas que no cambien el objeto del negocio ni constituyen una variación fundamental en la concepción original

de éste. Estas modificaciones deberán comunicarse por los mismos medios en que se cursó la invitación a participar en la licitación, con al menos 3 días hábiles de anticipación al vencimiento del plazo para recibir ofertas.

(ii) *Modificaciones esenciales*

Las modificaciones esenciales se entienden como aquellas que introducen una alteración sustancial o importante en la concepción del objeto del contrato. En este supuesto, los plazos para recibir ofertas serán ampliados, como máximo, en el 50% del plazo mínimo que correspondan de acuerdo con la ley para este tipo de contratación. Para el caso de la licitación pública el plazo mínimo que debe darse para presentar ofertas es de 15 días hábiles, según el artículo 58 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

4.4.4 Aclaraciones al cartel

Las aclaraciones a solicitud de parte, deberán ser presentadas ante la Administración, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas y serán resueltas dentro de los 5 días hábiles siguientes a su presentación. Las que sean presentadas fuera de ese plazo podrán ser atendidas, pero no impedirán la apertura de ofertas señalada.

Cuando se trate de aclaraciones acordadas de oficio que no impliquen modificación, es deber de la Administración incorporarlas de inmediato al expediente y darles una adecuada difusión dentro de las 24 horas siguientes.

4.4.5 Prórrogas al plazo de recibir ofertas

Las prórrogas al plazo para recibir ofertas deben ser comunicadas por un medio idóneo, a más tardar el día anterior al que previamente se hubiere señalado como límite para la apertura.

4.5 El sistema de evaluación y el acto de adjudicación

El artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece que en el cartel se establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor.

La Administración, podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. El Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa establece claramente que no podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación.

Por otra parte, se establece la posibilidad de utilizar otras modalidades para elegir al contratista, siempre y cuando se garantice la transparencia del procedimiento y el cumplimiento de los principios constitucionales que informan la contratación administrativa. El Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa ejemplifica lo anterior con la posibilidad de establecer un sistema de selección de dos fases, en el cual una vez analizado el cumplimiento de los aspectos técnicos, legales y financieros, se pasará a una segunda etapa en la que se valorará la parte económica.

En el caso de empate, en el cartel deberán establecer un método claro y objetivo para definir quién resultará adjudicado con la licitación, y, en caso de que aquél persista, definirá la suerte.

Como ha señalado la Contraloría General de la República, “el sistema de evaluación pretende objetivizar, es decir, reglar la decisión administrativa contenida en el acto de adjudicación. Con ello, se pretende avanzar en una finalidad básica del derecho público, la erradicación de decisiones arbitrarias por parte de la Administración (interdicción de la arbitrariedad) y, además, con la de dar a conocer a quienes participan en los procedimientos de contratación administrativa, los elementos que van a ser tomados en cuenta para la elección de la oferta que resulte más conveniente al interés general, lo que constituye una garantía de que se observan los principios de igualdad y transparencia. Finalmente, el sistema de evaluación facilita la revisión o fiscalización de la decisión y constituye su fundamento... [...] Asimismo, en la fase de preparación del cartel, a la Administración le corresponde prever todo aquello que razonablemente sea previsible, con el objeto de asegurar una adecuada ejecución del objeto contractual y la correcta satisfacción del interés público que, como regla general, se compromete con la contratación...” (Contraloría General de la República, RSL 179-99 de las 11:00 horas 5 de mayo de 1999).

Agrega el Órgano Contralor: “De esa forma, no es que las facultades discrecionales de la Administración hayan sido suprimidas; sino que simplemente, lo que se pretende es que en lo fundamental se ejerzan en una fase anterior a la de estudio de ofertas y selección del adjudicatario; a saber, cuando se debe preparar el cartel. Es en ese momento cuando la Administración, ejerciendo sus facultades discrecionales, debe seleccionar los parámetros de evaluación más

apropiados en función del objeto, conferirles un peso específico o porcentaje en la calificación total y, finalmente, seleccionar el método de evaluación más objetivo para ponderar cada factor.” (Contraloría General de la República, Oficio 1390 de 11 de febrero de 1999 (DGCA-154-99))

Al respecto es importante recordar que la licitación es un instrumento que debe propiciar la participación más amplia posible de oferentes, con miras a que la Administración pueda obtener las condiciones más favorables en la satisfacción de sus necesidades de bienes y servicios. Es de esperar que entre más oferentes haya, mayor competencia se presente y, por ende, mejores condiciones puede obtener la Administración. En segundo lugar, el sistema de evaluación, si bien no constituye en sí mismo una limitación a la participación de oferentes, sí puede llegar a convertirse en una herramienta que desaliente la participación, cuando contenga o se incorporen a él factores de calificación irrazonables, injustificados; es decir que no reporten una ventaja real para la Administración, o bien que, aún aportando esa ventaja, lo hagan dejando de lado la calificación de aspectos por medios alternos que podrían llevar a la comprobación del mismo factor que interesa corroborar a la Administración.

En palabras más simples, no se trata de diseñar un sistema de calificación de ofertas simplemente por cumplir con un requisito formal, sino que éste debe cumplir con el fin o propósito último para el que fue ideado y en el tanto no lo logre, desnaturaliza su función.

“Así las cosas, para este Despacho resulta fundamental que las razones que brinda la Administración en defensa de las condiciones cartelarias tengan sustento no sólo en razones de oportunidad sino de legalidad, legalidad que alcanza también el enjuiciamiento de sus facultades discrecionales cuando con ese ejercicio se comprometan cláusulas que resulten contrarias a la razonabilidad, a la equidad, o a la técnica, conforme a lo previsto por el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública.” (Contraloría General de la República, Resolución No. 417-98 de las 15:30 horas del 23 de noviembre de 1998).

Por otra parte, el artículo 28bis del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece la posibilidad, para aquellos oferentes elegibles, de ofrecer mejoras al precio para efectos comparativos, únicamente en los supuestos que el cartel así lo estableció expresamente.

En efecto, el cartel deberá definir de manera detallada la metodología que aplicará en cada concurso, respetando para ello la igualdad, la buena fe, la transparencia y demás principios constitucionales de la contratación administrativa. El precio que se tomará para efectos de calificación será el último que propongan los respectivos oferentes.

Asimismo, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece la obligación de justificar con toda claridad las razones que justifican la disminución de su precio.

En todos los casos, las mejoras del precio no deben implicar una disminución de cantidades o desmejora de la calidad del objeto originalmente ofrecido y tampoco puede otorgar ventajas indebidas a quienes lo proponen, tales como convertir su precio en ruinoso o no remunerativo.

4.6 El régimen recursivo de la contratación administrativa

4.6.1 El recurso de objeción al cartel

Cuando los pliegos de condiciones incluyen cláusulas ilegales, que violen algún principio constitucional de la contratación administrativa, excluyan a potenciales oferentes, presenten especificaciones técnicas características de una marca o proveedor determinado u otras irregularidades, que atenten contra la participación en igualdad de oportunidades y libre competencia en el proceso licitatorio, el interesado podrá oponer ante la administración licitante o la Contraloría General de la República, según corresponda, el recurso de objeción al cartel debidamente fundamentado en el cual deberá solicitar las modificaciones correspondientes, esto es, para las cláusulas que considere ilegales deberá proponer la redacción que considere correcta.

El plazo para la interposición del recurso de objeción al cartel comprende el primer tercio del plazo fijado para la presentación de las ofertas. Este recurso se interpondrá ante la Contraloría General de la República en los casos de licitación pública, y ante la administración licitante en los casos de licitación abreviada. Las prórrogas no implican nuevo plazo para objetar, aunque las modificaciones introducidas sí pueden ser objetadas en el primer tercio del plazo restante.

En el caso de las licitaciones públicas, luego de recibido el recurso, mediante audiencia especial, se solicitará el criterio de la administración licitante, quien dispondrá de tres días hábiles para responder.

Una vez respondida la audiencia especial la Contraloría General de la República podrá convocar a todas las partes a una audiencia oral y pública para discutir los asuntos sometidos a debate. En estos casos el órgano contralor podrá, si así lo considera conveniente, dictar de inmediato la resolución final motivada de

manera oral, en cuyo caso bastará que se grabe por algún medio idóneo cuyo registro se incorporará al expediente de objeción.

Cuando la resolución de la Contraloría General de la República disponga la modificación del cartel, la Administración se encuentra obligada a realizar las enmiendas y publicarlas por los medios correspondientes. Si de las modificaciones efectuadas se derivare una variación sustancial del objeto, la Administración deberá ampliar el plazo de recepción de ofertas, para ajustarlo a los plazos mínimos establecidos en la legislación vigente.

En el caso de las licitaciones abreviadas, en cualquier momento, dentro del plazo máximo para resolver, la Administración podrá convocar a una audiencia oral para discutir los asuntos sometidos a debate. En estos casos la Administración podrá, si así lo considera conveniente, dictar de inmediato la resolución final de manera oral.

En ambos procedimientos el recurso deberá ser resuelto dentro de los 10 días hábiles siguientes a su presentación, mediante acto debidamente motivado.

Esta misma disposición es la adoptada de manera general, en cuanto a los plazos, por el artículo 26 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. De manera supletoria debe interpretarse que el trámite y la audiencia del recurso se llevan a cabo de conformidad con la normativa general de contratos del Estado.

Cuando la Administración disponga la modificación del cartel deberá realizar las enmiendas y publicarlas o comunicarlas por los medios correspondientes, esto es, en la misma forma en que fue publicado el llamado a licitación. Si de las modificaciones efectuadas se derivare una variación sustancial del objeto, deberá ampliarse el plazo de recepción de ofertas, para ajustarlo a los plazos mínimos señalados por este Reglamento.

El recurso de objeción al cartel puede ser interpuesto por cualquier potencial oferente. En este sentido, el recurrente deberá demostrar dicha aptitud en su escrito de interposición de lo contrario el recurso será rechazado *ad portas*.

El artículo 82 de la Ley de la Contratación Administrativa y el artículo 170 de su Reglamento establecen la posibilidad de que una entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad, agrupaciones territoriales o de cualquier otra índole, donde vaya a ser ejecutado el contrato o sobre la cual surta efectos, pueda objetar el cartel de la licitación.

4.6.2 La impugnación del acto de adjudicación

Lo relevante para la interposición del recurso correspondiente, apelación o revocatoria, no es la naturaleza del procedimiento licitatorio, cual sería el caso del recurso de objeción al cartel, sino el monto de la adjudicación, como lo establece el artículo 91 de la Ley de la Contratación Administrativa. Así las cosas, se establece como principio general que en el caso de no proceder el recurso de apelación ante la Contraloría General de la República se podrá solicitar la revocatoria del acto de adjudicación ante la administración licitante.

Ostentar la aptitud legal para impugnar el acto de adjudicación que pone fin al proceso licitatorio es un requisito previo para la interposición del recurso de cabida. En este sentido, como lo establecen la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, están legitimados para interponer los recursos correspondientes en contra del acto de adjudicación, “toda persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo”, en palabras más simples, podrán impugnar la adjudicación aquellos oferentes que cumplieron con todas las condiciones que se establecían el cartel.

Cuando una empresa es excluida del concurso, técnicamente no puede impugnar el acto de adjudicación, a excepción de que ésta haya sido descalificada ilegítimamente. Esto es, que la Administración contratante excluya del concurso una oferta con base en la aplicación de una cláusula del cartel absolutamente nula, que violente algún derecho fundamental, algún principio constitucional de la contratación administrativa o que tenga como consecuencia que ésta nunca vaya a ser adjudicada. En este supuesto no hay preclusión procesal debido a que se está en presencia de una nulidad absoluta.

Para que el interesado prospere en su recurso de revocatoria o apelación, de acuerdo al monto que corresponda, deberá primeramente demostrar su legitimación, pues de lo contrario su impugnación será rechazada ad portas.

Así también, deberá demostrar la nulidad del acto de adjudicación y seguidamente el contar con mejor derecho que los demás oferentes incluyendo al adjudicado. El recurrente deberá demostrar que su oferta es la que debe ser adjudicada.

Si no se cumple con estas tres formalidades, aunque exista y se demuestre la nulidad del acto de adjudicación, el recurso deberá ser rechazado. Esto es así, debido a que una vez transcurrido el primer tercio del plazo para recibir ofertas se tiene por consolidado el pliego cartelario y cualquier reclamo posterior que haga referencia al mismo (como propio de un recurso de objeción al cartel) se tendrá por precluido desde el punto de vista procesal.

El artículo 29 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones incorpora los mismos plazos e instancias, que se complementan con lo establecido en la Ley de la Contratación Administrativa y su Reglamento, para el recurso de apelación.

(i) El recurso de revocatoria

El recurso de revocatoria se deberá de presentar debidamente fundamentado (legitimación, nulidad del acto de adjudicación, demostración de mejor derecho) dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación del acto de adjudicación, ante la Administración licitante.

Si el recurso es inadmisibles o manifiestamente improcedente, se ordenará y notificará su archivo en el término de dos días hábiles siguientes a la fecha de recibo del recurso. Si el recurso resultara admisible se notificará a la parte adjudicada, dentro de los dos días hábiles siguientes a la presentación, para que exprese su posición sobre los alegatos del disconforme, dentro del plazo de tres días hábiles siguientes a la notificación.

Cuando la Administración lo considere conveniente, la audiencia puede ser oral. Para ello, se convocará a las partes, con al menos dos días hábiles de anticipación, para que expongan sus alegatos, evacuen pruebas y presenten conclusiones, según las reglas que se dispongan en el auto de audiencia.

Las audiencias orales serán públicas y se deberá publicar un aviso por los medios que garanticen su debida difusión. De lo actuado se levantará un acta que contendrá, al menos, el nombre de las partes y resumen de lo actuado, la cual se incorporará al expediente.

En caso de que se hubiese tramitado una audiencia oral, la resolución final podrá ser dictada de manera oral, ya sea de seguido a la finalización de la audiencia, o en un plazo no mayor a tres días hábiles posteriores a la realización de tal audiencia. Esa resolución será motivada y bastará que se grabe por algún medio idóneo cuyo registro se incorporará al expediente respectivo.

(ii) El recurso de apelación

El recurso de apelación deberá ser presentado debidamente fundamentado, en los términos anteriormente expuestos, dentro del plazo de 10 días hábiles posteriores a la comunicación del acto de adjudicación. Una vez finalizado el plazo para apelar, la Contraloría tiene 10 días para analizar la admisibilidad del recurso. En ese plazo el órgano contralor deberá dictar el auto inicial que da trámite al

recurso. En este mismo auto deberá hacer del conocimiento de la parte adjudicada la interposición de los recursos correspondientes para que en el plazo de 10 días hábiles se manifiesten sobre los alegatos del apelante y aporte las pruebas respectivas. En el caso de licitaciones abreviadas o de concursos promovidos de conformidad con el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa, el emplazamiento será por cinco días hábiles.

Cuando al contestar la audiencia inicial, las partes argumenten en contra de la oferta del apelante, se concederá una audiencia especial por cinco días hábiles en el caso de la licitación pública y tres días hábiles para la licitación abreviada para que el recurrente se refiera exclusivamente a lo alegado.

La Contraloría General de la República deberá manifestarse expresamente, antes de la resolución final, sobre las solicitudes de prueba de las partes, cuando las hubiere, admitiéndolas o denegándolas, mediante resolución motivada. Igualmente, adoptará las providencias probatorias que sean necesarias para la correcta tramitación de la apelación. Todas las dependencias administrativas se encuentran obligadas a prestar su colaboración gratuita en la aportación de la prueba pericial solicitada de oficio por la Contraloría General.

En casos muy calificados la Contraloría General de la República podrá conferir nuevas audiencias a efecto de aclarar aspectos para la debida resolución del recurso.

De previo al dictado de la resolución final, la Contraloría General de la República facultativamente concederá a las partes una audiencia final otorgándoles un plazo de tres días hábiles para que formulen conclusiones sobre el fondo del asunto. Cuando lo considere conveniente, la audiencia final podrá ser oral.

En los casos, que la Contraloría General de la República así lo considere oportuno, podrá realizarse una audiencia pública de exposición de alegatos, evacuación de pruebas y conclusiones, según las reglas que se dispongan en el auto de audiencia inicial. Esta audiencia deberá llevarse a cabo una vez evacuadas todas las audiencias escritas que correspondan y deberán convocarse con al menos tres días hábiles de anticipación.

En caso de que se hubiese tramitado una audiencia oral de cualquier naturaleza, la resolución final podrá ser dictada de manera oral, ya sea de seguido a la finalización de la audiencia, o en un plazo no mayor a tres días hábiles posteriores a su realización. Esa resolución será motivada y bastará que se grabe por algún medio idóneo cuyo registro se incorporará al expediente de apelación. En todo caso, el plazo para resolver el recurso es de 40 días hábiles a partir del auto inicial, el cual podrá ser ampliado en 20 días.