

San Jose, 15 de diciembre de 2020

11400-SUTEL-ACS-2020

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: Modificación contractual para cumplir metas del PNDD

Estimados señores:

En atención al requerimiento del día de hoy, presentamos el siguiente informe en relación con la modificación contractual en los proyectos financiados con cargo al Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel) que permitan el cumplimiento de las metas del Plan Nacional de Telecomunicaciones (PNDD), particularmente la meta 14 asociada al programa 5, recientemente modificada por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (Micitt).

El requerimiento formulado tiene el objetivo de contar con elementos de juicio para continuar con el conocimiento del oficio MICITT-DVT-OF-345-2020 del 11 de diciembre de 2020 remitido por el señor Viceministro de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones por medio del cual remite a esta Superintendencia la versión final del **Pefil del Programa y Plan de Acción por meta correspondiente al Programa 5: Red Educativa del Bicentenario, Meta 14, Eje Fonatel para el 2021.**

La referida nota indica:

Por ello, se remiten las versiones finales elaboradas por el MEP y avaladas por el MICITT, las cuales incorporan los elementos de fondo señalados por la SUTEL en el oficio N° 10621-SUTEL-SCS-2020 de fecha 20 de noviembre de 2020, en aras de que su representada realice las gestiones respectivas para concluir con el proceso de modificación del PNDD según lo establece el oficio N° MICITT-DM-OF-1108-2020 de fecha 11 de diciembre de 2020 y la "Metodología de Seguimiento, Evaluación y Modificación de las Metas del PNDD 2015-2021", y con ello solicitar a la Contraloría General de la República dar por cumplida la disposición conjunta 4.3.

En el proceso de atención de la disposición 4.3 del Informe de la Contraloría General de la República (CGR) DFOE-IFR-IF-0001-2020 la Superintendencia propuso al Micitt la modificación de las metas 44 y 45 del PNDD asociadas a los proyectos financiados con Fonatel denominados Comunidades Conectadas (Programa 1) y Espacios Públicos Conectados (Programa4).

Como es de su conocimiento el Micitt determinó que la REB debía incorporarse en una meta diferente e identificarse en forma independiente de otros programas. Así, el Micitt determinó que la meta modificada sería la meta 14 asociada al Programa 5.

Surge el cuestionamiento de si es posible la modificación a los contratos vigentes en los Programas 1 y 4, aún si la meta por atender es del Programa 5. En ese sentido cabe indicar que la posibilidad de modificar los contratos como medio para atender las necesidades de conectividad de los centros educativos fue reconocida por las unidades de gestión del Fideicomiso suscrito para la gestión de los proyectos.

San Jose, 15 de diciembre de 2020

11400-SUTEL-ACS-2020

En su oportunidad, tanto el Fiduciario, como la Dirección General de Fonatel expresaron que la modificación de los contratos vigentes era posible bajo los principios de la contratación administrativa y la normativa aplicable. En el oficio 04753-SUTEL-CS-2020 de 29 de mayo, conocido por el consejo mediante acuerdo 001-042-2020 del 2 de junio de 2020 se indica:

El análisis de atención de estos centros se valoró partir del Programa 1 y Programa 4 de Fonatel, buscando aprovechar la inversión realizada a la fecha por ambos Programas.

El análisis indicado en el punto 3.1 anterior, es fundamental y se constituye en la base para realizar la propuesta preliminar de implementación del proyecto Red Educativa del Bicentenario. Esto entendiendo que las velocidades instruidas por el MICITT y detalladas en la tabla 1 del presente informe, serían las aplicables para el citado proyecto y la infraestructura por desplegar, se dimensionaría a partir de estas velocidades señaladas por la Rectoría.

En el marco del Programa 1, adicional a lo indicado en el punto 3.1 anterior referente al resumen del análisis técnico y financiero, se incluyó el análisis técnico de proveer una red interna (LAN) a los centros educativos por atender. Lo anterior debido a lo señalado por el MEP, el cual indicó que para los centros educativos asignados a Fonatel, no se incluirían en el convenio con la Fundación Omar Dengo la instalación de redes LAN.

(...)

En cuanto a la ampliación, partiendo de lo que establece el Manual de Contratación suscrito entre SUTEL y el Banco Nacional de Costa Rica, su artículo 14 establece la posibilidad de ampliaciones contractuales antes o durante la ejecución de un contrato, inclusive posteriormente a la ejecución contractual hasta en un 100% y durante un plazo de hasta 24 meses, cuando exista un acuerdo con el contratista de mantener al menos las mismas condiciones del negocio anterior o bien sean superadas.

Ante lo cual, se cuenta con factibilidad jurídica de incorporar los Centros de Educación dentro del Programa “Espacios Públicos Conectados” a partir de una ampliación del contrato actual con cada uno de los contratistas, manteniendo al menos las mismas condiciones del negocio anterior o superándolas.

Por lo cual, del presente informe y el análisis integral de ambas propuestas aportadas por las Unidades de Gestión, así como el proceso de validación de la factibilidad legal, técnica, financiera y operativa, resulta necesario señalar a la Rectoría que la alternativa de inversión que implica un uso más eficiente de los recursos económicos del fondo de Fonatel comprende el aprovechamiento de los desarrollos efectuados por medio del Programa 1, así como por medio del Programa 4, invirtiendo así recursos en los proyectos activos de ambos programas.

Así las cosas, no se considera la necesidad de realizar un nuevo proceso concursal para atender la necesidad planteada por el MEP, siendo factible legalmente promover los procesos de ampliación contractual de ambos programas.

Resulta importante señalar, que si bien se contempla como un posible escenario por valorar la posibilidad de que la subvención solicitada sea mayor a la previamente adjudicada, y aunque el Fideicomiso señala que esta situación no sería viable dado que no se habilita en el Manual de Compras, si se plantean alternativas de interés que pueden aplicarse para poder atender la necesidad planteada por el MEP a partir del Programa 1 (ver tabla 4 del presente informe).

San Jose, 15 de diciembre de 2020

11400-SUTEL-ACS-2020

Es por lo anterior, que se recomienda a la Rectoría, valorar la incorporación de metas nuevas aplicables a los Programas 1 y 4, y que estas metas se orienten a la atención del proyecto denominado Red Educativa del Bicentenario, y valorar así la eliminación del Programa 5: Banda Ancha Solidaria del Plan Nacional de Desarrollo de Telecomunicaciones vigente.

Si bien el Micitt determinó que la modificación al PNDT 2015-2021 se haría mediante la definición de un nuevo nombre, alcance, objetivo y resultado y el ajuste de la meta 14 (eje Fonatel), se mantuvo la forma de abordar este ajuste por parte de Sutel en cuanto a las capas 1, 2 y 3ª de la Red Educativa del Bicentenario. Así quedó consignado en el Acuerdo 001-081-2020 adoptado en la sesión del 20 de noviembre de 2020, según el cual:

Durante la vigencia de este Plan, y en apago a lo establecido por el MICITT en relación con el horizonte temporal del PNDT vigente al año 2021, la Sutel estaría atendiendo las capas 1, 2 y 3a de la siguiente forma:

516 centros educativos, que contarían con las capas 1, 2 y 3a implementadas, 218 de ellos se estarían implementando por medio de los proyectos del Programa 4: Espacios Públicos Conectados y 298 por medio de los proyectos del Programa 1: Comunidades Conectadas. La participación a partir de lo implementado por medio de los proyectos de los programas 1 y 4 se realizaría sobre las capas 1, 2 y 3a del modelo de capas desarrollado por SPC Internacional (considerando 4).

Desde la perspectiva de contratación administrativa la posibilidad de modificar los contratos bajo las reglas de esta materia, respetando los límites en el monto y la similitud en el objeto contractual, mantiene su vigencia y resulta una herramienta que posibilita las capas 1, 2 y 3a. del Programa 5 Red Educativa del Bicentenario, a partir de los contratos vigentes para los proyectos de los Programa 1 y 4.

En cuanto al tema de las modificaciones contractuales se debe indicar, que las mismas se encuentran asociadas al *Principio Constitucional de Mutabilidad de los Contratos Administrativos*, el cual ha sido desarrollado por oficios de la Contraloría General de la República como el No. 10359 del 10 de setiembre de 1999, que dispone:

“La unión de esas dos consideraciones, permite entender la facultad que tiene el Estado de modificar -unilateralmente- un contrato que ha celebrado, lo cual genera un cambio radical en el concepto de “acuerdo de voluntades” que rige la Teoría del Contrato Privado. Para entender lo anterior, es importante tener presente que esta potestad de modificación encuentra su fundamento constitucional en el denominado principio de la mutabilidad del contrato, del que la Sala Constitucional, haciendo un recuento de los principios generales en esta materia en el Voto #998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, señaló:

“... 8.- de la mutabilidad del contrato, puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar ...”

San Jose, 15 de diciembre de 2020

11400-SUTEL-ACS-2020

El principio antes mencionado lo que hace es reconocer que el contrato administrativo -por su propia naturaleza- es mutable, ya que el interés público que la Administración desea satisfacer por su medio es cambiante –no estático-. Esto puede suceder, entre otras cosas, por el largo período de tiempo en el que normalmente se desarrollan las relaciones contractuales de la Administración Pública, o por los cambios en el entorno, que provocan que lo contratado sufra un desajuste con el fin público que se pretende satisfacer. En razón de lo expuesto y desde el punto de vista jurídico, es necesario que se permita al Estado modificar, con los límites que más adelante se examinarán, sus relaciones contractuales en curso de ejecución.” (El Subrayado no es del original)

Por su parte, mediante el oficio 010130 del 23 de agosto de 2005, el Órgano Contralor dispuso sobre este mismo tema, lo siguiente:

“Esta serie de cambios en medio de la ejecución se hacen posibles en virtud del principio de MUTABILIDAD de los contratos administrativos, máxima que permite a la Administración introducir modificaciones a las prestaciones de su contratista de manera unilateral.”^[1]

La Mutabilidad que deriva de la naturaleza administrativa de los contratos, y que tiene como fin último la adaptación de los términos originalmente pactados a las conveniencias generales de la comunidad^[2], introduce de alguna manera la denominada flexibilidad del contrato administrativo, que a la postre, constituye la gran diferencia que se marca con los contratos de derecho privado.

En este sentido, la Sala Constitucional mediante Voto 988-98 indicó que:

“(...) uno de los principios constitucionales derivados del artículo 182 de nuestra Carta Fundamental es el de mutabilidad del contrato, según el cual la Administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesaria para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar (...)” El resaltado no es del original.

Esta adaptación que se encuentra amparada legalmente en las denominadas potestades de imperio de la Administración Pública, varía según la naturaleza del contrato que se trate. En este caso, los ajustes que se vayan a implementar dependerán directamente del objeto y el plazo que se haya negociado. Verbigracia, el contrato de ejecución sucesiva podría ser

^[1] FARRANDO. *Op. Cit.*, p. 423

^[2] MARIENHOFF (Miguel S.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1974, p. 393

San Jose, 15 de diciembre de 2020

11400-SUTEL-ACS-2020

susceptible de algunos cambios no estrictamente necesarios ni procedentes en un contrato de cumplimiento instantáneo.

Ahora bien, sin perjuicio de constituir una potestad de imperio, la modificación de los contratos administrativos tiene sus límites. En este sentido, el autor FARRANDO menciona los de tipo legal (establecidos en la misma norma de aplicación), y los generales o desplegados como parte de la actividad discrecional de la Administración Pública (razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, etc).^[3]

Los cambios que se vayan implementado en medio de la ejecución contractual deben obedecer única y exclusivamente a la satisfacción del interés público, deben resultar conformes con el ordenamiento jurídico positivo, y la decisión que los origina debe encontrarse suficiente y adecuadamente fundamentada.^[4].

Aunado a lo anterior, la modificación contractual introducida por la Administración no podría alterar lo esencial del contrato, es decir, resultaría absolutamente impropcedente una alteración de la “propia sustancia del objeto del contrato.”^[5] Así por ejemplo, a la luz de una modificación en plena etapa de ejecución contractual, no cabría la posibilidad de transformar un contrato de servicios de seguridad en un contrato de suministros, o un contrato de obra en uno de arrendamiento.” (Los resaltados no son del original)

De conformidad con el principio citado se debe reiterar, que “*el contrato administrativo -por su propia naturaleza- es mutable, ya que el interés público que la Administración desea satisfacer por su medio es cambiante –no estático-. Esto puede suceder, entre otras cosas, por el largo período de tiempo en el que normalmente se desarrollan las relaciones contractuales de la Administración Pública, o por los cambios en el entorno, que provocan que lo contratado sufra un desajuste con el fin público que se pretende satisfacer. En razón de lo expuesto y desde el punto de vista jurídico, es necesario que se permita al Estado modificar, con los límites que más adelante se examinarán, sus relaciones contractuales en curso de ejecución.*”

En ese sentido, se considera que con la aplicación de este principio en el caso concreto, según lo indicado en la presente nota, no se pretende realizar una modificación del objeto de forma íntegra, ni eliminar el objeto contratado, ni originar el nacimiento de otro completamente diferente, sino que solo se pretende ampliar los contratos respectivos; ampliación que se considera necesaria para obtener un producto final que permita la satisfacción de la necesidad pública que se pretende con la ejecución de estas contrataciones, de cara a la ejecución de los programas financiados por medio del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, siendo esta la forma más

^[3] FARRANDO. *Op. Cit.* p. 426

^[4] En cuanto a los elementos de validez de los actos administrativos, debe considerarse los artículos 128 siguientes y concordantes de la Ley General de la Administración Pública.

^[5] MARIENHOFF. *Op Cit.*, p. 401.

San Jose, 15 de diciembre de 2020

11400-SUTEL-ACS-2020

eficiente y expedita para poder atender lo indicado en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

También es importante indicar, que en atención al artículo 10 inciso d) del Manual de Compras del Fideicomiso, aprobado por el Consejo de la SUTEL mediante el acuerdo 008-005-2020 del 17 enero del 2020: *“Queda facultado el Fiduciario, para realizar ampliaciones en sus contrataciones, previo requerimiento de la SUTEL, para lo cual se deberá tomar en cuenta lo establecido en el artículo 20 del presente Manual.”*

En atención a lo indicado, la eventual ampliación de los contratos de las unidades de gestión 1 y 3 sería factible en el tanto dicha ampliación obedece, según lo indicado por la Dirección General de Fonatel en su oficio 06025-SUTEL-DGF-2020 del 15 de julio de 2020 y en los acuerdos del Consejo de la SUTEL 001-042-2020 del 2 de junio de 2020 y 001-081-2020 del 20 de noviembre de 2020 a la atención de la eventual ampliación de los contratos derivados de los Programas 1 y 4, los cuales actualmente están siendo administrados por dichas Unidades de Gestión y mediante los cuales se estaría atendiendo el objeto del Programa denominado Red Educativa del Bicentenario, el cual se encuentra debidamente incluido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

Por lo tanto, los criterios jurídicos emitidos por las Unidades de Gestión 1 y 3 por medio de los oficios UG-3958-20 del 06 de julio de 2020, UGSPC-20200463 del 29 de abril de 2020 y UGSPC-20200510 del 23 de junio de 2020 que fueron utilizados como base para la aprobación de los acuerdos del Consejo de la SUTEL citados en el párrafo anterior, se mantienen vigentes a la fecha de emisión del presente oficio, considerando que las condiciones que les dieron origen (sea la eventual ampliación contractual de los contratos de los Programas 1 y 4 para la atención del Programa de la Red Educativa del Bicentenario) se mantienen.

Atentamente,
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Francisco Rojas Giralt
Asesor legal de la DGF

Mercedes Valle Pacheco
Asesora del Consejo

mvp
Gestión: GCO-FON-RBS-00941-2017

TEL.: +506 4000-0000
FAX: +506 2215-6821

Apartado 151-1200
San José - Costa Rica

800-88-SUTEL
800-88-78835

gestiondocumental@sutel.go.cr

San Jose, 15 de diciembre de 2020

11400-SUTEL-ACS-2020