

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA Nº 079-2019

A LAS NUEVE HORAS CON TREINTA MINUTOS DEL 4 DE DICIEMBRE DEL 2019

SAN JOSÉ, COSTA RICA



SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Acta número setenta y nueve, correspondiente a la sesión ordinaria celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en la sala de sesiones "José Gonzalo Acuña González", a las nueve horas con treinta minutos del cuatro de diciembre del 2019. Presidida por Hannia Vega Barrantes, con la asistencia del señor Federico Chacón Loaiza, Miembro Propietario. Los señores Gilbert Camacho Mora, Miembro Propietario, y Walther Herrera Cantillo, Miembro Suplente, se encuentran participando en la actividad denominada "Comité de Competencia, Reunión del Working Partly No 2, Working Party No. 3, Competition Committee y Global Forum on Competition", que se celebra en París, Francia del 02 al 06 de diciembre del presente año, según acuerdos 017-068-2019 y 018-068-2019, respectivamente, de la sesión ordinaria celebrada el 31 de octubre del 2019.

Asisten los funcionarios Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo, Mercedes Valle Pacheco Ivannia Morales Chaves y Jorge Brealey Zamora, Asesores del Consejo.

La funcionaria Rose Mary Serrano Gómez no se encuentra presente, dado que asiste a la actividad "Comité de Competencia, Reunión del Working Partly No 2, Working Party No. 3, Competition Committee y Global Forum on Competition", que se celebra en París, Francia, del 02 al 06 de diciembre del presente año, de conformidad con lo establecido en el acuerdo 015-080-2019, de la sesión ordinaria 080-2019, celebrada el 12 de diciembre del 2019.

ARTÍCULO 1

APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA

De inmediato, la Presidencia da lectura a la propuesta del orden del día. Al amparo de lo que se establece en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley General de Administración Pública, son necesarios los siguientes ajustes:

Adicionar:

1. Conocimiento del oficio 128/19 ECRUK del 27 de noviembre del 2019 del Embajador de Costa Rica en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
2. Solicitud de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) para participar en el Taller "Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia, Ley 9736.
3. Solicitud de ASPROCA para trasladar actividad "Retos y expectativas en la implementación de la nueva Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia".
4. Informe de la señora Hannia Vega sobre participación en gira Zona Brunca.

AGENDA

1 - APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA.

2 - APROBACIÓN DE ACTAS.

- 2.1 Sesión ordinaria 070-2019.
- 2.2 Sesión ordinaria 071-2019.

3 - PROPUESTAS DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO.

- 3.1 Informe sobre los recursos de apelación interpuestos por JONATHAN ANTONIO CHÁVES

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

- SOLANO y CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. en contra de la RDGC-00111-SUTEL-2019.
- 3.2 Informe sobre el recurso de reposición interpuesto por CALLMYWAY contra la RCS-062-2019.
 - 3.3 Informe sobre el recurso de reposición interpuesto por CALLMYWAY contra la RCS-063-2019.
 - 3.4 Informe sobre la ampliación de recursos interpuestos por CALLMYWAY contra la RCS-061-2019, RCS-062-2019 y RCS-063-2019.
 - 3.5 CORRESPONDENCIA PARA LOS MIEMBROS DEL CONSEJO.
 - 3.5.1 Conocimiento del oficio 128/19 ECRUK del 27 de noviembre del 2019 del Embajador de Costa Rica en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
 - 3.5.2 Solicitud de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) para participar en el Taller "Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia, Ley 9736.
 - 3.5.3 Solicitud de ASPROCA para trasladar actividad "Retos y expectativas en la implementación de la nueva Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia".
 - 3.5.4 Informe de la señora Hannia Vega sobre participación en gira Zona Brunca.

4 - PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CALIDAD.

- 4.1 Propuesta de dictámenes técnico sobre renunciaciones a Títulos Habilitantes en frecuencias de banda angosta.
- 4.2 Propuesta de dictamen técnico sobre desestimiento de solicitud de frecuencias en banda angosta.
- 4.3 Propuesta de dictámenes técnicos para el otorgamiento de permiso de uso de frecuencias en banda angosta.

5 - PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MERCADOS.

- 5.1 Solicitud de numeración 0800 a favor del ICE.
- 5.2 Solicitud de inscripción de numeración UIFN 00800 a favor del ICE.
- 5.3 Solicitud de retorno de numeración 800 y 0800 presentada por el ICE
- 5.4 Solicitud de numeración 800 presentada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A.

Conocido en detalle el tema, los Miembros del Consejo, por unanimidad, resuelven:

ACUERDO 001-079-2019

Aprobar el orden del día antes expuesto para la presente sesión ordinaria.

ARTÍCULO 2

APROBACIÓN DE ACTAS

- 2.1 Sesión ordinaria 070-2019.
- 2.2 Sesión ordinaria 071-2019.

Procede la Presidencia a indicar que debido a que no les ha sido posible la revisión requerida de las actas 070-2019 y 071-2019, no será posible la respectiva ratificación, por lo tanto, se sugiere trasladar el conocimiento de estas para una próxima sesión ordinaria.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Expuestos los argumentos del caso, los Miembros del Consejo acuerdan por unanimidad:

ACUERDO 002-079-2019

Trasladar el conocimiento y ratificación de las actas 070-2019 y 071-2019 para una próxima sesión ordinaria.

ARTÍCULO 3

PROPUESTAS DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO

3.1 Informe sobre los recursos de apelación interpuestos por JONATHAN ANTONIO CHÁVES SOLANO y CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. en contra de la RDGC-00111-SUTEL-2019.

Ingresar la funcionaria Mariana Brenes Akerman, para el conocimiento de los temas de la Unidad a su cargo.

Procede la Presidencia a informar que se recibió el oficio 10373-SUTEL-UJ-2019, del 19 de noviembre del 2019, mediante el cual la Unidad Jurídica presenta al Consejo los resultados del análisis a los recursos de apelación interpuestos por Jonathan Antonio Chávez Solano y Claro CR Telecomunicaciones, S. A., en contra de la resolución RDGC-00111-SUTEL-2019.

De seguido, la funcionaria Brenes Akerman contextualiza el tema. Señala que el usuario Jonathan Antonio Chávez Solano había presentado una queja contra Claro CR Telecomunicaciones por problemas con la información de una promoción por portabilidad numérica; el problema consistía en que la información no salió conforme al reglamento. La queja fue declarada parcialmente con lugar por la Dirección General de Calidad, porque si hubo un error en la promoción "no esperes más y pásate a Claro prepago", ya que la vigencia de la promoción no estaba clara y no salió publicada en ninguno de los medios de promoción, en otros canales sí salió, pero en el que se basó este usuario no, entonces se declaró parcialmente con lugar y se le ordenó a Claro CR Telecomunicaciones rectificar -conforme al reglamento- todo lo referente a la promoción; sin embargo el usuario interpone un recurso de revocatoria con apelación, que fue resuelto y declarado sin lugar, pero apela porque lo que pretende es: que se le reconozcan daños y perjuicios por más de dos millones y medio de colones porque dice que ese error en la promoción le causó un daño, y dos: que se le permita que los beneficios de la promoción se le extiendan por tiempo indefinido. Como no se le dijo claramente cuánto era, el pretende que la promoción fuera de por vida para él, y que fuera extensiva a todas las personas que acogieron la promoción.

En la revisión del expediente se concluyó que no lleva razón el usuario, primero porque toda promoción debe tener un plazo de vigencia. En cuanto a los dos millones y medio de colones que está pretendiendo por daños y perjuicios, indica que ese fue el perjuicio que se le causó, no da ningún tipo de causalidad, no hay ningún tipo de prueba que pueda demostrar que la promoción que adquirió eventualmente le causó daños y perjuicios por ese monto. Por lo tanto, la recomendación es declarar sin lugar el recurso de apelación y dar por agotada la vía.

La Presidencia consulta a los señores Asesores si tienen alguna observación, pregunta o advertencia referente a lo antes anotado, señalando no tener observaciones.

La Presidencia consulta a los señores Miembros de Consejo si desean referirse al tema, a lo que señalan que no tienen observaciones.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

La funcionaria Brenes Akerman hace ver al Consejo la conveniencia de atender este tema a la brevedad, por lo que recomienda adoptar el acuerdo correspondiente con carácter de firme, de conformidad con lo que establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública.

La Presidencia somete a votación la propuesta de resolución que se tiene a la vista, y con base en el contenido del oficio 10373-SUTEL-UJ-2019 y la explicación brindada por la funcionaria Brenes Akerman, los Miembros del Consejo resuelven por unanimidad:

ACUERDO 003-079-2019

1. Dar por recibido el oficio 10373-SUTEL-UJ-2019 del 19 de noviembre de 2019, mediante el cual la Unidad Jurídica presenta los resultados del análisis a los recursos de apelación interpuestos por JONATHAN ANTONIO CHÁVES SOLANO y CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. en contra de la RDGC-00111-SUTEL-2019.
2. Emitir la siguiente resolución:

RCS-321-2019**SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOR POR CLARO CR TELECOMUNICACIONES, S. A. Y JONATHAN ANTONIO CHAVES SOLANO CONTRA LA RDGC-00111-SUTEL-2019 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CALIDAD****EXPEDIENTE C0262-STT-MOT- AU-00996-2018****RESULTANDO**

1. Que el pasado 13 de junio del 2018, el señor Jonathan Antonio Chaves Solano, cédula de identidad número 1-1218-0496, presentó ante esta Superintendencia una reclamación contra CLARO CR TELECOMUNICACIONES, S.A. (Claro) por supuestos problemas con la información de una promoción por portabilidad numérica, en la cual argumentó específicamente que:
*"El día jueves 07/06/18, realice (sic) portabilidad numérica a la operadora de telefonía Claro, dicho día me dijeron que si realizaba la portabilidad, me daban de beneficio, triple recarga, internet 250 MB los primeros 5 días del mes, 3 números favoritos y WhatsApp ilimitado (Prepago), resulta que el sábado 09/ 06/ 19 me doy cuenta que el internet de WhatsApp me está bajando el saldo y llamo al cal/ center (*10), me indican que las llamadas y videollamadas por Whatsapp me las cobran, que no son ilimitadas y el día lunes 11/06/18, me dice en el mismo callcenter (*10) que, el beneficio de WhatsApp es ilimitado solamente los primeros 3 días (Posterior a cada recarga a 01000) y no por todo el mes. En ningún lado de la publicidad que ofrecen se indica eso, ningún funcionario de la agencia tampoco lo indicó a la hora de realizar la portabilidad".*
2. Que la pretensión del señor Chaves Solano era: *"Que el WhatsApp sea realmente ilimitado como dice la publicidad, por todo el mes que incluya llamadas y video llamadas también. Aporto prueba de publicidad y ampliación del problema..."*.
3. Que mediante el correo electrónico del 22 de junio del 2018, el señor Chaves Solano aportó prueba ante esta Superintendencia sobre la reclamación interpuesta.
4. Que mediante el oficio número 05186-SUTEL-DGC-2018 del 28 de junio del 2018, esta Superintendencia remitió el escrito de reclamación del señor Chaves Solano al operador a fin de que valorara aplicar alguna medida de resolución alternativa.
5. Que por medio del correo electrónico del 21 de agosto del 2018, el operador brindó respuesta al oficio

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

número 05186-SUTEL-DGC-2018, indicando que los servicios telefónicos números 6068-7809 y 6068-7811, objeto del reclamo, estaban a nombre de otro usuario.

6. Que mediante el oficio número 06907-SUTEL-DGC-2018 del 22 de agosto del 2018, la Dirección General de Calidad le previno al señor Chaves Solano aportar autorización y copia de la cédula del titular de los servicios 6068-7809 y 6068-7811.
7. Que por medio del oficio número JCH-2018-015 del 11 de junio del 2018, presentado ante esta Superintendencia en fecha 23 de agosto del 2018, el señor Chaves Solano aportó información a la reclamación interpuesta.
8. Que, según el oficio número JCH-2018-016 del 24 de agosto del 2018, presentado mediante el correo electrónico del 3 de setiembre del 2018, el señor Chaves Solano atendió la prevención realizada mediante el oficio número 06907-SUTEL-DGC- 2018.
9. Que mediante el oficio número 09480-SUTEL- DGC-2018 del 13 de noviembre del 2018, notificado a las partes el 15 del mismo mes y año, la Dirección General de Calidad procedió con la apertura del procedimiento administrativo sumario contra Claro, nombró el órgano director encargado de tramitar el mismo y solicitó prueba de descargo al operador.
10. Que mediante el oficio número RI-0337-2018 del 19 de noviembre del 2018, remitido vía electrónica a esta Superintendencia en la misma fecha, Claro brindó respuesta al oficio número 09480-SUTEL-GC-2018.
11. Que según oficio número 10301-SUTEL-DGC-2018 del 11 de diciembre del 2018, debidamente notificado en la misma fecha, el órgano director realizó traslado del expediente administrativo a las partes para que realizaran sus conclusiones, sobre los elementos de hecho y derecho, así como sobre la prueba aportada.
12. Que mediante el oficio número JCH-2018-020 del 14 de diciembre del 2018, presentado ante esta Superintendencia en la misma fecha, el señor Chaves Solano aportó en tiempo el alegato de conclusiones y realizó una ampliación de pretensiones, en los siguientes términos:

“Se ordene a la operadora de telefonía CLARO reconocer el WhatsApp de forma realmente ilimitada y en todo el sentido de la palabra, por cuanto en la promoción nunca se indicó mensajería WhatsApp ilimitada, sino que decía WhatsApp ilimitado y en este caso se debe conceder un servicio ilimitado del WhatsApp en su totalidad, incluyendo llamadas, descarga de multimedia y demás funciones de la aplicación. Que se reconozca este beneficio tanto a mi persona como a todas las demás personas que realizaron la portabilidad numérica en el periodo de tiempo que mantuvo CLARO CR vigente la publicidad engañosa, de esta forma mi persona tenga la posibilidad de trasladar las líneas nuevamente a modalidad pie pago sic) y bajo mi nombre. Se sancione a la operadora por publicidad engañosa, deforma económica y de acuerdo a las sanciones legales establecidas para casos de publicidad engañosa. Se realice la devolución de los montos pagados por facturas post pago de los números telefónicos 6068- 7809 y 6068- 7811, considerandos como daños ocasionados a mi persona por el traslado de las líneas de modalidad pre pago (sic) a modalidad post pago, cambio de modalidad que obedeció a un pésimo servicio brindado en modalidad pre pago, que no reflejaba lo ofrecido y lo publicitado por CLARO, y lo cual me hizo incurrir en gastos adicionales a los ya presupuestados. Se realice la cancelación de ¢ 2.500.000.00 por concepto de daños y perjuicios ocasionados a mi persona por el servicio incompetente y engañoso brindado, pago de daños que no contemplan la devolución de montos generados por el pago de facturas post pago a los números 6068-7809 y 6068- 7811.”
13. Que por medio del oficio número RI-0370-2018 del 17 de diciembre del 2018, presentado a esta Superintendencia en la misma fecha, el operador Claro presentó en tiempo el alegato de conclusiones.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

14. Que mediante el oficio número JCH-2019-002 del 16 de enero del 2019, presentado en la misma fecha ante esta Superintendencia, el señor Chaves Solano se refirió a las conclusiones presentadas por el operador Claro.
15. Que mediante el oficio número RI-0048-2019 del 20 de febrero del 2019, presentado en la misma fecha, el operador aportó prueba para mejor resolver refiriéndose de forma parcial sobre la ampliación de pretensiones del reclamante.
16. Que mediante el oficio número 01602-SUTEL-DGC-2019 del 22 de febrero del 2019, el órgano director brindó audiencia al señor Chaves Solano sobre el aporte de prueba para mejor resolver realizada por el operador.
17. Que por medio del oficio número JCH-2019-007 del 26 de febrero del 2019, presentado en la misma fecha, el señor Chaves Solano brindó respuesta al oficio número 01602-SUTEL-DGC-2019, refiriéndose a la prueba para mejor resolver aportada por el operador.
18. Que según el oficio número JCH-2019-009 del 21 de marzo del 2019, presentado en la misma fecha, el señor Chaves Solano solicitó dar una gestión inmediata a su reclamación, entre otros alegatos sobre el trámite del procedimiento.
19. Que el órgano director del procedimiento emitió el informe final de recomendación mediante oficio número 04033-SUTEL-DGC-2019 del 13 de mayo de 2019.
20. Que mediante la resolución número RDGC-00111-SUTEL-2019 de las 8:25 horas 17 de mayo del 2019, debidamente notificada a las partes el 20 de mayo del 2019, la Dirección General de Calidad emitió el acto final del procedimiento administrativo, en la cual se dispuso específicamente:
 1. *DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR la reclamación interpuesta por el señor Jonathan Antonio Chaves Solano contra Claro CR Telecomunicaciones S.A, por cuando el operador no incorporó en la totalidad de la publicidad la referencia al Reglamento donde el usuario final podía conocer las condiciones y restricciones de la promoción, además de que omitió señalar en el reglamento de la promoción la prórroga de la vigencia, en detrimento de lo dispuesto en el artículo 3 inciso e) y 45 incisos 1) y 20) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N°8642, así como de los artículos 112, 113 y 117 del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472.*
 2. *ORDENAR a Claro CR Telecomunicaciones S. A. que, en el plazo máximo de 5 días hábiles a partir de la notificación de la presente resolución, deberá reconocerte al señor Jonathan Antonio Chaves Solano sobre los servicios asociados a los números 6068- 7809 y 6068- 7811, lo siguiente:*
 2. 1. *En caso de que la promoción " No esperas más y pásate a Claro Prepago" no se encuentre vigente a la fecha:*
 - a) *BRINDAR la posibilidad al usuario final de pasarse de modalidad postpago a prepago, y aplicar las condiciones de la promoción " No esperas más y pásate a Claro Prepago" con WhatsApp, sin descuento a su saldo en todas las modalidades de comunicación de dicha aplicación, mientras se mantenga vigente la promoción.*
 - b) *RECTIFICAR el Reglamento, la publicidad y plazo de la promoción No esperas más y pásate a Claro Prepago" en la cual se le informe al usuario final el enlace del sitio WEB donde encontrarla.*
 2. 2. *En caso de que la promoción " No esperas más y pásate a Claro Prepago" ya no se encuentre vigente:*
 - a) *BRINDAR la posibilidad al usuario final de pasarse de modalidad postpago a prepago, y aplicar las condiciones de la promoción " No esperas más y pásate a Claro Prepago" con WhatsApp sin descuento a su saldo en todas las modalidades de comunicación de dicha aplicación, por la*

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

cantidad de meses que estuvo vigente la promoción original.

3. *RECHAZAR la pretensión del señor Jonathan Antonio Chaves Solano en cuanto a reconocer el beneficio de WhatsApp de forma ilimitada para una generalidad de personas, ya que se desconoce la cantidad real de usuarios afectados dado que no todos los canales mediante los cuales se realizó la publicidad fueron omisos en cuanto a su referencia a los términos y condiciones, asimismo el Reglamento de la promoción se encuentra debidamente publicado en el sitio WEB de Claro, lo cual permite a los usuarios finales su conocimiento, sumado al hecho de que el operador deberá rectificar la publicidad y la fecha de vigencia, como se ordenó en el punto anterior.*
4. *RECHAZAR por falta de prueba idónea que lo acredite y por no determinarse el nexo de causalidad con la conducta desplegada por el operador, la solicitud del señor Jonathan Antonio Chaves Solano de una indemnización por concepto de daños y perjuicios por la suma de \$2.500.000, 00 (dos millones y quinientos mil colones).*
5. *RECHAZAR la pretensión del señor Jonathan Antonio Chaves Solano sobre la devolución de los montos pagados por facturas postpago de los números telefónicos 6068- 7809 y 6068- 7811 por cuanto el cambio en la modalidad pago del servicio se efectuó de forma libre y voluntaria por parte del reclamante.*
6. *ORDENAR a Claro que dentro del plazo de 10 días hábiles a partir de la notificación de la resolución final presente un informe detallado en que se acredite el cumplimiento de las anteriores disposiciones.*
7. *REMITIR a la Dirección General de Mercados copia del presente expediente para que analice y valore la solicitud del señor Chaves Solano sobre que: " Se sancione a la operadora por publicidad engañosa, deforma económica y de acuerdo a las sanciones legales establecidas para casos de publicidad engañosa", según lo dispuesto en el artículo 44 inciso u) del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado.*
8. *SEÑALAR que las resoluciones que dicte la SUTEL son vinculantes para las partes involucradas, por lo que deben ser acatadas de forma inmediata, caso contrario, la SUTEL puede aplicar la sanción correspondiente por incumplimiento de sus instrucciones, o acudir al Ministerio Público para interponer la denuncia por desobediencia, tal y como lo dispone el artículo 48 de la Ley General de Telecomunicaciones y 11 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al usuario final de los servicios.*
9. *SEÑALAR a Claro que en lo sucesivo, se debe de apegar a la línea de resolución de los procedimientos de reclamaciones tramitados ante la Dirección General de Calidad y el Consejo de la SUTEL, para la atención y resolución de casos con características similares que se presenten inicialmente ante el operador y así garantizar el cumplimiento de los derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones de conformidad con la normativa vigente y así lograr que se brinde una pronta y efectiva respuesta a los usuarios.*
10. *PROCEDER con el cierre y archivo del expediente CO262-STT-MOT-AU-00996-2018 en el momento procesal oportuno".*
21. Que mediante oficio número JCHS-2019-020 del 23 de mayo del 2019, presentado ante esta Superintendencia vía correo electrónico de fecha 24 del mismo mes y año, el señor Chaves Solano presentó recurso de revocatoria y apelación en subsidio contra la resolución número RDGC-00111-SUTEL-2019.
22. Que por medio de correo electrónico del 25 de mayo del 2019, el señor David Gazel Salazar, presentó en nombre y representación de Claro, recurso de revocatoria y apelación en subsidio contra la resolución número RDGC-00111-SUTEL-2019.
23. Que según oficio RI-0184-2019 del 21 de junio del 2019, Claro aportó el informe de cumplimiento de lo ordenado en la citada resolución, aclaró que la promoción finalizó en el mes de agosto del 2018, y que procedieron a llamar al usuario para brindarle la posibilidad de WhatsApp sin descuento en el saldo en todas las comunicaciones, para lo cual debía migrar el servicio a prepago, lo cual fue

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

rechazado por el señor Chaves Solano.

24. Que mediante oficio 05840-SUTEL-DGC-2019 del 28 de junio de 2019, el órgano consultor rindió el informe sobre el recurso ordinario de revocatoria interpuesto por Claro.
25. Que mediante resolución número RDGC-00147-SUTEL-2019 de las 13:17 horas del 1 de julio de 2019, la Dirección General de Calidad, resolvió el recurso de revocatoria interpuesto por CLARO bajo los siguientes términos:
 1. *RECHAZAR por extemporáneo el recurso de revocatoria interpuesto por Claro CR Telecomunicaciones S.A., contra la resolución número RDGC- 001 11 - SUTEL- 2019 de las 8: 25 horas del 17 de mayo del 2019, emitida por la Dirección General de Calidad de la Superintendencia de Telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 292 de la Ley General de la Administración Pública.*
 2. *DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso de recurso de revocatoria, interpuesto por el señor Jonathan Antonio Chaves Solano, contra la resolución número RDGC- 00111- SUTEL- 2019 de las 8: 25 horas del 17 de mayo del 2019, únicamente en cuanto al Por Tanto 3, para que se lea de la siguiente forma:*
 - 2.1.1. *RECHAZAR la pretensión del señor Jonathan Antonio Chaves Solano en cuanto a reconocer el beneficio de WhatsApp de forma ilimitada para una generalidad de personas, ya que se desconoce con exactitud la cantidad real de usuarios afectados dado que no todos los canales mediante los cuales se realizó la publicidad fueron omisos en cuanto a su referencia a los términos y condiciones, asimismo el Reglamento de la promoción se encuentra debidamente publicado en el sitio WEB de Claro, lo cual permite a los usuarios finales su conocimiento. No obstante, el operador deberá rectificar la publicidad y la fecha de vigencia de la promoción "No esperés más y pásate a Claro Prepago" por los mismos medios por los cuales realizó la publicidad original, según lo dispuesto en los artículos 13 inciso k) del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones y el 118 del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N7472. Lo cual deberá ser acreditado ante esta Superintendencia en el plazo máximo de 10 días hábiles posteriores a la notificación de la resolución respectiva.*
 3. *RECHAZAR el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Chaves Solano contra el Por tanto 2 punto 2. 1 de la resolución RDGC-00111-SUTEL- 2019 ya que las promociones poseen un carácter temporal, por lo que resulta improcedente que sus términos y condiciones se apliquen de forma indefinida, contra la naturaleza misma de ésta y lo contemplado en el artículo 37 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N°7472 y 112 de su Reglamento.*
 4. *RECHAZAR el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Chaves Solano contra los Por tantos 4 y 5 de la resolución RDGC- 00111- SUTEL- 2019 por cuanto los servicios 6068- 7809 y 6068- 7811 en modalidad postpago fueron contratados y efectivamente disfrutados de forma libre y voluntaria, de manera que no existe ninguna justificación para exonerarle del pago de estos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al usuario final de los servicios. Además, que lo resuelto en el acto recurrido se ajusta a derecho, dado que el señor Chaves Solano no aportó ningún elemento probatorio a fin de comprobar que en el presente asunto existieron daños y perjuicios por una suma total de a 2.500. 000,00 y que dicho daño pueda ser atribuible a la conducta desplegada por el operador del servicio.*
 5. *REMITIR al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones los recursos de apelación en subsidio interpuestos por el señor David Gazel Salazar en representación Claro CR Telecomunicaciones S. A. y por el señor Jonathan Antonio Chaves Solano, en contra del acto final resuelto por la Dirección General de Calidad, mediante la resolución RDGC-00111-SUTEL-201 9 de las 8:25 horas del 17 de mayo del 2019.*
 6. *SEÑALAR a las partes que, en el plazo máximo de tres días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución por parte de la Dirección General de Calidad, pueden hacer valer sus derechos y expresar sus agravios por escrito ante el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 349 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública.*

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

26. Que mediante oficio 06733-SUTEL-DGC-2019 del 29 de julio del 2019, la Dirección General de Calidad emitió el informe requerido respecto del recurso de apelación presentado por Claro y el señor Chaves Solano.
27. Que en atención al acuerdo 023-054-2013 del acta de la sesión ordinaria 054-2013 celebrada por el Consejo de la SUTEL el día 9 de octubre del 2013, los recursos de apelación deben ser remitidos a la Unidad Jurídica para la rendición del criterio jurídico requerido de conformidad con el artículo 356 de la Ley General de la Administración Pública.
28. Que mediante oficio 10373-SUTEL-UJ-2019 del 19 de noviembre de 2019, se presentó el informe jurídico requerido de conformidad con el artículo 356 de la Ley General de la Administración Pública, Ley 6227 (LGAP).
29. Que se han realizado las diligencias necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

- I. Para efectos de resolver el presente asunto, conviene extraer del criterio jurídico rendido mediante oficio número **10373-SUTEL-UJ-2019 del 19 de noviembre de 2019**, el cual es acogido en su totalidad por este órgano decisor y que indica lo siguiente:

“(…) B. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO**1. Naturaleza del recurso**

El recurso presentado por el reclamante y por Claro, en contra de la resolución RDGC-00111-SUTEL-2019 de las 8:25 horas del 17 de mayo del 2019 de la Dirección General de Calidad, es el ordinario de apelación, al que se le aplica los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), por ser el capítulo relativo a los recursos ordinarios.

2. Legitimación

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 275 y 276 de la Ley General de la Administración Pública, el reclamante y el operador Claro se encuentran legitimado para plantear la gestión al ser ambos parte y destinatarios del acto recurrido.

3. Temporalidad del recurso

*La resolución recurrida fue notificada al reclamante vía correo electrónico el día **lunes 20 de mayo del 2019** y el recurso fue interpuesto por Claro el día 25 de mayo del mismo año.*

El artículo 346 inciso 1. de la Ley General de la Administración Pública, establece un plazo de 3 días para presentar recursos en contra del acto final:

“Artículo 346.- Los recursos ordinarios deberán interponerse dentro del término de tres días tratándose del acto final y de veinticuatro horas en los demás casos, ambos plazos contados a partir de la última comunicación del acto”.

*Por tanto, del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso por parte de Claro, con respecto al plazo de tres días para recurrir otorgados en el artículo 346 de la LGAP transcrito, y lo estipulado en el numeral 38 Ley de Notificaciones Judiciales 8687, se debe indicar que el recurso se presentó **fuera del plazo legal establecido**.*

*Así las cosas, dado que el recurso de apelación fue presentado a esta Superintendencia el día 25 de mayo de 2019 (NI-6237-2019), **procede su rechazo por extemporáneo**.*

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Por otro lado, en el caso del recurso de apelación presentado por el señor Chaves Solano, se realiza el mismo análisis comparativo entre la fecha de notificación de la resolución (20 de mayo del 2019) y la interposición de su recurso de apelación (24 de mayo del 2019), con respecto al plazo de 3 días para recurrir otorgado en el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública, y se concluye que este recurso de apelación **se presentó en tiempo**, por lo cual procede entrar a conocer sobre los alegatos del usuario.

4. Argumentos del recurrente Chaves Solano:

En virtud de que mediante resolución de la Dirección General de Calidad se declaró parcialmente con lugar el recurso de revocatoria del señor Chaves Solano, esta Unidad Jurídica conocerá los argumentos que no han sido modificados y que igualmente son objeto del recurso de apelación en subsidio.

En este sentido, mediante la resolución RDGC-00147-SUTEL-2019 de las 8:25 horas del 17 de mayo del 2019 se resolvió:

"DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso de recurso de revocatoria, interpuesto por el señor Jonathan Antonio Chaves Solano, contra la resolución número RDGC-00111- SUTEL- 2019 de las 8: 25 horas del 17 de mayo del 2019, únicamente en cuanto al Por Tanto 3, para que se lea de la siguiente forma:

2.1.1. RECHAZAR la pretensión del señor Jonathan Antonio Chaves Solano en cuanto a reconocer el beneficio de WhatsApp de forma ilimitada para una generalidad de personas, ya que se desconoce con exactitud la cantidad real de usuarios afectados dado que no todos los canales mediante los cuales se realizó la publicidad fueron omisos en cuanto a su referencia a los términos y condiciones, asimismo el Reglamento de la promoción se encuentra debidamente publicado en el sitio WEB de Claro, lo cual permite a los usuarios finales su conocimiento. No obstante, el operador deberá rectificar la publicidad y la fecha de vigencia de la promoción "No esperés más y pásate a Claro Prepago" por los mismos medios por los cuales realizó la publicidad original, según lo dispuesto en los artículos 13 inciso k) del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones y el 118 del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No 7472. Lo cual deberá ser acreditado ante esta Superintendencia en el plazo máximo de 10 días hábiles posteriores a la notificación de la resolución respectiva."

De tal manera, el Por Tanto 3 de dicha resolución, en adelante, deberá leerse en los términos transcritos anteriormente.

Ahora bien, mediante el recurso de apelación en subsidio presentado en fecha 23 de mayo del 2019 a esta Superintendencia, el señor Chaves Solano argumenta que:

A. Sobre lo dispuesto en el Por Tanto 2, punto 2. 1. a) de la resolución número RDGC-00111-SUTEL-2019:

"Punto 2, 2.1,

a) BRINDAR la posibilidad al usuario final de pasarse de modalidad postpago a prepago, y aplicar las condiciones de la promoción "No esperes más y pásate a Claro Prepago" con WhatsApp, sin descuento a su saldo en todas las modalidades de comunicación de dicha aplicación, mientras se mantenga vigente la promoción.

Es importante indicar que las condiciones indicadas para la promoción, se mantendría no solamente durante el periodo que se estaba realizando la publicidad de la promoción, sino que la misma sería efectiva desde el momento del acuerdo contractual, hasta el momento en que se dé por finalizado el contrato. De tal forma que en caso de trasladar las líneas telefónicas 6068- 7809 y 6068- 7811 a modo prepago, el servicio de Whatsapp ilimitado debe mantenerse hasta el momento en que mi persona como usuario decida dar por terminado el contrato o en su defecto que el operador de por terminado el contrato por no realizar recargas a las líneas telefónicas durante más de seis meses".

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019**- Análisis del argumento:**

En cuanto este tema, se debe destacar lo señalado en la resolución RDGC-00111-SUTEL-2019 recurrida, en cuanto a la temporalidad de las promociones. Es decir, no se pueden perpetuar los beneficios de una promoción durante todo el plazo del contrato. La regulación de la figura de las promociones, la encontramos en artículo 117 del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472, en donde respecto a la temporalidad se señala: "a) Duración: Fecha de inicio y de finalización de la promoción".

En el presente asunto, quedó acreditado que en el reglamento de la promoción "No esperas más y pásate a Claro Prepago", se detalló el objeto de la promoción, las restricciones y la forma de obtener el beneficio. Pero, en cuanto a la vigencia de la promoción se estableció que: "podrá ser adquirido a partir del día 29 de Junio del año 2017 y finalizará el día 31 de Octubre del año 2017"; aunque el operador mantuvo la promoción de forma posterior al vencimiento de la vigencia.

Producto de esta situación, se dispuso en el acto final recurrido RDGC-00111-SUTEL-2019 que, de conformidad con el artículo 118 del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa el cual señala: "Cuando existan incumplimientos a las exigencias previstas en este reglamento, el proveedor estará obligado a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información correcta u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados", el operador debía proceder a rectificar esta situación, indicando en el reglamento el plazo real de la promoción "No esperas más y pásate a Claro Prepago". Es decir, el operador tenía la obligación informar a los usuarios finales en el sitio WEB la fecha exacta en que dicha promoción iniciaba y finalizaba.

De esta manera, la Unidad Jurídica considera que lo dispuesto en el acto recurrido se ajusta a los numerales citados, siendo que el reconocimiento de la promoción al recurrente aplica únicamente por la misma cantidad de meses en que estuviera vigente la promoción. De manera que el alegato del señor Chaves Solano resulta improcedente, dado que pretende que la promoción se aplique de forma indefinida.

B. Alegato sobre lo dispuesto en el Por Tanto 3 de la resolución recurrida:

"Punto 3

3. RECHAZAR la pretensión del señor Jonathan Antonio Chaves Solano en cuanto a reconocer el beneficio de WhatsApp de forma ilimitada para una generalidad de personas, ya que se desconoce la cantidad real de usuarios afectados dado que no todos los canales mediante los cuales se realizó la publicidad fueron omisos en cuanto a su referencia a los términos y condiciones, asimismo el Reglamento de la promoción se encuentra debidamente publicado en el sitio WEB de Claro, lo cual permite a los usuarios finales su conocimiento, sumado al hecho de que el operador deberá rectificar la publicidad y la fecha de vigencia, como se ordenó en el punto anterior".

La aseveración de que se desconoce la cantidad real de usuarios afectados dado que no todos los canales mediante los cuales se realizó la publicidad fueron omisos en cuanto a su referencia a los términos y condiciones, no es real, por cuanto CLARO CR tiene el registro de cuantas personas realizaron portabilidad mediante la promoción "No esperes más y pásate a Claro" y, el solo hecho de haber incumplido lo establecido en la Ley No 7472 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, donde se establece que si la promoción u oferta está sujeta a limitaciones o restricciones de cualquier índole así se debe indicar en la publicidad, incumplimiento que quedó demostrado cuando el operador no incorporó en la totalidad de la publicidad la referencia del lugar en el cual el usuario final podía conocer las condiciones de la promoción y sus restricciones, es decir, el Reglamento y la dirección electrónica en la cual se encontraba, de igual forma en cuanto al tema de las ofertas o promociones, la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No 8642, contempla como derechos del usuario final:

- 1) Solicitar y recibir información veraz, expedita y adecuada sobre la prestación de los servicios regulados en esta Ley y el régimen de protección del usuario final' y Ser informado claramente sobre los plazos de vigencia de las ofertas'; amparado en el principio rector de publicidad establecido en

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

el artículo 3 inciso e) de la citada Ley que en lo que interesa dispone: F ...) También, conlleva la obligación de los operadores y proveedores de realizar las publicaciones relacionadas con propaganda o información publicitaria de manera veraz y transparente, en tal forma que no resulten ambiguas o engañosas para el usuario.

Toda esta publicidad engañosa constituye una violación a los derechos que respalda a cada uno de los usuarios que realizaron la portabilidad numérica a la operadora de telefonía CLARO CR bajo la falsa expectativa generada por la publicidad engañosa de dicha operadora y, el hecho de reconocer solamente a mi persona el derecho a disfrutar del whatsapp ilimitado (real en la amplitud de la palabra) que indicó la promoción de CLARO CR, se convierte en una evidente discriminación por parte de la Resolución de la SUTEL, siendo la Constitución Política de nuestro país muy clara en que todos los ciudadanos somos iguales ante las leyes y deben reconocerse los mismos derechos.

La operadora de telefonía CLARO CR, deberá hacer pública por medio escrito, televisivo, radiodifusión, internet y cualquier otro medio que dicha operadora haya utilizado en el pasado para realizar publicidad de sus promociones, la adjudicación de WhatsApp ilimitado para todos los clientes que realizaron portabilidad en la fecha que estuvo vigente la operación (fecha que oficialmente se había indicado, como durante el tiempo que la operadora extendió la promoción sin el debido comunicado o autorización para seguir aplicando la promoción "No esperes más y pásate a Claro Prepago"), así como brindar una disculpa pública por el mal procedimiento o publicidad engañosa que generó".

- **Análisis del argumento**

En cuanto al alegato consistente en reconocer el beneficio de WhatsApp de forma ilimitada para una generalidad de personas, se debe indicar que en el presente asunto se comprobó que la publicidad realizada por el operador mediante el video aportado al procedimiento, el cual describe la promoción "No esperas más y pásate a Claro Prepago" se ajusta a las condiciones básicas exigidas por la normativa vigente. Lo anterior por cuanto dentro del segundo 0.28 del video, se indicó el lugar para realizar la consulta sobre los términos y condiciones de la oferta: "Ver condiciones y términos "No esperas más y pásate a Claro Prepago" en claro.cr".

Según lo anterior, no es posible cuantificar y determinar de forma exacta y veraz la cantidad de usuarios finales que se informaron sobre la promoción "No esperas más y pásate a Claro Prepago" a través de la publicidad correcta (que indicaba el sitio WEB para la consulta de términos y condiciones) o los que se informaron mediante la publicidad que omitía dicho detalle.

En este caso en concreto, era posible consultar en el sitio WEB de Claro y revisar el reglamento de la promoción y ahí conocer sobre las limitaciones que aplicaban para esta oferta, dado que las mismas se indicaban con claridad en el reglamento. Es decir, sí existió la publicidad con los detalles completos requeridos y de ahí que en el Por Tanto 3 del acto recurrido se dispuso que: "...no todos los canales mediante los cuales se realizó la publicidad fueron omisos en cuanto a su referencia a los términos y condiciones, asimismo el Reglamento de la promoción se encuentra debidamente publicado en el sitio WEB de Claro, lo cual permite a los usuarios finales su conocimiento, sumado al hecho de que el operador deberá rectificar la publicidad y la fecha de vigencia, como se ordenó en el punto anterior".

En este sentido, no lleva razón el recurrente al considerar como un criterio objetivo para determinar la el número de clientes afectados la cantidad de usuarios que realizaron la portabilidad a Claro ligados a esta promoción: "(...) por cuanto CLARO CR tiene el registro de cuantas personas realizaron portabilidad mediante la promoción "No esperes más y pásate a Claro". Dicho esto, concordamos con la posición de la Dirección General de Calidad y resulta procedente rechazar el argumento.

C. Alegato sobre lo dispuesto en el Por Tanto 4 y 5 de la resolución recurrida.

"Puntos 4 y 5

4. RECHAZAR por falta de prueba idónea que lo acredite y por no determinarse el nexo de causalidad con la conducta desplegada por el operador, la solicitud del señor Jonathan Antonio Chaves Solano

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

de una indemnización por concepto de daños y perjuicios por la suma de C2.500. 000, 00 (dos millones y quinientos mil colones).

5. RECHAZAR la pretensión del señor Jonathan Antonio Chaves Solano sobre la devolución de los montos pagados por facturas postpago de los números telefónicos 6068- 7809 y 6068- 781 1 por cuanto el cambio en la modalidad pago del servicio se efectuó de forma libre y voluntaria por parte del reclamante."

Es importante indicar que el traslado de los números telefónicos objeto de esta denuncia, de modo pre pago a modalidad post pago, no obedeció a una decisión voluntaria de mi persona en obtener líneas post pago, sino que la misma fue producto de una necesidad de comunicación ilimitada mediante la aplicación WhatsApp, como parte de mis necesidades laborales y personales, derecho del cual era poseedor de acuerdo a lo que indicaba la promoción de la operadora y la cual fue negada por la misma operadora mediante un reglamento que nunca fue puesto en mi conocimiento, derecho que esta resguardado en el artículo 14 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones, donde textualmente indica que, " el operador tiene el deber de informar a los usuarios previo al establecimiento de una relación contractual, y deberán suministrarles la información clara, veraz, suficiente y precisa relativa a las condiciones específicas de prestación del servicio», situación que en ningún momento sucedió.

Quedando evidenciado que mi persona ha incurrido en gastos de los cuales en ningún momento hubiera incurrido, de haber hecho CLARO CR efectiva la promoción de whatsapp ilimitado, por cuanto mi persona nunca tuvo contemplado la adquisición de líneas telefónicas post pago y que fue el servicio deficiente y engañoso de la operadora el que forzó la adquisición de los planes post pago. Evidentemente existe una afectación a (sic) y un daño principalmente a mi economía, debiendo pagar mensualmente 10. 800 colones por cada línea telefónica desde la fecha 6 de julio del 2018, siendo al día de hoy 11 meses de pago de cada línea telefónica, para un total de 259. 600 colones pagados por un servicio que nunca quise y que fui forzado a tomar por parte de la operadora, al ofrecerme un servicio y no brindarlo como se publicitó, debiendo permanecer con los números post pago de la operadora CLARO CR por temor a que si realizaba un traslado a otra operadora, CLARO CR podría argumentar que no existía un interés actual del servicio reclamado por cuanto los números telefónicos no estarían asociados a dicha operadora. A todo lo anterior se debe agregar el daño moral sufrido por mi persona, al tener que enfrentar un procedimiento engorroso y frustrante para que se me reconociera un derecho del cual era merecedor por negligencia, falta de pericia y publicidad engañosa por parte de la operadora de telefonía CLARO CR, donde tuve que sacrificar tiempo de mi familia, tiempo de estudio y demás tiempo propio, para tener que interponer denuncia, presentar escritos de respuesta, conclusiones y pretensiones, oficios para garantizar la celeridad y economía procesal, tiempo que estimo en la suma de 2.500. 000 de colones, calculado con el salario que devengo mensualmente y de cuál puede ser constatado a través de los aportes a la Caja Costarricense del Seguro Social.

No omito manifestar que me reservo mi derecho a establecer posteriormente y en caso de ser necesario, las acciones judiciales en contra de la Administración y el funcionario que, actuando de mala fe, con falta al deber de cuidado, imprudencia o impericia, afecte mis intereses en la conclusión satisfactoria del proceso para mi persona".

- **Análisis del argumento:**

En el caso que nos ocupa, el señor Chaves Solano solicitó la devolución de la totalidad de los montos pagados por facturas postpago de los números telefónicos 6068-7809 y 6068-7811. Lo que el usuario argumenta, es que el operador no le aplicó la promoción de forma correcta.

Se puede observar que, en el reglamento de la promoción "No esperes más y pásate a Claro Prepago", aportado como prueba dentro del presente procedimiento, se establece que el beneficio WhatsApp ilimitado excluye el servicio de llamadas VoIP que se realicen desde las aplicaciones y que esos eventos serán debitados del paquete de megabytes contratado o en su defecto se rebajará del saldo disponible conforme al plan tarifario.

De manera que, del análisis de la prueba aportada al expediente de este procedimiento, vemos que

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

efectivamente, el operador aplicó la promoción al señor Chaves Solano de forma correcta, según los términos y condiciones de la promoción y del reglamento publicado en la página web del operador publicado a efecto de la promoción: <https://www.claro.cr/personas/legal-regulatorio/>

Sin embargo, debido a que se logró acreditar la omisión parcial del operador en alguna de las publicidades realizadas, se ordenó a Claro brindar la posibilidad al señor Chaves Solano de pasarse de modalidad postpago a prepago, y aplicar las condiciones de la promoción "No esperes más y pásate a Claro Prepago" con WhatsApp, sin descuento a su saldo en todas las modalidades de comunicación de dicha aplicación, por la misma cantidad de meses de vigencia de la promoción.

Ahora bien, el usuario Chaves Solano alega que él contrató con el operador Claro dos planes en modalidad postpago pero a la vez argumenta que la acción de contratar dichos servicios, fue involuntaria.

En este sentido, aun y cuando el usuario señala que fue involuntaria la acción de adquirir los servicios, lo cierto es que no aporta prueba que logre acreditarlo y más bien, tenemos dentro del expediente los contratos de servicios de telecomunicaciones debidamente firmados en donde el usuario se compromete a pagar por los servicios recibidos. Es decir, no pueden desconocerse las obligaciones dispuestas en la normativa aplicable como en el artículo 32 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones y resulta a todas luces improcedente que se declare la exoneración de lo pagado por concepto de facturaciones de servicios de telefonía móvil contratados y disfrutados.

Por último, el apelante solicita el reconocimiento de daños y perjuicios por la suma de \$2.500.000,00 (dos millones quinientos mil colones). Sin embargo, tal como se indicó en el acto recurrido y en la resolución del recurso de revocatoria, el señor Chaves Solano no aportó ningún elemento probatorio a fin de comprobar que en el presente asunto existieron daños y perjuicios por la suma pretendida y que dicho daño pueda ser atribuible a la conducta desplegada por el operador del servicio.

Al respecto, se debe indicar que la carga de la prueba en materia de daños y perjuicios recae en la parte que los solicita, en este caso del usuario, al respecto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia indicó que:

"IX. Sobre los daños y perjuicios. La solicitud de estos extremos debe ser rechazada. De conformidad con el precepto 290 inciso 5) *ibidem*, en la formulación de la demanda, quien reclame de forma accesorio los daños y perjuicios, como ocurre en el caso en análisis, debe concretar con claridad el motivo que los origina y explicar en qué consisten, aún cuando su cuantificación pueda ser tramitada en fase de ejecución de sentencia, siempre que el juzgador los estimare procedentes. De igual manera, deberá acompañarse el soporte probatorio debido que permita justificar el reclamo, de modo tal que por un lado, la contraparte tenga certeza de las probanzas a las que debe oponerse dentro de su derecho de contradictorio, y por otro, que el juzgador cuente con elementos objetivos para adoptar la decisión del caso artículo 290 inciso 6 *ibid*). En esta misma dirección, a tono con lo expresado por el numeral 317 inciso 1) del Código de rito, la carga de la prueba, respecto de los hechos constitutivos del derecho reclamado, corresponde a quien formule la pretensión. Ergo, sobre estos aspectos valorados, la obligación probatoria y detalle explicativo mencionado correspondían al actor. No obstante, en el sub-litem, en su escrito de demanda, la entidad actora se dedicó a solicitar la condenatoria en el pago de los daños y perjuicios sin aportar desarrollo alguno que permitiera establecer el puente causal entre la conducta lesiva y el daño alegado"¹.

En igual sentido, el Tribunal Agrario Sección Segunda, citando a la Sala Primera, señala que:

Respecto a la condenatoria en abstracto de daños y perjuicios, conviene recordarlas exigencias jurisprudenciales: "... incluso en el caso de una condenatoria en abstracto, la demostración de la existencia de los daños y perjuicios es insoslayable; que en el estado de ejecución se pueden liquidar o concretar, pero no acreditar, porque esto es un dato para la sentencia de fondo... La jurisprudencia de esta Sala, como ya se dijo, es reiterada en cuanto a que sólo es indemnizable el daño que se llegue a probar, no basta por lo tanto con alegarlo o protestarlo. Debe acreditarse fehacientemente. Cuando la prueba conducente a esa acreditación, pero insuficiente para determinar su cuantía o extensión, el

¹ Sala Primera de la corte Suprema de Justicia. Sentencia número 998 de las 14: 50 horas del 21 de diciembre del 2005.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

juzgador puede disponer la condenatoria en abstracto, reservando para la etapa de ejecución la controversia sobre el monto y alcance. El actor debió no sólo reclamar sino también demostrar, con elementos de juicio idóneos, los daños y perjuicios que se le habían realmente ocasionado... No pueden éstos inferirse simplemente (...)”²

De conformidad con lo anterior, el señor Chaves Solano no logró acreditar mediante prueba idónea de qué forma fue que el operador le causó un perjuicio de tal magnitud económica con la no aplicación de la promoción, su nexa de causalidad y perjuicio sufrido, por lo cual resulta improcedente el argumento.”

- II. Que, de conformidad con los anteriores resultandos y considerandos, este Consejo, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de sus funciones, acuerda:

POR TANTO

Con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, ley 8642 y su reglamento; Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ley 7593; Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y demás normativa de general y pertinente aplicación.

**EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
RESUELVE:**

1. Rechazar por inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por CLARO CR TELECOMUNICACIONES, S.A. en contra de la resolución del a Dirección General de Calidad RDGC-00111-SUTEL-2019 del 17 de mayo del 2019.
2. Declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el señor Chaves Solano en contra de la resolución de la Dirección General de Calidad RDGC-00111-SUTEL-2019 del 17 de mayo del 2019.
3. Dar por agotada la vía administrativa.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE****3.2 Informe sobre el recurso de reposición interpuesto por CALLMYWAY contra la RCS-062-2019.**

Seguidamente, la Presidencia presenta el oficio 10600-SUTEL-UJ-2019, del 26 de noviembre del 2019, mediante el cual la Unidad Jurídica traslada los resultados del análisis al recurso de reposición interpuesto por CALLMYWAY contra la RCS-062-2019.

Procede la funcionaria Brenes Akerman a señalar que CALLMYWAY presenta recurso de revocatoria y apelación contra la Oferta de Interconexión por Referencia (OIR) de Claro CR Telecomunicaciones, muy similar al recurso que se conoció la semana anterior contra la OIR del Instituto Costarricense de Electricidad. Para la mayoría de los argumentos se recomienda declararlos sin lugar porque van más que todo relacionados con los mercados relevantes y cuestionamiento del porqué esos precios se están interponiendo, y se recomiendan las siguientes modificaciones:

Párrafo segundo del artículo 10.2: “Las partes expresamente reconocen y aceptan que la continuidad de los servicios objeto del presente contrato, está condicionada y sujeta al pago efectivo de los mismos. En cualquier

² Tribunal Agrario. Sección Segunda. II Circuito Judicial de San José. Resolución W487 -F- 06, de las dieciséis horas veintidós minutos del diecinueve de mayo de dos mil seis.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

caso, discontinuar los servicios se dará previa autorización de SUTEL.”

Artículo 26.5: “Es entendido y aceptado de manera expresa por las Partes que si el valor del prepago se llegare a agotar, la otra Parte quedará facultada para requerir a la SUTEL la autorización para desconexión en los términos del RAIRT de conformidad con el ARTÍCULO DIEZ (10): CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS DE ACCESO E INTERCONEXIÓN”

Añade que revisó las actas de la sesión del 4 de abril donde se aprobaron las OIR del Instituto Costarricense de Electricidad, Claro CR Telecomunicaciones y Telefónica de Costa Rica TC, S. A. y no se evidencia que el tema de la desconexión fuese discutido en dicha sesión.

La Presidencia consulta a los señores Asesores si tienen alguna observación, pregunta o advertencia referente a lo antes anotado, señalando no tener observaciones.

La Presidencia consulta a los señores Miembros de Consejo si desean referirse al tema, a lo que señalan que no tienen observaciones.

La funcionaria Brenes Akerman hace ver al Consejo la conveniencia de atender este tema a la brevedad, por lo que recomienda adoptar el acuerdo correspondiente con carácter de firme, de conformidad con lo que establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública.

La Presidencia somete a votación la propuesta de resolución que se tiene a la vista, y con base en el contenido del oficio 10600-SUTEL-UJ-2019 y la explicación brindada por la funcionaria Brenes Akerman, los Miembros del Consejo resuelven por unanimidad:

ACUERDO 004-079-2019

1. Dar por recibido el oficio 10600-SUTEL-UJ-2019 del 26 de noviembre de 2019, mediante el cual la Unidad Jurídica traslada los resultados del análisis al recurso de reposición interpuesto por CALLMYWAY contra la RCS-062-2019.
2. Emitir la siguiente resolución:

RCS-322-2019**RECURSO DE REVOCATORIA O REPOSICIÓN PRESENTADOS POR CALLMYWAY NY S.A.
CONTRA LA RCS-062-2019 DEL 04 DE ABRIL DE 2019 (NI-04849-2019)****EXPEDIENTE: C0262-STT-INT-1600-2017****RESULTANDO**

1. Por resolución RCS-264-2016 del 23 de noviembre del 2016, el Consejo de la SUTEL realizó la “Revisión del mercado del servicio mayorista de terminación en redes móviles individuales, análisis de grado de competencia en dicho mercado, declaratoria de operadores importantes e imposición de obligaciones”, con la cual definió el mercado mayorista de terminación en redes móviles individuales, declaró que el ICE, Claro CR Telecomunicaciones S.A. y Telefónica de Costa Rica TC S.A. poseen poder sustancial en dicho mercado y les ordenó suministrar una Oferta de Interconexión de Referencia (OIR), para lo cual le concedió un plazo de nueve meses (*Expediente GCO-DGM-MRE-01553-2016, Folios 2447-2496 -Ver Por Tanto 13, 14, 15, 16, 20.i*).
2. Por acuerdo 027-068-2017 alcanzado en sesión ordinaria 068-2017 celebrada el 20 de setiembre de 2017, el Consejo de la SUTEL requirió a Claro CR Telecomunicaciones S.A. hacer entrega en tiempo

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

- y forma de la OIR en la cual debía incluir los servicios en los que fue declarado como operador importante de acuerdo con la resolución RCS-264-2016. (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 03-05*).
3. Por acuerdo 015-089-2017 alcanzado en sesión ordinaria 089-2017 celebrada el 13 de diciembre de 2017, el Consejo de la SUTEL ordenó a Claro CR Telecomunicaciones S.A. remitir la OIR según lo ordenado en resolución RCS-264-2016, para lo cual se concedió plazo hasta el 15 de enero de 2018. (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 06-09*).
 4. En escrito RI-0012-2018 presentado vía correo electrónico recibido el 15 de enero de 2018 (NI-00421-2018), Claro CR Telecomunicaciones S.A. expuso motivos por los que no cumpliría con lo requerido mediante acuerdo 015-089-2017 (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 10-12*).
 5. En escrito RI-0129-2018 presentado el día 06 de agosto de 2018 (NI-07826-2018) Claro CR Telecomunicaciones S.A. presentó su OIR (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 13-14*).
 6. Mediante oficio 06623-SUTEL-DGM-2018 del 13 de agosto de 2018, la Dirección General de Mercados solicitó a Claro CR Telecomunicaciones S.A. aclarar la información suministrada en relación con el modelo de interconexión y la oferta de interconexión, para lo cual se le concedió el plazo de diez días (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 15-23*).
 7. En escrito RI-0226-2018 presentado el día 03 de setiembre de 2018 (NI-08836-2018) Claro CR Telecomunicaciones S.A. respondió al requerimiento hecho por la Dirección General de Mercados en su oficio 06623-SUTEL-DGM-2018 (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 24-27*).
 8. Mediante oficio 07971-SUTEL-DGM-2018 del 26 de setiembre de 2018, la Dirección General de Mercados solicitó al Consejo de la SUTEL autorización para remitir a Claro CR Telecomunicaciones S.A. el oficio 07972-SUTEL-DGM-2018 (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 28-41*).
 9. Mediante oficio 07972-SUTEL-DGM-2018 del 26 de setiembre de 2018, la Dirección General de Mercados revisó la OIR presentada por Claro CR Telecomunicaciones S.A. y señaló las objeciones y cambios que debían ser subsanados para su respectiva revisión y aprobación (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 42-56*).
 10. Por acuerdo 017-065-2018 alcanzado en sesión ordinaria 065-2018 celebrada el 03 de octubre de 2018, el Consejo de la SUTEL instruyó a la Dirección General de Mercados proceder con la notificación del oficio 07972-SUTEL-DGM-2018 al operador Claro CR Telecomunicaciones S.A. (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 57-60*).
 11. En escrito RI-0317-2018 presentado el día 02 de noviembre de 2018 (NI-11339-2018) Claro CR Telecomunicaciones S.A. presentó las aclaraciones que le fueron requeridas mediante oficio 07972-SUTEL-DGM-2018 (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 61-63*).
 12. En escrito sin número presentado el día 21 de noviembre de 2018 (NI-12030-2018) Claro CR Telecomunicaciones S.A. aportó un CD con los siguientes documentos (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 64-65*):
 - Modelo BULRIC
 - Documento formato EXCEL con costos de depreciación de la red.
 - OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A.
 - Oficio RI-0340-2018 sobre aclaraciones y correcciones requeridas.
 13. Mediante oficio 02286-SUTEL-DGM-2019 del 15 de marzo de 2019, la Dirección General de

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Mercados emitió su informe de revisión de la OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A. (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 145-184*).

14. Por resolución RCS-062-2019 del 04 de abril de 2019, el Consejo de la SUTEL aprobó la OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A. (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 66-95*).
15. Que la resolución RCS-062-2019 fue publicada en el diario oficial La Gaceta del 23 de abril de 2019 en su Alcance número 86 (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 96-127*).
16. En escrito 65_CMW_2019 presentado el día 26 de abril de 2019 (NI-04849-2019), CallMyWay NY S.A. interpuso recurso de revocatoria o reposición contra la resolución RCS-062-2019 (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 128-134*).
17. En escrito 68-CMW-2019 presentado el 26 de abril de 2019 (NI-04851-2019), CallMyWay NY S.A. presentó una ampliación a los recursos de revocatoria o reposición interpuestos contra las resoluciones RCS-061-2019, RCS-062-2019 y RCS-063-2019 (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 135-144*).
18. En escrito RI-0117-2019 presentado vía correo electrónico recibido el día 26 de abril de 2019 (NI-04881-2019) Claro CR Telecomunicaciones S.A. solicitó aclaración y adición a la resolución RCS-062-2019 (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 185-189*).
19. Mediante oficio 03689-SUTEL-UJ-2019 del 02 de mayo de 2019, la Unidad Jurídica rindió informe sobre la solicitud de aclaración y adición presentada por Claro CR Telecomunicaciones S.A. en relación con la resolución RCS-062-2019 (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 196-201*).
20. Por resolución RCS-095-2019 del 09 de mayo de 2019, el Consejo de la SUTEL resolvió la solicitud de aclaración y adición presentada por Claro CR Telecomunicaciones S.A. y dispuso (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 203-207*):

“PRIMERO: RECHAZAR la solicitud de aclaración en relación con el resuelve 3 de la parte dispositiva de la resolución RCS-062-2019. (NI-04881-2019).

SEGUNDO: ACLARAR que el resuelve 5 refiere a la entrada en vigencia de las modificaciones aprobadas a la OIR, no de la resolución RCS -062- 2019, lo que no obsta para que quien, estando legitimado, interponga los recursos que estime convenientes o necesarios contra el acto o actos que considere, en los términos, plazo y condiciones establecidos en el Título Octavo del Libro Segundo de la Ley 6227.”

21. Que mediante oficio 10600-SUTEL-UJ-2019 del 26 de noviembre de 2019, la Unidad Jurídica rindió su informe respecto del recurso que se analiza.
22. Se han realizado las diligencias necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Para efectos de resolver el presente asunto, este órgano decisor acoge en su totalidad el criterio jurídico contenido en el oficio número 10600-SUTEL-UJ-2019 del 26 noviembre de 2019, y del cual se extrae lo siguiente:

[...]

2. ANÁLISIS DE FORMA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR CALLMYWAY NY S.A.**2.1. Naturaleza de los recursos**

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Se atiende el recurso de revocatoria o reposición interpuesto por CallMyWay NY S.A. (NI-04849-2019) contra la resolución RCS-062-2019 del 04 de abril de 2019, la cual es acto final del procedimiento, así según lo dispuesto en los numerales 343 y 345 de la Ley General de la Administración Pública, Ley 6227.

2.2. Legitimación de CallMyWay NY S.A.

Del apartado de antecedentes se desprende que la resolución RCS-062-2019 impugnada fue dictada dentro del procedimiento de aprobación de la OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A., la cual fue presentada para tales efectos en cumplimiento de lo dispuesto en resolución RCS-264-2016 del 23 de noviembre del 2016.

Por otra parte, se tiene que CallMyWay NY S.A. y Claro CR Telecomunicaciones S.A. sostienen una relación contractual de acceso e interconexión.

Se entiende entonces que la OIR aprobada con la resolución impugnada, puede afectar los términos y condiciones de las relaciones de acceso e interconexión que tenga Claro CR Telecomunicaciones S.A. con otros operadores.

Por lo anterior se considera que CallMyWay NY S.A. tiene un interés directo en las resultas del presente procedimiento, de ahí que se considera legítimo para interponer el recurso que se conoce, así conforme con lo dispuesto en el artículo 275 de la Ley 6227.

2.3. Temporalidad del recurso

Según se vio en los antecedentes, la resolución impugnada fue publicada en el Alcance del Diario Oficial la Gaceta número 86 del 23 de abril de 2019 (Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 96-127).

Por su parte, se tiene que CallMyWay NY S.A. presentó su recurso el día 26 de abril de 2019 (Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 128-134).

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación de la resolución impugnada y la fecha de presentación de los recursos por CallMyWay NY S.A., se constata que fueron presentados dentro del plazo legal establecido en el numeral 346 de la Ley 6227.

2.4. Representación del recurrente

En las presentes gestiones recursivas, la representación de CallMyWay NY S.A. la ejerce el señor Ignacio Prada Prada en calidad de apoderado (Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 134).

Al respecto, en el expediente C0059-STT-INT-OT-0020-2010 consta certificación literal de personería de la empresa CallMyWay NY S.A., cédula jurídica 3-101-334658, donde se indica que la representación judicial y extrajudicial le corresponde al presidente y al secretario, quienes tendrán facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, actuando conjunta o separadamente (Expediente C0059-STT-INT-OT-0020-2010, folio 1922).

En el mismo documento se certifica que el señor Prada Prada ocupa el cargo de presidente dentro de la junta directiva de la empresa.

Así, con vista en los documentos con los que cuenta la SUTEL, se tiene que CallMyWay NY S.A. se encuentra debidamente representada por el señor Ignacio Prada Prada dentro de la presente gestión recursiva.

2.5. Pretensión recursiva

En el recurso de revocatoria o reposición contenida en el escrito 68-CMW-2019 (NI-04849-2019), CallMyWay NY S.A. pretende:

"Expuesto lo anterior, solicito respetuosamente al Consejo de la Sutel, revocar totalmente la Resolución RCS-062-2019 impugnada, y enmendar los puntos indicados, fundamentando la aplicación de la metodología, aplicando la experiencia y tendencia internacionales, y eliminando toda disposición contraria al marco normativo vigente.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Concretamente, ruego al Consejo de la SUTEL:

1. Establecer los cargos de interconexión basados en la realidad y condiciones actuales de mercado (el cual no opera de manera "balanceada"); y ajustándolos a la metodología aprobada, orientado a costos conforme lo exige la Ley, y acorde con la tendencia de reducción internacional y los cargos vigentes en países con mercados similares, como avalara oportunamente en la RCS-244-2016 aplicable al ICE.
2. Eliminar la cláusula 26.5 de la RCS-062-2019 por resultar contraria a lo previsto en el artículo 72 del RAIRT y 67-a-11 de la Ley General de Telecomunicaciones, recordando expresamente la prohibición a reducir, suspender o desconectar bajo cualquier circunstancia la interconexión;
3. Excluir la regulación del servicio SMS de la OIR, por resultar un servicio de valor agregado cuya fijación de cargos escapa a las competencias de la SUTEL."

A partir de las pretensiones recursivas transcritas, el análisis de los argumentos planteados estará dirigido a determinar si el acto impugnado se encuentra viciado absoluta o relativamente, así como a verificar la necesidad, conveniencia o mérito que obligue o justifique su revocatoria, modificación o extinción en la forma pretendida por el recurrente

3. ANALISIS POR EL FONDO DE LOS ARGUMENTOS RECURSIVOS Y CRITERIO DE LA UNIDAD JURÍDICA

Nos referimos a continuación a los argumentos de revocatoria o reposición planteados por CallMyWay NY S.A. y de seguido se expone el criterio de la Unidad Jurídica sobre cada uno de ellos.

3.1. Primer argumento: "Estimación de los precios de la OIR bajo asunciones erróneas"

CallMyWay NY S.A. presenta una transcripción del punto IV del Considerando TERCERO de la resolución impugnada que dice:

"Que en cuanto al modelo utilizado suministrado adjuntados como parte de la OIR de CLARO para estimar los cargos de interconexión se determinó que este cumple con lo estipulado en la resolución RCS-137-2010, la cual establece la metodología para determinar este tipo de cargos. Sin embargo, dadas las condiciones actuales del mercado en donde los operadores móviles poseen tráficos de terminación balanceados, así como alrededor de ocho años de haber iniciado operaciones Claro y Telefónica con cuotas de mercado superiores al 20%, la regulación que se estaría implementado para este tipo de cargos, a criterio de esta Sutel es una regulación simétrica. Lo anterior, con base en las competencias otorgadas por Ley a esta Superintendencia en materia de acceso e interconexión, así como en lo definido en el anexo N° 2 del informe 02286-SUTEL-DGM-2019 del [SIC], donde la Dirección General de Mercados estimó los cargos de terminación (voz y SMS) con el modelo propio, el cual está fundamentado en las premisas y modificaciones que se detallan en dicho documento. En ese sentido, el Consejo de la SUTEL avala la posición de la DGM, entendiendo que dicha decisión resulta ser lo más razonable y adecuado al interés general y en las actuales condiciones del mercado."

Luego, mezcla sus opiniones particulares con transcripciones parciales de diferentes apartados de la resolución y en conjunto formula el siguiente alegato:

"La Dirección General de Mercados y por ende el Consejo de la Superintendencia de Comunicaciones [SIC] comente simplificaciones extremas al asumir que los únicos actores en el mercado de terminación en la red celular son los tres operadores declarados "importantes", ignorando completamente la participación en dicho mercado de la totalidad de la red fija del ICE, la de todos los operadores de telefonía IP y del tráfico internacional entrante, por ende la premisa:

"dadas las condiciones actuales del mercado en donde los operadores móviles poseen tráficos de terminación balanceados"

Que le permite concluir a la DGM y por ende al Consejo, que:

"la regulación se estaría implementando para este tipo de cargos, a criterio de esta SUTEL es una regulación simétrica"

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Y que, por ende:

*“resulta ser lo más razonable y adecuado el interés general y en las actuales condiciones de mercado”
Es absolutamente discriminatoria, evidenciando ignorancia respecto de las condiciones generales del mercado, como si en el mercado de tráfico de terminación hacia redes celulares únicamente participaran los tres operadores dominantes.”*

Finalmente, pide que se revoque la resolución impugnada y en su lugar:

“[...] eliminar este tipo de análisis infundados, y reformular el estudio que da origen a los cargos definidos en la Resolución impugnada, considerando la verdadera dinámica del mercado.”

- *Criterio de la Unidad Jurídica en relación con el primer argumento recursivo sobre “Estimación de los precios de la OIR bajo asunciones erróneas”*

En resumen, CallMyWay NY S.A acusa a la Dirección General de Mercados y el Consejo de la SUTEL de incurrir en discriminación e ignorancia respecto de las condiciones de mercado en relación con los actores que participan y alega falta de fundamentación en los análisis que sustentan los cargos definidos en la resolución impugnada.

Pese a ello, plantea una opinión más no provee argumentos o elementos por medio de los cuales explique a profundidad en que consiste el error o errores que señala a la aplicación de la metodología empleada por la SUTEL durante el procedimiento de análisis llevado a cabo para la aprobación de la OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A.

En todo caso, la Unidad Jurídica no comparte la opinión dada por el recurrente ni se observa la falta de fundamentación que se acusa.

Al respecto, se debe aclarar al recurrente que, para definir el tipo de regulación para los cargos de terminación, el análisis se basa en las cuotas de mercado y tráfico para los operadores que conforman el mercado móvil y no así para los operadores del mercado fijo³.

En esa línea, el mercado mayorista de terminación en una red móvil es un mercado separado del mercado mayorista de terminación en redes fijas.

Esto último puede verse plasmado en la resolución RCS-264-2016 con la que se revisó el mercado del servicio mayorista de terminación en redes móviles individuales, análisis de grado de competencia en dicho mercado, declaratoria de operadores importantes e imposición de obligaciones⁴, lo que resulta conteste con las definiciones de mercado internacionales.

En suma, dada su propia naturaleza, el mercado mayorista de terminación en una red móvil es un mercado separado del mercado mayorista de terminación en redes fijas y en consecuencia lógica, el análisis se debe realizar de manera separada.

Así, al analizar por separado cada mercado, se debe considerar su justa dimensión, lo que implica analizar el comportamiento de cada operador que participa en cada mercado, incluyendo en el análisis lo referente a las cuotas de mercado, tráfico y tendencias, eso indistintamente de la dimensión o composición de otros mercados.

Además, como es sabido, por principio se debe procurar incrementar las condiciones de competencia entre estos operadores, puesto que de una competencia alta se derivan los beneficios a los demás actores del

³ Pueden verse:

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:124:0067:0074:EN:PDF>;
http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contexto_tarifas_interconexion_2017-11-02-tix_1.pdf;
<http://www.arcotel.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/07/Resolucion-0627-ARCOTEL-2016.pdf>;
<https://www.subtel.gob.cl/gobierno-establece-una-reduccion-de-73-para-las-tarifas-de-cargos-de-acceso-moviles/>

⁴ El mercado de terminación mayorista en redes fija se analizó de manera separada en resolución N° RCS-263-2016.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

mercado; por ello, debe analizarse por separado el comportamiento de los operadores móviles en el mercado de terminación móvil.

Por último, se debe indicar que la imposición en la entrega de la OIR y la fijación del cargo de terminación en su red obedece a que se reconoce la importancia que este cargo ejerce en las demás redes, por ende, dicho cargo debe mantenerse regulado.

Ahora bien, CallMyWay NY S.A. alega que el análisis es infundado pues no se tomó en cuenta las redes fijas; sobre el particular, se debe aclarar a la parte recurrente que este tipo de análisis se realiza sobre los actores móviles y su dinámica.

Esta técnica de análisis se encuentra debidamente justificada en el informe 02286-SUTEL-DGM-2019 y sus anexos con el que la Dirección General de Mercados emitió su informe de revisión de la OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A. y en el que se explican los motivos y justificaciones técnicas por las cuales se debe mantener una regulación simétrica.

Así, en el anexo denominado "ESTIMACIÓN DE LOS CARGOS DE INTERCONEXIÓN DE VOZ Y SMS EN LA RED MÓVIL" se indica que:

(...)“ La regulación asimétrica, generalmente se justifica cuando el objetivo es lograr una rápida penetración en el mercado de parte de operadores nuevos, pues la regulación asimétrica también presenta altos riesgos para el mercado, tales como un posible incremento de las tarifas off-net del operador con mayor tamaño que implicaría menor tráfico cursado hacia las redes de los operadores más pequeños, desincentivos a la inversión e innovación, aumento del riesgo de la entrada y permanencia en el mercado de operadores ineficientes, entre otros.

Por su parte, la regulación simétrica puede llevar hacia beneficios más claros para el usuario final, en términos de los precios minoristas, calidad y diversidad de los servicios de telecomunicaciones.

La aplicación de este tipo de regulación se deberá analizar a la luz de la situación vigente en el mercado, en términos del grado de madurez, así como de los objetivos regulatorios definidos [...].”

Con base en esas consideraciones, la Dirección General de Mercados expone las conclusiones sobre las cuales recomienda una regulación simétrica⁵:

(...)

- I. De lo expuesto en los párrafos anteriores, se extrae que actualmente todos los operadores móviles de red poseen una cuota de mercado mayor al 20% con base en la cantidad de suscripciones.*
- II. Al analizar la participación de mercado en cuanto al tráfico móvil cursado entre los tres operadores móviles de red, igualmente la participación de cada uno es mayor al 20%, siendo la cuota de Telefónica de un 36%, y la de Claro de 24%.*
- III. Que tanto el tráfico de originación móvil, como el de originación fija que termina en las redes de los operadores móviles de red, ha presentado una caída de 2014 a 2017, lo que evidentemente incide en los ingresos de los operadores móviles en este servicio. Dicho decrecimiento se explica por los gustos y preferencias de los usuarios finales, los cuales cada vez utilizan menos el servicio de voz (fijo o móvil).*
- IV. Así las cosas, de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión Europea, los operadores Claro y Telefónica al poseer una cuota de mercado mayor al 20%, y con más de seis años de haber ingresado al país, no reúnen las condiciones necesarias para justificar que sus cargos de terminación sean más altos a los del ICE. No obstante, cabe destacar que los cargos propuestos por estos operadores son menores a los propuestos por el ICE en la presentación por parte de estos operadores, de la OIR.*
- V. Adicionalmente, el comportamiento del tráfico cursado entre los operadores móviles tiende a ser muy similar, es decir cada vez el desbalance entre ellos cada vez es menor, lo que permite derivar que el tráfico en el corto y mediano plazo tenderá a igualarse.*
- VI. A lo anterior debe agregarse que el servicio de voz, tanto fija como móvil, presenta una caída importante a lo largo del periodo analizado, y se prevé que continúe decreciendo en el tiempo, ello por la sustitución cada vez más marcada hacia los servicios OTT, lo que implica que, a largo plazo, el establecimiento de*

⁵ Ver página 65 y siguientes.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

este cargo resulte poco significativo.

- VII. *Tal y como lo menciona la ERG y la Comisión Europea, la asimetría en los cargos de terminación tiene justificación (económica y de política regulatoria) cuando los operadores recién entran al mercado. No obstante, cuando ya poseen más de cinco años de operar y han alcanzado una cuota de mercado mayor al 20%, ya no resulta beneficioso que exista una asimetría en los cargos, siendo que dicha situación resulte en efectos contrarios a la competencia (...).*

Visto lo anterior, se observa que el informe rendido por la Dirección General de Mercados contiene los fundamentos técnicos sobre los cuales se concluyó y recomendó la aplicación de la política regulatoria en los cargos de interconexión simétrica por lo que no se observa discriminación, ignorancia o falta de fundamentación en los análisis tal y como lo afirma el recurrente.

Por lo tanto, en relación con el primer argumento recursivo sobre "Estimación de los precios de la OIR bajo asunciones erróneas", no se observa ausencia o insuficiencia en la motivación del acto impugnado; tampoco se observa disconformidad alguna con el ordenamiento jurídico o necesidad, conveniencia o mérito que obligue o justifique su revocatoria, modificación o extinción en la forma pretendida por el recurrente.

3.2. Segundo argumento: "Inclusión de la cláusula 26".

CallMyWay NY S.A. transcribe la cláusula 26.5 de la OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A. aprobada en resolución impugnada que dice:

"ARTÍCULO VEINTISEIS (26): PAGO ANTICIPADO (PRE-PAGO)

26.5 Es entendido y aceptado de manera expresa por las Partes que si el valor del prepago se llegare a agotar, la otra Parte que presta el servicio queda plenamente facultada para dejar de cursar el tráfico telefónico que proviene del operador que recibe el servicio, hasta que el prepago de los servicios quede satisfecho, de conformidad con el ARTÍCULO DIEZ (10): CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS DE ACCESO E INTERCONEXIÓN."

Sobre la particular señala que:

"Dicho artículo, avala por resolución la disminución, suspensión o desconexión parcial o total de la interconexión, en clara violación del artículo 72 del RAIRC [...]"

Agrega que, con dicha aprobación, la SUTEL avala mediante resolución la trasgresión a lo establecido por Ley y reglamentos, en particular lo dispuesto en los artículos 72 del RAIRC y el artículo 67 inciso a) sub inciso 11 de la Ley 8642 en el que se prohíbe la desconexión o suspensión de la interconexión bajo cualquier circunstancia o motivo, salvo autorización expresa de la SUTEL.

Cierra su alegato diciendo que:

"Estas normas no dan lugar a interpretaciones como lo hace erradamente la SUTEL, por lo que de mantenerse el punto 28.5 [SIC], esta representación elevará el asunto a conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, solicitando que se establezcan las responsabilidades institucionales y personales."

- *Criterio de la Unidad Jurídica en relación con el segundo argumento recursivo sobre "Inclusión de la cláusula 26"*

CallMyWay NY S.A. cuestiona que con la aprobación del artículo 26.5 de la OIR, se le concede Claro CR Telecomunicaciones S.A. la potestad para disminuir, suspender o desconectar la interconexión total o parcialmente, lo que a su juicio resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 67 inciso a) sub inciso 11 de la Ley 8642 y el artículo 72 del RAIRC.

En criterio de la Unidad Jurídica, tras la lectura de los motivos expuestos por la parte recurrente y el análisis de la normativa aplicable, se debe modificar el artículo 10.2 y modificar el artículo 26.5 de OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A., aprobada mediante resolución RCS-062-2019 aquí impugnada, lo anterior por ser

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

disconformes con los artículos 67 inciso a) sub inciso 11 de la Ley 8642 y los artículos 5 inciso 13, 30, 67 y 72 del RAIRT, todo según lo que de seguido se expone.

Al respecto, el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones define la desconexión, además determina las causas por las cuales la SUTEL podrá autorizar la desconexión y establece las sanciones en caso de desconexión no autorizada por parte de la SUTEL.

En ese orden, el artículo 5 del RAIRT contiene las definiciones aplicables en materia de acceso e interconexión; en lo de particular interés, en el inciso 13 se define la desconexión como:

“Artículo 5º-Definiciones. Para los fines del presente Reglamento se aplicarán las siguientes definiciones, que no son limitativas y en ausencia de definición expresa podrá utilizarse para integrar y delimitar este reglamento las definiciones contenidas en la Ley N° 8642 y las adoptadas por la U.I.T.:

[...]

13. Desconexión: Interrupción temporal, física o lógica, total o parcial, del funcionamiento de equipos o medios de transmisión necesarios para la interconexión.”

En línea con la desconexión, el artículo 30 del mismo RAIRT describe los supuestos para la determinación de causales que justifiquen la interrupción del acceso o la interconexión. Dice la norma:

“Artículo 30.-Interrupción del acceso o la interconexión. Salvo lo establecido en el artículo 67 del presente Reglamento, no serán causales justificables de interrupción, el incumplimiento de cualesquiera de las condiciones, técnicas, económicas, jurídicas o procedimentales establecidas en la presente reglamentación. Para que proceda la interrupción del acceso o la interconexión se requerirá que el operador o proveedor cuente con la aprobación de la Sutel, quién mediante resolución motivada sustentará su decisión.” (Lo subrayado no es original)

Esta norma remite al artículo 67 del mismo reglamento que establece el caso fortuito o la fuerza mayor como las únicas causas de justificación para la interrupción unilateral del acceso y la interconexión.

“Artículo 67.-Fuerza mayor o caso fortuito. Durante la vigencia de cualquier contrato de acceso e interconexión, ninguno de los operadores o proveedores interconectados será responsable frente al otro operador o proveedor interconectado, cuando su incumplimiento sea por causas de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente acreditadas.

El incumplimiento por uno de los operadores o proveedores en un contrato de acceso e interconexión por causas de fuerza mayor o caso fortuito deberá ser comunicado a los demás operadores o proveedores con los que se encuentre interconectado o a los que brinde acceso y a la Sutel, especificando cuales han sido los daños técnicos, sus magnitudes y el tiempo de corrección de dichos daños. Esta notificación deberá realizarse dentro de un plazo no mayor de tres (3) días hábiles siguientes al evento.

El operador o proveedor que no pueda cumplir sus obligaciones de acceso e interconexión por motivo de fuerza mayor, quedará eximido de ellas mientras dure esa situación, sin que ello afecte al contrato de acceso e interconexión, excepto cuando no cumpla con lo dispuesto en el párrafo precedente. Sin perjuicio de lo anterior, dicho operador o proveedor deberá solucionar los efectos producidos por la situación de fuerza mayor en el plazo indicado en la notificación que efectúe a la Sutel.

Si posteriormente, la Sutel comprueba que la invocación de causa de fuerza mayor fue fraudulenta o que existió dilatoria en la reparación de sus efectos, el operador o proveedor culpable deberá pagar a los operadores o proveedores con los cuales ha suscrito contratos de acceso e interconexión, los daños y perjuicios que pudiese haber causado su conducta fraudulenta o dilatoria en su caso, sin perjuicio de las sanciones que debe aplicar Sutel. La acción de resarcimiento deberá ser interpuesta en la vía jurisdiccional correspondiente.”

Por su parte, el artículo 72 del RIART complementa el artículo 30 del mismo instrumento normativo y señala que un operador o proveedor interconectado sólo podrá suspender la interconexión ante calificadas circunstancias y contando de previo con la autorización expresa por parte de la SUTEL:

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

“Artículo 72.-Continuidad del acceso y la Interconexión.

En ningún caso, sea, las controversias, las interpretaciones del contrato, el incumplimiento de los operadores o proveedores que se interconectan, ni ninguna otra razón o motivo, podrá dar lugar a la disminución, desconexión o suspensión de la interconexión ni afectar la calidad del servicio ofrecido a los usuarios, por decisión unilateral de alguno de los operadores o proveedores, ni por acuerdo mutuo entre ellos. Lo anterior deberá cumplirse sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Reglamento.

Un operador o proveedor interconectado podrá suspender temporalmente la interconexión, únicamente si dicha acción es necesaria e indispensable para proteger la seguridad de las personas o los bienes destinados a la prestación del servicio o para asegurar la operación adecuada de su red, para lo cual deberá remitir de previo a la suspensión, la documentación de soporte ante la Sutel, la cual en un plazo no mayor a cinco (5) días naturales deberá autorizar o no la suspensión solicitada.

En la medida que no sea inconsistente con los títulos habilitantes de los operadores o proveedores interconectados y sujeto a los términos y condiciones de dichos títulos, la Sutel podrá optar, además de las medidas de expiración natural o revocación del respectivo título habilitante, autorización o permiso, si este fuere el caso, a que el sistema comprometido en la interconexión sea transitoriamente operado por un tercero y, eventualmente, subastado o licitado según corresponda, a los efectos de garantizar la continuidad del servicio. El titular del sistema objeto de interconexión, en el caso que la Sutel decidiera la revocación de los títulos habilitantes, sólo tendrá derecho a percibir el valor remanente de la subasta o licitación, después de cubrirse los costos y deudas pendientes, de acuerdo a la prelación establecida. Las disposiciones de este artículo se implementarán de acuerdo con las normas de procedimiento que dicte la Sutel.”

Finalmente, el incumplimiento a las anteriores disposiciones se considera como una infracción muy grave, así según lo dispuesto en el artículo 67 inciso a) sub inciso 11 de la Ley 8642 que dice:

“ARTÍCULO 67.- Clases de infracciones

Las infracciones en materia de telecomunicaciones pueden ser muy graves o graves.

a) Son infracciones muy graves

[...]

11) Suspender el acceso o la interconexión sin autorización de la Sutel.”

De los textos reglamentarios y legal antes citados, se tiene que habrá desconexión cuando se interrumpa el acceso o interconexión.

No obstante, el ordenamiento no prevé ninguna circunstancia que legitime a ningún operador a actuar de manera unilateral para disminuir, desconectar o suspender la interconexión, ni afectar la calidad del servicio ofrecido; ni siquiera el acuerdo expreso entre las partes interconectadas.

En esa línea, las partes de la relación de acceso e interconexión no se encuentran legal o reglamentariamente autorizados para ejecutar una desconexión por ningún motivo.

No obstante, la normativa aplicable antes transcrita establece que, en caso de presentarse incumplimiento contractual sobre aspectos técnicos, económicos, jurídicos o procedimentales de los contratos de acceso o interconexión, la parte que se considere afectada podrá solicitar a la SUTEL la autorización para desconectarse.

En tales casos, el organismo regulador deberá determinar si la desconexión es la única acción posible para el aseguramiento de las personas o los bienes destinados a la prestación de esos servicios.

La consecuencia al incumplimiento de esas obligaciones de continuidad de los servicios de acceso o interconexión se encuentra descrita en la Ley 8642 que tipifica la desconexión no autorizada como una infracción muy grave, susceptible de imposición de las sanciones que correspondan de conformidad con el régimen sancionatorio descrito en ese mismo cuerpo legal.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Esta prohibición para desconexión tiene como única excepción la demostrada circunstancia surgida de manera fortuita o fuerza mayor que impida la continuidad de los servicios de acceso o interconexión prestados.

Sin embargo, si la SUTEL llegara a determinar que la causa fortuita o de fuerza mayor invocada fue fraudulenta o si hubo dilación en la reparación de los efectos de aquellas circunstancias, se deberán instruir los procedimientos sancionatorios contra el operador culpable, además que deberá pagar los daños y perjuicios que haya causado, los cuales se determinarán en la vía jurisdiccional correspondiente.

Esto último resulta de total relevancia en el tanto el reglamento no concede a la SUTEL potestad alguna para resolver reclamos sobre daños o perjuicios producidos en el marco de una relación de acceso e interconexión, indistintamente del instrumento base de aquella relación (contrato libremente negociado, acogida de la OIR u orden de acceso o interconexión dictada por la SUTEL), en cuyo caso las partes deberán dirimir su conflicto por esos extremos en la vía que legalmente corresponda para la defensa de sus intereses particulares.

En asunto en concreto, frente a ese marco jurídico tenemos que la OIR aprobada contiene los artículos 10 y 26.5 que literalmente dicen:

"ARTÍCULO DIEZ (10): CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS DE ACCESO E INTERCONEXIÓN

10.1. Las Partes acuerdan que para los casos de interrupción de los servicios de acceso e interconexión se someterán a lo dispuesto en el RAIRT.

10.2. Las partes aceptan que, en ningún caso, sea las controversias, las interpretaciones del contrato, el incumplimiento de las partes que se interconectan, ni ninguna otra razón o motivo, podrá dar lugar a la disminución, desconexión o suspensión de la interconexión ni afectar la calidad del servicio ofrecido a los usuarios, por decisión unilateral de alguna de las partes, ni por acuerdo mutuo entre ellas.

Las partes expresamente reconocen y aceptan que la continuidad de los servicios objeto del presente contrato, está condicionada y sujeta al pago efectivo de los mismos. En cualquier caso, discontinuar los servicios por causales ilegítimas de incumplimiento contractuales, se dará previa autorización de SUTEL.

10.3. La continuidad de los servicios de acceso e interconexión brindados mediante la modalidad de prepago, cuando el monto disponible de la cuenta recaudadora llega a cero se regirá según el punto 26.5 y la normativa aplicable.

[...]

ARTÍCULO VEINTIOCHO (26): PAGO ANTICIPADO (PRE-PAGO)

[...]

26.5. Es entendido y aceptado de manera expresa por las Partes que si el valor del prepago se llegare a agotar, la otra Parte que presta el servicio queda plenamente facultada para dejar de cursar el tráfico telefónico que proviene del operador que recibe el servicio, hasta que el prepago de los servicios quede satisfecho, de conformidad con el ARTÍCULO DIEZ (10): CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS DE ACCESO E INTERCONEXIÓN."

La transcripción de estos artículos de la OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A. permite observar que, de acuerdo con el modelo de contrato aprobado con la resolución impugnada, en lo que refiere a la interrupción de los servicios las partes acuerdan someterse a lo dispuesto en el RAIRT (artículo 10.1).

Además, además, las partes acuerdan que en por ningún caso, razón o motivo se podrá dar lugar a la disminución, desconexión o suspensión de la interconexión ni afectar la calidad del servicio ofrecido por decisión unilateral de ninguna de las partes ni por acuerdo mutuo. En el mismo artículo se agrega que las partes reconocen y aceptan que la continuidad de los servicios está condicionada y sujeta al pago, pero en cualquier caso para discontinuar los servicios por causas ilegítimas de incumplimiento contractual, se dará previa autorización de la SUTEL (artículo 10.2).

Por último, señalan que la continuidad de los servicios brindados mediante modalidad de prepago, cuando le monto disponible llegue a cero, se regirá de acuerdo con la cláusula 26.5 y la normativa aplicable (artículo

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

10.3).

En esa línea, siempre de acuerdo con el modelo de contrato, las partes tendrán como expresamente aceptado que, bajo la modalidad de prepago, cuando la cuenta disponible se agote, la otra parte queda plenamente facultada para dejar de cursar el tráfico telefónico que proviene del operador que recibe el servicio hasta que el prepago de los servicios quede satisfecho (artículo 26.5).

Pues bien, del análisis de la normativa aplicable encontramos que el artículo párrafo segundo del 10.2 no es claro, mientras que el artículo 26.5 tal y como fue aprobado es disconforme con el ordenamiento jurídico, no obstante, se sugiere modificar mediante adición a efecto de adecuarlo a la normativa aplicable.

En el primero caso, el párrafo segundo del artículo 10.2 propone una cláusula contractual según la cual, se requerirá autorización de la SUTEL para ejecutar la desconexión cuando se presenten "causas ilegítimas de cumplimiento contractual".

Dicha expresión no provee claridad al texto del contrato pues, establece un criterio sujeto a consideración de las partes que no se encuentra definido en el contrato ni en la normativa aplicable.

Esta falta de claridad podría generar una situación que alguna de las partes pueda considerar como como "causa legítima" para proceder a la desconexión y que, al no estar prevista en el clausulado, se considere innecesario contar con la autorización de la SUTEL.

Tal supuesto podría referir con el artículo 5 inciso 13 del RAIRT según el cual, se entenderá por desconexión toda interrupción que se produzca al acceso o la interconexión, indistintamente de la forma o medio en que ésta se produzca; además, que las partes no están facultadas para modificar el contenido del término en la forma definida en ese instrumento reglamentario.

En esa línea, debemos recordar que dentro del régimen de acceso e interconexión, la libertad contractual se encuentra limitada por el conjunto de normas legales y reglamentarias, así como por las disposiciones regulatorias que se dicten.

Es por ello que el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones no puede ser variado ni modificado por acuerdo expreso o implícito de las partes dentro de una relación de acceso o interconexión.

Además, según se establece en la cláusula 10.1, las partes acuerdan que por ninguna razón o motivo, podrá dar lugar a la disminución, desconexión o suspensión de la interconexión ni afectar la calidad del servicio ofrecido a los usuarios, por decisión unilateral de alguna de las partes, ni por acuerdo mutuo entre ellas.

Así, no existe causa legítima o ilegítima que a criterio de las partes justifique la desconexión, de ahí que se sugiere la modificación del párrafo segundo del artículo 10.2 para que en lo sucesivo se lea:

En suma, el párrafo segundo del artículo 10.2 no resulta claro y podría avalar una situación en donde su indebida interpretación pueda referir con la definición de desconexión del artículo 5 inciso 13 del RAIRT así como a las causas que justifican la desconexión previstas en el artículo 30 del mismo reglamento.

Por lo anterior, se sugiere modificar el párrafo segundo del artículo 10.2 para que en lo sucesivo se lea:

"Las partes expresamente reconocen y aceptan que la continuidad de los servicios objeto del presente contrato, está condicionada y sujeta al pago efectivo de los mismos. En cualquier caso, discontinuar los servicios se dará previa autorización de SUTEL."

Por otra parte, sobre el artículo 26.5, del análisis de la normativa aplicable encontramos que, tal y como fue aprobado, es disconforme con el ordenamiento jurídico, no obstante, se sugiere modificar mediante adición a efecto de adecuarlo a la normativa aplicable.

Al respecto, el artículo 26.5 faculta a la otra parte para dejar de cursar el tráfico telefónico que proviene del operador que recibe el servicio, hasta que el prepago de los servicios quede satisfecho.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Recordemos que, según vimos al analizar la normativa aplicable, la desconexión solo es posible cuando se cuente con autorización expresa de la SUTEL, quien por su parte deberá valorar la concurrencia de los supuestos que la normativa describe para su procedencia.

Así, resultaría disconforme con el ordenamiento cualquier cláusula contractual que faculte a alguna de las partes para desconectar de manera unilateral, sin contar de previo a ello, con la autorización expresa por parte de la SUTEL.

No obstante, lo anterior, el propio ordenamiento concede a las partes la posibilidad de solicitar la desconexión a la SUTEL, así como la vía jurisdiccional para la reclamación de daños y perjuicios producidos en el marco de la ejecución de los acuerdos de acceso o interconexión, es por lo anterior que el artículo 28.6 no amerita su anulación, pero sí su reformulación como mecanismo de subsanación.

Con base en todo lo dicho, se propone que en lo sucesivo el artículo 28.6 se lea:

“26.5 Es entendido y aceptado de manera expresa por las Partes que si el valor del prepago se llegare a agotar, la otra Parte quedará facultada para requerir a la SUTEL la autorización para desconexión en los términos del RAIRT de conformidad con el ARTÍCULO DIEZ (10): CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS DE ACCESO E INTERCONEXIÓN.”

Por lo tanto, en relación con el segundo argumento recursivo sobre “inclusión de la cláusula 26”, con fundamento en los artículos 67 inciso a) sub inciso 11 de la Ley 8642 y los artículos 5 inciso 13), 30, 67 y 72 del RAIRT, se observan motivos para ordenar modificar los artículos 10.2 y 26.5 de la OIR de Claro CR Telecomunicaciones aprobada mediante resolución RCS-062-2019.

3.3. Tercer argumento: Sobre la “Indebida inclusión del servicio de SMS en la OIR”.

CallMyWay NY S.A. afirma que en la resolución impugnada se incluyen cargos por el servicio de mensajería SMS sobre el cual la Junta Directiva de la ARESA ya había indicado que se trata de un servicio de información que escapa a la regulación de la SUTEL.

Cita el artículo 51 de la Ley 8642 que refiere a las obligaciones a las que no están sujetos los proveedores de servicios de información.

Agrega que la ARESA definió el servicio SMS como un servicio de valor agregado al cual los operadores no están obligados a justificar sus precios de acuerdo a sus costos registrados, por lo que no procede establecer esos cargos en la OIR.

Cierra el alegato afirmando que la SUTEL carece de competencia legal para incluir ese rubro en la OIR, lo que “[...] equivaldría a un ejercicio excesivo y abusivo de las potestades regulatorias, lo cual se hace de conocimiento de la Junta Directiva de la ARESA.”

- *Criterio de la Unidad Jurídica en relación con el tercer argumento recursivo sobre “Indebida inclusión del servicio de SMS en la OIR”*

CallMyWay NY S.A. cuestiona la competencia de la SUTEL para aprobar la inclusión del servicio SMS en la OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A., pues afirma que se trata de un servicio de valor agregado que no está sujeto a regulación por parte de la SUTEL, así con base en la resolución de la Junta Directiva de la ARESA RJD-019-2013 del 04 de abril de 2013.

Pues bien, en criterio de la Unidad Jurídica, no se observa ausencia o defecto en el ejercicio de las competencias legales de la SUTEL, ni tampoco se comparten los motivos de legalidad que sustentan la apelación de la recurrente, todo con base en los siguientes motivos:

Al respecto, se tiene que mediante resolución RCS-121-2012 del 30 de marzo de 2012, la SUTEL llevó a cabo la revisión y simplificación de la estructura del pliego tarifario que se encontraba vigente en aquel momento. Esta resolución fue apelada por el señor Juan Diego Solano Henry y por el Instituto Costarricense de Electricidad, quien por su parte cuestionaba la inclusión del servicio SMS en la OIR.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

De esta forma, la Junta Directiva de la ARESEP conoció los recursos en alzada y dictó la resolución RJD-019-2013 del 04 de abril de 2013 cuyo considerando 3).c.i y 3).c.ii disponen:

[...]

i. SMS nacionales (mensajería corta prepago por mensaje y mensajería corta postpago por mensaje)

[...]

Dado que el artículo 6, inciso 25), de la Ley 8642 señala -entre otras cosas- que los servicios de información son aquellos que permiten almacenar, transformar, adquirir y hacer disponible información. Precisamente, los servicios SMS se almacenan en un centro de mensajería SMS hasta que el mensaje se entregue o se retransmita con éxito, sumado al hecho de ser un servicio homólogo al MMS según la resolución RCS-615-2009, se tiene que el servicio SMS es un servicio de información al igual que los MMS (ver Acuerdo 018-083-2011 del Consejo de la SUTEL del 9 de noviembre del 2011).

Por consiguiente, este órgano asesor considera que los servicios SMS nacionales (mensajería corta prepago por mensaje y mensajería corta postpago por mensaje), deben ser excluidos del pliego tarifario."

ii. Servicios SMS internacional, mensajería de texto (SMS) roaming internacional y roaming datos internacional

En la resolución recurrida, el Consejo de la SUTEL señaló que el no mantener la fijación tarifaria para el servicio de "Mensajería de texto (SMS) Internacional" en el segmento internacional, implicaría que esta Superintendencia no tendría control sobre los precios que aplicarían los operadores por este servicio, aun y cuando este es un servicio de telecomunicaciones, sobre el cual la SUTEL mantiene competencia regulatoria (Folio 402).

Tomando como referencia lo expuesto en el apartado anterior, considera esta asesoría que los servicios SMS internacionales no se diferencian técnicamente de los servicios SMS nacionales (mensajería corta prepago por mensaje y mensajería como postpago por mensaje), por cuanto la única diferencia entre ambos es que la red utilizada para su transmisión final pertenece a operadores internacionales. Razón por la cual no corresponden a servicios de telecomunicaciones, sino que se clasifican como servicios de información y por ende, deben ser excluidos del pliego tarifario.

Cabe mencionar que el pliego de la resolución RRG-5957-2006 contenía servicios roaming, sin embargo, a esa fecha solo existía roaming para transmisión de voz. Para dicho servicio, esa resolución indicaba que las tarifas se determinarían según las condiciones de tasación y tarifas que aplique la respectiva empresa celular portadora. Con base en lo expuesto, lleva razón el recurrente en cuanto a que dichos servicios deben excluirse del pliego tarifario.

Con base en lo anterior, en la parte dispositiva de dicha resolución se dictó:

[...]

- II. Declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RCS-121-2012 del 30 de marzo del 2012, en cuanto: a) los argumentos analizados en la sección V.3.a, de este dictamen referente a los servicios de: "Identificación del número llamante (Caller ID)", "No identificación de número llamante (No Caller ID)", y el servicio "Numero con categoría privado residencial y comercial" respectivamente; y b) En cuanto al argumento analizado en la sección V.3.c.ii de este dictamen, referente a los servicios "SMS internacional", "mensajería de texto (SMS)" roaming internacional" y "roaming datos internacional ". En los demás argumentos, se deben rechazar por el fondo.
- III. Revocar parcialmente de oficio la resolución RCS -121-2012 del 30 de marzo del 2012 y: a) excluir los servicios" mensajería corta prepago por mensaje" y "mensajería corta postpago por mensaje", por considerarse servicios de información y b) incluir el servicio" roaming internacional minuto de comunicación" (roaming voz), al tratarse de un servicio de telecomunicaciones.". (Lo resaltado no es original).

De las anteriores transcripciones, es claro que los servicios de mensajería SMS no forman ni deben formar

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

parte del pliego tarifario de los servicios sujetos a regulación por parte de la SUTEL.

No obstante, lo anterior, no se alcanza a observar relación alguna entre la naturaleza del servicio de mensajería SMS con la competencia de la SUTEL para aprobar la OIR que incluya dicho servicio. No olvidemos que esto último es precisamente el alegato de la aquí recurrente.

Para una mayor claridad, recordemos que el Régimen de Acceso e Interconexión tiene como objetivo garantizar el acceso y la interconexión de redes públicas de telecomunicaciones, a fin de procurar la eficiencia, la competencia efectiva y la optimización del uso de los recursos escasos, todo en procura de un mayor beneficio para los usuarios.

Es por eso que la Ley obliga a la SUTEL a garantizar que el acceso y la interconexión sean provistos de manera oportuna y en términos y condiciones no discriminatorias, razonables, transparentes, proporcionadas al uso y sin implicar más que lo necesario para la buena operación del servicio previsto (Ley 8642, artículo 59).

De esta forma, la Oferta de Interconexión de Referencia surge dentro del ordenamiento como una obligación que pesa únicamente sobre aquellos operadores o proveedores a los que la SUTEL les imponga dicha obligación según su posición o condición en que participan en el mercado, y consiste en un documento en el que se establecen las condiciones técnicas, económicas y jurídicas con las que un operador o proveedor ofrece el acceso y la interconexión, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y no discriminación, a fin de evitar que los operadores parte de la relación de acceso e interconexión paguen por recursos innecesarios para el servicio requerido (RAIRT, artículo 5 inciso 24 y artículo 58).

Valga agregar que es el propio ordenamiento jurídico el que describe las condiciones técnicas, económicas y jurídicas que deben estar contempladas en el texto de la Oferta de Interconexión de Referencia, entre las que se encuentran la descripción, características y condiciones de todos los servicios de acceso o interconexión ofrecidos, así como los cargos desagregados del acceso o la interconexión (RAIRT, artículo 59 incisos a) y f).

Como puede observarse, la Oferta de Interconexión de Referencia no es una fijación tarifaria al cual deberán someterse todas las relaciones de acceso e interconexión, sino que es la oferta comercial que debe presentar aquel operador o proveedor obligado incorporando en ella todos los servicios de acceso e interconexión que presta.

Esta oferta, manda el ordenamiento, una vez presentada debe ser aprobada por el organismo regulador (RAIRT, artículo 58 párrafo segundo).

Por último, dado que se trata de una referencia, el ordenamiento concede a las partes la posibilidad de alcanzar acuerdos de acceso e interconexión sea bajo condiciones técnicas, económicas o jurídicas distintas a las aprobadas en la Oferta de Referencia acordadas partir del ejercicio de su libertad contractual, o bien mediante la aceptación pura y simple de esos términos y condiciones establecidos en esa oferta de referencia; en cualquier caso, apegados al marco jurídico que regula las relaciones de acceso e interconexión⁶ (Ley 8642, artículo 60; RAIRT, artículos 42, 58 párrafo segundo, 60, 62, 63).

Con base en las normas antes referidas se tiene que la Oferta de Interconexión de Referencia no es un acto de fijación tarifaria, sino que, una vez aprobado por la SUTEL, consiste en una referencia comercial de los términos y condiciones con los que el operador obligado ofrece servicios de acceso e interconexión, todo para el cumplimiento de los objetivos de eficiencia, competencia efectiva y optimización de los recursos escasos que rigen el régimen de acceso e interconexión.

Hasta este punto, todo lo anteriormente dicho permite afirmar que es obligación de la SUTEL aprobar o modificar la Oferta de Interconexión de Referencia que presenten los operadores o proveedores obligados, la cual a su vez deberá incluir todos los servicios de acceso e interconexión que brinda aquel operador o proveedor.

En el caso concreto, la parte recurrente acusa incompetencia para aprobar la inclusión del servicio de mensajería SMS que, como vimos, no está sujeto a regulación tarifaria.

⁶ Ver resolución del Consejo de la SUTEL RCS-200-2019 del 08 de agosto de 2019.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Cita como fundamento que el artículo 51 de la Ley 8642 que excluye a los proveedores de servicios de información de las obligaciones de a) proveer esos servicios de forma general, b) justificar sus precios de acuerdo a sus costos, c) dar acceso e interconexión a sus redes a cualquier cliente particular para el suministro de esos servicios y d) de ajustarse a las normas y regulaciones técnicas para la interconexión, salvo cuando se trate de interconexión con redes públicas de telecomunicaciones.

Sin embargo, el recurrente omite citar el contenido del párrafo segundo del mismo numeral que literalmente dice:

“La SUTEL podrá imponer a los proveedores de servicios de información las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo, cuando determine que esto se requiere para corregir una práctica monopólica, promover la competencia o resguardar los derechos de los usuarios.”

Precisamente, en el año 2016 la SUTEL llevó a cabo la revisión de los mercados relevantes del sector telecomunicaciones; en el marco de dicho proceso, al analizar el mercado de terminación móvil la SUTEL resolvió que Claro CR Telecomunicaciones S.A., Telefónica de Costa Rica TC S.A. y al Instituto Costarricense de Electricidad tenían la obligación de presentar una Oferta de Interconexión de Referencia que incluyera todos los servicios de acceso e interconexión que brindan, incluyendo los servicios de mensajería SMS.

Así, mediante resolución RCS-264-2016 del 23 de noviembre de 2016, la SUTEL consideró en relación con el servicio de mensajería SMS:

“Hay un elemento central que debe ser tenido en cuenta en el caso de la terminación de comunicaciones en las redes móviles, el cual se refiere al hecho de que en una red móvil tiene la posibilidad tecnológica de ofrecer el servicio de terminación para dos tipos de comunicaciones diferentes, a saber: llamadas de voz y mensajes de texto. Siendo que para el usuario final minorista es importante cursar ambos tipos de comunicaciones entre dos redes que se encuentran interconectadas, por lo cual a su vez operador móvil debe ofrecer la terminación móvil para ambos tipos de comunicaciones.

En ese sentido, los servicios mayoristas deben replicar la estructura minorista que, como ya fue desarrollado, se configura como un único mercado de servicios móviles. Por lo cual, a nivel mayorista se debe ofrecer la terminación móvil tanto para llamadas como para SMS, ya que el operador a nivel minorista le presta al usuario final todos los servicios móviles y no únicamente las llamadas o los mensajes de texto (SMS y MMS).

Otro elemento a ser tenido en cuenta es que los OMV que actualmente operan en el país, al no ser OMV completos¹, no forman parte de este mercado relevante ya que carecen de una infraestructura de red propia que les permita interconectarse con otros operadores, con lo cual no pueden por sí mismos definir las condiciones de prestación del servicio de terminación de forma independiente a su OMR anfitrión.”

En el mismo acto, al justificar la obligación de presentar la OIR incluyendo el servicio de mensajería SMS consideró:

“La Oferta de Interconexión por Referencia es un instrumento que busca facilitar las negociaciones de interconexión entre los restantes operadores del mercado y los operadores importantes de cada mercado de terminación móvil. Esta obligación permite acelerar las negociaciones entre operadores y proveedores, lo que lleva a generar transparencia en cuanto a las condiciones que se ofrecen para el servicio de terminación tanto para llamadas como para SMS.

Esta obligación debe cumplirse en los términos de lo establecido en los artículos 58 y 59 del Reglamento de Acceso e Interconexión de la Redes de Telecomunicaciones. A su vez dicha Oferta estará sujeta a las observaciones y modificaciones que sean señaladas por la Sutel durante el proceso de revisión, así como la que se determine vía resolución. La OIR debe estar lo suficientemente desglosada y ser clara en los aspectos, técnicos, económicos, jurídicos y de procedimiento. Es deber de cada operador importante mantener actualizada la OIR. Una vez que la OIR haya sido aprobada por la SUTEL esta se deberá publicar en el diario oficial La Gaceta y el operador deberá ponerla a disposición en su página web.”

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Con base en lo anterior, dispuso en el Por Tanto 20.i:

[...]

20. IMPONER al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, a CLARO CRELECOMUNICACIONES S.A. y a TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. las siguientes obligaciones como instrumentos que buscan eliminar los problemas de competencia encontrados en los mercados relevantes del servicio mayorista de terminación en las redes móviles individuales:

[...]

- i. Suministrar una Oferta de Interconexión por Referencia (OIR), suficientemente desglosada, que contenga los puntos de acceso e interconexión y las demás condiciones técnicas, económicas y jurídicas, que sirvan como marco de referencia para el establecimiento de acuerdos de interconexión o resoluciones de la Sutel. La OIR deberá ser aprobada por la Sutel, la cual podrá efectuar modificaciones, enmiendas o aclaraciones para el cumplimiento de los principios y objetivos de esta Ley.

La Oferta de Interconexión por Referencia es un instrumento que busca facilitar las negociaciones de interconexión entre los restantes operadores del mercado y los operadores importantes de cada mercado de terminación móvil. Esta obligación permite acelerar las negociaciones entre operadores y proveedores, lo que lleva a generar transparencia en cuanto a las condiciones que se ofrecen para el servicio de terminación tanto para llamadas como para SMS.

[...]"

De esta forma, en el marco de la revisión de los mercados relevantes, en particular el mercado de servicio mayorista de terminación en redes móviles individuales y a efectos de la prevención y promoción de la competencia, la SUTEL impuso a Claro CR Telecomunicaciones S.A., Telefónica de Costa Rica TC S.A. y al Instituto Costarricense de Electricidad la obligación de presentar una Oferta de Interconexión de Referencia suficientemente desglosada, incluyendo todos los servicios de acceso e interconexión que brinda, sin excluir de ellos el servicio de mensajería SMS, lo cual encuentra sustento en el párrafo segundo del artículo 51 de la Ley 8642 antes transcrito.

En resumen, el ordenamiento impone a la SUTEL la obligación de aprobar las Ofertas de interconexión de Referencia que le presenten los operadores y proveedores obligados, y en el caso concreto, Claro CR Telecomunicaciones S.A., Telefónica de Costa Rica TC S.A. y al Instituto Costarricense de Electricidad están obligados a presentar una OIR suficientemente desglosada incluyendo todos los servicios de acceso e interconexión que brindan, entre ellos los servicios de mensajería SMS.

Con base en todo lo anterior, se concluye que la SUTEL ha ejercido correctamente su competencia para la aprobación de la OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A. y no se observa infracción al ordenamiento jurídico en cuanto a la inclusión del servicio de mensajería SMS en su OIR, esto sin perjuicio de que se trate de un servicio que por su naturaleza no se encuentre sujeto a regulación tarifaria.

Así las cosas, en relación con los alegatos sobre la "Indebida inclusión del servicio de SMS en la OIR", lo dispuesto en resolución impugnada se dicta con fundamento los artículos 51, 59 y 60 de la Ley 8642, artículos 5, 24, 42, 58, 59 incisos a) y f), 60, 62 del RAIRT y la resolución RCS-264-2016 del 23 de noviembre de 2016, no se observa ausencia o insuficiencia en la motivación del acto impugnado; tampoco se observa disconformidad alguna con el ordenamiento jurídico o necesidad, conveniencia o mérito que obligue o justifique su revocatoria, modificación o extinción en la forma pretendida por el recurrente.

3.4. Cuarto argumento: "Falta de fundamentación sobre aplicación del modelo de costos de interconexión a red móvil".

CallMyWay NY S.A. alega que la resolución impugnada carece de fundamentación en cuanto a la aplicación del modelo de costos utilizado por la SUTEL.

Afirma que, con ese acto, la SUTEL aprobó rubros 222% más altos que los cargos vigentes para el operador

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

histórico (ICE), en contra de cualquier tendencia internacional.

En su recurso se refiere al caso particular del cargo de originación y terminación móvil, que sufrió un aumento en relación con el precio que había sido establecido en la OIR aprobada mediante resolución RCS-244-2016.

Agrega que, según la SUTEL, los cargos aprobados en la resolución RCS-244-2016, fueron establecidos con base en la metodología aprobada en la resolución RCS-137-2010 que a la fecha se encuentra vigente y firme.

Al respecto señala:

"No obstante, de la Resolución impugnada no es posible entender el origen de la diferencia absolutamente desproporcionada entre los 4.09 vigentes para el ICE desde el primero de enero de 2019 (RCS-244-2016) y los 13.18 aprobados por la SUTEL para el cargo de terminación móvil en la red de Claro."

Sobre ese aumento, opina que la falta de fundamentación y transparencia genera dudas sobre la labor de los equipos técnicos de la SUTEL y cuestiona su rigurosidad técnica a la hora de la aplicación de la metodología vigente.

Sobre la base de ese alegato por falta de fundamentación, considera que existe un motivo de nulidad del acto impugnado.

- *Criterio de la Unidad Jurídica en relación con el cuarto argumento recursivo sobre "Falta de fundamentación sobre aplicación del modelo de costos de interconexión a red móvil".*

CallMyWay NY S.A acusa falta de fundamentación sobre la aplicación del modelo de costos empleado por la SUTEL para la determinación de los costos de interconexión a la red móvil.

En su alegato, la empresa recurrente cuestiona la comparación entre la OIR del ICE aprobada mediante resolución RCS-244-2016 y la ahora aprobada a Claro CR Telecomunicaciones S.A. mediante resolución RCS-062-2019, a partir de la aplicación de la metodología y la ejecución del modelo de costos, más no señala los elementos que considera ausentes de la fundamentación técnica dada.

Pues bien, se debe aclarar que la resolución RCS-244-2016 solo aplica para el Instituto Costarricense de Electricidad, sin que lo ahí dispuesto alcance para ser aplicado a la OIR de Claro CR Telecomunicaciones S.A. o sus relaciones de acceso e interconexión.

En todo caso, en los antecedentes a la resolución RCS-244-2016 se tiene que los costos empleados en aquel análisis fueron determinados por medio de un benchmarking internacional, esto en razón de la omisión por parte del ICE de aportar la información que le fue requerida.

Ahora, durante el análisis de la OIR presentada por Claro CR Telecomunicaciones S.A., se utilizó la información que fue aportada por todos los operadores en la forma en que fue solicitada por la Sutel, lo que permitió actualizar la base de costos para con el objetivo de modelar la realidad del mercado nacional.

Lo anterior corresponde a la metodología aprobada por la Sutel así como a la práctica internacional en el sentido que las estimaciones deben hacerse con base en los costos reales de los operadores.

Pues bien, la actualización de la base de costos, se realizó el análisis considerando además la demanda de los servicios, el costo promedio ponderado de capital (WACC), el tipo de cambio, entre otras, lo que dio como resultado el precio de 13,18 aprobado.

Todo lo anterior se encuentra en el informe de la Dirección General de Mercados en su oficio 02286-SUTEL-DGM-2019, en su anexo denominado "Estimación de los cargos de terminación de voz móvil en el marco de la Oferta de Interconexión por Referencia (OIR)", paginas 35,36, 37, 40, 41 y 44).

Se observa por tanto que lo dispuesto en la resolución impugnada se encuentra debidamente fundamentado y que esta fundamentación forma parte del sustento dado en la resolución impugnada.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Por lo tanto, en relación con los alegatos sobre la “Falta de fundamentación sobre aplicación del modelo de costos de interconexión a red móvil”, no se observa ausencia o insuficiencia en la motivación del acto impugnado; tampoco se observa disconformidad alguna con el ordenamiento jurídico o necesidad, conveniencia o mérito que obligue o justifique su revocatoria, modificación o extinción en la forma pretendida por el recurrente.

3.5. Quinto argumento: “No inclusión de gradualidad en la implementación de los cargos de la OIR”.

CallMyWay NY S.A. transcribe los párrafos primero y tercero del Considerando SEGUNDO punto III de la resolución RCS-244-2016 (Expediente OT-0149-2011, folios 2915-2916), en los que se justifica la aplicación del ajuste paulatino del cargo de originación y terminación móvil, así con base en la práctica internacional.

Señala que en esa oportunidad, la SUTEL estableció la aplicación de los cargos de interconexión de manera gradual (para el 2016 el cargo sería de ¢4,71; para 2017 el cargo sería de ¢4,43 y para el 2018 el monto sería de ¢4,09).

Agrega que se aplicó la práctica internacional que dicta que el ajuste se debe realizar de forma paulatina y se ordenó aplicarlos a partir de ¢17,95 con una reducción del 26% anual, de la siguiente manera:

- Del 01 de enero de 2017: ¢13,33
- Del 01 de enero de 2018: ¢8,71
- Del 01 de enero de 2019: ¢4,09

Como argumento de su alegato, plantea que en la resolución impugnada, la SUTEL no establece el glide path para aplicar el incremento en el cargo de terminación en forma gradual.

Considera que, contrario a la práctica internacional, en la resolución RCS-062-2019 se establece el cargo de interconexión a redes celulares en ¢13,18, lo que corresponde a un ajuste del 222% respecto del cargo vigente desde enero de 2019 para el ICE según .

Finaliza diciendo:

“Por ende, en atención del principio de no discriminación, la SUTEL debe conceder a los operadores - como mínimo-, la misma gradualidad y proporcionalidad que confirió al operador incumbente tras la aprobación de su OIR en el año 2016”.

- *Criterio de la Unidad Jurídica en relación con el quinto argumento recursivo sobre “No inclusión de gradualidad en la implementación de los cargos de la OIR”*

CallMyWay NY S.A. cuestiona que en la resolución RCS-062-2019 aquí impugnada, no se ordena la vigencia de la tarifa en forma gradual en el tiempo; además, señala una omisión de la SUTEL en relación con la tendencia internacional de disminución de precios de acceso e interconexión.

Sobre el reclamo por no inclusión del glide path, es preciso señalar que, de acuerdo con la práctica internacional⁷, la gradualidad en la variación de los cargos de la OIR solo aplica a los operadores declarados como importantes, los cuales ostentan no solo una alta cuota de mercado, sino que absorben la mayor cantidad del tráfico de terminación del mercado, lo que trae como consecuencia que el cambio que se vaya a efectuar en el cargo impacte de manera considerable en los ingresos de ese operador.

Es por ello que en la resolución RCS-244-2016, la Sutel consideró necesario establecer un periodo de ajuste o glide path para el operador al que se le aprobaron los cargos de acceso e interconexión, tomando en cuenta la proporción de la reducción del precio.

En ese sentido, no se cuenta con elemento técnico que justifique la aplicación de un glide path en caso de aumento de los cargos de acceso e interconexión contenido en la nueva OIR aprobada.

⁷ Fuente: Contratación N° 2014LA000001-SUTEL. http://62.97.113.75/wiki/Price_cap-Glide_Path

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Por otra parte, CallMyWay NY S.A. compara los precios de la OIR del ICE aprobada en resolución RCS-244-2016 con los precios de la OIR de Claro CR Telecomunicaciones aprobada en la resolución aquí impugnada, de ahí que afirma que existe un aumento en el precio aprobado.

No obstante, los precios de acceso e interconexión de las Ofertas de Interconexión de Referencia aprobados en resoluciones RCS-061-2019, RCS-062-2019 y RCS-063-2019, son inferiores a los cargos negociados que actualmente rigen en las relaciones de acceso e interconexión vigentes.

Así, las condiciones actuales del mercado no evidencian la necesidad de establecer un glide path para la aplicación de los cargos de las OIR aprobadas en las resoluciones RCS-061-2019, RCS-062-2019 y RCS-063-2019.

En suma, no se observa error, omisión o inconsistencia entre lo ordenado en la resolución RCS-244-2016 y la ahora impugnada resolución RCS-062-2019.

Por lo tanto, en relación con los alegatos sobre la "No inclusión de gradualidad en la implementación de los cargos de la OIR", no se observa ausencia o insuficiencia en la motivación del acto impugnado; tampoco se observa disconformidad alguna con el ordenamiento jurídico o necesidad, conveniencia o mérito que obligue o justifique su revocatoria, modificación o extinción en la forma pretendida por el recurrente.

SEGUNDO: Que, de conformidad con los anteriores resultandos y considerandos, este Consejo, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de sus funciones, acuerda:

POR TANTO

Con fundamento en el artículo 75 de la Ley 7593, los artículos 51, 59, 60, 67 inciso a) sub inciso 11 de la Ley 8642 y los artículos 5, 24, 30, 42, 58, 59, 60, 62, 67 y 72 del RAIRT y la resolución RCS-264-2016 del 23 de noviembre de 2016 y demás normativa de general y pertinente aplicación:

**EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
RESUELVE**

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso de reposición interpuesto por CallMyWay NY S.A. en su escrito 65-CMW-2019 (NI-04849-2019) contra la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-062-2019 del 04 de abril de 2019.

SEGUNDO: Modificar el párrafo segundo del artículo 10.2 de la OIR aprobada mediante resolución RCS-062-2019 para que en lo sucesivo de la siguiente manera:

"Las partes expresamente reconocen y aceptan que la continuidad de los servicios objeto del presente contrato, está condicionada y sujeta al pago efectivo de los mismos. En cualquier caso, discontinuar los servicios se dará previa autorización de SUTEL."

TERCERO: Modificar el artículo 26.5 de la OIR aprobada mediante resolución RCS-062-2019, para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

"26.5 Es entendido y aceptado de manera expresa por las Partes que si el valor del prepago se llegare a agotar, la otra Parte quedará facultada para requerir a la SUTEL la autorización para desconexión en los términos del RAIRT de conformidad con el ARTÍCULO DIEZ (10): CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS DE ACCESO E INTERCONEXIÓN."

CUARTO: Dar por agotada la vía administrativa.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE**

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

3.3 Informe sobre el recurso de reposición interpuesto por CALLMYWAY contra la RCS-063-2019.

Procede la Presidencia a presentar el oficio 10603-SUTEL-UJ-2019 del 26 de noviembre de 2019, mediante el cual la Unidad Jurídica traslada los resultados del análisis al recurso de reposición interpuesto por CALLMYWAY contra la RCS-063-2019.

La funcionaria Brenes Akerman manifiesta que los argumentos de este recurso son idénticos a los del punto anterior, solamente cambia el operador al cual se le autorizó la OIR, por lo tanto, la recomendación es modificar el artículo 28.6 de la OIR aprobada mediante resolución RCS-063-2019, para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

"28.6 Es entendido y aceptado de manera expresa por las Partes que, si el valor del prepago se llegare a agotar, la Parte que presta el servicio queda plenamente facultada para requerir a la SUTEL la autorización para desconexión en los términos del RAIRT de conformidad con el ARTÍCULO DIEZ (10): CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS DE ACCESO E INTERCONEXIÓN."

Añade que los argumentos fueron analizados con personeros de la Dirección General de Mercados para asegurar que la parte técnica esté completamente consolidada y que no haya ningún tipo de duda al respecto.

La Presidencia consulta a los señores Asesores si tienen alguna observación, pregunta o advertencia referente a lo antes anotado, señalando no tener observaciones.

La Presidencia consulta a los señores Miembros de Consejo si desean referirse al tema, a lo que señalan que no tienen observaciones.

Mariana Brenes hace ver al Consejo la conveniencia de atender este tema a la brevedad, por lo que recomienda adoptar el acuerdo correspondiente con carácter de firme, de conformidad con lo que establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública.

La Presidencia somete a votación la propuesta de resolución que se tiene a la vista, y con base en el contenido del oficio 10603-SUTEL-UJ-2019 y la explicación brindada por la funcionaria Brenes Akerman, los Miembros del Consejo resuelven por unanimidad:

ACUERDO 005-079-2019

1. Dar por recibido el oficio 10603-SUTEL-UJ-2019 del 26 de noviembre de 2019, mediante el cual la Unidad Jurídica traslada los resultados del análisis al recurso de reposición interpuesto por CALLMYWAY contra la RCS-063-2019.
2. Emitir la siguiente resolución:

RCS-323-2019

**RECURSO DE REVOCATORIA O REPOSICIÓN PRESENTADOS POR CALLMYWAY NY S.A.
CONTRA LA RESOLUCIÓN RCS-063-2019 DEL 04 DE ABRIL DE 2019 (NI-04850-2019)**

EXPEDIENTE: T0053-STT-INT-01599-2017

RESULTANDO

1. Por resolución RCS-264-2016 del 23 de noviembre del 2016, el Consejo de la SUTEL realizó la "Revisión del mercado del servicio mayorista de terminación en redes móviles individuales, análisis

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

de grado de competencia en dicho mercado, declaratoria de operadores importantes e imposición de obligaciones”, con la cual definió el mercado mayorista de terminación en redes móviles individuales, declaró que el ICE, Claro CR Telecomunicaciones S.A. y Telefónica de Costa Rica TC S.A. poseen poder sustancial en dicho mercado y les ordenó suministrar una Oferta de Interconexión de Referencia (OIR), para lo cual le concedió un plazo de nueve meses (*Expediente GCO-DGM-MRE-01553-2016, Folios 2447-2496 -Ver Por Tanto 13, 14, 15, 16, 20.i*).

2. Por acuerdo 028-068-2017 alcanzado en sesión ordinaria 068-2017 celebrada el 20 de setiembre de 2017, el Consejo de la SUTEL requirió a Telefónica de Costa Rica TC S.A. hacer entrega en tiempo y forma de la OIR en la cual debía incluir los servicios en los que fue declarado como operador importante de acuerdo con la resolución RCS-264-2016. (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 03-05*).
3. En escrito presentado vía correo electrónico el día 06 de agosto de 2018 (NI-03637-2018) Telefónica de Costa Rica TC S.A. presentó su OIR (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 06-07*).
4. Mediante oficio 02898-SUTEL-DGM-2018 del 20 de abril de 2018, la Dirección General de Mercados solicitó a Telefónica de Costa Rica TC S.A. aclarar la información suministrada en relación con el modelo de interconexión y la oferta de interconexión, para lo cual se le concedió el plazo de diez días (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 08-15*).
5. Por resolución RCS-193-2018 del 17 de mayo de 2018, el Consejo de la Sutel declaró confidencial el archivo electrónico formato en Excel que contiene el Modelo de Costos de Interconexión aportado como anexo en el NI-03637-2018 (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 24-31*).
6. Mediante oficio 03905-SUTEL-DGM-2018 del 21 de mayo de 2018, la Dirección General de Mercados emitió recordatorio a Telefónica de Costa Rica TC S.A. para cumplimiento de lo prevenido mediante oficio 02898-SUTEL-DGM-2018 (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 32-38*).
7. En escrito presentado vía correo electrónico el día 08 de junio de 2018 (NI-06106-2018) Telefónica de Costa Rica TC S.A. respondió al requerimiento hecho por la Dirección General de Mercados en su oficio 02898-SUTEL-DGM-2018 (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 39-45*).
8. Mediante oficio 05455-SUTEL-DGM-2018 del 06 de julio de 2018, la Dirección General de Mercados solicitó a Telefónica de Costa Rica TC S.A. aportar información adicional en relación con el modelo de interconexión, el modelo de contrato de acceso e interconexión para los servicios de voz en la red móvil y terminación de mensajería corta en red móvil, el procedimiento de pruebas de interoperabilidad y sobre los precios por los servicios de conexión (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 46-53*).
9. En escrito presentado vía correo electrónico el día 15 de octubre de 2018 (NI-10567-2018) Telefónica de Costa Rica TC S.A. aportó una segunda versión del modelo de contrato de interconexión por la Dirección General de Mercados en su oficio 02898-SUTEL-DGM-2018 (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 54*).
10. Mediante oficio 009118-SUTEL-DGM-2018 del 31 de octubre de 2018, dirigido al Consejo de la SUTEL, la Dirección General de Mercados revisó la OIR presentada por Telefónica de Costa Rica TC S.A. y señaló las objeciones y cambios que debían ser subsanados para su respectiva revisión y aprobación (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 55-81*).
11. Por acuerdo 017-075-2018 alcanzado en sesión ordinaria 075-2018 celebrada el 15 de noviembre de 2018, el Consejo de la SUTEL instruyó a la Dirección General de Mercados proceder con la

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

notificación del oficio en que señala objeciones y cambios recomendados a la OIR de Telefónica de Costa Rica TC S.A. (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 107-109*)

12. Mediante oficio 009656-SUTEL-DGM-2018 del 20 de noviembre de 2018, dirigido al Telefónica de Costa Rica TC S.A., la Dirección General de Mercados señaló las objeciones y cambios recomendados a la OIR de Telefónica de Costa Rica TC S.A. que debían ser subsanados para su respectiva revisión y aprobación (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 82-106*).
13. Mediante oficio 10478-SUTEL-DGM-2018 del 18 de diciembre de 2018, la Dirección General de Mercados emitió recordatorio a Telefónica de Costa Rica TC S.A. para cumplimiento de lo prevenido mediante oficio 09656-SUTEL-DGM-2018 (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 112-118*).
14. En escrito presentado vía correo electrónico el día 19 de diciembre de 2018 (NI-13138-2018), Telefónica de Costa Rica TC S.A. presentó las aclaraciones que le fueron requeridas mediante oficio 10478-SUTEL-DGM-2018 (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 110-111*).
15. En escrito presentado vía correo electrónico el día 16 de enero de 2019 (NI-00465-2019), Telefónica de Costa Rica TC S.A. presentó su OIR modificada según le fuera requerido mediante oficio 09656-SUTEL-DGM-2018 (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 119-120*).
16. En escrito presentado vía correo electrónico el día 16 de enero de 2019 (NI-13138-2018), Telefónica de Costa Rica TC S.A. presentó las aclaraciones que le fueron requeridas mediante oficio 10478-SUTEL-DGM-2018 (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 110-111*).
17. Mediante oficio 02224-SUTEL-DGM-2019 del 13 de marzo de 2019, la Dirección General de Mercados emitió su informe de revisión de la OIR de Telefónica de Costa Rica TC S.A. (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 133-178*).
18. Por resolución RCS-063-2019 del 04 de abril de 2019, el Consejo de la SUTEL aprobó la OIR de Telefónica de Costa Rica TC S.A. (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 179-192*).
19. Que la resolución RCS-063-2019 fue publicada en el diario oficial La Gaceta del 23 de abril de 2019 en su Alcance número 86 (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 121-132*).
20. En escrito 67_CMW_2019 presentado el día 26 de abril de 2019 (NI-04850-2019), CallMyWay NY S.A. interpuso recurso de revocatoria o reposición contra la resolución RCS-063-2019 (*Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 193-199*).
21. En escrito 68-CMW-2019 presentado el 26 de abril de 2019 (NI-04851-2019), CallMyWay NY S.A. presentó una ampliación a los recursos de revocatoria o reposición interpuestos contra las resoluciones RCS-061-2019, RCS-062-2019 y RCS-063-2019 (*Expediente T0053-STT-INT-01599-2017, folios 200-209*).
22. Que mediante oficio 10603-SUTEL-UJ-2019 del 26 de noviembre de 2019, la Unidad Jurídica rindió su informe respecto del recurso que se analiza.
23. Se han realizado las diligencias necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Para efectos de resolver el presente asunto, este órgano decisor acoge en su totalidad el criterio jurídico contenido en el oficio número 10603-SUTEL-UJ-2019 del 26 noviembre de 2019, y del cual se extrae lo siguiente:

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

[...]

3. ANÁLISIS DE FORMA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR CALLMYWAY NY S.A.

2.1. Naturaleza de los recursos

Se atiende el recurso de revocatoria o reposición interpuesto por CallMyWay NY S.A. (NI-04850-2019) contra la resolución RCS-063-2019 del 04 de abril de 2019, la cual es acto final del procedimiento, así según lo dispuesto en los numerales 343 y 345 de la Ley General de la Administración Pública, Ley 6227.

2.2. Legitimación de CallMyWay NY S.A.

Del apartado de antecedentes se desprende que la resolución RCS-063-2019 impugnada fue dictada dentro del procedimiento de aprobación de la OIR de Telefónica de Costa Rica TC S.A., la cual fue presentada para tales efectos en cumplimiento de lo dispuesto en resolución RCS-264-2016 del 23 de noviembre del 2016.

Por otra parte, se tiene que CallMyWay NY S.A. es un operador y proveedor de servicios de telecomunicaciones que mantiene relaciones de acceso e interconexión con diferentes proveedores de servicios mayoristas.

No se tiene registro de existencia de relación de acceso e interconexión entre CallMyWay NY S.A. y Telefónica de Costa Rica TC S.A.; no obstante, nada impide que dichas empresas puedan llegar a formalizar una relación de acceso e interconexión en el futuro, esto en razón de la actividad que realizan cada una de ellas.

Por lo anterior se considera que CallMyWay NY S.A. tiene un interés directo en las resultas del presente procedimiento, de ahí que se considera legítimo para interponer el recurso que se conoce, así conforme con lo dispuesto en el artículo 275 de la Ley 6227.

2.3. Temporalidad del recurso

Según se vio en los antecedentes, la resolución impugnada fue publicada en el Alcance del Diario Oficial la Gaceta número 86 del 23 de abril de 2019 (Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 121-132).

Por su parte, se tiene que CallMyWay NY S.A. presentó su recurso el día 26 de abril de 2019 (Expediente C0262-STT-INT-1600-2017, folios 193-199).

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación de la resolución impugnada y la fecha de presentación de los recursos por CallMyWay NY S.A., se constata que fueron presentados dentro del plazo legal establecido en el numeral 346 de la Ley 6227.

2.4. Representación del recurrente

En las presentes gestiones recursivas, la representación de CallMyWay NY S.A. la ejerce el señor Ignacio Prada Prada en calidad de apoderado.

Al respecto, en el expediente C0059-STT-INT-OT-0020-2010 consta certificación literal de personería de la empresa CallMyWay NY S.A., cédula jurídica 3-101-334658, donde se indica que la representación judicial y extrajudicial le corresponde al presidente y al secretario, quienes tendrán facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, actuando conjunta o separadamente (Expediente C0059-STT-INT-OT-0020-2010, folio 1922).

En el mismo documento se certifica que el señor Prada Prada ocupa el cargo de presidente dentro de la junta directiva de la empresa.

Así, con vista en los documentos con los que cuenta la SUTEL, se tiene que CallMyWay NY S.A. se encuentra debidamente representada por el señor Ignacio Prada Prada dentro de la presente gestión recursiva.

2.5. Pretensión recursiva

En el recurso de revocatoria o reposición contenida en el escrito 67-CMW-2019 (NI-04850-2019), CallMyWay

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

NY S.A. pretende:

"Expuesto lo anterior, solicito respetuosamente al Consejo de la Sutel, revocar totalmente la Resolución RCS-063-2019 impugnada, y enmendar los puntos indicados, fundamentando la aplicación de la metodología, aplicando la experiencia y tendencia internacionales, y eliminando toda disposición contraria al marco normativo vigente.

Concretamente, ruego al Consejo de la SUTEL:

1. Establecer los cargos de interconexión basados en la realidad y condiciones actuales de mercado (el cual no opera de manera "balanceada"); y ajustándolos a la metodología aprobada, orientado a costos conforme lo exige la Ley, y acorde con la tendencia de reducción internacional y los cargos vigentes en países con mercados similares, como avalara oportunamente en la RCS-244-2016 aplicable al ICE.
2. Eliminar la cláusula 26 de la RCS-063-2019 por resultar contraria a lo previsto en el artículo 72 del RAIRT y 67-a-11 de la Ley General de Telecomunicaciones, recordando expresamente la prohibición a reducir, suspender o desconectar bajo cualquier circunstancia la interconexión;
3. Excluir la regulación del servicio SMS de la OIR, por resultar un servicio de valor agregado cuya fijación de cargos escapa a las competencias de la SUTEL."

A partir de las pretensiones recursivas transcritas, el análisis de los argumentos planteados estará dirigido a determinar si el acto impugnado se encuentra viciado absoluta o relativamente, así como a verificar la necesidad, conveniencia o mérito que obligue o justifique su revocatoria, modificación o extinción en la forma pretendida por el recurrente

3. ANALISIS POR EL FONDO DE LOS ARGUMENTOS RECURSIVOS Y CRITERIO DE LA UNIDAD JURÍDICA

Nos referimos a continuación a los argumentos de revocatoria o reposición planteados por CallMyWay NY S.A. y de seguido se expone el criterio de la Unidad Jurídica sobre cada uno de ellos.

3.1. Primer argumento: "Estimación de los precios de la OIR bajo asunciones erróneas"

CallMyWay NY S.A. presenta una transcripción del punto IV del Considerando TERCERO de la resolución impugnada que dice:

"Que en cuanto al modelo utilizado suministrado adjuntados como parte de la OIR de TELEFÓNICA para estimar los cargos de interconexión se determinó que este cumple con lo estipulado en la resolución RCS-137-2010, la cual establece la metodología para determinar este tipo de cargos. Sin embargo, dadas las condiciones actuales del mercado en donde los operadores móviles poseen tráficos de terminación balanceados, así como alrededor de ocho años de haber iniciado operaciones Claro y Telefónica con cuotas de mercado superiores al 20%, la regulación que se estaría implementado para este tipo de cargos a criterio de esta Sutel es una regulación simétrica. Lo anterior, con base en las competencias otorgadas por Ley a esta Superintendencia en materia de acceso e interconexión, así como en lo definido en el anexo N° 1 del informe 02224-SUTEL-DGM-2019, donde la Dirección General de Mercados estimó los cargos de terminación (voz y SMS) con el modelo propio, el cual está fundamentado en las premisas y modificaciones que se detallan en dicho informe. En ese sentido, el Consejo de la SUTEL avala la posición de la DGM, entendiendo que dicha decisión resulta ser lo más razonable y adecuado al interés general y en las actuales condiciones del mercado."

Luego, mezcla sus opiniones particulares con transcripciones parciales de diferentes apartados de la resolución y en conjunto formula el siguiente alegato:

"La Dirección General de Mercados y por ende el Consejo de la Superintendencia de Comunicaciones [SIC] comente simplificaciones extremas al asumir que los únicos actores en el mercado de terminación en la red celular son los tres operadores declarados "importantes", ignorando completamente la participación en dicho mercado de la totalidad de la red fija del ICE, la de todos los operadores de telefonía IP y del tráfico internacional entrante, por ende la premisa:

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

“dadas las condiciones actuales del mercado en donde los operadores móviles poseen tráficos de terminación balanceados”

Que le permite concluir a la DGM y por ende al Consejo, que:

“la regulación se estaría implementando para este tipo de cargos, a criterio de esta SUTEL es una regulación simétrica”

Y que, por ende:

*“resulta ser lo más razonable y adecuado el interés general y en las actuales condiciones de mercado”
Es absolutamente discriminatoria, evidenciando ignorancia respecto de las condiciones generales del mercado, como si en el mercado de tráfico de terminación hacia redes celulares únicamente participaran los tres operadores dominantes.”*

Finalmente, pide que se revoque la resolución impugnada y en su lugar:

“[...] eliminar este tipo de análisis infundados, y reformular el estudio que da origen a los cargos definidos en la Resolución impugnada, considerando la verdadera dinámica del mercado.”

➤ *Criterio de la Unidad Jurídica en relación con el primer argumento recursivo sobre “Estimación de los precios de la OIR bajo asunciones erróneas”*

En resumen, CallMyWay NY S.A acusa a la Dirección General de Mercados y el Consejo de la SUTEL de incurrir en discriminación e ignorancia respecto de las condiciones de mercado en relación con los actores que participan y alega falta de fundamentación en los análisis que sustentan los cargos definidos en la resolución impugnada.

Pese a ello, plantea una opinión más no provee argumentos o elementos por medio de los cuales explique a profundidad en que consiste el error o errores que señala a la aplicación de la metodología empleada por la SUTEL durante el procedimiento de análisis llevado a cabo para la aprobación de la OIR de Telefónica de Costa Rica TC S.A.

En todo caso, la Unidad Jurídica no comparte la opinión dada por el recurrente ni se observa la falta de fundamentación que se acusa.

Al respecto, se debe aclarar al recurrente que, para definir el tipo de regulación para los cargos de terminación, el análisis se basa en las cuotas de mercado y tráfico para los operadores que conforman el mercado móvil y no así para los operadores del mercado fijo⁸.

En esa línea, el mercado mayorista de terminación en una red móvil es un mercado separado del mercado mayorista de terminación en redes fijas.

Esto último puede verse plasmado en la resolución RCS-264-2016 con la que se revisó el mercado del servicio mayorista de terminación en redes móviles individuales, análisis de grado de competencia en dicho mercado, declaratoria de operadores importantes e imposición de obligaciones⁹, lo que resulta conteste con las definiciones de mercado internacionales.

En suma, dada su propia naturaleza, el mercado mayorista de terminación en una red móvil es un mercado separado del mercado mayorista de terminación en redes fijas y en consecuencia lógica, el análisis se debe realizar de manera separada.

⁸ Pueden verse:

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:124:0067:0074:EN:PDF>;

http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contexto_tarifas_interconexion_2017-11-02-tix_1.pdf;

<http://www.arcotel.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/07/Resolucion-0627-ARCOTEL-2016.pdf>;

<https://www.subtel.gob.cl/gobierno-establece-una-reduccion-de-73-para-las-tarifas-de-cargos-de-acceso-moviles/>

⁹ El mercado de terminación mayorista en redes fija se analizó de manera separada en resolución N° RCS-263-2016.

SESIÓN ORDINARIA 079-2019
4 de diciembre del 2019

Así, al analizar por separado cada mercado, se debe considerar su justa dimensión, lo que implica analizar el comportamiento de cada operador que participa en cada mercado, incluyendo en el análisis lo referente a las cuotas de mercado, tráfico y tendencias, eso indistintamente de la dimensión o composición de otros mercados.

Además, como es sabido, por principio se debe procurar incrementar las condiciones de competencia entre estos operadores, puesto que de una competencia alta se derivan los beneficios a los demás actores del mercado; por ello, debe analizarse por separado el comportamiento de los operadores móviles en el mercado de terminación móvil.

Por último, se debe indicar que la imposición en la entrega de la OIR y la fijación del cargo de terminación en su red obedece a que se reconoce la importancia que este cargo ejerce en las demás redes, por ende, dicho cargo debe mantenerse regulado.

Ahora bien, CallMyWay NY S.A. alega que el análisis es infundado pues no se tomó en cuenta las redes fijas; sobre el particular, se debe aclarar a la parte recurrente que este tipo de análisis se realiza sobre los actores móviles y su dinámica.

Esta técnica de análisis se encuentra debidamente justificada en el informe 02224-SUTEL-DGM-2019 y sus anexos con el que la Dirección General de Mercados emitió su informe de revisión de la OIR de Telefónica de Costa Rica TC S.A. y en el que se explican los motivos y justificaciones técnicas por las cuales se debe mantener una regulación simétrica.

Así, en el anexo denominado "ESTIMACIÓN DE LOS CARGOS DE INTERCONEXIÓN DE VOZ Y SMS EN LA RED MÓVIL" se indica que:

(...) "La regulación asimétrica, generalmente se justifica cuando el objetivo es lograr una rápida penetración en el mercado de parte de operadores nuevos, pues la regulación asimétrica también presenta altos riesgos para el mercado, tales como un posible incremento de las tarifas off-net del operador con mayor tamaño que implicaría menor tráfico cursado hacia las redes de los operadores más pequeños, desincentivos a la inversión e innovación, aumento del riesgo de la entrada y permanencia en el mercado de operadores ineficientes, entre otros.

Por su parte, la regulación simétrica puede llevar hacia beneficios más claros para el usuario final, en términos de los precios minoristas, calidad y diversidad de los servicios de telecomunicaciones.

La aplicación de este tipo de regulación se deberá analizar a la luz de la situación vigente en el mercado, en términos del grado de madurez, así como de los objetivos regulatorios definidos. [...]"¹⁰.

Con base en esas consideraciones, la Dirección General de Mercados expone las conclusiones¹¹ sobre las cuales recomienda una regulación simétrica:

"CONCLUSIONES

Sobre el tipo de regulación

- I. De lo expuesto en los párrafos anteriores, se extrae que actualmente todos los operadores móviles de red poseen una cuota de mercado mayor al 20% con base en la cantidad de suscripciones.*
- II. Al analizar la participación de mercado en cuanto al tráfico móvil cursado entre los tres operadores móviles de red, igualmente la participación de cada uno es mayor al 20%, siendo la cuota de Telefónica de un 36%, y la de Claro de 24%.*
- III. Que tanto el tráfico de originación móvil, como el de originación fija que termina en las redes de los operadores móviles de red, ha presentado una caída de 2014 a 2017, lo que evidentemente incide en los ingresos de los operadores móviles en este servicio. Dicho decrecimiento se explica por los gustos y*

¹⁰ Ver Página 11 y siguientes

¹¹ Ver página 65 y siguientes.