

ALCANCE Nº 96 A LA GACETA Nº 89

Año CXLII

San José, Costa Rica, jueves 23 de abril del 2020

356 páginas

PODER LEGISLATIVO PROYECTOS DOCUMENTOS VARIOS GOBERNACIÓN Y POLICÍA REGLAMENTOS INSTITUCIONES DESCENTRALIZADAS SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

INSTITUCIONES DESCENTRALIZADAS

SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

CONCEJO

3371-SUTEL-SCS-2020

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el artículo 35 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria 026-2020 celebrada el 26 de marzo del 2020, mediante acuerdo 019-026-2020, de las 20:45 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-084-2020

SOBRE LA HOMOLOGACIÓN DE CONTRATOS DE LIBRE NEGOCIACIÓN, SU IMPACTO EN LA COMPETENCIA Y EN LA REGULACIÓN DE PERMANENCIA MÍNIMA

EXPEDIENTE: GCO-NRE-REL-01869-2018

RESULTANDO

1. Que la Ley General de Telecomunicaciones dispone en su artículo 46 que: *“La Sutel homologará los contratos de adhesión entre proveedores y abonados, con la finalidad de corregir cláusulas o contenidos contractuales abusivos o que ignoren, eliminen o menoscaben los derechos de los abonados”*. (Destacado intencional) Los cuales deben inscribirse en el Registro Nacional de Telecomunicaciones por disposición expresa del numeral 80 inciso i) de la Ley N°7593.
2. Que el artículo 3 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final y el numeral 6 inciso 30) de la Ley General de Telecomunicaciones definen el término de abonado o cliente como aquella persona física o jurídica, que contrata con uno o varios operadores o proveedores, la prestación de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público sin explotar redes públicas de telecomunicaciones y sin prestar servicios de telecomunicaciones.
3. Que el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final establece: *“Los clientes o usuarios, sean personas físicas o jurídicas, tendrán derecho a celebrar contratos de adhesión con los operadores o proveedores de los servicios de telecomunicaciones. Estos contratos deberán ser homologados por la SUTEL de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 46 de la Ley 8642 (...) las cláusulas contractuales relativas a la permanencia mínima, a las sanciones y multas por terminación anticipada, así como las relacionadas con la iniciación, instalación y provisión del servicio, deberán ser definidas y estipuladas en los contratos de adhesión y aprobadas por la SUTEL (...)”*; siendo que el artículo 21 del citado Reglamento señala los aspectos mínimos que deben contener dichos contratos. (Destacado intencional)
4. Que de forma concordante mediante las resoluciones RCS-364-2012 y RCS-253-2016 el Consejo de la SUTEL estableció los *“Lineamientos sobre las cláusulas de permanencia mínima, retiro anticipado y justas causas en los planes de servicios de telecomunicaciones”* que deben cumplir todos los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones e incluirlas dentro de los contratos de adhesión y que resultan exigibles por parte de los usuarios finales.
5. Que en la actualidad se registran más de cincuenta operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones, que han cumplido con el proceso

de homologación de contratos de adhesión de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones y que se encuentran publicados en el sitio WEB <https://sutel.go.cr/contratos-adhesion>.

6. Que mediante acuerdo número 003-084-2018 del 7 de diciembre de 2018, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó la resolución RCS-412-2018 denominada “Actualización de la Guía de Requisitos mínimos y procedimiento para la homologación de contratos de adhesión de los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones”, la cual se constituye en una herramienta estandarizada para tramitar de forma ágil y sencilla las solicitudes de homologación de contratos.
7. Que esta Superintendencia ha recibido consultas por parte de los operadores/proveedores sobre la procedencia de homologar los contratos para la prestación de servicios con clientes con poder de negociación sobre los términos y condiciones que rigen la prestación del servicio de telecomunicaciones para obtener una solución tecnológica diferente a la oferta comercial del operador/proveedor, así como la aplicabilidad de la regulación de permanencia mínima a este tipo de relaciones comerciales.
8. Que, en virtud de lo anterior, en la sesión ordinaria 006-2020 celebrada el 23 de enero del año en curso, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, adoptó el acuerdo número 019-006-2020, donde por unanimidad definió lo siguiente:

“PRIMERO. Designar a las funcionarias Mariana Brenes Akerman, de la Unidad Jurídica institucional, Natalia Ramírez Alfaro, de la Dirección General de Calidad y Deryhan Muñoz Barquero, de la Dirección General de Mercados, como grupo interdisciplinario para que, en forma conjunta, realicen un criterio que desarrolle los siguientes temas: a. Aplicabilidad de resoluciones RCS-253-2016, RCS-364-2012 y RCS-412-2018 a los contratos empresariales que suscriban clientes con poder de negociación. b. Aplicabilidad del proceso de homologación de contratos de adhesión a los contratos empresariales que suscriban clientes con poder de negociación. c. Revisión del posible impacto de la regulación vigente sobre el proceso de homologación de contratos a la competencia en el sector. d. Alternativas para la definición de clientes con poder de negociación y diferenciación en los efectos de la regulación asociada.

SEGUNDO. Señalar al grupo interdisciplinario previamente conformado, que deberá coordinar una mesa de trabajo con los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones de índole empresarial, a los cuales esta Superintendencia les homologó el contrato de adhesión. Lo anterior con el fin de recibir insumos sobre la segmentación de clientes empresariales y los criterios utilizados para determinar clientes con poder de negociación.

TERCERO. Indicar al grupo interdisciplinario que, en el plazo máximo de un mes a partir de la comunicación del acuerdo, deberán remitir al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones un informe con el correspondiente análisis jurídico, conclusiones y recomendaciones del tema en cuestión. CUARTO. Remitir el presente acuerdo a los funcionarios designados”. (Destacado intencional). (Folios 176 al 181)

9. Que tal y como se solicitó en el citado acuerdo con el objetivo de recibir insumos sobre los criterios utilizados para determinar clientes con poder de negociación y el impacto que la regulación sobre la homologación de contratos y permanencia mínima pudiera tener sobre el mercado, se convocó a los prestadores de servicios con más relevancia en el mercado, a una mesa de trabajo que se realizó el viernes 21 de febrero 2020 de las 8:30 a.m. a las 12:30 m.d. en las instalaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones. (Folios 109 al 127)
10. Que el 21 de febrero de 2020, se realizó la mesa de trabajo previamente coordinada con los operadores citados y se acordó remitir un cuestionario para recopilar las respuestas a consultas precisas sobre esta materia. (Folios 109 al 127)

11. Que según oficio número 1619-DGC-SUTEL-2020 del 24 de febrero de 2020 se remitió a los operadores/ proveedores un cuestionario relacionado con el tema de la homologación de contratos y el impacto en la regulación de permanencia mínima, para lo cual se otorgó plazo hasta el 28 de febrero del año en curso. (Folios 129 al 140)
12. Que en fecha 27 de febrero de 2020 en tiempo y forma, Radiográfica Costarricense (RACSA) brindó respuesta al cuestionario (Folios 141 al 142), el 28 de febrero de 2020, Millicom Cable Costa Rica (Tigo), Telefónica de Costa Rica TC S.A (Movistar) y Claro CR Telecomunicaciones S.A (Claro) remitieron sus respuestas (Folios 143 al 157), y en fechas 2, 4 y 6 de marzo de 2020, de forma extemporánea, Telecable S.A, Cabletica S.A y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) respectivamente, remitieron las respuestas al cuestionario citado. (Folios 158 al 175)
13. Que mediante oficio 02437-SUTEL-UJ-2020 del 20 de marzo de 2020, las funcionarias designadas rindieron el informe requerido mediante acuerdo del Consejo de la SUTEL 019-006-2020.
14. Se han realizado las diligencias necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Para efectos de atender el presente asunto, conviene extraer del oficio 02437-SUTEL-UJ-2020 del 20 de marzo de 2020, lo siguiente:

“[...]”

“2. Regulación comparada sobre homologación de contratos de servicios de telecomunicaciones.

Con la finalidad de determinar la forma en la que se han regulado en la región los contratos de adhesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones, se realizó un análisis comparativo de España, Perú, Colombia y México, en tres elementos principales: a) si se requería aprobación previa del Regulador, b) los tipos de contratos que se sometían a conocimiento, y c) la información obligatoria que deben contener dichos contratos, tal y como se detalla en la siguiente tabla:

Elementos comparativos País	Aprobación previa del Regulador	Información obligatoria que se debe incluir en los contratos	Tipo de contrato
España	No hay aprobación previa. Sin embargo, sí se solicita a los operadores una serie de información mínima, tal como aparece en el: Artículo 53 Ley General de Telecomunicaciones, Ley 9/2014.	Sí, el artículo 53 Ley General de Telecomunicaciones, Ley 9/2014, establece el contenido mínimo que deben tener los contratos, tal como se indica: “Antes de la celebración de un contrato entre usuarios finales y los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, los operadores proporcionarán a los usuarios finales al menos la información que a estos efectos se establece en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Adicionalmente a lo establecido en el párrafo anterior, los operadores también proporcionarán, antes de la celebración del contrato, la información específica sobre el servicio de comunicaciones electrónicas que se establezca mediante real decreto, y al menos:	Artículo 53 Ley General de Telecomunicaciones: “1. Antes de la celebración de un contrato entre usuarios finales y los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, los operadores proporcionarán a los usuarios finales al menos la información que a estos

Elementos comparativos País	Aprobación previa del Regulador	Información obligatoria que se debe incluir en los contratos	Tipo de contrato
		a) Descripción de los servicios a proveer y posibles limitaciones en su uso. b) Los precios y tarifas aplicables, con los conceptos y detalles que se establezcan mediante real decreto. c) Duración de los contratos y causas para su resolución. d) Información sobre restricciones impuestas en cuanto a las posibilidades de utilizar el equipo terminal suministrado. e) Condiciones aplicables en relación con la conservación de números. 2. El contenido de los contratos que se celebren entre los usuarios finales y los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público se regulará mediante real decreto, e incluirá de forma clara, comprensible y fácilmente accesible, al menos, el siguiente contenido específico: a) Los servicios prestados, incluyendo, en particular: i) Si se facilita o no el acceso a los servicios de emergencia e información sobre la ubicación de las personas que efectúan la llamada, así como cualquier otra limitación para la prestación de servicios de emergencia. ii) Información sobre cualquier otra condición que limite el acceso o la utilización de los servicios y las aplicaciones. iii) Los niveles mínimos de calidad de servicio que se ofrecen, en particular, el plazo para la conexión inicial, así como, en su caso, otros parámetros de calidad de servicio establecidos reglamentariamente. iv) Información sobre cualquier procedimiento establecido por la empresa para medir y gestionar el tráfico de forma que se evite agotar o saturar el enlace de la red, e información sobre la manera en que esos procedimientos pueden afectar a la calidad del servicio. v) Los tipos de mantenimiento ofrecidos y los servicios de apoyo facilitados al cliente, así como los medios para entrar en contacto con dichos servicios. vi) Cualquier restricción impuesta por el proveedor en cuanto a las posibilidades de utilizar el equipo terminal suministrado. b) La decisión del abonado acerca de la posibilidad de incluir o no sus datos personales en una guía determinada y los datos de que se trate. c) La duración del contrato y las condiciones para su renovación y para la terminación de los servicios y la resolución del contrato, incluidos: i) Cualquier uso o duración mínimos u otros requisitos requeridos para aprovechar las promociones. ii) Todos los gastos relacionados con la conservación del número y otros identificadores. iii) Todos los gastos relacionados con la resolución del contrato, incluida la recuperación de costes relacionada con los equipos terminales.	efectos se establece en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”.

Elementos comparativos País	Aprobación previa del Regulador	Información obligatoria que se debe incluir en los contratos	Tipo de contrato
		iv) Las condiciones en las que en los supuestos de cambio de operador con conservación de números, el operador cedente se comprometa, en su caso, a reembolsar cualquier crédito restante en las tarjetas prepago. d) El modo de iniciar los procedimientos de resolución de litigios, de conformidad con el artículo 55. e) Los tipos de medidas que podría tomar la empresa en caso de incidentes de seguridad o integridad o de amenazas y vulnerabilidad. 3. Mediante real decreto podrá establecerse la obligatoriedad de que los contratos incluyan la información que determine la autoridad competente, en relación con el uso de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas para desarrollar actividades ilícitas o para difundir contenidos nocivos, así como sobre los medios de protección frente a riesgos para la seguridad personal, la privacidad y los datos personales, siempre que sean pertinentes para el servicio prestado. 4. Los operadores deberán entregar o remitir a los usuarios por escrito o en cualquier otro soporte duradero el contrato celebrado.”	
Perú	No hay aprobación previa. Desde junio de 2018, el Consejo Directivo mediante resolución N°096-2018-CD/OSIPTEL, la cual modifica el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, acordó que los modelos de contratos remitidos con posterioridad al 30 de junio de 2018 no son sometidos a un procedimiento de aprobación previa, quedando a salvo la función de supervisión del OSIPTEL respecto de estos. Artículo 17° del Texto Único Ordenado de las	Sí, el artículo 17 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones parcialmente modificado por resolución N°096-2018-CD/OSIPTEL, establece el contenido mínimo que deben tener los contratos	Artículo 9 resolución N°096-2018-CD/OSIPTEL: “En virtud de la celebración del <u>contrato de prestación de servicio</u>, la empresa operadora y el abonado se someten a los términos contenidos en el mismo y la presente norma (...)”

Elementos comparativos País	Aprobación previa del Regulador	Información obligatoria que se debe incluir en los contratos	Tipo de contrato
	<i>Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones</i> <i>Mediante la resolución N°096-2018-CD/OSIPTEL, se plantea que la revisión de los modelos de contrato se realice ex post, para lo cual la obligación de la empresa operadora consiste en remitir una copia del modelo de contrato independientemente de la modalidad de contratación utilizada con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio.</i> <i>Con esta modificación se ha dicho expresamente también que el operador se encuentra prohibido incluir en sus contratos con los abonados, cláusulas que no se ajusten a la normativa vigente.</i>		
Colombia	<i>No hay aprobación previa.</i> <i>Hay un modelo de contrato único que deben cumplir los operadores/proveedores</i> <i>Resolución de la Comisión de Regulación de Comunicaciones número 5111 de 2017</i>	<i>Si, la resolución 5111 de 2017 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, establece el contenido mínimo de los contratos.</i>	<i>La resolución 5111 de 2017 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, regula los contratos de prestación de servicio de telecomunicaciones, con la siguiente excepción: "El presente régimen <u>no es aplicable</u> a los casos en que se prestan servicios de</i>

Elementos comparativos País	Aprobación previa del Regulador	Información obligatoria que se debe incluir en los contratos	Tipo de contrato
			comunicaciones en los cuales las características del servicio, de la red y la totalidad de las condiciones, técnicas, económicas y jurídicas <u>han sido negociadas y pactadas por mutuo acuerdo entre las partes del contrato y, por lo tanto, son el resultado del acuerdo particular y directo entre ellas</u>, siempre que tal inaplicación sea estipulada expresamente en el respectivo contrato. No se podrá pactar la inaplicación del presente régimen respecto de usuarios micro o pequeñas empresas, cuando se cumplan los siguientes tres requisitos: (i) cuando el objeto del contrato sea la prestación de servicios de voz fija o móvil, o el de acceso a internet fijo o móvil; (ii) cuando el contrato no incluya la provisión de soluciones técnicas desarrolladas a la medida del cliente para la prestación de los servicios de comunicaciones; (iii) cuando el contrato sea suscrito por una micro o pequeña empresa, en los términos definidos en la Ley 590 de 2000 o en las

Elementos comparativos País	Aprobación previa del Regulador	Información obligatoria que se debe incluir en los contratos	Tipo de contrato
			normas que la modifiquen o sustituyan.
México	<i>Si hay aprobación previa</i> <i>Previo a la utilización de un contrato de prestación de servicios, el operador debe presentarlo ante la Procuraduría Federal del Consumidor y el Instituto Federal de Telecomunicaciones para que en el ámbito de sus atribuciones emita la respectiva autorización.</i> Artículo 193 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión Artículo 193. Los concesionarios o autorizados deberán registrar ante la PROFECO, previamente a su utilización, los modelos de contratos de adhesión que pretendan celebrar con los usuarios, los cuales deberán cumplir con lo dispuesto en esta Ley, en la Ley Federal de Protección al Consumidor y demás disposiciones aplicables Artículo 86 y 86 bis de la Ley Federal de Protección al Consumidor ARTÍCULO 86. La	La regulación no lo establece	Artículo 191 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión: "(...) A contratar y conocer las condiciones comerciales establecidas en los modelos de <u>contrato de adhesión</u>, registrados ante la PROFECO, a través de medios electrónicos, incluyendo la página electrónica del concesionario o autorizado, sin perjuicio de recibirlas por otros medios (...)"

Elementos comparativos País	Aprobación previa del Regulador	Información obligatoria que se debe incluir en los contratos	Tipo de contrato
	Secretaría, mediante normas oficiales mexicanas podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento. Las normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio. Los contratos de adhesión sujetos a registro deberán contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría. ARTÍCULO 86 BIS. En los contratos de adhesión de prestación de servicios deben incluirse por escrito o por vía electrónica los		

Elementos comparativos	Aprobación previa del Regulador	Información obligatoria que se debe incluir en los contratos	Tipo de contrato
País			
	<i>servicios adicionales, especiales, o conexos, que pueda solicitar el consumidor de forma opcional por conducto y medio del servicio básico.</i> <i>El proveedor sólo podrá prestar un servicio adicional o conexo no previsto en el contrato original si cuenta con el consentimiento expreso del consumidor, ya sea por escrito o por vía electrónica. Artículo adicionado DOF 05-06-2000. Reformado DOF 04-02-2004</i>		

3. Sobre los tipos de contratos utilizados para suscribir servicios de telecomunicaciones entre usuarios finales y operadores/proveedores.

3.1. Sobre los contratos en general

El contrato, en términos generales, es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. Es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, es decir, que puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida en el ordenamiento jurídico. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes.

Es importante tomar en consideración que, el elemento esencial para la validez del contrato consiste en que las partes tengan capacidad legal para contratar y con ello ejercer sus derechos y contraer obligaciones. En este sentido, pueden ser partes del contrato las personas mayores de edad o los menores de edad legalmente emancipados.

Ahora bien, en las siguientes secciones de desarrollarán el contrato negociado o de libre discusión, así como el contrato de adhesión, los cuales son los que resultan de relevancia para el presente criterio.

3.2. Contrato negociado o de libre discusión

El contrato negociado o de libre discusión, “es aquel en que las partes, en igual de situaciones, establecen de mutuo acuerdo, los extremos del contrato, sin presiones de ninguna índole. Cada parte actúa en defensa de sus propios intereses y tiene la oportunidad de discutir, analizar y realizar un contra oferta”. (Obregón, R, 2012, pp 5). (La negrita es propia).

En este sentido, el Tribunal Segundo Civil, Sección I en la resolución 00165-2009 de las 11:45 horas del 13 de marzo de 2009, indicó: “Dicho contrato negociado se caracteriza por estar constituido por un acuerdo entre las partes, conforme a principios rectores, como lo son la moral, el orden público, la ley, la buena fe y la equidad. La fuerza obligatoria de este tipo de contratos está en el reconocimiento de la condición de persona, de su dignidad y en ese tanto de su libertad para auto-regularse y auto-responsabilizarse. Se les denomina “negociados” porque para su perfeccionamiento se recurre a conversaciones previas entre las personas, discusiones y forcejeos, tratos preliminares, declaraciones concordantes, incluso respecto del contenido del contrato”. (La negrita es propia).

En este tipo de contratación se debe tener claro dos aspectos importantes, sean los principios que los rigen y las características que lo determinan.

En relación con los principios, el de libertad contractual es el que va a tener mayor protagonismo. Este es un principio constitucional que surge de la interpretación de los artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política. El mismo da la posibilidad de contratar o de no hacerlo, de escoger la materia del contrato, con quién se contrata y plasmar el contenido de éste según sus necesidades y objetivos.

Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, en la resolución 03831-2010 de las 16:10 horas del 11 de octubre de 2010, indicó: “El principio de libertad de contratación de los consumidores (...)se encuentra determinado por cuatro elementos, a saber: “(...) a) La Libertad para elegir al contratante; b) La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta; c) La Libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación; d) El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalente entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato (...)”.

Una negociación ideal es aquella donde las partes presentan un fin común, el cual es llegar a un acuerdo; sin embargo, en esta modalidad ambos interesados tendrán sus objetivos y contrapeso de fuerzas para negociar.

Según lo anterior, en la materia que nos interesa, para que la negociación sea equitativa y no exista un desequilibrio, el cliente debe tener acceso a la información suficiente para la toma de decisiones y el poder requerido para lograr términos y condiciones ajustados a sus necesidades particulares.

Es por lo que, para que se logre una negociación exitosa, es necesario que el cliente tenga información clara y veraz del servicio a contratar, ya que esta será determinante para adoptar posiciones y tomar decisiones. El hecho de que el usuario final tenga información relevante sobre el servicio por contratar permite que tome medidas preventivas necesarias o de acción que le favorezcan, incorporando cláusulas especiales en el contrato.

De esta forma, se tiene que, las personas con poder de negociación tienen la libertad de celebrar un contrato, determinar e influenciar en su contenido, siempre y cuando haya una relación de igualdad entre las partes que les permita discutir libremente los términos contractuales, salvo que existan leyes imperativas que deban respetarse, o bien, que alguna de las partes se encuentre en desventaja sobre la otra.

Por último, en este tipo de contratos no existe una parte más débil que la otra, por lo que no requiere una especial protección del Estado, ya que las partes cuentan con la libertad de discutir en condiciones equitativas y lograr que sus intereses particulares se reflejen en el contenido del pacto el cual es vinculante para las partes involucradas, siempre que no contravenga la normativa vigente.

En conclusión, se tiene que, la característica más importante que presenta este tipo de contrato es el poder de negociación que existe entre las partes sobre los términos y condiciones que rigen la prestación del servicio de telecomunicaciones para obtener una solución tecnológica ajustada a las necesidades particulares del cliente y que no se encuentra contenida en la oferta comercial regular del operador/proveedor. La negociación y el adaptar los contratos a nuevas realidades ha traído consigo el auge de la regulación de contratos atípicos, en los cuales la etapa de negociación contractual se ha convertido en una etapa principal entre las partes.

3.3. Contratos de adhesión

Según el autor Guillermo Cabanellas, el contrato de adhesión es “aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas.”¹ Es decir, son aquellos en los cuales las cláusulas y condiciones del contrato son elaboradas por una de las partes, mientras que la otra parte únicamente se limita a manifestar su consentimiento respecto a esas cláusulas y condiciones predispuestas; con lo cual, no existe negociación entre las partes al momento de establecer el contenido del contrato.

La doctrina discrepa en cuanto si los contratos de adhesión constituyen o no verdaderos contratos ya que, se dice que su contenido es obra de una sola parte no prestando la otra actividad en su formación limitándose a la aceptación del esquema redactado unilateralmente.

Legítimamente, bajo la misma línea anterior, se considera al autor francés Saleilles², como la primera persona en acuñar la expresión “contrato de adhesión” a inicios del siglo XX. Dicho autor concebía los contratos de adhesión como “manifestaciones unilaterales de voluntad paralelas”³. Este autor indicaba que los contratos de adhesión no deberían catalogarse como contratos, debido a que no existe una libre manifestación de la voluntad de la parte más débil; sin embargo, establecía que sí contaban con eficacia normativa.

Por otro lado, el reconocido abogado Diego Baudrit Carrillo, establece que los contratos de adhesión son aquellos en los cuales “el contenido del contrato es obra exclusiva de una de las partes. El otro contratante no ha contribuido a determinar ese contenido y se ha limitado a manifestar su acuerdo, simplemente. Por ello se dicen estos contratos de adhesión, en el sentido de que una de las partes se despliega totalmente a un contenido contractual previamente establecido sin su participación.”⁴

Este tipo de contratos por regla, deben ser interpretados conforme el principio de buena fe. Es decir, que deben ser entendidos de tal manera que se presuma la base de confianza que el contratante adherente tiene en la otra parte.”⁵

En adición a lo anterior, el contrato de adhesión ha sido analizado y definido ampliamente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia judicial.

En este sentido, la Sala Constitucional, mediante resolución N°1556, de las 15:35 horas del 7 de febrero de 2007, señala en forma clara los elementos definitorios de los contratos de adhesión, sean la pre-redacción del contrato por una parte, la imposibilidad para la otra parte de modificar el contenido contractual y la estandarización de las relaciones contractuales mediante la redacción de las condiciones generales del contrato: “VI.- (...) Con ese concepto, se hace referencia a la contratación masiva efectuada por un empresario mercantil o industrial que posee un contenido predeterminado o prefijado. Dentro de las características más notables de esta especie de contratos se encuentra en que su celebración no es precedida por una libre discusión del contenido posible del contrato por las partes contratantes. Consecuentemente, el clausulado del contrato, únicamente, puede ser aceptado (adhesión) por una de las partes, dado que, poseen un contenido inmodificable”.

¹ Guillermo Cabanellas de Torres DICCIONARIO JURÍDICO.

² Raymond Saleilles (1855, Beaune, Côte-d'Or) - 3 de marzo de 1912, París; fue un reconocido e influyente jurista francés.

³ Stiglitz Rubén y Stiglitz Gabriel. (1985) Contrato por adhesión, cláusula abusivas protección al consumidor Editorial Palma, Buenos Aires Argentina. p.61

⁴ Baudrit Carrillo (Diego) Derecho Civil IV, Volumen I Teoría General del Contrato, Tercera Edición, Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 2007, p. 42

⁵ Opinión Jurídica de la Procuraduría General de la República: 029 - J del 28/02/2014

Aunado a lo anterior, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, mediante resolución número 415-2008 de las quince horas diez minutos del veintitrés de junio de dos mil ocho, señaló lo siguiente:

"(...) Este tipo de contrato, en oposición a los de libre discusión o negociación, se encuentra definido legalmente en el numeral 2 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, ley número 7472 del 20 de diciembre de 1994, que lo describe como aquel "Convenio cuyas condiciones generales han sido predisuestas, unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante." Asimismo, se ha definido como: "aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas." (Ver Diccionario Jurídico Elemental del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliastrea S.R.L., Buenos Aires, 1979, pág.71). Por su parte, el jurista nacional, Dr. Diego Baudrit Carrillo, señala al respecto que: "... en los contratos de adhesión el contenido del contrato es obra exclusiva de una de las partes. El otro contratante no ha contribuido a determinar ese contenido y se ha limitado a manifestar su acuerdo, simplemente. Por ello se dicen estos contratos de adhesión, en el sentido de que una de las partes se despliega totalmente a un contenido contractual previamente establecido sin su participación. Generalmente, aunque no necesariamente, estos contratos de adhesión están constituidos por formularios idénticos, preparados para contrataciones masivas que el adherente suscribe. (Estas son las "condiciones generales de la contratación", cláusulas redactadas previa y unilateralmente en forma general y abstracta para fijar ciertos contenidos contractuales) ..." (Derecho Civil. Tomo IV, Volumen I. Teoría General del Contrato. San José, Juricentro, tercera edición, 2000, pp. 42 a 44. (...)" (Destacado intencional).

Más concretamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "(...) Con ese concepto, se hace referencia a la contratación masiva efectuada por un empresario mercantil o industrial que posee un contenido predeterminado o prefijado."⁶

En cuanto a las características de los contratos de adhesión, éstas han sido desarrolladas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, según se observa:

"(...) Dentro de las características más notables de esta especie de contratos se encuentra en que su celebración no es precedida por una libre discusión del contenido posible del contrato por las partes contratantes. Consecuentemente, el clausulado del contrato, únicamente, puede ser aceptado (adhesión) por una de las partes, dado que, poseen un contenido inmodificable. En tales contratos existe una preformación unilateral, lo que produce una uniformidad y estandarización de las relaciones contractuales. Como se ve, a diferencia de los contratos de libre discusión, en los adhesivos se estima que el volumen del tráfico mercantil o industrial y sus ritmos vertiginosos o acelerados, le impiden a la empresa que predetermina unilateralmente el clausulado discutir, caso por caso, las condiciones del contrato. Los elementos definitorios de este tipo de contratos son los siguientes: a) la pre-redacción unilateral del contenido del contrato por una parte que se impone a la otra; b) la inmodificabilidad del mismo por la contraparte que sólo puede aceptarlo o rechazarlo; c) la estandarización de las relaciones contractuales mediante la redacción de las condiciones generales del contrato."⁷

A lo anterior, se le pueden agregar las características descritas por la doctrina:

- "1) La unilateralidad: Este, tal vez sea uno de sus rasgos más característicos. La configuración interna del contrato viene modelada sólo por una de las partes, precisamente identificada como el predisponente. No es característica del contrato por adhesión que el predisponente ejerza un monopolio de hecho o de derecho.*
- 2) La rigidez del esquema predeterminado por el empresario: Ello significa que su contraparte carece del poder de negociación que consiste en discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula.*
- 3) La predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concentra el "profesional" y que generalmente (no siempre), coincide con la disparidad de fuerzas económicas. Ésta no parece ser una característica que atrape todos los supuestos, pues quien ostenta poder económico también formaliza contratos por adhesión en calidad de adherente. En cambio, aparece como más convincente distinguir a las partes según el poder de negociación de que dispongan. Así, predisponer un contrato presupone poder de negociación y ello sólo lo ejerce el profesional. A su vez, adherir a un contrato implica carecer de dicho poder. Y esa carencia se sitúa en cabeza del consumidor o usuario (Stiglitz. 1994, pp. 250-251)*
- 4) La predisposición de complementa con su carácter abstracto y general, pues se trata de condiciones a ser incorporadas en una pluralidad de negocios"⁸*

En sentido similar, el doctrinario costarricense Romero-Pérez ha caracterizado estos contratos de la siguiente forma:

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2007-1556, quince horas treinta y cinco minutos del siete de febrero del 2007.

⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 2007-1556 de las quince horas treinta y cinco minutos del siete de febrero del 2007.

⁸ Echeverri Salazar, V. M. (enero-junio 2010), Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión, Opinión Jurídica, (9), p. 139.

- “* La superioridad económica de uno de los contratantes, que “de facto” se sitúa en posibilidad de imponer condiciones a la otra parte.
Se da aquí una disparidad del poder de negociación, generada por la superioridad económica del predisponente.
- * El carácter unilateral de las cláusulas, cuidadosamente preparadas por el “potentior” (el fuerte) y concebidas en su exclusivo interés.
El estado de compulsión en que se encuentra el adherente ante el contrato de adhesión, lo induce a que acepte esa única opción que le ofrece el predisponente (take it or leave it: tómelo o déjelo).
- * La invariabilidad de las cláusulas, en cuanto constituyen un todo que se toma o se deja (son más susceptibles de adhesión que de verdadero consentimiento).
- * Están dirigidos a una colectividad de potenciales consumidores, clientes o usuarios.
- * Es un acto unilateral en su confección.
- * No hay discusión entre las partes respecto del contenido del contrato.
- * Aparecen con más facilidad cláusulas abusivas (abuso de derecho): las que implican una ventaja exclusiva para una de las partes el empresario, un desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes.
- * Desigualdad entre las partes de la relación jurídica contractual, debido a que una de las partes impone los derechos y obligaciones a la otra.
- * Este contrato contiene cláusulas llamadas de condiciones generales, que son inamovibles, inmutables y estandarizadas.”⁹

De lo expuesto se logra colegir con meridiana claridad que los contratos de adhesión se encuentran conformados por dos partes, a saber: 1) el predisponente o sujeto activo, quien se considera la parte fuerte de la relación, por cuanto posee superioridad económica y dispone por anticipado y unilateralmente el contenido del contrato de adhesión y; 2) el adherente o sujeto pasivo, que es la parte más frágil de la relación contractual. Esta distinción de partes se expone con profundidad en la siguiente cita, donde se señalan las desventajas de la negociación por adhesión:

- “* Una de las partes redacta el contrato y la otra se adhiere al mismo.
- * La parte que tiene la fuerza económica redacta y tiene una adecuada asesoría legal y financiera, mientras que la otra puede carecer de ella.
- * Las condiciones generales del contrato, hechas por la parte fuerte en la relación jurídica, contienen reglas laberínticas y oscuras, que aparecen en letra pequeña, todo lo cual perjudica a la parte débil de esa relación.
- * Parte de la redacción de las cláusulas contractuales se realiza pensando en supuestos de excepción, para favorecer a la parte fuerte de la relación jurídica.
- * Las empresas tienden a la concertación y a conformar modelos tipo (machotes) de contrato para proteger sus intereses frente al usuario o cliente.
- * La redacción de cláusulas contractuales técnicas, confeccionadas para favorecer al empresario, perjudican de entrada al cliente o usuario, dando lugar a las cláusulas abusivas.”¹⁰

Ante este escenario, en donde hay disparidad entre las partes de la relación jurídica, surge la necesidad de tutelar la protección de la parte más frágil, en aras de garantizar la igualdad contractual, según la cual la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalente entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato. Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ha señalado:

“(…) En contratos por adhesión el contratante se limita a aceptar o no las condiciones previamente estipuladas en el documento que pone a su disposición el oferente del servicio o bien. Esta decisión está usualmente determinada por dos aspectos: que sólo se le ofrezca esa opción y además, que se encuentre en un estado de necesidad tal que debe recurrir a esa única posibilidad que le brinda el mercado, a efecto de cubrir el requerimiento que lo obliga a suscribir el contrato. Esa posición hace necesario tutelar de forma efectiva esos derechos frente las cláusulas abusivas que podrían contener los contratos de adhesión, a fin de garantizar en última instancia la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.”¹¹

Se concluye así que existe una imperiosa necesidad de proteger a una de las partes, que es considerada la más frágil, en virtud de la posición preponderante o dominante de la contratante que predetermina el contenido contractual, quien tiene a su favor mayor poder económico y tiene información a primera mano del servicio.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto cuáles son los principios de orden público social que

⁹ Romero-Pérez, Jorge Enrique (2003), *Derechos del Consumidor*, Revista de Ciencias Jurídicas, (100), p. 187.

¹⁰ Romero-Pérez, Jorge Enrique (2003), *Derechos del Consumidor*, Revista de Ciencias Jurídicas, (100), p. 192-193.

¹¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución No. 4741 de las nueve horas del veintidós de diciembre de dos mil diez.

justifican el amplio desarrollo que se promueve en torno a la protección de los consumidores ante los contratos de adhesión, según se observa a continuación:

“(...) el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal, y su participación en ese proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello relación en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos de que previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por los expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor posible conocimiento del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia.”¹²

Esta protección a la parte más débil implica reconocerle el derecho a la información, de manera que ésta se encuentre plenamente informada de las condiciones contractuales a las cuales se verá sometida. Sobre el tema, el Tribunal Contencioso Administrativo ha indicado:

“(...) Dicho deber de información, pretende que al momento de realizar la transacción comercial, el consumidor se encuentre plenamente informado de las características propias del bien o servicio que adquiere, y por ende, que sea una decisión consciente e informada la que tome al momento de definir la contratación respectiva, sin que existan factores que de haber salido a la luz, hubiesen podido modificar su voluntad o bien, haberlo hecho incurrir en error en cuanto a las condiciones, naturaleza, características, desventajas o fortalezas de lo que adquiere. (...) Esta obligación va más allá de la mera entrega de documentación de las condiciones de la contratación, pues si se aprecia la ley de materia de hace poco más de veinte años, pretendió generar una obligación adicional a las existentes hasta aquel momento, consistente en informar adecuada, veraz y oportunamente de las bases del acuerdo; situación que se ve superlativizada en contratos de adhesión, más cuando se anexan datos muy técnicos que a la lectura ordinaria no resultan comprensibles para el interesado y que pondrían en desventaja al consumidor, quien a final de cuentas no podría entenderlo. De manera que se genera un desequilibrio palmario, hacia una de las partes quien llega a comprender cabalmente cuando trata de ejercer sus derechos y obtiene una respuesta negativa ante la cláusula que originalmente no comprendió. Así las cosas, la obligación lleva incluido la explicación detallada, en lenguaje sencillo y de fácil comprensión, para que la persona sepa a ciencia cierta que es lo que acepta en su relación.”¹³

Así las cosas, la necesidad de regular este tipo de contratos surge a raíz de la incapacidad del adherente o consumidor para comprender y evaluar adecuadamente las estipulaciones allí convenidas y así ha sido reconocido por la jurisprudencia:

“(...) Resulta evidente que el recurso a contratos de adhesión presenta ventajas económicas, como la facilitación del tráfico mercantil, beneficios en la simplificación de la organización administrativa de las empresas, menores costos (por ejemplo, en recurso humano, ya que al no requerir la negociación individual de cada contrato, se necesita entonces personal menos calificado y de menor remuneración), y posiblemente en menores precios, pero también conlleva desventajas que no pueden ser simplemente ignoradas por la administración de justicia, en especial respecto a los consumidores, a quienes impone una carga informativa, ya que para poder acceder a los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor, ha de someterse inexorablemente a las condiciones pre-redactadas del contrato y establecidas unilateralmente por el oferente, con independencia de la capacidad del adherente o consumidor para comprender y evaluar adecuadamente las estipulaciones allí convenidas. Así, el problema ante este tipo de cláusulas abusivas o ante el ejercicio abusivo de los derechos contenidos en los contratos de adhesión radica en el conflicto que surge al intentar generar o mantener un mercado competitivo, por un lado, y proteger a los consumidores de su incapacidad de comprender el contenido prescriptivo de estos contratos (...)”¹⁴

Es por lo anterior, que esa tutela a favor de la parte más débil desarrolla limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes contractuales y otorga potestades jurisdiccionales que permitan dejar sin efecto cláusulas abusivas en detrimento de una de ellas. Es aquí donde surge la importancia de la participación del Estado como regulador de estos contratos y garante de los intereses del adherente. Así, el Estado establece los mecanismos de control sobre las condiciones de los contratos

¹² Al respecto ver resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 4463-96 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del treinta de agosto de mil novecientos noventa y seis; y No. 1441-92 de las 13:45 horas del 2 de junio de 1992.

¹³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 0093-2013 de las siete horas con treinta minutos del veintisiete de septiembre de dos mil trece

¹⁴ Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, resolución No. 415-2008 de las quince horas diez minutos del veintitrés de junio de dos mil ocho

de adhesión.

Es por ello, que la Ley General de Telecomunicaciones dispone en su artículo 46 que: “La Sutel homologará los contratos de adhesión entre proveedores y abonados, con la finalidad de corregir cláusulas o contenidos contractuales abusivos o que ignoren, eliminen o menoscaben los derechos de los abonados”. De forma concordante con el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final: “Los clientes o usuarios, sean personas físicas o jurídicas, tendrán derecho a celebrar contratos de adhesión con los operadores o proveedores de los servicios de telecomunicaciones. Estos contratos deberán ser homologados por la SUTEL de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 46 de la Ley 8642 (...)”.

De lo anterior se desprende que, por regla general, la legislación dispone que la SUTEL debe homologar los contratos de adhesión que los operadores celebrarán con sus clientes masivos, es decir aquellos contratos donde no exista libre discusión o negociación entre las partes. Es decir que, no todos los clientes, requieren de esa especial protección del Estado, ya que algunos cuentan con el poder de negociación suficiente para disponer sus propios términos y condiciones contractuales que rigen la prestación del servicio de telecomunicaciones para obtener una solución tecnológica diferenciada y ajustada a sus necesidades particulares y que no se encuentra contenida en la oferta comercial general del operador/proveedor; por lo que, no pueden limitarse mediante la adhesión a cláusulas preestablecidas por los operadores/proveedores de servicios.

3.4. Contratos de libre negociación con cumplimiento de condiciones regulatorias

Una vez expuestos algunos aspectos generales de los contratos de libre discusión y los de adhesión, resulta importante señalar que, existen diversas posiciones jurídicas sobre la aplicación de estos. Es así como, mientras que algunos juristas señalan que son dos modalidades ajenas una de la otra, otros consideran que, en los contratos de adhesión, es permitido establecer condiciones tanto generales como particulares, sin que estos pierdan su esencia.

Al respecto, la licenciada Marianela Álvarez Blanco¹⁵, abogada costarricense, señaló que las cláusulas generales, son “aquellas cláusulas elaboradas unilateralmente por un empresario, a las que ha de ajustarse necesariamente el contenido de todos los contratos que en el futuro se propone celebrar, condiciones que son impuestas a todos los ulteriores contratantes, que ven la necesidad de aceptarlas si quieren celebrar el contrato de la misma forma que se acatan las normas generales y abstractas de una ley”. Por otro lado, las cláusulas particulares son aquellas en “que las partes introducirán, conforme a la naturaleza del negocio celebrado, mediante los mecanismos corrientes de formación del consentimiento”.

Adicionalmente, la jurista nacional en cita indicó: “En los contratos de adhesión, existe la posibilidad que la partes, junto con las cláusulas generales, establezcan ciertos acuerdos o condiciones particulares “que las partes introducirán, conforme a la naturaleza del negocio celebrado, mediante los mecanismos corrientes de formación del consentimiento”. Dichas condiciones particulares tienen como objeto, según STIGLITZ, consignar elementos específicos de la relación singular o, en otros casos, sustituir de cara al negocio específico las cláusulas generales”¹⁶.

Sobre este tema, el licenciado argentino Fernando Shina, establece: “Los contratos de adhesión no dejan de serlo por el hecho de tener algunas cláusulas particulares que sean negociadas por el adherente y cuya característica es que limitan, amplían, suprimen o interpretan a una cláusula general (...) La existencia de cláusulas particulares demuestra que lo esencial de estos acuerdos no se relaciona con la falta de negociación sino con la capacidad que una de las partes tiene de imponer condiciones que disminuyan el riesgo del negocio y/o limiten la responsabilidad empresarial frente a eventuales reclamos por parte de los adherentes”¹⁷.

En este mismo orden de ideas, el jurista colombiano Carlos Jaramillo, indicó: “(...) tratándose de la contratación masiva, o la “...ajustada mediante la adhesión a estipulaciones predispuestas”, suele presentarse una “...coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado; que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto (...)”. la razón de ser de la regla de la prevalencia estriba en que las condiciones generales no pueden suplantarse o desplazar a las cláusulas contractuales especialmente negociadas entre las partes, puesto que estas últimas son, a diferencia de aquéllas, expresión genuina de la voluntad de los contratantes, ni pueden prevalecer, en principio, frente a las cláusulas predispuestas especialmente por el empresario o profesional pero con relación a un contrato concreto, puesto que es razonable considerar que éstas se

¹⁵ Álvarez Blanco, M. (1991) Contratos de Adhesión y Cláusulas Abusivas. Revista Judicial #91. San José, Costa Rica. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_91/009-Contratos%20de%20Adhesi%C3%B3n.htm

¹⁶ Álvarez Blanco, M. (1991) Contratos de Adhesión y Cláusulas Abusivas. Revista Judicial #91. San José, Costa Rica. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_91/009-Contratos%20de%20Adhesi%C3%B3n.htm

¹⁷ Shina, F. (Sin Fecha). Una nueva mirada sobre los contratos de Adhesión. https://www.juschubut.gov.ar/images/centro-juris/iurisletter/pdf/6._Una_nueva_mirada_sobre_los_contratos_de_Adhesi%C3%B3n_segunda_parte_Eureka_julio_2018.pdf

adaptan mejor (o se alejan menos de) la hipotética voluntad común de los contratantes”¹⁸.

No obstante, al utilizar ambos tipos de cláusulas se podría caer en contradicciones de fondo; razón por la cual, al momento de realizar una interpretación se aplica el principio de prevalencia, donde se priorizarán las cláusulas particulares sobre las generales; es decir, se dará mayor valor a aquella cláusula que fue negociada entre las partes sobre la que tuvo una predisposición unilateral.

En el caso costarricense, el legislador estableció este principio en el artículo 42 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, al señalar: “(...) En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales. Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente”. (Destacado intencional)

Ahora, el jurista argentino Shina señala que: “Se presenta entonces un nuevo problema. La cláusula particular en algunos casos puede agravar la condición de los usuarios aún más que la estipulación genérica. Ello así porque la norma que examinamos establece que las cláusulas particulares prevalecen sobre las generales. Pensamos que este criterio de prelación es equivocado y que se debió disponer que en caso de duda o colisión prevalezca la cláusula más favorable al usuario (...) el principio conocido como interpretación ‘contra proferentem’ o ‘contra stipulatorem’. Esta regla actúa cuando una cláusula está redactada en una forma ambigua que permite una interpretación dudosa. En tal caso, la cláusula se interpreta en el sentido menos favorable a quien predispuso la cláusula”¹⁹.

Al respecto, Carlos Jaramillo Jaramillo (2016) señala: “si bien es cierto en principio cuando hay contradicción entre una condición general y una particular la discrepancia debe ser resuelta haciendo prevalecer el contenido plasmado en la condición o cláusula particular, hay que realizar una tarea adicional antes de concluir el ejercicio hermenéutico: verificar si la general, más allá de la existencia fáctica y jurídica de la particular, es más beneficiosa que ésta para el adherente, o consumidor”²⁰.

Es así como, tal y como se ha desarrollado en el derecho comparado y dado que la norma nacional en cuanto el comercio en general no es específico al respecto, se debe considerar lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones: “Artículo 3 inciso c) de la Ley General de Telecomunicaciones: “c) Beneficio del usuario: establecimiento de garantías y derechos a favor de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, de manera que puedan acceder y disfrutar, oportunamente, de servicios de calidad, a un precio asequible, recibir información detallada y veraz, ejercer su derecho a la libertad de elección y a un trato equitativo y no discriminatorio. Artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones que: “La Sutel homologará los contratos de adhesión entre proveedores y abonados, con la finalidad de corregir cláusulas o contenidos contractuales abusivos o que ignoren, eliminen o menoscaben los derechos de los abonados”

De esta manera, en caso de que una cláusula particular sea abusiva o contradictoria a la general o el ordenamiento jurídico, se debe determinar si la cláusula general es más beneficiosa para el usuario final, la cual, de ser así, debe ser aplicada; en estos casos la regla de la prevalencia de las cláusulas particulares se rompe, ya que se debe proteger al cliente, de conformidad al principio de beneficio del usuario señalado en el artículo 3 inciso c) de la Ley General de Telecomunicaciones, anteriormente citado y en cumplimiento de las obligaciones de los operadores de conformidad con el artículo 49 inciso c) de la Ley General de Telecomunicaciones.

En virtud de lo anterior, y siendo este caso el que más se ajusta a la realidad nacional, los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones por regla general deben suscribir contratos de adhesión debidamente homologados por la SUTEL para la comercialización de sus servicios. No obstante, dicha obligación no aplica cuando el operador determine y acredite que existe un cliente con poder de negociación sobre los términos y condiciones que rigen la prestación del servicio de telecomunicaciones con el fin de obtener una solución tecnológica ajustada a sus necesidades particulares y que no se encuentra contenida en la oferta comercial regular del operador/proveedor.

En ambos casos, se debe considerar y respetar como mínimo los parámetros de calidad establecidos en el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios, los derechos de los usuarios dispuestos en el Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final y demás disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones.

3.5. Modalidades de contratación de servicios de telecomunicaciones en el Derecho Comparado

Por otro lado, retomando las modalidades de contratación de servicios de telecomunicaciones en diversos ordenamientos

18 Jaramillo, C. (2016). La Regla de la Prevalencia de las condiciones particulares sobre las condiciones generales. Rev.Ibero-Latinoam. Seguros, 59-103

19 Shina, F. (Sin Fecha). Una nueva mirada sobre los contratos de Adhesión. https://www.juschubut.gov.ar/images/centro-juris/iurisletter/pdf/6_Una_nueva_mirada_sobre_los_contratos_de_Adhesi%C3%B3n_segunda_parte_Eureka_julio_2018.pdf

20 Jaramillo, C. (2016). La Regla de la Prevalencia de las condiciones particulares sobre las condiciones generales. Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 59-103

jurídicos, en el Derecho Comparado existen diversas formas de suscripción entre usuarios finales y operadores/proveedores de los servicios de Telecomunicaciones. A manera de ejemplo, los siguientes casos:

a) Ecuador

En el caso de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en Ecuador (ARCOTEL), aprobó la resolución ARCOTEL-716 del 18 de setiembre de 2018 denominada “Norma técnica que regula las condiciones generales de los contratos de adhesión, del contrato negociado con cliente y del empadronamiento de abonados y clientes”, dicha resolución regula de forma separada los contratos de adhesión y contratos negociados entre los usuarios finales:

“CAPITULO I CONDICIONES GENERALES COMUNES TANTO PARA CONTRATOS DE ADHESION COMO PARA CONTRATOS NEGOCIADOS Art. 4.- Condiciones generales que deben cumplir los prestadores de servicios.- Sin perjuicio de las obligaciones que se encuentran detalladas para los prestadores de servicio del régimen general de telecomunicaciones y sus abonados o clientes en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su Reglamento General, Reglamento para la Prestación de servicios de telecomunicaciones y servicios de radiodifusión por suscripción, y demás normativa vinculada, así como de lo establecido en sus respectivos títulos habilitantes para la prestación del servicio o servicios, estos se obligan a observar, respetar y aplicar, las siguientes condiciones generales

“5) Formas de contratación de servicios.- La contratación de los servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión por suscripción podrán ser a través de las siguientes formas: a. Contratos de adhesión con abonados o suscriptores. b. Contratos negociados con clientes.

CAPITULO II CONDICIONES GENERALES PARA CONTRATOS DE ADHESION (...) Art. 8.- Contenido mínimo de los contratos de adhesión.- El modelo de contrato de adhesión que elaboren los prestadores de servicios del régimen general de telecomunicaciones y que lo remitan para inscripción y registro en la ARCOTEL y posterior uso y aplicación, deberá contener como mínimo los siguientes aspectos:

CAPITULO III CONDICIONES GENERALES PARA CONTRATOS NEGOCIADOS Art. 9.- Texto de contratos negociados.- Los contratos negociados con clientes, no requieren someterse a un contenido mínimo, ni deben ser presentados a la ARCOTEL, para su revisión, aprobación y registro; sin embargo, en caso de que en el texto contractual o sus anexos se hayan introducido cláusulas o condiciones que implique que se haya limitado, condicionado o establecido alguna renuncia a los derechos de los clientes, se entenderá como no escrito, sin perjuicio de que la ARCOTEL disponga su modificación y sanciones en caso de ser procedente; en el evento de que persista el incumplimiento”.

Es así como, los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones pueden suscribir contratos de adhesión (los cuales deben ser previamente aprobados por el Regulador) o bien, contratos negociados (los cuales no requieren de ninguna aprobación previa).

b) Colombia

La resolución número 5111-2017 del 24 de febrero de 2017, la Comisión de Regulación de Comunicaciones de la República de Colombia, denominada “Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones”, estableció que aquellos contratos que fueran negociados entre las partes se encuentran fuera del ámbito de aplicación de dicha regulación.

De esta forma, en el artículo 2.1.1.1. de la resolución en mención indica:

Artículo 2.1.1.1. Ámbito de aplicación. Este régimen aplica a todas las relaciones surgidas entre los usuarios y los operadores (entendidos estos en el presente Régimen como: los proveedores de redes y servicios de telefonía móvil y fija, acceso a internet fijo y móvil, y operadores de televisión cerrada), en el ofrecimiento de servicios de comunicaciones, en la celebración del contrato, durante su ejecución y en la terminación del mismo. El presente régimen no es aplicable a los casos en que se prestan servicios de comunicaciones en los cuales las características del servicio, de la red y la totalidad de las condiciones, técnicas, económicas y jurídicas han sido negociadas y pactadas por mutuo acuerdo entre las partes del contrato y, por lo tanto, son el resultado del acuerdo particular y directo entre ellas, siempre que tal inaplicación sea estipulada expresamente en el respectivo contrato”.

Ahora bien, en protección a las micro o pequeñas empresas se hace la siguiente excepción: “No se podrá pactar la inaplicación del presente régimen respecto de usuarios micro o pequeñas empresas, cuando se cumplan los siguientes tres requisitos: (i) cuando el objeto del contrato sea la prestación de servicios de voz fija o móvil, o el de acceso a internet fijo o móvil; (ii) cuando el contrato no incluya la provisión de soluciones técnicas desarrolladas a la medida del cliente para la prestación de los servicios de comunicaciones; (iii) cuando el contrato sea suscrito por una micro o pequeña empresa, en

los términos definidos en la Ley 590 de 2000 o en las normas que la modifiquen o sustituyan. Para la relación entre usuario de televisión comunitaria y comunidad organizada aplicarán solamente las disposiciones contenidas en la Sección 26 del presente capítulo. Para la relación entre usuario y proveedor de contenidos y aplicaciones aplicarán solamente las disposiciones contenidas en la sección 19 del presente capítulo”.

En adición a lo anterior, es importante resaltar que la Ley número 590 de 2000 denominada “Disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas”, se estableció en el numeral segundo, lo siguiente: “2. Pequeña Empresa: a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores; b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.001) salarios mínimos mensuales legales vigentes. 3. Microempresa: a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores; b) Activos totales por valor inferior a quinientos uno (501) salarios mínimos mensuales legales vigentes (...)”.

Es así como, aquellas que sean catalogadas micro o pequeñas empresas y cumplan con los requisitos señalados anteriormente, no podrán negociar los contratos con los operadores/proveedores de servicios.

c) México

La licenciada Clara Luz Álvarez González señala: “En el caso de México los contratos de adhesión son revisados y aprobados por la Profeco, independientemente de la obligación que muchos concesionarios y autorizados tienen de presentar dichos contratos ante el IFT después del registro del contrato de adhesión ante la Profeco. (...) En cuanto a contratos de adhesión, la experiencia comparada muestra que: (...) Si el proveedor argumenta que una cláusula determinada sí fue negociada con el usuario o bien, si aquél señala que se obtuvo el consentimiento de este, entonces la carga de la prueba es del proveedor de telecomunicaciones. (...) Finalmente, debe destacarse que también existen grandes empresas e instituciones públicas que son usuarios de telecomunicaciones cuyas capacidades de negociación no son significativas y son clientes sofisticados por las necesidades que tienen. Este tipo de empresas e instituciones no encuadrarían en la definición de consumidor que establece la Ley Federal de Protección al Consumidor y difícilmente harían uso de un contrato de adhesión. Lo anterior independientemente de que tienen toda la capacidad de negociar con el operador e incluso imponer sus condiciones²¹”.

Este sentido, la Ley Federal de Protección al Consumidor señalada por la jurista mexicana, establece que el consumidor es: “la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley. Tratándose de personas morales que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción o de servicios a terceros, sólo podrán ejercer las acciones a que se refieren los referidos preceptos cuando estén acreditadas como microempresas o microindustrias en términos de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa y de la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal, respectivamente y conforme a los requisitos que se establezcan en el reglamento de esta ley²²”.

d) Costa Rica

En el ordenamiento jurídico costarricense, se tiene que, el artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones establece: “La Sutel homologará los contratos de adhesión entre proveedores y abonados, con la finalidad de corregir cláusulas o contenidos contractuales abusivos o que ignoren, eliminen o menoscaben los derechos de los abonados”.

Al respecto, el artículo 3 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final indica que el abonado es: “persona física o jurídica, que contrata con uno o varios operadores o proveedores, la prestación de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, equipárese estos conceptos con el término de usuario establecido en la Ley 8642”. El término usuario final en el numeral 6 de la Ley General de Telecomunicaciones señala que es quien “recibe un servicio de telecomunicaciones sin explotar redes públicas de telecomunicaciones y sin prestar servicios de telecomunicaciones disponibles al público”.

De esta forma, dado que la Superintendencia de Telecomunicaciones debe homologar aquellos contratos de adhesión que se suscriban entre operadores/proveedores de servicios con los usuarios finales, resulta vital, aclarar cuál son los alcances del término consumidor (usuario final).

Al respecto, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa define en el artículo 2 el término consumidor y establece

²¹ Álvarez, C. (2018). Telecomunicaciones y Radiodifusión en México. Primera Edición. Universidad Autónoma de México. pp 188.

²² Álvarez, C. (2018). Telecomunicaciones y Radiodifusión en México. Primera Edición. Universidad Autónoma de México. pp 188.

que es: “Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros”.

Tal y como se puede observar, el concepto de consumidor es muy amplio; razón por la cual, la Procuraduría General de la República, mediante el dictamen C-180-2000 del 9 de agosto de 2000, indicó:

“Evolución histórica del término “consumidor”: Originalmente, el término “consumidor” era utilizado únicamente para hacer referencia a aquellas personas de pocos recursos que adquirirían determinados productos (básicamente, alimentos y medicinas) con el fin de satisfacer sus necesidades esenciales. (...) A pesar de lo anterior, con el transcurso del tiempo, el uso del término evolucionó, llegándose a admitir como incluidos dentro de él, a las personas que adquirirían bienes de cualquier tipo –no necesariamente para ser ingeridos– sin que fuera determinante, tampoco, la situación económica del adquirente (...).

El derecho del consumidor entonces, no tiene como finalidad proteger a todas las personas que adquieren bienes y servicios, sino solamente a las que lo hacen en una situación de desigualdad respecto al comerciante (...)

En el caso de nuestro país, aunque la Constitución Política en su artículo 46 hace referencia al término, no se indican ahí las características que se requieren para que una persona sea catalogada como consumidor. (...)

La norma recién transcrita, en primer lugar, admite la posibilidad de incluir dentro de la categoría de consumidor, tanto a las personas físicas como a las jurídicas, dejando de lado la discusión doctrinaria respecto a la procedencia o improcedencia de catalogar a éstas últimas como consumidores (...)

Al definir a las personas susceptibles de ser catalogadas como consumidores, la ley no contempló dentro de tales supuestos a los comerciantes, sino que, por el contrario, los excluyó implícitamente. En ese sentido, puede afirmarse que el legislador partió del supuesto (no necesariamente cierto en todos los casos) de que los comerciantes se encuentran entre sí en una situación de igualdad, igualdad que hace innecesaria intervención alguna por parte del Estado.

Así, una persona que se dedique al comercio puede adquirir bienes con tres fines distintos: utilizarlos para su consumo privado final; utilizarlos en su negocio, para su consumo en procesos administrativos o de distribución o comercialización de productos, y; utilizarlo directamente para reinsertarlos al mercado mediante la reventa. Para ejemplificar esas tres hipótesis, es posible suponer que un comerciante adquiera llantas con tres objetivos básicos: utilizarlas en su automóvil personal; utilizarlas en un vehículo propiedad de la empresa, destinado a distribuir los bienes que comercializa, y, finalmente; utilizarlas con el objeto de revenderlas. En el ejemplo propuesto, el comerciante sólo puede ser catalogado como consumidor en relación con la primera compra realizada, pues en los dos restantes casos, su adquisición se relaciona directa o indirectamente con su actividad profesional”.

De esta forma, se tiene que, el derecho del consumidor tiene como finalidad proteger a aquellas personas físicas o jurídicas que presenten una desventaja ante el comerciante, en este caso el operador o prestador de servicios de telecomunicaciones.

En la materia que interesa, cuando un operador/proveedor determine que está en presencia de un cliente que tenga la información técnica suficiente del servicio por contratar y posea poder de negociación de las condiciones particulares o específicas que regirán la relación comercial, puede suscribir un contrato que contemple: a) condiciones regulatorias²³ donde se desarrollen los requisitos mínimos²⁴ exigidos en la normativa vigente y b) condiciones negociadas donde las partes de común acuerdo pueden negociar libremente condiciones ajustadas a las necesidades particulares del cliente y que no se encuentran contenidas en la oferta comercial regular del operador/proveedor. Bajo este escenario, resulta innecesario la homologación de este tipo de contratos por parte de la Sutel, en virtud de que no corresponde a un contrato de adhesión.

Para todos los efectos, en este tipo de relación contractual, el operador/proveedor debe respetar los derechos inherentes a cualquier usuario final establecidos en la legislación. Por lo que, en caso de establecerse condiciones o contenidos contractuales abusivos o que ignoren, eliminen o menoscaben los derechos de los clientes, la Sutel se encuentra facultada para ejercer sus potestades regulatorias de manera ex post y ordenar la corrección de dicha anomalía, actuando de oficio o por gestión de parte.

Asimismo, resulta necesario para efectos de la constatación de la negociación entre las partes y la expresión de la voluntad de cada una de ellas, que el operador/proveedor registre prueba suficiente que acredite que existió un proceso de discusión

²³ Al respecto ver el artículo 45 de la Ley General de Telecomunicaciones.

²⁴ Al respecto ver el artículo 21 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al usuario final.

de cláusulas contractuales en donde se pactaron condiciones ajustadas a las necesidades particulares del cliente y que no se encontraban contenidas en la oferta comercial regular del operador/proveedor. En caso de omisión por parte del operador, la SUTEL realizará la interpretación más favorable al usuario y prevalecerá la regulación aplicable a los contratos de adhesión homologados.

4. Sobre la aplicación de las condiciones de permanencia mínima en los contratos de libre negociación.

Las cláusulas de permanencia mínima son aquellas que solamente pueden ser pactadas expresamente cuando otorguen un beneficio, por concepto de terminal, al usuario final, se pueden establecer por única vez y tienen un periodo máximo de aplicación. Una vez terminada dicho plazo, el usuario final podrá dar por terminado el contrato en cualquier momento sin penalidad alguna.

En la legislación costarricense el artículo 4 inciso 5) del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final, establece la posibilidad de incluir plazos de permanencia mínima en los **contratos de adhesión** por los servicios de telecomunicaciones, al indicar que “...en caso que el usuario tenga que ser indemnizado por alguna falla en el servicio prestado atribuible al operador o proveedor, se deberá realizar el reintegro necesario del costo del servicio ya sea en forma de crédito para las facturaciones posteriores y en caso que usuario decida renunciar al servicio, la permanencia mínima del servicio será revocada y se deberá reintegrar la indemnización correspondiente”.

Asimismo, el artículo 20 de dicho cuerpo normativo, establece las disposiciones de los contratos de adhesión al indicar que, “las cláusulas contractuales relativas a la permanencia mínima, a las sanciones y multas por terminación anticipada, así como las relacionadas con la iniciación, instalación y provisión del servicio, deberán ser definidas y estipuladas en los contratos de adhesión y aprobadas por la SUTEL (...)”(Destacado intencional). Asimismo, se determina que en “Los contratos con cláusulas de permanencia mínima en los que se hubiese convenido la prórroga automática, se entenderán prorrogados en las condiciones y términos originalmente pactados; no obstante, el abonado tendrá el derecho de terminar el contrato en cualquier momento, durante la vigencia de la prórroga y sin que haya lugar a sanciones o multas, siempre y cuando se encuentre al día con sus deudas con su operador o proveedor (...).”

De esta forma, en el año 2012, el Consejo de esta Superintendencia emitió la resolución RCS-364-2012 denominada “Lineamientos sobre las cláusulas de permanencia mínima y justas causas en los planes de servicios de telecomunicaciones”, en esta resolución se implementó la disposición regulatoria para que los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones pudieran estipular en sus contratos de adhesión condiciones de permanencia mínima, por un plazo de 24 meses cuando la misma estuviese ligada al subsidio de un equipo terminal y 12 meses, cuando se brindara al usuario final una tarifa preferencial más atractiva que la tarifa normal del servicio. Además, se indicó que las condiciones de terminación anticipada debían ser definidas y estipuladas en los contratos de adhesión y aprobadas por la Sutel, la cual tiene la potestad de analizar, aprobar o rechazar las cláusulas de permanencia mínima predispuestas por los operadores/proveedores, con la finalidad de evitar prácticas abusivas por parte de los prestadores del servicio.

Ahora bien, en el año 2016 se determinó que los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones, estaban estableciendo multas excesivas por terminación anticipada, por cuanto, el cálculo del beneficio sustancial no partía del precio de los servicios sin permanencia, por lo que contravino la resolución RCS-364-2012; lo cual constituía una barrera de salida para el usuario final. Razón, por la cual, el Consejo de esta Superintendencia procedió a revocarla parcialmente mediante la resolución número RCS-253-2016, en la cual se indicó:

“50. Que adicionalmente el citado artículo 42 de la Ley N°7472 establece respecto a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión que son absolutamente nulas aquellas que favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente. Asimismo, este artículo establece que son relativamente nulas aquellas cláusulas que establezcan indemnizaciones desproporcionadas en relación con los daños a resarcir por el adherente. (...).”

53. Que la mayoría de los contratos de adhesión homologados por esta Superintendencia y que son utilizados por los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones, contemplan cláusulas de permanencia mínima asociadas a tarifa preferencial, no obstante, se han documentado casos donde al momento de completar las casillas en blanco de la carátula del contrato de adhesión, lo realizaron de forma abusiva y desproporcionada, por cuanto la tarifa normal del servicio no corresponde tarifas ofrecidas comercialmente, razón por la cual la penalización cobrada a los usuarios por el descuento sustancial, contraviene lo dispuesto en la resolución RCS-364-2012”. (Destacado intencional).

Es así como, se señaló en el Por Tanto 1) de la resolución en cita: “REVOCAR PARCIALMENTE, por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, la resolución número RCS-364-2012 de las 11:00 horas del 05 de diciembre de 2012, emitida por este Consejo mediante sesión ordinaria número 075-2012, celebrada el día 05 de diciembre del 2012, por medio del acuerdo número 007-075-2012 que emitió los “Lineamientos sobre las cláusulas de permanencia mínima, retiro anticipado y justas causas en los planes de servicios de telecomunicaciones”, únicamente en cuanto a la permanencia

mínima por concepto de tarifa preferencial, causas justas y el cobro de penalidad por este concepto (...).(Destacado intencional).

Tal y como se extrae de lo expuesto, el fin de la resolución en estudio, es evitar que en los contratos de adhesión se estipulen cláusulas abusivas de permanencia mínima que afecte a los usuarios finales, ya que estos no se encuentran en capacidad de influenciar al operador/proveedor para lograr condiciones que se ajusten a sus necesidades particulares y que sean diferentes a la oferta comercial regular del operador/proveedor. Por este motivo, dichas cláusulas son previamente revisadas por esta Superintendencia en el procedimiento de homologación, el cual es de cumplimiento obligatorio para todos los operadores/proveedores de servicios de previo a suscribir contratos con sus clientes.

Por lo anterior, resulta evidente que existen escenarios que no se contemplan en las anteriores disposiciones regulatorias que podrían estar enfocados a clientes con capacidad de negociar condiciones y plazos de permanencia mínima diferenciados asociados a una solución tecnológica particular que no se encuentra contenida en la oferta comercial regular del operador/proveedor.

Es por ello, que en aquellos casos que exista poder de negociación entre las partes de los términos y condiciones contractuales, las resoluciones RCS-364-2012 y la RCS-253-2016 no resultan aplicables, por lo que las partes contratantes quedarían en libertad de establecer los propios términos y plazos de permanencia mínima. Lo anterior, considerando que la Sutel mantendría su potestad para intervenir de manera ex post cuando por medio de una reclamación se determine abusos en la aplicación de las condiciones de permanencia mínima.

5. Sobre la aplicación del proceso de homologación en los contratos de libre negociación

En primer lugar, es importante señalar que el término “homologar”, según el diccionario del español jurídico de la Real Academia española, significa “contrastar, reconocer oficialmente un título, registrar los resultados de una prueba”.²⁵

Asimismo, Guillermo Cabanellas de Torres, en el Diccionario Jurídico Elemental, señala que homologar “en general es consentir o confirmar (...) Auto o providencia del juez que confirma actos o contratos de las partes, a fin de hacerlos más firmes, ejecutivos y solemnes (...)”²⁶

Al respecto, el artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones establece: “La Sutel homologará los contratos de adhesión entre proveedores y abonados, con la finalidad de corregir cláusulas o contenidos contractuales abusivos o que ignoren, eliminen o menoscaben los derechos de los abonados”. (La negrita y subrayado son propios).

Asimismo, el artículo 80 inciso i) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, señala: “La Sutel establecerá y administrará el Registro Nacional de Telecomunicaciones. Dicho Registro será de carácter público y su regulación se hará por reglamento. Deberán inscribirse en el Registro: i) Los contratos de adhesión que apruebe la Sutel”. (La negrita es propia).

De igual forma, el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final establece: “Los clientes o usuarios, sean personas físicas o jurídicas, tendrán derecho a celebrar contratos de adhesión con los operadores o proveedores de los servicios de telecomunicaciones. Estos contratos deberán ser homologados por la SUTEL de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 46 de la Ley 8642 (...)”. (La negrita es propia).

Adicionalmente, el artículo 21 del Reglamento en cita, señala los aspectos que como mínimo deben contener los **contratos de adhesión** para que éstos sean **homologados** por la Superintendencia de Telecomunicaciones de previo para que los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones puedan brindar su servicio a los usuarios finales.

Ahora, con el fin de complementar las disposiciones, dado que la Ley General de Telecomunicaciones ni el Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final establecen un procedimiento de homologación, el Consejo de la Superintendencia mediante acuerdo 003-084-2018 del 7 de diciembre de 2018, emitió la resolución RCS-412-2018 denominada “Actualización de la guía de requisitos mínimos y procedimientos para la homologación de contratos de adhesión de los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones”; lo anterior, con el fin de aplicar un proceso de homologación uniforme a todos los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones. Para lo anterior, se informó a los operadores/proveedores que la Superintendencia publicó un modelo de contrato de adhesión en el sitio WEB, el cual constituye una referencia no vinculante, con los elementos esenciales que debe contener este tipo de contrato.

Tal y como se puede observar, la regulación obliga a la Superintendencia de Telecomunicaciones a homologar los contratos

²⁵ Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española. <https://dej.rae.es/lema/homologar>

²⁶ Cabanellas, G. 2003. “Diccionario Jurídico Elemental” Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. p189

de adhesión que se utilizan para suscribir servicios entre usuarios finales y operadores/proveedores de servicios, con la finalidad de proteger a la parte más débil de la relación contractual, por lo que el Regulador tiene la obligación de corregir cláusulas que “ignoren, eliminen o menoscaben los derechos de los abonados”.

En este sentido, el señor Claudio Antonio Donato López, en su tesis de grado, estableció que: “La homologación de los contratos por parte de la SUTEL representa un medio adicional del control de contenido que ejerce el Estado sobre los contratos de adhesión; en este caso, sobre aquellos que sean utilizados en la prestación de los diversos servicios de telecomunicaciones. La homologación de los contratos es un medio avanzado de este control de contenido por cuanto la determinación respecto a si una cláusula es abusiva o no lo es, o bien, si resulta contraria a los derechos de los usuarios establecidos en la regulación, se realiza sin la necesidad de que se plantee formalmente una queja o acción contra la cláusula o condición contractual cuestionada. Dentro de sus potestades la SUTEL puede ordenar de oficio la modificación o revisión de cualquier condición, establecida por cualquier medio, en el tanto estime que ésta contraría la normativa vigente. Su rol no se limita únicamente, a homologar aquellos contratos físicos, que son firmados por el usuario al momento de formalizar la relación contractual.”.²⁷

Según lo expuesto, se debe considerar lo siguiente:

- a) Si el usuario final que contrata los servicios no posee poder de negociación, y no cuenta con información clara, veraz y adecuada del servicio que le permita disponer sus propios términos y condiciones contractuales para obtener una solución tecnológica que se ajuste a sus necesidades particulares y que sean diferentes la oferta comercial del operador/proveedor, debe suscribir un contrato de adhesión que se encuentre previamente homologado por la Superintendencia de Telecomunicaciones y acatar las disposiciones de permanencia mínima de las resoluciones vigentes.
- b) Si la relación contractual va a nacer entre dos partes que tengan suficiente acceso a la información sobre el servicio a contratar y cuentan con poder de negociación para acordar términos contractuales ajustados a las necesidades particulares del cliente y no se encuentran contenidos en la oferta comercial regular del operador/proveedor, se puede suscribir un contrato de libre negociación, el cual no debe ser homologado por la Sutel y por ende no están sujetos a las disposiciones de la resolución RCS-412-2018, ni tampoco a las disposiciones de permanencia mínima. El operador debe conservar prueba que acredite la libre negociación y respetar como mínimo los derechos de los usuarios, los parámetros de calidad y demás disposiciones normativas vigentes. Esta prueba debe conservarse hasta dos meses después de finalizada la relación contractual, plazo de caducidad para interponer una reclamación conforme al artículo 48 de la Ley General de Telecomunicaciones.

6. Sobre el impacto y evaluación de la regulación desde la óptica de la competencia

6.1. Sobre el marco para el análisis de la regulación que se pretende promulgar.

Si bien la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas (en adelante regulaciones), vigentes o en proceso de adopción, son una herramienta legítima que posee el Estado para lograr específicas metas a nivel de política pública, es vital valorar su impacto sobre el nivel de competencia.

La mayor parte regulaciones no tienen el potencial de dañar indebidamente los niveles de competencia, sin embargo, en algunos casos, si dichas regulaciones se diseñan sin garantizar principios básicos de concurrencia, la distorsión podría ser tal que no solo no se fomentará la innovación y el crecimiento a largo plazo del sector, sino que al final el consumidor es el gran perdedor, al no tener acceso a una mayor variedad de bienes y a precios más bajos. Por el contrario, si se diseñan regulaciones haciendo hincapié en los principios de competencia el mercado saldrá beneficiado como un todo, empresas y consumidores.

De tal manera, que diversas autoridades de competencia han desarrollado metodologías o procedimientos que permiten realizar una revisión de las regulaciones con el objetivo de determinar si estas tienen el potencial de dañar la competencia, o identificar aquellas que debido a sus efectos requieren una evaluación más detallada y la valoración de alternativas regulatorias.

Si bien, dentro del proceso de implementación de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, la SUTEL espera desarrollar sus propias guías de evaluación de la regulación, en este momento al no contarse con instrumentos propios, se considera pertinente realizar el análisis de la propuesta regulatoria contenida en este

²⁷ Donato, Claudio Antonio. 2012. “El contrato de adhesión de telefonía móvil analizado desde la perspectiva de los derechos del usuario final de los servicios de telecomunicaciones”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura Universidad de Costa Rica. pp 212 - 214.

informe en estricto apego a metodologías desarrolladas por autoridades de competencia consolidadas y que cuenten con instrumentos de este tipo basados en las mejores prácticas.

Precisamente, la Comisión Federal de Competencia (COFECE), desarrolló un método práctico para la identificación de restricciones a la competencia en la “Guía para la evaluación de la regulación desde la óptica de competencia”²⁸(en adelante Guía). La Guía parte del principio de que Estado tiene la potestad, cuando lo considere necesario, de emitir reglas que norman las actividades económicas y sociales de los particulares para alcanzar objetivos de política pública concretos. Sin embargo, existen casos donde estas regulaciones, lejos de alcanzar tales objetivos, restringen el funcionamiento de los mercados.

Es en esos casos que, resulta de particular relevancia el papel de las Autoridades de Competencia para analizar si una propuesta de regulación tiene el potencial de inhibir la competencia y, en caso de ser así, identificar las posibles consecuencias, así como las alternativas disponibles para conseguir el mismo fin a través de medios menos intrusivos²⁹.

La Guía de la COFECE trata de detectar posibles restricciones anticompetitivas en los anteproyectos de regulación o en la regulación vigente, relacionando cada pregunta o acción regulatoria con el efecto sobre la competencia, y tiene como objetivo ser de utilidad para analizar si la regulación emitida por otras instituciones y servidores públicos genera o no restricciones anticompetitivas, que afecten la eficiencia en los mercados. basándose en criterios internacionales para su elaboración³⁰.

Es importante aclarar que, la Guía usada de referencia está a su vez basada en las mejores prácticas desarrolladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)³¹.

Así, la SUTEL valorará el posible impacto en la competencia en el sector telecomunicaciones de la regulación que se pretende imponer utilizando como base la Guía de la COFECE, la cual por medio de una serie de preguntas claves³² determina los efectos de las acciones regulatorias en cuatro rubros considerados fundamentales, concretamente:

- Limita el número de empresas
- Limita la capacidad (competitiva) o aptitud de uno o más proveedores para competir
- Limita las opciones e información disponibles para los consumidores
- Reduce los incentivos de las empresas a competir

6.2. Análisis de los posibles efectos de la regulación en la competencia en la operación de redes y/o en la prestación de servicios de telecomunicaciones.

En resumen, la propuesta regulatoria plantea disponer que no resultan aplicables a aquellos contratos donde se evidencie que el cliente cuenta con poder de negociación para discutir de forma libre, con información suficiente y de común acuerdo los términos y condiciones que regirán la prestación del servicio de telecomunicaciones con la finalidad de obtener una solución ajustada a las necesidades particulares del cliente y que no se encuentra contenida en la oferta comercial general del operador/proveedor, las siguientes disposiciones:

- El procedimiento de homologación de contratos dispuesto en el artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones.
- Los términos de la resolución número RCS-412-2018 denominada “Actualización de la Guía de Requisitos Mínimos y Procedimiento para la Homologación de Contratos de Adhesión de los Operadores/Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones”.
- El Acuerdo del Consejo de la Sutel número 003-084-2018 del 19 de diciembre del 2018.
- Los términos de las resoluciones RCS-364-2012 y RCS-253-2016 denominada: “Lineamientos sobre las cláusulas de permanencia mínima, retiro anticipado y justas causas en los planes de servicios de telecomunicaciones”.

A partir de esto, se pasa a realizar el análisis puntual de los posibles efectos la propuesta sobre la competencia en materia de telecomunicaciones, a partir de diecisiete preguntas contenidas en la Guía de la COFECE; de la siguiente manera:

A. ¿La normativa que se propone limita el número de empresas?

²⁸ Comisión Federal de Competencia (COFECE), Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Óptica de Competencia, 2016. Disponible en https://www.cofece.mx/cofece/images/Promocion/Guia_EvaluacionRegulacion_vonline_170516.pdf

²⁹ COFECE, Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Óptica de Competencia, pág. 8, 2016

³⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Guía para Evaluar la Competencia. Versión 1.0. pág. 49, 2007.

³¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Lista de Verificación de Impacto Competitivo.

³² La Lista de Verificación de Impacto Competitivo de la OCDE fue adaptada por la COFECE y originó un cuestionario de diecisiete preguntas, relacionando cada pregunta o acción regulatoria con el efecto sobre la competencia que pretende identificar.

1. *¿Otorga derechos especiales o exclusivos a cierto(s) agentes para prestar servicios u ofrecer bienes?*

La propuesta regulatoria no concede derechos exclusivos o especiales que impidan la entrada de nuevos operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones.

2. *¿Establece procedimientos de obtención de licencias, permisos o autorizaciones como requisito para iniciar operaciones, o bien iniciar alguna actividad adicional?*

La propuesta regulatoria no fija procedimientos para la obtención de licencias, permisos o autorizaciones como requisito para iniciar operaciones, ni siquiera procedimientos para que operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones que ya cuentan con algún tipo de título habilitante puedan iniciar alguna actividad económica adicional.

De manera que, la propuesta no establece requisitos que puedan tener el efecto de elevar los costos de entrada, proteger a las empresas existentes o de excluir a potenciales participantes.

3. *¿Crea esquemas preferenciales en las compras de gobierno a efecto de promover o beneficiar a algunos agentes?*

La propuesta regulatoria no está vinculada a temas relacionados con las compras públicas, por lo tanto, no existe afectación de la competencia en este apartado.

4. *¿Establece requisitos técnicos, administrativos o de tipo económico para que los agentes participen en el (los) mercado(s)?*

La propuesta regulatoria no está relacionada con requisitos técnicos, económicos o administrativos que deban cumplir los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por el contrario, la propuesta busca eliminar requisitos en aquellas interrelaciones entre operadores y usuarios, que por sus características no requieren una intervención previa del regulador.

5. *¿Establece condiciones o delimita áreas geográficas u horarios para ofrecer bienes o servicios?*

La propuesta regulatoria no crea algún tipo de barrera, condición o límite de áreas geográficas u horarios, para que los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones brinden sus servicios.

B. ¿La normativa que se propone limita la capacidad o aptitud de uno o más proveedores para competir?

6. *¿Establece canales exclusivos o tipos de establecimientos para la venta o distribución?*

La propuesta regulatoria no está relacionada con el tema de canales de venta implementados por los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones. De tal forma, la propuesta no interfiere ni en las estrategias de comercialización, ni restringe la capacidad de operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones para competir y diferenciarse entre sí.

7. *¿Establece normas o reglas de calidad para los productos o servicios?*

La propuesta regulatoria no establece algún tipo de norma o regla de calidad para los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones brinden sus servicios en el territorio nacional.

8. *¿Otorga preferencias o ventajas de cualquier tipo a algún agente?*

La regulación analizada no establece ningún tipo de preferencia o ventaja competitiva a algún operador de redes y/o proveedor de servicios de telecomunicaciones en particular.

9. *¿Determina el uso obligatorio de algún estándar, modelo, plataforma o tecnología en particular, o de algún producto o servicio protegido por derechos de propiedad intelectual o que resulte costoso?*

La propuesta regulatoria analizada no entra en valoraciones relacionadas con el uso de estándares, servicios o tecnología y/o productos protegidos por derechos de propiedad intelectual. Por lo tanto, no impone requerimientos para la producción o la comercialización de los servicios de telecomunicaciones que genere un incremento de los costos, o afecte el número de competidores o las opciones para el consumidor.

10. *¿Restringe de alguna forma la capacidad de los productores o vendedores de innovar u ofrecer nuevos productos?*

La propuesta no está relacionada con el establecimiento de algún tipo de restricción a la capacidad de los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones que brindan el servicio en cuestión para innovar u ofrecer nuevos productos. Por el contrario, busca flexibilizar los requisitos regulatorios asociados a la celebración de contratos entre operadores y usuarios, reconociendo que los mecanismos de libre negociación entre partes deben privar en aquellas circunstancias que lo permitan,

11. *¿Establece o influye de manera sustancial en la determinación de precios máximos, mínimos, tarifas o en general, cualquier otro mecanismo de control de precios y/o cantidades de bienes o servicios?*

La propuesta regulatoria analizada no aborda de manera alguna el establecimiento de precios máximos, mínimos, tarifas o en general, en cualquier otro mecanismo de control de precios y/o cantidades de bienes o servicios de aquellos agentes económicos que brinden el servicio mayorista en cuestión.

12. *¿Exime del cumplimiento de otra normativa o regulación a una o a ciertas empresas, incrementando de este modo los costos de competidores y nuevos proveedores?*

La propuesta regulatoria no establece algún tipo de eximente en cuanto al cumplimiento de normativa o regulación a algún agente económico determinado.

C. *¿La normativa que se propone limita las opciones e información disponibles para los consumidores?*

13. *¿Hace o haría más difícil a los consumidores cambiar de proveedor o compañía?*

La propuesta regulatoria no limita la capacidad de los consumidores para elegir o cambiar libremente entre los operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones, así que no reduce los incentivos de los proveedores de mejorar condiciones para retener o ganar clientelas.

14. *¿Modifica o disminuye la información indispensable para que los consumidores puedan tomar una decisión de consumo informada?*

La propuesta regulatoria no modifica o disminuye la información esencial para que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones puedan tomar una decisión de consumo informada. Por el contrario, apela al hecho de que la puesta a disposición de los usuarios de la información necesaria para la toma de decisiones es un elemento esencial para que se garantice una adecuada negociación entre operadores y consumidores.

D. *¿La normativa propuesta reduce los incentivos de las empresas para competir?*

15. *¿Exime del cumplimiento de la Legislación de Competencia o genera incentivos para violarla?*

La propuesta regulatoria que se analiza no contempla ni incentivos ni exenciones en favor de operadores de redes y/o proveedores de los servicios, de la aplicación de la normativa de competencia vigente, de manera que no genera beneficios en favor de alguna empresa o actividad en particular.

16. *¿Crea o fomenta un régimen de autorregulación o co-regulación?*

La propuesta regulatoria no establece o fomenta un régimen de autorregulación o co-regulación por parte de los operadores de redes y/o proveedores de los servicios que se pretende gravar. Así que no existe afectación a nivel de competencia.

17. *¿Obliga, faculta o favorece que los participantes en el (los) mercado(s) intercambien, compartan o hagan pública información sobre costos, precios, ventas, producción u otros datos de tipo confidencial?*

La propuesta no promueve un esquema que implique intercambios o publicidad de cierto tipo de información entre agentes económicos competidores entre sí, tales como, precios, costos de producción, mercados atendidos o estrategias comerciales.

A partir de lo desarrollado de previo se considera lo siguiente sobre la propuesta regulatoria:

- *No limita el número de empresas, ya que no se impide u obstaculiza la entrada de nuevas empresas a un mercado, ni propicia o induce de manera artificial la salida de las empresas existentes.*

- No limita la capacidad o aptitud de uno o más proveedores para competir en igualdad de condiciones con los otros agentes del mercado.
- No limita las opciones e información disponibles para los consumidores
- No reduce los incentivos de las empresas para competir, ya que no se facilita o fomenta la coordinación entre competidores.

7. Resultados de la mesa de trabajo con los prestadores de servicios

El 21 de febrero de 2020, se mantuvo en las instalaciones de la SUTEL una mesa de trabajo con los operadores de telecomunicaciones. En dicha mesa se acordó que la SUTEL remitiría por escrito una consulta escrita para que los operadores/proveedores emitieran su perspectiva en relación con la homologación de contratos cuando se requería condiciones diferentes a las contenidas en su oferta comercial y la aplicación de condiciones de permanencia mínima en este escenario.

Dicha consulta fue remitida a los operadores/proveedores en fecha 24 de febrero de 2020, mediante oficio número 01619-SUTEL-DGC-2020 de esa misma fecha, en el cual se les hicieron las siguientes consultas:

“1. ¿Existen clientes con los que su representada no suscribe contratos de adhesión?

- a. Sí
- b. No

En caso de respuesta afirmativa indique lo siguiente:

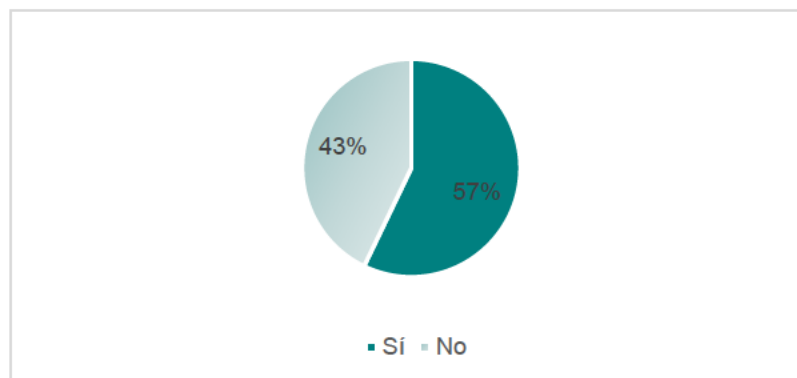
- a) ¿Qué características poseen los clientes con los que no suscriben contratos de adhesión?
 - b) ¿Qué elementos o factores diferenciadores utiliza su empresa para identificar este segmento de clientes?
 - c) ¿Cuáles son los términos contractuales que usualmente se negocian con este tipo de clientes?
 - d) Describa brevemente el tipo de servicios de telecomunicaciones negociados en este tipo de contratos, así como otros servicios o soluciones complementarias.
 - e) ¿Cuáles son las razones que justifican que este tipo de contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones no deban someterse al procedimiento de homologación del artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones?
2. Considera que las resoluciones de permanencia mínima números RCS-362-2012 y RCS-253-2016 resultan aplicables a los contratos de libre negociación. Señalar las razones que justifiquen su respuesta.
3. ¿Cuál sería el impacto y los efectos de que los contratos de libre negociación se sometieran al proceso de homologación dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones?”

Se recibieron un total de siete respuestas por parte de los operadores Claro, TIGO, Racsa, Cabletica, Movistar, ICE y Telecable.

A partir de las a consultas realizadas se obtuvieron las respuestas que se describen a continuación.

En relación con la consulta sobre si existen clientes con los cuales el operador no suscribe contratos de adhesión, se encontró que 4 operadores indicaron que actualmente poseen clientes con los que no realizan este tipo de contrataciones, mientras que 3 operadores indicaron que no existen clientes con los que no suscriben contratos de adhesión. Estas cifras se reflejan en porcentajes en el gráfico

Gráfico 1. Operadores de telecomunicaciones consultados: Porcentaje de operadores que tienen clientes con los que no suscriben contratos de adhesión. Cifras en porcentaje.



Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas al oficio 01619-SUTEL-DGC-2020.

Del total de operadores que respondieron que sí tenían clientes con los que no firmaban contratos de adhesión, se consultó sobre las características que poseen los clientes con los que no se suscriben este tipo de contratos, siendo la más mencionada el tratarse de clientes que requieren una solución a la medida.

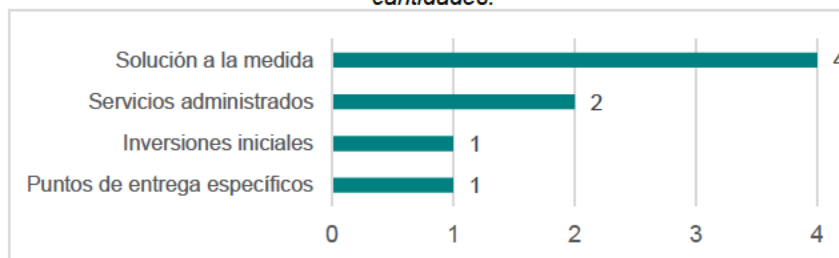
Tabla 1. Operadores de telecomunicaciones consultados: Características de los clientes con los que no poseen contratos de adhesión.

Características	Cantidad	Frecuencia Respuesta
Clientes que requieren una solución a la medida	4	100%
Clientes que poseen poder de negociación	2	50%
Clientes son personas jurídicas privadas o públicas	1	25%

Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas al oficio 01619-SUTEL-DGC-2020.

Asimismo, se consultó sobre el tipo de servicios de telecomunicaciones que se negocian sin suscribir contratos de adhesión, siendo el tipo de servicio más indicado el de soluciones a la medida.

Gráfico 2. Operadores de telecomunicaciones consultados: Servicio negociado sin contratos de adhesión. Cifras en cantidades.



Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas al oficio 01619-SUTEL-DGC-2020.

Asimismo, se consultó sobre los términos contractuales que usualmente se negocian en este tipo de contratos, siendo la condición más indicada la de permanencia mínima y terminación anticipada. Otro elemento relevante mencionado fue el plazo del contrato, el cual guarda estrecha relación con la permanencia mínima del mismo.

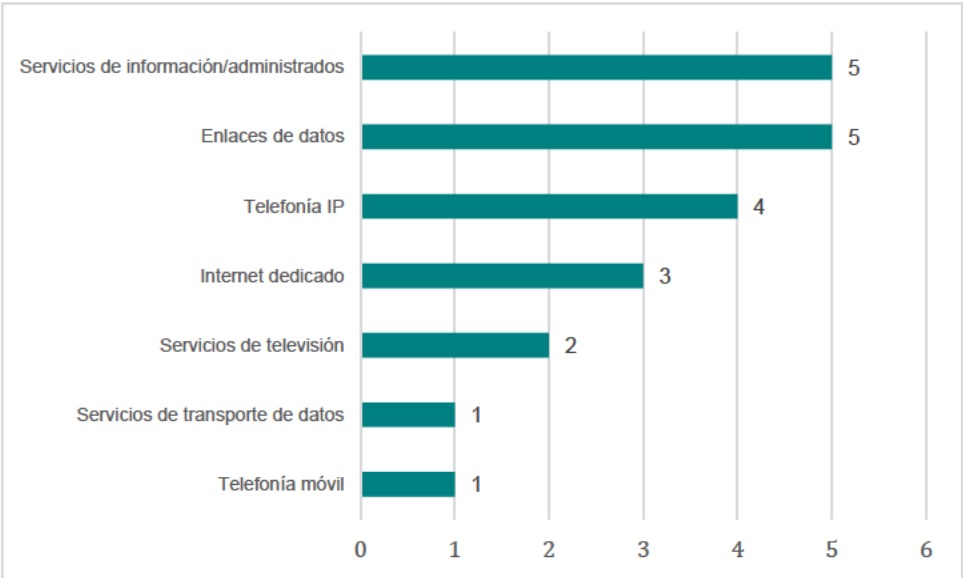
Tabla 2. Operadores de telecomunicaciones consultados: Términos negociados en contratos que no son homologados.

Términos	Cantidad	Frecuencia Respuesta
Permanencia mínima/Terminación anticipada	4	100%
Plazo contrato	3	75%
Servicios entregados	2	50%
Precio	2	50%
Costo instalación	2	50%
SLA	1	25%

Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas al oficio 01619-SUTEL-DGC-2020.

Por otro lado, se consultó a los operadores sobre los tipos de servicios de telecomunicaciones y otros complementarios que se negocian bajo este tipo de contratos que no son de adhesión, siendo los servicios de enlaces de datos los servicios de telecomunicaciones más comúnmente negociados libremente entre las partes, así como los servicios de información o servicios administrados (no se trata de servicios de telecomunicaciones).

Gráfico 3. Operadores de telecomunicaciones consultados: Tipo de servicio negociado sin contratos de adhesión. Cifras en cantidades.



Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas al oficio 01619-SUTEL-DGC-2020.

Finalmente, en relación con los operadores que sí negocian contratos que no son de adhesión con sus clientes, se consultó a los operadores sobre cuáles son las razones que desde su perspectiva justifican que existan contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones que no deban someterse al procedimiento de homologación del artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones, a lo cual los operadores respondieron indicando en mayor medida que los contratos de adhesión no se ajustan a las necesidades de clientes particulares.

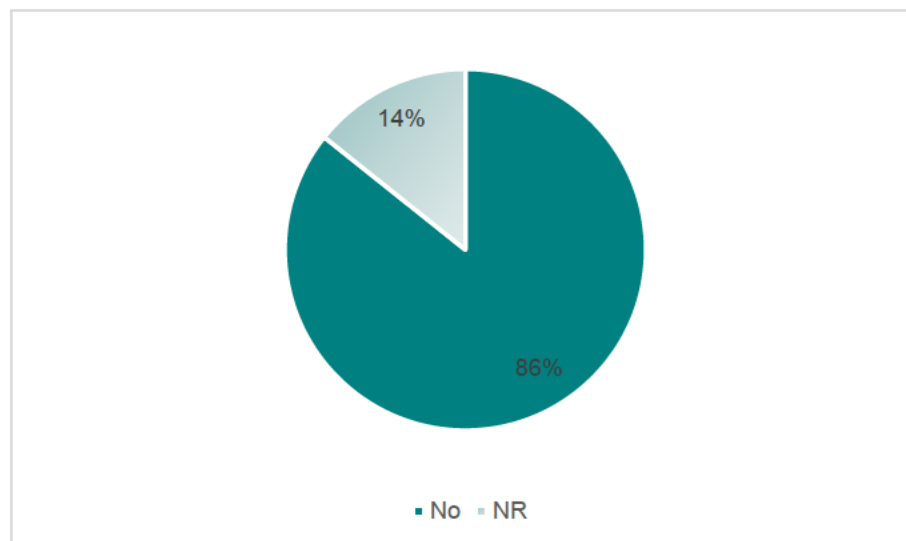
Tabla 3. Operadores de telecomunicaciones consultados: Razones que justifican que existan contratos que no deban someterse al procedimiento de homologación.

Razones	Cantidad	Frecuencia Respuesta
Contratos de adhesión no se ajustan a las necesidades del cliente	4	100%
Principio libertad contratación	3	75%
Características específicas del cliente que le permiten negociar	2	50%
Necesidades del cliente	2	50%

Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas al oficio 01619-SUTEL-DGC-2020.

Por otro, se les consultó a todos los operadores si consideraban que las resoluciones de permanencia mínima números RCS-362-2012 y RCS-253-2016 resultaban aplicables a los contratos de libre negociación, a lo que los operadores en su mayoría indicaron que no.

Gráfico 4. Operadores de telecomunicaciones consultados: Respuesta a la consulta si se considera que las resoluciones de permanencia mínima aplican a los contratos de libre negociación. Cifras en porcentaje.



Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas al oficio 01619-SUTEL-DGC-2020.

Las razones dadas por los operadores para justificar el por qué consideran que el proceso de homologación de contratos no aplica a los contratos libremente negociados entre las partes son básicamente dos, la primera que el someter dichos contratos al proceso de homologación limita las posibilidades de los operadores de dinamizar su oferta comercial y la otra que el someter dichos contratos al proceso de homologación limita la capacidad de las partes de negociar el contrato.

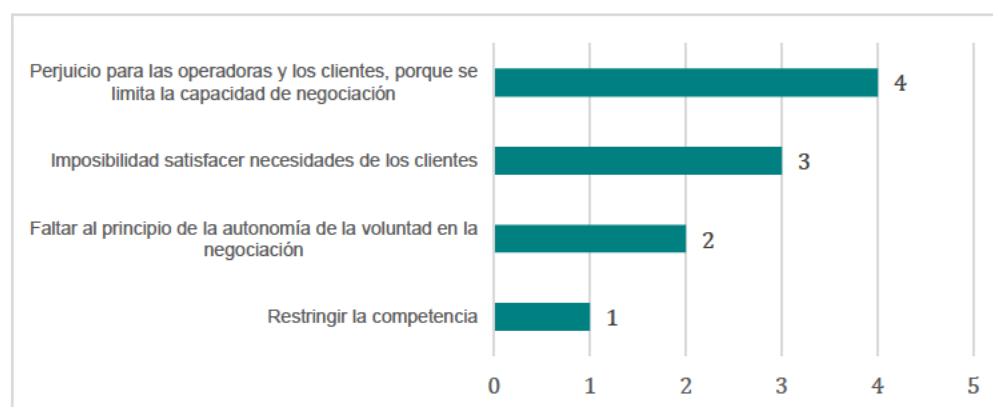
Tabla 4. Operadores de telecomunicaciones consultados: Razones dadas por los operadores para justificar el por qué consideran que el proceso de homologación de contratos no aplica a los contratos libremente negociados entre las partes.

Razones	Cantidad	Frecuencia Respuesta
Limita las posibilidades de los operadores de dinamizar su oferta comercial.	5	71%
Limita la capacidad de las partes de negociar el contrato	3	43%
NR	1	14%

Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas al oficio 01619-SUTEL-DGC-2020.

Finalmente, se consultó a los operadores sobre cuál sería el impacto y los efectos de que los contratos de libre negociación se sometieran al proceso de homologación dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones. A lo que los operadores respondieron en mayor medida que someter al proceso de homologación los contratos de libre negociación significaría un perjuicio para los operadores y los clientes, porque se limita la capacidad de negociación.

Gráfico 5. Operadores de telecomunicaciones consultados: Respuesta a la consulta sobre cuál sería el impacto y los efectos de que los contratos de libre negociación se sometieran al proceso de homologación. Cifras en cantidades.



Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas al oficio 01619-SUTEL-DGC-2020.

8. Conclusiones

De conformidad con lo indicado por este grupo interdisciplinario, se concluye lo siguiente:

- 8.1. *Por regla general a esta Superintendencia le compete homologar los contratos de adhesión que deben ser utilizados por los operadores para la comercialización de los servicios de telecomunicaciones, tal y como lo dispone el artículo 73 inciso o) de la Ley 7593 y los numerales 46 de la Ley General de Telecomunicaciones y 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al usuario final.*
- 8.2. *El contrato de adhesión es aquel en el que las cláusulas y condiciones del contrato son elaboradas por una de las partes, mientras que la otra parte únicamente se limita a manifestar su consentimiento respecto a esas cláusulas y condiciones predispuestas; con lo cual, no existe negociación entre las partes al momento de formar el contenido del contrato, es utilizado en la comercialización masiva de servicios y requiere la homologación por parte de SUTEL pudiendo dejar sin efecto las llamadas cláusulas abusivas.*
- 8.3. *Que de forma excepcional se pueden suscribir contratos de libre discusión que tienen como característica más importante el poder de negociación entre las partes sobre los términos y condiciones que rigen la prestación del servicio de telecomunicaciones, para obtener una solución tecnológica ajustada a las necesidades particulares del cliente y que no se encuentra contenida en la oferta comercial regular del operador/proveedor.*
- 8.4. *Existe doctrina que afirma que, en los contratos de adhesión, es permitido establecer condiciones tanto generales como particulares. En este caso, al momento de realizar una interpretación se aplica el principio de prevalencia, donde se priorizarán las cláusulas particulares sobre las generales; es decir, se dará mayor valor a aquella cláusula que fue negociada entre las partes sobre la que tuvo una predisposición unilateral, siempre y cuando esto no contravenga las disposiciones normativas vigentes. En el caso costarricense, el legislador estableció la prevalencia mediante el artículo 42 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.*
- 8.5. *En caso de que una cláusula particular sea abusiva o contradictoria a la general, se debe determinar si la cláusula general es más beneficiosa para el usuario final, la cual, de ser así, debe ser aplicada; en estos casos la regla de la prevalencia de las cláusulas particulares se rompe ya que se debe proteger al usuario, de conformidad con el principio de beneficio del usuario señalado en los artículos 3 inciso c) y 49 inciso c) de la Ley General de Telecomunicaciones.*
- 8.6. *Si el usuario final que contrata los servicios no posee poder de negociación, y no cuenta con información clara, veraz y adecuada del servicio que le permita disponer sus propios términos y condiciones contractuales para obtener una solución tecnológica que se ajuste a sus necesidades particulares y que sean diferentes la oferta comercial del operador/proveedor, debe suscribir un contrato de adhesión que se encuentre previamente homologado por la Superintendencia de Telecomunicaciones y acatar las disposiciones de permanencia mínima de las resoluciones vigentes.*
- 8.7. *Si la relación contractual va a nacer entre dos partes que tengan suficiente acceso a la información sobre el servicio a contratar y cuentan con poder de negociación para acordar términos contractuales ajustados a las necesidades particulares del cliente y no se encuentran contenidos en la oferta comercial regular del operador/proveedor, se puede suscribir un contrato de libre negociación, el cual no debe ser homologado por la Sutel y por ende no están sujetos a las disposiciones de la resolución RCS-412-2018, ni tampoco a las disposiciones de permanencia mínima. El operador debe conservar prueba que acredite la libre negociación y respetar como mínimo los derechos de los usuarios, los parámetros de calidad y demás disposiciones normativas vigentes.*
- 8.8. *Las resoluciones número RCS-364-2012 y la RCS-253-2016, emitidas por el Consejo de la Sutel, no resultan aplicables en los casos que exista poder de negociación entre las partes, por lo que las partes contratantes quedarían en libertad de establecer los propios términos y plazos de permanencia mínima. Lo anterior, considerando que la Sutel mantendría su potestad para intervenir de manera ex post cuando se determinen abusos en la aplicación de las condiciones de permanencia mínima*
- 8.9. *Las autoridades de competencia han desarrollado metodologías o procedimientos que permiten realizar una revisión de las regulaciones con el objetivo de determinar si estas tienen el potencial de dañar la competencia. La COFECE desarrolló un método práctico basada en las mejores prácticas desarrolladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para la identificación de restricciones a la competencia en la denominada "Guía para la evaluación de la regulación desde la óptica de competencia" que parte del principio*

de que el Estado tiene la potestad de emitir reglas que norman las actividades económicas y sociales de los particulares para alcanzar objetivos de política pública concretos.

8.10. Con base en la guía de COFECE y el análisis realizado, se considera que la propuesta regulatoria en el tema que nos ocupa:

- *No limita el número de empresas, ya que no se impide u obstaculiza la entrada de nuevas empresas a un mercado, ni propicia o induce de manera artificial la salida de las empresas existentes.*
- *No limita la capacidad o aptitud de uno o más proveedores para competir en igualdad de condiciones con los otros agentes del mercado.*
- *No limita las opciones e información disponibles para los consumidores*
- *No reduce los incentivos de las empresas para competir, ya que no se facilita o fomenta la coordinación entre competidores”.*

SEGUNDO: 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 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Reglamento sobre el Régimen de Protección al usuario final,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE

1. Dar por recibido y acoger en su totalidad las conclusiones y recomendaciones del informe 02437-SUTEL-UJ-2020, del 20 de marzo, 2020.
2. Señalar a los operadores que por regla general a esta Superintendencia le compete homologar los contratos de adhesión que deben ser utilizados por los operadores para la comercialización masiva de los servicios de telecomunicaciones, tal y como lo dispone el artículo 73 inciso o) de la Ley 7593 y los numerales 46 de la Ley General de Telecomunicaciones y 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al usuario final.
3. Disponer que de forma excepcional los operadores se encuentran facultados para comercializar servicios de telecomunicaciones mediante contratos de libre discusión cuando se evidencie que el cliente, sea persona física o jurídica, cuenta con poder de negociación para discutir de forma libre, con información suficiente y de común acuerdo los términos y condiciones que regirán la prestación del servicio de telecomunicaciones con la finalidad de obtener una solución ajustada a sus necesidades particulares y que no se encuentra contenida en la oferta comercial general del operador/proveedor.
4. Disponer que por la naturaleza de los contratos de libre negociación o discusión no les resultan aplicables las siguientes disposiciones normativas y regulatorias:
 - El procedimiento de homologación de contratos dispuesto en el artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones.
 - Los términos de la resolución número RCS-412-2018 denominada “*Actualización de la Guía de Requisitos Mínimos y Procedimiento para la Homologación de Contratos de Adhesión de los Operadores/Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones*”.
 - El Acuerdo del Consejo de la Sutel número 003-084-2018 del 19 de diciembre del 2018.
 - Los términos de las resoluciones RCS-364-2012 y RCS-253-2016 denominada: “*Lineamientos sobre las cláusulas de permanencia mínima, retiro anticipado y justas causas en los planes de servicios de telecomunicaciones*”.

5. Apercibir a los operadores/proveedores de servicios que, en todos los contratos suscritos con sus clientes, de adhesión o libre negociación, deben respetar los parámetros de calidad establecidos en el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios, así como, los derechos de los usuarios dispuestos en el Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final y demás disposiciones regulatorias de la Ley General de Telecomunicaciones.
6. Ordenar a los operadores/proveedores de servicios que, para efectos de la constatación de la negociación entre las partes y la expresión de la voluntad de cada una de ellas, deberán registrar y conservar hasta dos meses después de finalizada la relación contractual, la prueba suficiente que acredite que existió un proceso de discusión de cláusulas contractuales distintas a la oferta regular del operador/proveedor. En caso de omisión por parte del operador, la SUTEL realizará la interpretación más favorable al usuario y prevalecerá la regulación aplicable a los contratos de adhesión homologados.
7. Apercibir a los operadores/proveedores de servicios que, ante cualquier reclamación, la Sutel podrá corregir cláusulas o contenidos contractuales abusivos o que ignoren, eliminen o menoscaben los derechos de los clientes, de conformidad con la Ley General de Telecomunicaciones.
8. Indicar a los operadores/proveedores de servicios que la Sutel ejercerá sus potestades regulatorias de manera ex post para ordenar la corrección de cualquier anomalía que, respetando el debido proceso, logre determinar en las relaciones contractuales que se formalicen a través de la negociación.
9. Publicar la correspondiente resolución en el diario oficial La Gaceta.

PUBLÍQUESE

La anterior transcripción se realiza a efectos de comunicar el acuerdo citado adoptado por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario.—1 vez.—(IN2020452599).