

2323-SUTEL-SCS-2014

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 N° 021-2014, celebrada el 2 de abril del 2014, mediante acuerdo 014-021-2014, de las 15:20 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-063-2014

“AUTORIZA EN FORMA TEMPORAL LA APLICACIÓN DE CONDICIONES DE USO JUSTO EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE ACCESO A INTERNET MÓVIL”

EXPEDIENTE GCO-DGC-ETM-305-2014

En relación con las cláusulas de los contratos de adhesión homologados sobre condiciones de uso justo del servicio y las reuniones con los operadores del servicio de acceso a Internet móvil en cuanto el consumo extraordinario de parte de un pequeño porcentaje de clientes y la situación de congestión de sus redes afectando la calidad del servicio en perjuicio de otros clientes; el Consejo de la Superintendencia de las Telecomunicaciones ha adoptado la siguiente Resolución:

RESULTANDO

- 1- Que en fecha 11 de setiembre de 2013, el Consejo de Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo 023-049-2013 de la sesión ordinaria 049-2013, homologó el “Anexo de Planes Móviles post pago” al Contrato de Adhesión del Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante, ICE), en cuyo texto se incluyó la siguiente cláusula:

“26. POLITICAS DE USO JUSTO: El CLIENTE entiende y acepta que los planes de datos basados en velocidad para navegación por internet, permiten por cada ciclo de facturación mensual, el uso de los recursos disponibles de red en una cantidad limitada de capacidad de descarga equivalente a ____: si el límite es superado antes de finalizar el ciclo de facturación, la velocidad de navegación contratada por el CLIENTE podrá verse disminuida por el tiempo restante de dicho ciclo de facturación, sin detrimento que la regulación o el plan de datos contratado por el CLIENTE le conceda una transferencia ilimitada de datos, lo que en tales escenarios se respetará. Al iniciar el siguiente ciclo de facturación, se tendrá nuevamente acceso a la velocidad de navegación contratada. La aplicación de lo anterior queda sujeta a aprobación por parte del Regulador”. (el resaltado es intencional)

- 2- Que en fecha 13 de febrero de 2013, el Consejo de Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo 006-009-2013 de la sesión ordinaria 009-2013, homologó el “Contrato Marco para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Movistar y el Anexo para la Identificación del cliente y servicios contratados”, de Telefónica de Costa Rica TC S.A. (en adelante, Telefónica), en cuyo texto se incluyó la siguiente cláusula:

“30. POLITICAS DE USO JUSTO.

El CLIENTE entiende y acepta que los paquetes o planes de datos basados en velocidad para navegación por Internet, permiten por cada periodo de facturación mensual, el uso de los recursos disponibles de red en una cantidad limitada de capacidad de descarga establecida en el Anexo de Identificación del Cliente y Servicios Contratados; si este límite es superado antes de finalizar el periodo de facturación, la velocidad de navegación contratada por el CLIENTE podrá verse disminuida por el tiempo restante de dicho ciclo de facturación, sin detrimento que la regulación o el plan contratado por el CLIENTE le conceda una transferencia ilimitada de datos, lo que en tales escenarios

se respetará. Al iniciar el siguiente ciclo de facturación, se tendrá nuevamente acceso a la velocidad de navegación contratada.”.

- 3- Que en fecha 2 de noviembre de 2011, el Consejo de Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo 008-082-2011 de la sesión ordinaria 082-2011, homologó el “Contrato Universal para la prestación de servicios de telecomunicaciones y su Anexo de servicio postpago Telefonía Móvil Celular” a Claro C.R. Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, Claro), en cuyo texto se incluyó la siguiente cláusula:

“CUADRAGÉSIMA. POLÍTICA DE USO JUSTO: Siempre que las disposiciones regulatorias así lo permitan, el SUScriptor reconoce y acepta que cualquier paquete o plan con servicio ilimitado de datos basado en velocidad para navegación por Internet permitirá por cada periodo de facturación mensual el uso de los recursos disponibles de red en una cantidad limitada de consumo establecida en la carátula del Contrato; si éste límite es superado antes de finalizar el periodo de facturación, la velocidad de navegación contratada podrá ser disminuida de acuerdo a lo establecido en la carátula del Contrato por el tiempo restante de dicho periodo de facturación. Al iniciar el siguiente periodo de facturación, se tendrá nuevamente acceso a la velocidad de navegación contratada. Las condiciones indicadas corresponden a los servicios utilizados dentro del Territorio Nacional; en caso de utilizar el servicio fuera del territorio nacional, éste se cobrará como un servicio adicional excedente de Roaming Internacional, de acuerdo a las tarifas vigentes. Conforme a la cláusula Trigésimo Novena de este Contrato, el consumo de datos ofrecido por CLARO podrá ser medido y cobrado en Kilobytes de descarga cuando el marco regulatorio lo permita.” (el resaltado es intencional)

- 4- Que en ese mismo sentido, el Consejo de SUTEL, mediante Acuerdo 020-054-2013 de la sesión ordinaria 054-2013 celebrada el 9 de octubre de 2011, señaló:

“Que a pesar que a la fecha la regulación actual no se refiere a la aplicación de políticas de uso justo, vale la pena recalcar que existen normas vigentes que podrían resultar aplicables en casos de uso desmedido, excesivo, abusivo o incluso fraudulento de los servicios de Internet móvil, para los cuales se demuestre que su utilización afecta el funcionamiento de la red, tal y como lo disponen el artículo 23 del Reglamento de Prestación y Calidad y el numeral 34 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario final de los servicios de telecomunicaciones”. (el resaltado es intencional)

- 5- Que el Consejo de SUTEL, mediante Acuerdo 020-054-2013 citado también indicó que:

“No obstante, consideramos que el “Fair Use” no debe combinarse ni aplicarse simultáneamente en aquellas modalidades donde se cobre por descarga de kB.”

- 6- Que el Consejo de SUTEL conoció mediante el oficio 2042-SUTEL-DGC-2014 de fecha 4 de abril de 2014, en esta sesión el Informe sobre “Aumento de Reclamaciones por velocidad de conexión en el servicio de Internet móvil”, dentro del cual se evidencia el comportamiento de usuarios de consumo extraordinario de estos servicios. Este informe recomienda en síntesis, lo siguiente:

- Valorar la aplicación de tarifas por volumen en servicios post pago, con el propósito de mejorar la administración de los recursos para dichos servicios y de limitar el uso extraordinario de los mismos.
- Igualmente se recomienda que junto a dicha modificación tarifaria se ordene a los operadores ampliar la capacidad de sus redes para reducir al máximo los niveles de congestión detectados, de forma que se pueda cumplir con las velocidades comercialmente ofrecidas incluso en la hora cargada media. Para atender dicho aumento de capacidad se somete a valoración del Consejo requerir a los operadores el uso de las alternativas de *offloading* señaladas en el presente informe.
- En caso de establecer que la tarifa por volumen para Internet móvil, se recomienda que esta no sea utilizada en conjunto con medidas de uso justo que reduzcan a la baja la velocidad máxima que puede recibir un usuario.

- Instruir a los operadores que con el fin de reducir la incidencia de reclamaciones ante la SUTEL, consideren la capacidad de sus redes para la comercialización de nuevos servicios.

Adicionalmente, como parte de las fuentes utilizadas para elaborar dicho informe se utilizó información aportada por los operadores de telefonía móvil, los cuales solicitaron que dicha información se tratara con carácter confidencial.

- 7- Que en sesión ordinaria 021-2014, celebrada el 2 de abril, 2014, el Consejo declaró confidencial el mencionado informe del oficio 2042-SUTEL-DGC-2014.
- 8- Que el Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante, ICE), mediante nota 264-264-2014 del 20 de marzo del año en curso, bajo el número NI-2431-2014, hizo del conocimiento de la Superintendencia de Telecomunicaciones que estará implementando medidas de protección a la red móvil en aquellos usuarios que hacen un uso intensivo del servicio de datos, afectando la calidad de la red en perjuicio de otros usuarios.
- 9- Que en la comunicación referida, el ICE señala como fundamento los artículos 23 del Reglamento de Prestación y Calidad de los servicios (en adelante, RPCS) y 34 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario final de servicios de telecomunicaciones (en adelante, RRPV). Señala que conforme a esta normativa, surge para los operadores la potestad de suspender aquellos servicios que están siendo utilizados en forma indebida, ocasionando un daño o comprometiendo de alguna manera la prestación de los servicios o la operatividad e integridad de la red.
- 10- Que el ICE indica que en aras de no perjudicar a sus clientes, se ha evaluado la posibilidad de no suspender completamente los servicios en cuestión, sino que como una medida alterna, implementará una reducción de la velocidad cuando presenten un comportamiento abusivo. Explica que se aplicará la medida de reducción de velocidad por el período restante del ciclo de facturación. Otros operadores han manifestado acciones similares con el mismo fin.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.- COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

1. La Superintendencia de Telecomunicaciones es la autoridad regulatoria encargada de la regulación, aplicación, vigilancia y control del ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, en concordancia con las políticas sectoriales, de acuerdo a lo establecido en los artículos 59 y 60. a) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593 (en adelante, LARSP).
2. En materia de derecho del usuario final de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, a la Sutel le corresponde garantizar y proteger los derechos de los usuarios y velar por el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los operadores y proveedores de telecomunicaciones, asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, más y mejores alternativas de la prestación de los servicios (artículos 60 y 73 de la LARSP).
3. En materia de las condiciones de prestación y calidad de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, a la Sutel le corresponde asegurar condiciones de acuerdo a las exigencias del ordenamiento jurídico, para lo cual entre otros aspectos establece los estándares y parámetros de calidad, cuando corresponda, y le corresponde homologar los con contratos de adhesión así como aprobar las modificaciones de las condiciones contractuales (artículos 69 y 73 de la LARSP, y artículos 4, 5, 7, 13, 14, 20, y 28 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario final de los Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, RRPV) y, los artículos 1 y

19 del Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, RPC).

4. Los operadores ICE y Telefónica han manifestado que implementan condiciones de políticas de uso justo o medidas con el mismo fin y Claro analiza hacerlo. En consecuencia, las acciones y medidas comunicadas por el ICE y manifestadas por los Telefónica y Claro (en su intención), se trata de modificaciones contractuales las cuales deben ser comunicadas previamente a los clientes (párrafo 3 del artículo 20 del RRPV).
5. Por su parte, el ICE, de acuerdo a su mediante nota 264-264-2014 del 20 de marzo del año en curso, ha establecido unas reglas o condiciones para el uso por parte de sus clientes del servicio de acceso a Internet móvil aduciendo un uso contrario a las condiciones contractuales por parte de ciertos clientes, que de conformidad con el artículo 23 del RPC, es considerada una actividad fraudulenta en contra del propio operador y, que perjudica la integridad de su red. No obstante, las condiciones establecidas son una práctica común en otros países en la comercialización de los servicios de telecomunicaciones, y que se denominan “políticas de uso justo” y “gestión de tráfico. Ambas prácticas o combinación de ellas se utilizan como una medida para lidiar con el uso excesivo por parte de un grupo muy reducido de clientes, sobre todo en planes que inicialmente se comercializaron de manera ilimitada. En esta situación los clientes no realizan una actividad fraudulenta y en términos generales su utilización del servicio es conforme con las condiciones pactadas contractualmente, más aún si se trata de contratos de planes ilimitados. Sobre este aspecto más adelante aclaramos la diferencia de estos supuestos.

B.- POLÍTICAS DE USO JUSTO Y GESTIÓN DE TRÁFICO

1. Las políticas de uso justo al igual que la gestión de tráfico constituyen medidas excepcionales y temporales que implementan los operadores de servicios de acceso a Internet, entre otras razones, para asegurar un trato justo a todos los suscriptores o usuarios, independientemente de su perfil de uso. Dado que los recursos de transporte en la red de Internet son limitados, es esencial asegurar que, unos pocos usuarios no monopolicen los recursos de la red en detrimento de la gran mayoría. Dar un acceso justo a la red a todos los usuarios no es algo fácil. La capacidad de la red y los recursos son limitados y la utilización del ancho de banda y los flujos de tráfico son altamente variables para las distintas aplicaciones y servicios.
2. La solución a este problema debe considerar: i) los suscriptores sean tratados justamente y tengan igual acceso a todos los servicios; ii) todas las aplicaciones disponibles sean accesibles y que funcionen a niveles aceptables de desempeño; y iii) los suscriptores tengan la opción de comprar niveles de servicio más elevados que provean un desempeño mayor.

~~Esta Superintendencia no desconoce que el fenómeno de congestión de red puede ser resultado de diversos factores o causas. Recientemente la Sutel realizó un estudio para valorar las posibles causas del incremento de las reclamaciones por deterioro en la calidad del servicio de Internet móvil. En el informe presentado mediante oficio 2042-SUTEL-DGC-2014, se establecen varios factores que podrían estar incidiendo en las redes de los operadores móviles, entre las cuales se encuentra el consumo excesivo de recursos de red (capacidad de banda ancha) por parte de un muy pequeño grupo de clientes.~~

3. En general los distintos reguladores concuerdan en que los proveedores de servicios de acceso a Internet (ISP, por sus siglas en inglés) puedan monitorear el uso de la red y usar técnicas de gestión del tráfico para asegurar un trato justo a todos los usuarios al mismo tiempo que se mantienen niveles aceptables de desempeño para todos los servicios disponibles; ya que lograr los objetivos mencionados es difícil debido a la diversidad de aplicaciones de red y usuarios; de tal manera que para dar niveles aceptables de servicio a todos los usuarios es necesario que se pueda implementar la gestión de tráfico.
4. Las políticas de uso justo se materializan como condiciones contractuales del servicio de acceso a internet con el objetivo de incentivar un uso adecuado de los recursos de la red por parte de sus

clientes, evitando la congestión excesiva de las redes; lo cual afectaría la experiencia en la calidad del resto y la gran mayoría de clientes. Las políticas pueden ser diseñadas de diversas maneras, integrando medidas esencialmente técnicas o de gestión de tráfico (como el throttling) o medidas económicas como un cobro adicional.

Los ISP cuentan con una amplia gama de prácticas de gestión de tráfico y Políticas de Uso Justo, que incluyen las de **carácter técnico**, las cuales gestionan el tráfico para prevenir o responder a la congestión, como las de **carácter económico**, las cuales vinculan los precios o tarifas de servicios de Internet al consumo de los usuarios finales. Las prácticas técnicas de gestión de tráfico incluyen la ralentización del tráfico del usuario, y detección de usuarios de alto consumo para limitar sus anchos de banda, entre otros. Las prácticas económicas comprenden, límites mensuales de capacidad de ancho de banda, donde los clientes que se exceden de un predefinido umbral deben pagar una suma adicional por el ancho de banda consumido, o se ven sujetos a una penalización que puede ser la reducción de la velocidad. (Decisión de la Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) sobre las prácticas de tráfico en Internet CRTC-2009-657: <http://www.crtc.gc.ca/eng/archive/2009/2009-657.htm>)

5. Es imperativo resaltar que los operadores deben considerar soluciones a largo plazo como el desarrollo de mayor capacidad de sus redes y solo como remedio de corto plazo y de forma temporal deben considerarse viable las medidas de políticas de uso justo, según las circunstancias. Esta a su vez también es una de las recomendaciones del citado informe técnico del oficio 2042-SUTEL-DGC-2014 de la Dirección General de Calidad sobre las causas en el incremento de las reclamaciones. El informe recomienda otras medidas para tratar el tema de la congestión de las redes de datos móviles. Sin embargo, mientras no se puedan poner en su conjunto las medidas propuestas (o algunas de ellas), resulta posible la implementación temporal de las políticas de uso justo.

El problema de construir más capacidad de ancho de banda, es quien soportaría los costos de mejorar y extender la red y cuál debería ser el modelo apropiado para una estimación y atribución equitativa de los costos. (Office of the Telecommunication Authority (OFTA), Regulatory Affairs Advisory Committee (RAAC). Network Neutrality. Paper No. 2/2009 for discussion on 23 April 2010) En ese sentido, la literatura especializada señala que "[l]a situación surge incluso en los mercados más desarrollados, tan pronto como proliferan nuevas aplicaciones de alto consumo de banda ancha y los operadores no puede desplegar la infraestructura de banda ancha lo suficientemente rápido para responder a la demanda... La solución a largo plazo podría ser la construcción de más capacidad, pero en el corto plazo, es necesario racionar el suministro del ancho de banda." (Rogerson, David, Open Access Regulation in the Digital Economy. GSR 2011 Discussion Paper, UIT, setiembre, 2011. Traducción libre)

6. Así las cosas, los operadores bajo ciertas circunstancias y justificadamente puede tomar las medidas o acciones que consideren necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada, siempre que ello no tenga por objeto realizar acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia, además de procurar preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red.
7. Las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT), el Reglamento sobre el Régimen de Protección del Usuario final (RRPU) y el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios disponibles al público (RPC), permiten contar con un marco de regulación suficiente para resolver los temas de gestión de tráfico y políticas de uso justo con un nivel apropiado de control y una razonable gestión de la congestión de la red. El objetivo último es establecer una política que aborde apropiadamente el balance entre la libertad de los habitantes para usar la Internet para varios propósitos con el interés legítimo de los ISPs para gestionar el tráfico generado en sus redes, de manera tal que exista una conformidad con la legislación. Para ello es necesario que al menos se tomen en cuenta los siguientes elementos:

- a) *Transparencia.* Donde sea utilizada una política de uso justo o práctica de gestión de tráfico, los ISPs deben ser transparentes sobre su utilización. Los consumidores necesitan conocer

la información necesaria para tomar una decisión informada sobre los servicios que ellos compran y usan. Las prácticas económicas son las más transparentes, dado que permiten conciliar el uso de consumidor con su voluntad de pago, poniendo de esa manera a los usuarios en control y permitiendo actuar a las fuerzas del mercado. La transparencia es un principio rector de la LGT (artículo 3) que se materializa en materia de derechos de usuario final en el artículo 45 y el Reglamento de Protección al Usuario final de los servicios de telecomunicaciones, y el Reglamento de Prestación y Calidad de los servicios.

- b) *Innovación*. La inversión en la red es un instrumento fundamental para tratar con la congestión de la red y debería continuar siendo la primera solución que los ISPs utilicen. El Consejo reconoce que algunas medidas se requieren para gestionar el tráfico de la Internet en las redes de los ISPs, en ciertos puntos en la red y a ciertos momentos. Donde sea que se apliquen estas prácticas, se deben diseñar para solucionar una necesidad definida, sin que sea utilizada para otros fines o situaciones inconsistentes con su naturaleza y finalidad.
- c) *Claridad*. Los ISPs deben asegurar que ninguna práctica de gestión de tráfico o política de uso justo implementada sea injustamente discriminatoria e indebidamente preferencial.
8. En la legislación nacional no se cuenta de manera expresa con una regulación exhaustiva sobre gestión de tráfico y medidas como las políticas de uso justo. Sin embargo lo cierto del caso es que, la propuesta las políticas de uso justo deben analizarse a la luz de los principios que integran el ordenamiento jurídico en especial el de telecomunicaciones, la jurisprudencia y doctrina, así como la experiencia internacional. Sobre todo hay que tener en cuenta la similitud de nuestro ordenamiento jurídico de telecomunicaciones con el marco regulatorio europeo, advertir que contamos con un Reglamento de protección al régimen de derechos de los usuarios finales, un Reglamento de calidad de los servicios, y la materialización de los principios de transparencia, no discriminación, igualdad, objetividad, neutralidad tecnológica, interoperabilidad, entre otros. Resta entonces, determinar los parámetros o criterios que sirvan de guía a efectos de determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la propuesta, en el marco de la relación contractual y de los derechos de los usuarios finales. Lo anterior, sin perjuicio de ulterior estudios, cuando proceda, en materia de competencia, neutralidad y otros ámbitos de regulación.

C.- CRITERIOS PARA DETERMINAR Y REVISAR LAS MEDIDAS DE LOS OPERADORES DENOMINADAS “POLÍTICAS DE USO JUSTO”.

1. En el ámbito internacional existen distintos estudios respecto de las medidas denominadas políticas de uso justo (o *fair use policy*, como en inglés se conoce) y la percepción de los usuarios y consumidores (Office of the Telecommunication Authority (OFTA) of Hong Kong, Regulatory Affairs Advisory Committee. Guideliness for the Implementation of Fair Usage Policy (RAAC). RAAC Paper No. 8/2010 for discussion on 20 December 2010). Los operadores de telecomunicaciones en los distintos mercados inicialmente empezaron comercializando planes ilimitados del servicio de acceso a Internet, que luego en realidad restringe al establecer distintos mecanismos de las políticas de uso justo.

Desde la perspectiva de los usuarios de servicios de datos móviles, las principales conclusiones de informe del OFTA antes mencionado, han sido: a) casi nadie había escuchado de dicha política y los agentes de venta no les habían explicado cuando adquirieron los servicios; b) la mayoría de los participantes acordaron en que las políticas de uso justo son beneficiosas al propósito de asegurar a todos los clientes tener una justa oportunidad de acceso a los servicios; c) algunos usuarios de planes ilimitados consideraron la política es injusta para los clientes dado que entonces no debería mercadearse el servicio como ilimitado; d) la mayoría de los participantes coincidieron en que los ISPs deberían dar más detalles de la política aplicable a cada plan, y que se deberían tomar medidas para asegurar que los ISP expliquen a sus clientes sobre las políticas de uso justo y en detalle cómo esas políticas se implementan en cada plan, antes de firmar el contrato de servicio; e) hubo opiniones diversas respecto de la necesidad de estandarización de las políticas; para unos evitaría los conflictos con los ISP, para otros restringiría las opciones del cliente y la competencia; y f) algunos participantes sostuvieron

opiniones diversas respecto de las soluciones para restringir el uso excesivo mediante las políticas en cuestión; y algunos sugirieron que bajo solicitud del cliente, el ISP debería sin cargo extra detallar el registro del uso de datos para su verificación.

2. En este sentido, se han identificado algunos problemas en la implementación de las políticas de uso justo, tales como:
 - (i) *Diferente entendimiento y falta de uniformidad por parte de los ISP para aplicar las políticas de uso justo.* Los ISP aplican las políticas con un distinto alcance y para propósitos muy disímiles. Por ejemplo, en algunos casos se prohíbe a los clientes usar los servicios para propósitos ilícitos como el envío o la subida de mensajes o contenido ilegal. Esto último, responde a otra situación y no al presupuesto en las que sí aplican las políticas de uso justo (excesivo uso de recursos por pocos usuarios en forma desproporcionada)
 - (ii) *Amplios términos y condiciones.* Las políticas son redactadas en términos muy amplios y no se especifican los criterios objetivos por los cuales aplicarían las medidas consideradas en la respectiva política de uso justo.
 - (iii) *Falta de conocimiento de las políticas de uso justo por parte de los clientes.* Los usuarios no saben de la existencia de dichas políticas, ni tampoco tienen la suficiente información para entender adecuadamente la relevancia de los términos y condiciones. Esto inevitablemente genera los conflictos y la insatisfacción de los clientes.
 - (iv) *Implementación de políticas de uso justo en los planes ilimitados.* Para quienes contrataron un plan de uso ilimitado, y el proveedor la ha aplicado esas políticas han visto reducido su servicio al punto que no les es útil como plan ilimitado y en relación con otros planes ofrecidos por el mismo proveedor la velocidad se redujo significativamente.
 - (v) *Relevancia entre la diferencia entre uso ilegal y el uso justo.* Algunos proveedores incluyen otras prohibiciones bajo la sombrilla de políticas de uso justo, es decir, cuando el cliente incurre en algún uso ilegal del servicio su contrato es terminado con base en el incumplimiento de las condiciones y términos de dichas políticas. Si bien es cierto el proveedor del servicio puede cortar el servicio para proteger la provisión del servicio y la integridad de la red, lo cierto del caso es que es más recomendable que se traten como supuestos de regulación diferentes y por separado a las políticas de uso justo. Esto último, es a lo que se refiere el artículo 23 del RPC y que en nuestro ordenamiento tal supuesto estaría regulado en la reglamentación y no es una cláusula como condición contractual.
3. Para dar solución a los problemas mencionados algunos principios o lineamientos que pueden considerarse para la adecuada implementación de las políticas de uso justo, son:
 - a) *Transparencia de las políticas de uso justo.* Los proveedores deben publicar en su sitio web los contratos y todo el material de ventas si los planes ilimitados están sujetos a políticas de uso justo. La información debe ser explícita respecto del criterio (umbral o límite) que dispararía o iniciaría la penalización (o medida) contenidas de la política u otras medidas restrictivas que se tomarían cuando la política de uso justo es aplicada.
 - b) *Potenciales clientes debidamente informados en los puntos de venta.* Para que los clientes tengan una idea clara de qué esperar de los servicios contratados, los proveedores deberán asesorar a los clientes durante la venta y promoción de los planes ilimitados, y en el cualquier caso, antes de la firma de cualquier servicio contratado independientemente si es un plan ilimitado pero igualmente sujeto a políticas de uso justo.
 - c) *Razonabilidad y proporcionalidad en las medidas restrictivas.* Los proveedores no terminarán o suspenderán el servicio incluso si los clientes correspondientes se han excedido en el uso permitido. Tampoco se puede reducir el servicio a niveles en los que la calidad y el nivel de servicio de acceso a Internet se mantenga funcional.

- d) **Los proveedores de servicios no podrán variar unilateralmente los términos especificados en la política de uso justo sin el consentimiento de los clientes.** La propuesta de condiciones de uso justo o medida similar deberá ser comunicada al cliente con una antelación mínima de un mes calendario, la cual deberá informar sobre el derecho del cliente para rescindir anticipadamente el contrato, sin penalización alguna en caso de no aceptación de las nuevas condiciones. El uso permitido y las medidas restrictivas adoptadas son condiciones esenciales del contrato de servicio entre el cliente y el proveedor. Tan importantes que podrían significar la decisión del cliente para suscribir un servicio, razón por la cual los proveedores deberán obtener el consentimiento de los clientes si ellos desean variar los términos durante el periodo contractual del servicio. Este aspecto es consistente con lo dispuesto en el artículo 20 del RRPY y los artículos 45. 13) y 46 de la LGT.
- e) **Las políticas uso justo no deberán mezclarse con disposiciones no relacionadas con el uso racional y justo.** Los proveedores solo deben incluir los términos y condiciones que correspondan a verdaderas políticas de uso justo. Condiciones de uso ilegal del servicio o infracción a derechos de propiedad, actividades que atente contra la integridad de la red, deberán disponerse por separado bajo títulos o secciones diferentes a las disposiciones de política de uso justo.
- f) **Los proveedores deberán notificar o dar aviso a los clientes antes de disparar la medida restrictiva o penalización de la política de uso justo, y proveer bajo solicitud de los clientes, el detalle del registro de datos del respectivo uso.** Los operadores deberán informar a sus usuarios a través de un SMS cuando su consumo mensual alcance el 80% de los GBytes establecidos como límite o umbral (de manera que se cumpla con el fin de anticipar adecuadamente el límite) para prevenirlos sobre la posible aplicación de políticas de uso justo a partir del límite de GBytes establecido e indicar la velocidad a la cual se le estaría disminuyendo el servicio por la aplicación de las citadas políticas. Previa solicitud del cliente quien ha sido sometido a una política de uso justo, el proveedor deberá proveerle un registro detallado del uso de datos dentro de un periodo razonable para la verificación del cliente.
- g) **Proporcional.** Debería aplicarse en la medida en que se produzca congestión en la red para evitar situaciones abusivas.
- h) **Equitativa.** Se debería llevar a cabo de forma justa, sin llegar a privar a ningún cliente del servicio ni llegando a situaciones donde un cliente tenga prioridad sobre otro. Lo cual guarda relación con el artículo 45. 4) de la LGT.
- i) **Necesidad técnica.** Se debería planificar y diseñar una política de gestión en función de las necesidades técnicas que se den en la red en concreto. La política de uso justo no puede utilizarse para la monetización de la congestión.
- j) **Legítima.** Evidentemente cualquier técnica de gestión debe cumplir con la legislación vigente en la zona geográfica en la que se aplique.
- k) **Auditable.** Para evitar problemas de cualquier índole los operadores e ISPs deberían de ser capaces de demostrar que la aplicación de la política de uso justo o gestión de tráfico responde a necesidades reales y que las medidas resultan efectivas.

D.- MODIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y OTRA NORMATIVA RELEVANTE

1. En materia de contratos de servicios de telecomunicaciones, y en general en contratación, las partes (usuario y operador/proveedor) acuerdan libremente las condiciones que regularán su relación jurídica; con la única limitación de lo que establezcan las normas de orden público, el orden público y las buenas costumbres. En lo demás, aplica el régimen especial de usuarios finales de telecomunicaciones y la normativa sobre calidad y prestación de los servicios de

telecomunicaciones, y cuando corresponda, legislación ordinaria de consumo (protección del consumidor) y el Código Civil, entre otra normativa.

2. Por Ley General de Telecomunicaciones, los operadores y usuarios finales tienen que respetar el ordenamiento jurídico de telecomunicaciones, en especial el régimen especial del usuario final y sus derechos, así como la normativa de desarrollo. Dada la complejidad y tecnicismo en que se desenvuelve la comercialización de los servicios de telecomunicaciones, la legislación ha establecido derechos especiales para los usuarios finales de estos servicios, y algunos mecanismos que permitan su garantía. En este sentido, la comercialización de los servicios se realizan normalmente a través de los contratos modelos razón por la cual se consideran de adhesión. Para evitar el carácter abusivo de algunas de sus cláusulas y garantizar el respeto de los derechos del usuario final, estos contratos requiere de la aprobación de la Sutel (artículo 46 de la LGT).

3. Una vez aprobados los contratos de adhesión y durante su vigencia, pueden suscitarse modificaciones que los operadores se ven en la necesidad o conveniencia de introducir. De esta manera surgen dos situaciones que la normativa reglamentaria desarrolla.

En primer lugar, la propuesta de modificación al modelo de contrato de adhesión requiere ser igualmente aprobada; pues el fin que se sigue tienen como fundamento la misma norma del artículo 46 de la LGT. En segundo término, las relaciones jurídicas producto de contrataciones originadas en el modelo de contrato homologado que se verían afectadas por la modificación propuesta.

Para estos casos, el Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario final de servicios de telecomunicaciones, establece en un numeral 20, la posibilidad de modificación siempre y cuando sea aprobada por la Sutel y comunicada a los clientes con la anticipación de un mes. Dado que la modificación es unilateral y del operador, el usuario final tiene el derecho de resolver el contrato sin responsabilidad. De este modo, la comunicación además tiene la finalidad de que el cliente decida si acepta las condiciones de la modificación y continúa con el contrato, o si por el contrario, no hay aceptación y decide resolver el contrato sin responsabilidad alguna. En cuanto a la responsabilidad valga hacer notar que las cláusulas asociadas a los terminales con la finalidad de restituir el valor o saldo del costo del terminal en caso de terminación anticipada, no están comprendidas dentro de este tema. El artículo 19 del RPC también trata otros supuestos de modificación de las condiciones pactadas del servicio.

4. Los contratos comprenden obligaciones de dar, hacer y no hacer, entre las que se encuentran la prestación de un servicio y el pago del mismo. En las obligaciones de no hacer referidas al usuario pueden ubicarse las políticas de uso justo. En cuanto a las prestaciones del suministro del servicio se establece las de calidad. Entre esas condiciones tradicionalmente no han existido limitaciones en cuanto descarga, lo cual comercialmente se han asociado a planes ilimitados. Las condiciones de descarga, como las de velocidad o capacidad, y en general cualquier otro parámetro de calidad, son parte del objeto de las prestaciones y del contrato suscrito entre el cliente y el operador. De esta manera el artículo 45 numeral 4 expresa que es derecho del usuario final recibir un trato de buena fe de parte del operador, y el numeral 13, establece que es derecho también recibir los servicios en la calidad según los términos estipulados previamente y pactados. El RRPU por su parte establece incluso la obligación de los operadores de implementar mejoras en sus redes y plataformas de servicios (artículo 4). En suma, tal y como señala el artículo 5 del RRPU, los usuarios tienen el derecho a hacer uso de los servicios contratados en los términos establecidos en la LGT, dicho reglamento y la normativa vigente, que refiere a las condiciones estipuladas en el contrato respectivo; sin perjuicio de lo indicado sobre modificaciones contractuales del conformidad con el artículo 20 del RRPU.

5. En otro orden de ideas, en caso de incumplimiento de las obligaciones que derivan de la obligación contractual por parte del usuario final, el operador puede suspender temporal o proceder con la desconexión definitiva, debiendo para ello seguir el procedimiento establecido (artículo 12 del RRPU). Se trata como puede observarse de incumplimientos de obligaciones

contractuales, que para el caso en marras, las obligaciones de no hacer referidas a un umbral o límite de descarga, no han sido establecidas. Por lo tanto, no se trataría –como hemos señalado– de un incumplimiento de las obligaciones contractuales sino de una modificación de las condiciones para establecer la obligación que permitiría implementar estas medidas (conocidas como políticas de uso justo). En síntesis, al ser una obligación contractual que es ley entre las partes y estar definida objetivamente, el procedimiento es simple y operaría conforme se indique en el contrato de adhesión homologado.

Otras situaciones de desconexión definitiva pueden darse y como quedó explicado anteriormente, no están referidas a obligaciones contractuales sino que son supuestos de fraude o actividades ilícitas o antijurídicas, de mala fe, o que exista un dolo de perjudicar la red del operador, que ponen en riesgo la integridad de la red, o que podría ser utilizadas como mecanismos de competencia desleal o conductas antimonopolísticas de parte de algún operador para deteriorar la calidad de las redes de sus competidores. Estos supuestos, que bien podrían calificarse de responsabilidad extracontractual, son extremos y no requiere la aprobación de la Sutel. Estos son los casos de las normas de los artículos 23 del RPC y el 34 del RRP. Como puede observarse, la finalidad de estas normas es distinta y aplica para realidades de diferente naturaleza. Los supuestos del artículo 23 del RPC permiten incluso la indemnización a favor del operador por la incorrecta utilización del servicio y su afectación en la operación normal del sistema. Se trata de casos que no corresponde al uso del servicio de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato y acordadas por ambas partes.

6. Los operadores se encuentran en la obligación de prestar un servicio eficiente así que aún en los casos en que establezcan la reducción de la velocidad, está debe permitir un uso eficiente del servicio, lo que en términos generales se asocia a la tecnología, al uso normal del usuario promedio, entre otros factores.
7. Los contratos de adhesión por norma (artículos 20 y 21 del RRP) tienen un contenido mínimo. Dentro de este es necesario que incluya las características generales, técnicas como legales del servicio, la descripción de cada una de las prestaciones incluidas en el contrato, así como el derecho de suspensión temporal y desconexión definitiva; los niveles individuales de calidad del servicio. Como puede observarse las medidas que se comprenden bajo la rúbrica de “política de uso justo”, son aspectos que deben formar parte de las obligaciones y prestaciones del contrato.
8. En síntesis, la medida o condiciones de uso justo son un supuesto de modificación contractual, para lo cual se procede a aprobación y condiciones implementación.

D.- CONDICIONES DE LA POLÍTICA DE USO JUSTO O MEDIDAS SIMILARES

1. En general los operadores proponen la aplicación general y en igualdad de condiciones una política aplicable a todos sus clientes del servicio de acceso a Internet móvil; la cual consistiría en **aplicar un límite o umbral en la descarga durante un ciclo de facturación**, de manera tal que excedido ese límite, como **penalización o medida restrictiva**, se establece que la velocidad se reducirá a una velocidad determinada contractualmente. Para el nuevo ciclo de facturación (o mes) la velocidad se restablecerá según las condiciones contractuales pactadas, y el límite o umbral se reactivaría desde cero.
2. Como se indicó *supra* actualmente no existe ninguna disposición regulatoria expresa sobre las políticas de uso justo, como un control previo para su implementación; más que las disposiciones sobre modificación contractual o de las condiciones de prestación del servicio, en las que por regla general debe comunicarse al cliente la propuesta para que éste dentro del plazo de un mes decida si mantiene el contrato o si decide su resolución sin penalización alguna.

Por otra parte, en el proceso de homologación de los contratos de adhesión de los distintos operadores se han aprobado disposiciones que contienen la “obligación de una política de uso justo” por parte de los clientes, sin precisar el objeto de las prestaciones específicas a las que se verían los clientes sujetos.

Concretamente, en el caso del ICE, mediante Acuerdo 023-049-2013 de la sesión ordinaria 049-2013 celebrada el 11 de setiembre de 2013, homologó el "Anexo de Planes Móviles Postpago" al Contrato de Adhesión del ICE, que en lo concerniente señala:

*"26. POLITICAS DE USO JUSTO: El CLIENTE entiende y acepta que los planes de datos basados en velocidad para navegación por internet, permiten por cada ciclo de facturación mensual, el uso de los recursos disponibles de red en una cantidad limitada de capacidad de descarga equivalente a ____: si el límite es superado antes de finalizar el ciclo de facturación, la velocidad de navegación contratada por el CLIENTE podrá verse disminuida por el tiempo restante de dicho ciclo de facturación, sin detrimento que la regulación o el plan de datos contratado por el CLIENTE le conceda una transferencia ilimitada de datos, lo que en tales escenarios se respetará. Al iniciar el siguiente ciclo de facturación, se tendrá nuevamente acceso a la velocidad de navegación contratada. **La aplicación de lo anterior queda sujeta a aprobación por parte del Regulador**". (el resaltado es intencional)*

En el caso de Telefónica, mediante Acuerdo 006-009-2013 de la sesión ordinaria 009-2013, el Consejo homologó el "Contrato Marco para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Movistar y el Anexo para la Identificación del cliente y servicios contratados", de Telefónica de Costa Rica TC S.A. (en adelante, Telefónica), en cuyo texto se incluyó la siguiente cláusula:

"30. POLITICAS DE USO JUSTO.

El CLIENTE entiende y acepta que los paquetes o planes de datos basados en velocidad para navegación por Internet, permiten por cada periodo de facturación mensual, el uso de los recursos disponibles de red en una cantidad limitada de capacidad de descarga establecida en el Anexo de Identificación del Cliente y Servicios Contratados; si este límite es superado antes de finalizar el periodo de facturación, la velocidad de navegación contratada por el CLIENTE podrá verse disminuida por el tiempo restante de dicho ciclo de facturación, sin detrimento que la regulación o el plan contratado por el CLIENTE le conceda una transferencia ilimitada de datos, lo que en tales escenarios se respetará. Al iniciar el siguiente ciclo de facturación, se tendrá nuevamente acceso a la velocidad de navegación contratada."

En el caso de Claro, el Consejo mediante Acuerdo 008-082-2011 de la sesión ordinaria 082-2011, homologó el "Contrato Universal para la prestación de servicios de telecomunicaciones y su Anexo de servicio postpago Telefonía Móvil Celular" a Claro C.R. Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, Claro), en cuyo texto se incluyó la siguiente cláusula:

*"CUADRAGÉSIMA. POLÍTICA DE USO JUSTO: Siempre que las disposiciones regulatorias así lo permitan, el SUSCRIPTOR reconoce y acepta que cualquier paquete o plan con servicio ilimitado de datos basado en velocidad para navegación por Internet permitirá por cada periodo de facturación mensual el uso de los recursos disponibles de red en una cantidad limitada de consumo establecida en la carátula del Contrato; si éste límite es superado antes de finalizar el periodo de facturación, la velocidad de navegación contratada podrá ser disminuida de acuerdo a lo establecido en la carátula del Contrato por el tiempo restante de dicho periodo de facturación. Al iniciar el siguiente periodo de facturación, se tendrá nuevamente acceso a la velocidad de navegación contratada. Las condiciones indicadas corresponden a los servicios utilizados dentro del Territorio Nacional; en caso de utilizar el servicio fuera del territorio nacional, éste se cobrará como un servicio adicional excedente de Roaming Internacional, de acuerdo a las tarifas vigentes. Conforme a la cláusula Trigésimo Novena de este Contrato, el consumo de datos ofrecido por CLARO podrá ser medido y cobrado en Kilobytes de descarga **cuando el marco regulatorio lo permita**." (el resaltado es intencional)*

Como puede observarse las condiciones u obligaciones (de hacer y no hacer) establecidas en los contratos respecto de uso justo del servicio tienen el resultado y efecto de la medida comunicada por el ICE y manifestada por el resto de operadores, guardando el mismo fin que las cláusulas indicadas: controlar el consumo intensivo o extraordinario por parte de un pequeño porcentaje de clientes de su red móvil, considerada desproporcionada respecto de la totalidad de clientes y los recursos o capacidad de la red. Se trata de un desincentivo a la conducta de los usuarios en el uso del servicio contratado, lo que repercute o se enmarca necesariamente en las condiciones de prestación y calidad del servicio, como derechos del usuario final.

Por su parte, el ICE interpreta y aplica el artículo 23 del RPC y el 34 del RRPV para poner en práctica la política de uso justo. El Consejo de SUTEL, mediante Acuerdo 020-054-2013 de la sesión ordinaria 054-2013 celebrada el 9 de octubre de 2011, señaló a pesar que falta expresa de regulación respecto de las políticas de uso justo, podrían resultar aplicables en casos de uso desmedido, excesivo, abusivo o incluso fraudulento de los servicios de Internet móvil, para los cuales se demuestre que su utilización afecta el funcionamiento de la red, tal y como lo disponen el artículo 23 del RPC y el 34 del RRPV.

Es necesario diferenciar entre la posibilidad jurídica de un operador de tomar ciertas medidas que aunque justificadas requiera de una norma habilitadora y la necesidad de informar a los usuarios finales, sus clientes, a la Sutel, y requerir o no la aprobación de ésta y aceptación de las condiciones por parte de los clientes.

La congestión de una red obedece a múltiples factores que pueden o no relacionarse con la actividad y uso de los usuarios finales y clientes. Los usuarios y clientes pueden hacer un uso y consumo pero dentro de sus derechos y obligaciones establecidos como condiciones contractuales. Y también pueden hacer un uso del servicio de manera ilícita (como la reventa) que provoca desde luego una demanda y uso no solo excesivo y desproporcionado sino abusivo. Estos casos son los que en general la normativa ha referido como actividades fraudulentas, reguladas en los artículos 23 del RPC y el 34 del RRPV.

En el primer caso, dado que el consumo excesivo se origina en el uso conforme a las condiciones pactadas, las medidas de penalización sobre la base de un umbral de descarga, tienen que estar previamente pactadas o si son establecidas posteriormente, entonces seguir las disposiciones sobre modificación contractual que requieren la anuencia del cliente.

En el segundo caso, se trata de acciones de parte de los clientes contrarias a la buena fe, a las condiciones contractuales, a la normativa vigente. En estos casos se pretende proteger la integridad de las redes y en última instancia la competencia. Son supuestos extremos del uso del servicio a partir de actividades fraudulentas. Por eso es que el ordenamiento no exige una previa aprobación del Regulador, pues se trata de acciones urgentes, necesarias al punto que se dispone el efecto de la desconexión definitiva del servicio.

En este sentido, el Consejo bajo el entendido de estos dos supuestos de actividades causantes de congestión por consumos intensivos, pero sin poder calificarlos de abusivos o fraudulentos, indicó en el Acuerdo 020-054-2013, que podrían ser de aplicación los artículos 23 del RPC y el 34 del RRPV, desde luego siempre y cuando se den los supuestos hipotéticos de esas normas en relación al fin pretendido y bien jurídicos tutelados.

Sin embargo, como ha quedado establecido los supuestos de consumo intenso o extraordinario de recursos por parte de un pequeño grupo de clientes en planes o paquetes, no constituye prima facie actividades fraudulentas y, por consiguiente, de querer los operadores de tomar medidas como la propuestas, ha de hacerlo modificando las condiciones originariamente acordadas con sus clientes, para lo cual debe aplicar el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario final. En el modelo de contrato de adhesión la obligación como tal había quedado establecida, de ese modo la presente resolución tiene por objeto la autorización y emisión de criterios para la implementación de las prestaciones específicas que dan contenido a dicha obligación (política de uso justo) del contrato homologado.

3. Es necesario validar el supuesto de que en realidad existe un pequeño grupo de clientes respecto de la totalidad que está haciendo un uso desproporcionado en relación al servicio y los recursos de red instalados.

En el citado informe del incremento de reclamaciones realizado por la Dirección General de Calidad, se obtuvo que otra de las *“causas que deben considerarse en cuanto a la degradación de la calidad de la telefonía móvil, es la forma de consumo de este servicio por parte de unos pocos usuarios, quienes acaparan una parte importante de los recursos de red de los operadores.*

Estos usuarios consumen volúmenes de datos extraordinarios respecto al uso promedio de la red, provocando condiciones de congestión en el sistema."

Adicionalmente, y para lo que interesa a esta resolución cabe transcribir de dicho informe:

"Lo expuesto en los párrafos anteriores permite concluir que un 5% de los usuarios efectúan un consumo extraordinario del servicio de Internet móvil para la modalidad pos pago, los cuales acaparan alrededor de un 35% de los recursos y capacidad de las redes de los operadores."

4. Dicho lo anterior, es posible concluir que la situación expuesta por todos los operadores, ICE, Telefónica y Claro, es cierta. Como se aprecia del informe 2042-SUTEL-DGC-2014 la congestión de las redes de datos móviles deriva de una multiplicidad de factores, todos los cuales deberían ser atendidos bajo una perspectiva de corto y largo plazo. El citado informe no recomienda las políticas de uso justo con reducción de velocidad en conjunto con la tarifa por volumen para Internet móvil. No obstante, dado que dicha tarifa no ha sido fijada (misma que se encuentra en proceso) es conveniente analizar la procedencia de las políticas de uso justo como medida temporal y excepcional.
 5. Para analizar el caso concreto de una política de uso justo, es necesario primero formular algunos criterios para determinar la **razonabilidad y proporcionalidad** de la misma, en cuanto a la aplicación de los derechos de los usuarios finales del artículo 45 de la LGT y cualquier otra que se establezcan en las leyes y su normativa de desarrollo. Los criterios que se indican derivan de las prácticas comunes empleadas por distintos reguladores, sobre todo considerando que nuestra Ley General de Telecomunicaciones y la normativa de su desarrollo cuenta con una serie de principios, objetivos y disposiciones que son contestes con dichas prácticas. Los lineamientos o criterios propuestos son los indicados en el apartado C anterior.
 6. En virtud de las anteriores consideraciones es necesario indicar que las políticas de uso justo deben aplicarse en principio a los nuevos contratos de servicios que se suscriban atendiendo los lineamientos que garantizan la transparencia y los derechos de los usuarios. En los contratos de servicios ya suscritos serán aplicables siempre y cuando el cliente lo consienta, de conformidad con las disposiciones reglamentarias del artículo 20 del RRP. 
- El operador debe analizarse la razonabilidad y proporcionalidad sobre todo en dos elementos de la política de uso justo: (1) del supuesto de umbral o límite de descarga, a partir del cual se dispararía la medida restrictiva o penalización; y concretamente la medida o penalización, por ejemplo, la reducción de la velocidad.
7. En general, respecto de la razonabilidad de la procedencia de la medida, como puede observarse de la información aportada por el los operadores y el informe técnico del oficio mencionado sobre el incremento de las reclamaciones, existe una necesidad de aplicar una medida temporal mientras otras medidas pueden ser implementadas. Dado que otras medidas requieren más tiempo y están asociadas a factores tarifarios, entre otros, que no están en el control de los operadores, las políticas de uso justo se constituyen en un paliativo temporal y excepcional sobre todo por el evidente desequilibrio en el uso de los recursos (de capacidad) entre los distintos clientes de la red de los citados operadores.
 8. En relación con el **umbral** de descarga inicialmente propuesto por los operadores, es coincidente con el reciente estudio del informe citado, de la Dirección General de Calidad, en el tanto un 5% de los usuarios efectúan un consumo extraordinario del servicio de Internet móvil para la modalidad pos pago, los cuales acaparan alrededor de un 35% de los recursos y capacidad de las redes de los operadores.

De acuerdo el derecho de recibir un trato equitativo, igualitario, de buena fe y obtener la calidad del servicio ofrecida (artículo 45 de la LGT), se recomienda que el límite o umbral sea ajustado de acuerdo a: 1) la capacidad o velocidad contratada; y 2) el porcentaje de descarga excesiva en relación con los otros usuarios que se encuentran en su condición.

Considera este órgano que en virtud de los estudios y la información remitida por los operadores, el umbral de descarga deberá ser establecido tomando en cuenta a lo sumo su aplicación al 20% de los clientes de consumo extraordinario, excesivo e intenso.

9. En cuanto a la **medida restrictiva** (v.gr. reducción de velocidad), por razones equidad, igualdad y razonabilidad de la medida, se recomienda que la reducción tienda a una carga equitativa.

Por otra parte, debe considerarse que la calidad del servicio contratado no debe ser degradada al punto que impida el funcionamiento del servicio. No puede la medida constituirse en realidad en la inutilización del servicio. El objetivo es desalentar la continuación de consumo excesivo de parte del usuario en niveles desproporcionados, para que realice un consumo normal y moderado.

De esta manera, la penalización o medida referida a la reducción de la velocidad, habilitará al operador a reducir la velocidad contratada (comercialmente ofrecida en el servicio o en el plan) a velocidades que cumplan los criterios que se adoptan por esta resolución. Debe ser equitativo y no puede el servicio prestarse con velocidades reducidas o inferiores que impidan el funcionamiento del servicio.

10. Como puede observarse, este Consejo previendo la posible aplicación de medidas de uso justo mediante los acuerdos de homologación de contratos indicados en los antecedentes de esta resolución, homologó los contratos de los operadores de servicios de Internet Móvil para que éstos previeran la aplicación de políticas de uso justo.
11. En virtud de todo lo anterior, este Consejo considera que lo procedente es aprobar las condiciones de la política de uso justo ~~propuesta por el ICE~~, tomando en cuenta las anteriores consideraciones.

POR TANTO

Visto los anteriores antecedentes y fundamento de derecho, y con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y su reglamento; la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593; Ley General de la Administración Pública, Ley 6227, y demás normativa pertinente y aplicable,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

1. APROBAR al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), Telefónica de Costa Rica TC S.A. (Telefónica) y Claro C.R. Telecomunicaciones S.A. (Claro), en forma temporal el establecimiento las condiciones o prestación específica de la obligación contractual denominada "Política de Uso Justo" establecida en los contratos homologados de servicios de acceso a Internet Móvil, mismas que deberán cumplir con los lineamientos o criterios que se adoptan en esta resolución. La temporalidad de la medida queda sujeta a la entrada en vigencia de la fijación de una tarifa por volumen para Internet móvil.
2. INDICAR al Instituto Costarricense de Electricidad, Telefónica de Costa Rica TC S.A. y a Claro C.R. Telecomunicaciones S.A. que cualquier medida de política de uso justo debe cumplir con la legislación, regulación aplicable y los siguientes criterios o lineamientos:
 - a) **Transparencia de las políticas de uso justo.** Los proveedores deben publicar en su sitio web los contratos y todo el material de ventas si los planes ilimitados están sujetos a políticas de uso justo. La información debe ser explícita respecto del criterio (umbral o límite) que dispararía o iniciaría la penalización (o medida) contenidas de la política u otras medidas restrictivas que se tomarían cuando la política de uso justo es aplicada. Este límite o umbral

- debe responder a la finalidad de la política y orientarse al porcentaje de clientes que hacen un uso extraordinario o excesivo de la red.
- b) **Potenciales clientes debidamente informados en los puntos de venta.** Para que los clientes tengan una idea clara de qué esperar de los servicios contratados, los proveedores deberán asesorar a los clientes durante la venta y promoción de los planes ilimitados, y en el cualquier caso, antes de la firma de cualquier servicio contratado independientemente si es un plan ilimitado pero igualmente sujeto a políticas de uso justo.
 - c) **Razonabilidad y proporcionalidad en las medidas restrictivas.** Los proveedores no terminarán o suspenderán el servicio incluso si los clientes correspondientes se han excedido en el uso permitido. ~~Tampoco~~ se puede reducir el servicio a niveles en los que la calidad y el nivel de servicio de acceso a Internet se mantenga funcional.
 - d) **Los proveedores de servicios no podrán variar unilateralmente los términos especificados en la política de uso justo sin el consentimiento de los clientes.** La propuesta de condiciones de uso justo o medida similar deberá ser comunicada al cliente con una antelación mínima de un mes calendario, la cual deberá informar sobre el derecho del cliente para rescindir anticipadamente el contrato, sin penalización alguna en caso de no aceptación de las nuevas condiciones. El uso permitido y las medidas restrictivas adoptadas son condiciones esenciales del contrato de servicio entre el cliente y el proveedor. Tan importantes que podrían significar la decisión del cliente para suscribir un servicio, razón por la cual los proveedores deberán obtener el consentimiento de los clientes si ellos desean variar los términos durante el periodo contractual del servicio. Este aspecto es consistente con lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario final de servicios de telecomunicaciones y los artículos 45. 13) y 46 de la Ley General de Telecomunicaciones.
 - e) **Las políticas uso justo no deberán mezclarse con disposiciones no relacionadas con el uso racional y justo.** Los proveedores solo deben incluir los términos y condiciones que correspondan a verdaderas políticas de uso justo. Condiciones de uso ilegal del servicio o infracción a derechos de propiedad, actividades que atente contra la integridad de la red, deberán disponerse por separado bajo títulos o secciones diferentes a las disposiciones de política de uso justo.
 - f) **Los proveedores deberán notificar o dar aviso a los clientes antes de disparar la medida restrictiva o penalización de la política de uso justo, y proveer bajo solicitud de los clientes, el detalle del registro de datos del respectivo uso.** Los operadores deberán informar a sus usuarios a través de un SMS cuando su consumo mensual alcance el 80% de los GBytes establecidos como límite o umbral (de manera que se cumpla con el fin de anticipar adecuadamente el límite) para prevenirlos sobre la posible aplicación de políticas de uso justo a partir del límite de GBytes establecido e indicar la velocidad a la cual se le estaría disminuyendo el servicio por la aplicación de las citadas políticas. Conforme con el numeral 9 del artículo 45 de la Ley General de Telecomunicaciones, brindar a los clientes información que refleje el consumo realizado para el periodo correspondiente.
 - g) **Proporcional.** Debería aplicarse en la medida en que se produzca congestión en la red para evitar situaciones abusivas.
 - h) **Equitativa.** Se debería llevar a cabo de forma justa, sin llegar a privar a ningún cliente del servicio ni llegando a situaciones donde un cliente tenga prioridad sobre otro. Lo cual guarda relación con el artículo 45. 4) de la Ley General de Telecomunicaciones.
 - i) **Necesidad técnica.** Se debería planificar y diseñar una política de gestión en función de las necesidades técnicas que se den en la red en concreto. La política de uso justo no puede utilizarse para la monetización de la congestión.

- j) **Legítima.** Evidentemente cualquier técnica de gestión debe cumplir con la legislación vigente en la zona geográfica en la que se aplique.
- k) **Auditable.** Para evitar problemas de cualquier índole los operadores y proveedores del servicio de acceso a Internet deberían de ser capaces de demostrar que la aplicación de la política de uso justo o gestión de tráfico responde a necesidades reales y que las medidas resultan efectivas.
3. INDICAR al Instituto Costarricense de Electricidad, Telefónica de Costa Rica TC S.A. y a Claro C.R. Telecomunicaciones S.A. que la finalidad de las políticas de uso justo aplican para evitar que un pequeño conjunto de usuarios con consumos extraordinarios acaparen una proporción significativa de recursos y capacidad de la red. En consecuencia, el umbral establecido debe responder a este fin.
4. INDICAR al Instituto Costarricense de Electricidad, Telefónica de Costa Rica TC S.A. y a Claro C.R. Telecomunicaciones S.A. que deben publicar en su página web y en sus nuevos contratos de adhesión, el límite o umbral de consumo a partir del cual se aplicarán las políticas de uso justo. Este umbral debe desprenderse del consumo extraordinario de los clientes que representan el grupo de no más del 5% de los usuarios finales que consume una proporción significativa de recursos y capacidad de la red, alrededor del 35% de esos recursos de capacidad.
5. INDICAR al Instituto Costarricense de Electricidad, Telefónica de Costa Rica TC S.A. y a Claro C.R. Telecomunicaciones S.A. que en virtud de los anteriores lineamientos y de conformidad con el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario final de servicios, debe comunicar con un mes de anticipación a sus clientes de la política de uso justo constitutiva de una modificación contractual, debiendo a su vez informar sobre el derecho que les asiste para rescindir anticipadamente el contrato, sin penalización alguna, en caso de la no aceptación de las nuevas condiciones. En caso de variar las condiciones de la política de uso justo deberá proceder de esa misma forma.
6. ORDENAR a los a los operadores, el Instituto Costarricense de Electricidad, Telefónica de Costa Rica TC S.A. y a Claro C.R. Telecomunicaciones S.A., atender las siguientes medidas:
- a) Intensificar sus esfuerzos para ampliar la capacidad de sus redes para reducir al máximo los niveles de congestión detectados, de forma que se pueda cumplir con las velocidades comercialmente ofrecidas incluso en la hora cargada media. los operadores del servicio de Internet Móvil que la política de uso justo es una medida considera como remedio temporal para la problemática de la congestión de redes derivada del consumo extraordinario de un porcentaje pequeño de clientes, la cual debe acompañarse de otras medidas incluyendo las de largo plazo.
- b) Para atender dicho aumento de capacidad se requiere a los operadores valorar el uso de las alternativas de *offloading*.
- c) No podrán aplicarse las medidas de uso justo que reduzcan a la baja la velocidad máxima dispuestas en la presente resolución, sobre servicios de Internet Móvil donde se establezca la tasación por volumen. Este Consejo mediante acuerdo 020-054-2013 ha considerado que las políticas de uso justo no deben combinarse ni aplicarse simultáneamente en aquellas modalidades donde se cobre por descarga o volumen de información (cobro por Kbyte o equivalente).
- d) Con el fin de reducir la incidencia de reclamaciones ante la Superintendencia de Telecomunicaciones, se insta a los operadores a que consideren y analicen la capacidad real de sus redes de cara a la comercialización de nuevos servicios.
7. NOTIFICAR al Instituto Costarricense de Electricidad, a Telefónica de Costa Rica TC S.A., y a Claro C.R. Telecomunicaciones S.A. Asimismo, notificar a la Dirección General de Mercados, al

Registro Nacional de Telecomunicaciones y a la Dirección General de Calidad, para lo que corresponda.

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 345 y el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública, se indica que contra esta resolución cabe el recurso ordinario de revocatoria o reposición ante el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, a quien corresponde resolverlo, y deberá interponerse en el plazo de 3 días hábiles, contadas a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución.

NOTIFÍQUESE.-

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

Atentamente,

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES



Luis Alberto Caspante Alvarado
Secretario del Consejo

