

**1682-SUTEL-SCS-2017**

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 016-2017, celebrada el 22 de febrero del 2017, mediante acuerdo 003-016-2017, de las 10:30 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

**RCS-061-2017**

**“SE RESUELVEN RECURSOS DE REPOSICIÓN Y GESTIÓN DE NULIDAD INTERPUESTOS POR TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S. A., CLARO CR TELECOMUNICACIONES, S.A Y EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD CONTRA LA RCS-253-2016:**

**“REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: “LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES”**

**EXPEDIENTE: GCO-NRE-RCS-00083-2013**

---

**RESULTANDO**

1. Que, con el fin de regular las cláusulas de permanencia mínima, retiro anticipado y el cobro de penalidad, mediante el acuerdo del Consejo de la SUTEL número 007-075-2012 de la sesión 075-2012 del 05 de diciembre del 2012, el Consejo de la SUTEL aprobó la resolución RCS-364-2012 denominada *“Lineamientos sobre las cláusulas de permanencia mínima, retiro anticipado y justas causas en los planes de servicios de telecomunicaciones”*. (Folios 42 al 55)
2. Que, en dicho acto administrativo esta Superintendencia dispuso la inclusión de dichas cláusulas de permanencia mínima en los contratos de adhesión que fueron homologados a tenor de las disposiciones del ordinal 46 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, las cuales debían ser debidamente completadas por los operadores/proveedores, tomando en consideración el monto por concepto de subsidio de los terminales proporcionados, o bien, la diferencia sustancial de los beneficios otorgados, según los lineamientos de la citada resolución RCS-364-2012. (Folios 42 al 55)
3. Que durante el año 2016 esta Superintendencia recibió diversas reclamaciones interpuestas por los usuarios finales, relativas a interpretaciones abusivas y penalidades desproporcionales asociadas a las cláusulas de permanencia mínima establecidas en los contratos de adhesión, configurándose en una barrera de salida para los usuarios afectados. Esta situación fue confirmada por parte de la SUTEL, mediante diversas investigaciones que demostraron que, en efecto, diversos operadores/proveedores aplicaban penalizaciones abusivas, en caso de retiro anticipado de los contratos sujetos a permanencia mínima por tarifa preferencial.
4. Que en virtud de lo anterior, en la sesión ordinaria 066-2016, celebrada el 15 de noviembre del 2016, mediante acuerdo 027-066-2016 de las 17:00 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó la resolución RCS-253-2016 denominada *“REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: “LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES”*, publicada en el Alcance número 285 de La Gaceta del 05 de diciembre del 2016. (Folios 124 al 138)
5. Que la empresa Telefónica de Costa Rica TC, S.A. (en adelante Telefónica), interpuso recurso ordinario de reposición contra la resolución RCS-253-2016, mediante correo electrónico remitido a la dirección [gestiondocumental@sutel.go.cr](mailto:gestiondocumental@sutel.go.cr) (NI-13317-2016), en fecha 05 de diciembre del 2016. (Folios 139 a149).

6. Que el Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante ICE), interpuso recurso ordinario de reconsideración y gestión de nulidad contra la resolución RCS-253-2016, mediante correo electrónico remitido a la dirección [gestiondocumental@sutel.go.cr](mailto:gestiondocumental@sutel.go.cr) (NI-13480-2016), en fecha 08 de diciembre del 2016. (Folios 150 al 158).
7. Que la empresa Claro CR Telecomunicaciones S.A (en adelante Claro), mediante documento con número de ingreso **NI-13509-2016** de fecha 08 de diciembre del 2016, presentado ante esta Superintendencia en la misma fecha, interpuso recurso de reposición contra la supra citada resolución RCS-253-2016. (Folios 159 al 161)
8. Que de conformidad con el inciso 12) del artículo 36 del RIOF, corresponde a la Unidad Jurídica emitir el criterio jurídico para la atención de los recursos que deben ser conocidos por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante Sutel).
9. Que mediante oficio N° **01434-SUTEL-UJ-2017** del 16 de febrero de 2017, la Unidad Jurídica de esta Superintendencia rindió el criterio jurídico respectivo.
10. Que se han realizado las diligencias necesarias para el dictado de la presente resolución.

### CONSIDERANDO

- I. Para efectos de resolver el presente asunto, conviene extraer del informe jurídico rendido por la Unidad Jurídica mediante oficio N° **01434-SUTEL-UJ-2017** del 16 de febrero de 2017, el cual es acogido en su totalidad por este órgano decisor, de conformidad con lo siguiente:

#### **III. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS:**

*En virtud del análisis formal realizado por esta Unidad Jurídica, se ha concluido que los recursos y gestiones interpuestas por los operadores, **CLARO, ICE y TELEFÓNICA** resultan inadmisibles desde el punto de vista formal.*

*Sin embargo, en virtud de la relevancia que conlleva el acto impugnado y que los alegatos esbozados por los operadores recurrentes resultan coincidentes, se procede a su análisis en los términos que de seguido se exponen:*

#### **a. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUTEL PARA EL DICTADO DE DISPOSICIONES GENERALES:**

*En primera instancia debemos proceder a indicar que, lo que comúnmente se llaman "disposiciones generales", cubre a los reglamentos, pero no se agota en ellos, pues además dentro de tal expresión se encasillan también las circulares, las instrucciones y las directrices, en tanto posean alcance general.*

*De esta manera, el artículo 124 de la LGAP reúne a los reglamentos, las circulares y las instrucciones bajo el concepto de disposiciones administrativas, y lo ratifica cuando, después de individualizarlas, alude literalmente a las "demás disposiciones administrativas de carácter general". Es decir, se está indicando que, por antonomasia, son disposiciones generales los reglamentos, circulares e instrucciones, y otras no calificadas que deja la expresión general a modo de cajón de sastre.*

*En tal sentido dispone el referid ordinal: "**Artículo 124.-Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares.**"*

*Así las cosas, no es dable afirmar - como sucede en los recursos presentados en esta fase impugnatoria - que la SUTEL carece de competencia para emitir instrucciones, como las dictadas mediante la resolución RCS-253-2016 "REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: "LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES".*

*Refiriendo además para estos efectos a la transferencia efectuada a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), por la misma ley constitutiva de dicha entidad (Ley N° 7593), en el ámbito reglamentario. Esa afirmación carece de los eslabones lógicos que la solidifiquen, pues una cosa es la*

transferencia (temporal y de único acto) de la potestad reglamentaria para Aresep y otra, muy distinta, a potestad relacionada a las instrucciones y circulares de que dispone la SUTEL. Pues todas son parte de las disposiciones generales, pero no por ello son idénticas ni asimilables.

En este sentido deben considerar los recurrentes que la instrucción se refiere, como su nombre lo indica, a enseñar, instruir. Hace referencia a un instructivo lo que equivale a decir que se trata de un acto por el cual se determina cómo y cuándo realizar una conducta pública o privada, y/o como alcanzar su fin. Refiere normalmente además a reglas de proceso para alcanzar un fin público, resultando que la instrucción puede tener efectos tanto internos como externos. Así lo revela el artículo 125 de la Ley General de la Administración Pública en cuanto regula las circulares internas, lo que permite afirmar que también las hay externas:

**“Artículo 125.-**

1. Las instrucciones y circulares internas deberán exponerse en vitrinas o murales en la oficina respectiva durante un período mínimo de un mes y, compilarse en un repertorio o carpeta que deberá estar permanentemente a disposición de los funcionarios y de los administrados.
2. (...)”

Se trata entonces de disposiciones generales diversas al reglamento y sometidas a él, pues constituyen normas infra-reglamentarias, en el último eslabón de la escala jerárquica de las fuentes escritas del ordenamiento jurídico público. Así lo señala el inciso f) del artículo 6 de la referida LGAP:

“f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizados”

De ahí que, esta Unidad estima como improcedente la afirmación que objeta la competencia de SUTEL para emitir disposiciones generales. Ciertamente ha existido cierto recelo en relación con la potestad reglamentaria de este órgano regulador, empero no por ello debe haber duda sobre la posibilidad de dictar instrucciones que están al alcance de la esfera competencial de este órgano regulador.

En adición, debe considerarse la habilitación que Ley General de Telecomunicaciones (LGT) atribuye a SUTEL para emitir disposiciones generales, a tenor del contenido normativo del artículo 67 inciso a), acápite 7) que sanciona el incumplimiento de las instrucciones adoptadas por la SUTEL en el ejercicio de sus competencias. Es a todas luces razonable concluir, que se sanciona por el incumplimiento de unas instrucciones que emite (y debe emitir) el órgano supervisor del régimen sectorial de las telecomunicaciones. Dicha norma parte del presupuesto, obvio y plenamente válido, de la potestad inherente a la SUTEL para emitir instrucciones, tanto así que resguarda y garantiza su incumplimiento a través del régimen sancionatorio, calificando incluso la falta de muy grave.

**“Artículo 67.- Clases de Infracciones**

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

a) Son infracciones muy graves:

(...)

7) Incumplir las instrucciones adoptadas por la Sutel en el ejercicio de sus competencias.”

Asimismo, el artículo 59 de la Ley de la Aresep, establece que la SUTEL es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, con personalidad jurídica instrumental propia.

**“Artículo 59.- Superintendencia de Telecomunicaciones**

Corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) **regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones**; para ello, se regirá por lo dispuesto en esta

Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

**La Sutel es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; tendrá personalidad jurídica instrumental propia**, para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

La Sutel será independiente de todo operador de redes y proveedor de servicios de telecomunicaciones y estará sujeta al Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y a las políticas sectoriales

*correspondientes.” (Resaltado es propio)*

*Conforme al supra citado artículo 59 salta a la vista su potestad de regulación, de vigilancia y de control, e implica que la SUTEL es un órgano-persona de la Administración Pública, con potestades de imperio y patrimonio propio, conforme a las disposiciones del artículo 1 de la LGAP.*

*Esto refuerza las afirmaciones que hemos venidos esbozando en el sentido de que la SUTEL tiene potestad normativa para emitir instrucciones generales (lineamientos), como las contenidas en la resolución RCS-253-2016. De esta manera, SUTEL no solo tiene competencia para emitir instrucciones (hasta por principio, en razón de su naturaleza pública y su jerarquía), sino que además, se trata de una potestad de ejercicio exclusivo y excluyente, que no puede ser invadido por ningún otro ente u órgano, sin menoscabo del ordenamiento jurídico, salvo en los tópicos particulares que autoriza la Ley de la Aresep y la LGT.*

*En adición debemos agregar que la SUTEL no es una Administración Pública cualquiera, sino una organización pública destinada en forma directa y expresa a la supervisión general de las Telecomunicaciones, lo cual pasa, entre otros, por los operadores y los usuarios finales de estos servicios, siendo estos últimos parte esencial de su función, cuando no su razón de ser. Se trata entonces de un órgano supervisor, al que por su naturaleza misma (de supervisión) le vienen asignadas potestades normativas propias de un órgano-persona de carácter público encargado de supervisar el ámbito sectorial de las telecomunicaciones.*

*Y es que, tal y como lo ha reiterado esta Unidad en diversas ocasiones, así se concibió este órgano regulador, con la aprobación misma del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (TLC), Ley N° 8622, y con los compromisos adquiridos en el Anexo 13 al Capítulo 13.*

*De igual manera, el artículo 60 de la referenciada Ley de la Aresep, establece en sus incisos d) y e) la obligación de SUTEL de garantizar y proteger los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones; y de velar por el cumplimiento de los deberes y derechos de los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones.*

*Por lo cual, la efectiva tutela de los derechos de los usuarios debe ser atendida por la SUTEL, quién no solo puede hacerlo, sino que debe actuar de forma proactiva, pues de lo contrario estaría incumpliendo sus potestades funcionales que son su motivo y su fin. Al respecto determina el referido ordinal 60 de la Ley de la Aresep:*

**“Artículo 60.- Obligaciones fundamentales de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)**

*Son obligaciones fundamentales de la Sutel:*

*a) Aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del Sector, lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, la Ley general de telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.*

*(...)*

*d) Garantizar y proteger los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones.*

*e) Velar por el cumplimiento de los deberes y derechos de los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones.*

*(...)”*

*Además, debemos estimar que a tenor de las disposiciones contenidas en el ordinal 14 de la LGAP nos encontramos frente a una típica relación de sujeción especial, en tanto se establece una relación de duración, dentro de la cual la SUTEL exacerba sus poderes en una dinámica propia del mercado de las telecomunicaciones, que hacen imposibles las reglas rígidas y normales de legalidad formal, lo cual permite al supervisor el dictado de reglas y normas menores que dirigen y fiscalizan el comportamiento de administrado sujeto, todo, claro está, con respeto a la jerarquía de las normas y a los derechos fundamentales. Y con mayor razón de los instrumentos contractuales establecidos en el artículo 46 de la LGT.*

*En este sentido dispone el referido artículo 14 de la LGAP:*

**“Artículo 14.-**

1.- Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración (...).”

Dicha norma autoriza jurídicamente un trato diverso en esa relación especial, con normativa especial propia del sector telecomunicaciones, siempre que exista una finalidad pública, no se afecte en forma grave a terceros y no se afecten derechos fundamentales. Se trata de una formación secundaria en un ámbito sectorial, sobre el cual actúa la supervisión, sea sobre los supervisados, o bien, sobre los que entren en relación con ellas, tal y como lo indicó el Dictamen de la Procuraduría General de la República N° C-142-2010:

**“Ahora bien, la Administración puede emitir diversas disposiciones abstractas, y con capacidad de aplicación genérica, pero no todas se consideran reglamentarias... Lo anterior sin dejar de considerar las llamadas por Santamaría Pastor instrucciones de supremacía especial, por las cuales la Administración ordena la actividad de otras personas vinculadas por una relación de sujeción especial”**

En este sentido debe indicarse que la instrucción impugnada (RCS-253-2016) viene a fortalecer los derechos fundamentales de los consumidores definidos en el artículo 46 de nuestra Constitución Política, sin perjuicio de los legales enumerados de manera expresa en el artículo 45 de la LGT. Pues en tesis de principio se consideró que las cláusulas de permanencia mínima con tarifas preferenciales, vendrían a promover un mayor beneficio económico para los usuarios finales. Sin embargo, se ha logrado verificar de forma sobreviniente por parte de la SUTEL que en su aplicación práctica la realidad ha sido otra. En este sentido, el incremento de las reclamaciones tramitadas por la Dirección General de Calidad, han denotado una deficiente y abusiva aplicación por parte de los operadores y proveedores de servicio de telecomunicaciones de las cláusulas de permanencia mínima con tarifas preferenciales (por multas excesivas y falta de información clara), vulnerándose de esta forma los derechos de los usuarios. Esta situación quedó claramente establecida en los Considerandos 20 y 21 del acto impugnado cuando señalan lo siguiente:

“20. Que la Dirección General de Calidad ha resuelto diferentes reclamaciones en donde se ha determinado **que los operadores/proveedores han establecido en el contrato de adhesión homologado un monto por concepto de retiro anticipado que resulta abusivo, excesivo y desproporcional, y que el mismo limita el ejercicio de los derechos de los usuarios de libre elección del operador, así como a la portabilidad numérica.** De igual forma, ha ordenado que se proceda de inmediato a eliminar la totalidad de la multa por retiro anticipado cobrada al reclamante, por considerarse que la misma es contraria a la normativa y disposiciones regulatorias vigentes. Finalmente, se dispuso que el operador investigado debía proceder de inmediato con la revisión general de los términos y condiciones de las cláusulas de permanencia mínima asociadas a tarifa preferencial definidas en los contratos de adhesión, con la finalidad de corregir aquellas que resulten abusivas o desproporcionales y contravengan lo dispuesto en la resolución RCS-364-2012.

21. **Que, del análisis de algunos contratos de adhesión, se ha determinado que los operadores/proveedores han aplicado de forma irregular las disposiciones de permanencia mínima por tarifa preferencial implementadas mediante la resolución RCS-364-2012, por cuanto, las penalizaciones por retiro anticipado se han calculado de forma abusiva con montos desproporcionados,** donde la tarifa normal del servicio no se ajusta a las tarifas comercializadas y publicadas por los operadores.” (Resaltado es propio)

Por lo anterior, se determinó que existía una inadecuada aplicación por parte de los operadores de sus obligaciones en la materia de derechos de los usuarios, que obligó a la toma de la acción regulatoria, valorando elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad y utilidad. Todo lo cual evidencia el interés que reviste a la resolución impugnada, por cuanto se emiten disposiciones administrativas, que revocan las contenidas en la resolución RCS-364-2012 denominada "Lineamientos sobre las cláusulas de permanencia mínima, retiro anticipado y justas causas en los planes de servicios de telecomunicaciones", las cuales pretenden aplicar y vigilar el régimen especial de protección al usuario final (creado mediante ley y el respectivo reglamento en la materia).

De igual forma, la resolución impugnada es conforme con el artículo 2 de la LGT que define dentro de sus objetivos el garantizar la prestación de servicios de telecomunicaciones "asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, **mayor y mejor información, más y mejores alternativas en la prestación de servicios** así como garantizar la privacidad y confidencialidad en las comunicaciones, **de acuerdo con nuestra Constitución Política**".

Adicionalmente, la misma LGT en su artículo 3, incisos c), d) y f) establece como principios rectores de las telecomunicaciones el beneficio del usuario, la transparencia y la competencia efectiva, respectivamente; los cuales en su aplicación conjunta promueven el establecimiento de garantías y derechos a favor de los usuarios finales, como la implementación de mecanismos que promueven una mejor aplicación de las disposiciones contenidas en el ordinal 46 de dicho cuerpo legal. Y de forma concordante el artículo 45, en sus incisos 1), 2), y 17) dispone un conjunto de derechos que ostentan los usuarios finales en materia de servicios de telecomunicaciones, que deben ser garantizados por parte de la SUTEL.

En virtud de las anteriores argumentaciones, esta Unidad Jurídica estima que en definitiva si existe competencia de la SUTEL para el dictado de las instrucciones generales como las contenidas en la resolución RCS-253-2016. En adición tampoco se ha detectado la existencia de algún vicio en dicho acto, ni ha operado invalidez alguna, y, en consecuencia, no existe nulidad de cualquier tipo en la conducta administrativa que se impugna. Por lo tanto, se estiman como improcedentes los argumentos esbozados sobre estos extremos.

**b. SOBRE LA REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RESOLUCIÓN RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: "LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES."**

La revocación de actos administrativos válidos, como ocurrió con el dictado de la resolución RCS-253-2016 que revoca de manera parcial la resolución RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: "LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES", se produce en relación con actos sustancialmente conformes con el ordenamiento jurídico y que se encuentran produciendo efectos -eficaces- pero inoportunos.

La revocación procede entonces frente a un desajuste entre el contenido del acto administrativo y su fin; así el numeral 152 de LGAP, establece que la revocación se puede dar por razones de oportunidad, conveniencia o mérito; resultando que tiene lugar cuando exista divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, sin importar el tiempo transcurrido entre el dictado del acto y su revocación y la naturaleza de la relación jurídica a la que se intenta poner fin. En este sentido dispone el referido ordinal:

**"Artículo 152.-**

1. El acto administrativo podrá revocarse por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, con las excepciones que contempla esta ley.
2. La revocación deberá tener lugar únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin."

Ahora bien, debe estimarse que la revocación sobrevenida regulada el ordinal 153 de la misma LGAP, tal y como lo indica el autor JINESTA LOBO es la eliminación de otro acto anterior u originario por razones de oportunidad fundadas en circunstancias sobrevinientes, mediante el dictado de otro acto posterior (RCS-253-2016), que determina la necesidad de eliminar el acto original (RCS-364-2012), para satisfacer el interés público fundado sobre la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario, o en una distinta valoración de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado. Al respecto determina el referido ordinal:

**"Artículo 153.-**

1. La revocación podrá fundarse en la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario.
2. También podrá fundarse en una distinta valoración de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado.

Sobre estos extremos el ilustre maestro del Derecho Público Costarricense, Profesor Eduardo Ortíz Ortíz, según consta en las Actas correspondientes al proyecto de la Ley General de la Administración Pública, indicó:

"Es lo que llaman de la revocación del acto, que consiste en el retiro de un acto regular acomodado a derecho, pero que llega a ser inconveniente después de haber sido dictado, porque hechos nuevos o

errores de juicio inicial al dictarlos producen un desajuste progresivo. (...) . Nosotros restringimos la posibilidad de revocar que es muy importante a los casos en donde haya razones de mérito o conveniencia que lo aconsejen. Llega inclusive a imponer la obligación de revocar cuando la divergencia entre el acto y el interés público sea evidente y muy grave. Aunque haya derechos. Sólo que como verán acto seguido nosotros imponemos que cuando hay derecho se tengan que indemnizar esos oficios o esos derechos" (Acta n.º 102 de la sesión extraordinaria celebrada por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, el 1º de abril de 1970).

En este sentido la resolución RCS-253-2016 impugnada dispone lo siguiente:

**"1. 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, de forma que se revoca en la parte dispositiva de la citada resolución, lo siguiente: (...)." (Subrayado es propio)**

Tal y como se indicó supra, este Órgano regulador logró determinar, mediante la atención de diversas reclamaciones que existía una inadecuada aplicación por parte de los operadores de la resolución RCS-364-2012. Con lo cual se estableció que se había desvirtuado la aplicación y fines de dicho acto, y que los operadores se habían aprovechado de su condición de supremacía, para estipular condiciones que, en lugar de beneficiar a los usuarios, los limitaba para cambiar libremente de operador, aunado a la repercusión económica injustificada al cobrarles multas desproporcionales, lo cual violentaba a todas luces los principios fundamentales de la LGT antes referidos.

Es por ello que, con el fin de eliminar dicha práctica abusiva se determinó que lo regulatoriamente correcto era proceder con la revocatoria parcial de la resolución RCS-364-2012 sobre: "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 tarifa preferencial.

La aparición sobreviniente de estas nuevas circunstancias de hecho se materializó a partir de la presentación de reclamaciones ante esta Superintendencia por una pluralidad de usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, los cuales resultaron afectados por las prácticas abusivas desarrolladas por los diferentes operadores/proveedores. A partir de las reclamaciones tramitadas se logró determinar, una vez instruidos los procedimientos de ley, la aplicación de multas excesivas por terminación anticipada en los contratos sujetos a permanencia mínima por tarifa preferencial.

Lo cual permitió concluir que las circunstancias que habían motivado el dictado de la RCS-364-2012 se habían desvirtuado, provocando un grave perjuicio de la colectividad de usuarios afectados, sus derechos, y por ende al interés público objeto de tutela por este órgano regulador, obstaculizándose de esta forma los derechos enumerados en el artículo 45 incisos 1), 2) y 17) de la LGT.

Correlativamente, mediante el dictado de la supra citada resolución RCS-265-2016 de las 15:30 horas del 23 de noviembre del 2016, publicada en el Alcance Digital N° 304 a La Gaceta N° 239 del 13 de diciembre del 2016 denominada "REVISIÓN DEL MERCADO DEL SERVICIO MINORISTA DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES, ANÁLISIS DEL GRADO DE COMPETENCIA EN DICHO MERCADO, DECLARATORIA DE OPERADORES IMPORTANTES E IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES", el Consejo de la Sutel daba cuenta de las afectaciones que las cláusulas de permanencia mínima con tarifa preferencial en los contratos de adhesión, estaban provocando a los usuarios finales y al mercado, en aquel acto se indicó lo siguiente:

#### **"7) Costos de cambio de operador**

En relación con los costos de cambio de operador se van a analizar una serie de elementos, entre ellos los requisitos asociados a la recisión de un contrato, la portabilidad numérica y la existencia de barreras de salida al usuario.

**En primer lugar, para analizar lo referente a los requisitos para la recisión de un contrato, conviene tener presente que en materia de telecomunicaciones el tipo de contrato empleado usualmente se refiere al contrato de adhesión, mediante el cual el operador, predisponente, ofrece y comercializa los servicios de telecomunicaciones. Por su parte el usuario, adherente, decide si se acoge o no a las condiciones ofrecidas en dicho contrato.**

**Igualmente es necesario tener en cuenta que para el servicio de telecomunicaciones móviles en modalidad post-pago es común la existencia de contratos de adhesión con plazos de permanencia mínima. Dichas cláusulas de permanencia mínima se establecen debido a que el operador le proporciona al usuario un equipo o le otorga un descuento o ciertas regalías por permanecer un determinado periodo como su cliente.**

De conformidad con la resolución RCS-364-2012 los operadores podrán incluir dentro de sus contratos cláusulas de permanencia mínima, siempre que se respeten los plazos máximos de doce (12) meses en caso de aplicar una tarifa preferencial y veinticuatro (24) meses cuando se encuentre asociado al subsidio de un dispositivo. Igualmente, dicha resolución establece que los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones podrán aplicar penalizaciones por retiro anticipado, cuando éste obedezca a la voluntad y discreción del usuario y no medie justa causa que lo ampare. Las penalizaciones podrán establecerse: a) en función del descuento acumulado durante el tiempo de permanencia; b) en razón del subsidio y amortizaciones realizadas por el terminal adquirido dentro del plan.

Se consultó a los operadores y proveedores de este servicio sobre los plazos de vigencia de los contratos, siendo que para el caso de los servicios post-pago dichos plazos son de entre 12 y 24 meses. Mediante la revisión de los contratos de adhesión homologados por SUTEL, se determinó que los requisitos establecidos para la rescisión del contrato implican: el pago de una penalización que se detalla en el contrato en los casos de planes con cláusulas de permanencia mínima, cancelación de las facturas pendientes a la fecha de cancelación o rescisión del servicio y comunicar al operador con 15 días de anticipación el deseo de rescindir el contrato.

**Si bien lo anterior permite concluir que las penalizaciones por retiro anticipado están justificadas, no se puede obviar que la existencia de las mismas, juegan un papel central ante una eventual decisión de cambio de operador por parte de usuario ante un proceso de desmejoramiento de la oferta comercial de un operador. Esto porque la existencia del plan de que se trate, viene a atar al usuario con el operador por el período que falte para el vencimiento del plan, erosionando así la posibilidad del usuario de cambiar de operador rápidamente o sin un costo monetario ante el desmejoramiento de las condiciones de la oferta recibida.**

Para el servicio de telecomunicaciones móviles la existencia de este tipo de cláusulas es más relevante que para otros servicios de telecomunicaciones, por lo referente al subsidio al terminal (teléfono móvil). Lo que lleva a que se incremente el porcentaje de usuarios que cuentan con contratos que poseen cláusulas de permanencia mínima y así también el número de usuarios que enfrentan un mayor costo de cambio de operador.

**Adicionalmente se debe hacer notar que recientemente la SUTEL ha empezado a registrar quejas, en el área de protección al usuario final, sobre la supuesta imposición de barreras de salida, mediante la aplicación de altísimas cláusulas de penalización por terminación anticipada de contratos, a la fecha se tienen contabilizadas 19 quejas sobre dicha situación. Si bien esta práctica data de pocos meses atrás, la generalización de la misma entre los operadores podría llevar a aumentar las barreras de salida al usuario, disminuyendo el nivel competitivo del mercado y el nivel de contestabilidad de este.**

En el caso de los servicios en modalidad prepago no existe ningún requisito para que el usuario dé por terminada su relación con un determinado operador, basta con que el usuario deje de hacer uso de su servicio o bien, en caso de que desee mantener su número telefónico, que realice el trámite de portabilidad.

En segundo lugar, en relación con la portabilidad numérica para telecomunicaciones móviles, esta inició a partir del 30 de noviembre de 2013. Constituye un trámite que el usuario puede realizar directamente con el operador al que quiere trasladarse, es gratuito y se puede realizar un máximo de cinco veces por año. Debe tardar máximo tres días hábiles en ser concluido por parte de los operadores involucrados, siendo que las únicas limitantes para poder ejecutar este trámite se asocian con la existencia de deudas pendientes con el operador o bien que se hayan realizado ya cinco portaciones en un año.

Lo anterior implica que la existencia de la portabilidad numérica, como derecho de los usuarios de telecomunicaciones, ha venido a reducir los costos de cambio de operador, porque les permite a los usuarios la posibilidad de migrar de un operador a otro sin necesidad de perder su número telefónico.

**Finalmente, al consultárseles a los operadores móviles sobre el hecho de que sus competidores establecen barreras artificiales de salida para que el usuario cambie de operador, sólo un**



**operador indicó que esto era así. Sin embargo, las razones que indicó se relacionaban con la existencia de cláusulas de permanencia mínima por subsidio de terminales, lo cual no constituye per se una “barrera artificial”, sino que obedece a un motivo real, asociado al subsidio de la terminal.**

Más aún, la posibilidad real de un usuario de cambiar de un operador a otro se ve reflejado en dos indicadores, por un lado, en la evolución del churn rate (tasa de rotación), la cual no ha disminuido, sino que es alta si se le compara con un mercado más maduro, como es el caso de Estados Unidos.

Por otro lado, la evolución misma de los niveles de portabilidad evidencia que los usuarios efectivamente tienen la posibilidad de cambiar de un operador a otro.

(...)

Finalmente, un elemento adicional a ser analizado en esta sección, se asocia con la lealtad de los usuarios, la cual parece ser relativamente alta en el mercado. En ese sentido los operadores móviles indicaron en la encuesta realizada por SUTEL que la lealtad de sus clientes es media o alta, lo que a su vez se ve reflejado en el hecho de que, según los datos de la encuesta realizada por SUTEL mediante la contratación 2015LA-000003-SUTEL, hay un 20% de los usuarios del servicio de telecomunicaciones móviles que poseen su línea telefónica móvil desde hace más de 5 años.

En particular es importante destacar que, según dicha encuesta, contratación 2015LA-000003-SUTEL, más de un 40% de los usuarios del ICE poseen su línea telefónica hace más de 10 años, lo que evidencia que la lealtad de estos usuarios con dicho proveedor es alta.

Lo desarrollado de previo implica que en el mercado de telecomunicaciones móviles se presentan dos situaciones diferenciadas, por un lado, los usuarios de modalidad prepago enfrentan bajos costos de cambio de operador, lo que facilita el hecho de que, si un determinado proveedor llega a deteriorar los términos de su oferta, los consumidores están en la posibilidad de responder a dicha situación mediante un cambio de proveedor. **Por otro lado, los usuarios de modalidad post-pago, en particular aquellos que cuentan con un contrato con cláusulas de permanencia mínima, tienen mayores costos para cambiar de operador, lo que disminuye su posibilidad de reacción ante un deterioro de la oferta de su proveedor de servicio”** (Resaltado es propio)

A partir de las circunstancias expuestas, esta Superintendencia en ejercicio de sus potestades legales, procedió a resolver las diferentes reclamaciones presentadas por los usuarios finales, ordenando la corrección de las anomalías detectadas en cada caso. No obstante, esto no extinguía por una parte que dichas cláusulas continuaran siendo una barrera de salida para los usuarios finales, y que la práctica abusiva que se venía presentado por parte de los operadores/proveedores disminuyera. Al contrario, se venía mostrando una tendencia al alza en la interposición de reclamaciones por los usuarios finales ante este órgano regulador, en relación con este asunto.

Así las cosas, las reclamaciones presentadas permitieron identificar una conducta irregular en perjuicio de los usuarios, lo anterior independientemente de la proporción de usuarios que acudieron a la SUTEL a denunciar dicha práctica. Esta Unidad considera que no resulta necesario un mayor crecimiento de las reclamaciones atendidas por este órgano regulador para que el Consejo de la SUTEL procediera a ejercer de manera positiva los deberes de tutela sobre los usuarios finales que le corresponden. Por lo cual los argumentos que se sustentan sobre una estimación en la cantidad de reclamaciones interpuestas se ponderan improcedentes.

Además, en la expresión de motivaciones del acto impugnado quedo definido con claridad que la disposición regulatoria de permanencia mínima por tarifa preferencial, tenía una aplicación desigual entre operadores/proveedores y usuarios, lo cual según hemos indicado se prestaba para conductas abusivas en detrimento de los derechos de los usuarios, y que, en la mayoría de gestiones tramitadas, constituían una barrera de salida para los usuarios, coartando su derecho a la libre elección de operador/proveedor de servicios; motivos suficientes y razonables para que esta Superintendencia procediera con la revocación de esta disposición regulatoria.

Para concluir esta sección, podemos afirmar con contundencia que el acto revocado, es decir la resolución RCS-364-2012, es un acto administrativo válido y eficaz. Además, dicha revocación se dio por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, atendiendo al interés público que es materializado por el conjunto de derechos especiales dentro del régimen de las telecomunicaciones que le son atribuidos para su ejercicio a la colectividad de usuarios finales, frente a los cuales la SUTEL tiene un deber de tutela. Y por ende esta Unidad considera que se han cumplido a cabalidad las disposiciones contenidas en los artículos 152, 153 y

156 de la LGAP.

**c. SOBRE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN REGULADOS EN EL ARTÍCULO 46 DE LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, LEY N° 8642 Y EL ARTÍCULO 20 DEL REGLAMENTO SOBRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN AL USUARIO FINAL DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES**

*El Reglamento sobre el régimen de Protección al usuario final de los servicios de telecomunicaciones (RPUF), dispone en su artículo 20 que la SUTEL debe homologar los contratos de adhesión conforme a los parámetros establecidos en el artículo 46 de la LGT, el cual determina que el fin público perseguido por este proceso de revisión de legalidad es “corregir cláusulas o contenidos contractuales abusivos o que ignoren, eliminen o menoscaben los derechos de los abonados.”*

*Así las cosas y para los propósitos de este análisis vale la pena resaltar algunos extremos normativos de relevancia contenidos en el supra citado artículo 20 del RPUF:*

**“Artículo 20.-Contratos de adhesión.** 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. Los operadores y proveedores deberán mantener disponibles los contratos homologados por la SUTEL para cada servicio que presten, tanto en sus agencias como en sus sitios WEB. Lo anterior, con el fin de que los clientes o usuarios conozcan las ofertas de los operadores o proveedores y puedan gestionar ante la SUTEL cambios de cláusulas que éstos consideren excesivas.

*Los contratos de adhesión deberán establecer condiciones iguales o superiores a las establecidas en este reglamento y los derivados de la Ley 8642 y demás disposiciones de la SUTEL.*

*Cualquier propuesta de modificación de las condiciones contractuales según lo que estipula el artículo 46 de la Ley 8642 deberá ser aprobada por la SUTEL, y ser comunicada al abonado con una antelación mínima de un (1) mes calendario. En esta propuesta se informará además, sobre el derecho del abonado para rescindir anticipadamente el contrato, sin penalización alguna en caso de no aceptación de las nuevas condiciones.*

**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.**

**Los operadores o proveedores no pueden modificar, en forma unilateral, las condiciones pactadas en los contratos, ni pueden hacerlas retroactivas. Tampoco se podrán imponer servicios o prestaciones que no hayan sido aceptados de manera expresa por el cliente o usuario y aprobados por al SUTEL.**

**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.**

**Cuando los operadores o proveedores de telecomunicaciones ofrezcan a los abonados una modalidad con cláusula de permanencia mínima, deberán también ofrecer una alternativa diferente que no contemple esas condiciones de permanencia, para que el abonado pueda compararlas, y de esta forma tenga la opción de evaluar las condiciones de prestación de los diferentes servicios, sus niveles de calidad así como sus tarifas para permitirle decidirse por una de ellas.**

*(...)” (Resaltado es propio)*

*Tenemos entonces que de conformidad con el referido numeral 20 del RPUF:*

- i. Las cláusulas contractuales relativas a permanencia mínima, sanciones y multas por terminación anticipada deben ser aprobadas por la SUTEL.*
- ii. Además, las condiciones dispuestas contractualmente en estos instrumentos no pueden ser*

- modificadas de forma unilateral por los operadores sin la aprobación de la SUTEL y;
- iii. Los operadores deben asimismo ofrecer una alternativa que no contemple dichas condiciones de permanencia mínima. Esto último implica que sin perjuicio de la revocación de dichas cláusulas, los operadores/proveedores debían contar con instrumentos contractuales cuya oferta comercial no involucrará necesariamente contratar el servicio bajo esta modalidad.

Dicho lo anterior y en relación con las aprobaciones administrativas, debemos anotar lo manifestado por la Procuraduría General de la República, mediante Dictamen N° 279 del 09 de octubre de dos mil quince, cuando indicó que es un acto para constatar la conformidad –para el caso concreto de los contratos de adhesión- con el ordenamiento jurídico, así como su ajuste a criterios de oportunidad o conveniencia. Y considerando lo señalado supra, cabe concluir que la conformidad con el ordenamiento jurídico señalada en el artículo 46 de la LGT consiste en que dichos instrumentos no resulten en su contenido **abusivos o que ignoren, eliminen o menoscaben los derechos de los usuarios**. Lo anterior sin perjuicio de los demás requerimientos formales necesarios que el mismo RPUF y la SUTEL ha establecido para su homologación. Sobre estos extremos señaló la Procuraduría lo siguiente:

*“(...) aprobación es un acto de control cuya finalidad es la de constatar su conformidad con el ordenamiento (control de legalidad), así como su ajuste a criterios de oportunidad o conveniencia en el caso de la Asamblea Legislativa (control político), el cual constituye un requisito de eficacia, suspendiendo los efectos del acto municipal de otorgamiento e impidiendo su ejecución hasta tanto no se verifique favorablemente, o privándolo de eficacia jurídica en caso de desaprobación, conforme a la Ley General de la Administración Pública (...)”*

Por otra parte, podemos adicionar que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 7472, define el contrato de adhesión como aquel: “Convenio cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y debe ser adheridas en su totalidad por la parte contratante”; por la naturaleza misma este tipo de contratos no son un convenio constituido por ambas partes de forma voluntaria, sino que una de las partes impone los términos y condiciones, y el adherente acepta o no.

La jurisprudencia de la Sala Primera ha caracterizado a las cláusulas abusivas como aquellas que son impuestas de forma unilateral y que perjudican por inequitativas a su contraparte, o que generan una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones, en este caso de los operadores/proveedores y los usuarios finales, perjudicando a estos últimos, según ha sido analizado por esta Superintendencia para el caso concreto. Al respecto resolvió este Alto Tribunal:

*“La moderna doctrina se ha ocupado sistemáticamente del problema de las llamadas cláusulas abusivas. Al respecto se ha dicho: **“Concretamente, se puede entender por cláusulas abusivas, las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor, como puede suceder, p. ej., en el contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a las condiciones impuestas por aquella)”**. (Así: Juan M. Fariña, Contratos comerciales modernos. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, p. 138). **Por otra parte, la misma doctrina reconoce que las cláusulas abusivas, en última instancia, entrañan una lesión del principio de la buena fe contractual. En este sentido se sostiene: “Podemos decir que, en síntesis, todo el problema referido a las cláusulas abusivas debe hallar su adecuado remedio en la necesaria observancia de la buena fe en la celebración de estos contratos...”** (Fariña, op.cit., p. 149). **En efecto, el problema de las cláusulas abusivas, tanto en los contratos de libre discusión como de adhesión, no puede analizarse con independencia del principio de la buena fe que debe regir en toda relación contractual**. En este sentido, es de resaltar que el recurrente no cita como infringido ni el artículo 21 del Código Civil, de conformidad con el cual “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, ni el 22 del citado Código, que al hacer referencia al abuso del derecho, brinda la posibilidad de enfocar desde esta óptica el problema de las cláusulas abusivas, ni tampoco señala como quebrantado el artículo 1023 del Código de referencia, el cual, en el párrafo primero, hace alusión a la equidad como fuente de consecuencias jurídicas en todo contrato, lo que permite el análisis de las cláusulas abusivas de esta perspectiva. Por esta razón el recurso, al no citar pertinentemente las normas jurídicas que podrían haber resultado infringidas en el fallo impugnado, resulta omiso e impreciso, por lo que debe ser declarado sin lugar”. (N° 65 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y seis.) (Resaltado es propio)*

Sobre este tema, el Tribunal contencioso administrativo, sección sexta, indicó que:

"b) Control contra cláusulas abusivas o leoninas

"Debemos agregar que estamos en presencia de un contrato de adhesión, y por antonomasia, ante un contrato con condiciones generales, es decir, cuyo clausulado en su mayoría está **pre redactado por el predisponente, en este caso el Asegurador; y en el que prácticamente no interviene la voluntad del suscribiente, más que para adherirse al documento que le es presentado.** Ante este panorama, en el análisis de estos contratos adquiere aún mayor fortaleza el principio de buena fe, porque el cliente del seguro, ante la imposibilidad de modificar el marco contractual, adquiere su póliza amparada a tal premisa. En busca de evitar que ante tal circunstancia la parte predisponente abuse de su posición en esta relación contractual, el Ordenamiento Jurídico ha concedido una serie de mecanismos, que van más allá incluso que el control de cláusulas leoninas establecido en el artículo 1023 del Código Civil, **ya que el artículo 42 de la Ley 7472 "Ley de la Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor" establece la posibilidad para los órganos jurisdiccionales de ejercer los mecanismos de control de inclusión y de control de contenido sobre las denominadas cláusulas generales en los contratos de adhesión.** Sobre el particular se ha resuelto que: "Es harto conocido que en el contexto nacional, el contrato de póliza de seguro se encuentra en un ámbito de monopolio legal que ejerce el INS, según ley 11 del 2 de octubre de 1922 y la no. 12 de 30 de octubre de 1924. Este convenio, pese a la naturaleza pública de esa entidad, es de carácter privado, en virtud de que tal actividad se rige por el Derecho Mercantil, al constituirse como un ejercicio de su giro ordinario empresarial, en el ámbito de su capacidad de derecho privado. En este sentido, puede consultarse la sentencia de esta Sala no. 903 de las 9 horas 25 minutos del 21 de octubre del 2004. Sin embargo, cabe agregar que en este tipo de contratos, al estar de por medio la concentración de los seguros, se constituye en un convenio típico de adhesión, en el cual, el asegurado no puede discutir las condiciones del contenido, sino someterse a los términos que ofrece el asegurador. Lo anterior debido a que, por esta particularidad, están dispuestas de antemano en el documento formal que se rubrica, cláusulas que con la signatura del acuerdo, vienen a ser, en tesis de principio, obligatorias para el co-contratista. **Cabe señalar que en estas relaciones, impera un principio de buena fe, pues como bien ha señalado el Ad quem, se sustenta sobre una base de confianza que en el contexto del acuerdo provoca que el asegurado espera y confía en la cobertura del asegurador en el evento de que ocurra el hecho condicionante (imprevisto) pactado, mientras que éste último tiene la expectativa de que el asegurado no incurrirá en conductas que lesionen el interés del negocio ni la verdad de lo acontecido.** Ahora bien, conforme lo preceptuado por el artículo 1022 del Código Civil, ese acuerdo tiene fuerza de ley entre las partes, y a él resulta aplicable en forma supletoria, la Ley de Seguros, número 11 del 2 de octubre de 1922, la cual establece en su numeral 4, que dicha convención se regula por las estipulaciones lícitas de la póliza respectiva y en su defecto por las disposiciones de esa Ley. En su clausulado, se fijan las estipulaciones que precisan y regulan la relación jurídica de las partes, deberes y derechos, ámbito de cobertura, riesgos excluidos, mecanismo indemnizatorio, entre otros. Cabe señalar que conforme al ordinal 1023 ibidem, los órganos jurisdiccionales pueden ejercer un control que les permite anular las cláusulas abusivas o leoninas que eventualmente puedan introducirse. Además, en virtud de lo estatuido por el párrafo primero de ese mandato, pueden analizar los aspectos de equidad de esos "acuerdos" a fin de buscar un justo equilibrio en el marco de las contraprestaciones, de manera que no exista un beneficio excesivo o injustificado a favor de uno o de otro. (RES: 000756-F-2007 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA". San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del diecinueve de octubre de dos mil siete)". (Resaltado es propio)

En este sentido, a tenor de las disposiciones del artículo 46 de la LGT y el artículo 20 del RPUF, la SUTEL no puede ni debe avalar cláusulas contractuales que resulten abusivas o que de alguna manera establezcan penalizaciones desproporcionadas y a su vez favorezcan, en forma excesiva, la posición contractual de la parte predisponente, es decir, los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones.

Sobre este particular, se debe aclarar que las resoluciones reseñadas en el presente informe, incluyendo el acto recurrido RCS-253-2016, han sido contundentes en indicar que ha existido un incremento en el porcentaje de usuarios que cuentan con contratos de adhesión con cláusulas de permanencia mínima y que dichos usuarios enfrentan un mayor costo de cambio de operador.

Y que en adición, se ha venido presentando un incremento en el número de reclamaciones por la imposición de barreras de salida, mediante la aplicación de altísimas cláusulas de penalización por terminación anticipada de contratos, lo cual a su vez disminuye el nivel competitivo del mercado y el nivel de contestabilidad de este. Es decir que se presentan dos intereses superiores que son tutelados por la revocación de dichas cláusulas, tanto en la protección de los derechos de los usuarios, así como del adecuado desarrollo del mercado en el régimen de las telecomunicaciones.

Por otra parte, resultan ciertos los argumentos de los recurrentes cuando esgrimen que los usuarios están

en la libertad de contratar servicios de telecomunicaciones con el operador de su preferencia, sin embargo, para ello los operadores se encuentran en la obligación legal de informar debidamente a los usuarios, previo a la suscripción de los contratos, y completar con la información correcta el contrato de adhesión.

A pesar de ello, en los reclamos interpuestos resultó evidente que las tarifas consignadas en los contratos de adhesión por concepto de los servicios brindados a partir de las cuales se contabilizaba la multa por retiro anticipado, no resultaban acordes con la oferta comercial real de los operadores o correspondían a rubros desproporcionados, es decir, el supuesto beneficio percibido por el usuario no resultaba real por lo que se hizo incurrir en error al usuario en la información brindada, y posteriormente, en caso que deseara la baja anticipada, debía asumir un monto excesivo de multa (v.gr. RDGC-00110-SUTEL-2016).

Otro factor que se debe tener en consideración, es que la resolución RCS-364-2012 revocada parcialmente, fue una medida regulatoria adoptada acorde de la realidad del mercado de telecomunicaciones en el año 2012. Y en este sentido las disposiciones regulatorias al igual que el ordenamiento jurídico en general, deben responder a la realidad social actual, a fin de que sean eficaces. Sobre todo, en materia de las telecomunicaciones que se encuentra inmersa en un intenso proceso de reforma y revisión constante, con el fin de que la regulación dictada se ajuste a la realidad y dinamismo del mercado y políticas del sector. Aunado al interés público, que de conformidad con el artículo 133 de la LGP y el 45 de la LGT representa la protección de los derechos a los usuarios, sin perjuicio del mercado antes referido.

De igual forma se consideró para el dictado de la resolución RCS-253-2016, diversas experiencias internacionales relacionadas con las cláusulas de permanencia mínima, determinándose en ellas que la tendencia en otras latitudes resultaba concordante con lo acaecido en Costa Rica, es decir que, en la práctica no se presentaron los beneficios esperados, principalmente por ambigüedades en el concepto de "tarifas especiales con descuento sustancial" así como la distorsión que esto generaba sobre las tarifas comerciales de los servicios, lo cual resultaba abusivo para los derechos de los usuarios. Por estas razones las Autoridades reguladores de dichos países de igual forma procedieron a dejar sin efecto el establecimiento de dichas cláusulas en los contratos de adhesión.

Sobre estos extremos debemos reseñar que cuando se dictó la resolución RCS-364-2012, este Órgano regulador esperaba la promoción de diversos efectos positivos como que se facilitara y delimitara a los operadores/proveedores los alcances de las cláusulas de permanencia mínima que se incluirían en los contratos de adhesión, mismos que debían ser aprobados por esta Superintendencia, así como que contribuyera al dinamismo del mercado y representara un beneficio económico para los usuarios. Sin embargo, dichos propósitos no fueron acordes con la realidad en detrimento de los derechos de los usuarios, el mercado, y por ende el interés público.

Dicho lo anterior y partir de la potestad legal de esta Superintendencia de homologar los contratos de adhesión, nos encontramos en la obligación de revocar cualquier cláusula o modalidad de permanencia mínima abusiva que violente los derechos de los usuarios, tal y como sucedió con las cláusulas asociadas a tarifa preferencial. En ningún caso, el interés particular de los operadores/proveedores puede estar por encima de la tutela legal y supra legal del conjunto de derechos con que cuenta el usuario final en el régimen de las telecomunicaciones.

Por otra parte, debe destacarse que, ningún contrato que incluya cláusulas nulas o abusivas puede ser sujeto de aplicación de lo dispuesto en el numeral 463 del Código de Comercio, que, en todo caso, esta materia posee regulación expresa sobre el particular, y sobre la cual debe existir un estado de urgencia, necesidad o peligro. Al respecto ha señalado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

**"De su parte, la rescisión acontece cuando se verifica un desequilibrio originario en las prestaciones de las partes con motivo del aprovechamiento indebido de una de ellas del estado de urgencia, necesidad o peligro en la que se encuentra la otra. Tal y como lo sostuvo el Tribunal Superior, con fundamento en los elementos de hecho esgrimidos por el actor, resulta incuestionable que lo pretendido es la resolución del contrato de compraventa del inmueble del partido de San José, matrícula de folio real N° 133820-000, por un supuesto incumplimiento de la demandada en el pago del precio. N° 73 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.- San José, a las catorce horas treinta minutos del trece de agosto de mil novecientos noventa y siete."**

Finalmente, esta Unidad estima que la revocación de las cláusulas de permanencia mínima por tarifa preferencial en los contratos de adhesión, no limita a los operadores, a ofrecer, promociones o incentivos con el fin de que sus servicios sean más atractivos y asequibles a los usuarios. Por el contrario, en virtud de la mayor dinámica que esto genera para el mercado, se espera con su revocación mayores beneficios para los usuarios finales, toda vez que se han eliminado barreras de salida para que éstos puedan ejercer, de una mejor forma, su derecho a escoger y cambiar libremente de operadores/proveedor. En el marco de las

consideraciones anteriores, se estiman improcedentes los argumentos de los recurrentes.

**d. SOBRE EL SUPUESTO ELEVADO COSTO ECONÓMICO QUE IMPLICA LA REVOCACIÓN DE LA PERMANENCIA POR TARIFA PREFERENCIAL**

*Dentro de los alegatos esbozados se encuentra que con el dictado de la resolución RCS-253-2016 se hará incurrir a los operadores/proveedores en un elevado costo al tener que realizar ajustes a nivel de sistemas corporativos, sin que se aporten para estos efectos mayores elementos probatorios para su verificación. Resultando argumentativa la exposición de los motivos para su fundamentación.*

*Al respecto, ha sido criterio de la Unidad, que quien impugna un acto debe fundamentar, en manera debida sus alegatos, toda vez que la fundamentación y carga de la prueba corren bajo su responsabilidad. En consecuencia, los recurrentes no sólo deben indicar las infracciones sustantivas que reclama, sino que debe aportar la prueba idónea en que apoya sus argumentaciones y, cuando discrepe de los estudios que sirven de motivo para adoptar la decisión, debe rebatirlos en forma razonada, además, si presenta prueba, esta debe contar con los elementos mínimos para desvirtuar un criterio, o bien, para apoyar una determinada afirmación.*

*En adición a lo anterior, todos los alegatos deben contar con la respectiva fundamentación, sea en documentos que conste dentro del expediente administrativo; aportando criterios técnicos en contra de las valoraciones técnicas elaboradas por la SUTEL o bien, demostrando técnicamente los argumentos de esa índole que se expongan en el recurso y, además, no basta con alegar una afectación, sino que además se debe acreditar su trascendencia.*

*Dicho lo anterior, se debe destacar que cuando se implementó la resolución RCS-364-2012, los operadores no alegaron que el cambiar sus contratos de adhesión implicaría en aquel momento un alto costo económico, razón por la cual no se considera que reversar dicho proceso si lo sea. Máxime considerando -según lo expusimos- que el artículo 20 del RPUF, establece que: “Cuando los operadores o proveedores de telecomunicaciones ofrezcan a los abonados una modalidad con cláusula de permanencia mínima, **deberán también ofrecer una alternativa diferente que no contemple esas condiciones de permanencia, para que el abonado pueda compararlas, y de esta forma tenga la opción de evaluar las condiciones de prestación de los diferentes servicios, sus niveles de calidad así como sus tarifas para permitirle decidirse por una de ellas**”. (Resaltado intencional)*

*De lo anterior se concluye que desde la apertura del mercado de las telecomunicaciones, los operadores/proveedores siempre han tenido la obligación de prestar servicios de telecomunicaciones sin permanencia mínima, a fin de que el usuario pueda elegir la opción de su preferencia. En virtud de lo cual sus plataformas tecnológicas han debido contemplar estas dos posibilidades: contratos con permanencia y sin permanencia mínima; caso contrario se estaría incumpliendo con lo dispuesto en el reglamento de rito. Con lo cual a la fecha deberían encontrarse listos para comercializar servicios sin sujeción a permanencia mínima y sin tarifa preferencial.*

*En virtud de lo anterior, y dado el ayuno probatorio para confirmar la certeza de dicho argumento, se estima improcedente y recomienda su rechazo.*

**e. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN RCS-253-2016 “REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: “LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES”**

*Los recurrentes, alegan que existe una falta de proporcionalidad y razonabilidad en la disposición regulatoria adoptada por esta Superintendencia mediante la resolución RCS-253-2016.*

*Al respecto, la Sala Constitucional ha desarrollado - vía jurisprudencia - los principios de proporcionalidad y razonabilidad, de modo que en reiteradas sentencias ha señalado, sobre el primero, como una valoración del acto y tipo de restricción que pretende imponer, de modo que el beneficio sea mayor para la colectividad y el segundo, que la limitación a imponer se encuentre debidamente justificada.*

*Sobre estos principios la Sala Constitucional indicó mediante Sentencia 8858-98 de las 16:33 horas del 15 de diciembre del 1998, lo siguiente:*

*“El principio de razonabilidad, surge del llamado “debido proceso sustantivo”, es decir, que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca. **Cuando de restricción a determinados***

**derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada, por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad.**

Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idónea y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad – o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. **Es decir, que, si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, por ende constitucionalmente válida.** La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La idoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. **Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.** (Resaltado es propio)

Bajo esta línea, se debe analizar si el acto recurrido es proporcional, es decir que el beneficio a la colectividad sea mayor a la limitación, y si es razonable, en el sentido de que la medida esté justificada.

La limitación en este caso se trata de la revocación de la permanencia mínima por tarifa preferencial, medida regulatoria que busca proteger los derechos de usuarios de los servicios de telecomunicaciones, tales como a cambiar libremente de operador sin contar con barreras de salida o tener que asumir penalizaciones desproporcionadas en comparación con los “beneficios” obtenidos, así como promover un mayor dinamismo en el mercado. Ahora bien, en líneas anteriores se ha desarrollado las justificaciones para adoptar esta medida regulatoria, mismas que resultan razonables, proporcionales y ajustadas a derecho.

Aunado a lo anterior, se evidenció la existencia de una práctica irregular por parte de algunos operadores que iba en aumento, indistintamente de la proporción de reclamaciones recibidas por dicha temática, dado que es un hecho ya conocido que solo una pequeña proporción de la totalidad de usuarios del mercado acuden al operador a presentar sus reclamaciones y de éstos una proporción aún menor recurre al ente regulador, esto por distintos elementos, informativos, de conocimiento, culturales u otros elementos que influyen en la toma de decisiones humanas.

El dato anterior se deriva del análisis del total de reclamaciones presentadas ante esta Superintendencia, tomando como base los datos de la cantidad de suscriptores extraídos de los Informes de Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones de los años 2014 y 2015, a saber:

**Tabla N°1. Proporción de reclamos presentados ante la SUTEL**

Servicio	Telefonía Fija	Telefonía Móvil	Internet Fijo	Televisión por suscripción
Total de reclamaciones 2015	33	400	60	138
Total de suscriptores al 2015	859514	7536000	558656	797230
<b>Proporción de reclamos 2015 (%)</b>	0,003839379	0,005307856	0,010740062	0,017309936
Total de reclamaciones 2014	27	596	63	122
Total de suscriptores al 2014	881217	7101892	515840	732546
<b>Proporción de reclamos 2014 (%)</b>	0,003063945	0,00839213	0,012213089	0,016654244

No obstante, resulta claro que las reclamaciones recurrentes por un mismo tema son evidencia de una práctica irregular por parte de algunos operadores, por cuanto de conformidad con las pruebas recabadas durante su tramitación y resolución, las prácticas se aplicaron a partir de las cláusulas que debían ser completadas en los contratos homologados y las estimaciones de las penalizaciones que resultaban desproporcionadas fueron cobradas a los usuarios cuando éstos decidieron rescindir anticipadamente sus contratos, aspecto que permite estimar que los usuarios reclamantes fueron una muestra de un segmento importante de la población afectada, y aplicando la proporción señalada en la tabla anterior, para el periodo 2015, se obtiene que 400 reclamaciones corresponden a 7.536.000 usuarios de servicios móviles, por lo que las 32 reclamaciones analizadas por esta Superintendencia, relacionadas con abusos en las condiciones de permanencia mínima por tarifa preferencial, podrían asociarse matemáticamente con más de 600 mil usuarios afectados.

En este sentido, considerando el total de reclamaciones recibidas en el periodo 2016, las 32 reclamaciones por problemas en la aplicación de las cláusulas por permanencia mínima por tarifa preferencial, implican un 4,34% del total de reclamaciones recibidas por esta Superintendencia durante el 2016.

En todo caso, resulta subjetivo e indeterminado establecer un porcentaje “razonable” de reclamos como lo señalan los operadores, ya que es ampliamente conocido que la mayoría de los usuarios no reclama (de 600 a 800 usuarios aproximadamente por año reclaman ante la Sutel, de los más de 7 millones de suscriptores de diferentes servicios), razón por la cual no es posible asumir que únicamente esos usuarios presentaron dicha problemática, lo cual tampoco justifica el proceder de los operadores de forma abusiva.

Así las cosas, no se trata de la cantidad de reclamos como tal, sino de los hechos, las acciones realizadas por los operadores/proveedores que lesionan los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. La limitación del derecho o su quebranto es lo que se debe corregir, rectificar o subsanar, no la cantidad de ocasiones que se violentó ese derecho. Esta última sería un agravante de la conducta únicamente, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que cada operador/proveedor deba asumir por su transgresión.

En este sentido, le corresponde a esta autoridad regulatoria velar por el resguardo de los derechos de los usuarios finales, como bien jurídico tutelado, máxime ante hechos tan gravosos para el usuario como lo es la fijación de multas excesivas, barreras de salida y la imposición de cláusulas contractuales abusivas.

Aunado a lo anterior, debemos indicar que la “Encuesta nacional de ingresos y gastos de los hogares: crece ingreso y gasto en los hogares”, realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, se indica que en la zona urbana el promedio de ingreso corriente neto por hogar es de **₡908.860** mensuales, mientras que en zona rural es de **₡472.580** mensuales, y que los hogares destinan más del **50%** del gasto de consumo en alimentación, transporte y vivienda.

De los citados reclamos interpuestos ante esta Superintendencia se extraen montos por penalización que igualaban o superaban el monto de ingreso corriente neto por hogar en la zona rural. De manera que no se trata de casos aislados, sino de la consolidación de una práctica irregular que compromete derechos fundamentales, que afecta a los usuarios con montos confiscatorios, de modo que la protección de estos derechos y el interés público es un bien jurídico mayor que debe ser resguardado con gran recelo, y aplicando el principio de protección al usuario, en comparación a conservar una medida regulatoria (permanencia mínima con tarifa preferencial) que en lugar de proporcionar un beneficio a los usuarios, se prestó para abusos por parte de los operadores/proveedores.

En cuanto al interés público, la Procuraduría General de la República<sup>1</sup>, ha señalado que:

“El interés público es un concepto jurídico indeterminado, Su contenido dependerá de quién, de dónde y cuándo se defina. Sin embargo, el juez, a la hora de ejercer el control de legalidad o de constitucional, según sea el caso, deberá hacer una valoración objetiva y real, con el propósito de precisar su contenido. En principio, podemos definir interés público, como aquello que afecta o interesa a la generalidad, se configura como perteneciente a todos y cada uno de los componentes de esa generalidad; no es la suma del interés particular, pues es el interés que todos los miembros de una colectividad poseen por igual en virtud de su pertenencia a esa categoría.

La satisfacción del interés público conlleva el desarrollo de actividades cuya gestión y tutela, le corresponde directamente a la Administración Pública; sin embargo, a pesar de lo anterior, pueden ser gestionados por entes públicos no estatales o los particulares o mediante otro tipo de organizaciones dedicadas a actividades que se enmarcan dentro del concepto de interés público”. (Destacado intencional)

Asimismo, el interés público encuentra asidero jurídico en el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, a saber:

“1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

<sup>1</sup> Procuraduría General de la República, Dictamen número 111 del 02 de junio de 1999.



3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia". (Destacado intencional)

Por consiguiente, en el caso que nos ocupa, le corresponde a esta Superintendencia velar por la protección de los derechos de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, por lo que reviste de interés público corregir prácticas abusivas que lesionan estos derechos y afectan a una cantidad importante de usuarios. De manera, el interés particular del operador/proveedor no podrá sobreponerse a la tutela constitucional del derecho de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

En el marco de las consideraciones anteriores, no llevan razón los recurrentes en el presente alegato, por lo que procede su rechazo.

**f. SOBRE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LA RESOLUCIÓN RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: "LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES."**

En primera instancia debemos señalar que esta Superintendencia cuenta con diversas herramientas para el ejercicio de sus competencias legales ante la detección de prácticas irregulares en el mercado. Dentro de las cuales se encuentran la aplicación del Derecho Administrativo Sancionatorio, el dictado de órdenes para la corrección de las anomalías y también la posibilidad de dictar disposiciones generales que dicten nueva regulación o modifiquen la existencia.

A tenor de las anteriores consideraciones, esta Superintendencia de conformidad con sus competencias legales, ha procedido a resolver las múltiples reclamaciones en donde se determinó que los operadores/proveedores han establecido en los contratos de adhesión homologados (con casillas en blanco), un monto por concepto de retiro anticipado que resulta abusivo, excesivo y desproporcional, y que el mismo limita el ejercicio de los derechos de los usuarios de libre elección del operador, así como a la portabilidad numérica. Para lo cual se han utilizado los procedimientos de ley, así como los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos.

Conforme a lo expuesto y estimando que uno de los fines principales de la SUTEL es garantizar y proteger los derechos de los usuarios, se ordenó a los operadores involucrados, que procedieran de inmediato a eliminar la totalidad de la multa por retiro anticipado cobrada a los reclamantes, por considerarse que la misma es abusiva y contraria al ordenamiento jurídico.

Asimismo, se ordenó proceder de inmediato con la revisión general de los términos y condiciones de las cláusulas de permanencia mínima asociadas a tarifa preferencial definidas en los contratos de adhesión, con la finalidad de corregir aquellas que resulten abusivas o desproporcionales y contravengan lo dispuesto en la resolución RCS-364-2012.

Es decir, esta Superintendencia tuvo una actuación activa en la solución a cada caso en particular, además de instruir la investigación para determinar el mérito para la apertura de los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio que procedan.

Ahora bien, sin perjuicio de las anteriores acciones correctivas, la regulación revocada seguía vigente restringiendo el libre ejercicio por parte de los usuarios de sus derechos por instituirse en barreras de salida para un eventual cambio de operador, sin perjuicio de restringir un mayor dinamismo en el mercado de las telecomunicaciones. Razón por la cual, se ha expuesto, resultaba oportuno y necesario dejar dichas cláusulas sin efecto. En virtud de lo cual se estiman improcedentes los cuestionamientos esgrimidos sobre los extremos de actuación de la SUTEL, ponderándose como improcedentes.

**g. SOBRE LA GESTIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA CONTRA LA RESOLUCIÓN RCS-253-2016 "REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: "LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES"**

En primera instancia debe considerarse que un acto administrativo es válido cuando sus elementos se encuentren sustancialmente conformes al ordenamiento jurídico. Resulta necesario entonces para proceder a examinar la validez de la resolución RCS-253-2016, tener claridad sobre los elementos que lo componen.

Los elementos - tanto formales como sustanciales (sujeto, forma, procedimiento, motivo, fin y contenido) -,

se encuentran definidos en la LGAP, y de forma concordante resultan aplicables para el caso concreto, las disposiciones especiales definidas en LGT, la Ley de la Aresep y el RPUF.

Por otra parte, las normas legales que se instituyen en parámetro jurídico del acto administrativo dispuesto mediante la resolución RCS-253-2016, son las siguientes:

- i. Ser dictado por el órgano competente conforme a los artículos 129 y 180 LGAP.
- ii. Ser emitido por escrito como corresponde de conformidad con los artículos 134 y 136 de la LGAP.
- iii. De previo a su dictado, deben realizarse los trámites sustanciales y cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 129 LGAP.
- iv. El acto debe contener un motivo legítimo y existente de conformidad el artículo 133 de la LGAP.
- v. El dictado del acto debe encontrarse dispuesto en sus fines y contenido de conformidad con los artículos 131 y 132 de la LGAP.

Adicionalmente, el artículo 128 de la LGAP dispone que un acto válido es aquel que se conforma sustancialmente con el ordenamiento:

**Artículo 128.-**

*Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta.*

Y a contrario sensu, un acto administrativo carece de validez cuando es sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, según lo dispone el artículo 158 de la misma LGAP, señalando lo siguiente:

**“Artículo 158.-**

1. La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.
2. Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.
3. Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.
4. Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.
5. Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente.”

A partir de lo anterior, es posible afirmar que el criterio seguido para establecer la nulidad del acto administrativo se encuentra relacionado con la falta, defecto o desaparición de alguno de sus requisitos o condiciones, señalándose que será inválido el acto que sea sustancialmente disconforme.

Al respecto, debe tenerse presente que nuestro ordenamiento jurídico establece dos tipos de nulidades -según la gravedad de la violación cometida-: la relativa y la absoluta (nulidad absoluta y nulidad absoluta, evidente y manifiesta). En este sentido, habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente (artículo 166 de la LGAP), y estamos ante la presencia de una nulidad relativa cuando el acto sea imperfecto en uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta (artículo 167 LGAP). Asimismo, de acuerdo con la jurisprudencia judicial se está frente a una nulidad absoluta evidente y manifiesta, cuando dicha nulidad no sólo es grave, sino de fácil apreciación para el operador jurídico. En todo caso, el artículo 168 de la LGAP dispone que, al existir duda, se debe estar por la solución más favorable a la conservación y eficacia del acto.

En resumen, la resolución RCS-253-2016 fue dictada por el Consejo de la SUTEL, en ejercicio de sus potestades legales, con el fin de proteger los derechos de los usuarios y promover un mayor dinamismo en el mercado del régimen de las telecomunicaciones, sin perjuicio del anterior análisis realizado atinente a la revocación sobreviniente de la resolución RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: “LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES”. En adición, la resolución RCS-253-2016 fue publicada en el Alcance número 285 de La Gaceta del 05 de diciembre del 2016, con lo cual se han cumplido las normas formales de rigor.

*A partir del anterior análisis, esta Unidad Jurídica considera que el acto impugnado, es decir la resolución RCS-253-2016, es conforme con el ordenamiento jurídico.”*

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

### **POR TANTO**

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

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

1. Declarar sin lugar, en todos sus extremos, el recurso ordinario de reposición, interpuesto por **TELFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A**, contra la resolución RCS-253-2016 denominada *“REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: “LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES”.*
2. Declarar sin lugar, en todos sus extremos, el recurso ordinario de reconsideración y la gestión de nulidad absoluta, interpuestos por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD**, contra la resolución RCS-253-2016 denominada *“REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: “LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES”.*
3. Declarar sin lugar, en todos sus extremos, el recurso ordinario de reposición, interpuesto por **CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A.**, contra la resolución RCS-253-2016 denominada *“REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: “LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES”.*
4. Mantener incólume, en todos sus extremos, la resolución RCS-253-2016 denominada *“REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: “LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES”.*

### **ACUERDO FIRME. 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 Cascante Alvarado**  
**Secretario del Consejo**

**CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN**

**RCS-061-2017**

**“SE RESUELVEN RECURSOS DE REPOSICIÓN Y GESTIÓN DE NULIDAD INTERPUESTOS POR TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S. A., CLARO CR TELECOMUNICACIONES, S.A Y EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD CONTRA LA RCS-253-2016:**

**“REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RCS-364-2012, DE LAS 11:00 HORAS DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2012, DENOMINADA: “LINEAMIENTOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, RETIRO ANTICIPADO Y JUSTAS CAUSAS EN LOS PLANES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES”**

**EXPEDIENTE: GCO-NRE-RCS-00083-2013**

Se notifica la presente resolución a:

**CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A.** a través del correo electrónico [notificaciones.sutel@claro.cr](mailto:notificaciones.sutel@claro.cr)

**TELEFONICA DE COSTA RICA TC S.A.** a través del correo electrónico [notificacioneslegal.cr@telefonica.com](mailto:notificacioneslegal.cr@telefonica.com)

**INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD,** a través del correo electrónico [notificaciones\\_drr@ice.go.cr](mailto:notificaciones_drr@ice.go.cr)

NOTIFICA: \_\_\_\_\_ FIRMA: \_\_\_\_\_