

Sentencia: 11212 Expediente: 17-000191-0007-CO
Fecha: 14/07/2017 Hora: 12:15:00 p.m.
Emitido por: Sala Constitucional

Tipo de Sentencia: De Fondo
Redactor: Paul Rueda Leal
Clase de Asunto: Recurso de amparo



Texto de la sentencia

* 170001910007CO *

Exp : 17-000191-0007-CO

Res. N° 2017011212

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas con quince minutos del catorce de julio de dos mil diecisiete.

R curso de amparo que se tramita en el expediente **N° 17-000191-0007-CO**, interpuesto por **NOMBRE01**, cédula de identidad VALOR01, y **OTROS** contra la **SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES (SUTEL) y OTROS**.

Resultando:

1.-

Por escrito recibido en la Sala el 6 de enero de 2017, el accionante Porras Castillo interpone un recurso de amparo. Manifiesta que mediante los acuerdos Nos. 023-049-2013 y 006-009-2013, el Consejo de la SUTEL homologó los documentos: "Anexo de Planes Móviles post pago", "Contrato Marco para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Movistar y el Anexo para la Identificación del cliente y servicios contratados" y el "Contrato Universal para la prestación de servicios de telecomunicaciones y su Anexo deservicio postpago Telefonía Móvil Celular", a las marcas Kolbi, Movistar y Claro, respectivamente, los cuales establecen una cláusula de política de uso justo. Considera que los planes de telefonía móvil "postpago" de Movistar y Claro limitan la velocidad de Internet a niveles en los que se vuelve casi imposible el acceso a Internet. Afirma que Movistar limita la velocidad a 128kbps y Claro limita la velocidad a 256kbps, penalización que ocurre después de un consumo base estipulado en los contratos de adhesión. Señala que, según Kolbi, la política de uso justo no aplica en la tecnología 3G, sólo en la tecnología LTE; es decir, el operador permite navegar, ilimitadamente, y sin penalizaciones (sobre la velocidad) dentro de la red 3G. Aduce que en el voto No. 2010-010627 de las 8:31horas de 18 de junio de 2010, la Sala Constitucional declaró que el acceso a Internet es un derecho fundamental, por tratarse de un vehículo indispensable y necesario para transitar en la sociedad de la información. Agrega que, según la sentencia, por tratarse de un servicio público, está sujeto a los principios constitucionales

de eficiencia, eficacia, igualdad, continuidad y adaptabilidad. Argumenta que el principio rector de neutralidad tecnológica, dispuesto en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones, impide a los prestadores del servicio de Internet discriminar el acceso de los internautas. Añade que, al declararse el acceso a Internet como derecho fundamental, indispensable para ejercer la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se entiende que el acceso a Internet debe ser garantizado y protegido. Solicita que se declare con lugar el recurso y se ordene la anulación de la política de uso justo, dentro de los contratos de adhesión de los operadores de telefonía móvil.

2.-

Por resolución de las 11:50 horas del 9 de enero de 2017, se dio curso al amparo.

3.-

Por escrito recibido en la Sala el 16 de enero de 2017, el recurrente Porras Castillo amplía sus argumentos. Remite al informe A/HRC/17/27 de la Organización de las Naciones Unidas, a la resolución A/HRC/20/L.13 del 29 de junio de 2012 del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y a la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet (OEA) del 1 de junio de 2011. Reitera su pretensión.

4.-

Por escrito recibido en la Sala el 20 de enero de 2017, informa bajo juramento Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, en su condición de Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), que es cierto que el Consejo de la Sutel homologó el "Anexo de Planes Móviles post pago" al contrato de la marca Kolbi mediante acuerdo 023-049-2013. También reconoce que dicho Consejo homologó el "Contrato Marco para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones Movistar y el Anexo para la Identificación del cliente y servicios contratados" mediante acuerdo 006-009-2013. Ambos documentos contienen cláusulas sobre políticas de uso justo. Aclara que el "Contrato Universal para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones" y el anexo denominado "Contrato de servicios postpago de telefonía móvil", ambos del operador Claro CR Telecomunicaciones S.A., fueron aprobados en sesión ordinaria 076-2014 del 10 de diciembre de 2014 del Consejo, mediante acuerdo N° 019-076-2014. Este también regula una cláusula sobre política de uso justo. Indica que dicha cláusula disminuye la velocidad, mas no impide el acceso al servicio de Internet móvil. Indica que la Sala emitió la sentencia N° 10627-2010 del 18 de junio de 2010; no obstante, esta se refiere a Internet fijo, que no es objeto del amparo. Aclara que los servicios de telecomunicaciones se consideran "disponibles al público", lo cual viene a marcar la apertura de los servicios de telecomunicaciones a la competencia. (Ley N° 8642). Lo anterior se deriva del compromiso adquirido en el Anexo 13 del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. En relación con el principio de neutralidad tecnológica, explica que de conformidad con el mismo se refiere a posibilidad que tienen los operadores/proveedores de servicios de telecomunicaciones, para elegir las tecnologías por medio de las cuales brindan sus servicios; en ningún caso hace referencia a la discriminación o limitación del acceso del servicio de Internet (artículo 3 inciso h) de la Ley General de Telecomunicaciones). Explica la aplicación de la política de uso justo. Al respecto, señala que las redes de telefonía e Internet móvil cuentan con recursos que son compartidos entre todos los usuarios que utilizan en determinado momento la misma infraestructura, especialmente en lo que respecta al segmento de red entre la radiobase y el terminal móvil. Los planes de telefonía móvil sin límite de consumo suelen propiciar la aparición de clientes que hacen un uso intensivo de la red móvil, al acaparar los recursos de la misma por largos periodos de tiempo, impidiendo a otros usuarios acceder a la red con buenas condiciones de

prestación del servicio, afectando su eficiencia y buen funcionamiento. Según lo anterior, el uso excesivo por parte de algunas personas de los recursos de una red compartida, impacta de forma directa la posibilidad de acceso y uso en condiciones normales a los demás usuarios (mayoría), afectando los niveles de calidad de estos servicios. En virtud de lo anterior, y con el fin de proteger los derechos de los usuarios, para que puedan acceder en igualdad de condiciones a los servicios de Internet móvil, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante acuerdo 014-021-2014, tomado en la sesión ordinaria N°021-2014 del día 02 de abril del 2014, emitió la resolución número RCS-063-2014, titulada "*Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil*", por medio de la cual se fijaron las condiciones que regulan el consumo excesivo de descarga de datos, con el objetivo de reducir la congestión de redes y así evitar que se vea afectada la calidad del servicio para una mayoría de usuarios. Dicha resolución resolvió aprobar en forma temporal el establecimiento de condiciones o prestación específica de la obligación contractual denominada "*Política de Uso Justo*" de los operadores ICE, Telefónica y Claro. Desprende de dicha resolución que los operadores citados poseen la facultad para aplicar dichas condiciones si se cumplen los lineamientos establecidos en la misma. Enfatiza que la resolución no establece una limitación total del servicio de Internet móvil, sino que lo que se hace es una disminución de la velocidad contratada. No obstante, el servicio se continúa prestando de forma ilimitada. De conformidad con la resolución mencionada, la velocidad a la que se reduce el acceso al servicio de Internet, una vez superado el límite de descarga, debe ser determinada por los operadores, e indicada en los contratos de adhesión suscritos por los usuarios finales, aplicando las razones de equidad, igualdad y razonabilidad de la medida, siendo que se reduzca a una velocidad que tienda a una carga equitativa, y que la calidad del servicio contratado no sea degradada al punto que se impida el funcionamiento del servicio y a su vez desaliente la continuación del consumo excesivo de parte del usuario, y que este realice un consumo normal y moderado. Cita el punto 8 del apartado de la resolución, denominado "*Condiciones de la política de uso justo o medidas similares*", donde se establece el criterio en el que deben basarse los operadores, para determinar si un usuario incurre en consumo abusivo. Según dicho punto, un informe de la Dirección General de Calidad había establecido que un 5% de los usuarios efectúan un consumo extraordinario del servicio de Internet móvil para la modalidad de pospago, los cuales acaparan alrededor de un 35% de los recursos y capacidad de las redes de los operadores. En ese punto se indicó que el límite o umbral debía ajustarse a 1) la capacidad o velocidad contratada y 2) el porcentaje de descarga excesiva en relación con otros usuarios que se encuentran en su condición. Se señaló que el umbral debía ser establecido tomando en cuenta su aplicación al 20% de los clientes de consumo extraordinario, excesivo e intensivo. Es por lo anterior que el consumo de un usuario se considera como excesivo cuando sobrepasa el límite o umbral de descarga contratado durante un ciclo de facturación. Este límite o umbral es definido en los contratos de adhesión, que se establecen entre los citados operadores y los usuarios. Cita el punto 2 a) de la resolución: "(...) *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 (...)*" y el punto 2 f), en cuanto a que debe prevenirse a los usuarios cuando el consumo mensual alcance el 80% de los GBytes establecidos como límite o umbral e indicar la velocidad a la cual se le estaría disminuyendo el servicio. Aclara que la velocidad de acceso al servicio de Internet móvil no determina la calidad del mismo, dado que puede existir servicio de alta velocidad que no cumplan con los umbrales de calidad establecidos en el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios, así como servicios de baja velocidad que cumplan con dichos umbrales. Cita a manera de ejemplo los indicadores de pérdida de paquetes, que se encuentran regulados en los artículos del 95 y 96 del citado reglamento. En cuanto al acceso a Internet móvil con la velocidad restringida, señala que dicha reducción no implica la restricción al acceso del servicio de Internet móvil. Explica la relación entre velocidad de descarga y el tiempo que se requiere para navegar en Internet. Define la

velocidad de transferencia de datos e indica que la velocidad de transferencia en el sentido de descarga (*download*) determina la rapidez con la que es posible obtener un archivo de Internet. A mayor velocidad de descarga, el contenido deseado será desplegado de manera más rápida. A partir de datos de la página *HTTP Archive Report* en cuanto al tamaño promedio de una página web, realiza cálculos sobre el tiempo que demoraría descargar tal página con diferentes velocidades de descarga. Realiza el mismo cálculo con un mensaje de texto de *WhatsApp*. Transcribe una tabla ejemplificativa sobre el tiempo de descarga para un determinado archivo a diferentes velocidades. Aclara que a menor velocidad, mayor es el tiempo de espera, lo que no implica la imposibilidad de acceder al servicio. Acota que la velocidad de transferencia de datos máxima se verá determinada inicialmente por la capacidad inherente a la tecnología de telefonía móvil que se utilice. Posteriormente, se verá afectada por la cobertura, plan seleccionado, manejo de la red del operador y características del terminal. Afirma que en la actualidad funcionan tres tecnologías de telefonía móvil en Costa Rica. Presenta una tabla con las velocidades de navegación teóricas máximas alcanzables por cada una. El definir qué tipo de tecnología móvil se utiliza en un determinado momento dependerá de las especificaciones técnicas, terminal seleccionado, su configuración, el uso que se le esté dando al mismo, disponibilidad de la red por parte del operador y la administración de la misma que este haya implementado. Las tecnologías con velocidades de navegación más altas permiten al operador conectar a más usuarios de manera simultánea para una velocidad determinada. Transcribe una tabla sobre los niveles de cobertura de los tres operadores de red. Afirma que múltiples operadores a nivel mundial han implementado las políticas de uso justo, que permiten reducir la velocidad, una vez superado un límite de consumo. Señala que la práctica de limitar la velocidad de descarga busca desalentar el consumo excesivo por parte del usuario, de forma que este realice un consumo normal y moderado. Cita ejemplos de otros países. A partir de ellos, manifiesta que no existe un criterio técnico estandarizado a nivel mundial para determinar en qué proporción se debe disminuir la velocidad de navegación, una vez que se ha sobrepasado un determinado umbral de consumo. Esta práctica busca lograr mayor equidad de acceso en mejores condiciones de servicio para todos. En cuanto a Costa Rica, las velocidades a las cuales se reduce el servicio son superiores a los máximos que se pueden prestar a través de la red 2G (GSM), que es la que presenta menores capacidades para el uso de este servicio. Indica que las velocidades denunciadas por el recurrente (128 kbps de Movistar y 256 kbps de Claro) se encuentran por encima de las prácticas de otros operadores a nivel mundial e incluso se podría afirmar que, con las citadas velocidades, el cliente tendría la capacidad para comunicaciones de Voz sobre IP (VoIP). Transcribe una tabla sobre los anchos de banda ocupados por llamadas de VoIP. Explica que, dependiendo del uso del servicio de Internet móvil, la velocidad de transferencia de datos impacta directamente en el tiempo de carga de información por el terminal. No obstante, en ningún momento se limita o interrumpe la disponibilidad del servicio, tan solo se aumentan los tiempos de espera para que los datos sean entregados. Acota que la experiencia del usuario a una determinada velocidad es relativa al tipo de aplicaciones que esté ejecutando en un determinado momento. Explica que la experiencia será prácticamente la misma para mensajes de texto tipo *WhatsApp*, independientemente de la velocidad recibida (mensajes en órdenes de milisegundos); sin embargo, el tiempo de espera será superior para que se despliegue una página WEB completa. Se refiere a Internet móvil como un servicio disponible al público. Menciona que la Sala se refirió en la sentencia N° 2010-010627 de las 8:30 horas del 18 de junio de 2010 al aprovisionamiento de un servicio de Internet fijo, al cual no se aplican políticas de uso justo, debido a que en dichas redes no se da una competencia por la obtención de recursos de red para poder comunicarse equivalente a la que se presenta en las redes móviles. Lo anterior ya que una sola radiobase de telefonía móvil suele dar servicios a cientos de usuarios de forma simultánea, haciendo uso de determinadas bandas del espectro radioeléctrico que corresponden a un recurso escaso. Es así como se puede afirmar que una radiobase ofrece recursos limitados de espectro radioeléctrico, potencia y

cobertura, los cuales deben compartirse de manera simultánea. Para una misma zona de cobertura, estas redes deben dar servicio a una cantidad de usuarios variable; con el fin de garantizar un servicio adecuado para todos, se establecen políticas que buscan dar un acceso equilibrado a la red. Por otro lado, las redes fijas no están sujetas a limitantes de espectro radioeléctrico y permiten un desarrollo administrado por el operador acorde a su capacidad. Si bien existen redes fijas cuyo medio de acceso es compartido, las posibles restricciones son dimensionadas fácilmente por el operador, quien procede a instalar equipos adicionales. Refiere que la Superintendencia ha insistido en incorporar a nuestra legislación el concepto de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, tesis que explica. Relata que la reforma de 2008 excluyó los servicios de telecomunicaciones de la clasificación de servicios públicos definida en el artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en virtud de la apertura del mercado y la prestación de estos servicios (telecomunicaciones), por parte de sujetos privados, rompiéndose el monopolio estatal existente hasta ese momento. Transcribe la definición de los servicios de telecomunicaciones del artículo 6 numeral 23) de la Ley No. 8642, Ley General de Telecomunicaciones. Aclara que al encontrarnos frente a la comercialización de un servicio disponible al público, caracterizado normativamente como una actividad económica de interés general (artículo 74 de la Ley No. 7593), se genera en consecuencia el pago de una prestación a favor del proveedor del servicio y surge entre ambos sujetos –el prestatario y el usuario o cliente del servicio- una relación contractual mercantil que se encuentra dentro del ámbito de regulación del derecho privado, en virtud de la actividad desarrollada, la celebración de un acto de comercio y la naturaleza de la obligación pecuniaria que se genera por la actividad comercial (precio o tarifa). Cita el dictamen N° 185 del 25 de agosto de 1995 de la Procuraduría General de la República para diferenciar entre un precio público (tarifa) y una tasa (de naturaleza tributaria). Refiere que la obligación pecuniaria del usuario es un precio que considera para su establecimiento una serie de aspectos sociales, ambientales, económicos y jurídicos; su imposición no es una mera aplicación del poder de imperio de la administración, a diferencia de las obligaciones de naturaleza tributaria. Caracteriza el régimen actual por ser más ágil, flexible y desarrollarse en un ambiente de competencia, del cual participan activamente sujetos de naturaleza pública y privada. Adicionalmente, surge la fijación de un precio o tarifa, con el objeto de que estos partícipes activos del mercado puedan ofrecer y prestar su servicio de telecomunicaciones, recibiendo a cambio una contraprestación pecuniaria por parte de sus clientes, la cual inclusive podría eventualmente ser establecida por los mismos proveedores, en caso de presentarse las condiciones idóneas de mercado. El proceso para su fijación, encuentra fundamento normativo en el artículo 3 y los definidos del 29 al 35, todos de la Ley No. 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Transcribe el numeral 52 de la Ley 8642 en cuanto al régimen sectorial de competencia de la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones. En cuanto a la neutralidad tecnológica, cita el inciso h del ordinal 3 de la Ley General de Telecomunicaciones. Afirma que la neutralidad tecnológica no constituye una prohibición impuesta a los operadores para controlar la conexión de los usuarios a las redes públicas de telecomunicaciones, ni puede entenderse tampoco como un derecho de los usuarios de tener acceso a Internet de forma indiscriminada, como lo sugiere el recurrente. Por el contrario, el principio de neutralidad tecnológica brinda a los operadores la flexibilidad necesaria para que estos puedan utilizarlas tecnologías que consideren más adecuadas con el fin de brindar sus servicios al usuario final con condiciones adecuadas de calidad y precio. Considera que el recurrente interpreta subjetiva e incorrectamente los alcances de dicho principio. Disputa que sean vinculantes los instrumentos internacionales citados por el tutelado. Además, no son aplicables a la materia en estudio. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

Mediante resoluciones de las 14:51 horas del 22 de febrero de 2017 y 10:20 horas del 1 de marzo de 2017, la Sala solicitó prueba para mejor resolver.

6.-

Mediante escrito recibido en la Sala el 7 de marzo de 2017, informa bajo juramento Juan Manuel Cordero González, en su condición de Defensor Adjunto de los Habitantes de la República. Manifiesta que la Defensoría de los Habitantes emitió un informe especial que tuvo como punto de partida el análisis del oficio N°1384-SUTEL-CS-2017. En dicho informe, se pronunció sobre la decisión adoptada por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) de aplicar la Política de Uso Justo para el Servicio de Internet Móvil (oficio DH-181-2017). Declara que la intervención de la Defensoría de los Habitantes inició cuando el ICE anunció que a partir del 1° de marzo aplicaría esta política. Alega que a la fecha no han recibido respuesta de la SUTEL en relación con el informe y recomendaciones emitidos. Explica que a partir de lo que la Superintendencia manifieste, se valoraría si es pertinente realizar ulteriores acciones. Transcribe el informe especial, donde la Defensoría concluía a partir del oficio N°1384-SUTEL-CS-2017 que, para tratar con el problema de la congestión en las redes móviles, SUTEL consideraba como estrategia prioritaria la "política de uso justo" junto con las iniciativas generadas para aprobar el cobro por descarga, dejando de lado otras estrategias que la misma SUTEL ha identificado como medulares e impostergables para solucionar el problema de saturación del servicio. El informe señala que en el oficio, SUTEL no presenta evidencia de que haya ejecutado las recomendaciones emanadas al Consejo Directivo del oficio N° 2042-SUTEL-DGC-2014, las cuales consistían en ampliar la capacidad de las redes para reducir al máximo los niveles de congestión detectados y así cumplir con las velocidades comercialmente ofrecidas; para atender dicho aumento de capacidad, se sometió a valoración del Consejo requerir a los operadores el uso de las alternativas de *offloading* señaladas en el informe. Además, instruir a los operadores que con el fin de reducir la incidencia de reclamaciones ante la SUTEL, consideraran la capacidad de las redes para la comercialización de nuevos servicios. El informe especial concluye que las limitaciones al acceso a Internet como la "política de uso justo" y el cobro por descarga deben ser sometidas a un riguroso escrutinio tomando en cuenta la doctrina y jurisprudencia de los derechos humanos. Ese escrutinio debe empezar por el análisis público, abierto y transparente de los fundamentos, alcances y mecanismos de aplicación de esta política. Se indica que no fue posible poner en práctica el cobro por descarta para Internet móvil por problemas en esos temas. El informe especial indica que la "política de uso justo" fue aprobada por la SUTEL en 2014, sin que sus fundamentos, justificación y alcances fueran previamente conocidos por el público. Aclara que incluso el estudio técnico que recomienda la aplicación de dicha política fue declarado confidencial por la SUTEL. Recalca que la SUTEL justifica la política con los mismos fundamentos utilizados en 2014, haciendo presumir que nada ha cambiado en el servicio de Internet móvil; la SUTEL tampoco ha presentado evidencia sobre los efectos positivos de esta, a pesar del tiempo transcurrido, poniendo en tela de duda la temporalidad de la misma. A causa de esto, la Defensoría recomendó al Consejo Directivo de la Superintendencia de Telecomunicaciones lo siguiente: 1) dejar sin efecto la resolución RCS-063-2014 que autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil. 2) En caso de que se considere necesaria la aplicación de la política, se recomienda diseñar una propuesta que se fundamente en información y las condiciones respectivas de mercado para 2017. 3) Someter la propuesta que se diseñe a audiencia pública y poner a disposición de los habitantes toda la información que sea necesaria para valorar adecuadamente los alcances, fundamentos y justificación de tales medidas. Concuera con el recurrente sobre el acceso a Internet como un derecho fundamental, indispensable para ejercer la libertad de pensamiento y expresión del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considera que la insistencia de la SUTEL

en reducir la naturaleza jurídica del acceso a Internet a un "servicio de telecomunicaciones disponible al público" por haber sido así declarado en la Ley General de Telecomunicaciones carece de interés y efecto jurídico. Con respecto a la velocidad de Internet de la cual se queja el recurrente, declara que está a la espera del análisis solicitado a la Academia Nacional de las Ciencias sobre las posibilidades efectivas de utilizar Internet con la velocidad de 128kbps, que es la velocidad aplicada por el Instituto Costarricense de Electricidad en la implementación de la "Política de uso justo".

7.-

Mediante escrito recibido en la Sala el 8 de marzo de 2017, informa bajo juramento Carlos Vargas Castillo y Elena Gabriela Barrantes Sliesarieva, por su orden Director y Profesora, ambos de la Escuela de Ciencias de la Computación e Informática de la Universidad de Costa Rica. En cuanto a la posibilidad de determinar técnicamente una velocidad mínima del servicio de Internet móvil para que el acceso a Internet sea funcional, acotan que el término "acceso funcional" no tiene una definición precisa y que puede interpretarse de diferentes formas. Responderán tomando en cuenta dos aspectos deferentes: la experiencia del usuario y la capacidad de realizar ciertas tareas específicas. Respecto a la experiencia del usuario, funcional debería referirse a que la persona usuaria perciba una navegación fluida: *"En el campo de la Interacción Humano-Computador este es un problema que ha sido estudiado por largo tiempo (...) y existen principios bien establecidos sobre límites de tiempo para lograr una percepción aceptable de la interacción con cualquier sistema computacional tradicional (...). Dichos principios han sido aplicados a los nuevos dispositivos y sistemas móviles. Por ejemplo, en el año 2015, Google publicó un modelo de rendimiento centrado en el usuario llamado RAIL (Response, Animation, Idle, Load)(...) que mide la experiencia del usuario al navegar con base a cuatro variables [tiempo de respuesta, velocidad de animación, tiempo ociosos y tiempo de carga]. Además, publicaron herramientas para medir la experiencia del usuario con sistemas en línea, como ayuda para los desarrolladores (...). Este modelo [o cualquier otro modelo similar] es importante para esta respuesta porque define límites de tiempo que si se sobrepasan dañan en diferente medida la experiencia de navegación del usuario. Así, por ejemplo, el usuario debe recibir una retroalimentación en menos de 100 ms luego de presionar un botón antes de que perciba discontinuidades en la navegación. Es por esto que típicamente cuando las páginas WEB están cargando, muestran avances parciales, para que la persona continúe teniendo la sensación de que algo está ocurriendo."* Aplican lo dicho anteriormente a los ejemplos puestos por la SUTEL en su informe: *"Según lo indicado por SUTEL en su informe No. 00589-SUTEL-UJ-2017, tomado en cuenta las estadísticas de la página HTTP Archive Report, el tamaño de la página WEB promedio (para el 02 de diciembre de 2016), tenía un peso de 2479 kB. También de acuerdo con el mismo informe, con una conexión de 2Mbps dicha página cargaría completamente unos 10 segundos, mientras que con una conexión de 128 kbps lo lograría en aproximadamente 2,6 minutos. Haciendo una sobresimplificación y suponiendo que se pudiera llevar a cabo un "llenado" uniforme conforme arriben los datos, y manteniendo el umbral de 100 ms de RAIL, tenemos que la página de 2479 kB puede ser dividida en porciones de aproximadamente 24 kB así que cada segundo el usuario vería la pantalla "llenarse" de alrededor del 9% de la página y percibiría poca discontinuidad. En cambio, con 128 kbps, cada 100 ms se obtienen a lo más 1.6 kB, en un segundo se obtendría a lo más 16 kB, mucho menos del 1% de la página. Esta cantidad de bits sería casi invisible para el usuario, con lo que la percepción sería de que la página "no está cargando", y perjudicando significativamente la percepción de la navegación. Adicionalmente, en muchos sitios, una carga de 2,6 minutos será interrumpida por considerar que falló la transmisión, con lo que el usuario nunca logrará acceder a dicha página bajo estas velocidades."* Desde el punto de vista de realizar ciertas tareas específicas, indican que diferentes

aplicaciones tienen diferentes necesidades de ancho de banda, calidad de transmisión, retardos y otros aspectos. Para poder determinar la velocidad de acceso funcional bajo este criterio, se deben conocer las características de uso de las aplicaciones, que varían por persona. Explican: *"Para un usuario que requiere comunicaciones por videovía Skype frecuentemente para realizar su trabajo, las características serán diferentes que para aquel usuario que revisa más que nada Facebook y correo electrónico para mantenerse en contacto con la familia. Es por esto que no existe un criterio unificado de cuánto es la velocidad de acceso funcional para cualquier usuario."* Resumen que la pregunta sobre la velocidad mínima para un Internet funcional pasaría por definir qué es lo que se desea garantizar: la experiencia general del usuario, la provisión de ciertos servicios dados, la protección del ancho de banda del operador u otros. Una vez definido, se deben decidir los límites que se desean implementar, lo que requiere una caracterización de las necesidades funcionales, realizando un estudio de patrones de consumo y tratando de apearse a un promedio ponderado (no un mínimo, que aplica a usuarios que hacen muy poco uso de Internet). La segunda pregunta se refería a cómo se realizaría la determinación de la velocidad mínima del servicio de Internet móvil para que el acceso a Internet sea funcional. Señalan que, si se desea caracterizar el acceso por tipo de aplicación, se debe realizar un estudio estadístico de los patrones de consumo de los clientes de cada operador, tomando en cuenta varias variables (horas de consumo pico, aplicaciones utilizadas, tipo de tráfico, tipo de dispositivo, entre otros). Con independencia del resultado, el mínimo debe ser constantemente revisado hacia arriba, dado que los requerimientos de ancho de banda de los usuarios de dispositivos móviles muestran una tendencia creciente, con una tasa de crecimiento acumulativo anual de entre 40 y 50%. Dado este crecimiento inevitable de la demanda, se hace necesario que todos los operadores consideren seriamente la inversión en ampliación de capacidad, también de forma regular. En cuanto a la existencia de alternativas técnicas diferentes a la política de uso justo, para desestimular el uso excesivo de Internet móvil por parte de los usuarios, indican que se pueden utilizar diferentes estrategias, tanto en el criterio para aplicarlo como en la acción de restricción de uso. Presentan una tabla con algunas políticas de uso justo de empresas de telecomunicaciones alrededor del mundo. La misma permite apreciar que no existe consenso en cuanto a las condiciones para aplicarla, ni a las acciones que se toman: por ejemplo, el umbral de uso excesivo varía ampliamente y las acciones varían desde la cancelación de la cuenta hasta pequeñas disminuciones de velocidad, a ser aplicadas solo en presencia de congestión. Acotan que cualquier operador de telecomunicaciones tiene la capacidad de limitar el uso de datos en dispositivos móviles mediante varias acciones, como limitar el ancho de banda por tipo de tráfico, limitar el tipo de tráfico, limitar el ancho de banda por aplicación, limitar las aplicaciones permitidas, limitar el ancho de banda por periodos cortos, entre otros. Señalan que se pueden usar métodos más selectivos que simplemente el uso de una cantidad específica de bytes y una acción de restricción que afecta el resto del ciclo. Sugieren que se avise a los usuarios con tiempo y se ponga a su disposición herramientas de inspección sobre la cantidad de uso (en KBytes, por ejemplo), que el operador ha registrado sobre el dispositivo del usuario. Estiman que se podría aplicar políticas más enfocadas, en lugar de afectar al total de la población que usa Internet móvil.

8.-

Mediante resolución de las 9:26 horas del 6 de abril de 2017, la Sala otorgó audiencia a las partes sobre los informes rendidos y la prueba aportada por la Defensoría de los Habitantes y la Escuela de Ciencias de la Computación e Informática de la Universidad de Costa Rica.

9.-

Por escrito recibido en la Sala el 19 de abril de 2017, informa bajo juramento Gilbert Camacho Mora, en su condición de Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Cita un voto de minoría de la Sala, el cual examinó la resolución RCS.063-2014. Señala que la SUTEL ha emitido los siguientes acuerdos: 032-014-2017 del 15 de febrero de 2017, 013-017-2017 del 1 de marzo de 2017 y 001-020-2017 del 8 de marzo de 2017. En ellos, la SUTEL comunicó a los operadores cómo se debe aplicar la resolución RCS-063-2014, indicando, entre otras cosas: a) que hay contratos en los cuales no se consignó la política de uso justo; b) que los operadores deben abstenerse de aplicar las condiciones de uso justo de forma indiscriminada a todos sus usuarios, ya que deben respetar las condiciones particulares de cada uno de los contratos; c) que los operadores se deben abstener de aplicar condiciones de uso justo que afecten la velocidad originalmente contratada a aquellos usuarios con condiciones de permanencia mínima vigente, que hayan firmado contratos con condiciones de descarga ilimitada no sujeta a políticas de uso justo, o que los contratos sean omisos en cuanto a la capacidad de descarga contratada y velocidad a la que se reduciría el servicio de datos una vez aplicadas dichas políticas; d) que operadores únicamente pueden aplicar políticas de uso justo cuando se cumpla a cabalidad los términos y condiciones establecidos en resolución RCS-063-2014, es decir, que se haya consignado con claridad en el contrato; e) se podrá aplicar políticas de uso justo a aquellos usuarios que hayan suscrito contratos de adhesión no sujetos a plazos de permanencia mínima o cuyas permanencias se encuentren vencidas, y se les haya informado de previo sobre las nuevas condiciones o restricciones; f) Si el contrato de adhesión indica de forma clara y expresa la velocidad de descarga y capacidad contratada del servicio de Internet móvil según la resolución RCS063-2014, el operador puede aplicar a partir del 1° de marzo de 2017 dichas regulaciones de consumo. Si el usuario final no está de acuerdo y decide finalizar el contrato suscrito, debe cancelar el monto correspondiente a la penalización por retiro anticipado según lo establecido en las resoluciones RCS-3642014 y RCS253-2016; g) Que si en el contrato de adhesión suscrito no se estableció ninguna limitación en la descarga de datos, ni la velocidad a la cual se disminuiría el servicio una vez que se llegue al límite de consumo, o bien, se indicó de forma expresa que la descarga de datos móviles era ilimitada, no sujeta a políticas de uso justo, el operador no puede modificar las condiciones originalmente pactadas y aplicar la política de uso justo durante el plazo de permanencia mínima estipulado en el contrato de adhesión. Informa sobre el procedimiento y los oficios que ha emitido la SUTEL en el expediente administrativo 232331-2017-SI, con motivo de la solicitud de información que le hiciera la Defensoría de los Habitantes (oficio DH-DAEC-0073-2017). Al respecto, concluye que la SUTEL ya se ha referido a lo dicho por la Defensoría, según la prueba que aporta. En relación con el informe de la Escuela de Ciencias de la Computación e Informática de la Universidad de Costa Rica, indica que se determinó que no existe una definición precisa de qué debe entenderse por "acceso funcional". De ahí, estima que no resulta correcto afirmar que la navegación a 128 kbps torne el servicio inutilizable. Reitera lo indicado en el oficio N° 589-SUTEL-UJ-2017, en el que se ejemplificó que dicha velocidad resultaba funcional para el servicio de voz sobre IP. Afirma que el servicio de música por "streaming" conocido como *Spotify* permite escuchar música en "calidad normal" para móvil con únicamente 96 kbps. Incluso, aplicaciones que se considerarían más demandantes, como el video "streaming" de *YouTube*, ofrecen opciones para las conexiones más lentas (como marcación telefónica o "dial-up")y, en la actualidad, ofrece videos con una resolución de 144p. Reconoce que es posible que un servidor cierre la conexión con tiempos de carga superiores. No obstante, estima que dicha eventualidad dependerá de la configuración del servidor y la experiencia deseada, con la cual se haya configurado para el usuario. Considera que los desarrolladores (*Google, YouTube, etc.*) pueden conocer la existencia de conexiones de 64, 128 y 115 kbps y toman las consideraciones pertinentes para permitir la navegación. Afirma que la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), emitió la recomendación G.1010 (11/01), titulada "Categorías de calidad de servicio para los usuarios de extremo deservicios multimedia". En dicho

documento se indicaron las velocidades de datos típicas para aplicaciones de audio y video. Transcribe una tabla al respecto y concluye, con base en ella, que una velocidad de 128 kbps está comprendida entre los umbrales planteados por la UIT para las aplicaciones de audio y video. Estima que se simplificó de manera excesiva el concepto de RAIL (*Response, Animation, Idle, Load*), que se refiere a las tareas que realiza un usuario durante el uso de una aplicación o página de Internet. Si bien es cierto, toma en cuenta el tiempo de carga de un sitio web, deja este factor en cuarto lugar para una acción. Pone una tabla sobre tiempos de espera y reacción del usuario para el modelo RAIL de *Google*. Precisa que el supuesto umbral de 100 ms para determinar la demora de carga de una página web, se refiere a las acciones que se desarrollan con base en la estructura de la página y el código ya desplegado en el dispositivo. Por el contrario, en cuanto al tiempo de carga de una página, la misma fuente utilizada por la UCR recomienda establecer el umbral de 1 segundo, sin que esto implique el requerimiento de la carga completa de la página Web. En consecuencia, según lo indicado por *Google*, se considera que el umbral de comparación aceptable es de 1 segundo para los componentes básicos que permiten el uso de una página web. Detalla particularidades del mercado de Internet móvil. Al respecto, indica que los principales sitios de Internet ofrecen versiones destinadas para terminales móviles, las cuales tienen en promedio un 50% menos de tamaño que sus sitios convencionales destinados a equipos de escritorio. Según datos de la página *HTTP Archive Report* para el 1 de abril de 2017, los 100 sitios más visitados del mundo tienen un tamaño promedio de 1687 kB para su versión de escritorio, mientras que tan solo un promedio de 800 kB en su versión móvil. Hace una aproximación del tiempo de descarga para la página completa: la versión de escritorio requeriría 6,7 segundos a 2 Mbps y 105,4 segundos a 128 kbps. No obstante, el tiempo de carga para las versiones móviles se reduce 3,2 segundos a 2 Mbps y 50 segundos a 128 kbps. Tomando en consideración que el tiempo de 1 segundo establecido por RAIL para cargarla estructura básica de una página WEB, con un límite máximo de 10 segundos, señala que un sitio web adecuadamente optimizado tendrá su estructura elemental, que está dada por la combinación de *HTML, Stylesheets y Fonts*, pues generalmente las imágenes y videos son solo "decorativos" y los *Scripts* están destinados a comandos que se ejecutan para una determinada acción. De esta forma, para un sitio móvil se tiene que la estructura base tendrá un tamaño de 121 kB, el cuales cargado en 0.5 segundos a 2 Mbps y en 7,7 segundos a 128 kbps. Según los resultados obtenidos, la velocidad de 128 kbps cumple con estar por debajo del umbral de 10 segundos del modelo de rendimiento, pues no se pretende la descarga completa del sitio. De acuerdo con el modelo RAIL, para más de 10 segundos: "*Más de 10 000 ms: El usuario está frustrado y probablemente abandone la tarea puede ser que vuelva o no.*" Como consecuencia, si bien la experiencia no será óptima, se puede considerar tolerable y, en todo caso, no se podría asumir que esta velocidad resultaría inutilizable. Afirma que el umbral de 10 segundos fue utilizado por *Nielsen-Norman Group*, líder en la experiencia del usuario a nivel mundial. Según Nielsen, el usuario puede tolerar un tiempo de carga de entre 1 y 10 segundos; más allá de 10 segundos le llevará a abandonar la página. Reitera que la práctica de reducir la velocidad de navegación una vez que se alcanza el cupo contratado es implementada y aplicada en la actualidad por múltiples operadores a nivel mundial. La práctica de limitar la velocidad de descarga busca desalentar la continuación del consumo excesivo por parte del usuario considerado abusivo, de forma que este realice un consumo normal y moderado y no afecte a los demás. Presenta una tabla con los umbrales aplicados por operadores de otros países. Enfatiza que la resolución busca desincentivar a una minoría de usuarios que acaparan una gran proporción de los recursos de las redes de telefonía móvil de los operadores, de modo que el servicio se brinde en condiciones adecuadas para la mayoría de los usuarios. Acota que la resolución no establece la velocidad mínima que deben seleccionar los operadores, sino que exige que la velocidad elegida desaliente el consumo excesivo, pero permita el uso del servicio. Considera que la velocidad mínima de 128 kbps permite una navegación adecuada para muchas aplicaciones. A pesar de ello, expresa que el ICE anunció que la

velocidad a la que reduciría la navegación sería 256 kbps, que representa el doble de la velocidad analizada. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

10.-

Por escrito recibido en la Sala el 20 de abril de 2017, se apersona Mario Pacheco Loaiza, en su condición de apoderado general judicial de Telefónica de Costa Rica TC S.A., e indica que ostenta interés legítimo en este proceso, con base en el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por lo que solicita ser tenido como parte. Estima que el recurso debe ser rechazado de plano por falta de legitimación activa, por la ausencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable. Describe el derecho de acceso a Internet. En ese sentido, concluye que es un derecho prestacional y programático. Afirma que la penetración de Internet en el país es alta, llegando a 87%. Cita el documento "*Libertad de Expresión e Internet*" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se indica que "*...está prohibida la interrupción del acceso a Internet, (...), la negación del derecho de acceso a Internet a modo de sanción y las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de esta con fines diferentes a la gestión razonable del tráfico.*" Indica que el uso justo es parte de la gestión razonable del tráfico, medida que garantiza el acceso a Internet a todos los usuarios en forma equitativa y no discriminatoria. Además, la Ley General de Telecomunicaciones, al establecer un régimen abierto y de competencia de los diversos servicios de telecomunicaciones, entre ellos el Internet móvil, estableció a través de la creación del FONATEL la herramienta por excelencia con la cual el Estado debe velar por el aseguramiento, entre otros, del derecho fundamental que aquí se discute. Detalla proyectos de FONATEL. Estima que no es posible pretender que los operadores de telefonía celular, además de estar obligados por la citada Ley a cofinanciar FONATEL, deban por cuenta propia asegurar el uso discrecional y en muchos casos abusivo del servicio móvil por parte de ciertos usuarios que, ante la eventual inexistencia de las razonables medidas de gestión de tráfico, generarían, por el contrario, un deterioro en el uso del resto de usuarios. Afirma que las condiciones se encuentran establecidas en los contratos. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

11.-

Por escrito recibido en la Sala el 21 de abril de 2017, el recurrente Porrás Castillo reitera sus argumentos y aporta prueba.

12.-

Mediante escrito recibido en la Sala el 5 de mayo de 2017, informa bajo juramento Carlos Vargas Castillo y Elena Gabriela Barrantes Sliesarieva, por su orden Director y Profesora, ambos de la Escuela de Ciencias de la Computación e Informática de la Universidad de Costa Rica, que el "acceso funcional" a Internet puede interpretarse de diferentes formas. La capacidad de realizar ciertas tareas específicas se ve afectada dependiendo de la tarea; para ese caso, no se discutió ninguna velocidad en particular. Sin embargo, para el caso del acceso funcional desde el punto de vista del usuario, reitera lo indicado con respecto a la velocidad 128 kbps. Para el caso de 256 kbps, la carga de la página en cuestión duraría aproximadamente 1.3 minutos. En cuanto a la experiencia del usuario, cada 100 ms se obtendría a lo más 3.2 kB, en un segundo se obtendría a lo más 32 kB, alrededor del 1.3% de la página. Por tanto, la percepción de navegación aún se ve afectada, aunque en menor medida. Señalan que la calidad de servicio depende en gran medida de la tarea realizada. Para el caso de multimedios, por la naturaleza de su contenido, se acentúa el efecto de las bajas velocidades, tanto en 128 como en 256 kbps.

13.-

Por escrito recibido en la Sala el 8 de mayo de 2017, se apersona José Luis Navarro Vargas, en su condición de apoderado general judicial del Instituto Costarricense de Electricidad, a fin de constituirse como parte interesada, según el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Explica la política de uso justo. Afirma que dicha política no impide el acceso a Internet, sino que consiste en establecer niveles de consumo a partir de los cuales el proveedor del servicio únicamente reduce la velocidad a la que puede navegar el cliente en la red, hasta completar el ciclo mensual de facturación. Al iniciar un nuevo ciclo de facturación, se le restituye la velocidad originalmente contratada. Tal medida fue autorizada por la SUTEL mediante resolución RCS-063-2014 del 2 de abril de 2014. Previo a ello, el regulador homologó contratos que incluían dicha cláusula. Describe el funcionamiento de la política de uso justo. Afirma que en un sistema de tarifa plana y consumo ilimitado, como el vigente en Costa Rica para el servicio de Internet móvil pospago, los usuarios promedio terminan pagando una parte desproporcionada de los costos generales de la red. Cita a la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América en apoyo de dicha afirmación. Afirma que la medida es una práctica normal del mercado, cuando no existe una metodología de cobro por descarga. Ejemplifica las estrategias en política de uso justo de los operadores a nivel regional. Describe la política de uso justo en América Latina. Afirma que la aplicación de políticas de uso justo es una práctica usual y necesaria en el mercado de las telecomunicaciones de América Latina. Indica que la oferta de servicios de telecomunicaciones implica la realización de grandes inversiones y la superación de costos millonarios para mantener e incrementar el acceso por parte de la población. Detalla que el enorme crecimiento en el número de usuarios de Internet y el uso generalizado de aplicaciones y plataformas que requieren mayor capacidad de las redes, se manifiesta claramente en el aumento del tráfico de datos. Provee datos en cuanto al aumento del tráfico de datos móviles. Considera que Costa Rica debe enfrentar los retos que presenta el crecimiento exponencial del consumo de datos y la necesidad de conectar a un número mayor de personas. Entre 2010 y 2015, el número de usuarios de Internet creció en más del 60% y, según la SUTEL, el consumo de datos aumentó un 209% entre el 2013 y el 2015. Lo anterior se ha dado con niveles de precios para los servicios móviles que, según el Foro Económico Mundial, son de los más asequibles en América Latina, y en un entorno regulatorio donde el esquema de fijación tarifaria reduce considerablemente los márgenes de ganancia del sector y la certidumbre para efectuar inversiones. Manifiesta que su representado optó durante aproximadamente 3 años por realizar cuantiosas inversiones en su red móvil, las cuales en los últimos dos años superaron los \$125 millones. Sin embargo, el aumento exponencial del tráfico de Internet ha tornado infructuosas estas inversiones en ampliaciones y mejoras de la red, razón por la cual el ICE decidió implementar la política de uso justo a partir del 1 de marzo de 2017, lo que fue comunicado a los clientes. Relata que el ICE realizó pruebas de los usos más comunes en Internet a la velocidad de 128 Kbps de previo a la aplicación de la política de uso justo. También se realizaron pruebas al subir dicha velocidad el 26 de abril de 2017 a 256 kbps. Los resultados indicaron que podía utilizarse *WhatsApp*, *Facebook*, navegar en Internet y utilizar el correo electrónico. En vista de las mejoras significativas experimentadas durante la aplicación de la política de uso justo, su representado realizó ajustes técnicos a nivel de la red móvil e incrementó la velocidad reducida de 128 kbps a 256 kbps a partir del 4 de abril de 2017, lo que fue comunicado a los usuarios. Afirma que la política de uso justo del ICE garantiza la prestación del servicio de Internet móvil con calidad a todos los usuarios, está aprobado por SUTEL, informa a los usuarios sobre el consumo y asigna volumen de consumo suficiente para el disfrute del servicio. Recuerda que dicha política es temporal y facultativa, por lo que en la medida en que los usuarios ajusten sus hábitos de consumo y se establezca el volumen de tráfico a nivel de la red, las mismas podrían dejar de aplicarse. Nota que el recurrente no apuntó una amenaza o afectación material de derechos fundamentales. Explica que los contratos de adhesión deben ser sometidos a homologación de la SUTEL, entre ellos, los del ICE. Se adhiere a la respuesta de la SUTEL al

respecto. Cita precedentes constitucionales. Estima que ha aplicado la política de uso justo conforme a derecho, como una medida necesaria, idónea y proporcional, para regular de manera razonable, el uso intensivo por parte de algunos clientes en perjuicio de la colectividad de usuarios, en tutela del principio rector de beneficio al usuario final desde una vertiente social-colectiva, y no individualista, en armonía con los demás principios rectores establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones. Refiere que la resolución N° 2010-010627 no es aplicable a este caso. Explica los servicios de telecomunicaciones, según la nueva legislación (Ley General de Telecomunicaciones). Indica que es un servicio catalogado como un servicio de telecomunicaciones disponible al público, prestado por el ICE y otros dos operadores en un mercado en competencia. Resalta que el cliente puede seleccionar el operador. Establece que el principio de neutralidad tecnológica no hace referencia a la limitación del acceso al servicio de Internet. Resalta que la política de uso justo busca garantizar y proteger el acceso a Internet Móvil. Comparte la respuesta de la SUTEL. Observa que la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información se refiere a la importancia de que la gestión de Internet garantice la distribución equitativa de recursos, facilite el acceso a todos y garantice un funcionamiento estable y seguro (apartado B6, punto 48). Cita el texto "*Libertad de Expresión e Internet*", antes mencionado. Considera que la modulación del ejercicio de algunos derechos bajo ciertas circunstancias, en beneficio de la colectividad, no necesariamente constituye violación a derechos fundamentales. Provee datos estadísticos sobre conexiones fijas y móviles a Internet. Con base en ellos, considera que la política de uso justo se aplica a una pequeña porción de clientes pospago, cuyo uso es intensivo. Se refiere a la posición de la Sala en cuanto a aspectos de índole técnico, afirmando que la disputa de criterios técnicos o científicos está reservada para otras sedes. Indica que la Defensoría de los Habitantes aportó un escrito dirigido a otro expediente. En cuanto al informe de la UCR, afirma que los diferentes proveedores de aplicaciones publican datos de referencia en sus páginas web. Se refiere a la velocidad requerida por *Netflix*. Manifiesta que son erróneas las apreciaciones del presidente de la Academia Nacional de Ciencias, en cuanto a que ver una película en HD a 128 kbps tardaría 21 años. Según un simulador, esto duraría 7,75 días. Indica que la velocidad para utilizar *Spotify* puede ser de 96 kbps, 160 kbps o 320 kbps. *Skype*, que es una plataforma que permite llamadas requiere un mínimo de 30 kbps para llamada de voz, la velocidad recomendada es 100 kbps; para llamada video, la mínima es 128 kbps y la recomendada 300 kbps. Detalla los requisitos de velocidad de otros proveedores. Apunta que sí se puede escuchar música y realizar llamadas con velocidades entre 128 kbps y 256 kbps. Afirma que es posible enviar mensajes de *WhatsApp* con una velocidad de 64 kbps. Reconoce que una página web de 2.5 MB demoraría 2,6 minutos en descargar. Sin embargo, apunta que las páginas web para teléfonos móviles tienen niveles técnicos diferentes. Presenta un cuadro comparativo sobre la duración de descarga de la página del periódico La Nación, en su versión para computadora personal y para móvil. Concluye que no son equiparables. Considera que los dispositivos móviles son usados para recibir información y consumir entretenimiento, no así para producir contenido ni diseñar páginas web, por lo que estima que carece de fundamento afirmar que el límite de velocidad "va a ser un desincentivo para el desarrollo del país", como indicó la Academia Nacional de Ciencias. Describe las pruebas técnicas realizadas por el ICE, en las cuales se logró descargar o cargar archivos satisfactoriamente a velocidades de 128 kbps y 256 kbps. Expresa que la regulación tarifaria vigente en Costa Rica impone la tarifa plana como única opción en el servicio de Internet pospago, y el cobro por consumo en el servicio prepago, lo que genera una desigualdad a favor de los clientes pospago (21%) en contra de los clientes prepago (79%). Esta asimetría tarifaria, unida a la naturaleza compartida de la conectividad, ha propiciado que las acciones de los usuarios pospago con mayores niveles de consumo afecten el desempeño y la experiencia de uso de todos los demás. Indica que la política de uso justo no implica negación o suspensión del acceso al servicio de Internet móvil. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

14.-

Por escrito recibido en la Sala a las 16:01 horas del 10 de mayo de 2017, se apersona al proceso David Walsh, en su condición de *General Counsel de GSM Association* (GSMA), para presentar coadyuvancia pasiva. Señala que las políticas de uso justo están dirigidas especialmente a un pequeño porcentaje de usuarios intensivos, con el objetivo principal de administrar un recurso escaso y, en cumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones, proteger los derechos de la mayoría de los usuarios. Reitera los datos de la SUTEL, en cuanto a que solo el 5% de los usuarios finales consumen una proporción significativa de recursos y capacidad (alrededor del 35%) y que, por tanto, se ven alcanzados por prácticas de uso justo, cuando alcanzan el límite de datos establecidos libremente por el contrato comercial. Los usuarios intensivos no son representativos del grueso de los usuarios y menos aún de los usuarios de la base de la pirámide, que aún no ha conocido los beneficios que Internet móvil trae aparejados. Las tecnologías móviles deben lidiar con limitaciones diferentes a aquellas de las tecnologías fijas. El Internet móvil está sujeto a restricciones en el ancho de banda que son mucho más estrictas que aquellas aplicables a las fijas. Esto se ve exacerbado por el hecho de que, en las redes inalámbricas, el tráfico de datos y voz comparten el ancho de banda. Por lo tanto, el exceso de tráfico de datos puede degradar el negocio central de los proveedores de servicios inalámbricos en una medida no posible para otras tecnologías de banda ancha. Esta situación también se ve acentuada por la aparición de aplicaciones que requieren cada vez más ancho de banda. Señala que estas diferencias también se ven reflejadas en el plano económico. Las tarifas planas –establecidas inicialmente para Internet fija por parte de ARESEP, y luego homologadas al Internet móvil por la SUTEL a partir de la RCS615-2009 a pesar de ser servicios diferentes– se volvieron más ineficientes a medida que el consumo de ancho de banda comenzó a variar ampliamente por parte de los usuarios. En consecuencia, aduce que los usuarios de la base de la pirámide, cuyos consumos de datos móviles son mucho menores, terminan subsidiando en modo cruzado el consumo de los usuarios intensivos. Es por ello que las políticas de uso justo favorecen un modelo de acceso equitativo y, por ende, propiamente justo, donde los usuarios que menos consumen ya no subsidian a los usuarios intensivos, distribuyendo los costos de modo equitativo y generando ofertas segmentadas que atiendan a sectores con menos ingresos y generando ofertas sustentables para que los operadores móviles puedan asegurarla sostenibilidad a largo plazo en la prestación del servicio. Es en este contexto que, en la actividad de telecomunicaciones, bajo determinadas circunstancias y para ciertos supuestos, es usual y normal la gestión y el control del tráfico móvil de datos. No hacerlo generaría efectos negativos en la experiencia en la calidad de los servicios de los propios usuarios móviles. Afirma que los operadores móviles solicitaron la homologación de las modificaciones a sus contratos marco y de adhesión por ese interés general. Arguye que los usuarios móviles tienen acceso a la información relativa a las condiciones de contratación de forma clara, transparente y oportuna, respetando las obligaciones y siguiendo los principios establecidos por la SUTEL. Indica que el compromiso de los operadores móviles, por medio de la homologación de sus contratos marcos y de adhesión a la SUTEL, consiste en informar a los usuarios la velocidad a la que se reduce el acceso al servicio, aplicando los principios de equidad, igualdad, razonabilidad, necesidad, legitimidad, a fin de que la velocidad tienda a una carga equitativa entre todos los usuarios, y que la calidad de los servicios contratada no sea degradada, al punto que se impida el funcionamiento del servicio y a su vez se desaliente la continuación del consumo excesivo por parte de los usuarios intensivos. Apunta que la resolución de la SUTEL obliga a los operadores a publicar en su página web, así como en sus nuevos contratos marco y de adhesión -ahora homologados- el límite o umbral de consumo a partir del cual se aplicarán las políticas de uso justo. La situación también es comunicada a los usuarios afectados por medio de SMS. Explica que no existe en la región regulación prohibitiva de las políticas de uso justo, que son aplicadas en casi todos los países de

América Latina y del mundo. Refiere que son escasos los reguladores extranjeros que han llevado a cabo estudios respecto de las medidas de uso justo. Remite al regulador de Hong Kong, la *Office of the Communications Authority* (OFCA), que publicó sus "Guías para la Implementación de Políticas de Uso Justo", que desde 2013 son obligatorias. Afirma que el objetivo de estas guías es prevenir el uso excesivo de recursos de red por parte de clientes individuales. Indica que la OFCA reconoce la necesidad que tienen los operadores móviles de prevenir los posibles abusos o usos indebidos y/o excesivos de los paquetes de datos móviles por parte de ciertos usuarios "atípicos", a los fines de que otros puedan también tener la oportunidad de hacer uso pleno de la capacidad y acceso a los servicios móviles ofrecidos. Por otro lado, la OFCA destaca la temporalidad y excepcionalidad de las medidas de uso justo, toda vez que las restricciones son aplicadas solo durante un periodo de servicio, por lo general un mes, las cuales se levantan y las condiciones de acceso se restauran en su totalidad, de modo automático, al inicio del nuevo periodo. Afirma que el regulador de la India, la *Telecom Regulatory Authority of India* (TRAI) presentó un borrador en enero de 2016 para su "*Directiva sobre la Prestación de Servicios de Banda Ancha de Modo Transparente*", que fue aprobada en octubre de 2016, conteniendo condiciones similares a las establecidas por la SUTEL en su resolución. Indica que la política de uso justo se aplica en casi todos los países de América Latina. Resalta que los planes de Costa Rica, con cupos máximos de hasta 20 GB, corresponden a las mejores condiciones identificadas en la mayor parte de los mercados de la región, que suelen ser más restrictivos en las condiciones de sus ofertas, luego de alcanzado el tope de datos para la velocidad máxima, mientras que en Costa Rica el acceso a Internet móvil se mantiene ilimitado durante todo el ciclo. Presenta ejemplos de ofertas de Internet por varios operadores en América Latina y el mundo. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

15.-

Por escrito recibido en la Sala el 31 de mayo de 2017, se apersona al proceso Edgar del Valle Monge, en su condición de Gerente Legal con facultades de apoderado general judicial de Claro CR Telecomunicaciones S.A., a fin de constituirse como tercero interesado, a la luz del artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Indica que ha existido un crecimiento acelerado en el uso del Internet móvil. Señala que entre los años 2010 y 2015, el número de usuarios de Internet en Costa Rica se incrementó en más del 60% y, según la SUTEL, el consumo de datos aumentó un 209% entre el 2013 y el 2015. Según la consultora *Sandvine*, el 5% de los usuarios pueden llegar a utilizar el 50% de la capacidad disponible de las redes. Afirma que esta problemática surge en virtud de la mora regulatoria del regulador que no ha (i) liberado las tarifas de forma tal que permita a los operadores crear diferentes opciones para los clientes ajustados y personalizados, según el nivel y perfil de consumo que estos realizan, lo que obliga a tener ofertas estandarizadas que permiten que una pequeño porcentaje de usuarios abuse y degrade el servicio en perjuicio de la gran mayoría de clientes, (ii) en su defecto, tampoco ha actualizado el esquema tarifario para incluir modalidades de cobro basadas en el consumo y no en tarifas planas, las cuales resultan injustas para la gran mayoría de clientes. Esto ocasiona que unos pocos usuarios sean responsables de los costos más relevantes de proveer el servicio que finalmente pagan todos los usuarios, generando una situación de desbalance en el mercado, presionando a los operadores, quienes ven limitada la posibilidad de monetizar dicho consumo para asegurar el retorno a la inversión que se requiere para la existencia misma de un mercado de telecomunicaciones fuerte y competitivo como lo establece el DR-CAFTA y la misma Ley General de Telecomunicaciones. Señala que eso ha obligado a los operadores a implementar herramientas como la PUJ para dar un servicio continuo en caso de congestión y evitar un colapso de la red ante la demanda intensiva del servicio. Expresa que la SUTEL ha avalado la aplicación de esta medida y ha homologado los contratos universales por servicios de telecomunicaciones que incluyen la posibilidad de aplicar dicha herramienta. Estima

que no es necesaria ni pertinente su autorización, al tratarse de una medida comercial, técnica de resorte exclusivo de los operadores. Explica la finalidad de la política de uso justo. Recalca que dicha práctica no limita el acceso a Internet, sino que procura democratizar y hacer eficiente el uso de un recurso escaso de manera tal que la gran mayoría de usuarios no se vea afectados por conductas abusivas de un pequeño grupo. Considera que el derecho de acceso a Internet no significa el derecho a una velocidad determinada o condiciones definidas. Indica que se han realizado pruebas a nivel técnico de los usos más comunes en Internet (*WhatsApp, Facebook*, navegación en sitios Web y uso de correo electrónico) a la velocidad de 256 Kbps, según las cuales el cliente va a poder mantener un servicio funcional. Enfatiza que la reducción de la velocidad no significa la negación del servicio. Menciona que los operadores han efectuado inversiones millonarias en el crecimiento y mejora de las redes móviles pero sin que estas resulten capaces de satisfacer la altísima demanda que existe por el Internet móvil, sin que se implementen mecanismos de cobro sostenibles y equilibrados que permitan facturar por lo que cada usuario consume realmente, tal como se realiza en aquellos servicios y bienes regulados como electricidad, agua, combustible, etc., y como se hace en todas partes del mundo. Expresa que los operadores procuran informar de manera clara a los clientes y educar sobre el manejo de consumo de datos. Acota que la resolución RCS063-2014 reconoce y reafirma una posibilidad que ya existía y se venía aplicando por algunos operadores (no era el caso de CLARO). Además, aclara que la política de uso justo no es un castigo, sino que se trata de una condición comercial-contractual y de gestión técnica destinada a garantizar un uso eficiente de los recursos escasos. Dicha posibilidad se encuentra recogida tanto en la regulación y los contratos de adhesión como en las carátulas de los mismos. Los contratos se encuentran homologados por SUTEL y constituyen ley entre las partes. Considera que esta no es la sede para discutir la legalidad de un contrato o una cláusula. Comparte la posición de la SUTEL en su informe, referida a los hechos 1 a 4. Discute sobre el acceso a Internet como un derecho fundamental. Estima que la jurisprudencia de la Sala se ha referido al servicio de Internet fijo, lo que es diferente. Señala que el mercado de telefonía móvil se ha abierto a la competencia con la Ley General de Telecomunicaciones. Afirma que se trata de un servicio de telecomunicaciones disponible al público, y no de un "servicio público". Estima que el principio de neutralidad tecnológica no se refiere a la accesibilidad al servicio de Internet, por lo que es ajeno a la política de uso justo. Manifiesta que existe falta de legitimación activa por falta de una lesión concreta al actor. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

16.-

Por escrito recibido en la Sala el 1 de junio de 2017, Mario Pacheco Loaiza, en la condición indicada, expresa que el 23 de mayo publicó el Gobierno en su página web un artículo intitulado "*Costa Rica, Campeón de América Latina en acceso a Internet*", que hace referencia a un estudio denominado "*Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2016*", divulgado por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Resaltan logros del Estado en la materia. Indica, entre otros, que el país asumió posiciones de liderazgo en categorías estratégicas del acceso a Internet en América Latina, al pasar de 24 a 60 el porcentaje de hogares conectados, y superar el 95% de penetración en la banda ancha móvil. En la modalidad de la banda ancha móvil, Costa Rica tuvo una penetración de un 95,5%, medido en suscripciones por cada cien habitantes. Le sigue Brasil, con menos de 90%, y Uruguay, con menos del 80%. En cuanto al ritmo del acceso a Internet, medido por la cantidad de suscriptores, Costa Rica creció un 440% entre el 2010 y el 2015. La modalidad de conexión más usada fue la móvil, que registró un aumento de un 688% en este periodo, mientras la banda ancha fija creció un 46%. Considera que se demuestra que el derecho de acceso a Internet está tutelado en nuestro país y que la política de uso justo constituye un elemento más que ha contribuido a garantizar dicho derecho fundamental, asegurando un acceso

equitativo de calidad para la generalidad de los usuarios y una variedad de planes que se ajustan a las necesidades de cada individuo. Resalta que el Internet móvil ha contribuido de forma más significativa a garantizar el derecho de acceso a Internet.

17.-

Mediante resolución N° 2017-7245 de las 9:45 horas del 19 de mayo de 2017, la Sala acumuló el expediente 17-004259-0007-CO a este expediente.

18.-

Por escrito recibido en la Sala a las 8:12 horas del 17 de marzo de 2017, el recurrente Valdelomar Valerín interpone recurso de amparo contra el ICE y la SUTEL. Indica que se ha visto afectado por la política de uso justo de Internet, aplicada por el instituto recurrido. Expone que adquirió un plan de telefonía celular y datos con un costo de 25000,00 colones mensuales. Alega que la velocidad de 128 Kbps no se ajusta a sus necesidades reales para carga o descarga de datos, lo que provoca que sea excesivo el tiempo de espera para esos efectos. Explica que trató de acceder a la páginamedidor.kolbi.cr para conocer su velocidad real, pero tardó aproximadamente 1 minuto 11 segundos en responder con un mensaje de error, según el cual *"no se puede acceder a este sitio"*. Agrega que aplicaciones como *Whatsapp, Facebook, Youtube* y otras tardan mucho en cargar datos, por lo que debe cerrarlas, lo que en consecuencia le impide usar el Internet móvil. Reclama que esta situación le perjudica como usuario del servicio Kolbi del ICE. Con base en lo anterior, estima lesionado su derecho de acceso al Internet.

19.-

Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 19:21 horas de 4 de abril de 2017, rinde informe bajo juramento Gilbert Camacho Mora, en su condición de Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Cita un voto de minoría de la Sala, el cual examinó la resolución RCS063-2014. Indica que para proteger los derechos de los usuarios, para que puedan acceder en igualdad de condiciones a los servicios de Internet móvil, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante acuerdo 014-021-2014, tomado en la sesión ordinaria N° 021-2014 de 2 de abril de 2014, emitió la resolución número RCS-063-2014, titulada *"Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil"*. En esa resolución se fijaron las condiciones que regulan el consumo excesivo de descarga de datos con el objetivo de reducir la congestión de redes y así evitar que se vea afectada la calidad del servicio para una mayoría de usuarios. Acota que los operadores de redes y proveedores de servicios han enfrentado un problema de congestión de tráfico en sus redes debido a la proliferación de aplicaciones de alto consumo de capacidad y el uso intensivo de algunos usuarios del servicio de Internet móvil, sobre todo en redes móviles que congestionan el tráfico de la red en detrimento de la experiencia y los niveles de servicio de la gran mayoría de usuarios. Menciona que la resolución bajo análisis señala que existe un 5% de usuarios que acapara alrededor del 35% de la capacidad y recursos de las redes. En el *sub examine*, los operadores móviles, ante la situación descrita y previo a la aplicación de las políticas de uso justo como práctica común, solicitaron la homologación de las modificaciones a sus contratos de adhesión. Arguye que con el fin de proteger el derecho de los usuarios a tener acceso a información clara, veraz y oportuna previo a la contratación de los servicios de telecomunicaciones, según lo dispuesto en el artículo 45 inciso 1) de la Ley General de Telecomunicaciones, la Superintendencia avaló que se incluyeran en los contratos de adhesión debidamente homologados cláusulas, mediante las cuales se informara a los usuarios que los servicios de datos móviles tenían asociados una capacidad limitada de descarga, la cual, una vez alcanzada, reduciría la velocidad de

navegación. Agrega que el régimen de garantías fundamentales de la Ley General de Telecomunicaciones establece que la Superintendencia de Telecomunicaciones debe aprobar los contratos de adhesión de los servicios de telecomunicaciones; el "Reglamento sobre el régimen de protección al usuario final de los servicios de telecomunicaciones" dispone los contenidos mínimos de dichos contratos y el "Reglamento de prestación y calidad de los servicios" establece una serie de condiciones mínimas para la prestación de los servicios. Los operadores están obligados a informar adecuadamente las condiciones del servicio y ninguna disposición puede ser abusiva. Añade que en el ordenamiento jurídico costarricense no hay ninguna disposición que prohíba de modo expreso la gestión comercial de los operadores de telecomunicaciones, como la gestión de tráfico o las políticas de uso justo; sin embargo, estas deben aplicarse de manera tal que no lesionen el ordenamiento jurídico de telecomunicaciones, en especial los derechos de los usuarios. Considera que la medida, además, cumple los requisitos regulatorios de equidad, igualdad de trato y buena fe, en el sentido de que el trato que debe darse a los usuarios, está obligado a considerar la condición de aquellos que realizan un uso desmedido y desproporcionado, respecto de los que hacen un uso racional de la red y su servicio contratado. Recalca que el artículo 34 del "Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones" y el ordinal 23 del "Reglamento de prestación y calidad de los servicios" permiten al operador o proveedor aplicar medidas, cuando el cliente utilice el servicio de telecomunicaciones de forma que ocasione alteraciones en el funcionamiento de la red o degrade la calidad de los servicios. Esto acredita que existen reglamentos que permiten aplicar medidas sobre aquellos clientes cuyo comportamiento, durante el disfrute de los servicios, los afecten de forma negativa, por lo cual hay normas reglamentarias que autorizan a los operadores, incluso, a desconectar el servicio en supuestos de congestión por uso intensivo. Indica que mediante acuerdo 014-021-2014 de la sesión ordinaria 0212014 celebrada el 2 de abril de 2014, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad la 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". Señala que los antecedentes y respaldo de los informes respectivos que dan fundamento a esa resolución, se encuentran dentro del expediente: GCO-DGC-ETM-305-2014. Destaca que con el fin de proteger los derechos de los usuarios, la citada resolución, en la parte dispositiva D) inciso 6), estableció que las políticas de uso justo resultan aplicables a los nuevos contratos de servicios que se suscriban siempre que dichas condiciones sean expresamente consentidas por los usuarios; asimismo que también aplica a los contratos vigentes no sujetos a un plazo de permanencia mínima o cuando dicho plazo se haya vencido, y en caso de que los usuarios no estén de acuerdo con dichas políticas, podrían rescindir los contratos. Expresa que de conformidad con la resolución RCS-063-2014 a las personas que hacen un uso abusivo del servicio de Internet, o bien superen el límite de descarga, se les reduce la velocidad del acceso al servicio de Internet, pero no se les limita el acceso al mismo. El límite de descarga lo determinan los operadores y se estipula en los contratos de adhesión suscritos por los usuarios finales, aplicando las razones de equidad, igualdad y razonabilidad de la medida, de manera que se reduzca a una velocidad que tienda a una carga equitativa y que la calidad del servicio contratado no sea degradada al punto que se impida el funcionamiento del servicio, pero que a su vez desaliente la continuación del consumo excesivo de parte del usuario. El objetivo es que los usuarios realicen un consumo normal y moderado de acuerdo con el plan contratado. Expone que una adecuada política de uso justo introduce límites racionales que en forma objetiva constituyen un mecanismo de selección o filtro del pequeño grupo de usuarios intensivos, a quienes se les aplica la medida de incentivo (reducción velocidad), lo que no afecta al resto de usuarios, que son la gran mayoría. Por eso, se construye a partir del promedio de consumo del 5% de usuarios que consumen el 35% de recursos de la red. Manifiesta que lo expuesto evidencia que la resolución RSC-063-2014 beneficia a los usuarios, por ser una herramienta que se aplica cuando se da un uso desmedido, excesivo o abusivo de los servicios de

Internet móvil, que afecta el funcionamiento de la red en perjuicio de los usuarios. Menciona que esas medidas son prácticas internacionalmente aceptadas y adoptadas en muchos mercados regulados, en los cuales han sido avaladas incluso por organizaciones de usuarios. Aclara que la resolución RCS-063-2014 le impuso una serie de obligaciones a los operadores en beneficio de los usuarios, como la obligación de informar, como parte de su oferta comercial, sobre los máximos de consumo, comunicar a los usuarios cuando su consumo se encuentra cercano al límite de consumo a partir de los cuales se aplicarían las reducciones de velocidad, así como la información que debe completarse en los contratos de adhesión para informar a los usuarios sobre las condiciones de uso de dicha política. Manifiesta que en términos generales, el objetivo de la gestión de tráfico es evitar fallas en la red, responder a situaciones de congestión, ayudar a mantener un nivel de calidad óptimo para los usuarios, y combatir amenazas contra la seguridad. Arguye que, en el ámbito internacional, en países donde también el acceso a Internet es derecho fundamental, se reconoce que la gestión del tráfico razonable es necesaria para garantizar que la conectividad del usuario final no se vea afectada por la congestión de la red, pero pide transparencia respecto a las prácticas de gestión del tráfico. De ahí el interés de la SUTEL en promover el cumplimiento del derecho de información veraz y completa. Arguye que la Asociación Internacional de Usuarios de Telecomunicaciones INTUG (*International Telecommunications Users Group*) acepta la gestión de tráfico desde que esta sea empleada por los proveedores de servicios, con la finalidad de llevar a cabo una asignación óptima de los recursos de la red, de tal forma que, se logre mantener la calidad del servicio a todos los usuarios, especialmente durante periodos de congestión, considerando el creciente número de usuarios conectados. Describe cómo se incorporó la aplicación de esa política en los contratos de adhesión que las empresas operadoras ofrecen a los usuarios. Explica que los operadores de servicios de telecomunicaciones incluyeron en los contratos de adhesión, la posibilidad de comercializar los servicios de datos móviles por velocidades, sujetas a un límite máximo de descarga a partir del cual se aplicaría una reducción de velocidad. Menciona que dicha resolución no establece una limitación total del servicio de Internet móvil, sino que lo que se hace es una disminución de la velocidad contratada. Afirma que con el fin de que los usuarios tomen decisiones de consumo informadas, los operadores tienen el deber de advertir al abonado sobre los alcances de estas medidas y la forma de aplicación, así como la obligación de entregar copia del contrato de adhesión y publicarlo en su sitio WEB, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de Servicios de Telecomunicaciones". Indica que la reducción de la velocidad no implica la restricción al acceso del servicio de Internet móvil. En lo que respecta al intercambio de datos en el servicio de Internet, la unidad básica de medición corresponde al "bit" (simbolizada como "b"), que igualmente consiste en la unidad básica de información en computación o telecomunicaciones digitales y puede tener únicamente dos valores (0 o 1 generalmente). Todo tipo de contenido al ser enviado por una red de Internet móvil es convertido en una secuencia de bits para poder ser transmitido. Los bits se agrupan en conjuntos que se conocen como bytes (simbolizados como "B" y equivalentes a 8 bits). La velocidad de transferencia de datos se define como la cantidad de bits por segundo que se transfieren entre los dispositivos clientes y los servidores y se suele medir como kilobits/segundo (kbps) o Megabits/segundo (Mbps). En general, despreciando otros factores técnicos como el retardo, se puede afirmar que la velocidad de transferencia en el sentido de descarga (download), determina la rapidez con la que es posible obtener un archivo de Internet a través de la red del operador de servicios. En consecuencia a mayor velocidad de descarga, el contenido deseado será desplegado en el dispositivo de manera más rápida. Según datos de la página HTTP Archive Report ([http2// httparchiveorg/about.php](http2//httparchiveorg/about.php)), sitio en línea encargado de recopilar información técnica de más de medio millón de las direcciones de Internet más populares en el mundo, muestra que el tamaño de la página WEB promedio (para el 02 de diciembre de 2016), tiene un peso de 2479 KB. Explica que al tomar como referencia el tamaño promedio de una página WEB de 2479 KB, una

conexión de 2 Mbps demoraría unos 10 segundos cargando la información mientras que a una conexión de 128 kbps le tomaría aproximadamente 2,6 minutos. Por otro lado, un mensaje de texto de *WhatsApp* sin emoticones, de unos 130 caracteres (tamaño de un mensaje de texto convencional) que ocupa aproximadamente 400 Bytes se transmite en 1,6 milésimas de segundo a 2Mbps y por su parte para una conexión a 128 kbps tardaría 25 milésimas de segundo. Remite a una tabla para las velocidades de Internet móvil comercialmente disponible en el país y extra de ella que las diferencias entre las velocidades de acceso a la red, corresponden a los tiempos de espera para la obtención (descarga) de los datos, de modo que a menor velocidad, mayor es el tiempo de espera, lo cual no implica la imposibilidad de acceder al servicio. Expone que tomando la velocidad más alta comercializada por los operadores, según se aprecia en la tabla anterior, existe una diferencia de alrededor de 39 veces el tiempo que toma mostrarse una página WEB con una conexión de 5 Mbps al compararla con una de 128 kbps. Plantea que, técnicamente, la proporción se mantiene con el ejemplo de un texto de *WhatsApp*; sin embargo, la percepción del tiempo que se demoró la red en realizar las tareas por parte del usuario, varía debido al tamaño de los archivos que se deben intercambiar con la red. Añade que un cliente no percibiría diferencia en el caso del mensaje de *WhatsApp*, pero sí apreciaría un cambio al navegar páginas WEB. Indica que la velocidad de transferencia de datos máxima se verá determinada inicialmente por la capacidad inherente a la tecnología de telefonía móvil que se utilice y, posteriormente, se verá afectada por la cobertura, plan seleccionado, manejo de la red del operador y características del terminal. Señala que en Costa Rica funcionan tres tecnologías de telefonía móvil y remite a una tabla con las velocidades de navegación teóricas máximas alcanzables por cada una. Acota que definir qué tipo de tecnología móvil se utiliza en un determinado momento, dependerá de las especificaciones técnicas terminal seleccionado, su configuración, el uso que se le esté dando al mismo, disponibilidad de la red por parte del operador, y la administración que de la misma este haya implementado. Acotan que las tecnologías con velocidades de navegación más altas permiten al operador conectar a más usuarios de manera simultánea para una velocidad determinada. Remite a una tabla que donde se comparan las imágenes de los niveles de cobertura disponibles en el país por parte de los tres operadores de red y alega que ante esa situación, múltiples operadores a nivel mundial han implementado las políticas de uso justo que permiten reducir la velocidad, una vez superado un límite de consumo. Manifiesta a manera de ejemplo que Vodafone España limita la velocidad de los planes denominados "Vodafone Yu" a 16 kbps una vez que se consumió la cantidad de datos contratada" y Virgin Mobile, en Estados Unidos reduce la velocidad restringiendo el acceso a únicamente la tecnología 2G" (115 kbps). TIM de Italia reduce la navegación hasta 32 kbps" y Otelio en Alemania limita la velocidad a 64 kbp. Menciona que no existe un criterio técnico estandarizado a nivel mundial para determinar en qué proporción se debe disminuir la velocidad de navegación, una vez que se ha sobrepasado un determinado umbral de consumo y que el "throttle", como se le conoce a esa práctica por su nombre en inglés, busca lograr mayor equidad de acceso en mejores condiciones de servicio para todos. Arguye que en el caso de Costa Rica, las velocidades a las cuales se reduce el servicio, son superiores a los máximos que se pueden prestar a través de la red 2G (GSM), que es la que presenta menores capacidades para el uso de este servicio. Plantea las estrategias de información y divulgación de los derechos y deberes de los usuarios que la SUTEL ha desarrollado. Expone información relativa a la aplicación de medidas similares en otros países. Informa sobre los siguientes documentos emitidos por el Consejo de la SUTEL: acuerdo 032-014-2017 de 15 de febrero de 2017, acuerdo 013-017-2017 de 1º de marzo de 2017 y acuerdo 001-020-2017 de 8 de marzo de 2017. Indica que mediante esos acuerdos, la SUTEL comunicó a los operadores cómo se debe aplicar la resolución RCS-063-2014, aprobada por el Consejo de la SUTEL en la sesión ordinaria 021-2014 celebrada el 2 de abril de 2014. Señala que, de manera resumida, el Consejo comunicó lo siguiente: "1. *Que esta Superintendencia tiene conocimiento que algunos usuarios suscribieron contratos de adhesión sujetos a un periodo de*

permanencia mínima en los cuales se consignó que no aplicaba (N/A) un tope en la descarga de datos, y se omitió informar la velocidad a la cual se disminuiría el servicio una vez que se supere el límite de consumo es decir se comercializaron servicios con condiciones de descarga ilimitada no sujeta a la aplicación de las políticas de uso justo. 2. Que el operador debe abstenerse de aplicar las condiciones de uso justo de forma indiscriminada a todos sus usuarios ya que debe respetar las condiciones particulares de cada uno de los contratos con especial énfasis en aquellos con plazos de permanencia mínima vigentes, por cuanto debe respetar el principio de información clara veraz y oportuna, misma que se brindó de previo a la contratación de los servicios, y se consignó en los contratos suscritos por los usuarios, aspectos determinantes en sus decisiones de consumo. 3. Que los operadores se deben abstener de aplicar condiciones de uso justo que afecten la velocidad originalmente contratada a aquellos usuarios con condiciones de permanencia mínima vigente que hayan firmado contratos con condiciones de descarga ilimitada no sujeta a políticas de uso justo, o que los contratos sean omisos en cuanto a la capacidad de descarga contratada y velocidad a la que se reduciría el servicio de datos una vez aplicadas dichas políticas. 4. Que los operadores únicamente pueden aplicar políticas de uso justo cuando se cumpla a cabalidad los términos y condiciones establecidos en resolución RCS-063-2014, es decir cuando en los contratos de adhesión se haya consignado de forma clara y veraz que el servicio contratado se encontraba sujeta a políticas de uso justo y se hubiera señalado la forma en la que estas se aplicarían o cuando se informara con un mes de antelación la modificación de las nuevas condiciones en aquellos contratos que no se encontraban sujetos a permanencia mínima o cuando dicho plazo ya se hubiera cumplido. 5. Que en relación con los contratos de adhesión que no se encuentren sujetos a plazo de permanencia mínima: Se podrá aplicar políticas de uso justo a aquellos usuarios que hayan suscrito contratos de adhesión no sujetos a plazos de permanencia mínima o cuyas permanencias se encuentren vencidas, y se les haya informado de previo sobre las nuevas condiciones o restricciones (nueva capacidad de descarga velocidad a la cual se disminuiría una vez que se llegue al límite de consumo y cualquier otro elemento que afecte la decisión de consumo) según los términos y plazos establecidos en el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones. En caso de que este grupo de usuarios no se encuentre de acuerdo con las nuevas condiciones pueden rescindir del contrato sin ningún tipo de penalización. 6. Que sobre los contratos de adhesión que se encuentran sujetos a plazos de permanencia mínima: Si el contrato de adhesión indica de forma clara y expresa la velocidad de descarga y capacidad contratada del servicio de Internet móvil según la resolución RCS-063-2014 el operador puede aplicar a partir del 1º de marzo del 2017 dichas regulaciones de consumo por cuanto las condiciones se encuentran debidamente aprobadas por el usuario mediante la suscripción del contrato. Si el usuario final no está de acuerdo y decide finalizar el contrato suscrito debe cancelar el monto correspondiente a la penalización por retiro anticipado, según lo establecido en las resoluciones RCS-364-2014 y RCS-253-2016. 7. Que si en el contrato de adhesión suscrito no se estableció ninguna limitación en la descarga de datos, ni la velocidad a la cual se disminuiría el servicio una vez que se llegue al límite de consumo según los espacios dispuestos en el contrato para dicho efecto; o bien se indicó de forma expresa que la descarga de datos móviles es ilimitada no sujeta a políticas de uso justo el operador no puede modificar las condiciones originalmente pactadas y aplicar la política de uso justo, durante el plazo de permanencia mínima estipulado en el contrato de adhesión. No obstante una vez cumplido el plazo de permanencia mínima, el ICE podrá informarte al usuario sobre la modificación contractual según lo establecido en el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones y el usuario tendrá la posibilidad de continuar con el servicio con las nuevas condiciones o bien rescindir el mismo sin penalización alguna en caso de no encontrarse conforme con éstas.”

Porescrito recibido en la Sala el 5 de abril de 2017, informa bajo juramento Carlos Manuel Quesada Obregón, en su condición de Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad. Explica la política de uso justo. Afirma que dicha política no impide el acceso a Internet, sino que consiste en establecer niveles de consumo, a partir de los cuales el proveedor del servicio únicamente reduce la velocidad a la que puede navegar el cliente en la red hasta completar el ciclo mensual de facturación. Señala que al iniciar un nuevo ciclo de facturación, se le restituye la velocidad originalmente contratada. Tal medida fue autorizada por la SUTEL mediante resolución RCS-063-2014 del 2 de abril de 2014. Previo a ello, el regulador homologó contratos que incluían dicha cláusula. Describe el funcionamiento de la política de uso justo. Afirma que en un sistema de tarifa plana y consumo ilimitado, como el vigente en Costa Rica para el servicio de Internet móvil pospago, los usuarios promedio terminan pagando una parte desproporcionada de los costos generales de la red. Cita la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América en apoyo de dicha aseveración. Afirma que la medida es una práctica normal del mercado, cuando no existe una metodología de cobro por descarga. Ejemplifica las estrategias en política de uso justo de los operadores a nivel regional. Describe que la política de uso justo en América Latina es una práctica común. Indica que en Costa Rica, por disposición de la SUTEL no se aplica el cobro por descarga en la telefonía móvil pospago. Refiere que entre 2014 y 2015 se dio un crecimiento del 68% del consumo y entre el 2015 y 2016 creció un 38%, lo que vuelve necesaria la implementación de políticas de uso justo. Comenta que esas políticas se materializan como condiciones contractuales del servicio de acceso a Internet. Menciona que la resolución RCS-063-2014 procura asegurar y mejorar la calidad y desempeño del servicio. Agrega que el ICE ha venido aplicando la política de uso justo en los servicios pospago desde el 1º de marzo de 2017, lo cual fue comunicado tanto mediante la página web como a través de medios de comunicación. Asimismo, señala que informaron que las mismas constituían una enmienda a los contratos vigentes, brindado la posibilidad de que el cliente se manifestara en contra. Añade que también envía mensajes de texto cuando alcanza el 80% y el 100%, momento en el cual podrá seguir trasegando datos de manera ilimitada solo que a una velocidad reducida. Relata que se han realizado pruebas de los usos más comunes en Internet a velocidad 128 Kbps, según las cuales el cliente va a poder mantener un servicio funcional y que a lo sumo experimentaría un incremento en el tiempo. Los resultados indicaron que podía utilizarse *WhatsApp*, *Facebook*, navegar en Internet y utilizar el correo electrónico. Alega que en vista de las mejoras significativas experimentadas durante la aplicación de la política de uso justo, su representado realizó ajustes técnicos a nivel de la red móvil e incrementó la velocidad reducida de 128 kbps a 256 kbps a partir del 4 de abril de 2017. Afirma que la política de uso justo del ICE garantiza la prestación del servicio de Internet móvil con calidad para todos los usuarios, está aprobado por SUTEL, informa a los usuarios sobre el consumo y asigna volumen de consumo suficiente para el disfrute del servicio. Recuerda que dicha política es temporal y facultativa, por lo que en la medida en que los usuarios ajusten sus hábitos de consumo y se establezca el volumen de tráfico a nivel de la red, las mismas podrían dejar de aplicarse. Admite que el 6 de julio de 2016 el recurrente suscribió con el ICE un plan que le permite disfrutar de 750 SMS, 600 minutos de voz y acceso a Internet a 2 Mbps, con una permanencia mínima de 24 meses por un costo mensual de ₡24.000,00. Señala que el recurrente tiene una capacidad de transferencia asignada de 5 GB y un consumo promedio de 21.5 GB, casi 4 veces la capacidad asignada a todos los clientes con ese mismo plan, en adición al comunicado del 27 de enero, el 8 de marzo le fue enviado un SMS, mediante el cual se le informó que se procedería con la aplicación de la política de uso justo, así como una invitación a modular sus hábitos de consumo informándose sobre la misma en la página Web. Menciona que, posteriormente, se le enviaron tres mensajes, el primero a las 21:55:27 de 14 de marzo cuando se encontraba dentro del 80% del consumo asignado a su plan, el segundo mensaje enviado a las 10:07:51 del 15 de marzo al haberse consumido el 90% del consumo asignado, y el tercer mensaje enviado ese mismo día a las 10:48:32 donde se le

informaba que al haberse superado el 100% de la capacidad mensual de datos asignada, por lo cual seguiría navegando a la velocidad de 128 Kbps hasta el nuevo periodo de facturación. Manifiesta que, lo anterior, no significa que una vez alcanzado el umbral asignado, no pueda seguir descargando datos más allá de dicho valor referencial por el resto del ciclo de facturación, inclusive, duplicar o triplicar esa capacidad, solo que a menor velocidad, pero siempre la descarga va a ser ilimitada. Arguye que en relación con el acceso al sitio "medidor.kolbi.cr", esa aplicación fue creada principalmente para hacer test de velocidad desde una PC o computadora de escritorio y, además, la misma fue dada de baja, razón por la cual, cuando el recurrente trató de acceder a ella, luego de un determinado lapso de tiempo, va a obtener el mensaje "no se puede acceder a este sitio". Menciona que si bien el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución para la "promoción, protección y el disfrute de los derechos humanos en Internet", mediante la cual dispuso que el acceso a Internet es un derecho básico de todos los seres humanos y anima a todos los países a proveer a sus ciudadanos de acceso a la red, esa declaración debe ser entendida como una excitativa a los estados miembros a promover, a través de las políticas públicas, el desarrollo de facilidades para garantizar a sus ciudadanos dicho acceso. Destaca que la modulación del ejercicio de algunos derechos bajo ciertas circunstancias, en beneficio de la colectividad, no necesariamente constituye violación a derechos fundamentales. Provee datos estadísticos sobre conexiones fijas y móviles a Internet. Con base en ellos, considera que la política de uso justo se aplica a una pequeña porción de clientes pospago, cuyo uso es intensivo. Expresa que la regulación tarifaria vigente en Costa Rica impone como única opción en el servicio de Internet pospago la tarifa plana, y en el servicio prepago el cobro por consumo, lo que genera una desigualdad a favor de los clientes pospago (21%) en contra de los clientes prepago (79%). Añade que esta asimetría tarifaria, unida a la naturaleza compartida de la conectividad, ha propiciado que las acciones de los usuarios pospago con mayores niveles de consumo afecten el desempeño y la experiencia de uso de todos los demás. Acota que la política de uso justo no implica negación o suspensión del acceso al servicio de Internet móvil. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

21.-

Mediante resolución N° 2017-7235 de las 9:45 horas del 19 de mayo de 2017, la Sala acumuló el expediente 17-003364-0007-CO a este expediente.

22.-

Por escrito recibido en la Sala el 1 de marzo de 2017, el accionante Sibaja Miranda interpone recurso de amparo. Manifiesta que mantiene relación comercial con la institución recurrida desde hace varios años, específicamente, con su subsidiaria de telecomunicaciones Kolbi, por haber suscrito un contrato de telefonía denominado CONECTADOS, según el cual paga 50 mil colones mensuales. Indica que el 1 de marzo de 2017, se enteró, por los medios de comunicación escrita, sobre la política de "uso justo de Internet", la cual indica que a pesar de que contractualmente se haya pactado en las cláusulas las condiciones de velocidad y de carga y descarga de datos de la red, así como la cantidad de banda de Internet con que el consumidor cuenta, de forma unilateral y arbitraria, por medio de esa política, se va a imponer una disminución de la descarga de Internet cuando la marca comercial considere que se excedió la descarga adecuada. Manifiesta que esto no es solo un tema contractual, sino constitucional, ya que dicha medida fue aprobada por la Superintendencia de Telecomunicaciones, en informe declarado confidencial y que nunca fue sometido a consulta pública. Alega que, además, se violan principios constitucionales como la seguridad jurídica, la certeza plena y el principio de interdicción de la arbitrariedad, ya que los administrados no saben a qué atenerse frente a las potestades de imperio del Estado, tanto así que aun existiendo contratos de por medio, son irrespetados los derechos fundamentales de los

usuarios y no se les permite defenderlos, imponiéndoles sus políticas de forma arbitraria y lesiva. Solicita que se declare con lugar el recurso, con las consecuencias legales que esto implique.

23.-

Porescrito recibido en la Sala el 13 de marzo de 2017, informa bajo juramento Gilbert Camacho Mora, en la condición señalada. Reitera los argumentos expresados en otros informes. En cuanto al caso concreto del recurrente Sibaja Miranda, indica que el tema de la audiencia pública está regulado en el artículo 73 inciso h) de la Ley N° 7593. Afirma que los contratos de las tres operadoras fueron homologados por la SUTEL, lo cuales incluían la cláusula de uso justo. Afirman que la resolución RCS-063-2014 establece los lineamientos para promover una adecuada aplicación de las medidas que adopten comercialmente los operadores, en relación con las cláusulas de uso justo homologadas en los contratos de adhesión. Concluye que dicha resolución no debe ir a audiencia pública, por no encontrarse en ninguno de los supuestos establecidos por esa norma. En cuanto a la confidencialidad del informe, manifiesta que el Conejo de la SUTEL conoció mediante el oficio 2042-SUTEL-DGC-2014 el informe referida al "Aumento de Reclamaciones por velocidad de conexión en el servicio de Internet móvil", en el cual se evidenciaba el comportamiento de los usuarios de consumo extraordinario sobre dichos servicios. Explica que ese informe fue uno de los insumos para fundamentar la resolución RCS-063-2014. Aclara que dicho informe no es confidencial. Explica que se adjunta a ese informe el documento denominado "Aumento de reclamaciones por velocidad de conexión en el servicio de Internet Móvil", que es uno de los documentos preparado por la Dirección de Calidad para fundamentar la resolución RCS-063-2014. Además, señala que en el expediente administrativo constan todos los documentos que motivan la resolución RCS-063-2014, dentro de los cuales está el oficio 2042-SUTEL-DGC-2014. Apunta que en el expediente administrativo consta la resolución RCS-062-2014, denominada "*Se resuelve sobre la confidencialidad de piezas del expediente GCO-DGC-ETM-305-2014 y del informe contenido en el oficio 2040-SUTEL-DGC-2014*". Explica que dicha resolución indica las razones por las cuales se declara confidencial una serie de información proporcionada por las operadoras. Agrega que el informe declarado confidencial se basa en datos de tráfico de todos los usuarios de las redes móviles; con vista en la privacidad de esos datos, se declaró confidencial dicho informe. Refiere al artículo 43 de la Ley General de Telecomunicaciones, en cuanto al tratamiento de datos de tráfico y localización. Finalmente, informa que mediante los acuerdos 032-014-2017 del 15 de febrero de 2017, 013-017-2017 del 1 de marzo de 2017 y 001-020-2017 del 8 de marzo de 2017, el Consejo de la SUTEL comunicó a los operadores cómo se debe aplicar la resolución RCS-063-2014. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

24.-

Por escrito recibido en la Sala el 20 de marzo de 2017, informa bajo juramento Carlos Manuel Quesada Obregón, en la condición señalada. Reitera los argumentos expresados en otros informes. En cuanto al recurrente Sibaja Miranda, reconoce que el tutelado suscribió el 13 de setiembre de 2014 un plan pospago conectado 5 a 24 meses con una velocidad de 5 Mbps. En enero de este año, lo renovó por 24 meses más al suscribir el plan Conectado 6, con velocidad máxima de 6 Mbps. Afirma que el ICE decidió implementar la política de uso justo a partir del 1 de marzo de 2017, informando a los clientes con un mes de antelación por los medios de prensa masivos, con la posibilidad de rescindir anticipadamente el contrato sin penalización en caso de no aceptación de las nuevas condiciones. Adicionalmente, se les invitó a informarse sobre acciones para disfrutar de su servicio de Internet móvil pospago haciendo un uso racional de los recursos de red y sin perjudicar la experiencia de servicio de los demás clientes. Reitera que la definición del límite de descarga no constituye una actuación arbitraria de su representado, pues fue fijado con base en

motivos de equidad y razonabilidad, luego de haber realizado a nivel técnico pruebas de los usos más comunes en Internet a una velocidad de 128 Kbps, en donde se comprobó que el cliente puede mantener un servicio funcional, eventualmente lo que puede llegar a experimentar es un incremento en el tiempo de espera para acceder al contenido o información. Contrario a lo que alega el recurrente, explica que el oficio 2042-SUTEL-DGC-2014 no es confidencial; lo único declarado como tal dentro de la resolución RCS-062-2014, a solicitud de los operadores, son los datos de tráfico de todos los usuarios de las redes móviles, en razón de salvaguardar la privacidad de las comunicaciones. En cuanto a la consulta pública, del artículo 73 inciso h) de la Ley N° 7593 de la ARESEP concluye que no es necesaria la celebración de alguna audiencia. Considera que la política de uso justo es una forma de modular un derecho sin suprimirlo. Alega que el servicio de telecomunicaciones forma parte de un mercado abierto a la competencia, por lo que dejó de ser un "servicio público", en los términos del ordinal 4 de la Ley General de la Administración Pública. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

25.-

Por escrito recibido en la Sala el 7 de abril de 2017, el recurrente Sibaja Miranda enfatiza que la política de uso justo no salió a consulta pública, lo que estima lesivo de los derechos de los usuarios. Considera que el ICE reconoce que dicha política es lesiva y desproporcionada, al aumentar la velocidad de 128 Kbps a 256 Kbps.

26.-

Por escrito recibido en la Sala el 28 de abril de 2017, se apersona Mario Pacheco Loaiza al proceso N° 17-003364-0007-CO, en la condición señalada. Expone los mismos argumentos. En cuanto a los reclamos concretos del recurrente Sibaja Miranda, indica que el reclamo planteado es materia de legalidad por ser un tema contractual. Considera que el derecho de acceso a Internet no implica utilizar infinitamente un servicio a toda costa, sino que se trata de garantizar el acceso equitativo a toda la población. Reitera que es un tema de legalidad, que debe ser visto en sede ordinaria.

27.-

En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el **Magistrado Rueda Leal**; y,

Considerando:

I.-

SOBRE COADYUVANCIAS. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, quien tuviere un interés legítimo en el resultado del recurso podrá apersonarse e intervenir en él como coadyuvante del actor o del demandado. En atención a lo anterior, este Tribunal estima que las solicitudes de coadyuvancia planteadas por Telefónica de Costa Rica TC S.A., General Counsel de GSM Association y Claro CR Telecomunicaciones S.A. deben ser admitidas, con la advertencia de que el resultado del *sub examine* no va dirigido de modo directo a los coadyuvantes, sino solo a las partes.

II.-

OBJETO DEL RECURSO. La parte accionante acusa que la SUTEL ha homologado las cláusulas sobre política de uso justo que contienen los contratos de los operadores de Internet móvil

postpago. Estima que la aplicación de dicha política por parte de los operadores limita la velocidad de navegación en la Internet a tal grado que la vuelve inoperante, lesionando así sus derechos fundamentales, en particular el acceso a la Internet. Asimismo, afirma que la política de uso justo fue aprobada sin que mediara audiencia pública y utilizando un informe declarado confidencial.

III.-

HECHOS PROBADOS. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos, según lo prevenido en el auto inicial:

a) El 11 de setiembre de 2013, mediante acuerdo 023-049-2013 de la sesión ordinaria 049-2013, el Consejo de la SUTEL homologó el "*Anexo de Planes Móviles post pago*" al contrato de adhesión del Instituto Costarricense de Electricidad, cuyo punto 26 establecía la política de uso justo. (Ver resolución RCS-063-2014).

b) El 13 de febrero de 2013, mediante acuerdo 006-009-2013 de la sesión ordinaria 009-2013, el Consejo de la SUTEL 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., cuya cláusula 30 establecía las políticas de uso justo. (Ver resolución RCS-063-2014).

c) El 2 de noviembre de 2011, mediante acuerdo 008-082-2011 de la sesión ordinaria 082-2011, el Consejo de la SUTEL homologó el "*Contrato Universal para la prestación de servicios de telecomunicaciones y su Anexo de servicio postpago Telefonía Móvil Celular*" de Claro C.R. Telecomunicaciones S.A., cuya cláusula cuadragésima establecía la política de uso justo. (Ver resolución RCS-063-2014).

d) Mediante acuerdo 014-021-2014 de la sesión ordinaria 021-2014 del 2 de abril de 2014, el Consejo de la SUTEL aprobó la resolución N° RCS-063-2014, denominada "*Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil*". La política de uso justo permite al operador disminuir la velocidad de Internet móvil del usuario por el resto del ciclo de facturación, una vez que dicho cliente ha alcanzado el umbral de descarga contratado. Esta resolución delega en los operadores la determinación de la velocidad a la que será disminuido el acceso a Internet en aplicación de la mencionada política. (Hecho incontrovertido).

e) La resolución N° RCS-063-2014 estableció medidas a cargo de los operadores a fin de evitar la congestión en las redes. En concreto, resolvió:

" 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) (...) ”

f) Un 5% de los usuarios efectúa un consumo del servicio de Internet móvil para la modalidad de pospago, que acapara alrededor de un 35% de los recursos y la capacidad de las redes de los operadores. (Ver informe rendido y prueba aportada).

g) El recurrente Valdelomar Valerín suscribió el 6 de julio de 2016 un contrato con el ICE que incluye el uso del Internet móvil. El ICE le aplicó la política de uso justo a dicho tutelado, reduciendo su velocidad a 128 Kbps. (Ver informe rendido).

h) El recurrente Sibaja Miranda suscribió el 13 de setiembre de 2014 con el ICE un plan pospago Conectado 5 a 24 meses con una velocidad de 5 Mbps. En enero de este año lo renovó por 24 meses más, al suscribir el plan Conectado 6 con velocidad máxima de 6 Mbps. (Ver informe rendido).

i) Los usuarios del ICE fueron informados por medios masivos y mensajes de texto sobre la aplicación de la política de uso justo. (Ver informe rendido).

j) El oficio 2042-SUTEL-DGC-2014 no es confidencial. (Hecho incontrovertido).

IV.-

HECHOS NO PROBADOS. La Sala no pudo corroborar que el tutelado Porrás Castillo tuviera un contrato de Internet móvil con algún operador ni que se le hubiera indicado la aplicación de la política de uso justo. Por otro lado, tampoco se pudo tener por demostrado que el recurrente Sibaja Miranda hubiera requerido algún informe a las autoridades accionadas ni que el acceso al mismo le hubiera sido negado por motivos de confidencialidad.

V.-

SOBRE EL CASO CONCRETO. En el *sub examine*, la parte accionante plantea que el Consejo de la SUTEL homologó las cláusulas de aplicación de la denominada “política de uso justo” de Internet que contienen los contratos de los operadores de telefonía móvil. Alega que la reducción de velocidad que se aplica en virtud de dicha política, dificulta o imposibilita el acceso a Internet. Asimismo, acusa que la aprobación de la política de uso justo requería una audiencia pública. Por su parte, el representante de la SUTEL indicó que se habían aprobado contratos con cláusulas de uso justo para los tres operadores de telefonía móvil. Al respecto, argumentó que dicha cláusula disminuye la velocidad de Internet, pero no impide su acceso. Explicó que las redes de telefonía e Internet móvil cuentan con recursos que son compartidos por todos los usuarios que en determinado momento utilizan la misma infraestructura, y que los planes de telefonía móvil sin límite de consumo suelen propiciar la aparición de clientes que hacen un uso intensivo de la red móvil al acaparar los recursos de la misma por largos periodos de tiempo, impidiendo con ello a otros usuarios acceder a la red con buenas condiciones de prestación del servicio, afectando su eficiencia y buen funcionamiento. Con el fin de proteger los derechos de los usuarios, el Consejo de la SUTEL aprobó la resolución N° RCS-063-2014 del 2 de abril de 2014, que autorizó en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil. Dicha resolución, la cual está dirigida a los operadores y –por lo tanto- carece del carácter de una normativa de aplicación general, permite una disminución de la velocidad contratada, cuando el usuario sobrepase el límite de descarga en un ciclo de facturación. Indicó que tal disminución se aplica únicamente durante el tiempo restante del ciclo de facturación y que no se impide el acceso a Internet; la velocidad únicamente se disminuye a aquella acordada con el operador, lo que no implica la imposibilidad de acceder al servicio.

A fin de resolver los reclamos constitucionales planteados por los accionantes, el análisis de la Sala seguirá la siguiente estructura. Primero, se retomará el tratamiento que la jurisprudencia de este Tribunal ha brindado al tema del acceso a Internet, recordando que se trata de un derecho fundamental reconocido por esta sede. Partiendo de ese hecho, en el siguiente acápite se aclaran algunas obligaciones del Estado y de la SUTEL, relacionadas con el acceso a Internet, que han sido establecidas normativamente y reconocidas por la jurisprudencia de esta Sala. Con estas aclaraciones, este Tribunal procederá a conocer el reclamo de fondo. En un primer considerando, se tratará el tema de la posibilidad de establecer una política de uso justo y su relación con un acceso funcional a Internet. De seguido, la Sala analizará la aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad a la política de uso justo. Finalmente, la Sala resolverá sobre la alegada necesidad de realizar una audiencia pública para el establecimiento de la política de uso justo.

VI.-

SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL ACCESO A INTERNET COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

Como base para los considerandos subsiguientes, es necesario recordar la importancia que la Sala ha dado en su jurisprudencia al acceso a Internet:

" I.-

SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA INTERNET EN LA SOCIEDAD ACTUAL. *Sin lugar a dudas, la Internet se ha constituido en uno de los grandes avances del siglo XX, pues su desarrollo generó una revolución en diversos campos. Si bien en un principio fue ideada con un propósito meramente militar, lo cierto es que su uso original ha dado un giro total, para convertirse no solo en un instrumento al alcance de gran parte de la población, sino, además ha llegado a ser una de las herramientas principales para el desarrollo de un nuevo concepto; la sociedad de la información, fruto de la globalización. En ese sentido, la Internet se ha convertido en una verdadera autopista de la información, por la que transitan a diario una cantidad inimaginable de datos de todos los tipos: visuales, sonoros, textuales, que han permitido a las personas conocer información de su interés de forma rápida, constituyéndose así en un medio de suma importancia para la educación. De igual forma, la Internet ha permitido dar un giro total en las comunicaciones a nivel mundial, pues por medio de instrumentos como el correo electrónico, o las video llamadas, permite que las personas puedan contactar a otras que se encuentren a distancias considerables, en un plazo inimaginable años atrás, y con un costo sumamente bajo, lo que sin lugar a dudas, ha influenciado no solo las relaciones interpersonales, sino en la cooperación internacional en distintos aspectos, como el comercio, las relaciones entre Estados, entre otros. Lo señalado anteriormente, se ve reflejado en los datos proporcionados por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), que indican que en el año 2013 más de 2700 millones de personas utilizaban Internet, lo que representaba un 39% de la Población Mundial. Asimismo, se expresa que en países en desarrollo, el 31 % de la población tenía acceso a la red mundial, mientras que dicho porcentaje aumentaba al 39%, en países desarrollados. A nivel continental, Europa es la región que registra la tasa de penetración de Internet más elevada del mundo, con un 75%, mientras que América ocupaba el segundo lugar, con 61%. Las cifras externadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, también reflejaban que en el 2013, 41% de los hogares del mundo entero estaban conectados a Internet, siendo que en los países desarrollados la tasa de penetración de Internet alcanzaba el 78% de los hogares, porcentaje que disminuía sustancialmente en los países en desarrollo, donde la tasa mencionaba llegaba al 28%. Finalmente, se externa en las estadísticas de la UIT, que el 90 % de los 1.100 millones de hogares no conectados a Internet, está situado en los países en desarrollo. Todo lo anterior, hace ver con claridad la importancia de la Internet en la sociedad actual, lo que se refleja en los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas, en la*

que se plantea que "Ofrecer conectividad a Internet en el mundo en desarrollo, ayudará a concretar, los objetivos de salud, educación, empleo y reducción de pobreza".

II.-

A nivel nacional, estadísticas del Banco Mundial indican que para el año 2009, 34,3 de cada 100 habitantes del país contaban con acceso a Internet, mientras que para el 2012, dicha cifra se había elevado a 47,5 de cada 100 habitantes. Por otra parte, en el Informe sobre Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones 2010-2012 de la Superintendencia de Telecomunicaciones, se indica que con la apertura del sector de telecomunicaciones, se dio un giro al funcionamiento del mercado de Internet, en virtud de la posibilidad de que nuevas empresas brindaran el servicio. Así, para el primer semestre de 2009, la SUTEL comenzó las autorizaciones para brindar el servicio de Internet, siendo que para el cierre del año 2012, ya se encontraban registradas 60 empresas autorizadas para tal fin. Por otra parte, en el informe mencionado se resalta que entre los años 2010 a 2012, el mercado de Internet del país tuvo una tasa de crecimiento acumulado de 114%, en términos de suscripciones. Las suscripciones de Internet fijo presentaron una tendencia decreciente con respecto al total de suscripciones a Internet (fijo y móvil), pues pasó de representar un 63 % de la totalidad de suscripciones en el 2010, aun 33% en el 2012. Por el contrario, el servicio de acceso a Internet inalámbrico móvil, evidenció una tendencia creciente en cuanto al total de suscripciones, presentando una tasa de crecimiento acumulada de 282 %, que se vio reflejada en su peso dentro del total de suscripciones al servicio de Internet, que paso del 37% en el año 2010, al 67 % en el año 2012. Siguiendo con lo anterior, en el informe denominado Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones. Informe 2010-2013, la Superintendencia de Telecomunicaciones señala que para el año 2013, el país cerró con 7.111.981 líneas celulares activas, lo que representó una penetración del 151 %, la más alta de Centro América. Dicho crecimiento se vio reflejado en el aumento de usuarios de internet móvil, que pasó de 606.215 personas en el año 2010 a 3.543.419 al cierre del 2013, lo que implica un 485 %. El 98 % de dichas conexiones se realizó desde un teléfono celular, mientras que el 2% restante por medio de data card. Ese mismo informe, revela que las suscripciones a Internet fijo inalámbrico crecieron un 25% entre los años 2010 y 2013, siendo que para ese año el 36 % de las viviendas contaban con ese servicio. Datos más recientes, publicados por SUTEL en el periódico La Nación del 7 de agosto de 2014, indican que el servicio de Internet móvil aumentó en términos de generación de ingresos en el año 2013, pues pasó del 10 al 26%. Asimismo, se explica que en la actualidad 75 de cada 100 ciudadanos utilizan Internet por medio de su teléfono celular, cifra que era de 13 de cada 100 ciudadanos en el año 2010. Por otra parte, el tráfico de datos también sufrió un incremento importante, toda vez que para el año 2013, de 7,1 millones de conexiones, un 50% tenía acceso a Internet, y un 50 % hacía uso de las terminales inteligentes. Ahora bien, a partir de las estadísticas mencionadas, es claro que se ha dado un crecimiento acelerado del número de usuarios de Internet en el país, lo que hace cada vez de mayor importancia, la necesidad de garantizar el acceso a la red mundial para la mayor parte de la población. Ante dicha situación, el legislador previó que para el sector de telecomunicaciones (dentro del que se incluye la Internet), se garantizarían los principios de acceso universal, servicio universal y solidaridad, definiendo mediante el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, las metas y prioridades para el cumplimiento de dichos fines. Lo expuesto, se ve externado los principios rectores recogidos en los artículos 3 de la Ley número 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, y los numerales 31, 32 y 33 de la Ley número 8642, Ley General de Telecomunicaciones, que al efecto disponen lo siguiente:

ARTÍCULO 3.-

Principios rectores

Las entidades públicas del Sector Telecomunicaciones considerarán los principios rectores del ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, definidos y vigentes en el Sector:

- a) Universalidad.*
- b) Solidaridad*
- c) Beneficio del usuario*
- d) Transparencia.*
- e) Competencia efectiva.*
- f) No discriminación*
- g) Neutralidad tecnológica.*
- h) Optimización de los recursos escasos.*
- i) Privacidad de la información*
- j) Sostenibilidad ambiental.*

ARTÍCULO 31.-

Servicio, acceso universal y solidaridad

El presente capítulo establece los mecanismos de financiamiento, asignación, administración y control de los recursos destinados al cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad. A la Sutel, le corresponde garantizar que los operadores y proveedores cumplan lo establecido en este capítulo y lo que reglamentariamente se establezca.

ARTÍCULO 32.-

Objetivos del acceso universal, servicio universal y solidaridad

Los objetivos fundamentales del régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad son los siguientes:

- a) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.*
- b) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos.*
- c) Dotar de servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a las instituciones y personas con necesidades sociales especiales, tales como albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos.*

d) Reducir la brecha digital, garantizar mayor igualdad de oportunidades, así como el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento por medio del fomento de la conectividad, el desarrollo de infraestructura y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha.

ARTÍCULO 33.-

Desarrollo de objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad

Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, definir las metas y las prioridades necesarias para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en el artículo anterior. Con este fin, dicho Plan deberá contener una agenda digital, como un elemento estratégico para la generación de oportunidades, el aumento de la competitividad nacional y el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento, que a su vez contenga una agenda de solidaridad digital que garantice estos beneficios a las poblaciones vulnerables y disminuya la brecha digital.

La Sutel establecerá las obligaciones; y también definirá y ejecutará los proyectos referidos en el artículo 36 de esta Ley, de acuerdo con las metas y prioridades definidas en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.

Por otra parte, en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, el Poder Ejecutivo dispuso que dicho documento debía establecer, como mínimo, una serie de prioridades de acceso universal, servicio universal y solidaridad, entre las que se destacan las siguientes:

1. Servicio Universal

a) Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet.

b) Que todos los usuarios finales puedan contar con acceso a Internet de banda ancha, posibilitando, a mediano plazo, el uso de tecnologías inalámbricas en las comunidades donde los costos para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura es elevada.

2. Acceso universal.

(...)

b) Que se establezcan centros de acceso a Internet de banda ancha en las comunidades rurales y urbanas menos desarrolladas y, en particular, en albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad y poblaciones indígenas.

c) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las escuelas y los colegios públicos que sean parte de los Programas de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública.

d) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a los hospitales, clínicas y demás centros de salud comunitarios de la Caja Costarricense de Seguro Social.

e) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las instituciones públicas, a fin de simplificar y hacer más eficientes sus operaciones y servicios, e incrementar la transparencia y la participación

ciudadana.

De igual forma, en el apartado de ejes, el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones establece una serie de líneas de acción en aspectos relativos a telecomunicaciones, economía, medio ambiente y aspectos sociales, que tienen como finalidad lograr que "el potencial del conocimiento y las TICS estén al servicio del desarrollo, fomentando la utilización de la información y del conocimiento para la consecución de los objetivos de desarrollo contenidos en la Declaración del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas, y enfrentar los nuevos desafíos que plantea la Sociedad de la Información".

III.-

Ahora bien, de lo expuesto anteriormente se denota, con claridad, la importancia que tiene el acceso a la Internet dentro del marco de la Sociedad de la Información, de ahí que, incluso, has ido catalogado como un derecho fundamental por esta Sala en una serie de pronunciamientos, tales como los votos números 2010-10627 de las 8:31 del 18 de junio de 2010, y 2010-12790 de las 8:58 del 30 de julio de 2010, en los que se indicó, en lo que interesa, lo siguiente:

"V.-

B- Sobre los derechos fundamentales a la información y la comunicación.-

En este caso concreto, por el servicio público en cuestión –el servicio de telecomunicaciones– también están involucrados otros dos derechos fundamentales, el derecho a la comunicación y el derecho a la información. En cuanto a estos derechos, debe indicarse que, a la luz de la sociedad de la información y del conocimiento actual, el derecho de todas las personas de acceder y participar en la producción de la información, y del conocimiento, se vuelve una exigencia fundamental, por ello tal acceso y tal participación deben estar garantizados a la totalidad de la población. Si bien son derechos relacionados con otros, tales como la libertad de expresión, y la libertad de prensa, estos derechos tienen su particularidad propia. Asimismo, aunque se perfilan más claramente en la actualidad, tienen sus raíces en la Declaración Universal de Derechos Humanos, promulgada el 10 de diciembre de 1948, cuando señala en su artículo 19º que "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión", y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada el año 1969 (Pacto de San José), cuando indica que la libertad de pensamiento y expresión comprenden "...la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas...". En este sentido, todas las entidades encargadas del servicio público de telecomunicaciones están en la obligación de respetar dichos derechos, claro está, una vez cumplidos los requisitos establecidos, tales como llenar un formulario de solicitud y pagar la tarifa correspondiente. En este caso, el ICE está obligado a prestar el servicio de Internet solicitado pese a las limitaciones técnicas, pues precisamente para ello fue encomendado de la prestación de un servicio público como las telecomunicaciones, para crear la infraestructura necesaria, planificar la expansión de tal infraestructura y finalmente hacer accesible a la universalidad de habitantes del país el servicio público de telecomunicaciones que les posibilite ejercer sus derechos fundamentales a la comunicación y a la información. No debe entenderse que porque una zona está alejada, sea poco rentable la construcción de la infraestructura necesaria, o existe una limitante técnica que no permite la instalación del servicio, entonces existe una justificación válida para no prestar el servicio solicitado, pues la expansión de esta red es responsabilidad de la institución recurrida. Esto por cuanto, conforme se dijo, cuando un ente (público o privado, pero sobre todo cuando es público) ha sido encargado de la misión de prestación de un servicio público tiene la obligación de

prestarlo de forma continua, adaptable, eficiente y por igual a todos los habitantes, máxime cuando dicho servicio público está asociado a otros derechos fundamentales, como sería en este caso, a los derechos a la comunicación y la información.”

"V.-

DERECHOS FUNDAMENTALES CONCLUCADOS. En cuanto a este último punto, debe decirse que el avance en los últimos veinte años en materia de tecnologías de la información y comunicación (TIC's) ha revolucionado el entorno social del ser humano. Sin temor a equívocos, puede afirmarse que estas tecnologías han impactado el modo en que el ser humano se comunica, facilitando la conexión entre personas e instituciones a nivel mundial y eliminando las barreras de espacio y tiempo. En este momento, el acceso a estas tecnologías se convierte en un instrumento básico para facilitar el ejercicio de derechos fundamentales como la participación democrática (democracia electrónica) y el control ciudadano, la educación, la libertad de expresión y pensamiento, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos y la transparencia administrativa, entre otros. Incluso, se ha afirmado el carácter de derecho fundamental que reviste el acceso a estas tecnologías, concretamente, el derecho de acceso a la Internet o red de redes. En tal sentido, el Consejo Constitucional de la República Francesa, en la sentencia No.2009-580 DC de 10 de junio de 2009, reputó como un derecho básico el acceso a Internet, al desprenderlo, directamente, del artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Lo anterior, al sostener lo siguiente: "Considerando que de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley»; **que en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea así como a la importancia que tienen estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones, este derecho implica la libertad de acceder a estos servicios; (...)**"(el resaltado no pertenece al original). En este contexto de la sociedad de la información o del conocimiento, se impone a los poderes públicos, en beneficio de los administrados, promover y garantizar, en forma universal, el acceso a estas nuevas tecnologías. (...)." (Resolución N° 2014-16365 de las 11:01 horas del 6 de octubre de 2014).

Efectivamente, el acceso a Internet se ha convertido en un elemento característico e imprescindible de la sociedad actual. La Internet constituye una herramienta que potencia de manera incalculable el ejercicio de otros derechos fundamentales: democratiza el conocimiento al poner una cantidad inmensurable de información al alcance de cualquier persona; facilita la participación de los ciudadanos en la gestión estatal, fomentando la transparencia en la gestión pública; establece medios para que las personas puedan ejercer su libertad de expresión; constituye una herramienta de trabajo para muchas profesiones, incluso ajenas a la rama de las tecnologías de la información, etcétera.

VII.-

SOBRE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO Y LA SUTEL, RELACIONADAS CON EL ACCESO A INTERNET. Debido a su relevancia en nuestra sociedad, surge un deber del Estado de salvaguardar y procurar el despliegue pleno de ese derecho de acceso a la Internet. Esta obligación no solo implica que se debe proteger a las personas frente a amenazas que busquen limitar injustificadamente dicho derecho, sino que conlleva también la obligación del Estado de velar por su progresivo crecimiento y mejoramiento, así como la implementación de nuevas tecnologías que potencien el derecho de acceso a Internet.

En el ámbito nacional, gran parte de la responsabilidad por el desarrollo de Internet recae en la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). Al efecto, la jurisprudencia recién citada toca el tema al establecer:

“ IV.-

SOBRE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES Y EL DERECHO AL ACCESO AL INTERNET. A partir del año 2008, con la apertura del mercado de Telecomunicaciones en el país, se dio un cambio en el esquema existente, pasando de un modelo de monopolio estatal a otro en el que existen varios competidores, pero con una fuerte intervención del Estado. La institución encargada de regular este mercado, es la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), que fue creada por el artículo el artículo 59 de la Ley número 8660 “Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones”, como un órgano de desconcentración máximo adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, con personalidad jurídica propia para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar actividad contractual, administrar sus recursos y presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiriera para el cumplimiento de sus funciones. Ahora bien, dentro de un ámbito como el actual, en el que varias empresas brindan el servicio de Internet en el país, y dada la importancia que este tiene para la sociedad, conforme lo externado en los considerandos anteriores, es claro que la SUTEL no solo tiene la obligación de que la mayor parte de la población tenga acceso al servicio antes mencionado, sino, además, debe garantizar que éste se brinde en forma adecuada, de manera que permita una navegación óptima para los usuarios, esto, con base en los principios de universalidad de las telecomunicaciones, el de calidad de los servicios públicos, y las propias funciones que le fueron asignadas por el legislador en los incisos f) e i) del artículo 60 de la Ley General de Telecomunicaciones, que establecen, como obligaciones de la Superintendencia: f) Asegurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones; i) Establecer y garantizar estándares de calidad de las redes y de los servicios de telecomunicaciones para hacerlos más eficientes y productivos. De igual forma, lo dispuesto anteriormente, tiene asidero en lo señalado por el inciso d) del numeral antes citado de la Ley de Telecomunicaciones, que establece la obligación de la SUTEL de garantizar los derechos de los usuarios del servicio público mencionado, así como en el derecho del consumidor protegido por el artículo 46 de la Constitución Política, y que fue desarrollado por esta Sala en la sentencia número 2611-95 de las 15:03 del 23 de mayo de 1995(...) ”

Por su relación con lo anterior y su relevancia para este caso, la Sala no duda en transcribir algunas de las obligaciones asignadas legalmente a dicha instancia:

“Artículo 60.-

Obligaciones fundamentales de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son obligaciones fundamentales de la Sutel:

(...)

c) Promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones y la introducción de nuevas tecnologías.

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.

f) Asegurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones.

(...)

i) Establecer y garantizar estándares de calidad de las redes y de los servicios de telecomunicaciones para hacerlos más eficientes y productivos.

(...)

Artículo 73. Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son funciones del Consejo de la Sutel:

a) Proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, más y mejores alternativas en la prestación de los servicios, así como garantizar la privacidad y confidencialidad en las comunicaciones, de acuerdo con la Constitución Política.

b) Imponer, a los operadores y proveedores, la obligación de dar libre acceso a sus redes y a los servicios que por ellas presten, en forma oportuna y en condiciones razonables, transparentes y no discriminatorias, a los prestadores y usuarios de los servicios de telecomunicaciones, a los generadores y receptores de información y a los proveedores y usuarios de servicios de información, de conformidad con lo que reglamentariamente se indique.

c) Incentivar la inversión en el Sector Telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que garantice transparencia, no discriminación, equidad y seguridad jurídica, a fin de que el país obtenga los máximos beneficios del progreso tecnológico y de la convergencia. (...)

k) Establecer los estándares mínimos de calidad de las redes públicas y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público y fiscalizar su cumplimiento. (...)

o) Homologar los contratos de adhesión entre proveedores y abonados, según las competencias establecidas por ley.

Artículo 76.-

Inspección

Con el objeto de garantizar la integridad y calidad de las redes y los servicios de telecomunicaciones, así como las demás obligaciones que se impongan por medio de esta Ley, la Sutel podrá inspeccionar las condiciones de uso y explotación de las redes y los servicios de telecomunicaciones, así como los demás equipos, aparatos e instalaciones. De igual manera, corresponderá a la Sutel la inspección de las redes de radiodifusión y televisión, cuando estas sirvan de soporte para ofrecer servicios de telecomunicaciones.

(...)

La Sutel podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión, verificación, inspección o vigilancia respecto de los operadores y proveedores, quienes estarán obligados a prestarle total colaboración, para facilitarle las labores que le faculta esta Ley. " (Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos).

VIII.-

SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA POLÍTICA DE USO JUSTO Y EL ACCESO FUNCIONAL A INTERNET. En el caso de marras se discute la homologación por parte de la SUTEL de los contratos marco y de adhesión de Internet móvil de los operadores telefónicos que contienen la aplicación de la política de uso justo, así como la aprobación de la resolución número RCS-063-2014 del 2 de abril de 2014, titulada "Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil". Se reclama que la implementación de dicha política afecta los derechos fundamentales de los usuarios.

Al respecto, la Sala pudo verificar que la SUTEL, en ejercicio de sus competencias, procedió a homologar los contratos que las operadoras han sometido a su conocimiento. Así, mediante acuerdo 023-049-2013 de la sesión ordinaria 049-2013, el Consejo de la SUTEL homologó el 11 de setiembre de 2013 el "*Anexo de Planes Móviles post pago*" al contrato de adhesión del Instituto Costarricense de Electricidad, cuyo punto 26 establecía la política de uso justo. De la misma manera, el 13 de febrero de 2013, mediante acuerdo 006-009-2013 de la sesión ordinaria 009-2013, dicho 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., cuya cláusula 30 establecía las políticas de uso justo. Lo mismo ocurrió el 2 de noviembre de 2011, cuando dicho Consejo homologó el "*Contrato Universal para la prestación de servicios de telecomunicaciones y su Anexo de servicio postpago Telefonía Móvil Celular*" de Claro C.R. Telecomunicaciones S.A., cuya cláusula cuadragésima establecía la política de uso justo (acuerdo 008-082-2011 de la sesión ordinaria 082-2011). Finalmente, la Sala también pudo tener por probado que el Consejo de la SUTEL aprobó la resolución N° RCS-063-2014, denominada "*Autoriza en forma temporal la aplicación de condiciones de uso justo en los contratos de servicios de acceso a Internet móvil*", mediante acuerdo 014-021-2014 de la sesión ordinaria 021-2014 del 2 de abril de 2014. Así, es un hecho incontrovertido que la SUTEL ha aprobado la aplicación de la política de uso justo. Dicha política conlleva, entre otros, a que se autorice al operador la disminución de la velocidad de Internet móvil del usuario por el resto del ciclo de facturación, una vez que este último ha alcanzado el umbral de capacidad contratado.

Por su importancia para la resolución del *sub examine*, se debe destacar que este Tribunal pudo corroborar que, en aplicación de la mencionada política, la resolución N° RCS-063-2014 de la SUTEL delegó en los operadores la determinación de la velocidad a la cual sería disminuido el acceso a Internet.

Este elemento es esencial, toda vez que su análisis a la luz de la jurisprudencia transcrita y de las normas atinentes, permite concluir que se está en presencia de una lesión a los derechos fundamentales de los usuarios.

Efectivamente, la transcripción de la jurisprudencia relacionada con Internet tiene la finalidad de hacer hincapié en la relevancia constitucional que dicha red tiene para la sociedad contemporánea, toda vez que no se trata únicamente de uno de los mayores avances tecnológicos de las últimas décadas, sino que se ha constituido en una herramienta vital para el ejercicio del derecho humano al acceso a la Internet así como para el desarrollo de otros derechos fundamentales. Precisamente, a nivel global se ha visto cómo Internet ha venido jugando un papel trascendental en la transmisión del conocimiento, en la educación, en el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho al trabajo (entre muchos otros derechos fundamentales); incluso, ha sido determinante en la denuncia de regímenes dictatoriales, constituyéndose así en un instrumento que promueve la democratización y la libertad.

De esta manera, Internet cumple hoy en día una función similar a los libros, periódicos, estaciones de radio y televisión y demás medios de información y de comunicación que facilitan el intercambio de ideas y la difusión del conocimiento, incluso haciéndolo con tal nivel de profunda intensidad, inmediatez y dinamismo que ha venido a redefinir la manera en que tal función opera en este siglo. En ese tanto, una restricción a Internet podría significar una lesión a la libertad de expresión, en los términos establecidos en el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, siendo extensiva la prohibición establecida en su punto 3:

"3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones."

Para este Tribunal queda fuera de cuestionamiento que el acceso a Internet es un derecho fundamental y, como tal, merece plena tutela en esta sede. Además, el Estado costarricense se encuentra en la obligación de promover su democratización, procurando disminuir la llamada brecha digital.

Teniendo presente la relevancia constitucional que tiene Internet en nuestra sociedad, es claro que el Estado y –como parte de él– la SUTEL tienen la obligación de velar por que se garantice un acceso mínimo a dicha red. Si bien la SUTEL ha expresado que los recursos de las redes de Internet móvil son limitados, lo que justifica la aplicación de la política de uso justo a las personas que hacen un uso extraordinario de él, no menos cierto es que tal política no puede lesionar el mínimo irreductible de un derecho, también denominado contenido esencial. El desconocimiento de este mínimo, el cual permite un acceso funcional a Internet, significaría la denegatoria del derecho mismo, porque desde el punto de vista de su efectividad termina por vaciarlo de contenido. Como se explicará con más detalle *infra*, la política de uso justo no es una sanción, sino un mecanismo de gestión de tráfico. En ese tanto, es contrario al principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad que el contenido esencial de un derecho fundamental desaparezca, cuando existen otros métodos capaces de llegar al mismo resultado (evitar el consumo intensivo), sin necesidad de coartar desmesuradamente a las personas de tal derecho.

Es en este sentido que la ley ha establecido la obligación fundamental de la SUTEL de *"[g]arantizar y proteger los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones", "[e]stablecer y garantizar estándares de calidad de las redes y de los servicios de telecomunicaciones para hacerlos más eficientes y productivos"* y *" [a]segurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones"* (artículo 60, incisos d), f) e i), citados *supra*).

Igualmente, compete al Consejo de la SUTEL *" k)"[e]stablecer los estándares mínimos de calidad de las redes públicas y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público y fiscalizar su cumplimiento."* (artículo 70, inciso k), citado *supra*).

Según se dijo, la determinación de la velocidad mínima funcional quedó a cargo de los operadores. Sin embargo y con base en las consideraciones y normas mencionadas, por concernir de modo directo al contenido esencial de un derecho fundamental, la Sala estima que es competencia de la SUTEL la determinación de una velocidad mínima, que permita un acceso funcional y de calidad a Internet en resguardo de los derechos fundamentales de los usuarios. Más aún, vista la incuestionable evolución y progreso de las tecnologías de la información, el mínimo funcional en cuestión constituye un concepto dinámico que debe actualizarse conforme avanza la diversidad de elementos tecnológicos que afectan a la Internet, como la riqueza de recursos (por ejemplo multimedia) que se ofrecen, los medios transmisión de datos, la capacidad de compresión de datos, la tecnología de los teléfonos inteligentes, entre otros. De ahí que tal mínimo deba ser revisado periódicamente a fin de procurar su vigencia y evitar que se convierta en un obstáculo al avance de la sociedad del conocimiento en libertad.

Esta obligación de actualización periódica se encuentra vinculada con un tema que ya ha sido tratado por la Sala, pero que es necesario enfatizar a raíz de los elementos observados en este

proceso. Este Tribunal recuerda a la SUTEL la imperiosa necesidad de trazar las políticas relacionadas con tecnologías de la información y la comunicación con base en información actualizada, debido a su impetuoso crecimiento. Este es un hecho indisputable y las propias partes reconocen. Por ejemplo:

“Según el Índice de Red Visual de Cisco, en América Latina el tráfico de datos móviles en 2016 fue 17 veces mayor que el registrado en el 2011. Tan sólo el año pasado, el crecimiento en dicho rubro fue de 66 por ciento, con respecto al año anterior, y se espera que para el 2021 siga creciendo a una tasa anual de 45 por ciento.

(...)

Entre los años 2010 y 2015, el número de usuarios de Internet creció en más del 60% y, según la SUTEL, el consumo de datos aumentó un 209% entre el 2013 y el 2015. ” (Escrito del ICE).

La necesidad de utilizar datos actuales es de conocimiento de la SUTEL, toda vez que en la sentencia 2014-16365 de las 11:01 horas del 6 de octubre de 2014, esta Sala declaró con lugar un recurso en su contra, precisamente, por no proveer información técnica suficiente y actualizada:

“En ese sentido, dicho órgano [la SUTEL], como autoridad estaba en la obligación de procurar la convocatoria con la mayor cantidad de información técnica suficiente y actualizada sobre la situación real del mercado, ya que de lo contrario se deja la carga más pesada en los hombros de personas interesadas que no tienen acceso a esa información –por ley- y que no están obligados a manejarla en su totalidad. Esta falla específica obliga a estimar el recurso, al considerar que una audiencia en la que la información es notoriamente insuficiente y desactualizada, o sí produce una amenaza cierta real e inminente -en los términos que señala la jurisprudencia de esta Sala-, de que el resultado de la misma resulte en el dictado de un acto carente de suficiente razonabilidad.”

Por ello, llama la atención y provoca extrañeza que la SUTEL invoque en su informe rendido bajo juramento en este amparo (a los efectos no solo de defender la política de uso justo como concepto general sino de justificar las velocidades concretas mínimas con que la misma se debe aplicar) la recomendación G.1010 (11/01) “Categorías de calidad de servicio para los usuarios de extremo de servicios multimedios” de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) para concluir que “...una velocidad de 128 kbps está comprendida entre los umbrales planteados por la UIT para las aplicaciones de audio y video.” La Sala nota que dicho documento fue aprobado en noviembre de 2001, es decir, tiene más de 15 años de antigüedad; difícilmente podría argüirse que las posibilidades y necesidades informáticas han permanecido inalteradas desde el año 2001 a la fecha, cuando, en estos momentos, la tecnología de los teléfonos inteligentes, la capacidad de compresión de datos y los medios transmisión de datos, entre otros factores, permiten a la ciudadanía acceder a una riqueza de recursos que no se daba con tal facilidad, celeridad y agilidad hace 15 años (el documento se encuentra disponible en la dirección <https://www.itu.int/rec/T-REC-G.1010-200111-I/es>). De ahí que las velocidades mínimas, incluso las de otras latitudes, que se mantienen en los estándares de hace 15 años, llamen poderosamente la atención de esta Sala y, consecuencia de lo expuesto, resulte aún más imperioso el desarrollo de **estudios técnicos actualizados** para definir una velocidad funcional mínima que en verdad sea adecuada a estos momentos.

En cuanto a la velocidad ofrecida por los operadores en aplicación de la política de uso justo, este Tribunal solicitó el criterio técnico de la Escuela de Ciencias de la Computación e Informática

de la Universidad de Costa Rica. Dicha instancia expuso la dificultad de definir qué se considera un acceso funcional, toda vez que debe identificarse el objeto que se desea garantizar: la experiencia general del usuario, la provisión de ciertos servicios dados, la protección del ancho de banda del operador u otros.

En la prueba aportada por la citada escuela, dicha instancia técnica valoró una conexión de Internet con velocidad de 128 kbps, que es la menor utilizada en aplicación de la política de uso justo. El resultado de esa valoración fue que una página promedio –se acota que el tamaño de la “página promedio” fue determinado por la propia SUTEL- requeriría 2,58 minutos o 154,94 segundos para descargar a través de la conexión de 128 kbps y que tal duración era percibida por el usuario como si la página no estuviera cargando. En respuesta a esa prueba, la SUTEL indicó que la UCR había utilizado inadecuadamente los parámetros de valoración de la velocidad, los cuales se habían desprendido del modelo RAIL (*Response, Animation, Idle, Load*) de Google.

Atinente a este tema, la Sala observa que no obstante las observaciones citadas párrafos atrás, la determinación de una “velocidad en concreto” que permita el acceso funcional a Internet deriva en una discusión técnica sobre los parámetros, métodos de cálculo y normas de medición para definir ese punto. Debido a su complejidad, la valoración de estudios técnicos y peritajes y, con ello, las disputas sobre la determinación de una velocidad *específica*, debe ser conocida en la vía ordinaria. Se recuerda que el proceso de amparo es una vía sumarísima y expedita, cuya naturaleza jurídica riñe con procesos probatorios complejos.

A pesar de lo expuesto, según se explicó con detalle en los párrafos anteriores, la Sala estima que sí existe una lesión a los derechos fundamentales de los usuarios en el hecho de que la SUTEL delegara en los operadores la determinación de la velocidad de acceso a Internet en aplicación de la política de uso justo. Este Tribunal reitera que esta última se encuentra directamente referida al contenido esencial del derecho fundamental de acceso a la Internet, por lo que su determinación concreta se encuentra sustraída de las competencias de los operadores, de este modo recayendo en la SUTEL la obligación de establecer, en defensa de los derechos de los usuarios, la velocidad mínimamente aceptable para no vaciar de contenido el referido derecho. La Sala destaca que no se opone a la aplicación de la política de uso justo; en ese tanto, la declaratoria contenida en este considerando no implica su derogación. Sin embargo, ella sí debe ser aplicada atendiendo los parámetros expuestos en este y los acápite subsiguientes. En consecuencia, se declara con lugar el reclamo y se ordena a la SUTEL determinar la velocidad mínima de conexión a Internet que servirá de base para la aplicación de la política de uso justo, esto conforme a los términos que se exponen en los considerandos siguientes y en la parte dispositiva de este voto.

IX.-

SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD A LA POLÍTICA DE USO JUSTO. La Sala no objeta el establecimiento de lineamientos para la aplicación del uso justo –tales como los determinados en la resolución RCS-063-2014- siempre y cuando, como ya se indicó, ellos respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ahora bien, la existencia de lineamientos implica correlativamente el deber de la SUTEL de velar por su cumplimiento, toda vez que dicha fiscalización se traduce en una garantía para el efectivo despliegue de los derechos fundamentales invocados. En ese sentido, se retoman las normas ya citadas:

Artículo 73. Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son funciones del Consejo de la Sutel:

a) Proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, más y mejores alternativas en la prestación de los servicios, así como garantizar la privacidad y confidencialidad en las comunicaciones, de acuerdo con la Constitución Política. (...)

k) Establecer los estándares mínimos de calidad de las redes públicas y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público y fiscalizar su cumplimiento. (...)

Artículo 76.-

Inspección

Con el objeto de garantizar la integridad y calidad de las redes y los servicios de telecomunicaciones, así como las demás obligaciones que se impongan por medio de esta Ley, la Sutel podrá inspeccionar las condiciones de uso y explotación de las redes y los servicios de telecomunicaciones, así como los demás equipos, aparatos e instalaciones. De igual manera, corresponderá a la Sutel la inspección de las redes de radiodifusión y televisión, cuando estas sirvan de soporte para ofrecer servicios de telecomunicaciones.

(...)

La Sutel podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión, verificación, inspección o vigilancia respecto de los operadores y proveedores, quienes estarán obligados a prestarle total colaboración, para facilitarle las labores que le faculta esta Ley. " (El subrayado es agregado).

La Sala nota que la resolución RCS-063-2014 establece parámetros para la aplicación de la política de uso justo a cargo de los operadores. En la parte resolutive sobresalen varios puntos de importancia sobre la política de uso justo:

a) debe ser proporcional y razonable. No puede suspenderse o terminar el servicio; tampoco se puede reducir el servicio a niveles en los que la calidad y el acceso a Internet dejen de ser funcionales.

b) el uso justo debe aplicarse en la medida en que se produzca congestión en la red.

c) se debe 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.

d) los operadores y proveedores del servicio de acceso a Internet deberían 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.

e) informar debidamente a potenciales clientes.

La Sala considera necesario referirse a los puntos señalados en los siguientes términos. Según lo expuesto por la autoridad recurrida, la política de uso justo de Internet móvil tiene la finalidad de descongestionar la red a través de la disminución de la velocidad de los usuarios considerados extraordinarios. En principio, la implementación de la política parte del siguiente hecho: la existencia de un 5% de usuarios que acapara un 35% de los recursos de la red. Dicho uso de la red ocasiona problemas en el servicio que afecta al otro 95% de los usuarios. La política

de uso justo aprobada por la SUTEL tiene la finalidad de limitar el acceso a la red de los usuarios intensivos, de manera que ella se descongestione en beneficio de los demás usuarios.

Este punto, según la resolución N° RCS-063-2014, se relaciona con el umbral establecido para la aplicación de la política de uso justo. Dicho umbral deberá ajustarse a: 1) la capacidad o velocidad contratada y 2) el porcentaje de descarga excesiva en relación con otros usuarios que se encuentran en su condición. Por otro lado, el punto de partida para la determinación del umbral es la existencia de un 5% de usuarios que efectúa un consumo extraordinario del servicio de Internet móvil.

La Sala resalta que el umbral debe responder al propósito por el cual fue establecido. La política de uso justo tiene por finalidad descongestionar las redes al limitar el consumo intensivo de ciertos usuarios. Ahora bien, el buen funcionamiento de las redes no es una obligación que recaiga de manera exclusiva en los usuarios, sino que también exige que tanto los operadores como la SUTEL asuman su papel en el esfuerzo por mejorar y ampliar las capacidades de las redes. De parte de los operadores, nótese que en la misma resolución N° RCS-063-2014 se les ordena:

“ 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.”

Tomando en cuenta las obligaciones de la SUTEL, estatuidas en los artículos 60 y 73 citados supra, se puede entrever que la calidad del servicio de Internet móvil dependerá al menos de tres instancias: los usuarios, los operadores y el Estado, a través de la SUTEL. Cada una de esas instancias debe asumir sus obligaciones respectivas. De manera simplificada, se puede decir que los usuarios deberán efectuar un uso adecuado de las redes, los operadores deberán velar por la calidad del servicio y el mejoramiento de las redes, y el Estado debe coadyuvar con la reglamentación, supervisión y desarrollo del servicio.

La Sala estima que el buen funcionamiento del servicio debe ser la norma; correlativamente, la excepción se presenta en los momentos de congestión y mal funcionamiento del servicio. En otras palabras, una red que de modo permanente se halla congestionada y es incapaz de brindar el servicio requerido por sus usuarios regulares, no podrá achacar la congestión y el mal funcionamiento a tales usuarios regulares.

Partiendo de lo anterior, se puede concluir que si la política de uso justo pretende evitar la congestión –situación extraordinaria- y así garantizar un buen servicio para la mayoría de los usuarios, entonces su aplicación no puede ser ordinaria y frecuente, sino que debe ser solo cuando realmente se requiera, esto es en la medida en que se produzca congestión en la red . Este resultado también se desprende de la aplicación del principio constitucional de razonabilidad. Según la Sala ha expresado en múltiples ocasiones, dicho principio significa:

“En tal sentido, la Sala considera que la medida impugnada se encuentra acorde al principio de razonabilidad. Este último está compuesto por los siguientes componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La legitimidad se refiere a que el

objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, la autoridad competente debe elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aunque una medida sea idónea y necesaria, será irrazonables si lesiona el contenido esencial de otro derecho fundamental, si lo vacía de contenido.” (Resolución N° 2013-1276 de las 14:50 horas del 29 de enero de 2013, criterio reiterado en la resolución N° 2016-2706 de las 16:15 horas del 23 de febrero de 2016).

Al aplicar verbigracia el criterio de necesidad expuesto en la jurisprudencia transcrita, se tiene que no se justificaría la aplicación de la política de uso justo cuando no haya congestión en las redes, como podría suceder en horas de poca demanda del servicio. La disminución de la velocidad únicamente puede darse para descongestionar el servicio. Si no hay congestión, tampoco habrá necesidad de una disminución. Como señala la propia resolución N°RCS-063-2014: *“Debería aplicarse en la medida en que se produzca congestión en la red para evitar situaciones abusivas.”* Con respecto a esta última frase, la Sala considera pertinente realizar una aclaración. Es claro que no corresponde a este Tribunal, a la SUTEL o a los operadores decidir qué uso le debe dar un ser humano a la Internet, toda vez que eso se ubica dentro de la esfera de su libertad personal. En ese sentido, la Sala estima incorrecto referirse a los usuarios *intensivos* de Internet –aquellos que descargan un volumen mayor de datos- como usuarios *“abusivos”*. La connotación negativa que tiene el término *“abusivo”* invita a pensar que las personas que hacen un mayor uso de Internet actúan de manera incorrecta, cuando lo cierto es que puede tratarse de usuarios que aprovechan mejor las ventajas que ofrece dicha tecnología. En ese tanto, etiquetarlos de *“abusivos”* desincentivaría a quienes ahora más bien subutilizan la Internet, llevando a que continúen sin explotar a cabalidad el potencial de esa red.

Esta diferenciación terminológica es de importancia. Una consecuencia de ella se nota en la naturaleza de la política de uso justo. Por tratarse de usuarios intensivos –que pueden estar haciendo un uso correcto de Internet- y no de abusivos, la política de uso justo debe entenderse como un mecanismo de gestión de tráfico y no como una sanción. Es decir, la persona que se ve afectada por dicha política no está siendo objeto de una pena, sino de una restricción en procura de evitar la congestión de la red.

Así las cosas, por tratarse de un mecanismo de gestión de tráfico que pretende descongestionar la red, la política de uso justo solo puede ser aplicada en la medida en que haya congestión en ella. Si no existe congestión, por no tratarse de horas pico u otros motivos, entonces no habrá tampoco necesidad de ni se justificará aplicar la política a los usuarios intensivos. Una interpretación distinta equivaldría, a que la restricción vehicular en el casco central de San José fuera aplicada a las tres de la madrugada, es decir cuando fuera del todo innecesaria la medida a los efectos del propósito que persigue.

Además, la naturaleza de la política de uso justo obliga a que se respete el núcleo esencial del derecho de acceso a Internet. Recuérdese que las personas que son objeto de dicha política no están siendo sancionadas, sino que están viendo disminuida la velocidad de su conexión para descongestionar la red. En momentos de aplicación de la política, los usuarios intensivos tendrán derecho de acceso a Internet –si bien reducido en su velocidad-, al igual que los otros usuarios. Si tal disminución llegara a impedir el acceso a Internet, entonces se estaría en presencia de una lesión a sus derechos fundamentales por violación al principio de razonabilidad. Efectivamente, según la jurisprudencia transcrita párrafos atrás, dicho principio requiere que la medida sea

necesaria –requisito que se incumpliría si la política de uso justo se aplicara cuando no hay congestión en las redes, según se expuso supra- y que también respete la proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que restringir la velocidad de Internet a niveles que imposibiliten su uso funcional significaría vaciar al derecho de su contenido.

Menos aún es procedente asimilar la situación del Internet móvil postpago a la del Internet móvil prepago, toda vez que este último utiliza un esquema tarifario de cobro por volumen, situación que excluye la posibilidad de aplicar la política de uso justo, como la propia SUTEL reconoce en la resolución RCS-063-2014.

X.-

Se recuerda que tanto el informe de la SUTEL como la resolución N° RCS-063-2014 acuden al 5% de los usuarios de consumo intensivo para justificar la aplicación de la política de uso justo.

Las premisas anteriores permiten llegar a la siguiente conclusión. Vistas las obligaciones tripartitas (usuarios, operadores y Estado) y determinando que el uso extraordinario de los usuarios será paliado mediante la aplicación de la política de uso justo, entonces también puede establecerse que si no se alcanza la funcionalidad del servicio al aplicar la política de uso justo a ese 5% de los usuarios, entonces el problema no será de los usuarios, sino que se encontrará en el servicio. Surgirá ahí el deber de los operadores de mejorar y garantizar dicha funcionalidad y de la SUTEL en cuanto a velar por su mejora. Nótese que la propia resolución RCS-063-2014 insta a los operadores, por un lado, a ampliar la capacidad de sus redes y, por otro, a considerar la capacidad real de sus redes al momento de comercializar nuevos servicios. Se reitera, la aplicación de la política de uso justo es la excepción y a la SUTEL corresponde velar tanto por su aplicación adecuada como por la calidad del servicio que provean los operadores. La Sala recuerda la importancia del desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones, según su propia jurisprudencia:

“IV.-

RELEVANCIA DE LA INFRAESTRUCTURA DE TELECOMUNICACIONES PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. COMPROMISOS PREVIOS ASUMIDOS POR EL ESTADO COSTARRICENSE. *El Estado costarricense forma parte de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), organismo especializado de la Organización Mundial de las Naciones Unidas, desde el 13 de septiembre de 1936. Mediante la Ley No. 8100 de 4 de abril de 2002, se aprobaron la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra 22 de diciembre de 1992) y el instrumento de enmienda a la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Kyoto 1994). En la Constitución de la UIT figuran objetivos tales como los de mejoramiento y empleo racional de toda clase de telecomunicaciones, aumentar el rendimiento de los servicios de telecomunicación, acrecentar su empleo y generalizar al máximo su utilización por el público, promover la extensión de los beneficios de las nuevas tecnologías de telecomunicaciones a todos los habitantes del planeta, la creación, el desarrollo y el perfeccionamiento de las instalaciones y redes de telecomunicación en los países en desarrollo por todos los medios que se disponga, etc. (artículo 1). El artículo 6 de la Constitución de la UIT, en lo relativo a la ejecución de los instrumentos de la unión, obliga a los Estados miembros a observar y atenerse a las disposiciones de la Constitución, el Convenio y los Reglamentos administrativos. Entre las resoluciones adoptadas por la Conferencia de Plenipotenciarios –órgano previsto en la Constitución de la UIT, conformado por delegados de cada uno de los Estado partes y que se reúne cada cuatro años-, hay varias que destacan la relevancia de la infraestructura en telecomunicaciones, así en la No. 22 se reconoce*

"que el desarrollo de la infraestructura y los servicios de telecomunicaciones/TIC es una condición sine qua non del desarrollo social y económico", en la No. 25 se considera que "un mayor desarrollo de las infraestructuras nacionales de las telecomunicaciones/tecnologías de la información y la comunicación (TIC) permitirá reducir las brechas digitales a escala nacional y mundial", en la No. 71 (Plan Estratégico de la Unión para 201-2015), se indica que la "Meta Estratégica del Sector de Desarrollo de las Telecomunicaciones de la UIT" tiene como una de sus vertientes "promover la disponibilidad de infraestructura y fomentar un entorno propicio para el desarrollo de infraestructuras TIC (...)" y luego se indica que "para aprovechar plenamente el potencial que ofrecen las telecomunicaciones/TIC es necesario que los gobiernos y otras partes (...) creen una infraestructura subyacente que sea lo suficientemente robusta como para superar las dificultades y a la vez aprovechar las oportunidades", en la No. 139 se enfatiza "la función indispensable de la infraestructura de las telecomunicaciones/TIC (...) para alcanzar la meta de la integración digital y permitir un acceso sostenible, generalizado y asequible a la información mundial". De otra parte, en el concierto internacional, existen varias declaraciones que destacan la importancia de la creación, mejora y desarrollo de la infraestructura en telecomunicaciones como factor clave para el desarrollo social y económico, tales como la "Declaración de Florianópolis" de 21 de junio de 2000, la "Declaración de Principios de Ginebra" (Primera Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información) de 12 de diciembre de 2003 y su "Plan de Acción", el "Compromiso de Túnez" (Segunda Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información) de 18 de noviembre de 2005 y su "Agenda". Específicamente el "Plan de Acción" de la "Declaración de Principios de Ginebra" en el punto C.2 denominado "Infraestructura de la información y la comunicación: fundamento básico para la Sociedad de la Información", se indica lo siguiente: "9. La infraestructura es fundamental para alcanzar el objetivo de la integración en el ámbito digital, propicia el acceso universal, sostenible, ubicuo y asequible a las TIC para todos, teniendo en cuenta las soluciones pertinentes ya aplicadas en los países en desarrollo y en los países con economías en transición para ofrecer conectividad y acceso a zonas distantes y zizadas en los ámbitos regional y nacional". Cabe aclarar que Costa Rica participó en la Declaración de Principios de Ginebra y su Plan de Acción con una nutrida participación de siete delegados. En definitiva, la construcción, desarrollo, mejoramiento y ampliación de una infraestructura sólida y robusta de telecomunicaciones ha sido enunciada en diversos instrumentos del Derecho Internacional Público como un compromiso y una obligación indeclinable de los Estados nacionales, que no puede estar al arbitrio de los gobiernos locales territoriales internos, por cuanto, podría generar asimetrías, con la consiguiente falta de normalización y de un desarrollo nacional de las telecomunicaciones que provoca serios perjuicios para que los habitantes pueden gozar de los beneficios de la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento.

V.-

IMPORTANCIA, INTERÉS PÚBLICO Y VOCACIÓN NACIONAL DE LA INFRAESTRUCTURA DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. A partir de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional vigente, es factible concluir que la infraestructura, en materia de telecomunicaciones, tiene una relevancia que excede la esfera de lo local o cantonal, asumiendo un claro interés público y, desde luego, erigiéndose como una cuestión que atañe a la órbita de lo nacional con, incluso, proyecciones en el terreno del Derecho Internacional Público al suponer su desarrollo el cumplimiento de una serie de obligaciones internacionales asumidas previamente por el Estado costarricense. En primer término, como lo ha indicado este Tribunal Constitucional, el tema de las telecomunicaciones tiene gran relevancia constitucional, tanto que en el artículo 121, inciso 14), subinciso c), de la Constitución se indica que los "servicios inalámbricos" o el espectro electromagnético forma parte del dominio público constitucional y concretamente es un bien propio

de la Nación, siendo que no puede ser desafectado o salir del dominio del Estado. La Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 de 4 de junio de 2008 –en adelante LGT–, al enunciar los principios rectores en este sector, indica en su artículo 3º, inciso i), que debe haber una "optimización de los recursos escasos", destacando que la utilización de las infraestructuras de telecomunicaciones debe ser "(...) objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios". Precisamente, la optimización, utilización ponderada, expansión y mejora de la infraestructura y redes en materia de telecomunicaciones, obedece a los fines manifiestos de ese cuerpo normativo, tales como los de asegurar la aplicación de los principios de acceso universal, eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura y solidaridad en las telecomunicaciones (artículo 2º LGT). De otra parte, el artículo 32, inciso d), LGT establece con claridad meridiana que el objetivo del acceso y servicio universales y de la solidaridad, se logra, entre otros medios, a través del "desarrollo de la infraestructura", dado que, sólo con una infraestructura robusta y plenamente desarrollada logra reducir la brecha digital, disfrutar de los beneficios de la Sociedad de la Información y del Conocimiento (sic), la conectividad y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha. Por su parte la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593 de 9 de agosto de 1993, en su artículo 74, modificado por la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones No. 8660 de 8 de agosto de 2008, hizo una declaratoria de interés público de la infraestructura y las redes en telecomunicaciones al preceptuar lo siguiente: "Considérase una actividad de interés público el establecimiento, la instalación, la ampliación, la renovación y la operación de las redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos". Tal declaratoria tiene grandes repercusiones, por cuanto, se reconoce, por ley, que el tema de la infraestructura en la materia reviste un claro e inequívoco interés público o general que trasciende la esfera de lo local o regional a lo interno del país, para proyectarse en el ámbito nacional e internacional, al permitirle al Estado costarricense cumplir, de buena fe, una serie de obligaciones y compromisos asumidos en el contexto del Derecho Internacional Público. Cabe advertir que el interés público es definido por el artículo 113, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública de 1978 "como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados", por su parte, el párrafo 2 del numeral citado de la LGAP de 1978 dispone, claramente, que "El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto". (...) La declaratoria de interés público efectuada por el artículo 74 de la Ley de la ARESEP, tiene, a su vez, asidero constitucional suficiente y legítimo en el numeral 45, párrafo 1º, de la Constitución Política, al establecer el principio de la intangibilidad relativa del patrimonio, al admitir la figura de la expropiación "por interés público legalmente comprobado". Una segunda consecuencia que se extrae de la declaratoria de interés público, es que el tema de construcción, ampliación o desarrollo y mejora de la infraestructura en materia de telecomunicaciones tiene una clara e inequívoca vocación nacional. De modo que es el Estado y sus órganos los que asumen la rectoría y dirección en la materia a la que deben someterse todos los entes públicos menores para lograr objetivos como el acceso y servicios universales, la reducción de la brecha digital por razones de solidaridad, la interconexión y conectividad necesarias que le permitan a todos los costarricenses, independientemente de la localidad, distrito, cantón o región donde habiten, gozar de los beneficios y ventajas de la Sociedad de la Información y del Conocimiento (sic). El legislador nacional, lejos de "localizar" el tema de la infraestructura en telecomunicaciones lo nacionalizó expresa e inequívocamente. Reflejo de lo anterior, son la creación (sic) del "Sector Telecomunicaciones" previsto por el artículo 38 de la citada Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, al disponer lo siguiente: "Créase el Sector de Telecomunicaciones, dentro del marco de sectorización del Estado. Estará constituido por la Administración Pública, tanto la centralizada como la

descentralizada, así como por las empresas públicas que desarrollen funciones o actividades relacionadas con las telecomunicaciones” a tenor de esta norma el sector de las telecomunicaciones tiene un carácter transversal y, por ende, nacional, por cuanto, incluye a todo el universo de los entes públicos, incluidos, los descentralizados territorialmente como las municipalidades. (...) De otra parte, la naturaleza nacional de las telecomunicaciones queda reforzada al crearse la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), a la que le corresponde una serie de competencias de inequívoca índole nacional, así, conforme a los artículos 59 y 60 de la Ley de Creación de la ARESEP, le corresponde“(...) regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones (...)” para todo 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”. El “Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones” 2009-2014, por su parte, establece que “Para avanzar en el aprovechamiento de los beneficios de la Sociedad de Información y Conocimiento, el país debe hacer un esfuerzo importante de inversión en el desarrollo de infraestructura de telecomunicaciones de manera que permita contar con más y mejores servicios de telecomunicaciones para todos los sectores de la población. En este sentido, el desarrollo de la infraestructura en ese sector constituye una condición necesaria e indispensable a la que deberá brindarse una prioridad especial en cualquier proyecto país en materia de TIC (...)” y luego especifica que para lograr el desarrollo de la infraestructura nacional de telecomunicación deberá atender los siguientes lineamientos: “a.1 Tomar las medidas necesarias para garantizar que el país cuente con una infraestructura moderna de telecomunicaciones, y al mismo tiempo asegurar la prestación de servicios de calidad y la generación de aplicaciones de valor agregado, permitiendo la convergencia, la interoperabilidad entre los sistemas, la incorporación de tecnologías de avanzada y la seguridad en las comunicaciones” y “a.6 Garantizar el desarrollo de una infraestructura que permita llevar los servicios de telecomunicaciones a todos los habitantes del país, cumpliendo con los objetivos y metas de acceso universal, servicio universal y solidaridad (...)”. ” (Sentencia N°2014-8483 de las 9:05 horas del 13 de junio de 2014).

Finalmente, la Sala enfatiza el derecho de los usuarios a contar con información suficiente y de calidad, lo que también se desprende de la resolución N° RCS-063-2014. Sería improcedente, verbigracia, denominar un contrato de acceso a Internet como “ilimitado”, cuando dicho acceso en realidad se halla sometido a la política de uso justo, la cual precisamente constituye un límite al acceso (por ejemplo, al permitir una disminución de la velocidad de navegación en ciertas circunstancias). Este aspecto también encuentra sustento en el artículo 46 de la Constitución Política, que estatuye “(...) Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. (...)” (el subrayado es agregado). En ese tanto, es deber de la SUTEL velar por que la información relacionada con la aplicación de la política de uso justo sea veraz y adecuada, a fin de que los usuarios y consumidores puedan tomar decisiones según sus intereses.

XI.-

EN CUANTO A LA AUDIENCIA PÚBLICA, redacta el Magistrado Salazar Alvarado. Finalmente, la parte accionante acusa que la política de uso justo no fue sometida a audiencia pública, de previo a su aprobación. Al respecto, la mayoría de esta Sala ha rechazado los asuntos relacionados con el ordinal 9 de la Constitución Política con base en las siguientes consideraciones:“(...) *Si bien es cierto este Tribunal ha reconocido el derecho a participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones relacionadas con la prestación de esos*

servicios públicos, al modificar el artículo 9 de la Constitución Política, el constituyente derivado quiso dar positividad al principio de participación y así acercar a los administrados al proceso de toma de decisiones estatales, como parte de lo que la doctrina llama "mecanismos de corrección" de la democracia representativa. Así, el Constituyente reformador dejó los medios, alcance y oportunidad de la participación ciudadana a la normativa infra-constitucional, salvo en casos excepcionales. En ese sentido, la sede natural para vigilar su cumplimiento, es la justicia ordinaria y no la jurisdicción constitucional. Por esa razón, son ajenas y lejanas a la competencia de este Tribunal, las cuestiones que se plantean en este caso, a saber, el acceso a información que se echa de menos. En suma, le corresponde entonces, al contralor de legalidad y no a este Tribunal Constitucional, determinar si las actuaciones y conductas administrativas desplegadas (activas u omisas), por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, se ajustan o no, al ordenamiento jurídico infra constitucional. Bajo esta inteligencia, descarta esta Sala que se haya producido el agravio reclamado" (ver, entre otras, sentencia N° 2014-015219 de las 11:45 horas del 12 de septiembre de 2014). Así las cosas, lo correspondiente es desestimar dicho extremo, con base en los reiterados precedentes de la mayoría de este Tribunal en materia de participación ciudadana.

XII.-

Con respecto al recurrente Porrás Castillo, la Sala no pudo tener por demostrado que él tuviera un contrato de Internet móvil con algún operador o que le hubiese sido informado que su acceso a Internet móvil sería afectado por la aplicación de la política de uso justo. Ante la ausencia de una lesión o amenaza a sus derechos, procede declarar sin lugar su recurso.

Por su parte, se tuvo por probado que el recurrente Sibaja Miranda suscribió el 13 de setiembre de 2014 con el ICE un plan pospago Conectado 5 a 24 meses con una velocidad de 5 Mbps. En enero de este año lo renovó por 24 meses más, al suscribir el plan Conectado 6 con velocidad máxima de 6 Mbps. Asimismo, el recurrente Valdelomar Valerín suscribió el 6 de julio de 2016 un contrato con el ICE que incluye el uso del Internet móvil. El ICE le aplicó la política de uso justo a dicho tutelado, reduciendo su velocidad a 128 Kbps. La Sala considera que ambos fueron afectados por la política de uso justo, sea por la amenaza de su aplicación, sea por su aplicación efectiva. La estimatoria realizada en esta sentencia restituye a los tutelados Sibaja Miranda y Valdelomar Valerín en el goce de sus derechos, pues se procura que la velocidad de acceso a Internet sea funcional y deba ser revisada periódicamente, lo que evita situaciones como las reclamadas, en el sentido de que tal velocidad es "inoperante". Asimismo, en beneficio de esos amparados se restringe la aplicación de dicha política a las situaciones de congestión y a los usuarios intensivos.

XIII.-

Con respecto a la alegada confidencialidad de un "informe" expuesta por el accionante Sibaja Miranda, la Sala no pudo tener por probado que él solicitara el acceso a un informe y que este le fuese negado. Asimismo, los recurridos indicaron que el oficio 2042-SUTEL-DGC-2014, el cual sirvió de base a la resolución RCS-063-2014, no es confidencial. En virtud de lo expuesto, se desestima el reclamo.

XIV.-

Nota del Magistrado Cruz Castro. Siendo el acceso a internet un derecho fundamental, no puede quedar al arbitrio de los proveedores del servicio los que definan la periodicidad y la velocidad mínima funcional para determinar el uso justo del servicio. La definición de esos extremos tiene una clara incidencia sobre la naturaleza y vigencia del derecho fundamental de acceso al internet.

En un mercado de pocos proveedores, que casi podrían funcionar como un oligopolio, el órgano rector de ese servicio, no puede delegar materias tan relevantes al criterio de los operadores del servicio. La rectoría de Sutel incluye, casualmente, la definición de temas tan relevantes. Si existiera un mercado que marca los puntos de equilibrio justo entre consumidores y proveedores del servicio, la existencia de un órgano rector del servicio, estaría sobrando, pero casualmente, como las relaciones entre consumidores y proveedores deben ser reguladas y controladas, se impone que en materia tan relevante, el órgano rector del sector, ejerza las potestades que inevitablemente le corresponden.

XV.-

NOTA DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ

Además de las razones que se dan en la sentencia, agrego las siguientes para declarar con lugar los recursos de amparo incoados. Como es bien sabido, los derechos fundamentales no son absolutos, sino que están sujetos a límites y limitaciones. Esta particular, ha sido reconocida tanto por la doctrina como por el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas), así como por la legislación y la jurisprudencia. En este sentido, no es posible hablar de un derecho fundamental de acceso al Internet de forma irrestricta, sino que el Estado, mediante Ley formal, puede establecer limitaciones cuando hay motivos objetivos y razonables.

Por otra parte, también se ha reconocido que los derechos fundamentales tienen un contenido esencial, el cual no puede ser afectado ni siquiera por el legislador en uso de la potestad constituyente –poder reformador- o legislativa. La doctrina del núcleo duro o contenido esencial de los derechos humanos surge en Alemania con base en lo dispuesto por el artículo 19 de su Constitución. Ahora, si bien no existe un acuerdo a nivel general sobre que comprende el contenido esencial de un derecho fundamental, para su determinación resultan de utilidad los métodos que ha utilizado el Tribunal Constitucional español en su jurisprudencia. En ese sentido, en la sentencia número STC 11/1981 del 8 de abril de 2011, el Tribunal definió al contenido esencial como *"aquella parte del contenido de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga... se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo que resulta más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"*. De lo expuesto anteriormente, se desprende que el primero de los métodos se refiere a la naturaleza jurídica del derecho, preexistente al momento en que es regulado por el legislador, de manera que las facultades y posibilidades de actuación necesarias para el titular, hacen reconocible el contenido del derecho, de forma que si el legislador lo priva de dichas facultades, lo deja irreconocible y lo desnaturaliza, dicha actuación es contraria al Derecho de la Constitución. Por otra parte, el segundo método corresponde a los intereses jurídicos que deben ser protegidos en cuando dan fundamento al derecho, de forma tal que el contenido se lesiona cuando el derecho es sometido a limitaciones que impiden su práctica, lo dificultan más allá del límite de lo razonable, o lo despojan de la necesaria protección. En el caso que nos ocupa, tal y como acertadamente se afirma en la sentencia, cuando se reduce la velocidad a un nivel tal que el acceso al Internet no es funcional, entonces se afecta el contenido esencial de este derecho.

También comparto el argumento de la sentencia, en el sentido que el minimun minorum que garantice un acceso a Internet de manera funcional no debe ser determinado, en este momento histórico, por las operadores del servicio, sino por el Estado, toda vez que dentro de sus

funciones está el garantizar a todos los habitantes de la República un ejercicio efectivo del derecho fundamental.

Asimismo, hay que tener presente que también se afecta el derecho de los consumidores a recibir un servicio eficaz, eficiente y veraz. En esta dirección, no puedo dejar de lado que el Estado debe de proteger a la parte más débil, en este caso, a los usuarios del servicio. Hay que tener presente que en lo referente a los derechos de los consumidores y usuarios, la Sala Constitucional, adoptando como marco de referencia el último párrafo introducido al numeral 46 de la Constitución mediante Ley n.º 7607 de 29 de mayo de 1996, ha perfilado un nuevo principio: *in dubio pro consumptore*, a favor de consumidores y usuarios, ya que los considera la parte más débil de la cadena productiva, requiriendo por ello de una especial protección del Estado frente a los productores y proveedores. *"En efecto, el Estado, por mandato del artículo 50 constitucional, debe procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. También la adhesión de nuestro sistema jurídico al principio cristiano de justicia social (artículo 74 idem) hace que el sistema político y social costarricense, pueda definirse como un Estado de Derecho. La Sala en las sentencia números 1441-92 de las 13:45 horas del 2 de junio de 1992, 2757-93 de las 14:45 horas del 15 de junio de 1993, 0490-94 de las 16:15 horas del 25 de enero de 1994, entre otras, sostuvo que principios de orden público social justifican el amplio desarrollo que se promueve en torno a la protección de los derechos de los consumidores. Y se agregó textualmente en la primera de ellas que se cita lo siguiente: '...es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal, y su participación en ese proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello la relación en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos de que previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por los expresados, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor posible conocimiento del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia"*. (Las negritas no corresponden al original). Vid. voto n.º 4463-96 de la S.C.

Aunado a lo expuesto líneas atrás, no puede pasar desapercibido el hecho de que el Internet móvil ha tenido un crecimiento exponencial en el país, particularmente a partir de la apertura del mercado de telecomunicaciones. En ese sentido, en el informe sobre Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones 2010-2012 de la Superintendencia de Telecomunicaciones, se establece que, entre los años 2010 a 2012, el mercado de Internet del país tuvo una tasa de crecimiento acumulado de 114%, en términos de suscripciones. Así, las suscripciones de Internet fijo presentaron una tendencia decreciente con respecto al total de suscripciones a Internet (fijo y móvil), pues pasó de representar un 63 % de la totalidad de suscripciones en el 2010 a un 33% en el 2012. Por el contrario, el servicio de acceso a Internet inalámbrico móvil, evidenció una tendencia creciente en cuanto al total de suscripciones, presentando una tasa de crecimiento acumulada de 282 %, que se vio reflejada en su peso dentro del total de suscripciones al servicio

de Internet, que paso del 37% en el año 2010 al 67 % en el año 2012. Siguiendo con lo anterior, en el informe denominado *Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones. Informe 2010-2013*, la Superintendencia de Telecomunicaciones establece que para el año 2013 el país cerró con 7.111.981 líneas celulares activas, lo que representó una penetración del 151 %, la más alta de Centro América. Dicho crecimiento se vio reflejado en el aumento de usuarios de Internet móvil, que pasó de 606.215 personas en el año 2010 a 3.543.419 al cierre del 2013, lo que implica un 485 %. El 98 % de dichas conexiones se realizaron desde un teléfono celular, mientras que el 2% restante por medio de data card. Ese mismo informe revela que las suscripciones a Internet fijo inalámbrico crecieron un 25% entre los años 2010 y 2013, siendo que para ese año el 36 % de las viviendas contaban con ese servicio. Por otra parte, datos publicados por SUTEL en el periódico La Nación del 7 de agosto de 2014, establecen que el servicio de Internet móvil aumentó en términos de generación de ingresos en el año 2013, pues pasó del 10 al 26%. Asimismo, se explica que para esa época, 75 de cada 100 ciudadanos utilizan Internet por medio de su teléfono celular, cifra que era de 13 de cada 100 ciudadanos en el año 2010. Datos más recientes publicados por SUTEL en el documento denominado *Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones Costa Rica 2015*, revelan que en el año 2012, 57 de cada 100 personas gozaban de los beneficios del Internet vía celular, sin embargo, para el 2015 dichos datos habían pasado a 101 de cada 100 habitantes. Por otra parte, dicho documento revelaba que el tráfico de datos había presentado un incremento del 209% entre los años 2013 y 2015, lo que reflejaba un cambio en los hábitos del usuario, particularmente en el uso de mensajería instantánea, descarga de archivos, streaming de música y video, envío de fotografías, entre otros. Lo anterior, llevó a que el país se colorara en el primer lugar de Latinoamérica en lo que respecta a la penetración de acceso a Internet móvil. En ese mismo sentido, en una nota periodística publicada en el diario La Nación del 14 de marzo de 2016, se externa que conforme datos de la SUTEL, el uso de Internet móvil se había cuadruplicado entre el primer trimestre del 2013 y el segundo trimestre de 2015. Lo anterior, se veía reflejado en el hecho de que las llamadas de voz vía teléfono celular presentaban un marcado decrecimiento, mientras que el uso de datos había crecido en virtud de la popularidad de aplicaciones como WhatsApp, que permitían la comunicación entre los usuarios sin necesidad de realizar llamadas. Finalmente, cabe destacar que conforme un informe emitido por la Comisión para América Latina y el Caribe (CEPAL), Costa Rica se convirtió en el país número uno de la región centroamericana en el acceso a Internet mediante dispositivos móviles, lo que se reflejaba en el hecho de que se había dado un aumento del 440% de los suscriptores de ese servicio.

Así las cosas, de lo externado líneas atrás, se desprende, con claridad, que el Internet móvil, particularmente por medio de celulares, constituye uno de los medios principales por los que la población tiene acceso a la red mundial, situación que denota su importancia en el país. Lo anterior, se ve particularmente reflejado en el hecho de que en algunas comunidades que por su distancia o recursos económicos no tienen la posibilidad de contar con Internet fijo, la modalidad antes mencionada se constituye en el único medio por el cual puedan acceder a dicho servicio público.

Finalmente, el suscrito estima necesario plantear algunas consideraciones con respecto al acceso al Internet y el Fondo Nacional de Telecomunicaciones. En ese sentido, tal y como se indicó líneas atrás, con la apertura del mercado de telecomunicaciones en el año 2008, Costa Rica pasó de un modelo de monopolio estatal, a uno de libre competencia, aunque con la presencia de un Estado Regulador fuerte. Precisamente, en atención a dicho cambio de modelo, y con el fin de evitar que grupos poblacionales pudieran ser excluidos de servicios públicos esenciales, en razón de su ubicación geográfica u otras particularidades, el legislador dispuso que en el sector de telecomunicaciones se respetarían los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, disponiendo, además, que por medio del Plan Nacional de Desarrollo de las

Telecomunicaciones el Poder Ejecutivo definiría las metas y prioridades necesarias para el cumplimiento de tales objetivos. Lo anterior, se refleja en lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley número 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, y los numerales 31, 32 y 33 de la Ley número 8642, Ley General de Telecomunicaciones.

Cabe señalar, que en vista del modelo de libre competencia que hay actualmente en el sector de telecomunicaciones, algunos de los servicios públicos requeridos en diversas zonas del país no resultarían rentables para las empresas operadoras, lo que podría conllevar a que ninguna mostrara interés en brindarlos, el artículo 34 de la Ley General de Telecomunicaciones creó el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), como un instrumento para garantizar los recursos de los proyectos destinados a garantizar los objetivos antes mencionados, así como las prioridades y metas definidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Conforme al numeral 35 de la Ley 8642, la Administración del FONATEL estaría a cargo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, quien asignaría los recursos del fondo de conformidad con el plan antes mencionado, en los términos del artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones:

ARTÍCULO 36.-

Formas de asignación

Los recursos de Fonatel serán asignados por la Sutel de acuerdo con el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, para financiar:

a) Las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores y proveedores en sus respectivos títulos habilitantes.

Serán financiadas por Fonatel, las obligaciones que impliquen un déficit o la existencia de una desventaja competitiva para el operador o proveedor, según lo dispone el artículo 38 de esta Ley. La metodología para determinar dicho déficit, así como para establecer los cálculos correspondientes y las demás condiciones se desarrollará reglamentariamente. En cada caso, se indicará al operador o proveedor las obligaciones que serán financiadas por Fonatel.

b) Los proyectos de acceso y servicio universal según la siguiente metodología: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de esta Ley, la Sutel publicará, anualmente, un listado de los proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad por desarrollar con cargo a Fonatel. El anuncio especificará, para cada proyecto, las localidades beneficiadas, la calidad mínima del servicio requerido, el régimen aplicable de tarifas, el período asignado, la subvención máxima, la fecha estimada de iniciación del servicio, el plazo de ejecución del proyecto y cualquier otra condición necesaria que se requiera en el cartel. Estos proyectos serán adjudicados por medio de un concurso público que llevará a cabo la Sutel. El operador o proveedor seleccionado será el que cumpla todas las condiciones establecidas y requiera la subvención más baja para el desarrollo del proyecto. El procedimiento establecido se realizará de conformidad con la Ley N.º 7494, Contratación administrativa, de 2 de mayo de 1995, y sus reformas, y lo que reglamentariamente se establezca.

Con fundamento en lo dispuesto en la normativa respectiva, la asignación de recursos para el financiamiento de proyectos por parte de FONATEL, debe responder a los objetivos antes mencionados, así como a lo dispuesto por el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

Precisamente, en los ejes de telecomunicaciones y social de ese documento, y en el transitorio VI de la Ley General de Telecomunicaciones, se establece, en lo que interesa:

Con arreglo a lo señalado, el desarrollo de la infraestructura nacional de telecomunicaciones deberá atender a los siguientes lineamientos:

a.5 El mecanismo para el otorgamiento de las concesiones para el uso del espectro en Costa Rica, deberá responder a un estudio profundo de la experiencia que en esta materia han acumulado otros países, particularmente aquellos que han alcanzado niveles de penetración, cobertura y calidad de servicios sobresalientes. El modelo que se escoja debe garantizar el resguardo de los principios que guían la normativa en telecomunicaciones, el respeto de la normativa ambiental aplicable y los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, de manera tal que:

- Asegure el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a habitantes de las zonas alejadas del país, donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.

(...)

a.6 Garantizar el desarrollo de una infraestructura, que permita llevar los servicios de telecomunicaciones a todos los habitantes del país, cumpliendo con los objetivos y metas de acceso universal, servicio universal y solidaridad, y elevando la competitividad del país.

. Social

Ningún objetivo de política pública tiene sentido si su finalidad no está determinada por la mejora en la condición de vida de su población meta. En materia de telecomunicaciones, esta será una regla inamovible, razón por la cual es imperativo asegurar el acceso a los beneficios de las TIC a todos los sectores de población. Así lo dispuso el Legislador en la Ley General de Telecomunicaciones, Transitorio VI, al señalar una serie de metas y prioridades en torno a acceso universal, servicio universal y solidaridad.

De ahí que el PNDT tenga, entre otras de sus finalidades, reducir la brecha digital, lograr la integración social y la introducción de nuevos servicios y tecnologías. Para tal efecto, se ejecutarán acciones destinadas a promover el desarrollo de la infraestructura, especialmente en las zonas rurales y alejadas, que permitan el uso de las TIC en el campo educativo, en salud, en la esfera individual y, en general, para el desarrollo social de la población.

Con base en esta política, el PNDT en su parte social atenderá las siguientes líneas de acción:

d.1 Impulsar una estrategia dinámica para llevar los servicios y beneficios de las telecomunicaciones a todos los sectores de la población, especialmente a aquellos que por sus condiciones de vulnerabilidad económica y social no disponen de los recursos ni las condiciones para asegurarse dichos servicios. En este caso, el Fondo Nacional de Telecomunicaciones será el instrumento para atender las necesidades de estas poblaciones, no solo desde el punto de vista de acceso, sino, también, de uso de las telecomunicaciones, incluido todo lo relativo a capacitación y formación en tecnologías digitales.

(...)

d.6 *Incentivar la inversión privada y pública dirigida al desarrollo del servicio y acceso universal, para garantizar el derecho de la población a disponer de comunicaciones dentro de un marco justo, equitativo y solidario.*

TRANSITORIO VI.-

El primer Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones que se dicte deberá establecer, como mínimo, las siguientes metas y prioridades de acceso universal, servicio universal y solidaridad:

1) Servicio universal.

a) Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet.

b) Que todos los usuarios finales puedan contar con acceso a Internet de banda ancha, posibilitando, a mediano plazo, el uso de tecnologías inalámbricas en las comunidades donde los costos para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura es elevada.

2) Acceso universal

b) Que se establezcan centros de acceso a Internet de banda ancha en las comunidades rurales y urbanas menos desarrolladas y, en particular, en albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad y poblaciones indígenas.

c) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las escuelas y los colegios públicos que sean parte de los Programas de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública.

d) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a los hospitales, clínicas y demás centros de salud comunitarios de la Caja Costarricense de Seguro Social.

e) Que se brinde acceso a Internet de banda ancha a las instituciones públicas, a fin de simplificar y hacer más eficientes sus operaciones y servicios, e incrementar la transparencia y la participación ciudadana.

Ahora bien, de lo expuesto se denota, con claridad, que el Fondo Nacional de Telecomunicaciones tiene como finalidad garantizar que se cumpla el principio de universalidad en el acceso al servicio de Internet para la población, especialmente para las personas que habitan en lugares que por su lejanía o condiciones sociales no tienen la posibilidad acceder o costear un servicio de carácter privado, de forma tal que se disminuya la brecha digital entre los diversos sectores de la población.

XVI.-

Los Magistrados Cruz Castro y Rueda Leal, con redacción del último, declaran con lugar el recurso en cuanto a la audiencia pública. En su jurisprudencia, esta Sala ha enfatizado la importancia de la participación ciudadana en el gobierno como manifestación propia del sistema democrático. Al respecto, verbigracia, véase la resolución 2013-017305 de las 11:32 horas del 20 de diciembre de 2013: "V.-

Sobre el derecho constitucional al gobierno participativo. El derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones se ha convertido en uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema democrático. En nuestro país, el legislador constitucional recogió este derecho en el artículo 9 de la Constitución Política al disponer que el Gobierno de la República sea popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Este mandato de la Ley Fundamental ha orientado un posterior desarrollo normativo constitucional e infraconstitucional. Así, se ha establecido una serie de mecanismos que buscan que el derecho al gobierno participativo pueda ser aplicado en forma efectiva, y no quede únicamente en el papel, tales como el referéndum para la aprobación o derogación de leyes y reformas parciales a la Constitución, o la iniciativa popular en la formación de leyes (véase, entre otras, la sentencia número 2005-05649 de las 14:39 horas del 11 de mayo del 2005). El derecho al gobierno participativo, elevado a rango constitucional mediante la reforma propiciada por Ley N° 8364 de 01 de julio de 2003, publicada en La Gaceta N° 146 de 31 de julio de 2003, no solo significa un reconocimiento del más alto rango normativo a la función del control político, sino que, además, constituye una revalorización del papel del ciudadano en los procesos de toma de decisión. Por voluntad del legislador constituyente, que esta Sala no debe ni puede desconocer, el derecho al gobierno participativo se erige como pilar fundamental de nuestro régimen democrático -cuestión erróneamente desconocida por el voto de minoría, que le baja la categoría a la participación ciudadana de derecho a principio general, en clara contraposición a la línea jurisprudencial de esta Sala como más adelante se demuestra-, lo que resulta conteste con un sistema político basado en la tolerancia, el pluralismo y el respeto a la libertad. Este derecho al gobierno participativo, también denominado derecho a la participación ciudadana, se encuentre cobijado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. De este modo, el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone que "toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos".

Concordante con lo anterior, el numeral 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos: "(...) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. En igual sentido, la Carta Democrática Interamericana señala en su artículo 5° que: "La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional." De manera más vehemente, el numeral 6 de dicha Carta estatuye que: "La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia." Este reconocimiento convencional y constitucional al mencionado derecho representa un aspecto fundamental del modelo democrático de este siglo, en el que el control ciudadano, la transparencia y la rendición de cuentas destacan como factores inherentes al sistema republicano, lo que a su vez dota la toma de decisiones políticas de mucha mayor legitimidad, aspecto clave cuando de verdadera gobernabilidad se trata precisamente, uno de los mecanismos ideados para cumplir lo dispuesto en el artículo 9 constitucional es la audiencia pública, que constituye en un medio a través del cual las personas interesadas pueden hacer valer sus derechos, participando activamente en temas de relevancia nacional o local, y poniendo en conocimiento de la Administración todas aquellas anomalías o disconformidades en relación con el proyecto que se pretenda desarrollar. Así las cosas, la audiencia pública es un instrumento típico de una democracia madura, mediante el cual se fomente la participación activa del ciudadano en la toma de decisiones públicas. Por su significado, la audiencia debe efectuarse de tal forma que garantice la mayor participación de las personas que puedan verse afectadas, de ahí que cualquier acción u omisión que evite lo anterior, implica una

abierta vulneración a los derechos fundamentales de los participantes (véase, entre otras, la sentencia número 2009-018223). En cuanto al carácter participativo de la audiencia pública, la propia Constitución Política obliga a ello, pues con la reforma vigente desde el 31 de julio de 2003 al numeral 9 de la Ley Fundamental quedó estatuido que el Gobierno de la República tiene que ser, entre otros aspectos, participativo, lo que implica que el gobierno de turno es un articulador de lo establecido por deliberación popular. En otras palabras, en la democracia actual, los ciudadanos gozan, por mandato constitucional, ya no solo del derecho al voto para ejercer su derecho al gobierno participativo, sino de cantidad de instrumentos de diversa naturaleza para coadyuvar en la toma de decisiones políticas, lo que propicia que puedan ejercer influencia directa en las grandes decisiones públicas. Este derecho fundamental de participación ciudadana establece que el pueblo debe estar habilitado para manifestarse por igual en puntos de vista tanto mayoritarios como minoritarios. Así, serán importantes tanto los mecanismos de participación nacionales como el referéndum o plebiscito, como los locales. Durante la audiencia pública se les deben otorgar a los participantes todas las facilidades para que se encuentren informados y puedan hacerse escuchar, todo dentro de lo razonable, pues tampoco puede convertirse la audiencia en un obstáculo o un recurso para impedir que se dé oportuna resolución a determinada gestión. ”

En el caso de marras, estimamos que la convocatoria a una audiencia pública se justifica por dos motivos. En primer lugar, se desprende del razonamiento de esta sentencia que la aplicación de la política de uso justo incide en el contenido esencial del derecho de acceso a Internet, toda vez que la velocidad a la cual se disminuye dicho acceso marcará la diferencia entre poder hacer un uso funcional de dicha red o no. Si bien recae en la SUTEL el deber de concretar cuál velocidad es funcional, es menester otorgar audiencia a los diferentes sectores de la ciudadanía, a fin de que ellos contribuyan a enriquecer el debate y expresen su parecer en cuanto a la funcionalidad de una velocidad. Precisamente, la diferencia de criterios técnicos entre los profesores de la Universidad de Costa Rica y los funcionarios de la SUTEL que se ha dado en el *sub examine*, pone de manifiesto la necesidad de una audiencia. En tal sentido, es un hecho público y notorio que la aplicación de la política de uso justo ha generado un debate a nivel nacional; ciertamente, algunas personas ven en ella una limitación irrazonable de su derecho fundamental, equivalente a una denegatoria. Consideramos que la participación ciudadana es el cauce constitucionalmente previsto para que el ciudadano haga valer sus derechos y que se pueda fijar dicha velocidad tomando en cuenta su parecer; en adición, esa vía, al proveer de más criterios y fomentar un mejor contraste de posiciones, cubre de mejor manera el derecho de los consumidores y usuarios a recibir información adecuada y veraz (artículo 46 de la Constitución Política). Otro motivo por el cual calificamos la audiencia pública como indispensable, se relaciona con la lectura que realizamos del artículo 73 inciso h) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Dicha norma señala:

Artículo 73. Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son funciones del Consejo de la Sutel:

(...)

h) Convocar a audiencia, conforme al procedimiento ordenado en el artículo 36 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N.º 7593, de 9 de agosto de 1996, en los casos de fijaciones tarifarias, formulación y revisión de reglamentos técnicos, de estándares de calidad y la aprobación o modificación de cánones, tasas y contribuciones. ”(El subrayado es agregado).

Los suscritos estimamos que los parámetros establecidos por la SUTEL en la resolución N° RCS-063-2014 constituyen estándares de calidad en los términos expuestos por la norma recién transcrita. Igualmente, la velocidad que fije la SUTEL con base en esta sentencia es un estándar

mínimo de calidad que es impuesto a los operadores a fin de procurar un acceso funcional a Internet, en beneficio de los usuarios. En ese tanto, por imperativo del ordinal 9 constitucional en relación con el derecho de los consumidores a recibir información adecuada y veraz (artículo 46 de la Constitución Política) y lo dispuesto en el numeral 73 inciso h) de Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, número 7593 del 9 de agosto de 1996, la aprobación de dichos parámetros debe incluir el procedimiento de convocatoria a audiencia pública. En virtud de lo expuesto, también declaramos con lugar el recurso en este extremo.

XVII.-

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ. Discrepo del criterio de la mayoría del Tribunal, pues estimo que lo que se discute es la mala calidad del servicio de telefonía móvil post pago y el incumplimiento contractual, y no el derecho en sí de acceder al servicio de internet que es lo que está Sala ha tutelado en sus precedentes; pues, según afirmaron los recurrentes, al momento en que suscribieron ese servicio, no se les impuso limitación alguna a la red y ahora, en aplicación de la denominada política de acceso justo, no solo les pone un techo, sino que se les disminuye la velocidad contratada a extremos que impiden la navegación (escrito de interposición). Véase que se pretende en términos generales la anulación de la política de uso justo del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones o su desaplicación por parte de los operadores (memoriales de interposición). Tampoco, podría obviarse que el límite o umbral es definido en los contratos de adhesión, que se establecen entre los citados operadores y los usuario (informe); ni que podrían existir otras opciones para ampliar la capacidad de las redes para reducir al máximo los niveles de congestión detectados y así cumplir con las velocidades comercialmente ofrecidas; que fijar la velocidad mínima para un Internet funcional pasaría por definir qué es lo que se desea garantizar; que podrían existir otras alternativas técnicas diferentes a la política de uso justo, para desestimular el uso excesivo de internet móvil por parte de los usuarios o que podría utilizar diferentes estrategias, tanto en el criterio para aplicarlo como en la acción de restricción de uso. Que también sería necesario determinar si existen contratos en los cuales no se consignó la política de uso justo; que podrían existir contratos con condiciones de descarga ilimitada no sujeta a políticas de uso justo, u omisos en cuanto a la capacidad de descarga contratada y velocidad; que se requeriría valorar caso por caso la aplicación de la política de uso justo a aquellos usuarios que hayan suscrito contratos de adhesión no sujetos a plazos de permanencia mínima o cuyas permanencias se encuentren vencidas, y si se le ha informado de previo sobre las nuevas condiciones o restricciones; que debe determinarse si en el contrato de adhesión se fijó limitación en la descarga de datos, o la velocidad a la cual se disminuiría el servicio una vez que se llegue al límite de consumo, o bien, si se indicó de forma expresa que la descarga de datos móviles era ilimitada, no sujeta a políticas de uso justo. Aunado a lo anterior, de conformidad con el Título II denominado REGIMEN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES, Capítulo II, RÉGIMEN DE PROTECCIÓN A LA INTIMIDAD Y DERECHOS DEL USUARIO FINAL de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642, el usuario final del servicio de telecomunicaciones tiene derecho a recibir servicios de calidad en los términos estipulados previamente y pactados con el proveedor, a precios asequibles (artículo 45, inciso 13). Tal incumplimiento debe por tanto conocerse y resolverse ante tales órganos. En segundo lugar, la determinación de la calidad del servicio es un aspecto técnico, ajeno a la competencia de esta jurisdicción que debe igualmente resolver ante la misma Administración o ante la justicia ordinario. En tercer lugar, ha de considerarse que el usuario final de los servicios de telecomunicaciones tienen derecho a elegir y cambiar libremente al proveedor de servicio (artículo 45, inciso 2) *ibídem*). Es decir, la telefonía móvil es un servicio que hoy día se presta en un mercado abierto a la competencia, tal y como lo ha declarado reiteradamente este Tribunal en sus precedentes (Cfr. sentencias números 2015-09919 de las 9:20

horas del 3 de julio de 2015, y 2017-03654 de las 9:05 horas del 10 de marzo de 2017), considerando que a partir de la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 del 4 de junio de 2008, se abrió el mercado de telefonía móvil y todos los operadores y proveedores de telecomunicaciones, tienen la posibilidad de competir para suministrar directamente al cliente, los servicios de telecomunicaciones de redes privadas, internet y servicios inalámbricos móviles, así como todos los nuevos servicios que surjan, en virtud de los adelantos tecnológicos. Asimismo, la Sala ha señalado que en caso que el servicio de telefonía móvil la cobertura sea limitada, el usuario tiene la opción de acudir a otros proveedores, ya que como se indicó, los servicios de internet y telefonía móvil han sido abiertos a la competencia. Sobre este aspecto y en lo conducente, puede verse la sentencia de esta Sala No. 2017005393 de las once horas con treinta minutos del siete de abril de dos mil diecisiete.

XVIII.-

DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE . Se previene a las partes que de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, éstos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial", aprobado por la Corte Plena en sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI .

Por tanto:

Se declara parcialmente con lugar el recurso de los amparados Valdelomar Valerín y Sibaja Miranda solo en contra de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). Se ordena a Gilbert Camacho Mora, en su condición de Presidente del Consejo de la SUTEL, o a quien en su lugar ejerza dicho cargo, tomar las medidas necesarias para que la SUTEL en el plazo máximo de CUATRO MESES, contado a partir de la notificación de esta sentencia, con base en estudios técnicos 1) determine la velocidad mínima de conexión a Internet que servirá de base para la aplicación de la política de uso justo, a fin de que el usuario afectado por dicha política mantenga un acceso funcional a Internet; y 2) defina la periodicidad con que debe actualizar dicha velocidad por tratarse de un concepto dinámico que varía conforme avanza la diversidad de elementos tecnológicos que afectan a la Internet, como la riqueza de recursos (por ejemplo multimedia) que se ofrecen, los medios transmisión de datos, la capacidad de compresión de datos, entre otros. En el plazo improrrogable de UN MES a partir de la notificación de este pronunciamiento, la SUTEL deberá fijar técnicamente una velocidad mínima funcional provisional, que regirá mientras cumple a cabalidad lo ordenado anteriormente. En tanto se determina la velocidad mínima funcional provisional, la SUTEL le permitirá a los operadores continuar aplicando sus respectivas velocidades mínimas de conexión a Internet, a fin de evitar que una repentina suspensión de la política de uso justo produzca efectos adversos en el tráfico en la Internet móvil. Transcurrido ya sea el plazo de un mes sin que la SUTEL haya definido técnicamente dicha velocidad mínima funcional provisional, o bien el plazo de cuatro meses sin que ese órgano haya cumplido a cabalidad lo supra ordenado, se suspenderá la aplicación de la política de uso justo. Independientemente de lo anterior, se le ordena a Gilbert Camacho Mora, en su condición de Presidente del Consejo de la SUTEL, o a quien en su lugar ejerza dicho cargo, de inmediato girar las instrucciones y medidas de fiscalización que estén dentro del ámbito de sus competencias para que los operadores apliquen la política de uso

justo siguiendo los parámetros expuestos en los considerandos IX y X, como por ejemplo que la medida de restricción de la velocidad mínima funcional solo aplique durante los lapsos en que realmente haya congestión en la red, y que se garantice el derecho de los usuarios y consumidores a que la información relacionada con la aplicación de la política de uso justo, sea veraz y adecuada. Lo anterior se dicta con el apercibimiento de que podrían incurrir en el delito tipificado en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual dispone que se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Superintendencia de Telecomunicaciones al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. En lo demás, se declaran sin lugar los recursos. El Magistrado Cruz Castro pone nota. El Magistrado Castillo Víquez pone nota. Los Magistrados Cruz Castro y Rueda Leal adicionalmente declaran con lugar el recurso en cuanto a la audiencia pública por violación al derecho constitucional a la participación ciudadana. La Magistrada Hernández López salva el voto y declara sin lugar el recurso. El Magistrado Hernández Gutiérrez salva el voto y declara sin lugar el recurso. Notifíquese esta resolución a Gilbert Camacho Mora, en su condición de Presidente del Consejo de la SUTEL, o a quien en su lugar ejerza dicho cargo, en forma personal.

Fernando Cruz C.

Presidente a.i.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Nancy Hernández L.

Luis Fdo. Salazar A.

José Paulino Hernández G.

Aracelly Pacheco S.

oloria

Exp. 17-000191-0007-CO

VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA HERNÁNDEZ LÓPEZ.

Respetuosamente me separo del voto de mayoría, con base en las siguientes consideraciones:

A. Objeto del proceso.

El objeto de este amparo busca eliminar las políticas de uso justo aprobadas por SUTEL en sus distintas resoluciones (RCS-063-2014 para los operadores ICE, Movistar de Telefónica, Claro), que permiten al operador disminuir la velocidad de internet móvil en forma temporal, por el resto del ciclo de facturación, una vez que el cliente ha alcanzado el umbral de descarga contratado. El recurrente Porras Castillo expresamente señala en su Petitoria:

"Solicito por favor, que se declare a la SUTEL a que proceda con la anulación de la política de uso justo (dentro de los contratos de adhesión de los operadores de telefonía móvil), garantizando así el acceso a Internet como derecho fundamental y evitar limitar la libertad de pensamiento y de expresión que se puede llevar a cabo con dicha herramienta de conexión.

Los contratos de adhesión para los servicios de telefonía móvil (incluyendo dentro del paquete, el servicio de internet), contienen métricas de velocidad de navegación, las cuales son definidas para la renta mensual y según las necesidades de cada ciudadano. Es por tal hecho, que se debe garantizar eficazmente el cumplimiento de dicha velocidad contratada con el fin de que el usuario pueda disfrutar de todos los servicios tecnológicos que ofrece la red de internet sin limitar el uso. Hecho que se da (limitación de uso) por las disminuciones que se aplican a la velocidad de conexión."

Posteriormente, presenta una adenda (así titulada) en la que reitera su petitoria original.

Comparece otro recurrente, **Sibaja Miranda** que señala tener una relación contractual con el ICE por una suma de 50 mil colones mensuales y que se enteró por los medios de comunicación escrita sobre la "política de uso justo de internet", y se opone a la misma, no sólo por un tema contractual, sino que establece que es un tema constitucional ya que la medida nunca fue sometida a consulta pública y que existiendo contratos de por medio no debería el Estado tener estas potestades de imperio. Tampoco este recurrente demuestra que le hayan aplicado la medida, con lo que se le haya afectado su acceso a internet. En cuanto a las condiciones particulares de su contrato, como se explica más adelante, ese es un tema de legalidad ordinaria que no corresponde analizar en la jurisdicción constitucional.

Finalmente, existe otro recurrente, Marco Vinicio Valdelomar Valerín que reclama específicamente contra la lesión que ha ocasionado el ICE al rebajarle la velocidad contratada a niveles que no le permiten navegar por internet y pide que se elimine de su contrato tales restricciones por lesionar sus derechos fundamentales.

B.-

Falta de legitimación.

No cabe duda que las resoluciones que se impugnan se refieren a disposiciones normativas de alcance general, que de conformidad con el artículo 30 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, solo procede impugnarlas en amparo, cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, y se demuestre una violación a un derecho fundamental (artículo 29 del mismo cuerpo normativo).

Los accionantes no demuestran un perjuicio o daño concreto por lo tanto individualizable. En el caso del primero, ni siquiera puede establecerse de sus escritos y prueba aportada, a qué operador pertenece, y ninguno de los dos casos (de los dos primeros recurrentes), pudo demostrarse que se les ha aplicado la política de uso justo, o qué velocidad se les aplicó, sin que sea válido en este caso, admitir que la simple inclusión en un contrato de una reducción de velocidad, pueda entenderse como una amenaza al derecho fundamental de acceso a internet según se explicará.- En ambos casos lo único que se aporta son unos anuncios de varias operadoras, lo que demuestra que las objeciones son en abstracto.

En cuanto al recurrente Valdelomar Valerín, debe señalarse que sí plantea una lesión individual y se reclama con base en ella la existencia de normativa general que se le ha aplicado por lo que conforme lo que recién se dijo, lo procedente debería ser atender lo dispuesto en los artículos 30 a y 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

C.-

No se demuestra que las políticas de uso justo aprobadas por SUTEL vacíen el contenido esencial del derecho al acceso al internet.

Aun asumiendo que los recurrentes tienen todos un contrato de internet móvil postpago y que efectivamente se les aplicó alguna de las medidas reducción de velocidad por políticas de uso justo de la red, estima la suscrita, que no hay una lesión al contenido esencial del derecho de acceso a internet, con la adopción de una política de uso justo per se, porque la resolución 014-021-2014 (sesión ordinaria 021-2014 2 de abril de 2014 Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones) -y las autorizaciones subsiguientes de cada operador- están debidamente fundamentadas y cumplen desde una perspectiva constitucional con los criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad.

Se han aportado los estudios técnicos que demuestran que existe una congestión de la red que causa un perjuicio generalizado, debido a un aumento exponencial de usuarios en un período corto de tiempo. La internet como recurso y fuente de datos e información no es un recurso finito pero sí lo son las vías para su acceso, por lo que las medidas de gestión del tráfico de datos -siempre que estén sustentadas en estudios técnicos- resultan razonables desde una perspectiva constitucional, dado que buscan favorecer a la gran mayoría de usuarios y evitar que un porcentaje pequeño de ellos, afecte a una mayoría. En los documentos aportados se habla de que esa minoría de usuarios que abusa de la red es de un 5%. Nótese que no se habla de usuarios abusivos de los datos de internet, sino del abuso que se presenta en el aprovechamiento de los medios de acceso.

Por otra parte, se trata de medidas temporales que se adoptan por el resto del ciclo de facturación, una vez que el cliente ha alcanzado el umbral de descarga contratado (una vez reestablecido el nuevo período de facturación, se reestablece el servicio contratado). En algunas intervenciones se

ha alegado que existen medidas menos gravosas que habría que considerar antes de afectar al consumidor final con políticas de uso justo, no obstante en el expediente no consta prueba técnica capaz de refutar la aportada por SUTEL en sustento de la resolución citada. En todo caso, el objeto del proceso se reduce al análisis de la política actual de uso justo y si esta viola el derecho fundamental al acceso al internet, no de si existen o no medidas menos lesivas para atender la congestión actual de la red o de si en el futuro deben adoptarse otras tecnologías que cumplan esa finalidad. Las circunstancias actuales de la red pueden cambiar, ya sea por aumento y mejoramiento de la infraestructura, la autorización de más operadores y otras causas, que justifiquen en el futuro la revisión de la política autorizada o la hagan incluso nugatoria, si las circunstancias varían, pero ello no es objeto de análisis en este amparo en este momento.

Aclaro que el hecho de que estime que las condiciones actuales de la política de uso justo, señaladas en la resolución citada y en las autorizaciones aprobadas, es desde mi perspectiva, constitucionalmente válida -por estar basada en estudios técnicos que cumplen con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad-, no significa que estime que a futuro no corresponda revisarlas, si se acreditan condiciones técnicas diferentes (no es pétrea).

Si bien es cierto, la Sala Constitucional ha señalado en su sentencia 2010-010627 que existe un derecho humano de acceso a internet, este derecho tiene características importantes que vale la pena resaltar: **a)** en primer término, se trata de un derecho prestacional, es decir el Estado está obligado a crear las condiciones para su cumplimiento, pero éstas son de desarrollo paulatino. Igual que sucede con el derecho a la vivienda no puede considerarse que el Estado tenga la obligación de cumplir el 100% de las necesidades en un sólo momento. De hecho ningún país del mundo tiene un 100% de acceso a internet. **b)** se trata de un servicio en competencia, producto de la apertura de mercado en las telecomunicaciones, autorizada en el Tratado de Libre Comercio y la Ley General de Telecomunicaciones, que establece que no se trata de un servicio gratuito. Con las excepciones establecidas en la Ley, si no se paga, los operadores no están obligados a darlo gratuitamente (para ello la ley ha establecido un fondo Fonatel al que contribuyen los operadores) **c)** Además, el derecho fundamental de acceso a internet viene conformado por todas las posibles modalidades de acceso a internet que recaen sobre distintos operadores: en **primer lugar** está el **internet fijo** (que no está en disputa en este proceso) **y en segundo lugar el internet móvil** que tiene **dos modalidades**, la de **prepago** en el que están prácticamente el 80 por ciento de los usuarios que usan la red. En ella se paga por lo que se consume y cuando se acaba el dinero, se termina el servicio el servicio. Es de suponer que si el acceso a internet puede válidamente cancelarse totalmente cuando se agota lo contratado, con mayor razón se puede disminuir la velocidad, esto obviamente desde el punto de vista del acceso al internet como derecho fundamental y no como lo entiende la mayoría, desde una perspectiva de un tipo u otro de contrato de servicio. Así, si el servicio prepago no pudiera cancelarse por el evidente vaciamiento del contenido esencial del derecho de acceso al internet que dicha cancelación conlleva, habría que eliminar el prepago que representa cerca del 80% de los usuarios de red. La otra modalidad del servicio móvil es **el servicio post-pago**, en el que se encuentra cerca del 20% de la población y que a su vez tiene diferentes modalidades de consumo y condiciones según la estrategia de mercado de los operadores.

Considero que el progresivo desarrollo del acceso a internet en general, como derecho humano fundamental, en nuestro país presenta necesariamente una pluralidad de frentes por lo que no resulta correcto afirmar que una reducción de la velocidad del acceso a la red, en la modalidad de internet móvil postpago, conlleve necesariamente la privación o impedimento de acceso general.- Es bien sabido que instituciones públicas o empresas privadas brindan en sus instalaciones el servicio de internet inalámbrica al público como parte de su estrategia de mercado; que el 60 por ciento de los hogares cuenta con internet fija y que además subsisten aún negocios que se especializan en brindar acceso a través de computadoras de escritorio a cambio de un precio.-

Desde esa perspectiva parece inadecuado e injusto que tenga que recaer exclusivamente sobre los operadores de red móvil y la SUTEL, es decir, solamente en modalidad de internet móvil postpago (que además está en sistema de competencia), la carga de servir de último recurso para el derecho de acceso a la internet. Como dije, existen también operadores de red fija y otras entidades del Estado (Fonatel) así como el Micitt, de conformidad con La Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico 7169 y sus reformas (artículo 3.b) que deben necesariamente ser parte de la solución que debe darse.

Es importante señalar además que por el hecho de encontrarse el acceso a internet en un mercado en competencia, se genera una mayor flexibilidad para el usuario frente la aplicación de la política de uso justo, ya que tendrá la posibilidad de continuar con el servicio con su operador o rescindir el mismo, sin penalización alguna, en caso de que se haya variado su contrato, incluso pasándose a

un operador que tenga mayor velocidad, si así le parece. Mientras exista la opción de escoger entre varios operadores en competencia, **estandarizar un mínimo para todos por medio de la intervención del Estado** introduce un elemento de distorsión en el mercado, injustificado desde una perspectiva constitucional, que eventualmente puede resultar más lesiva para unos operadores que otros, por las condiciones dispares del mercado en la actualidad y sin que se haya medido técnicamente qué impacto tendría un mínimo estandarizado sobre cada uno de los operadores, si ese mínimo fuera superior al que actualmente se les ha autorizado.

En todo caso, como se ha señalado, no existe el impedimento para el acceso a internet, porque no se trata de una medida definitiva- sino de carácter temporal técnicamente justificada-, lo que hace que no pueda alegarse válidamente una violación al derecho fundamental de acceso al internet. El caso más bien parece enfocarse en un tema de velocidad, pero aún con la velocidad más baja autorizadas por SUTEL, hay acceso a la mayoría de servicios por internet (Whatsapp, correo electrónico, Facebook, Spotify entre otros), según los estudios técnicos aportados en autos. Los que se ven afectados son las aplicaciones de mayor consumo, pero aun en este caso se trata de una afectación temporal.

Como señalé, estimo que es un error considerar que la SUTEL debe **fijar un mínimo estandarizado para todas las operadoras** como parte de las políticas de uso justo, porque ello significa introducir de manera totalmente innecesaria un elemento de distorsión en el mercado, lo cual puede significar mayores costos para unos operadores frente a otros (ya que la distribución del mercado y por ende de la tasa de congestión de las redes es distinta para cada uno de ellos); con ello se pueden afectar las reglas de la competencia e incluso terminar generando mayores costos a los usuarios, porque si el ente regulador establece un umbral más alto que el que la capacidad real instalada de cada operador permite, la inversión en infraestructura para cumplirlo, terminará siendo trasladado al consumidor final, en el mejor de los escenarios. En el peor escenario, si no se puede aumentar la tarifa para cumplir con el nuevo umbral de velocidad mínima (en caso que sea superior a la capacidad instalada del operador), terminará resultando ruinoso para el operador. Por otra parte, si SUTEL establece un umbral obligatorio más bajo que el actualmente autorizado en cada contrato, automáticamente los operadores que han ofrecido uno mayor para sus usuarios se ajustarán a la baja, -alegando su obligatoriedad-, con el perjuicio para los consumidores, a pesar de que tengan capacidad de dar un mínimo de velocidad mayor.

No se ha podido demostrar en el expediente que el mínimo más bajo de 128kbps, autorizado por SUTEL, viole el contenido esencial del derecho de acceso al internet, -que como se verá del cuadro que adjunta SUTEL en su respuesta-, es superior al utilizado en varios países y equivalente al de algunas operadoras. Según la prueba aportada en oficio N. 03159-SUTEL-CS-2017, las políticas de uso justo son ampliamente utilizadas en el mundo y como ejemplos de reducciones de velocidad da los siguientes ejemplos:

País	Operador	Reducción de velocidad
Alemania	Otelo	64kbps
Argentina	Movistar	32Kbps
España	Vodafone	128kbps
Estados Unidos	Virgin Mobile	128kbps
Francia	Orange	128kbps
Italia	TIM	32kbps

En conclusión, las políticas de uso justo objeto de análisis en este amparo, no afectan per se, el derecho humano de acceso a internet, sino que lo regulan o limitan, desde mi perspectiva razonablemente, por lo menos en cuanto a las velocidades mínimas autorizadas actualmente. Las

consecuencias de la no regulación sería la afectación de todos los usuarios ya que al saturarse la red, se vuelve lenta e inoperante para muchos en general. Por su parte, la aplicación particular de la política y en concreto, la situación de cada contrato, son temas de mera legalidad, como se establece seguidamente.

D.-

El análisis de cada contrato es un tema de legalidad.

Considero que la cuestión de cada contrato en sí, es un tema de legalidad ordinaria, ya que existe una normativa infralegal que regula estos contratos de adhesión y su forma de aplicación. Corresponde a SUTEL y a la jurisdicción ordinaria determinar, si cumplen con lo dispuesto en la resolución de autorización de la política y de autorización de cada operador, según el límite de consumo pactado, así como con lo dispuesto en Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones (artículo 20) y los artículos 46 de la Ley General de Telecomunicaciones, 73 inciso 0) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, y la jurisprudencia sobre los contratos de adhesión (entre esta la resolución 25-2016 de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo), entre otros. Sobre este tema, existe normativa que permite aplicar medidas drásticas a los clientes que utilicen de manera indebida el servicio de telecomunicaciones (artículo 34 del Reglamento de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones y el artículo 23 del Reglamento de prestación de servicios). Incluso se puede desconectar definitivamente a un usuario, entre otras razones, por el no pago del servicio, lo cual tampoco implicaría un vaciamiento del contenido esencial del derecho de acceso al internet, por las características de este derecho arriba señaladas.

E.-

No es necesaria la consulta pública .

Otro argumento señalado en el amparo, es la falta de consulta pública por parte de SUTEL previo a autorizar la política de uso justo mediante la resolución RCS-063-2004. Al respecto, considero que la participación de las personas en la configuración y aprobación de decisiones de órganos estatales ha sido establecida en la Constitución Política, como una guía respecto de la dirección que debe tomarse en este tema, más no como un derecho fundamental directamente justiciable ante esta Sala.- Al contrario, para poder alcanzar un apropiado equilibrio, dicha participación debe ser regulada en todos los casos por una ley que venga a darle forma y delimitar sus alcances.- Eso es lo que se ha hecho en la de la Ley 7593 Ley Reguladora de los Servicios Públicos, la cual no ha incluido la situación en discusión dentro de los supuestos que señala el artículo 73 inciso h) que claramente señala los temas que deben ir a audiencia pública. En lo que interesa señala:

"Artículo 73. Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones(SUTEL)

Son funciones del Consejo de SUTEL:

(...)

h) Convocar a audiencia conforme al procedimiento ordenado en el artículo 36 de la Ley de la Autoridad de los Servicios Públicos No. 7593, de 9 de agosto de 1996, en los casos de fijaciones tarifarias, formulación y revisión de reglamentos técnicos, de estándares de calidad y la aprobación o modificación de cánones, tasas y contribuciones (...)

Como conclusión en este aspecto no existe ninguna afectación de algún derecho fundamental con la falta de audiencia pública que se reclama en este caso concreto.

F.-

Existe un rezago para el desarrollo de políticas de acceso público gratuito que si resulta lesivo del derecho de acceso a internet.

Siendo el acceso a internet un derecho humano fundamental, tiene que estar garantizado por el Estado a través de lugares de acceso público gratuito, especialmente para las poblaciones más vulnerables. En este tema, a pesar de los avances, existe un rezago en la ejecución de algunos aspectos del Plan Nacional de Desarrollo en la materia, que garanticen el acceso universal y solidario previsto en la normativa.

Según CEPAL (Estudio sobre estado de banda ancha en América Latina y el Caribe 2016) y el Índice de Oportunidades Humanas (Banco Mundial), Costa Rica tiene la tasa más alta de acceso a internet en América Latina, con un 60% de hogares conectados y un 95% de penetración en banda ancha móvil, asimismo exhibe una de las menores brechas de acceso a internet entre zona rural y urbana.

No obstante, han transcurrido cerca de 10 años desde la apertura del mercado de las Telecomunicaciones y desde que la Sala Constitucional declaró el acceso a internet como derecho humano fundamental, y a estas alturas aún no existen lugares de acceso público gratuito de acceso inalámbrico para las poblaciones vulnerables en las distintas zonas del país que coadyuve a reducir la brecha digital, e incluso para aquellos usuarios que así lo requieran por haber consumido su plan, o tener dificultades de acceso en un momento determinado. Esa es una obligación ineludible del Estado, que aún no se ha materializado y que desde mi perspectiva, resulta lesiva de las obligaciones del Estado sobre el acceso al internet, porque ha transcurrido prácticamente una década sin que exista un solo quisco o zona de acceso a Internet inalámbrico gratuito por medio de la tecnología WI-Fi en el país. Existe un Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas SUTEL-BNCR, número de identificación 3-110-654956 que ha sacado un concurso público al efecto, apenas a esta alturas de la apertura.

No obstante, al no ser el objeto del proceso, ni habersele dado audiencia al efecto a Fonatel como responsable de la implementación de esta política, no procede en este momento su condenatoria.

Ciertamente lleva razón el proyecto de mayoría al recalcar la necesidad de garantizar el acceso al internet como derecho humano fundamental, en especial para las poblaciones más vulnerables, no obstante, me parece que en esta ocasión, el tema de si un usuario se queda sin acceso cómodo o no lo tiene del todo porque no lo puede costear, recae más en la responsabilidad de Fonatel, que en las operadoras de servicio de internet por tecnología celular, que como señalé supra, sólo son además, un segmento de un mercado más amplio y provisto de recursos de acceso para las personas.-

Nancy Hernández L.

Magistrada

