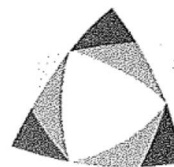


24 DE MAYO DEL 2011



SESIÓN ORDINARIA 039-2011

la Superintendencia de Telecomunicaciones, a quien corresponde resolverlo y deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles, contados a partir del día siguiente a la publicación de la presente resolución.

NOTIFIQUESE.

**ARTICULO 7****CRITERIO TECNICO JURIDICO SOBRE EL RECURSO DE REPOSICION INTERPUESTO POR CALL MY WAY CONTRA LA ORDEN DE ACCESO E INTERCONEXION Y LA SOLICITUD DE ADICION Y ACLARACION PRESENTADA POR EL ICE.**

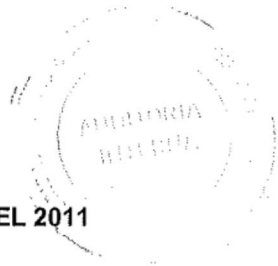
La señora Maryleana Méndez Jiménez somete a conocimiento de los señores miembros del Consejo el tema del criterio técnico jurídico sobre el recurso de reposición interpuesto por Call My Way contra la orden de acceso e interconexión y la solicitud de adición presentada por el ICE.

Cede el uso de la palabra a la señora Mariana Brenes Akerman para que brinde una explicación sobre dicho criterio y quien asimismo explica que la empresa Call My Way interpuso un recurso de revocatoria y el ICE interpuso una solicitud de adición y aclaración. La señora Brenes explica los pormenores de este asunto.

Suficientemente discutido este tema y atendidas las consultas planteadas sobre el particular, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones resuelve:

**ACUERDO 007-039-2011****RCS-111-2011****RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES  
SAN JOSÉ, A LAS 10:20 HORAS DEL 24 DE MAYO DEL 2011****“SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR CALLMYWAY NY, S.A. CONTRA LA RCS-072-2011 DE LAS 10:40 HORAS DEL 6 DE ABRIL DEL 2011 Y SE ATIENDE LA SOLICITUD DE ADICIÓN Y ACLARACIÓN PRESENTADA POR EL ICE”****EXPEDIENTE SUTEL-OT-020-2010****RESULTANDO**

- I. Que mediante resolución número RCS-072-2011 de las 10:40 horas del 6 de abril del 2011, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) dictó la orden de acceso e interconexión entre las redes de **CALLMYWAY NY, S.A.**, cédula de persona jurídica 3-101-334658, y el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE)**, dado que las partes no lograron suscribir el respectivo contrato en un plazo de 3 meses.



- II. Que dicha resolución fue debidamente notificada a **CALLMYWAY NY, S.A.** el día 12 de abril del 2011 y al **ICE** el día 13 de abril del 2011.
- III. Que el día 15 de abril del 2011, **CALLMYWAY NY, S.A.** interpuso un recurso de reposición contra la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-072-2011 de las 10:40 horas del 6 de abril del 2011.
- IV. Que el día 25 de abril del 2011, el **ICE** presentó una solicitud de adición y aclaración de la RCS-072-2011 de las 10:40 horas del 6 de abril del 2011.
- V. Que de conformidad con el artículo 356 de la Ley General de la Administración Pública, ley número 6227 (en adelante LGAP), para dictar el acto que agota la vía administrativa es indispensable que el órgano que lo emita consulte previamente al Asesor Jurídico de la correspondiente administración.
- VI. Que en cumplimiento de la disposición indicada, mediante oficio 951-SUTEL-DGM-2011 del día 20 de mayo del 2011, los funcionarios Mariana Brenes Akerman y Adrián Mazón Villegas, rindieron el informe técnico jurídico respectivo.
- VII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

#### CONSIDERANDO:

#### PRIMERO: SOBRE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR CALLMYWAY NY, S.A.

##### NATURALEZA DEL RECURSO

El recurso presentado es el ordinario de revocatoria o reposición, al que se le aplica los artículos 342 a 352 de la LGAP, por ser el capítulo relativo a los recursos ordinarios.

##### SEGUNDO: LEGITIMACIÓN

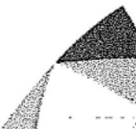
La empresa **CALLMYWAY NY, S.A.** se encuentra legitimada para plantear la gestión al tener un interés legítimo y al ser destinataria de los efectos del acto administrativo.

##### TERCERO: REPRESENTACIÓN

El escrito es firmado por el señor Ignacio Prada Prada, representante legal con facultades suficientes de la empresa **CALLMYWAY NY, S.A.**

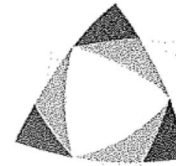
##### CUARTO: TEMPORALIDAD DEL RECURSO

- I. La resolución recurrida fue debidamente notificada a **CALLMYWAY NY, S.A.** el día 12 de abril del 2011 y la impugnación fue planteada el día 15 de abril del año en curso.
- II. Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días para recurrir otorgado en el artículo 346 de la LGAP, y lo estipulado en la Ley de Notificaciones Judiciales 8687, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal establecido.





24 DE MAYO DEL 2011



SESIÓN ORDINARIA 039-2011

**QUINTO: ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS DEL RECURRENTE**

- I. Para efectos de resolver el presente asunto, y de conformidad con el artículo 356 de la LGAP, conviene extraer del informe técnico jurídico rendido mediante oficio número 951-SUTEL-DGM-2011, el cual es acogido en su totalidad por este órgano decisor, lo siguiente:

“(...)

**A. Análisis del recurso de reposición interpuesto por CALLMYWAY NY, S.A.**

“(...)

**5. Análisis técnico jurídico de los principales argumentos del recurrente:**

- a. Sobre el artículo 21 de la Orden que regula la conciliación, liquidación y facturación de tráfico entre redes.

*El recurrente alega que el numeral 21.4 de la Orden que establece “De alcanzar la cuenta recaudadora un saldo de cero el ICE dejará de cursar el tráfico ofrecido en las rutas de interconexión con el PS” viola el debido proceso al darle la prerrogativa al ICE de dejar de cursar el tráfico hacia y desde la red de CALLMYWAY NY, S.A. si el saldo de la cuenta recaudadora es cero.*

*Al respecto, debe recordarse que la Orden de acceso e interconexión dictada mediante la RCS-072-2011 incorporó los aspectos sobre los cuales CALLMYWAY NY, S.A. y el ICE habían logrado alcanzar un acuerdo y resultaban acordes con el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. En este sentido, tal y como consta en el expediente SUTEL-OT-020-2010 y en el borrador del contrato remitido por las partes, la disposición 21.4 fue negociada y acordada previamente por los operadores y nunca constituyó un punto de discordia. Nótese asimismo, que esta disposición fue incorporada en las medidas provisionales dictadas mediante las resoluciones del Consejo de la SUTEL RCS-324-2010 de las 14:50 horas del 25 de junio del 2010 y RCS-404-2010 de las 10:30 horas del 25 de agosto del 2010, las cuales no fueron objetadas en relación a este punto.*

*Adicionalmente, resulta importante acotar que el acuerdo alcanzado por las partes y reflejado en la cláusula 21 de la Orden (obligación de CALLMYWAY NY, S.A. de prepagar su tráfico telefónico y el derecho del ICE de dejar de cursar tráfico cuando el saldo sea cero) fue tomando en consideración por la SUTEL para omitir el rendimiento de una garantía a favor del ICE, por considerarlo innecesario e injustificado; razón por la cual sorprende lo manifestado por CALLMYWAY NY, S.A. en relación a su disconformidad con esta disposición.*

*En virtud de lo anterior, no lleva razón el recurrente al indicar que la SUTEL violentó el debido proceso y principios constitucionales como el derecho de defensa, pues por el contrario, resulta evidente que el ente regulador se apegó y respetó el principio de buena fe y libre negociación que regula la materia de acceso e interconexión, así como lo indicado en el artículo 55 del Reglamento de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones publicado en el Diario Oficial La Gaceta 201 del 17 de octubre del 2008:*

*“Artículo 55. —Contenido de la orden de acceso e interconexión. La orden de acceso e interconexión que dicte la SUTEL contendrá los aspectos sobre los cuales los operadores hayan llegado a algún acuerdo,*





24 DE MAYO DEL 2011

siempre y cuando éstos se ajusten al ordenamiento jurídico de conformidad con la información suministrada por los operadores o proveedores involucrados. A tal efecto, la SUTEL evaluará los acuerdos alcanzados”.

b. Sobre el reconocimiento a CALLMYWAY NY, S.A. por uso de la red para originación.

El recurrente indica que la Orden no reconoce a CALLMYWAY NY, S.A. pago alguno por la originación de tráfico desde su red hacia la red del ICE.

Al respecto, consideran estos profesionales que lleva razón el recurrente. En este sentido, dado que la Orden omite establecer un cargo de uso de red para llamadas que se originen en la red de CALLMYWAY NY, S.A. hacia la red del ICE, se podría causar un perjuicio económico injustificado a CALLMYWAY NY, S.A.

En virtud de lo anterior, se recomienda al Consejo de la SUTEL fijar un cargo de tres colones con sesenta y tres céntimos (¢3,63) por concepto de uso de la red de CALLMYWAY NY, S.A. para originación de tráfico. Cabe señalar que este cargo es simétrico al fijado en la Orden por concepto de uso de la red fija del ICE para originación de llamadas, por cuanto la telefonía IP es un servicio de telefonía fija, tal y como lo establece el artículo 3 del Reglamento sobre el régimen de protección al usuario final de los servicios de telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial La Gaceta 72 del 15 de abril del 2010, que indica claramente:

“Artículo 3.- Definiciones (...)

**Telefonía fija:** servicio telefónico que permite el intercambio bidireccional de tráfico de voz en tiempo real, entre diferentes clientes o usuarios cuyos terminales tienen un rango de movilidad limitado. **En esta categoría se incluyen los servicios brindados mediante conmutación de circuitos y voz sobre IP, a través de medios alámbricos o inalámbricos.”**

Adicionalmente, este cargo debería ser cancelado por el ICE a CALLMYWAY NY, S.A. a partir de la vigencia de la RCS-324-2010 de las 14:50 horas del 25 de junio del 2010, por corresponder a la fecha en la cual las partes iniciaron el intercambio de tráfico.

c. Sobre la factibilidad financiera de los cargos de interconexión.

CALLMYWAY NY, S.A. manifiesta que los cargos de interconexión que debe cancelar cuando se realizan llamadas de preselección de operador son ruinosos. Al respecto, efectúa un análisis de los costos involucrados tanto cuando la llamada se origina en una red fija y el destino es una red fija, como cuando la llamada se origina en una red móvil y su destino es una red móvil.

Consideran estos profesionales que el escenario expuesto por CALLMYWAY NY, S.A. efectivamente no resulta rentable para el operador, no obstante no se debe a la determinación de cargos de interconexión ruinosos o discriminatorios.

En este sentido, utilizar el servicio de preselección desde la red del ICE para volver a ingresar a la red del ICE implica que CALLMYWAY NY, S.A. utilice dos veces los servicios de acceso e interconexión provistos por el incumbente, lo cual definitivamente se traduce en una doble imposición de cargos. Ahora bien, el servicio de



24 DE MAYO DEL 2011



sutel

SUPERINTENDENCIA DE  
TELECOMUNICACIONES

SESIÓN ORDINARIA 039-2011

preselección de operador no está concebido para emplearse de esta manera, ya que el objetivo es seleccionar otro operador para cursar la llamada hacia una red distinta. Por lo tanto, al ser la situación descrita por **CALLMYWAY NY, S.A.** inusual y poco frecuente, no se amerita una modificación a los cargos fijados en la Orden.

d. Sobre la aplicación no discriminatoria de los cargos de acceso e interconexión.

Considera el recurrente que la resolución impugnada incorpora cargos discriminatorios entre la red móvil del **ICE** y la red de **CALLMYWAY NY, S.A.**, de tal manera que la red de **CALLMYWAY NY, S.A.** subsidia a la red celular del **ICE**.

Es criterio de estos profesionales que este argumento es improcedente y por lo tanto debe ser rechazado en su totalidad. En este sentido, resulta claro que la red de **CALLMYWAY NY, S.A.** es una red de telefonía fija, tal y como lo define el Reglamento sobre el régimen de protección al usuario final de los servicios de telecomunicaciones, por lo que los cargos fijados por el Consejo de la SUTEL son objetivos, razonables, proporcionados y en ningún caso podrían considerarse discriminatorios. Asimismo, es evidente que ambas redes cuentan con elementos distintos y por lo tanto sus costos varían de forma sustancial.

Por último, no se comparte lo aseverado por **CALLMYWAY NY, S.A.** en relación con el supuesto subsidio que se está dando entre su red y la red celular del **ICE** dado que los cargos de acceso e interconexión fijados por la SUTEL en la Orden, se encuentran acordes con el artículo 61 de la Ley 8642 y 32 del Reglamento de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones. En este sentido debe señalarse que dichos cargos respetan el principio de orientación a costos y fueron calculados utilizando el modelo bottom-up scorched node LRIC establecido mediante resolución RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del 17 de marzo del 2010.

e. Sobre el cargo por hora técnica.

Alega el recurrente que el cargo por hora técnica de servicios fijado en la Orden (\$60.15 la hora) es superior al cargo que el **ICE** le había ofertado y que las partes han aplicado hasta el día de hoy (\$45), por lo que solicita que se modifique la resolución en este sentido.

Una vez examinados los folios que componen el expediente administrativo, así como los oficios del **ICE** números 6160-0027-2011 del 3 de febrero del 2011 y 6160-0052-2011 del 21 de febrero del 2011, se verifica que el recurrente lleva razón. En este sentido, y tomando en consideración que el **ICE** ha manifestado expresamente su compromiso de honrar la oferta de propuesta de servicios presentada mediante oficio 6018-0241-2010 del 09 de marzo del 2010 a **CALLMYWAY NY, S.A.**, se recomienda al Consejo de la SUTEL modificar el punto 9 "Cargo por hora técnica de servicios" del Anexo C "Condiciones Comerciales" de la Orden, para que en adelante se lea:

"9. Cargos por hora técnica de servicios

9.1. En general, la utilización de especialistas técnicos del **ICE** para labores de diseño, instalación y configuración de equipos y servicios, o para supervisar labores realizadas por **CALLMYWAY NY, S.A.**, se tasarán a razón de US\$45 la hora técnica utilizada"

(...)"



24 DE MAYO DEL 2011

- II. Que de conformidad con los Resultandos y los Considerandos que preceden, lo procedente es declarar parcialmente con lugar el recurso de reposición interpuesto por **CALLMYWAY, S.A.** contra la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-072-2011 de las 10:40 horas del 6 de abril del 2011, tal y como se dispone en la parte resolutive de esta resolución.

## SEGUNDO: SOBRE LA SOLICITUD DE ADICIÓN Y ACLARACIÓN PRESENTADA POR EL ICE

- I. Para efectos de analizar la solicitud de adición y aclaración presentada, conviene extraer del informe técnico jurídico rendido mediante oficio número 951-SUTEL-DGM-2011, el cual es acogido en su totalidad por este órgano decisor, lo siguiente:

"(...)

### **B. Análisis de la solicitud de adición y aclaración presentada por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE).**

#### 1. Sobre la solicitud de adición y aclaración.

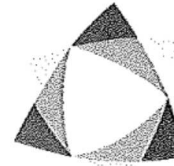
*Previo a analizar los argumentos del ICE, resulta necesario efectuar algunas consideraciones en torno a la naturaleza y efectos de las solicitudes de adición y aclaración en el marco normativo costarricense.*

*La solicitud de aclaración y adición es un mecanismo para que las partes soliciten las aclaraciones y adiciones que permitan una mejor comprensión de las resoluciones. En este sentido, se trata de diligencias cuyo objetivo es aclarar una resolución que es "oscura" o "confusa", o adicionar una resolución que es "omisa" dado que no resuelve todos los puntos de la acción.*

*En virtud de lo anterior, una solicitud de aclaración y adición no debe ser utilizada para obtener una eventual modificación de lo ya definido en la parte dispositiva de una resolución, dado que esta figura únicamente permite la corrección de errores materiales, la aclaración de términos o secciones de la resolución, o bien, la subsanación de omisiones u errores de hecho. Admitir lo contrario, sería una violación a los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, certeza jurídica y de justicia pronta y cumplida.*

*Aunado a ello, la misma jurisprudencia constitucional ha sido contundente al señalar que ante estas solicitudes de adición y aclaración, el juez u órgano decisor no tiene poder de enmienda o rectificación, sino exclusivamente facultades de ampliación o aclaración, las cuales no pueden variar lo sustancial de la resolución. Así entonces, ha sido el mismo Tribunal Constitucional quien ha delimitado los alcances de las solicitudes de adición y aclaración, señalando:*

*"(...) Habiendo comentado los presupuestos en que opera la institución jurídica procesal de la 'adición y aclaración', se concluye que la supuesta restricción establecida en la norma impugnada obedece a la naturaleza de la institución misma, ya que una extensión en los parámetros legales establecidos conllevaría a la desnaturalización de la gestión. Sin embargo, no obstante lo anterior, puede decirse que tal limitación no es tan rigurosa, en el sentido de que cabe la adición o aclaración aún respecto de la parte considerativa, siempre y cuando las premisas desarrolladas por el juez no sean lo suficientemente claras para entender las conclusiones en la parte resolutive de la sentencia, y en la medida en que estas premisas puedan incidir en la parte considerativa, y asimismo, no conlleven un cambio en la resolución de la autoridad judicial en el caso concreto, dado que el juez no puede variar de criterio y por ende de conclusiones en el mismo litigio sometido a su conocimiento, por lesionar el principio de seguridad y certeza jurídica, además del principio de justicia pronta y cumplida..." (Sala Constitucional, sentencias números 485-94 de las 16:00 horas del 25 de enero de mil 1994 y 0032-95 de las 16:33 horas del 3 de enero de mil 1995).*



Ahora bien, una vez analizado el escrito del ICE, estos profesionales estiman que muchos de los puntos de la solicitud de adición y aclaración planteada, pretenden no sólo que se modifique la resolución RCS-072-2011, sino que además se aclaren puntos que fueron ampliamente abordados a lo largo del procedimiento sumario de intervención, sus audiencias y en la misma resolución cuestionada, por lo que se considera que la gestión debería ser rechazada de plano. No obstante lo anterior, dada la relevancia que reviste la materia de acceso e interconexión, se analizarán los argumentos del ICE con el único fin de valorar si sus peticiones y apreciaciones permitirían facilitar la relación de acceso e interconexión con CALLMYWAY NY, S.A. y permitir una ágil ejecución de la Orden.

## 2. Análisis técnico jurídico de los principales argumentos del ICE.

### a. Sobre la vigencia de los precios de la Oferta de Interconexión por Referencia.

El ICE alega que aplicar la oferta técnica económica remitida a CALLMYWAY NY, S.A. durante la etapa de negociación es incorrecto pues dicha propuesta obedeció precisamente a la inexistencia de un OIR aprobada. En este orden de ideas, el ICE pretende que se modifique el punto III del Por Tanto de la RCS-072-2011 con el fin de que se apliquen los precios contenidos en la OIR.

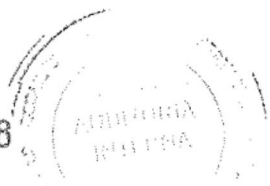
Es criterio de estos profesionales que este argumento del ICE no solo resulta improcedente, sino además contradictorio. En primer lugar nótese que el ICE mediante oficios 6160-0027-2011 del 3 de febrero del 2011 y 6160-0052-2011 del 21 de febrero del 2011, de forma clara y expresa indicó su anuencia a "honrar el compromiso que el ICE asumió en el momento en que presentó los precios de cotización, a favor de la empresa CMW". Ambos oficios son posteriores a la resolución RCS-496-2010 de las 14:30 horas del 12 de noviembre del 2010, mediante la cual se aprobó la OIR, y demostraban la buena fe del operador al negociar con CALLMYWAY NY, S.A. Asimismo, en las audiencias conferidas por el Consejo de la SUTEL, el mismo personal del ICE fue claro al indicar su compromiso de que se cumpliera con la oferta inicial. En este sentido, sorprende la posición descrita por el ICE en su solicitud de adición y aclaración por cuanto perjudica la credibilidad de las negociaciones entabladas por el operador. Debe recordarse que si bien es cierto, el Consejo de la SUTEL debió intervenir las negociaciones entre ambos operadores y dictar la respectiva Orden, las partes deben continuar con sus negociaciones y llegar a formalizar un contrato de acceso e interconexión que sustituya la Orden. Por lo tanto, si el ICE se comprometió ante CALLMYWAY NY, S.A. a mantener ciertos precios, aún y cuando la OIR 2010 había sido aprobada por el Consejo de la SUTEL, no se encuentra un motivo o razón por la cual este órgano regulador deba ignorar dicho acuerdo e imponer, de forma arbitraria y violentando el principio de libre negociación y transparencia, otros precios o cargos.

Adicionalmente, el ICE parece desconocer la naturaleza de una Oferta de Interconexión por Referencia. En este sentido, conviene citar lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ley 7593, en el inciso b), subinciso x):

"Artículo 75.- Obligaciones de los operadores y proveedores de telecomunicaciones La Sutel podrá imponer, a los operadores y proveedores, las siguientes obligaciones. (...)

b) Obligaciones de los operadores o proveedores importantes: (...)

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



24 DE MAYO DEL 2011



SESIÓN ORDINARIA 039-2011

enmiendas o aclaraciones para el (sic) y cumplimiento de los principios y objetivos de esta Ley." (Lo resaltado es intencional)

Así entonces, tal y como se desprende de dicho artículo, la OIR constituye un marco de referencia y en ningún caso puede tomarse como una fijación de precios de acceso e interconexión. En virtud de lo anterior, no lleva razón el ICE al manifestar que "debe conceptualizarse en cuanto al "antes" y "después" de la aprobación de la OIR, dado que a partir del 19 de noviembre del 2010, rigen los precios establecidos en la OIR y no los ofertados (...)".

Finalmente, en cuanto a lo alegado por el ICE sobre los servicios de coubicación prestados a CALLMYWAY NY, S.A. y que no fueron reconocidos en la resolución, consideran estos profesionales que las fechas mencionadas por el ICE no se ajustan a las fechas de las resoluciones emitidas como parte de este procedimiento sumario de intervención. En este sentido, si bien es cierto corresponde al operador solicitante cancelar los costos y gastos asociados con la instalación e interconexión, no consta en el expediente que la fecha a partir de la cual el ICE empezó a brindar los servicios de coubicación a CALLMYWAY NY, S.A. fuera el 19 de abril del 2010, por lo que sería improcedente modificar la resolución en este sentido. No obstante, resulta importante mencionar que de ser este el caso, el ICE mantiene el derecho de solicitar a CALLMYWAY NY, S.A. el pago de dichos servicios, y este operador, basado en el principio de buena fe, debería proceder a la cancelación respectiva según los montos determinados en la Orden.

b. Sobre la simetría en el precio de terminación de tráfico en la red de CALLMYWAY NY, S.A.

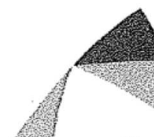
El ICE solicita aclarar si para efectos de establecer el precio de terminación de tráfico en la red de CALLMYWAY NY, S.A., dicha empresa justificó técnica y económicamente esa propuesta.

Al respecto debe aclararse que el precio de terminación de tráfico fue impuesto en la Orden por el Consejo de la SUTEL, y tal y como se deduce de la resolución, dicho cargo es simétrico al que debe cancelar CALLMYWAY NY, S.A. por terminar su tráfico en la red fija del ICE.

Es criterio de estos profesionales que el cargo impuesto resulta procedente por cuanto la red de CALLMYWAY NY, S.A., al igual que la red de conmutación de circuitos del ICE, es una red fija y así se encuentra definido en nuestra legislación (artículo 3 del Reglamento sobre el régimen de protección al usuario final de los servicios de telecomunicaciones).

En cuanto a lo alegado por el ICE sobre los costos de su red fija, el OPEX y el CAPEX, consideran estos profesionales que no resulta posible confirmar lo afirmado dado que, al día de hoy, el ICE no ha remitido a la SUTEL la totalidad de información de costos solicitada mediante la RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del 17 de marzo del 2010, RCS-496-2010 de las 14:30 horas del 12 de noviembre del 2010, RCS-529-2010 de las 12:30 horas del 8 de diciembre del 2010 y en diversos oficios (oficios 248-SUTEL-2011, 446-SUTEL-2011). Por el contrario, el ICE ha solicitado al Consejo de la SUTEL una prórroga al plazo otorgado mediante RCS-496-2010 citada anteriormente, para cumplir con su obligación de entregar la información requerida (oficio 6160-0228-2011 presentado el día 3 de mayo del 2011).

En este mismo orden de ideas y en relación a lo argumentado por el operador sobre la necesidad de actualizar las tarifas de usuario final referente a los servicios de telefonía fija, se debe señalar que este tema excede lo regulado en la Orden y por lo tanto no procede su análisis. En todo caso, debe recordarse que esta Superintendencia requiere de la información de los elementos de red y costos de reposición del ICE para proceder a una nueva fijación de los precios de usuario final. Por lo tanto, hasta que el ICE no proporcione la







24 DE MAYO DEL 2011



sutel

SUPERINTENDENCIA DE  
TELECOMUNICACIONES

SESIÓN ORDINARIA 039-2011

totalidad de información requerida, resultaría imposible efectuar una nueva fijación tarifaria. Esta afirmación quedó claramente plasmada en el acuerdo del Consejo de la SUTEL número 001-036-2011, de la sesión extraordinaria 036-2011, celebrada el día 16 de mayo del 2011, mediante el cual se le apercibió al ICE "que todo atraso en la entrega de la información y la nueva OIR incide directamente en la oportuna fijación de nuevas tarifas para los servicios de telecomunicaciones brindados a usuarios finales de interés del ICE. Este apercibimiento toma importancia al considerar que el ICE, en reiteradas ocasiones, ha manifestado ante la SUTEL y al público en general, la necesidad de contar con tarifas actualizadas".

Finalmente, los argumentos del ICE sobre la estructura de costos de una red IP y sus diferencias con la red de conmutación de circuitos, resultan contradictorios si se analizan a la luz de lo manifestado por el operador en el oficio 6000-0484-2011 del 11 de marzo del 2011, mediante el cual presentó su propuesta de tarifas de usuario final para telefonía IP. Es por esta razón, que se considera que las apreciaciones carecen de fundamento y razonabilidad y no podrían ser tomadas en cuenta para modificar lo resuelto en la Orden.

c. Sobre la red de telefonía pública.

El ICE solicita incorporar a la Orden un cargo por minuto de \$15,30 para originar y terminar tráfico en la plataforma de telefonía pública.

Al respecto, una vez analizada la Orden, se confirma que no existe un cargo fijado por el uso de la plataforma de telefonía pública, sin embargo el monto de quince colones con treinta céntimos por minuto (\$15,30) no parece ajustarse al principio de orientación a costos y su cálculo no responde a la aplicación de la metodología bottom up designada por el Consejo de la SUTEL mediante RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del 17 de marzo del 2010.

Aunado a ello, nótese que el cargo pretendido por el ICE excede las tarifas máximas de usuario final determinadas por el Consejo de la SUTEL mediante resolución RCS-615-2009 de las 10:45 horas del 18 de diciembre de 2009, publicada en el Diario Oficial La Gaceta 31 del 15 de febrero 2010, lo cual a todas luces evidencia que dicho monto no es razonable ni factible económicamente. Por lo tanto, se recomienda al Consejo de la SUTEL rechazar en todos sus extremos la petición del ICE, hasta tanto no se cuente con la información que permita fijar un cargo que cumpla con el artículo 61 de la Ley 8642.

d. Sobre el caso fortuito y la fuerza mayor.

El ICE indica que el artículo 26 de la Orden se denomina "Fuerza Mayor y Caso Fortuito", pero que sin embargo regula temas de confidencialidad. En razón de lo anterior propone una redacción para este artículo.

En cuanto a este punto, consideran estos profesionales que el ICE lleva razón y por lo tanto, con el fin de incorporar a la Orden lo pertinente a "Fuerza Mayor y Caso Fortuito", se recomienda al Consejo de la SUTEL modificar el artículo 26 e incluir la redacción que había sido previamente acordada por las partes, según consta en el borrador del contrato remitido a esta Superintendencia. En este sentido, se propone la siguiente modificación:

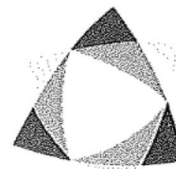
"Artículo Veintiséis (26): Fuerza Mayor y Caso Fortuito

26.1. Durante la vigencia de la presente Orden, ninguna de las Partes será responsable frente a la otra, cuando su incumplimiento sea atribuible a causas de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente acreditadas.

26.2. El incumplimiento por causas de fuerza mayor o caso fortuito, deberá ser comunicado en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles siguientes al evento, a los demás operadores o proveedores con los que se



24 DE MAYO DEL 2011



sutel

SUPERINTENDENCIA DE  
TELECOMUNICACIONES

SESIÓN ORDINARIA 039-2011

encuentre interconectado o a los que brinde acceso y a la SUTEL, especificando cuáles han sido los daños técnicos, sus magnitudes y el tiempo de corrección de dichos daños.

26.3. La Parte imposibilitada para cumplir sus obligaciones de acceso e interconexión por motivo de fuerza mayor o caso fortuito, quedará eximida de ellas mientras dure esa situación, sin que ello afecte la presente Orden, excepto cuando no cumpla con lo dispuesto en el párrafo precedente.

26.4. Sin perjuicio de lo anterior, la Parte deberá solucionar los efectos producidos por la situación de fuerza mayor o caso fortuito, dentro del plazo informado a la SUTEL.

26.5. En la medida en que una Parte se vea imposibilitada por motivo de caso fortuito o de fuerza mayor, de prestar los servicios contemplados en la presente Orden, la Parte afectada resultará liberada de las obligaciones de pago por los servicios correspondientes.

26.6. Si posteriormente, la SUTEL comprueba que la invocación de causa de fuerza mayor o caso fortuito fue fraudulenta o que existió dilatoria en la reparación de sus efectos, la Parte culpable deberá pagar a la otra los daños y perjuicios que pudiese haber causado su conducta fraudulenta o dilatoria en su caso, sin perjuicio de las sanciones que deba aplicar la SUTEL. La acción de resarcimiento deberá ser resuelta mediante mutuo acuerdo, o interpuesta en la vía administrativa o jurisdiccional correspondiente.

26.7. Después de cesar los efectos de fuerza mayor o caso fortuito, la Parte afectada debe inmediatamente notificar a la otra para conocimiento de este hecho, restableciendo la situación original.

26.8. Mientras dure o persista el evento de caso fortuito o fuerza mayor, las Partes deberán ejecutar todas las acciones que disminuyeren los efectos dañinos del caso y continuarán cumpliendo sus obligaciones en todo lo que fuere razonable.

26.9. Para los efectos de esta Orden, serán considerados como constitutivos de caso fortuito o de fuerza mayor, únicamente aquellos eventos imprevistos que escapan al control razonable o que no son posibles de resistir por una de las Partes que incluye, pero no se limita a: desastres naturales, insurrecciones, disturbios, guerras u operativos militares o policiales, incendios, rayos, explosiones, terremotos, inundaciones, confiscación o cualquier otra acción adoptada por organismos gubernamentales.

26.10. Para la aplicación de esta Orden no se considera caso fortuito o fuerza mayor, ningún evento causado por la negligencia o intención de una de las Partes, o ningún evento que una Parte diligente pudo razonablemente haber previsto o esperado.

26.11. Si la fuerza mayor o el caso fortuito perjudica sólo parcialmente la ejecución de la Orden, la Parte afectada debe cumplir todas las demás obligaciones".

(...)"

II. Que de conformidad con los Resultandos y los Considerandos que preceden, lo procedente es acoger parcialmente la solicitud de adición y aclaración presentada por el ICE, únicamente en cuanto al artículo 26 de la Orden y según se dispone en la parte resolutive de esta resolución.

#### POR TANTO

Con fundamento en las competencias otorgadas en la Ley General de Telecomunicaciones, ley 8642, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ley 7593 y la Ley General de Administración Pública, ley 6227.





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

III. Declarar con lugar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por **CALLMYWAY NY, S.A.** contra la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-072-2011 de las 10:40 horas del 6 de abril del 2011 (la "Orden"), y únicamente en los siguiente extremos:

- a. Se adiciona en el punto 1.1 del Anexo C "*Condiciones Comerciales*" de la Orden, un cargo de tres colones con sesenta y tres céntimos (¢3,63) por concepto de uso de la red de **CALLMYWAY NY, S.A.** para originación de tráfico. Dicho cargo deberá ser cancelado por el **ICE** a **CALLMYWAY NY, S.A.** a partir de la vigencia de la RCS-324-2010 de las 14:50 horas del 25 de junio del 2010.
- b. Se modifica el punto 9 "*Cargo por hora técnica de servicios*" del Anexo C "*Condiciones Comerciales*" para que en adelante se lea:

"9. *Cargos por hora técnica de servicios*

9.1. *En general, la utilización de especialistas técnicos del ICE para labores de diseño, instalación y configuración de equipos y servicios, o para supervisar labores realizadas por CALLMYWAY NY, S.A., se tasarán a razón de US\$45 la hora técnica utilizada.*

IV. Modificar el artículo 26 "*Fuerza Mayor y Caso Fortuito*" de la Orden para que en adelante se lea:

*"Artículo Veintiséis (26): Fuerza Mayor y Caso Fortuito*

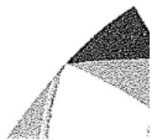
26.1. *Durante la vigencia de la presente Orden, ninguna de las Partes será responsable frente a la otra, cuando su incumplimiento sea atribuible a causas de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente acreditadas.*

26.2. *El incumplimiento por causas de fuerza mayor o caso fortuito, deberá ser comunicado en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles siguientes al evento, a los demás operadores o proveedores con los que se encuentre interconectado o a los que brinde acceso y a la SUTEL, especificando cuáles han sido los daños técnicos, sus magnitudes y el tiempo de corrección de dichos daños.*

26.3. *La Parte imposibilitada para cumplir sus obligaciones de acceso e interconexión por motivo de fuerza mayor o caso fortuito, quedará eximida de ellas mientras dure esa situación, sin que ello afecte la presente Orden, excepto cuando no cumpla con lo dispuesto en el párrafo precedente.*

26.4. *Sin perjuicio de lo anterior, la Parte deberá solucionar los efectos producidos por la situación de fuerza mayor o caso fortuito, dentro del plazo informado a la SUTEL.*

26.5. *En la medida en que una Parte se vea imposibilitada por motivo de caso fortuito o de fuerza mayor, de prestar los servicios contemplados en la presente Orden, la Parte afectada resultará liberada de las obligaciones de pago por los servicios correspondientes.*





26.6. Si posteriormente, la SUTEL comprueba que la invocación de causa de fuerza mayor o caso fortuito fue fraudulenta o que existió dilatoria en la reparación de sus efectos, la Parte culpable deberá pagar a la otra los daños y perjuicios que pudiese haber causado su conducta fraudulenta o dilatoria en su caso, sin perjuicio de las sanciones que deba aplicar la SUTEL. La acción de resarcimiento deberá ser resuelta mediante mutuo acuerdo, o interpuesta en la vía administrativa o jurisdiccional correspondiente.

26.7. Después de cesar los efectos de fuerza mayor o caso fortuito, la Parte afectada debe inmediatamente notificar a la otra para conocimiento de este hecho, restableciendo la situación original.

26.8. Mientras dure o persista el evento de caso fortuito o fuerza mayor, las Partes deberán ejecutar todas las acciones que disminuyeren los efectos dañinos del caso y continuarán cumpliendo sus obligaciones en todo lo que fuere razonable.

26.9. Para los efectos de esta Orden, serán considerados como constitutivos de caso fortuito o de fuerza mayor, únicamente aquellos eventos imprevistos que escapen al control razonable o que no son posibles de resistir por una de las Partes que incluye, pero no se limita a: desastres naturales, insurrecciones, disturbios, guerras u operativos militares o policiales, incendios, rayos, explosiones, terremotos, inundaciones, confiscación o cualquier otra acción adoptada por organismos gubernamentales.

26.10. Para la aplicación de esta Orden no se considera caso fortuito o fuerza mayor, ningún evento causado por la negligencia o intención de una de las Partes, o ningún evento que una Parte diligente pudo razonablemente haber previsto o esperado.

26.11. Si la fuerza mayor o el caso fortuito perjudica sólo parcialmente la ejecución de la Orden, la Parte afectada debe cumplir todas las demás obligaciones".

- V. Dejar incólume todos los extremos resueltos en la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-072-2011 de las 10:40 horas del 6 de abril del 2011.
- VI. Dar por agotada la vía administrativa.

**NOTIFIQUESE.**

#### **ARTICULO 8 INFORME TECNICO JURIDICO OPERADORES MOVILES VIRTUALES.**

En atención a una observación que se hizo sobre el particular, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones resuelve:

#### **ACUERDO 008-039-2011**

Posponer el conocimiento del informe técnico jurídico operadores móviles virtuales para la sesión de trabajo que se celebrará el próximo 3 de mayo del 2011.

