

e) entel

OSIPTEL

02/08-2018/500

2018 ENE 31 PM 4:23

RECIBIDO

CGR-182/18

Lima, 31 de enero de 2018

Señores
Organismo Supervisor de Inversión Privada en
Telecomunicaciones
Presente.-

At.: Sr. Rafael Munte
Presidente del Consejo Directivo

Ref.: Comentarios de Entel Perú S.A. al proyecto de norma que modifica el
Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el
Servicio de Telefonía Fija

Estimados señores:

Es objeto de la presente remitirles los comentarios de Entel Perú S.A. ("Entel") al
proyecto de modificación del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio
Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija (el "Reglamento"), publicado para
comentarios mediante Resolución de Consejo Directivo No. 158-2017-CD/OSIPTEL
(el "Proyecto"):

I. Comentarios preliminares

- La portabilidad numérica es una de las herramientas más importantes para dinamizar el mercado; ésta reduce las barreras o costos para que los usuarios puedan migrar a las diversas empresas móviles que operan en el mercado.
- La reducción de esta barrera de costos a través de la portabilidad, incentiva el lanzamiento de mejores ofertas, así como mejoras en la calidad del servicio con miras a atraer una mayor cantidad de clientes hacia la red de otro operador. En este sentido, la portabilidad numérica beneficia la competencia.
- Desde la aprobación del Reglamento vigente en julio de 2014, que simplificó el proceso de portabilidad numérica, se ha producido un proceso competitivo sin precedentes en el mercado: este proceso ha tenido como principal ganador a los usuarios, quienes se han visto beneficiados con ofertas que día a día han ido mejorando.



- Habiendo transcurrido casi cuatro años desde que rige este Reglamento y 3 años desde su modificatoria, corresponde promover modificaciones al mismo que permitan continuar mejorando el proceso de portabilidad aplicable y resolver las trabas que se han ido identificando a lo largo del tiempo.
- En este sentido, saludamos la presente iniciativa publicada por el regulador con miras a mejorar el proceso de portabilidad vigente, la cual permitirá agilizar aún más esta herramienta de competencia, generará mayor satisfacción en los abonados y culminará con algunos procesos que vienen desarrollando irregularidades en el mercado y en el proceso.
- En este sentido, a continuación, encontrarán nuestros comentarios puntuales a las iniciativas desarrolladas en el Proyecto, cuya incorporación en el Reglamento resulta trascendental para continuar mejorando el proceso de portabilidad y el dinamismo en el mercado de los servicios públicos móviles.

II. Comentarios puntuales

Artículo	Comentarios
Artículo 4.- Derecho a la portabilidad	No hay comentarios.
Artículo 8.- Solicitud de Portabilidad	<p>Sugerimos la revisión de la modificación del artículo bajo comentario en la medida que consideramos que debe mantenerse la opción de presentar las solicitudes de portabilidad utilizando el mecanismo telefónico.</p> <p>Las Televentas son un canal que viene creciendo de manera sostenible en los últimos años y que aún tiene mucho potencial de crecimiento, sobre todo en los departamentos distintos a Lima.</p> <p>Canales como el telefónico u otros no presenciales permiten que la portabilidad llegue a más usuarios y facilita la realización de la misma para aquellos usuarios que no disponen de tiempo o facilidad para desplazarse físicamente a las empresas operadoras.</p> <p>Cabe recordar que la portabilidad es un mecanismo de competencia importante en el mercado por lo que el mismo debe ser fomentado y debe mantenerse la apertura de las vías para realizar el mismo.</p> <p>Adicionalmente, es importante señalar que la verificación biométrica de identidad debe cumplirse como paso previo a la activación del servicio por lo que se garantizaría la identidad del abonado a ser portado.</p>

En dicho sentido, siendo que existe una obligatoriedad de validación biométrica de la identidad, no vemos riesgo que la solicitud de portabilidad sea presentada de manera telefónica, ello en la medida que en caso no exista correspondencia en la identidad del solicitante de la portabilidad y la validación biométrica de la identidad del abonado, la portabilidad no procedería.

A continuación, proponemos la redacción para el artículo bajo comentario, partiendo del artículo original:

“Artículo 8.- Solicitud de Portabilidad

La solicitud de portabilidad constituye la decisión del abonado de terminar su contrato con el Concesionario Cedente y de contratar con el Concesionario Receptor la prestación del servicio, manteniendo su número telefónico.

El abonado podrá solicitar la portabilidad aun cuando anteriormente hubiera terminado su contrato, siempre que presente dicha solicitud dentro de los treinta (30) días calendarios posteriores a la terminación del contrato.

La solicitud de portabilidad será presentada por el abonado, a elección de éste: (i) en forma presencial, por escrito en el Formato de Portabilidad, debiendo el Concesionario Receptor entregar al abonado una copia de la solicitud de portabilidad, y (ii) en caso el Concesionario Receptor haya implementado mecanismos de contratación por teléfono, la solicitud de portabilidad será presentada también por este medio, debiendo el Concesionario Receptor solicitar al abonado la información de los rubros “Datos del abonado”, “Datos de los números a portar” y “Declaración de conocimiento” del Formato de Portabilidad, así como grabar la comunicación telefónica y entregar al abonado el número de solicitud a efectos de mantener constancia de la solicitud de portabilidad.

El Concesionario Receptor deberá entregar al abonado una copia de su solicitud.

El Concesionario Receptor podrá habilitar otros mecanismos para la presentación de la solicitud de portabilidad, los cuales deberán ser previamente aprobados por el OSIPTEL, quien emite su pronunciamiento en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles.

	<p><i>Mediante un único formato puede solicitarse la portabilidad de varios números telefónicos a un solo Concesionario Receptor.</i></p> <p><i>Cuando en aplicación de las Condiciones de Uso, la contratación de un servicio público móvil se deba realizar únicamente mediante el sistema de verificación biométrica de huella dactilar, la presentación de la solicitud de portabilidad se deberá efectuar necesariamente en forma presencial.”</i></p>
Artículo 9.- Formato de Portabilidad	Nos remitimos al comentario formulado en el artículo 8, donde consideramos importante que se mantenga la portabilidad telefónica y a través de otras vías, en la medida que la portabilidad es un mecanismo eficaz de competencia en el mercado.
Artículo 10.- Gratuidad	No hay comentarios.
Artículo 12.- Entrega de equipo terminal y/o SIM card en el servicio público móvil	<p>Nos remitimos al comentario formulado en el artículo 8, donde consideramos importante que se mantenga la portabilidad telefónica y a través de otras vías, en la medida que la portabilidad es un mecanismo eficaz de competencia en el mercado.</p> <p>Asimismo, consideramos importante que se genere la posibilidad que la empresa operadora y el abonado puedan coordinar (previo acuerdo), una fecha diferente de entrega del equipo o sim card. Ello generaría facilidades para el abonado que podría programar una fecha de recojo del equipo o mejor aún para aquellos casos donde las empresas operadoras entregan los equipos en el domicilio designado por el abonado.</p> <p>En este sentido, sugerimos la siguiente redacción:</p> <p><i>“Artículo 12.- Entrega de equipo terminal y/o SIM card en el servicio público móvil</i></p> <p><i>En el caso del servicio móvil, el Concesionario Receptor debe poner a disposición del abonado el equipo terminal o sim card, en el mismo momento en que la solicitud de portabilidad haya sido declarada procedente, <u>salvo que el abonado y el Concesionario Receptor hubiesen acordado de forma previa un plazo de entrega diferente al indicado en el presente párrafo.</u></i></p> <p><i>La fecha de entrega de los equipos terminales o sim card para Clientes Especiales es acordada entre el Concesionario Receptor y el Cliente Especial.</i></p>

	<p><i>Si el abonado se hubiera encontrado imposibilitado de acceder al equipo terminal o sim card en el mismo momento en que la solicitud de portabilidad fue declarada procedente, cuenta con un plazo máximo de quince (15) días calendario para recabar el equipo terminal o sim card en el lugar que le indique el Concesionario Receptor, luego del cual, si los referidos equipos no han sido recogidos, el Concesionario Receptor puede efectuar a la baja del servicio pactado."</i></p>
<p>Artículo 13.- Derecho del abonado que ha portado su número telefónico a utilizar cualquier canal de pago del Concesionario Cedente</p>	<p>Saludamos la modificación propuesta al artículo 13, en la medida que la misma coadyuvará a eliminar las graves distorsiones que se habían generado en el mercado.</p> <p>Precisamente la aplicación del artículo 13 tal cual se encuentra redactado actualmente, impacta en perjuicio del abonado, genera altos costos de transacción para todos los involucrados en el sistema de portabilidad y afecta la misma portabilidad como un elemento de competencia en el mercado; ello sin contar que la aplicación de este artículo genera un trato discriminatorio entre abonados portados y no portados.</p> <p>Sabemos que las empresas operadoras, tal y como sucede en cualquier negocio del mercado en general, están sujetas al riesgo de que sus clientes mantengan con las mismas, deudas pendientes de pago por la prestación de sus servicios. Es por esta razón que se generan estrategias de negocio con el fin de contrarrestar la situación descrita aumentando su participación en el mercado y obteniendo así ganancias.</p> <p>En el caso del mercado de telecomunicaciones cuando un cliente activo mantiene una deuda, al mismo puede suspenderse el servicio, cortarlo o incluso resolverse el contrato. Para el caso de los clientes que ya no se encuentran en la empresa (inactivos), la empresa puede realizar el cobro de las deudas a través de los mecanismos de cobranza existentes en el mercado, tales como el envío de SMS, la realización de llamadas, el envío de cartas de cobranza, el reporte a Centrales de Riesgo, la realización de cobranzas judiciales entre otros.</p> <p>Precisamente, las empresas operadoras hemos informado a OSIPTEL sobre los mecanismos de cobranza que utilizamos actualmente, los cuales no discriminan entre tipos de ex abonados y se aplican por igual a todos aquellos ex abonados que mantienen deudas pendientes de pago.</p>

Por otro lado, es de suma importancia resaltar la grave afectación que estas suspensiones generan en contra de los abonados:

1. Empresas operadoras cedentes no cumplen con notificar de forma correcta las deudas a sus ex abonados: se ha identificado que las empresas operadoras cedentes en muchos casos han omitido notificar de forma correcta al ex abonado con las obligaciones exigibles mediante la entrega del recibo en el cual fueron facturadas o mediante una carta de cobranza cuando se trate de conceptos no facturables acorde con las Condiciones de Uso.

Esta grave situación coloca en estado de indefensión al ex abonado de la empresa operadora cedente, el cual no tiene cómo tomar conocimiento de que tiene una deuda pendiente de pago con el concesionario cedente.

Por otro lado, dicho mecanismo no puede ser fiscalizable por parte de la empresa operadora receptora, quién prácticamente a ciegas debe proceder a la suspensión del servicio de sus abonados por la orden de otra empresa operadora.

Esta situación es gravísima, toda vez que quien se ve afectado es el abonado en la empresa operadora receptora. Esta última si bien puede hacer seguimiento a sus áreas de cobranza garantizando que sus abonados son notificados correctamente de sus deudas; no ocurre lo mismo cuando otra empresa operadora es la que realiza este proceso. ¿Qué garantía existe de que el proceso de notificación de deudas se haya realizado de forma correcta? ¿Por qué colocar a los abonados en estado de indefensión o incertidumbre? ¿Por qué razón hacer más complejo el proceso de cobranzas cuando ya existen mecanismos tradicionales que funcionan de forma correcta?

2. Confusión de los abonados portados sobre el sistema de suspensiones: los abonados portados sienten confusión cuando se les suspende el servicio debido a que la suspensión es por una deuda que no guarda relación alguna con el actual contrato que ha suscrito en la empresa operadora receptora.

Unido a esta confusión encontramos que las listas con las solicitudes de suspensión remitidas por las empresas operadoras cedentes, contienen GRAVES inconsistencias sobre el monto de lo adeudado por cada ex abonado.

la realidad lo que ocurrirá es que el abonado regresará a la empresa operadora cedente.

4. Inexistencia de deudas pendientes: al igual que en la situación anterior, las bases de suspensión remitidas por las empresas operadoras cedentes; contienen muchos registros de deuda que en la realidad no existen.

Al momento en que los ex abonados han acudido a cancelar los montos reportados, se les ha informado que no se mantiene deuda pendiente alguna.

Una suspensión SIN justificación, representa una situación grave, que incluso busca ser evitada por la normativa vigente en las Condiciones de Uso.

Nuevamente indicamos que al operador cedente no le afecta en lo mínimo que a un ex abonado se le haya suspendido indebidamente el servicio, ¿se justifica una suspensión indebida del servicio a un abonado por garantizarse el pago de una deuda (que ni siquiera existe) a una empresa operadora?

5. Lugares de pago no habilitados: aunado a los problemas antes indicados, se suma el hecho que los ex abonados que acudían a realizar sus pagos, se veían impedidos de realizar los mismos dado que no todas las oficinas se encontraban habilitadas para realizar los mismos.

Esta situación representa: (i) un acto de discriminación hacia los ex abonados en la medida que los abonados sí podían realizar pagos en diferentes centros de atención y canales, pero para el caso de los ex abonados se les asignaba incluso un solo lugar de pago (vía presencial).

La consecuencia lógica de esta situación es que el abonado considere que portar su número fue una mala decisión.

6. Información de pagos desactualizada: en caso el abonado pague la deuda, esta transacción no es informada en línea o de forma inmediata al concesionario receptor lo que genera graves demoras en el proceso de reconexión.

Esta situación causa un grave perjuicio al abonado, quien se queda al menos un día o dos sin servicio por una deuda que no está relacionada al contrato que el abonado suscribió con el operador receptor.

7. Información de reclamos desactualizada: al igual que la situación descrita en el punto 6, las empresas operadoras cedentes no cumplen con informar a tiempo sobre la interposición de reclamos y por ende ello repercute en los tiempos de reconexión del servicio.

Nuevamente denotamos el hecho que quien se ve mayormente afectado por esta situación, es el abonado que verá afectado su derecho a la continuidad del servicio.

Sin perjuicio de los puntos indicados sobre la afectación directa al abonado. Cabe resaltar que el proceso de suspensiones del artículo 13 genera otras consecuencias negativas en el mercado entre las que destacan:

1. Discriminación y trato diferenciado entre abonados portados y abonados no portados:

Actualmente cuando un abonado termina su contrato y opta por suscribir otro nuevo en otra empresa operadora obteniendo un número nuevo; las deudas pendientes que éste tenía con la antigua empresa operadora seguirán el canal tradicional de cobranzas. El nuevo contrato y la nueva línea no se verán afectados por consecuencias de otras relaciones jurídicas ajenas al nuevo contrato.

Sin embargo, cuando este abonado opta por portar su número, las deudas pendientes de pago persiguen al mismo y afectan la relación jurídica existente entre el abonado y la nueva empresa operadora, en la medida que la empresa cedente podrá solicitar a la empresa receptora que proceda a la suspensión de los servicios a pesar de que nos mismos, no guardan relación alguna con la anterior relación jurídica entre el abonado y la empresa cedente, relación jurídica que se extinguió o modificó.

Estas dos situaciones nos llevan a sola conclusión: ante un mismo hecho (terminar la relación contractual en la empresa operadora cedente), se aplican dos consecuencias jurídicas diferentes e incluso opuestas, dado que en un escenario (portabilidad) la deuda persigue al ex abonado, llegando incluso a suspenderse el servicio a

diferencia del ex abonado que no portó su número, el cual no sufre las consecuencias de la suspensión.

Cabe preguntarse entonces ¿Cuál es la razón fundamentada por la cual existe esta diferencia?, ¿Por qué razón un abonado portado sí debería sufrir las consecuencias de una suspensión a diferencia de otro que no portó?

Incluso, tal y como se ha señalado: si existen vías de cobro de deudas idóneas implementadas por las empresas operadoras que son totalmente aplicables también al caso de los abonados que portan, ¿por qué no limitarse entonces a usar los mecanismos tradicionales?

Consideramos que resulta discriminatorio realizar un trato diferente a aquellos abonados que portan su número de aquellos abonados que optan por adquirir una nueva línea en la nueva empresa operadora.

No existe algún elemento objetivo que justifique que la deuda de un abonado que realiza portabilidad deba de tener un tratamiento diferenciado de la deuda que pueda tener un abonado que no ha realizado portabilidad. Dicho criterio tampoco tendría sustento legal que justifique este tratamiento diferenciado más allá de la simple redacción de la norma, ante una situación idéntica

Además, dicha distinción en el trato tampoco contiene una justificación objetiva y razonable. Precisamente, Osiptel ha señalado en los comentarios al Proyecto del Reglamento de Portabilidad que este procedimiento “busca incentivar el pago de las deudas generadas ante el Concesionario Cedente, motivo por el cual se propone un procedimiento de carácter temporal. Consideramos, que no se puede afectar al Concesionario Receptor por las deudas pendientes que tiene el abonado con otro Concesionario.” (subrayado y sombreado agregado).

Como podrá observarse, la “justificación” para la existencia del artículo 13 de acuerdo a lo manifestado por OSIPTEL es el incentivo de pago de deudas de manera temporal; sin embargo (i) ya se ha excedido por mucho el carácter temporal de la medida (cuatro años) (ii) no resulta objetivo ni razonable mantenerlo en la medida que existen otros mecanismos de cobranza efectivos para recuperar deudas y, (iii) no justifica la necesidad de que exista discriminación entre usuarios portados y no portados.

2. Altos costos de transacción: el proceso de suspensiones de portabilidad, no solo representa un trato desigual entre abonados, sino también genera altos costos de transacción en el mercado.

Los concesionarios receptores deben realizar coordinaciones con los concesionarios cedentes y con los abonados: verificación de deudas, absolución de consultas, resolución de reclamos, elevación de apelaciones, envío de mensajes de texto o llamadas telefónicas, revisiones de los listados enviados, entre otros; aunado al hecho que durante la suspensión el concesionario receptor no recibe pago alguno de los servicios.

Asimismo, la realización de suspensiones por parte del operador receptor implica el traslado de las acciones de cobranza del operador cedente al operador receptor, sufriendo este último las consecuencias de inconsistencias y del impacto negativo hacia el abonado.

Este proceso de suspensiones, genera mayores costos de transacción a comparación del proceso tradicional de cobranza.

Desde la perspectiva del concesionario receptor, no es razonable que éste deba cargar con los costos de la morosidad del concesionario cedente generados por el abonado que ha portado su número.

Peor aún cuando esta morosidad puede deberse, por ejemplo, a la falta de diligencia o errores del concesionario cedente en cobrar la deuda o a errores de la facturación no imputables al abonado o al concesionario receptor.

3. Afectación directa a la portabilidad como elemento de competencia en el mercado:

Como se ha señalado, el objetivo central del régimen de portabilidad numérica móvil en el Perú es promover la competencia al facilitar que los usuarios puedan cambiarse entre operadores de servicios, manteniendo su número.

Un elemento central de este sistema es que, una vez que el número sea portado al concesionario receptor, el abonado pueda gozar de la plena funcionalidad del servicio sin interrupciones. En tal sentido,

para lograr este objetivo debe adoptarse un sistema que facilite la efectiva implementación de la portabilidad e incentive su uso responsable por los abonados.

Asimismo, es conocido que, desde la entrada en vigencia del nuevo Reglamento de Portabilidad, donde se acotaron los plazos de atención, el mercado de telefonía móvil y fija se dinamizó a raíz de las ofertas que surgieron en el mercado por portabilidad.

La dinámica de competencia generada benefició directamente a los abonados quienes, ejerciendo su derecho a portar su número telefónico, pudieron acceder a nuevos y mejores planes tarifarios.

Tener la posibilidad de “frenar esta dinámica”, “sancionar” o “castigar” a los abonados que se han portado suspendiéndoles el servicio, representa una afectación directa a la competencia y al dinamismo del Reglamento de Portabilidad y a los fines que busca este.

Incluso puede considerarse que el artículo 13 afecta la competencia en la medida que el operador cedente podría ejercer acciones de “recuperación” de sus abonados, “eximiéndolos” del pago de las deudas bajo la condición de que regresen a la operadora cedente.

Puede concluirse, que el artículo 13 puede ser utilizado de forma negativa con el fin de castigar a los abonados que portaron y entorpecer así la competencia en el mercado de portabilidad.

Por esta razón y tal como hemos indicado anteriormente, en la legislación nacional existen mecanismos de cobro de deudas efectivos y disponibles al concesionario cedente los cuales no contemplan la posibilidad de exigir a terceros la suspensión o negativa de ofrecer servicios y que por ende no generan afectación alguna a la competencia.

Además de las consecuencias descritas en párrafos anteriores, la suspensión contemplada en el artículo 13 es una figura no prevista en las normas de portabilidad numérica a nivel internacional.

De la revisión de las normas de portabilidad en mercados representativos de la región de las Américas y Europa, se observa que en ninguno de ellos se contempla la suspensión del servicio a un número portado por la existencia de pagos pendientes. Es más, en todos estos países, salvo Chile,

e) entel

el Concesionario Cedente ni siquiera tiene la posibilidad de objetar una portación en función de la existencia de “deuda exigible” (Tabla 1).

Tabla 1: Revisión internacional de normas sobre suspensión de servicios por saldos / deudas pendientes

	Obligación del Concesionario Receptor de suspender el servicio por deuda pendiente	Tratamiento de saldos pendientes objeto de portación
Argentina	No existe	El concesionario cedente no podrá portabilidad por la existencia de d usuario es responsable de cancelar pagos para las deudas proveniente servicio y los intereses aplicables.
Brasil	No existe	El concesionario cedente no pued el proceso de portabilidad por deu si puede emitir facturas para c debidos una vez concluido el proc
Canadá	No existe	El concesionario cedente no pued la portación de un número por l deuda pendiente.
Chile	No existe	La portación está condicionada a tenga su cuenta “al Día” con el co salvo que exista acuerdo entre los el Receptor se haga cargo de pendientes vencidos. ³
Colombia	No existe	La portación del número se efectu derecho del concesionario cedente de las obligaciones insolutas, la de cuando aplique y los demás carg haciendo uso de los m correspondientes. ⁴
España	No existe	El concesionario cedente no portación en función de la exist pendiente. ⁵

¹ Artículo 5, Resolución No. 21/2013.

² Artículos 42, párrafo único y 51, Resolución ANATEL nº 460, de 19 de marzo de 2007.

³ Artículo 9, Decreto 379 de 2010.

⁴ Artículo 8.2.2 de la Resolución CRC 2355 DE 2010

⁵ Especificación Técnica de los Procedimientos Administrativos para la Conservación de Numeración Móvil en caso de Cambio de Operador (Portabilidad Móvil), 7 de julio de 2011, p. 22-23. Ver

México	No existe	La portabilidad no podrá ser rechazada o retrasada por deudas pendientes. Sin embargo, los usuarios deben cumplir con sus obligaciones contractuales, entre las que se incluyen la devolución de equipos que no sean de su propiedad; el pago de los cargos pendientes y las penalizaciones que se establezcan de la cancelación anticipada que, en su caso, sea acordada y convenida en el contrato con el concesionario cedente.
Estados Unidos	No existe	El concesionario cedente no puede rechazar la portación de un número por la existencia de una deuda pendiente. El usuario debe pagar la deuda y las penalidades según lo establecido en su contrato.
Reino Unido	No existe	El concesionario cedente no puede rechazar la portación con base en una deuda pendiente. El operador debe incluir cualquier deuda en la factura que emita y debe emplear los mecanismos contractualmente acordados para obtener el cobro de la deuda.

Fuente: elaboración propia

Finalmente, deseamos hacer referencia al Manual De Técnica Normativa Del Organismo Supervisor De Inversión Privada En Telecomunicaciones – Osiptel, aprobado mediante Resolución de Presidencia No. 00035-2016-PD/OSIPTEL (en adelante “Manual de Técnica Normativa”).

En el mismo, se establece como finalidad “*establecer disposiciones para uniformizar la elaboración de las normas de carácter general emitidas por el Consejo Directivo, de acuerdo con el marco legal vigente en materia de modernización de la gestión pública.*”

Pues bien, si analizamos el texto actual del artículo 13 del Reglamento, podemos observar que el mismo no se ajusta a los principios básicos del Manual de Técnica Normativa, de acuerdo al siguiente detalle:

- *Motivo de la propuesta normativa: Debe evitarse que, por defectos en la elaboración del texto, el motivo por el que se decidió la emisión de la norma se vea alterado o desvirtuado.*

igualmente <http://cnmcblog.es/2010/11/12/10-cosas-que-hay-que-saber-antes-de-hacer-una-portabilidad/>

⁶ Regla 14, Reglas de Portabilidad Numérica, 2014.

⁷ <https://www.fcc.gov/encyclopedia/wireless-local-number-portability-wlnp>

⁸ http://ask.ofcom.org.uk/help/telephone/refuse_PAC

En el presente caso, el artículo 13 era un mecanismo temporal que buscaba que las deudas de los ex abonados sean pagadas. Sin embargo, dicho fin se ha desvirtuado en la medida que realizarse el proceso de suspensiones por deuda a abonados portados, ha impactado de forma negativa en la competencia, en los derechos de los abonados y en la dinámica de la portabilidad.

El pago de deudas, no puede justificar que el fin último del Reglamento de Portabilidad (que es dinamizar el mercado haciendo que los usuarios puedan desplazar libremente su número telefónico entre empresas operadoras) se vea afectado al punto tal que genere que los abonados no deseen portar por las consecuencias de la suspensión del servicio.

Incluso, si el artículo 13 es utilizado como un mecanismo para recuperar abonados perdidos, también se estaría desvirtuando la finalidad del mismo.

- *Finalidad Pública: Debe procurar atender la existencia de una situación o problema que satisfaga al interés general.*

El proceso de suspensión por deuda a abonados portados contemplado en el artículo 13 del actual Reglamento de Portabilidad, no atiende, ni resuelve el interés general.

Al contrario, con el artículo 13 solo se está salvaguardando el interés de la empresa operadora cedente, cuando debería de primar el derecho del abonado al uso ininterrumpido del servicio.

Precisamente es de interés general que los abonados de una empresa operadora puedan hacer uso del servicio de forma ininterrumpida, sin verse afectados por solicitudes de suspensión a sus líneas con motivo de relaciones contractuales que tenían con terceros.

- *Coherencia con el resto del ordenamiento jurídico: Debe asegurarse la coherencia entre el texto que se propone y el resto de la normativa vigente.*

Tal y como hemos indicado, el artículo 13 resulta discriminatorio dado que diferencia y discrimina a los abonados portados de aquellos abonados que cambiaron de empresa operadora sin portar su número.

Asimismo, el Manual de Técnica Normativa establece que en la Exposición de Motivos de las normas debe realizarse un análisis sobre: (i) la necesidad y viabilidad de la propuesta, (ii) el costo – beneficio y (iii) el impacto de la norma.

Pues bien, si centramos los criterios descritos al actual texto del artículo 13, se observa también que no existe justificación alguna para la existencia del proceso de suspensiones, de acuerdo al siguiente detalle:

- (i) Necesidad y viabilidad de la propuesta: si bien el objetivo del artículo 13 es que las deudas de los ex abonados sean canceladas, lo cierto es que existen ya otros mecanismos existentes en el mercado menos costosos y gravosos.

Además, la práctica de suspensiones no se encuentra contemplada a nivel internacional tal y como ha sido demostrado líneas arriba en la tabla 1.

Incluso tal y como hemos señalado el proceso de suspensiones no guarda coherencia con el ordenamiento regulatorio actual e incluso la inexistencia del mismo, no genera ninguna consecuencia negativa para el interés público.

Precisamente esta situación – la del ex abonado que portó y mantiene deuda pendiente de pago – no necesita regulación especial, dado que ya existe en la normativa vigente la posibilidad de cobrar deudas mediante los mecanismos existentes y descritos líneas atrás.

- (ii) Análisis costo – beneficio: mantener la actual redacción del artículo 13, seguirá generando impactos negativos en la competencia, en el dinamismo del sistema de portabilidad, y en la experiencia de los usuarios al portarse.

Como ya se ha descrito, el artículo 13 contiene mayores efectos adversos que contribuciones al bien común y al interés general.

Se ha demostrado que el mecanismo de suspensiones afecta a la competencia de la portabilidad, no fomentando la misma al existir consecuencias como la de la suspensión.

Asimismo, además de los costos que asume la empresa operadora receptora y que han sido descritos anteriormente, OSIPTEL debe tener en consideración que la aplicación de esta norma también le generará costos y carga administrativa de consideración.

La aplicación total del actual artículo 13, generará una amplia cantidad de reclamos, que en su mayoría serán apelados por los abonados o usuarios al desconocer el mecanismo de suspensiones y que finalmente, serán elevados por las empresas operadoras al TRASU para su resolución.

¿por qué razón generar otra materia de reclamos cuando ya existe una vía idónea para el cobro de deudas, que es el mecanismo tradicional utilizado para los ex abonados?

(iii) Análisis del impacto de la norma: de mantenerse vigente el artículo 13, se seguirán presentando las gravosas situaciones que hemos descrito anteriormente. Por ello urge que sea el artículo 13 el que se adapte a la normativa vigente y que por lo tanto el proceso de suspensiones sea eliminado.

En base a lo indicado, es importante que el OSIPTEL, promueva que la cobranza de las deudas, la realice el operador cedente, a través de los mecanismos regulares de cobranza (centrales de riesgo, cartas de cobranza, cobranza judicial), pues así es como sucede para los usuarios que se migran a otra empresa sin portar su número; no existe ninguna justificación para aplicar un criterio diferente cuando se trata de un usuario que realiza la portabilidad.

Finalmente, esta es una problemática que ya ha sido identificada por el regulador, motivo por el cual, en la matriz de comentarios al Proyecto de Modificación del Reglamento de Portabilidad del año 2015, éste manifestó que el artículo 13 se encontraba bajo análisis y que se procedería a la formular una propuesta ante el Consejo Directivo que brinde una solución:

<p>Posición del OSIPTEL</p>	<p><u>RESPUESTA DE LOS COMENTARIOS AL PROYECTO:</u></p> <p>En atención a los comentarios recibidos al artículo 13 "Obligaciones pendientes de pago con el Concesionario Cedente" del Proyecto así como a la información posteriormente recabada de las empresas concesionarias vinculada a este tema, se ha considerado necesario replantear la propuesta publicada para comentarios.</p> <p>En ese sentido, una vez finalizada la evaluación que viene siendo realizada, se presentará la propuesta respectiva para la consideración del Consejo Directivo en las próximas semanas.</p>
<p>Versión final del Artículo 13</p>	<p>La propuesta de modificación será replanteada.</p>

Artículo 18.- Información a ser suministrada a al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal	No hay comentarios.
Artículo 20.- Consulta previa de la solicitud de portabilidad	<p>Considerando lo estipulado en el artículo 10 del Proyecto del Reglamento, en el cual se ha establecido un periodo mínimo de permanencia de dos (2) meses desde la fecha de habilitación del número telefónico para poder realizar la portabilidad, creemos que resulta necesario incluir esta condición como parte de las consultas en línea que realiza el ABDPC al concesionario cedente.</p> <p>En este sentido, sugerimos la siguiente redacción:</p> <p><i>Artículo 20.- Consulta previa de la solicitud de portabilidad</i></p> <p><i>El Concesionario Receptor podrá ofrecer la posibilidad de realizar una consulta previa de la procedencia de la solicitud de portabilidad a ser presentada por un abonado.</i></p> <p><i>La consulta previa de la solicitud de portabilidad podrá ser presentada por el abonado en forma presencial, en el mismo horario de atención que los Concesionarios Fijos y Móviles utilizan en las Oficinas o Centros de Atención al Cliente para la prestación de sus distintos servicios, o por teléfono en el mismo horario que los Concesionarios Fijos y Móviles emplean para sus respectivos servicios de información y asistencia telefónica según lo dispuesto por el artículo 37 de las Condiciones de Uso.</i></p> <p><i>El Concesionario Receptor es el responsable del correcto registro de la consulta previa en el Registro de Consulta Previa; así también, asume la responsabilidad de evitar que sea registrada de manera indebida en el Registro de Solicitud de Portabilidad.</i></p>



El Concesionario Receptor deberá registrar en el Registro de Consulta Previa de la Solicitud de Portabilidad la siguiente información:

- (i) Fecha de la consulta.*
- (ii) Tipo y número de documento legal de identificación.*
- (iii) Tipo de servicio.*
- (iv) Número o números a portar.*
- (v) Concesionario Cedente.*
- (vi) Concesionario Receptor.*
- (vii) Modalidad de contratación con el Concesionario Cedente.*

El Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal evaluará que:

- (i) El número telefónico consultado no cuente con una solicitud de portabilidad previa en trámite.*
- (ii) El número telefónico consultado no se encuentre dentro del periodo mínimo entre cada solicitud de portabilidad.*
- (iii) El número telefónico consultado corresponde al tipo de servicio que brinda el Concesionario Receptor.*

El Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal consultará en línea al Concesionario Cedente si:

- (i) El número telefónico consultado corresponde al Concesionario Cedente.*
- (ii) El número telefónico consultado corresponde a la modalidad de pago contratada.*
- (iii) El número telefónico consultado corresponde al documento legal de identificación.*
- (iv) El número telefónico consultado corresponde al tipo de servicio.*
- (v) El número telefónico consultado, a la fecha de realizada la consulta, no se encuentre con el servicio suspendido por mandato judicial, por deuda, por declaración de insolvencia, por uso indebido del servicio o por uso prohibido.*
- (vi) El número telefónico consultado, a la fecha de realizada la consulta, no se encuentre con deuda*

exigible, respecto al último recibo emitido por el Concesionario Cedente.

- (vii) *El número telefónico consultado, a la fecha de realizada la consulta, no cuente con una relación contractual con el Concesionario Cedente por haberse dado de baja y no esté dentro del plazo de treinta (30) días calendario posteriores a la terminación del contrato.*
- (viii) **El número telefónico a portar, a la fecha de presentación de la solicitud de portabilidad, tiene al menos dos (2) meses de servicio en la red del Concesionario Cedente, desde la fecha de habilitación del número telefónico.**

La respuesta a esta consulta deberá ser enviada por el Concesionario Cedente en un plazo no mayor de dos (2) minutos. De ser procedente la consulta previa, el Concesionario Cedente deberá incluir la información de la fecha de activación del número telefónico en el servicio objeto de la consulta. De presentar alguna objeción el Concesionario Cedente deberá indicar el motivo de la misma.

La objeción del Concesionario Cedente debe incluir la información de la fecha de activación del número telefónico en el servicio objeto de la consulta, excepto en los casos en que la objeción se sustente en que: (a) el número telefónico consultado no le corresponda, o (b) el número telefónico consultado no corresponda al documento legal de identificación del abonado. En el caso de que la objeción sea por deuda respecto al último recibo emitido, debe indicar el monto adeudado y la fecha de vencimiento del recibo.

El Concesionario Cedente es responsable de la veracidad de la información enviada al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal.

Si el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal verifica el incumplimiento de algunos de los supuestos anteriormente señalados comunicará al Concesionario Receptor que la portabilidad numérica sobre el número telefónico consultado será rechazada, caso

	<p><i>contrario indicará que la portabilidad numérica sobre el número telefónico consultado será procedente.</i></p> <p><i>El Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal comunicará la respuesta sobre el número telefónico consultado al Concesionario Receptor en un plazo no mayor de un (1) minuto de haber recibido la respuesta de parte del Concesionario Cedente, a fin de que el Concesionario Receptor proceda a comunicárselo.</i></p>
<p>Artículo 21.- Inicio del procedimiento</p>	<p>Nos remitimos al comentario formulado en el artículo 8, donde consideramos importante que se mantenga la portabilidad telefónica y a través de otras vías, en la medida que la portabilidad es un mecanismo eficaz de competencia en el mercado.</p>
<p>Artículo 22.- Evaluación de la solicitud de portabilidad</p>	<p>Considerando lo estipulado en el artículo 10 del Proyecto del Reglamento, mediante el cual se ha establecido un periodo mínimo de permanencia de dos (2) meses desde la fecha de habilitación del número telefónico para poder realizar la portabilidad, creemos necesario incluir esta condición como parte de los supuestos que serán evaluados por el ABDPC para calificar como procedente la solicitud de portabilidad.</p> <p>En este sentido, sugerimos la siguiente redacción:</p> <p><i>Artículo 22.- Evaluación de la solicitud de portabilidad</i></p> <p><i>El Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal evalúa la solicitud de portabilidad y la calificará como procedente siempre que:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>(i) El número telefónico a portar no cuente con una solicitud de portabilidad previa en trámite.</i> <i>(ii) El número telefónico a portar no se encuentre dentro del periodo mínimo entre cada solicitud de portabilidad.</i> <i>(iii) El número telefónico a portar corresponde al Concesionario Cedente.</i> <i>(iv) El número telefónico a portar corresponde a la modalidad de pago contratada.</i> <i>(v) El número telefónico a portar corresponde al documento legal de identificación.</i> <i>(vi) El número telefónico a portar corresponde al tipo de servicio.</i> <i>(vii) El número telefónico a portar, a la fecha de presentación de la solicitud de portabilidad, no se encuentre con el servicio</i>



suspendido por mandato judicial, por deuda, por declaración de insolvencia, por uso indebido del servicio o por uso prohibido.

(viii) El número telefónico a portar, a la fecha de presentación de la solicitud de portabilidad, no se encuentre con deuda exigible, respecto al último recibo emitido por el Concesionario Cedente.

(ix) El número telefónico a portar, a la fecha de presentación de la solicitud de portabilidad, no cuente con una relación contractual con el Concesionario Cedente por haberse dado de baja y no esté dentro del plazo de treinta (30) días calendario posteriores a la terminación del contrato.

(x) El número telefónico a portar corresponde al tipo de servicio brindado por el Concesionario Receptor.

(xi) El número telefónico a portar, a la fecha de presentación de la solicitud de portabilidad, tiene al menos dos (2) meses de servicio en la red del Concesionario Cedente, desde la fecha de habilitación del número telefónico.

Para realizar la verificación de la información contenida en los literales (iii), (iv), (v), (vi), (vii), (viii), (ix), (x) y (xi) el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal realizará la consulta en línea a la Base de Datos del Concesionario Cedente en forma inmediata de recibida la solicitud de parte del Concesionario Receptor.

La respuesta a esta consulta deberá ser enviada por el Concesionario Cedente en un plazo no mayor de dos (2) minutos de realizada. De no presentar objeción a la solicitud, el Concesionario Cedente debe incluir la información de la fecha de activación del número telefónico en el servicio objeto de la solicitud.

De presentar alguna objeción el Concesionario Cedente debe indicar el motivo de la misma. La objeción debe incluir la información de la fecha de activación del número telefónico en el servicio objeto de la consulta, excepto en los casos en que la objeción se sustente en que: (a) el número telefónico consultado no le corresponde al documento legal de identificación del abonado. En el caso de que la objeción sea por deuda respecto al último recibo emitido, deberá indicar el monto adeudado del último recibo y su fecha de vencimiento. El Concesionario Cedente es responsable de la veracidad de

la información enviada al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal.

En caso el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal verifique el incumplimiento de algunos de los supuestos anteriormente señalados rechazará la solicitud de portabilidad, caso contrario indicará que la solicitud de portabilidad numérica sobre el referido número telefónico es procedente.

Si el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal no obtiene respuesta de la consulta en línea a la Base de Datos del Concesionario Cedente en el plazo establecido, por razones atribuibles al Concesionario Cedente la solicitud de portabilidad será declarada procedente.

El rechazo de la solicitud de portabilidad deberá ser comunicado por el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal al Concesionario Receptor en un plazo no mayor de un (1) minuto de haber recibido la respuesta de parte del Concesionario Cedente, a fin de que el Concesionario Receptor proceda a comunicárselo al abonado.

De ser procedente la solicitud de portabilidad, el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal lo comunicará al Concesionario Receptor en un plazo no mayor de un (1) minuto de haber recibido la respuesta de parte del Concesionario Cedente o de haberse vencido el plazo para que el Concesionario Cedente comunique su respuesta, a efectos de continuar con el proceso de portabilidad numérica.

De producirse un rechazo por deuda respecto al último recibo y de haber cancelado el abonado la referida deuda el día anterior o el mismo día de presentada la solicitud de portabilidad, el Concesionario Receptor enviará en forma inmediata al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal, adjunto a la solicitud de portabilidad, una copia de la constancia de pago efectuada por el abonado que corresponda al monto, del último recibo, indicado como adeudado por el Concesionario Cedente. El Administrador de la Base de Datos renviará la copia de la constancia de pago al Concesionario Cedente y declarará procedente la solicitud de portabilidad."





Artículo 23.- Ejecución de la portabilidad	No hay comentarios
Artículo 26.- Plazo del procedimien to para portar el número telefónico	No hay comentarios
Artículo 51- A.- Información a través de las redes sociales	No hay comentarios
Artículo 53- A.- Información a través de mensajes cortos de texto	No hay comentarios
Artículo 53- B- Información a ser incluida en los recibos telefónicos	No hay comentarios
Artículo 53- C.- Información a través de locuciones	No hay comentarios
Tercera	<p>En relación a este artículo consideramos más eficiente que las empresas operadoras informen a principio de año la forma y fecha en la cual se dará cumplimiento a los artículos 53-A, 53-B y 53-C.</p> <p>Sugerimos la siguiente redacción:</p>

A handwritten mark, possibly a signature or initials, consisting of a curved line that starts from the right edge and curves upwards and then downwards.



	<p><i>Tercera.- La información a través de mensajes cortos de texto, recibos telefónicos impresos o electrónicos, y locuciones, a la que se hace referencia en los artículos 53-A, 53-B y 53-C, deberá ser enviada por los Concesionarios Fijos y Móviles a sus abonados, según corresponda, una vez cada tres (3) meses. <u>Los Concesionarios Fijos y Móviles deben remitir al OSIPTEL durante los primeros 15 días calendario de año, una comunicación en donde se detalle la forma y fecha mediante las cuales dará cumplimiento a lo anteriormente señalado. En caso de modificación de la forma y fecha de cumplimiento, los Concesionarios Fijos y Móviles deberán comunicarse al OSIPTEL los cambios realizados, en un plazo de hasta 15 días calendario de efectuada la modificación.</u></i></p>
--	--

Asimismo, adjunta a la presente comunicación, podrán encontrar un disco compacto con la versión en Word de los comentarios, así como un informe legal sobre la Constitucionalidad y Legalidad del artículo 13 del Reglamento de Portabilidad elaborado por CMS Grau Abogados.

Muy atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Enrique Castro del Río'.

Luis Enrique Castro del Río
Jefe de Regulación de Usuarios

PARA NINO BOGGIO
ENTEEL

DE DR. RAMÓN HUAPAYA TAPIA
CMS GRAU

FECHA 31 DE ENERO DE 2018

ASUNTO INFORME LEGAL SOBRE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD
DEL ARTÍCULO 13 DEL REGLAMENTO DE PORTABILIDAD

El presente informe tiene como propósito analizar la constitucionalidad y legalidad del Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 166-2013-CD/OSIPTEL ("el Reglamento de Portabilidad"), específicamente respecto de la facultad que tiene el Concesionario Cedente de solicitar al Concesionario Receptor que suspenda el servicio al abonado.

I. CONCLUSIONES

- 1.1 La prerrogativa a favor del Concesionario Cedente y la consecuente obligación del Concesionario Receptor, previstas en el Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad Numérica son inconstitucionales.
- 1.2 En primer lugar porque vulnera el principio de libre competencia consagrado en la Constitución y que, además, constituye el objetivo de interés público de la portabilidad. En efecto, la distorsión que genera el Artículo 13 desincentiva la portabilidad, entorpeciendo la competencia entre las empresas operadoras.
- 1.3 En segundo lugar, la disposición es inconstitucional porque vulnera los derechos constitucionales a la igualdad y libertad de elección de los

usuarios. A la igualdad porque constituye un trato desigual sin justificación entre usuarios que portan y usuarios que cambian de operador sin conservar sus números. A la libertad de elección porque al desincentivar la portabilidad, dificulta la libertad de los usuarios de elegir un nuevo operador.

- 1.4 Asimismo, la disposición bajo análisis es inconstitucional porque vulnera la libertad de empresa de los Concesionarios Receptores, al imponerles una obligación que afecta su relación con sus abonados, justificada indebidamente en una deuda que no es de su responsabilidad. En ese sentido, se privilegia el interés privado del Concesionario Cedente por encima del interés público y del interés del Concesionario Receptor.
- 1.5 Por último, si bien la disposición objeto de análisis busca tutelar el derecho de crédito del Concesionario Cedente, la misma no es idónea para conseguir el fin que pretende, no es necesaria al existir medidas menos gravosas y no es proporcional, al implicar una afectación mayor sobre otros derechos constitucionales.

II. LA DISPOSICIÓN MATERIA DE ANÁLISIS

a) Premisa: La Portabilidad Numérica

- 2.1 La portabilidad numérica se encuentra regulada en el Reglamento de Portabilidad como un derecho del usuario. Así, el Artículo 4 de dicha norma prevé que *"todo abonado del servicio público móvil y del servicio de telefonía fija tiene derecho a la portabilidad de su número telefónico, independientemente de la modalidad de pago contratado"*.
- 2.2 Conforme a un estudio preparado por OSIPTEL, la implementación de la portabilidad numérica tenía como objetivo *"reducir significativamente*

los costos de cambio que debían asumir los usuarios que decidiera cambiar de empresa operadora”.¹

- 2.3 Actualmente, la literatura especializada considera que la portabilidad beneficia no sólo a los usuarios, sino a la competencia en sí misma al incentivar que los proveedores compitan por retener o captar nuevos abonados. En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de República Dominicana en la Sentencia TC/0161/13 del 12 de setiembre de 2013:

*“(…) la portabilidad no solo beneficia al consumidor del servicio, por cuanto ello **tiene por efecto la dinamización de la competencia, de ahí que las empresas tendrán que dar mejor servicio y deberán hacer todo lo posible por mantener sus clientes y atraer a otros**”. (Énfasis agregado).*

- 2.4 Sobre la base de ello, existe una política de promoción de la portabilidad, en la lógica que la regulación en telecomunicaciones debe favorecer e incentivar la competencia entre los operadores para beneficio de los usuarios.

b) La disposición objeto de análisis

- 2.5 En el marco de la portabilidad numérica, el Reglamento de Portabilidad prevé que el Concesionario Cedente puede requerir al Concesionario Receptor que suspenda el servicio del abonado que mantenga obligaciones exigibles a favor suyo, conforme a determinadas reglas.

- 2.6 Expresamente, el Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad establece lo siguiente:

¹ LOIZZA, Rozzana. *Evolución del mercado de telecomunicaciones móviles en el Perú*. Lima: OSIPTEL, 2016.

Artículo 13.- Obligaciones pendientes de pago con el Concesionario Cedente.

Las obligaciones de pago al término del contrato se regirán por lo dispuesto en las Condiciones de Uso, independientemente de la modalidad de pago contratada.

Transcurrido el plazo de treinta (30) días calendario a partir de la fecha de deshabilitación del número telefónico y **mientras el abonado mantenga obligaciones exigibles con el Concesionario Cedente respecto del número telefónico portado, este último podrá solicitar al Concesionario Receptor la suspensión del servicio al abonado** sujetándose a las siguientes reglas:

- (i) El Concesionario Cedente deberá haber puesto en conocimiento del abonado las obligaciones exigibles mediante la entrega del recibo en el cual fueron facturadas o mediante una carta de cobranza cuando se trate de conceptos no facturables acorde con las Condiciones de Uso. En este último caso, la notificación deberá efectuarse como máximo en el subsiguiente ciclo de facturación a partir de la fecha de deshabilitación del número telefónico.
- (ii) El Concesionario Cedente deberá presentar su solicitud al Concesionario Receptor, detallando el número de recibo o carta de cobranza, su fecha de vencimiento y el importe adeudado. En la misma fecha, el Concesionario Cedente deberá poner en conocimiento del abonado la solicitud de suspensión con la misma información proporcionada al Concesionario Receptor, mediante cualquier mecanismo que deje constancia de su recepción.
- (iii) **El Concesionario Receptor realizará la suspensión solicitada dentro de los dos (02) días hábiles de recibida**

la petición del Concesionario Cedente. La suspensión deberá sujetarse a lo establecido en el artículo 71 de las Condiciones de Uso, en relación a las fechas en las que no se puede ejecutar la misma.

- (iv) Recibido el pago del importe adeudado, el reclamo por su facturación, reclamo por cobro o por suspensión del servicio, el Concesionario Cedente contará con un plazo máximo de un (01) día hábil para solicitar al Concesionario Receptor la reactivación, informando el motivo de la misma. En caso la deuda sea pagada, la tarifa por concepto de reactivación por suspensión será asumida por el abonado; en cualquier otro caso, será asumida por el Concesionario Cedente.
- (v) El Concesionario Receptor realizará la reactivación del servicio solicitada dentro de las veinticuatro (24) horas de recibida la petición del Concesionario Cedente.

En el caso de obligaciones que adquieran la condición de exigibles cuando el número telefónico del abonado ha sido nuevamente portado, el concesionario acreedor podrá utilizar el presente procedimiento ante quien tenga el rol de Concesionario Receptor.

La suspensión del servicio regulada en el presente artículo no podrá mantenerse por un periodo superior a los treinta (30) días calendario, transcurridos los cuales el Concesionario Receptor procederá a la reactivación del servicio. (Énfasis agregado).

- 2.7 El numeral 2.9 de la Exposición de Motivos sustenta dicha disposición con el propósito "que el proceso de portabilidad no sea visto como un mecanismo para generar deudas impagas en el sector".

2.8 En ese sentido, queda claro que dicha disposición vigente actualmente busca tutelar el derecho de crédito del Concesionario Cedente, para lo cual le otorga una prerrogativa e impone una obligación en cabeza del Concesionario Receptor. Asimismo, se califica como infracción leve su inobservancia por parte del Concesionario Receptor.

c) El Proyecto de Modificación

2.9 En dicho contexto, se ha publicado la Resolución de Consejo Directivo N° 158-2017-CD/OSIPTEL que aprueba la publicación para comentarios del proyecto de norma que busca modificar el Reglamento de Portabilidad (“el Proyecto”), así como el Informe N° 192-GPRC/2017 que sustenta el Proyecto. Conforme se aprecia de la página 11 del referido informe:

*“(...) resulta necesario tener en cuenta que la aplicación de este mecanismo **puede impactar en perjuicio del abonado; generar costos de transacción, operativos u otros innecesarios que distorsionan el mercado, afectar la aplicación de la portabilidad numérica como herramienta de competencia; dar un trato diferenciado de los abonados que mantienen una deuda, entre otros**”. (Énfasis agregado).*

2.10 Teniendo ello en consideración, se plantea eliminar dicha previsión del Artículo 13, dejando el siguiente nuevo texto:

"Artículo 13.- Derecho del abonado que ha portado su número telefónico a utilizar cualquier canal de pago del Concesionario Cedente.

Todo abonado que ha portado su número telefónico y que tenga obligaciones económicas con el Concesionario Cedente, vencidas o no, tiene derecho, a utilizar los mismos canales que los abonados actuales de dicho Concesionario Cedente utilizan para el pago de sus respectivos servicios.

Es responsabilidad del Concesionario Cedente el implementar y mantener operativos dichos canales, así como mantener actualizada la información sobre los montos adeudados, de modo que los abonados puedan ejercer este derecho."

- 2.11 Consecuentemente se propone eliminar el tipo infractor consistente en no proceder con la suspensión del servicio, infracción calificada como leve y que recae actualmente en el Concesionario Receptor.

III. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA DISPOSICIÓN

- 3.1. A fin de analizar la constitucionalidad de la disposición descrita, nos permitimos seguir las pautas que sigue nuestro Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. Así, conforme se precisa en la sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC (Caso Municipalidad Distrital de Lurín con la Municipalidad Provincial de Huarochiri), corresponde realizar una *invocación preceptiva* de las normas constitucionales pertinentes.

Ello, considerando que *"la Constitución deviene en término de referencia para determinar la validez o no validez de una norma de inferior jerarquía"*.²

Luego de ello, analizaremos las afectaciones a los principios y normas constitucionales involucrados como parámetros de validez de la disposición reglamentaria bajo análisis, para concluir con su examen a

² GARCÍA TOMA, Víctor. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el examen de constitucionalidad y el modelo de control derivado y sinérgico". En: Derecho & Sociedad, N° 40, 2013, p. 28.

la luz del *principio de proporcionalidad* y los sub exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

a) Vulneración a la libre competencia y a las finalidades de la portabilidad como política derivada de ésta

3.2. Conforme hemos visto, el objetivo de interés público de la regulación de portabilidad es la promoción de la competencia entre operadores, lo que redundaría en un beneficio para los usuarios. En ese sentido, un desincentivo en la portabilidad implica necesariamente un perjuicio para los usuarios.

3.3. Ahora bien, no sólo los usuarios se ven afectados directamente (como explicaremos más adelante). Indirectamente también se ven afectados al estar frente a una disposición que atenta contra la libre competencia. Ello es así en la medida que restringe la portabilidad.

En términos sencillos, la portabilidad incentiva la competencia porque facilita la migración de usuarios, lo que a su vez conlleva a que los operadores tengan más incentivos para competir por ganar las preferencias de dichos usuarios.

Como ha señalado Stephen Kessing, en la medida que los consumidores tengan más opciones y la posibilidad de migrar sea fácil, los proveedores se verán en la necesidad de ofrecer mejores planes de precios, nuevas tecnologías y mejor calidad, a fin de atraer o retener a los consumidores³.

3.4. Sobre el particular, resultan ilustrativas las palabras del profesor José Carlos Laguna de Paz:

³ KESSING, Stephen. "Wireless local number portability: New rules will have broad effects". En: Duke Law & Technology Review, N° 6, 2004, párrafo 26.

*“En el caso de cambio de operador, la conservación del número telefónico se ha revelado una cuestión importante, no sólo desde la perspectiva de los intereses de los usuarios, sino también de la promoción de la competencia. Esta se vería perjudicada, si el cambio de empresa llevase aparejado la pérdida del número, o si los costes de su conservación – en tiempo, interrupción del servicio y trámites – tuviesen un efecto desincentivador para el usuario. De ahí que la exigencia de conservación del número telefónico se haya ido introduciendo en todos los países”.*⁴ (Énfasis agregado).

- 3.5. Las reflexiones del profesor español son más que pertinentes para el caso concreto. La prerrogativa otorgada al Concesionario Cedente con la consecuente obligación en cabeza del Concesionario Receptor tienen un claro efecto desincentivador para el usuario. Por ende, se perjudica la promoción de la competencia.
- 3.6. Pero no sólo ello, al obligar al Concesionario Receptor a suspender el servicio de un nuevo abonado a solicitud del Concesionario Cedente, se impone a un operador a realizar acciones que entorpecen su relación con el abonado a pedido de un competidor. Esta distorsión del fenómeno competitivo es también una afectación a la libre competencia.
- 3.7. Dicha afectación tiene una gran incidencia constitucional. En efecto, por mandato del Artículo 61 de la Constitución, el Estado tiene el deber de facilitar la competencia:

Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (Énfasis agregado).

⁴ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. 3ra edición. Navarra: Aranzadi, 2010, pp. 269 - 270.

3.8. Interpretando dicha disposición, el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente:

“Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario.

(...)

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que **permitan mayores niveles de competencia**.

De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, **procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución**.

Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país;

b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) **el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos**⁵. (Énfasis agregado).

⁵ Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Caso Nesta Brero).

3.9. En sentido similar, pero específicamente hablando del sector telecomunicaciones, el profesor Laguna de Paz nos dice que la regulación sectorial debe asumir la tarea *“promover y proteger la competencia”*.⁶ Asimismo, se ha dicho con razón que *“la regulación es una técnica de creación de competencia”*.⁷

En este caso, sin embargo, la regulación prevista en el Artículo 13 promueve exactamente lo contrario al desincentivar la portabilidad, generando efectos adversos en el sistema, afectando a los abonados, elevando los costos de transacción, entre otras consecuencias gravosas.

3.10. En virtud de lo expuesto, considerando que el Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad encarece la portabilidad y, por ende, evita la promoción de la competencia, queda evidenciado que trasgrede el principio constitucional de libre competencia.

b) Vulneración al deber especial de protección de los usuarios

3.11. Conforme hemos precisado, la portabilidad numérica busca promover la competencia entre operadores, así como beneficiar a los usuarios, repotenciando su derecho de elección del operador en un mercado competitivo.

En otros términos, se ha dicho que *“la portabilidad numérica es beneficiosa para el usuario dado que no impone la necesidad de informar a otros el cambio de número y ha incrementado la competencia en el mercado de telecomunicaciones lo que ha resultado en precios más bajos y mayor satisfacción para el consumidor”*.⁸

⁶ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. 3ra edición. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 313.

⁷ DEL GUAYO, Íñigo. *Regulación*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 71.

⁸ DESWAL, Suman & Anita SINGHROVA. “A comparative analysis of number portability routing schemes”. En: *International Journal of Computer Networks &*

3.12. Tomando ello en consideración, el Artículo 65 de la Constitución consagra un *deber especial de protección* respecto de los usuarios. Así, expresamente dice la referida norma:

Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. *Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población. (Énfasis agregado).*

3.13. Interpretando los alcances de dicha norma constitucional, el Tribunal Constitucional ha precisado que *“Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario”⁹.*

3.14. En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“30. La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica.

Communications, Vol. 6, N° 2, 2014, p. 39. Traducción libre de: “Number Portability is beneficial to the user as it does not require the need of informing others of number change and it has increased the competition in the telecommunication market which has resulted in lower prices and greater customer satisfaction. Further, once implemented by all the wireline and wireless service providers, it will significantly reduce the switching cost for customers”.

⁹ Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Caso Nesta Brero).

Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor".¹⁰ (Énfasis agregado).

- 3.15. Llevando dichas precisiones al caso, queda evidenciado que existe un derecho constitucional de elección por parte de los usuarios, el cual debe ser tutelado no sólo por la tutela de la libertad de contratación (aplicable a cualquier persona natural o jurídica), sino porque la Constitución exige una tutela especial respecto de los derechos de los usuarios.
- 3.16. En línea con ello, es importante precisar que aun cuando la Constitución hace referencia a los derechos de información, salud y seguridad, no debe entenderse que se trata de un listado taxativo, sino meramente enunciativo. En otras palabras, aun cuando no expresamente, sí se encuentran protegidos el derecho de elección y, como consecuencia de éste, el derecho a la portabilidad numérica.
- 3.17. En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia citada:

"Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los

¹⁰ Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Caso Nesta Brero).

únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un numerus apertus a otras expresiones sucedáneas".¹¹ (Énfasis agregado).

3.18. Hechas estas precisiones, concluimos que el Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad vulnera este precepto constitucional al afectar los derechos de los usuarios, pese a que por mandato constitucional, existe un deber especial de protección de los usuarios. Deber que, además, pesa especialmente sobre los organismos reguladores.

3.19. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional: *"Allí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores. Estos organismos tienen la obligación de asumir la delicada misión que les ha sido asignada bajo principios de transparencia e imparcialidad. De la eficiente labor en sus respectivos sectores depende, en gran medida, que se genere verdadera competencia entre los distintos agentes económicos, lo que redundará en beneficio de los usuarios."*¹²

3.20. Asimismo, en otro pronunciamiento, el Tribunal Constitucional ha precisado:

"En el ámbito de la prestación del servicio público de telefonía, el genérico deber especial de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, está en manos de OSIPTEL. A este se le ha confiado, entre otras tareas, la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios derivados de la

¹¹ Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Caso Nesta Brero).

¹² Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Caso Nesta Brero).

*prestación del servicio público de telefonía. Como tal, involucra la exigencia de un papel garantista de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios de los servicios de telefonía frente a las amenazas o violaciones de los derechos fundamentales que pudieran provenir de los agentes económicos que prestan dicho servicio público. De modo que éste debe y tiene que adoptar todas las medidas necesarias, oportunas y eficaces para contrarrestar apropiadamente las lesiones o amenazas de violación de los derechos de los consumidores y de los usuarios.*¹³ (Énfasis agregado).

3.21. Por las razones expuestas, concluimos que se ha vulnerado el deber constitucional de protección especial de los usuarios. Lo más grave de esta afectación es que se realiza a fin de tutelar el interés del Concesionario Cedente en desmedro del interés del usuario, cuando la Constitución expresamente promueve una solución inversa, en donde prima el derecho de los usuarios.

c) Vulneración a la libertad de contratar de los usuarios

3.22. En línea con lo anterior, ha quedado demostrado que el Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad vulnera el deber especial de protección que pesa sobre el Estado respecto de los usuarios. Pero no sólo ello, sino que – conforme hemos visto – dicha vulneración implica una afectación a otro derecho constitucional de los usuarios, a saber su libertad de contratar.

3.23. Si bien la norma bajo análisis no prohíbe la contratación del usuario con el Concesionario Receptor, sí la dificulta y entorpece, al otorgar prerrogativas al Concesionario Cedente e imponer obligaciones al Receptor que desincentivan la portabilidad. Es decir, la existencia de

¹³ Sentencia recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC (Caso Torres del Aguila).

dicha norma desincentiva que el usuario pueda elegir libremente un nuevo proveedor de servicios.

3.24. Ello contraviene el numeral 14 del Artículo 2 de la Constitución que expresamente dispone lo siguiente:

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

14. **A contratar con fines lícitos**, siempre que no se contravengan leyes de orden público. (Énfasis agregado).

3.25. Dicho derecho constitucional ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional conforme a lo siguiente:

“Tal derecho garantiza, prima facie:

- **Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.**
- *Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual”.*¹⁴ (Énfasis agregado).

3.26. En el caso concreto, se está afectando la libertad de contratar en la modalidad de autodeterminación para decidir la celebración de un contrato y elegir al co-contratante. Reiteramos que si bien no se prohíbe de forma absoluta la elección (el cambio) de la empresa operadora, si se encarece la elección, terminando por afectar el derecho constitucional.

Lo más grave es que la elección del usuario se ve afectada por la intervención del Concesionario Cedente, quien termina afectando la nueva relación contractual entre el abonado y el Concesionario Receptor. Conforme ahondaremos más adelante, la relación entre el abonado y el Concesionario Receptor se ve afectada seriamente al

¹⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Caso Nesta Brero).

obligar a éste a suspender el servicio del abonado por una deuda que éste no mantiene con él, sino con un tercero (Cedente).

3.27. Asimismo, vale mencionar que dicho encarecimiento no es leve, dado que está materializado en la suspensión del servicio, con todo lo que ello implica, a saber los perjuicios a los que se somete al usuario por no contar con el servicio y los perjuicios que se generan a su vez en su nueva relación con el Concesionario Receptor.

d) Vulneración al derecho de igualdad de los usuarios

3.28. La disposición objeto de análisis implica también una vulneración al derecho a la igualdad de los usuarios, específicamente de los usuarios que accedan a la portabilidad respecto de aquellos que simplemente decidan cambiar de número.

3.29. En efecto, cuando el usuario decide cambiar de operador, pero no conservar su número, el operador actual no tiene prerrogativa alguna para exigir al nuevo operador que suspenda el servicio del usuario. En cambio, si el usuario decide conservar su número apelando a la portabilidad, el operador actual sí tiene dicha prerrogativa, con lo cual el usuario ve restringidas sus posibilidades de elegir otro operador. Precisamente este es uno de los problemas identificados en la página 19 del Informe N° 192-GPRC/2017.

3.30. Este trato desigual no tiene sustento alguno. Menos aun cuando la portabilidad forma parte de una política que busca incentivar la competencia. En otras palabras, cuando se aplica la portabilidad numérica, el mercado en general se ve beneficiado. El único que pierde es el Concesionario Cedente, pero producto del daño concurrencial legítimo.

Es más, en el caso concreto, el usuario que hace uso de la portabilidad facilita el cobro mucho más que el usuario que no hace uso de la misma, dado que al conservar su número se vuelve más fácil de ubicar para el Concesionario Cedente. En tal sentido, en los casos de portabilidad, el Cedente se encuentra en mejor posición para hacer efectivo el cobro de la deuda, lo que implica que existan menos razones aún para brindarle un trato privilegiado en detrimento del abonado y del Concesionario Receptor.

Precisamente por ello es que se busca incentivar la portabilidad y – contrariamente a lo que refleja el Artículo 13 – y evitar que los operadores pongan trabas a la misma. En palabras del profesor de derecho constitucional, Samuel Issacharoff, de la Escuela de Leyes de la Universidad de Nueva York:

*“Permitir la portabilidad numérica en un mercado en donde la mayoría de proveedores no lo hacen sólo podría dañar a una compañía telefónica distante, haciendo más fácil para sus usuarios cambiar de proveedor. En este escenario, **la regulación es un paso necesario y apropiado para asegurar que las compañías telefónicas no creen barreras artificiales para los consumidores que deseen migrar**”¹⁵. (Énfasis agregado).*

3.31. Pese a ello, en estos casos (beneficiosos para la sociedad), la regulación materializada en el Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad castiga al usuario.

¹⁵ ISSACHAROFF, Samuel. “Disclosure, Agents, and Consumer Protection”. En: Journal of Institutional and Theoretical Economics, N° 167, 2011, p. 65. Traducción libre de “Providing number portability in a market where most providers do not could only hurt an outlying phone company by making it easier for its customers to switch to other providers. In this instance, regulation is a necessary and appropriate step to ensure that the cell phone companies do not create artificial barriers for customers who want to defect”.

3.32. Lo expuesto revela una clara vulneración al derecho constitucional a la igualdad, prevista en el numeral 2 del Artículo 2 de la Constitución:

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

2. **A la igualdad ante la ley.** Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (Énfasis agregado).

3.33. Conforme ha sido destacado por reiterada jurisprudencia¹⁶ y doctrina¹⁷, el derecho constitucional a la igualdad se ve vulnerado siempre que exista un trato desigual (como en este caso) sin justificación válida de por medio.

3.34. En este caso, dicho trato desigual no tiene justificación, por lo que se concreta la vulneración constitucional anotada.

e) Vulneración a la libertad de empresa de los Concesionarios Receptores

3.35. Por último, pero no menos importante, consideramos que el Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad vulnera la libertad de empresa de los Concesionarios Receptores, al obligarlos a suspender el servicio por una deuda ajena, concretamente, la deuda de su propia competencia.

¹⁶ "Cabe destacar que la no discriminación y la igualdad de trato son complementarias, siendo el reconocimiento de la igualdad el fundamento para que no haya un trato discriminatorio. De esta forma, la igualdad de las personas incluye: (i) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y (ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva" En: Sentencia recaída en el Expediente N° 05652-2007-PA/TC.

¹⁷ "La igualdad, como derecho subjetivo fundamental, encierra como contenido una situación jurídica de poder y otra de deber. El derecho a la igualdad obliga al Estado a abstenerse de utilizar o emplear criterios discriminatorios. El derecho a la igualdad faculta al individuo para exigir la equiparación en el trato". BAÑO LEON, José María. "La igualdad como derecho público subjetivo". En: Revista de Administración Pública, N° 114, 1987, p. 188.

3.36. El Artículo 59 de la Constitución consagra dicho derecho en los siguientes términos:

*Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y **la libertad de empresa**, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. (Énfasis agregado).*

3.37. Interpretando los alcances del referido artículo, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Consagrada por el artículo 59° de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

***La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa**, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar”.¹⁸ (Énfasis agregado).*

3.38. Pues bien, en el caso concreto, al imponer dicha obligación en cabeza del Concesionario Receptor es claro que se vulnera su autodeterminación empresarial. Así, se le impone un esquema de actuación frente a un usuario determinado y a solo requerimiento de su competencia.

¹⁸ Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Caso Nesta Brero).

Esta obligación no sólo le impone costos no previstos en un esquema empresarial regular, sino que afecta su relación con los nuevos usuarios, perjudicando los esfuerzos desplegados por captar dicha demanda insatisfecha. Lo más grave es que dicha regulación busca tutelar el interés privado del Concesionario Cedente, en desmedro del interés público y del interés del Concesionario Receptor, sin que exista legitimidad alguna para ello.

3.39. Ello constituye una intervención indebida en la esfera de libertad comercial de la empresa operadora.

f) Vulneración al principio de proporcionalidad

3.40. Tomando en cuenta todo lo expuesto, es pertinente referirnos a lo dicho por el Tribunal Constitucional conforme a la cual *"Al legislador incumbe, en efecto, ponderar los diferentes derechos y bienes constitucionales en conflicto, y establecer, con carácter general, los principios y reglas conforme a los cuales se deberán resolver las controversias entre agentes económicos y los usuarios y consumidores"*.¹⁹

3.41. En ese sentido, es importante precisar qué bien constitucional busca tutelar la norma bajo análisis y confrontarla con las afectaciones constitucionales antes descritas, para comprobar si estamos frente a una vulneración legítima o si, por el contrario, amerita sostener la inconstitucionalidad el Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad.

3.42. Conforme hemos precisado, lo que busca tutelar la norma del Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad es el derecho de crédito del Concesionario Cedente. Ahora bien, en nuestra opinión, el derecho de crédito no tiene rango constitucional porque cualquier afectación a derechos constitucionales en su nombre resulta inconstitucional.

¹⁹ Sentencia recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC (Caso Torres del Aguila).

3.43. Sin perjuicio de ello, a fin demostrar la ausencia de proporcionalidad de la disposición bajo análisis, pasaremos a explicar por qué consideramos que la referida disposición es inidónea, innecesaria y desproporcional. Para ello, aplicaremos el *test de proporcionalidad*, conforme al siguiente planteamiento de nuestro Tribunal Constitucional:

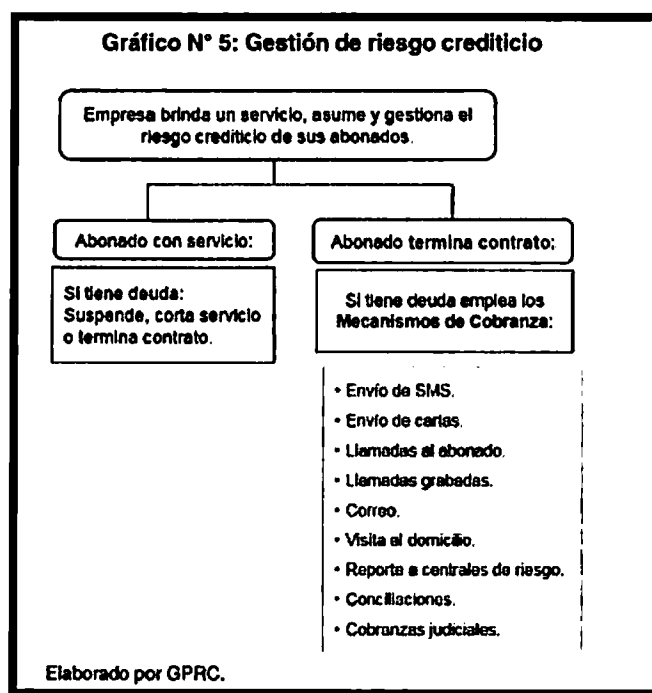
“el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

*En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un **juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar**; en segundo lugar, superado este primer análisis, **el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador**. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. **Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto**. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”²⁰ (Énfasis agregado).*

²⁰ Sentencia recaída en el Expediente N° 579-2008-PA/TC (Caso César Becerra).

- 3.44. Pues bien, conforme a los argumentos expuestos, somos de la opinión que la medida impuesta en el Artículo 13 del Reglamento de Portabilidad no es **idónea** para cumplir los fines que se propone, a saber, la protección del crédito de la Concesionaria Cedente.
- 3.45. En primer lugar, no es idónea porque si bien constituye un mecanismo de presión sobre el usuario, no garantiza el cobro efectivo del crédito (no implica, por ejemplo, una compensación). Tan es así que la misma norma prevé que luego de un lapso de tiempo, el servicio debe reactivarse.
- 3.46. En segundo lugar, la medida no es idónea porque ni siquiera existe una relación de medio-fin entre la medida y el objetivo. Así, la “suspensión del servicio” puede ser un medio de “presión”, pero no es un medio de cobro. Entonces, no existe conexión lógica entre el medio empleado y el fin que se pretende conseguir.
- 3.47. En tercer lugar y probablemente más grave, la disposición no es idónea porque existe un riesgo elevado de error sobre los montos adeudados, lo que demuestra que se podría estar ejerciendo “presión” indebida sobre abonados no deudores. Esto ha sido ratificado en el Informe N° 192-GPRC/2017 que sustenta el Proyecto, concretamente en las páginas 17 y 18.
- 3.48. Asimismo, la medida no es **necesaria**, por cuanto existen **medidas menos gravosas** para conseguir el mismo fin. Asumiendo que la medida de presión conllevaría al cobro de la deuda (asunción que no compartimos), la suspensión del servicio sigue siendo una medida muy gravosa, sobre los usuarios y sobre la Concesionaria Receptora.
- 3.49. Sobre los usuarios porque implica una de las sanciones económicas más fuertes. La suspensión del servicio priva al usuario de participar del mercado de telecomunicaciones. Ello es inadmisibles, considerando que

existen medidas de presión menos gravosas, como las listadas en el Informe N° 192-GPRC/2017 que sustenta el Proyecto:



3.50. Vale destacar que los mecanismos citados no sólo son menos gravosos, sino más idóneos, considerando que en muchos casos sí existe una relación directa “medio-fin” entre el instrumento (p.e. cobranza judicial o conciliación) y el objetivo (la satisfacción del crédito).

3.51. Por otro lado, la medida es gravosa sobre el Concesionario Receptor porque le impone una obligación para cautelar un crédito que no le corresponde. Así, se le impone un deber de colaboración con su competidor, pese a que no existe un “deber especial constitucional de protección” que favorezca a las empresas operadoras.

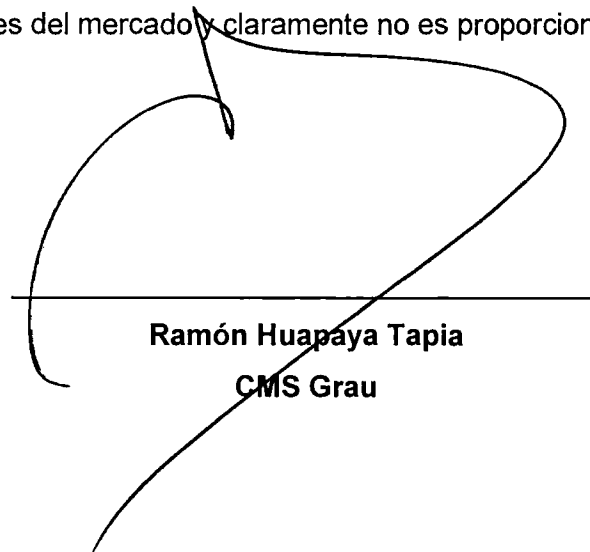
Cabe resaltar además que dicha obligación no sólo tiene un peso monetario sobre el Concesionario Receptor al incrementar sus costos (para atender los pedidos, verificar la información, suspender el servicio, reactivarlo, etc.), sino también tiene un costo reputacional al distorsionar su relación con su nuevo abonado.

En efecto, al obligar al Concesionario Receptor a suspender el servicio del abonado por una deuda frente a un tercero (Concesionario Cedente), se perjudica la relación contractual; lo cual incrementa a su vez los costos del Receptor en retener al abonado.

- 3.52. Por último, la medida no es **proporcional en sentido estricto**, en el sentido que cualquier impacto positivo que pudiera favorecer al crédito de la empresa Concesionaria Cedente es ínfimo en relación a la afectación a los derechos constitucionales del usuario (libertad de contratar, igualdad), del Concesionario Receptor (libertad de empresa), así como al principio constitucional de libre competencia.
- 3.53. En esta línea y considerando los comentarios expuestos por las empresas operadores en la Audiencia Pública llevada a cabo en OSIPTEL el 29 de enero de 2018, es importante precisar que no existe un perjuicio a los usuarios por la eliminación de la prerrogativa. Así, si bien se ha sostenido que la eliminación de la prerrogativa bajo análisis trasladaría los costos a una menor innovación en los equipos (dado el carácter subsidiario que tendrían), consideramos que dicho análisis es erróneo.
- 3.54. En primer lugar, porque la eliminación de dicha prerrogativa no implica necesariamente que el Concesionario Cedente asuma una pérdida. Por el contrario, consideramos que se incentivaría a las empresas a ejecutar acciones más idóneas para asegurar el cobro de sus créditos.
- 3.55. En segundo lugar, porque no existe evidencia que demuestre que un incremento en los costos asociados al cobro de créditos tenga un impacto en la mejora tecnológica de los equipos o el subsidio que pueden recibir estos. Por el contrario, consideramos que existen otros incentivos que coadyuvan a impulsar dicha mejora tecnológica, por ejemplo, la necesidad de captar la preferencia de mayores usuarios,

provocada precisamente por la facilitación y promoción de la portabilidad.

3.56. En ese sentido, descartamos que dichas razones puedan inclinar la balanza a favor de una opción que no es idónea, es más gravosa para los agentes del mercado y claramente no es proporcional.



Ramón Huapaya Tapia
CMS Grau