

ANEXO 1

Comentarios al Proyecto de Norma que modifica la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, el “Proyecto”)

Artículo del Proyecto	Comentario
<p>Comentario General</p>	<p>Con fecha 04 de Junio de 2023 se promulgó en el diario oficial “El Peruano” la Ley N° 31761, que incorporó el artículo 78-A en el Decreto Legislativo N° 702, a través del cual se aprobaron las normas que regulan la promoción de inversión privada en telecomunicaciones, estableciendo lo siguiente:</p> <p style="text-align: center;">“Artículo 78-A. Compensación por interrupción del servicio <i>Cuando haya una interrupción en el servicio público de telecomunicaciones por causa atribuible a la empresa operadora, esta devuelve al abonado el pago realizado correspondiente al periodo interrumpido y, además, lo compensa por el tiempo en que no contó con el servicio. La compensación no tiene carácter indemnizatorio.</i></p> <p style="text-align: center;"><i>El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) determina la forma de cálculo, las condiciones y en qué casos se realiza la compensación señalada en el primer párrafo”.</i></p> <p>Como vemos, la Ley N° 31761 establece la obligación que tienen las empresas operadoras de compensar por las interrupciones ocurridas en los servicios públicos de telecomunicaciones. Del mismo modo, se dispone que el OSIPTEL deberá emitir las directivas necesarias para su aplicación.</p> <p>En virtud a ello, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 217-2023-CD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha 27 de Julio de 2023, se aprobó para comentarios el “Proyecto de Norma que modifica la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”.</p> <p>Según se señala en la exposición de motivos del Proyecto, la propuesta normativa tiene por finalidad el establecimiento de las disposiciones correspondientes para la implementación de las reglas de compensación a los abonados por las interrupciones ocurridas en los servicios públicos de telecomunicaciones, definiendo la fórmula de cálculo, las condiciones y en qué casos se realiza la referida compensación.</p> <p>Por su parte, el Informe N° 122-DPRC/2023 que sustenta el Proyecto (en adelante, el “Informe”), señala que la intervención del OSIPTEL en el presente caso se realiza en atención a la Ley N° 31761, por lo que el análisis de las alternativas sobre la implementación de las reglas de compensación, excluye aquella relacionada a la no intervención¹.</p>

¹ Página 6.

ANEXO 1

Sin embargo, consideramos que la intervención del regulador a través de la incorporación de una determinada disposición normativa, no debe implicar de modo alguno una desproporción en la medida adoptada, más aún si no existe un sustento técnico que acredite suficientemente la razonabilidad de imponer una carga regulatoria sumamente elevada.

En específico, vemos con preocupación que el Proyecto haya estimado el factor multiplicativo de compensación " α ", considerando la estimación del valor del uso de datos no efectuado por los abonados debido a la interrupción del servicio de acceso a internet fijo, efectuando una comparación con el gasto que se tendría que realizar en el servicio de internet móvil para efectuar el mismo nivel de uso de datos.

De hecho, debemos hacer notar a su Despacho que no existe precedente alguno en la industria que permita determinar en qué se justifica dicho esquema de compensación determinado según el Informe N° 122-DPRC/2023 en " $\alpha = 4$ "², el cual constituiría, desde la perspectiva del regulador, el factor de compensación adecuado pues representa el número de veces adicional al que equivale el costo de datos de internet móvil en términos de internet fijo, lo cual no resulta correcto pues el costo de los datos de internet móvil ya han sido asumidos por el abonado (no son sustitutos).

Sin embargo, lo real y concreto es que ese esquema de compensación ocasiona un impacto estimado que va desde el 350% hasta el 500% el valor de la devolución por la interrupción del servicio, pues al factor VD *-el cual corresponde al monto de devolución-* se le multiplica el factor α , el cual comprende valores desde 3.5 a 5, según el tiempo de interrupción.

Más allá del tema económico, reiteramos nuestra posición respecto a que la intervención del regulador a través de la incorporación de una determinada disposición normativa, no debe implicar de modo alguno una desproporción en la medida adoptada, máxime si no existe un sustento técnico que acredite suficientemente la razonabilidad de imponer dicha carga elevada.

Lo contrario implicaría regular en base a cuestiones meramente hipotéticas que no cuentan con evidencia fáctica o; en base a disposiciones que responden a otro tipo de intereses basado más en ciertas medidas que se aprobaron por terceros no técnicos.

Adicionalmente a ello, es sumamente importante y necesario que se defina adecuadamente los conceptos de: a) devolución, b) compensación, e c) indemnización, ya que la falta de claridad de estas definiciones en el ámbito regulatorio pueden generar confusión y ambigüedad en la interpretación y aplicación de la normativa, generando una grave distorsión en la determinación de los montos de cada concepto, como por ejemplo, el cálculo de la compensación podría ser sobreestimado tan fuertemente -como lo

ANEXO 1

	<p>desarrollaremos más adelante- que llega a tener un carácter indemnizatorio; ello a pesar de la propia Ley N° 31761 prohíbe ello.</p> <p>Lamentablemente, el Proyecto carece de la definición de dichos conceptos, por ello respetuosamente solicitamos que la norma que finalmente sea aprobada los defina expresamente y con precisión a fin de garantizar una adecuada protección de los derechos de los consumidores y las empresas operadoras.</p> <p>En ese sentido, solicitamos respetuosamente al regulador tomar en consideración los comentarios que detallaremos a continuación a fin de reevaluar la pertinencia de las medidas bajo comentario y desistir de la aprobación del proyecto normativo bajo los términos propuestos o, en todo caso, publicar para comentarios un nuevo proyecto reformulando el esquema de compensación propuesto, el cual deberá encontrarse debidamente sustentado y responder a la la razonabilidad y proporcionalidad de las cargas dispuestas por la entidad en el marco de sus competencias normativas.</p> <p>Finalmente, respetuosamente <u>solicitamos una reunión de trabajo con el equipo técnico del OSIPTEL</u>, encargado del presente Proyecto, con el propósito de brindar un mayor alcance de nuestros comentarios.</p>
<p>Artículo Primero</p>	<p>El Artículo Primero del Proyecto propone modificar el Artículo 39° de la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, a fin de estandarizar la terminología correspondiente al concepto de devolución, además de garantizar la consistencia con la incorporación del Artículo 39-A.</p> <p>En estricto, la modificación propuesta consiste básicamente en eliminar el siguiente término:</p> <p style="text-align: center;"><u>TEXTO VIGENTE DE LAS CONDICIONES DE USO</u></p> <p style="text-align: center;"><i>“Artículo 39.- Devolución por interrupciones</i> <i>En caso de interrupciones del servicio, la empresa operadora se sujeta a las siguientes reglas:</i></p> <p style="text-align: center;"><i>(i) Cuando la tarifa o renta fija correspondiente haya sido pagada en forma adelantada, la empresa operadora debe devolver <u>o compensar</u> al abonado la parte proporcional al tiempo de interrupción del servicio, incluyendo el respectivo interés. En todos los casos, la devolución <u>o compensación</u> al abonado de las sumas que correspondan por dichos conceptos se realiza en la misma moneda en que se facturó el servicio, encontrándose la empresa operadora impedida de realizar dicha devolución a través de una forma de pago distinta.</i></p> <p style="text-align: center;"><i>En caso se trate de servicios que utilizan sistemas de tarjeta de pago, la empresa operadora debe informar</i></p>

ANEXO 1

al OSIPTEL los mecanismos y metodología que utilizará para realizar la devolución a los abonados y usuarios.

La devolución **o compensación** se realiza conforme a los plazos establecidos en el artículo 38. (...)"

TEXTO PROPUESTO POR EL PROYECTO DE NORMA

“Artículo 39.- Devolución por interrupciones

En caso de interrupciones del servicio, la empresa operadora se sujeta a las siguientes reglas:

(ii) Cuando la tarifa o renta fija correspondiente haya sido pagada en forma adelantada, la empresa operadora debe **devolver** al abonado la parte proporcional al tiempo de interrupción del servicio, incluyendo el respectivo interés. En todos los casos, la **devolución** al abonado de las sumas que correspondan por dichos conceptos se realiza en la misma moneda en que se facturó el servicio, encontrándose la empresa operadora impedida de realizar dicha devolución a través de una forma de pago distinta.

En caso se trate de servicios que utilizan sistemas de tarjeta de pago, la empresa operadora debe informar al OSIPTEL los mecanismos y metodología que utilizará para realizar la devolución a los abonados y usuarios.

La **devolución** se realiza conforme a los plazos establecidos en el artículo 38. (...)"

Como vemos, la modificación propuesta consiste básicamente en eliminar el término “compensar” o “compensación” del Artículo 39° de la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, pues según ha sustentado el regulador en el Informe N° 122-DPRC/2023³, **ello garantizaría la consistencia con la incorporación del Artículo 39-A.**

Sin embargo, más allá de la modificación de forma propuesta en este extremo del Proyecto, consideramos que a efectos de garantizar consistencia entre los alcances del Artículo 39 de la Norma de las Condiciones de Uso y la pretendida incorporación del Artículo 39-A del Proyecto, se debe efectuar, en primer lugar, **una equivalencia entre los supuestos** bajo los cuales será aplicable la “devolución” y la “compensación” a los abonados.

Nos explicamos.

El Artículo 39-A propuesto por el Proyecto establece la obligación de la empresa operadora de efectuar una compensación al abonado, en forma adicional a la devolución, cuando se presenten

³ Página 19.

ANEXO 1

interrupciones del servicio de acceso a internet fijo brindado en áreas urbanas, originadas por causas atribuibles a la empresa operadora, es decir, cuando se presenten causas de índole interna.

Del mismo modo, el Artículo 39-A establece que no será exigible la compensación en aquellos casos de interrupción en los cuales la empresa operadora no tenga responsabilidad. Dicha disposición añade que una empresa operadora no tendrá responsabilidad en la ocurrencia de una interrupción, cuando esta se deba a:

- (i) Trabajos de mantenimiento, o;
- (ii) Caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora.

Como vemos, el Artículo 39-A excluye de su ámbito de aplicación a las interrupciones del servicio producidas por dichos supuestos.

Ello implica que la compensación solo será exigible en aquellos casos en los cuales la interrupción del servicio sea originada por causa atribuible a la empresa operadora (causa interna), esto es, cuando la interrupción del servicio no sea de responsabilidad del abonado o usuario. Si la interrupción se origina por hechos ajenos a la responsabilidad de la empresa operadora, no será exigible que se proceda con la mencionada compensación.

Sin embargo, como es de pleno conocimiento de su Despacho, el Artículo 39° de la Norma de las Condiciones de Uso, así como los artículos 17° y 18° del Reglamento General de Calidad, exigen que la devolución a los abonados o usuarios se efectúe **no solo** cuando se produzcan interrupciones del servicio originadas por causas atribuibles a la empresa operadora (causa no excluyente de responsabilidad), **sino también** cuando la interrupción se origine por casos derivados de trabajos de mantenimiento o por causa fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora (causa externa).

En tal sentido, en la misma línea de lo sustentado por el Informe N° 122-DPRC/2022, a efectos de garantizar consistencia entre los alcances del Artículo 39 de la Norma de las Condiciones de Uso y la pretendida incorporación del Artículo 39-A del Proyecto, se debe efectuar **una equivalencia entre los supuestos** bajo los cuales será aplicable la “devolución” y la “compensación” a los abonados.

Por ello, consideramos que tanto la devolución como la compensación solo deberán ser exigibles en aquellos casos en los cuales la interrupción del servicio haya sido originada por causa atribuible a la empresa operadora (causa no excluyente de responsabilidad), esto es, cuando la interrupción del servicio no sea de responsabilidad del abonado o usuario. Así pues, cuando la empresa operadora no tenga responsabilidad en la ocurrencia de una interrupción del servicio, **no debería ser exigible que esta proceda con efectuar devolución alguna**, tal como sucede en el caso de las reglas de la compensación prevista en el Proyecto.

ANEXO 1

	<p>Llama ponderosamente la atención el hecho de que el informe que sustenta el Proyecto no haya desarrollado las razones por las cuales no existe una equivalencia entre los supuestos bajo los cuales será aplicable la “devolución” y la “compensación”, pues a la luz de los hechos ambos se presentan frente a una interrupción del servicio, siendo además que su exigibilidad debería depender de si existe o no responsabilidad de la empresa operadora.</p> <p>En ese sentido, consideramos que si la autoridad verifica que no corresponde que la empresa operadora efectúe una compensación por la ocurrencia de una determinada interrupción, <u>dado que no tuvo responsabilidad en su ocurrencia</u>, la misma regla debería ser aplicada para el caso de la devolución, ello con la finalidad de garantizar consistencia en el análisis de ambos supuestos.</p> <p>Por tales consideraciones, agradeceremos reformular los alcances del artículo 39° de la Norma de las Condiciones de Uso, a fin de que se incluyan los supuestos en los cuales no será exigible la devolución, esto es, cuando se presenten casos en los que la interrupción del servicio se origine por casos derivados de trabajos de mantenimiento o por causa fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora (causa externa), siguiendo la misma línea de las reglas aplicables para la compensación, conforme al texto propuesto para el Artículo 39-A.</p>
<p>Artículo Segundo</p>	<p>El Artículo Segundo del Proyecto propone incluir el artículo 39-A a la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, conforme al siguiente texto:</p> <p><i>“Artículo 39-A.- Compensación por interrupciones en el servicio de acceso a Internet fijo</i></p> <p><i>En el caso de las interrupciones del servicio de acceso a Internet fijo brindado en áreas urbanas, originadas por causas atribuibles a la empresa operadora, dicha empresa operadora deberá efectuar una compensación al abonado, en forma adicional a la devolución aplicable conforme al artículo 39.</i></p> <p><i>Para la aplicación del presente artículo, una interrupción del servicio originada por causa atribuible a la empresa operadora corresponde a cualquier interrupción del servicio que no resulta de responsabilidad del abonado o usuario, con excepción de las interrupciones del servicio producidas: i) por trabajos de mantenimiento, o, ii) por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora. (El Subrayado es Nuestro)</i></p> <p>Como vemos, el Artículo 39-A propuesto por el Proyecto establece la obligación de la empresa operadora de efectuar una compensación al abonado, <u>en forma adicional a la devolución</u>, cuando se presenten interrupciones del servicio de acceso a internet fijo brindado en áreas urbanas, <u>originadas por causas</u></p>

ANEXO 1

atribuibles a la empresa operadora, es decir, cuando se verifique de manera objetiva una causa no excluyente de responsabilidad.

- Ahora bien, conforme hemos indicado en el apartado anterior, dicha disposición señala que no será exigible la compensación cuando la empresa operadora no tenga responsabilidad en la ocurrencia de la interrupción, específicamente por:

- (i) Trabajos de mantenimiento, o;
- (ii) Caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora.

Queda claro entonces que el artículo 39-A propuesto por el Proyecto **excluye** de su ámbito de aplicación a las interrupciones del servicio producidas por dichos supuestos.

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, nos permitimos manifestar que el artículo 39-A del Proyecto **no especifica** la forma en la que el regulador evaluará la información presentada por la empresa operadora para verificar si una determinada interrupción corresponde deba ser excluida de la exigencia de la compensación, ya sea porque se originó a consecuencia de un trabajo de mantenimiento o por una situación ajena al control de la empresa operada (caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo).

Ello resulta ser sumamente relevante pues nuestra representada requiere tener **predictibilidad o claridad absoluta** sobre la forma en la que la instancia correspondiente evaluará la referida información, máxime si se tiene en consideración que, cuando estuvieron vigentes las disposiciones de la anterior Condiciones de Uso, aprobado mediante Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, el órgano de instrucción del OSIPTEL efectuaba evaluaciones sumamente restrictivas respecto a las acreditaciones presentadas para sustentar la causa externa, rechazando en la mayoría de oportunidades los medios probatorios ofrecidos, alegando que los mismos no les generaban convicción o resultaban insuficientes.

Vale recordar, en primer lugar, lo sustentado en aquellos casos tramitados años atrás bajo los alcances de la anterior Condiciones de Uso. Cuando ocurre una determinada interrupción del servicio, sea cual fuera su naturaleza, nuestra representada deriva personal técnico altamente especializado a fin de realizar las labores que resulten necesarias para el **restablecimiento del servicio**, siendo nuestra prioridad que ello ocurra en el menor tiempo posible.

Estamos seguros que su Despacho coincidirá en que cuando se produce una interrupción del servicio, la empresa operadora debe efectuar todas las acciones que resulten pertinentes a fin de reestablecer el servicio y con ello garantizar su continuidad.

Bajo dicha línea de razonamiento, **no será la finalidad principal de nuestro personal**, buscar un medio probatorio específico para satisfacer determinados requerimientos probatorios del órgano

ANEXO 1

	<p>instructor a fin de acreditar la causa externa, sino más bien orientar nuestros esfuerzos al inmediato restablecimiento del servicio.</p> <p>Lo señalado precedentemente resulta sumamente relevante al caso en concreto, pues cuando los medios probatorios ofrecidos no generaban convicción al órgano instructor, este disponía de manera unilateral a reconducir las interrupciones reportadas bajo la categoría de causa externa como si fueran eventos originados por una causa atribuible a nuestra compañía, lo cual devenía en un actuar completamente ilegal, pues conforme hemos sustentado, nuestra prioridad no es recolectar determinado medio probatorio, sino más bien reestablecer el servicio posiblemente afectado.</p> <p>En este punto, consideramos importante hacer mención al artículo 257° del TUO DE LA LPAG, el cual establece que los eventos que califiquen como caso fortuito o fuerza mayor constituyen condiciones eximentes de responsabilidad por infracciones administrativas, conforme se podrá advertir a continuación:</p> <p style="text-align: center;"><i>“Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones 1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada. (...)”</i></p> <p>Como podrá apreciar su Despacho, dicho artículo señala expresamente que la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor constituye un hecho que exige de responsabilidad al administrado imputado por alguna infracción y, en consecuencia, rompe con el nexo causal (se trate o no de infracciones bajo responsabilidad objetiva o bajo responsabilidad subjetiva).</p> <p>A fin de comprender qué situaciones califican como eventos de caso fortuito o fuerza mayor, debemos considerar, en primer lugar, lo dispuesto por el Código Civil, el cual resulta aplicable supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza, conforme lo dispone el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil⁴.</p> <p>En virtud de lo recogido en el artículo 1315° del Código Civil, el caso fortuito o fuerza mayor es entendida como la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.</p>
--	--

⁴ El artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece que “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”. El derecho civil es el derecho común de aplicación a todos los habitantes de una comunidad determinada. El Título Preliminar con el cual comienza nuestro Código Civil contiene disposiciones generales sobre la ley, promulgación, efectos, interpretación y derogación. Andrés Bello escribió: “Este título debe considerarse como una introducción, no sólo al presente Código Civil, sino a la legislación toda”. BELLO, Andrés. Obras completas. Caracas: Ministerio de Educación, 1954, tomo XII, p. 25.

ANEXO 1

En efecto, bajo el caso fortuito o fuerza mayor, un evento, condición o circunstancia más allá del control razonable y previsible de la parte que la invoca, no le será imputable a ésta.

Bajo dichas consideraciones, resulta sumamente importante que nuestra representada cuente con la predictibilidad o claridad suficiente sobre la forma en la que la instancia correspondiente evaluará los eventos de interrupción originados por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, por lo que resulta indispensable que el artículo bajo comentario incluya dichos supuestos a fin de evitar situaciones que nos coloquen en un escenario de inseguridad jurídica respecto a la forma en la que se aplicarán las excepciones a la compensación.

Consideramos razonable entonces que el Artículo 39-A propuesto por el Proyecto incorpore una lista –no taxativa- de eventos y documentos que puede ofrecer la empresa operadora para acreditar que una determinada interrupción deba ser excluida de la compensación [y devolución], tales como por ejemplo:

- En el caso de fenómenos naturales tales como terremotos, sismos, inundaciones, huaycos o tsunamis: La empresa operadora le bastaría acreditar la causa externa con reportes periodísticos o reporte de entidad estatal especializada, salvo que se traten de hechos notorios donde no correspondería presentar ninguna acreditación.
- Atentados, actos de vandalismo, hurto o robo: La empresa operadora le bastaría acreditar la causa externa con fotografías de los hechos incluyendo la referencia de la hora y fecha del evento, o una constatación policial, notarial o de cualquier otra autoridad de la localidad e inclusive con la constatación de un supervisor del OSIPTEL.
- Falla de suministro eléctrico comercial: La empresa operadora le bastaría acreditar la causa externa con el reporte a la empresa eléctrica o el informe de respuesta de la empresa eléctrica. Ello no impide que el OSIPTEL, bajo el Principio de Colaboración entre Entidades, investigue lo sucedido con el organismo regulador correspondiente.
- Interferencia radioeléctrica: La empresa operadora le bastaría acreditar la causa externa con un informe elaborado por una entidad especialista o certificada o, de ser el caso, con un informe o reporte del MTC.

Sin perjuicio de lo antes señalado, resulta importante que el Artículo 39-A establezca, además, que en caso de interrupciones por caso fortuito o fuerza mayor, la empresa operadora se encuentra facultada a ofrecer todos los medios probatorios permitidos por la normativa a fin de evidenciar la naturaleza del evento de interrupción ocurrido.

En virtud a ello, consideramos que se debe reformular el artículo 39-A propuesto por el Proyecto a fin de incluir la forma específica

ANEXO 1

en la que el regulador evaluará la información presentada por la empresa operadora para verificar si una determinada interrupción corresponde deba ser excluida de la exigencia de la compensación, ya sea porque se originó a consecuencia de un trabajo de mantenimiento o por una situación ajena al control de la empresa operada.

Por otro lado, debemos resaltar que el articulado del proyecto no está tomando en consideración que en base a la modificatoria propuesta las empresas operadoras requeriremos tiempo adicional para poder obtener los medios probatorios que nos permitan acreditar si algún evento determinado escapa de nuestro control al ser considerado un evento de caso fortuito o de fuerza mayor.

Si bien actualmente el Reglamento General de Calidad establece que las empresas operadoras contamos con un plazo de cuatro (4) días hábiles para acreditar los eventos de caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, nuestra experiencia nos permite afirmar que, dicho plazo es insuficiente para obtener la totalidad de medios probatorios necesarios para acreditar debidamente que dicho evento fue exógeno al control de nuestra representada, solo permitiéndonos obtener pruebas indiciarias sobre lo ocurrido en dicho evento de interrupción.

Antes dicho plazo reducido no suponía un problema para las empresas operadoras, pues así la interrupción fuera debido a causas internas o externas, de igual forma debía cumplirse la obligación de realizar las devoluciones correspondientes a los abonados afectados, siendo más un dato estadístico que un eximente de responsabilidad.

Sin embargo, con el artículo propuesto la clasificación que se le dará cada una de las interrupciones cobra mayor relevancia pues en base a las mismas y a nuestras acreditaciones, podremos eximirnos de responsabilidad así como de la obligación de realizar las compensaciones a los abonados por eventos que no son atribuibles a las empresas operadoras. Por lo que la labor probatoria se vuelve mucho más relevante y por ende existe una necesidad de contar con mayores plazos de acreditación para poder recabar todas las pruebas que permitan a las empresas operadoras acreditar la naturaleza de cada evento.

Aunado a ello, debe considerarse que si bien hay eventos en donde la causa de origen es inmediatamente identificable, como por ejemplo el corte de energía por parte de las empresas prestadoras del servicio eléctrico, existen eventos bastante complejos, como por ejemplo, el vandalismo, fenómenos climatológicos, conflictos sociales, entre otros, que requieren un tiempo de análisis mucho mayor para determinar si la interrupción es atribuible o no a la empresa operadora.

Debemos resaltar el hecho que, en muchos casos para demostrar de forma debida que un evento no es atribuible a nuestra representada se necesita documentos emitidos por diversas

ANEXO 1

entidades (Policía, Ministerio Público, SENAMHI, Empresas Prestadoras de Servicios Públicos, etc.) las cuales cuentan con plazos internos para emitir sus resoluciones o informes sobre lo ocurrido en cada caso.

Si se mantuviera el plazo actualmente previsto en la norma, el mismo podría dejarnos imposibilitados de contar con los documentos anteriormente descritos pues el plazo de acreditación es mucho menor al que tienen dichas entidades para emitir dichos documentos, los cuales son absolutamente necesarios para acreditar lo ocurrido en cada caso.

En tal sentido, solicitamos se amplíen los plazos de acreditación para los eventos de interrupción de tal forma que nos veamos posibilitados de acreditar debidamente si se trataba de un caso responsabilidad de la empresa operadora o no.

Otro punto que consideramos importante, es que el artículo bajo comentario precise que dentro de la excepción referida a los “trabajos de mantenimiento” se incluye no solo al mantenimiento preventivo o mejora tecnológica, sino también al mantenimiento correctivo de emergencia, a fin de evitar confusiones o interpretaciones inadecuadas que nos coloquen en una situación de indefensión en la aplicación de las disposiciones comentadas.

Finalmente, otro punto que consideramos preocupante respecto a la norma propuesta, recae sobre el reconocimiento de “derechos adquiridos” a los abonados respecto a los compensaciones generadas desde la aprobación de la Ley N° 31761:

*“Única. – La determinación de la forma de cálculo, las condiciones, los casos en que se realice la compensación, así como otras disposiciones necesarias para el resto de servicios públicos de telecomunicaciones se efectuará progresivamente, **sin perjuicio del derecho adquirido por el abonado a la compensación según lo dispuesto en la Ley N° 31761.**”*

Si bien dicha Ley establece que las empresas operadoras contamos con la obligación de efectuar las compensaciones a los abonados por las interrupciones ocurridas, el OSIPTEL es la entidad encargada de viabilizar normativamente la forma en la cual debemos realizar dichas compensaciones.

Por ello, consideramos que dicha previsión implicaría aplicar retroactivamente disposiciones que en su momento no estuvieron vigentes y sobre las cuales no tuvimos conocimientos en la forma de aplicación, lo cual resta seguridad jurídica al administrado y sobre todo el sector de las telecomunicaciones.

En tal sentido, solicitamos que solo sea exigible la realización de compensaciones a partir de la emisión de la disposición que apruebe los esquemas de determinación aplicables a los servicios públicos restantes, a fin de procurar predictibilidad y seguridad jurídica que caracteriza a todo estado de derecho.

ANEXO 1

LA METODOLOGÍA PARA LA ESTIMACIÓN DEL FACTOR DE COMPENSACIÓN ES INCORRECTA

En la sección 5.2 del Informe se desarrolla el marco teórico que justifica la metodología que se utiliza para la determinación del factor de compensación. En este marco, OSIPTEL argumenta que la utilidad que los usuarios obtienen del servicio no se materializa durante una interrupción, lo cual genera una pérdida de bienestar del usuario. Por lo que, considera que la compensación debe ser la retribución de esta pérdida de bienestar:

$$\text{Compensación} = \text{Pérdida de Bienestar del Usuario}$$

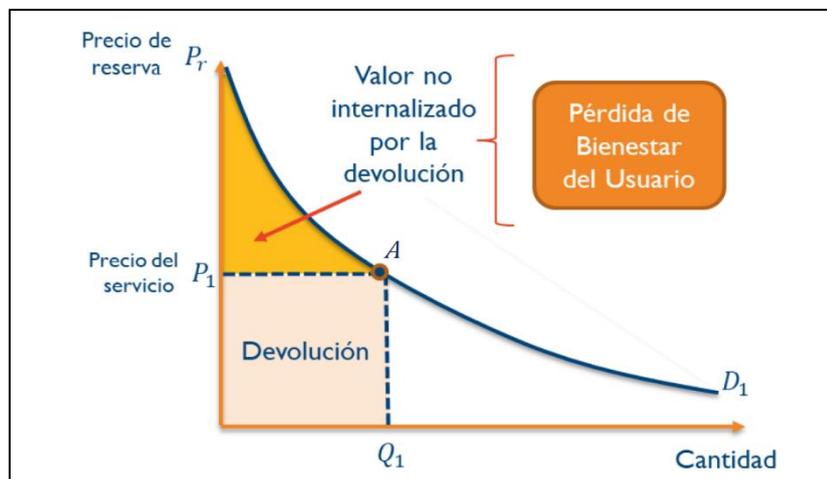
El informe destaca que la simple devolución de montos previamente pagados no es suficiente para retribuir los efectos de la interrupción del servicio. Es por ello que el OSIPTEL propone que la compensación debe ser capaz de retribuir adecuadamente los efectos negativos derivados de las ocurrencias de eventos de interrupción de servicios y en ese sentido establece que la compensación debe ser igual a la pérdida de bienestar del consumidor la cual es equivalente al Excedente del consumidor:

$$\text{Pérdida de Bienestar del C.} = \text{Excedente del Consumidor}$$

$$\therefore \text{Compensación} = \text{Excedente del Consumidor}$$

En dicha línea, el OSIPTEL define el Excedente del Consumidor como una medida de bienestar individual que refleja la utilidad obtenida cuando se realiza el consumo de una cantidad del bien, lo cual se puede ver reflejado en el área naranja comprendida por el triángulo AP_1P_r , del gráfico 1, es decir, que ante una interrupción de servicio, dicho valor corresponde a la pérdida de bienestar del usuario; mientras que el área AP_1BQ_1 , del mismo gráfico corresponde al valor de lo pagado por el usuario, que en caso de una interrupción, es el monto equivalente a la devolución que realiza el operador de telecomunicaciones al usuario.

Gráfico 1. Determinación del valor no internalizado por la devolución



Elaboración: Osiptel (Gráfico N° 5 del Informe)

ANEXO 1

Adicionalmente, el OSIPTEL señala que desarrollar este enfoque presenta desafíos en términos de implementación y cálculo, pues determinar el excedente del consumidor puede requerir una extensa cantidad de datos detallados sobre el comportamiento y las preferencias de los usuarios de manera individual, por lo cual sería inviable implementar una estrategia de devolución basada en cuantificar la afectación para cada abonado y cada evento de interrupción.

Para ello, OSIPTEL afirma que en su experiencia como regulador, el pago por la compensación debe implicar *“un pago adicional a la proporción del tiempo en cuestión a partir de un factor multiplicativo”*, el cual previamente es definido como *“ $\alpha > 1$ ”*, sin ninguna evidencia, sustento o justificación que valide o pruebe dicha relación.

Por tal razón, en lugar de calcular el Excedente del Consumidor, el OSIPTEL propone un enfoque basado en la estimación del valor del uso de datos no efectuado por los abonados debido a la interrupción del servicio de Internet fijo, comparado con el gasto necesario en el servicio móvil para lograr el mismo uso de datos.

En ese sentido, según OSIPTEL, el factor de compensación es el número de veces adicional al que equivale el costo de datos de Internet móvil en términos de Internet fijo. Como resultado, obtienen que el costo por GB por uso de Internet Móvil es equivalente a **cinco veces (5)** el de Internet fijo, de modo que, bajo la conceptualización del esquema de compensación realizado por el regulador, ante un evento de interrupción del servicio, el abonado debe recibir la devolución más *“ α ”* veces el monto correspondiente a dicha devolución, dando como resultado que el factor estimado para la compensación sea *“ $\alpha = 4$ ”*.

Entonces, luego de este planteamiento, el OSIPTEL establece que el factor multiplicativo sea diferenciado según el rango de duración del evento de la interrupción del servicio de internet fijo, siendo que sus valores van desde 3.5 hasta 5, es decir, que el excedente del consumidor equivale desde 3.5 hasta 5 veces lo pagado por el usuario por la provisión del servicio:

$$3.5 \times \text{Valor pagado} \leq \text{Excedente Consumidor} \leq 5 \times \text{Valor pagado}$$

Según lo señalado por el OSIPTEL, como la Compensación debe ser igual al Excedente del Consumidor y la Devolución es igual al valor pagado por el usuario por la provisión del servicio, entonces el regulador concluye que la Compensación debe ser desde 3.5 hasta 5 veces el valor de la Devolución:

$$3.5 \times \text{Devolución} \leq \text{Compensación} \leq 5 \times \text{Devolución}$$

ANEXO 1

Lo que quiere decir que en el extremo superior OSIPTEL está proponiendo que el valor del Excedente del Consumidor es igual a 5 veces el valor pagado por el usuario:

$$\text{Excedente del Consumidor} = 5 \times \text{Valor pagado}$$

Por lo tanto, siguiendo el marco teórico del OSIPTEL, como la compensación debe ser igual al Excedente del Consumidor, y la devolución debe ser igual al valor pagado por el consumidor, entonces la compensación calculada debe ser igual a 5 veces el valor de la devolución:

$$\text{Compensación} = \text{Excedente del Consumidor}$$

$$\text{Compensación Calculada} = 5 \times \text{Valor pagado}$$

$$\text{Compensación Calculada} = 5 \times \text{Devolución}$$

Al respecto, tenemos a bien manifestar que **el valor de la compensación calculada en el Proyecto es totalmente incorrecto**, porque dicho valor es mucho mayor que el valor real del Excedente del consumidor:

$$\text{Compensación Calculada} > \text{Excedente Consumidor Real}$$

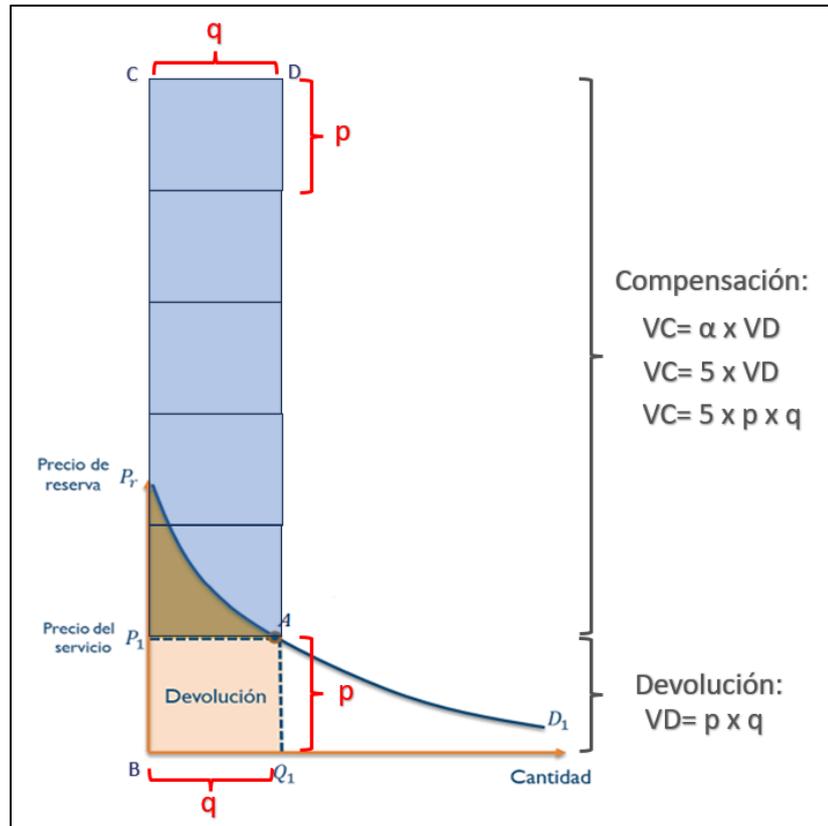
En efecto, como se puede observar a continuación en el gráfico 2, la Compensación calculada por el OSIPTEL, que equivale a 5 veces el valor de la devolución, la cual se encuentra representada por el área AP_1CD y que corresponde a los 5 rectángulos celestes, es muchísimo mayor que Excedente del Consumidor real, el cual se encuentra representado por el área AP_1P_r y que corresponde al triángulo naranja:

$$\text{Compensación Calculada} > \text{Excedente Consumidor}$$

$$\text{Área } AP_1CD_{(\text{rectángulo celeste})} > \text{Área } AP_1P_r_{(\text{triángulo naranja})}$$

ANEXO 1

Gráfico 2. Discrepancia en la relación de la pérdida de bienestar del usuario y el factor de compensación



Elaboración propia

Fuente: Osiptel (Gráfico N° 5 del Informe)

Utilizando como referencia el propio gráfico N° 5 del Informe del OSIPTEL, se observa claramente que utilizando el factor de compensación " $\alpha = 5$ " propuesto en el Proyecto, el valor de la Compensación calculada por el regulador es muchísimo mayor al Excedente del Consumidor que buscaba estimar inicialmente .

Al respecto, el Informe previamente define que el área naranja comprendida por el triángulo AP_1P_r corresponde a la pérdida de bienestar del usuario que a su vez equivale al Excedente del Consumidor que se busca estimar; sin embargo, el valor del factor de compensación " $\alpha = 5$ " propuesto en el Proyecto sobredimensiona excesivamente el valor de la pérdida de bienestar del usuario (Excedente del Consumidor) y por tanto el valor de la compensación que se tiene que realizar , tal como se observa en el área AP_1CD , correspondiente a los 5 rectángulos celestes, donde cada rectángulo es igual al monto de la devolución, concluyendo que el área AP_1CD (Valor de la Penalidad Calculada) es mucho grande que el área del triángulo naranja AP_1P_r , (Valor real del Excedente del consumidor) demostrando una grave inconsistencia entre los cálculos obtenidos por el OSIPTEL y su propio marco teórico que sustenta y justifica la metodología que ha utilizado.

ANEXO 1

Si bien, inicialmente el OSIPTEL establece que la Compensación debe ser igual a la pérdida de bienestar del usuario y esta a su vez debe ser igual al valor del Excedente del consumidor; el Proyecto propone utilizar un factor de compensación " $\alpha = 5$ ", lo cual significa que finalmente la Compensación calculada en el proyecto resulta ser muchísimo mayor que el Excedente del consumidor y por tanto es mucho mayor que la pérdida de bienestar del usuario que inicialmente se buscaba alcanzar.

Esta grave inconsistencia entre los resultados obtenidos y el marco teórico que justifica la metodología utilizada por el OSIPTEL también se presente en el extremo inferior de la propuesta del Proyecto cuando se utiliza un factor de compensación igual a 3.5, es decir, cuando " $\alpha = 3.5$ " y por tanto debe ser corregida en la norma que finalmente se apruebe. Al respecto, creemos que, ante la falta de datos y en su intento de estimar el valor de la pérdida de bienestar y por tanto del Excedente del Consumidor, el OSIPTEL parece haber perdido de vista la proporcionalidad de la política regulatoria, pues según lo demostrado en el gráfico 2, la compensación calculada en el Proyecto es más de 400% mayor que el Excedente del Consumidor real.

En ese sentido, si el objetivo es realmente retribuir la pérdida de bienestar sufrida por los usuarios, entonces la fuerte discrepancia entre el valor del Excedente del Consumidor y el de la compensación propuesta debe ser ajustada. Por lo que, tal como se puede observar en el gráfico 2, la pérdida de bienestar, es decir, el Excedente del Consumidor equivale como máximo al 50% del monto de la devolución, valor que consideramos sería más cercano a la supuesta afectación ocasionada a los usuarios, con lo cual queda demostrado que el factor de compensación debe ser menor que 1, es decir, " $\alpha < 1$ " y por lo tanto la **Compensación debe ser como máximo el 50% del monto de devolución:**

$$\text{Compensación} \leq 0.5 \times \text{Devolución}$$

Finalmente, solicitamos respetuosamente que se evalúe la aplicación del cálculo y criterios para la determinación de la compensación, pues –según el Informe– se pretende que las empresas sigan realizando inversiones a fin de mejorar la calidad del servicio; sin embargo, la propuesta tiene como finalidad agravar más aún la situación de las empresas operadoras ante interrupciones del servicio, estableciendo una compensación sobreestimada y desproporcionada, lo cual terminará desincentivando y/o disminuyendo la capacidad financiera de inversión de las empresas, lo que a mediano y largo plazo podría comprometer la calidad de los servicios prestados. Ello sin considerar que, paradójicamente, la imposición de compensaciones desproporcionadas a las empresas operadoras puede implicar el aumento de los costos de la prestación de los servicios, costos que serían trasladados al usuario en tarifas más altas.