

**Informe elaborado por Estudio Baxel Abogados respecto del Proyecto de Norma que modifica la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones – Resolución No. 00217-2023-CD/OSIPTEL**

Mediante Ley No. 31761, publicada el 4 de junio de 2023 en el diario oficial El Peruano, se incorporó el artículo 78-A en el Decreto Legislativo No. 702, el cual dispone principalmente que *“ante 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 contratado”*.

Esta norma señala que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, “Osiptel”) determina la forma de cálculo, las condiciones y en qué casos se realiza la compensación señalada. Para dichos efectos, la primera disposición complementaria establece un plazo de sesenta (60) días calendario para que este Organismo Regulador emita las directivas necesarias.

A raíz de ello, el Consejo Directivo del Osiptel aprobó la Resolución No. 00217-2023-CD/OSIPTEL mediante la cual publicó para comentarios el Proyecto de Norma que tiene por objeto modificar el artículo 39 y el Anexo No. 9 de la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobada mediante la Resolución No. 172-2022-CD/OSIPTEL (en adelante, las “Condiciones de Uso”).

El presente documento tiene por objeto presentar nuestros comentarios y hacerles llegar algunas sugerencias que solicitamos sean tomadas en cuenta en la aprobación del texto final del Proyecto.

Artículo del Proyecto Normativo	Comentarios
Artículo I	<p><u>Respecto a la devolución del monto abonado en la misma moneda en la que se facturó el servicio y el impedimento de realizar dicha devolución a través de una forma de pago distinta</u></p> <p>a. <u>Sobre la limitación a las formas de pago.</u></p> <p>El proyecto de artículo contiene la condición de devolución del monto abonado en la misma moneda en la que se facturó el servicio, y, además, impide que las empresas operadoras realicen la devolución <u>a través de una forma de pago distinta</u>. Nótese que esta norma no solo restringe el tipo de moneda en que será efectuada la devolución, sino también “la forma” en que se realizará dicho pago (i.e. mecanismo de devolución):</p> <p><i>“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</i></p>

*operadora impedida de realizar dicha devolución a través de una forma de pago distinta” [énfasis agregado].*

La norma, sin embargo, consideramos que no hace un adecuado balance entre la supuesta protección que se busca para el usuario, y los costos que genera al mercado en general. En efecto, debe tenerse presente que las normas vigentes (sustentadas en las libertades de contratación y en un razonamiento que permitan el flujo de mercancías y valores) permiten que los pagos sean efectuados por todos los canales y mecanismos legítimos, salvo que exista un acuerdo en contrario por las partes. Así, por ejemplo, el artículo 1220 del Código Civil prevé que “*se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación*”.

Es más, las normas civiles prevén que existen otros mecanismos para extinguir una obligación, que son distintos al pago, tales como la novación, la compensación, el mutuo disenso, etc. Sobre el particular, la doctrina refiere que:

*“Nosotros utilizamos la palabra "pago" en su segunda acepción, esto es como el cumplimiento de cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer. Esta interpretación, por lo demás, es perfectamente coherente con lo previsto por el Código Civil. Dentro de los efectos de las obligaciones, la ley peruana distingue entre el pago (artículos 1220 al 1276) y los otros medios de extinguir la obligación, tales como la novación (artículos 1277 al 1287); la compensación (artículos 1288 al 1294); la condonación (artículos 1295 al 1299); la consolidación (artículos 1300 y 1301); la transacción (artículos 1302 al 1312); y el mutuo disenso (artículo 1313).” [Osterling, F. y Castillo, M. Algunas consideraciones acerca del pago. Fuente: <https://www.osterlingfirm.com/> (visitado por última vez el 11 de agosto de 2023)].*

En ese sentido, el Proyecto de Norma establece una limitación a otros mecanismos idóneos para la cancelación de deudas, sin dar una explicación que sustente dicha restricción.

Reiteramos, el Código Civil no establece limitación alguna a la manera en que debe efectuarse el pago, mientras que exista una “ejecución íntegra de la prestación” que, en el presente caso, se trataría de la devolución de un monto dinerario.

De hecho, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, norma que, por su naturaleza, otorga las mayores garantías al consumidor (usuario), prevé, en su artículo 97, únicamente que “*De devolverse el monto pagado, debe tomarse como base el valor del producto o servicio en el momento de la devolución (...).*”

Es decir, la norma en materia de protección al consumidor otorga garantías para que el consumidor reciba, por devolución, un valor similar al que pagó en su oportunidad. Sin embargo, no limita a que dicho pago sea efectuado de la misma manera en la que el consumidor lo efectuó.

Una limitación de este tipo, sin duda, plantea no solo una serie de costos para las empresas, sino también estanca la evolución de los mecanismos de pago que tienden hacia la digitalización.

De hecho, los problemas prácticos que genera el “congelar” el mecanismo de devolución al que fue empleado por el usuario para efectuar el pago, podría conllevar a que las devoluciones se conviertan en inviables. ¿Qué sucedería, por ejemplo, si el consumidor que pagó con un cargo a cuenta decide cambiar de banco y cerrar la cuenta desde la cual hizo la transferencia? ¿Cómo se realizaría la devolución en este caso? ¿Qué sucede, por ejemplo, si el pago fue efectuado por el consumidor en efectivo? ¿Esto implicaría que el usuario, de manera personal o mediante un representante acreditado, tenga que trasladarse a las oficinas donde realizó dicho pago a recibir la devolución en efectivo? Todas estas dudas (que, al final de cuentas, involucran costos de transacción no solo para las operadoras sino para los propios usuarios), no han sido tratadas en absoluto.

Consideramos, por tanto, que una disposición como la que es materia de comentario, debería haber analizado todos los escenarios posibles a fin de identificar no solo los problemas de índole práctica, sino los costos que se generan a las empresas, pero también al consumidor, así como el estancamiento y desincentivo a la innovación.

b. Sobre la solución vigente en otros sectores regulados.

El proyecto tampoco parece tener en cuenta los escenarios en los cuales los montos a devolver son de poca cuantía. Esta situación es solucionada de manera eficiente en otros sectores regulados que, al parecer, no han sido tomados en cuenta para la elaboración del Proyecto de Norma.

Así, por ejemplo, en el sector energía, las normas técnicas de calidad permiten a los concesionarios del servicio de distribución, las compensaciones mensuales por cortes de suministro mayores a 4 horas. Dichas compensaciones se realizan mediante los descuentos correspondientes en el mismo recibo por el servicio.

	<p>En efecto, el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, dispone que <i>“La compensación se efectuará mediante un descuento en la facturación del usuario, correspondiente al mes siguiente de producida la interrupción”</i>.</p> <p>La compensación a la que hace referencia la norma regulatoria del sector eléctrico no es otra que la compensación por “interrupción que supere las cuatro horas consecutivas”.</p> <p>Hemos de anotar que la solución dada por la regulación al servicio público del suministro eléctrico data del año 1993. La solución dada no solo ha sido una que involucra mínimos costos para las empresas y para los usuarios, sino que se sustenta en la compensación de deudas como un mecanismo válido de pago.</p> <p>Asimismo, hemos de anotar que la regulación en el sector eléctrico tampoco prevé una sobrecompensación al usuario mediante el pago de conceptos regulatorios, más allá de la devolución.</p> <p>En ese sentido, sería conveniente que, en el análisis que haga el Osiptel, se consideren las alternativas ya existentes en otros mercados regulados y que otorgan soluciones menos costosas tanto para las empresas como para los propios usuarios.</p> <p>En ese sentido, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y razonabilidad establecido en el Decreto Legislativo 1565 que aprueba la Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria (en adelante, “DL 1565”), esta disposición debe buscar los mecanismos eficientes y beneficiosos que permitan que se cumpla con el objetivo de devolver al usuario el monto abonado en casos en los cuales el servicio haya sido interrumpido por causas atribuibles a la empresa operadora. Conforme al derecho de libertad contractual, les correspondería a las partes de la relación jurídica (vale decir, a la empresa y el abonado), el determinar los mecanismos de devolución que sean más eficientes, considerando las circunstancias.</p>
<p>Artículo 2</p>	<p><u>Respecto a la fórmula utilizada para el cálculo del monto de compensación al abonado por la interrupción del servicio</u></p> <p>a. <u>Sobre la ausencia de sustento.</u></p> <p>El artículo incorpora la fórmula para el cálculo del monto de compensación al abonado por la interrupción del servicio. Dentro de dicha fórmula se establece, como componentes, el factor multiplicativo por compensación. El valor varía de acuerdo con el rango de interrupción en minutos, de acuerdo con los siguientes valores ya establecidos por esta disposición:</p>

RANGO DE INTERRUPCIÓN (en minutos)	FACTOR MULTIPLICATIVO	VALOR
Mayor a 60 hasta 300 minutos	$\alpha_1$	3.5
Mayor a 300 hasta 700 minutos	$\alpha_2$	4
Mayor a 700 hasta 1,440 minutos	$\alpha_3$	4.5
Mayor a 1,440 minutos	$\alpha_4$	5

En primer lugar, hemos de advertir que no se ha encontrado sustento para los valores que han sido planteados en el presente proyecto. Al parecer, la fórmula parte de la premisa que, mientras mayor tiempo, mayor derecho a recibir una compensación. Sin embargo, esta fórmula parte de un criterio objetivo no sustentando.

¿Por qué dicho factor inicia en 3.5, y no en un valor menor como 1.5? No se sabe. Es decir, el Proyecto no establece el criterio que ha sido utilizado para determinar dichos valores como factores multiplicativos.

Ello mismo se observa en el Informe No. 00122-DPRC/2023 (en adelante, Informe 122-2023), en el cual se realiza un análisis de dos alternativas para abordar el problema de las interrupciones en el servicio de acceso a Internet fijo. Sin embargo, dicho Informe adolece de las mismas omisiones. El Proyecto de Norma eligió la segunda alternativa planteada en este documento en mención, que simplemente establece una tabla con valores, pero no contiene ninguna motivación que explique las metodologías que fueron empleadas por el Regulador para su determinación.

RANGO DE INTERRUPCIÓN (en minutos)	FACTOR MULTIPLICATIVO	VALOR
Mayor a 60 hasta 300 minutos	$\alpha_1$	3.5
Mayor a 300 hasta 700 minutos	$\alpha_2$	4
Mayor a 700 hasta 1,440 minutos	$\alpha_3$	4.5
Mayor a 1,440 minutos	$\alpha_4$	5

**Ventaja**

- Al establecer un factor multiplicativo diferenciado para la compensación de las interrupciones del servicio de acceso a Internet fijo, se internaliza mejor la afectación que tienen sobre los abonados las interrupciones del servicio.

**Desventaja**

- Establecer un factor multiplicativo diferenciado para la compensación de las interrupciones del servicio de acceso a Internet fijo, podría implicar una menor facilidad para su implementación.

Esta omisión de sustento, además, resulta objetable si se tiene en cuenta que en este mismo Informe existe la explicación de metodologías utilizadas en la determinación de otros valores:

Respecto de las ponderaciones a las calificaciones de cada una de las alternativas sobre los criterios (atributos) definidos, se plantea que la siguiente ponderación: 0.40 (facilidad de implementación) y 0.60 (eficacia de la compensación).

Una vez definidas las ponderaciones de los criterios como validada su consistencia, se procedió, para cada uno de ellos, a calificar a las alternativas y darles un puntaje ordinal en una escala de 1 a 5 considerando las siguientes denominaciones: 1 (Muy baja), 2 (Baja), 3 (Media), 4 (Alta) y 5 (Muy alta).

En ese sentido, a continuación, se procede a realizar la calificación de los atributos de cada alternativa disponible:

**Cuadro N° 3. Matriz de análisis de alternativas**

Atributo	Alternativa 1	Alternativa 2
Facilidad de implementación	<u>Alta</u> Establecer un factor multiplicativo uniforme para la compensación de las interrupciones del servicio de acceso a Internet fijo, implica mayor facilidad para su implementación tanto para las empresas operadoras (ejecución) como organismo regulador (fiscalización).	<u>Media</u> Esta alternativa al establecer un factor diferenciado según tiempo de interrupción implica mayores esfuerzos para su implementación ya que las empresas operadoras deben asignar un mayor esfuerzo administrativo para la ejecución de la alternativa y el organismo regulador incrementar su capacidad de fiscalización dada la diferenciación de los eventos de interrupción.
	<u>Baja</u> Esta alternativa genera menos incentivos en las empresas operadoras para reducir las interrupciones del servicio y por ende mejorar la calidad del servicio, dado que la afectación de cada evento de interrupción es similar e independiente de su duración.	<u>Muy alta</u> Dado que en esta alternativa se establece un factor de compensación según duración del evento de interrupción, esta alternativa genera mayores incentivos en las empresas operadoras para reducir las interrupciones del servicio y por ende mejorar la calidad con la provee el servicio.

Elaboración: DPRC-Osiptel.

De acuerdo al análisis antes efectuado, se obtiene el siguiente cuadro de calificaciones:

**Cuadro N° 4. Puntaje de las alternativas**

Atributo	Alternativa 1	Alternativa 2	Ponderación
Facilidad de implementación	4	3	0,40
Eficacia de la compensación	2	5	0,60
<b>Calificación Final</b>	<b>2,80</b>	<b>4,20</b>	

Finalmente, sobre la base de la evaluación realizada y las ponderaciones definidas, la Alternativa 2 tiene una calificación final de 4,20, mientras que la Alternativa 1 tiene una calificación final de 2,80. En ese sentido, la alternativa elegible debería ser la Alternativa 2, la cual obtuvo el puntaje más alto.

Cabe precisar que nuestros comentarios no tienen como propósito el dar opinión sobre las metodologías de determinación de valores (i.e. si estamos o no de acuerdo con las mismas). Esta comparación solo es efectuada a fin de sustentar nuestra posición de que el Proyecto de Norma y el informe que lo sustenta, no parece haber aplicado un criterio uniforme para el sustento (o inexistencia de sustento) de las alternativas, ni de la elección efectuada.

b. Sobre el principio de calidad regulatoria, el principio de necesidad, el principio de proporcionalidad y razonabilidad, y la debida motivación.

Al respecto, resulta necesario recordar que esta imposición de dichos valores sin sustento es contraria a la debida motivación y al principio de calidad regulatoria de empleo de evidencia, que exige el DL 1565.

De hecho, el DL 1565 prevé como uno de sus principios, el de necesidad de la regulación, estipulándose que:

*“La regulación cuenta con evidencia previa que demuestre que la alternativa seleccionada sea la más beneficiosa. Esta contribuye con el objetivo de resolver, reducir los riesgos o mitigar un problema público identificado en base a evidencia. En el proceso de generación de evidencia y diseño de la regulación, se analizan todas las alternativas racionales con la finalidad de elegir la mejor opción regulatoria.”*

De igual manera, tampoco se ha cumplido con el principio de proporcionalidad y razonabilidad previsto en el DL 1565, conforme al cual:

*“Proporcionalidad y razonabilidad: Las decisiones de la autoridad administrativa deben guardar la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para resolver el problema público. En este sentido, se tiene que describir y analizar los costos, beneficios y los riesgos de las alternativas de solución al problema que contribuya a la selección de la alternativa regulatoria como la mejor opción.”*

Así como el empleo de evidencia:

*“Empleo de evidencia: Las entidades de la administración pública utilizan la información disponible de fuentes confiables y objetivas, teniendo en cuenta los datos cuantitativos y cualitativos, el análisis y la experiencia científica, entre otros, como condición necesaria para justificar la intervención regulatoria.”*

El Proyecto de Norma no permite deducir cuál es la racionalidad ni la evidencia que permita sustentar los valores elegidos para la cuantificación de la compensación.

Esto no es otra cosa que, en realidad, una ausencia de motivación. La obligación de motivación por parte de las decisiones de los organismos reguladores (y administrativos, en general) no solo se limita a los procedimientos sancionadores, sino a las decisiones con carácter generales que sean adoptadas. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el Expediente No. 2192-2004-AA/TC ha señalado que:

*“[I]a motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático de derecho. En un Estado constitucional democrático, el poder público está sometido al*

	<p><u>Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso". [énfasis agregado]</u></p> <p>El Proyecto de Norma, por tanto, no ha demostrado un análisis de datos cuantitativos y cualitativos que respalde y justifique la inclusión de dichos valores para la determinación de los factores multiplicativos.</p> <p><u>Sobres comentarios a la legalidad del concepto mismo de “compensación” serán tratados en acápite posteriores.</u></p>
<p>Artículo 2</p>	<p><u>Respecto a la interrupción del servicio por causas no atribuibles a la empresa operadora</u></p> <p>a. <u>El Proyecto de Norma no puede plantear un supuesto de responsabilidad objetiva, que no debería ser amparado.</u></p> <p>Consideramos que el artículo 39-A contiene un error de principio. En efecto, el Proyecto de Norma dispone que “<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.</i>”</p> <p>Al momento de disponer que “<i>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</i>”, la norma está creando un supuesto de responsabilidad objetiva. En efecto, se plantea que, más allá de si medió o no diligencia debida (o culpa), la responsabilidad será de la operadora en todos los supuestos en los cuales no sea responsable el usuario.</p> <p>Sobre el particular, hemos de advertir que las normas civiles en materia de responsabilidad contractual (que, en estricto serían las aplicables para los conceptos de “compensación” que se pretenden imputar a las operadoras mediante el Proyecto de Norma), establecen a la culpabilidad como el criterio de imputación ante un incumplimiento contractual. Así, el artículo 1314 del Código Civil prevé que:</p>

*“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.*

Por tanto, se entiende que la responsabilidad objetiva que deriva en una indemnización a favor del acreedor requiere de un acuerdo de partes.

De hecho, en materia de responsabilidad civil extracontractual, el mismo Código Civil únicamente prevé que la responsabilidad objetiva solo procede frente a daños generados por *“bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa”*.

Ahora bien, esta situación es mucho más relevante si se tiene en cuenta que el Proyecto de Norma, podría conllevar a una situación de responsabilidad administrativa en perjuicio de los operadores. Esto sería así en el supuesto que el Osiptel considere que la ausencia de pago de un concepto indemnizatorio como la “compensación” genera una responsabilidad administrativa que se imputa a la operadora. En ese caso, es evidente que el Proyecto de Norma estaría atado, necesariamente, al cumplimiento de los principios del derecho administrativo.

Y, bajo el derecho administrativo, una disposición de este tipo resulta contraria a las reglas de protección mínima recogidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General (que prevén que la responsabilidad es siempre subjetiva, salvo disposición expresa prevista en una ley):

*“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa*

*La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

*(...)*

*10. Culpabilidad. - La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.*

Sin embargo, el Consejo Directivo del Osiptel en diversa jurisprudencia ha reconocido que la responsabilidad administrativa es subjetiva y que la carga de la prueba a efectos de atribuirle responsabilidad a los administrados corresponde a la administración:

*“Ahora bien, es preciso indicar que a la luz del Principio de Culpabilidad recogido en el numeral 1014 del artículo 248 del TUO de la LPAG, la responsabilidad administrativa es subjetiva, sin embargo, ello no quiere*

decir que para exonerarse de responsabilidad sea suficiente que el administrado indique que un hecho típico se produjo “por razones fuera de su control”, sino que para analizar algún supuesto eximente de responsabilidad es necesario presentar los medios probatorios que acrediten tal afirmación, esto es, acreditar que no se infringió el deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado debía ser previsto. Al respecto, vale indicar que la carga de la prueba a efectos de atribuirle responsabilidad a los administrados en relación a las infracciones que sirven de base para supervisarlos y, posteriormente, sancionarlos, corresponde a la administración” [Resolución de Consejo Directivo No. 0034-2023-CD/OSIPTEL de fecha 01 de marzo de 2023].

En ese sentido, el Proyecto de Norma no puede establecer una presunción de responsabilidad en las operadoras, asociada, además, a una “compensación tasada”. Consideramos que la norma debería ser redactada teniendo a la responsabilidad subjetiva como la aplicable, sujeta a las reglas de acreditación de daños (en el caso que el Osiptel se considere competente para determinar conceptos indemnizatorios).

b. El Proyecto de Norma “mezcla” a la responsabilidad objetiva con la responsabilidad subjetiva.

Más allá de ello, hemos de advertir que proyecto, posteriormente, establece que no se considerarán las interrupciones del servicio las producidas por “: i) *por trabajos de mantenimiento, o, ii) por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora*”.

La poca claridad de este texto genera las dudas respecto a si el Proyecto de Norma, en realidad, plantea una suerte de “mezcla” entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva. Esto es así porque se plantea que no resultan “interrupciones del servicio” a los trabajos de mantenimiento (que son acciones propias de una conducta diligente).

Incluso, se plantea como excepción a “otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora”. ¿Cuál es el estándar para determinar si una circunstancia se encuentra fuera del control de la operadora? ¿La debida diligencia? Si ello es así, entonces estaríamos frente a un evento sujeto a un análisis subjetivo.

Nuestro comentario, por tanto, es que se regule cualquier supuesto de responsabilidad administrativa siguiendo los criterios de responsabilidad subjetiva, reconocido por el propio Osiptel en sus decisiones.

<p>Artículo 2</p>	<p><u>Respecto a la naturaleza indemnizatoria de la compensación prevista en el artículo 39-A:</u></p> <p>a. <u>Sobre la compensación y enriquecimiento indebido a favor del usuario.</u></p> <p>El artículo 39 de las Condiciones de Uso establece que, en caso de existir una interrupción del servicio originada por causas atribuibles a la empresa operadora, dicha empresa deberá sujetarse a las siguientes reglas:</p> <p><b>(i) <u>Sobre la devolución del pago</u></b></p> <p>Cuando la tarifa o renta fija haya sido pagada en forma <u>adelantada</u>, la empresa operadora debe devolver al abonado la parte proporcional al tiempo de interrupción del servicio, incluyendo el respectivo interés.</p> <p>Cuando la tarifa se pague en forma <u>posterior</u> a la prestación del servicio, la empresa operadora no puede exigir dicho pago por el periodo que duró la interrupción.</p> <p><b>(ii) <u>Sobre el uso del saldo</u></b></p> <p>Una vez restituido el servicio, la empresa operadora debe permitir que el abonado o usuario pueda continuar utilizando el saldo del crédito que le corresponda, inclusive durante el ciclo de facturación inmediato posterior, cuando dicho saldo no ha podido ser consumido en el ciclo de facturación regular debido a la interrupción del servicio.</p> <p><b>(iii) <u>Sobre la compensación</u></b></p> <p>El artículo 39-A, que sería incorporado a las Condiciones de Uso, señala que, ante 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.</p> <p><b>(iv) <u>Sobre la indemnización</u></b></p> <p>El Osiptel señala en el Informe 122-2023 y en la Exposición de Motivos del Proyecto de Norma que la compensación que establezca no tiene carácter indemnizatorio, por lo que el abonado tiene expedito el derecho de acudir a la instancia respectiva a fin de solicitar el reconocimiento de este concepto.</p>
-------------------	--

Es decir, ante la ocurrencia de una interrupción en el servicio, las empresas operadoras deberán restituir a los abonados con cuatro (4) conceptos distintos:

- (i) Devolución del pago realizado correspondiente al periodo interrumpido o no cobro por dicho periodo.
- (ii) Permitir que el abonado o usuario pueda usar el saldo del crédito si este no pudo ser consumido debido al periodo interrumpido.
- (iii) compensación por el tiempo en que no se contó con el servicio.
- (iv) Indemnización por daños, en caso el abonado considere pertinente su reclamación.

Si bien el artículo 78-A de la Ley No. 31761 establece que la compensación por el tiempo en que no contó con el servicio contratado no tiene carácter indemnizatorio y ello ha sido replicado por el Osiptel tanto en el Informe No. 122-2023 como en la Exposición de Motivos del Proyecto de Norma, por primacía de la realidad, se advierte que la referida compensación sí tiene un carácter indemnizatorio.

Al respecto, el artículo 1321 del Código Civil reconoce que la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante:

*“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

*El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. (...)*”

Así, el daño emergente consiste en la pérdida o desmedro patrimonial de quién sufre el daño, mientras que el lucro cesante consiste en la pérdida de una ganancia que se estima iba a obtener quién sufre el daño (consecuencia patrimonial futura).

Tanto la figura de devolución como la de compensación comprendidas en el Proyecto de Norma tienen carácter indemnizatorio en la medida en que buscan remediar un desmedro patrimonial generado al usuario o abonado por la interrupción del servicio (indemnización por daño emergente). Es decir, ambas medidas, aunque por diferentes caminos, buscan poner al usuario o

abonado en la situación anterior a la generación del daño y, por ende, tienen carácter indemnizatorio.

Peor aún, que se establezca una devolución “tasada” (sobre la base de una fórmula), determina que los usuarios sean, en los hechos, compensados por un daño no acreditado (ni necesariamente sufrido).

Esta situación genera un incumplimiento al principio de subsidiariedad recogido en el DL 1565. Esto, porque se pretende regular un escenario ya previsto por las normas civiles pertinentes, sin que se haya detallado, además, el supuesto problema público para sustentar una “sobrecompensación” a favor de los usuarios, planteándose una simple regla de redistribución de riqueza en perjuicio de los operadores:

*“Subsidiariedad: Corresponde el empleo de opciones regulatorias cuando no exista alguna otra solución no regulatoria superior en términos de costo-efectividad para solucionar un problema público. En caso de duda sobre la necesidad de dictar una regulación, se optará por no dictarla.”*

En cuanto a la compensación, el Proyecto de Norma en su artículo 2 dispone expresamente cuánto es que se tiene que compensar por ese daño. Así pues, el monto por compensación al abonado por la interrupción del servicio se determina conforme a la siguiente fórmula:

$$VC = \alpha * VD$$

en donde  $\alpha$  será fijado de acuerdo con el factor multiplicativo correspondiente al rango de interrupción en minutos.

Es más, si bien de acuerdo con el Dictamen recaído en el Proyecto de Ley No. 3339/2022-CR, la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores estableció que la compensación establecida en este caso respondía a una de “naturaleza administrativa” y, por tanto, se trataba de una figura distinta a la indemnización, es la propia Comisión la que, a raíz de los comentarios recibidos por parte del Osiptel, establece que “la propuesta es beneficiosa porque garantizará que los usuarios reciban una compensación por los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de la interrupción de su servicio público de telecomunicaciones”.

Es decir, más allá de la distinción terminológica a la que haya tratado de llegarse en el presente caso, resulta evidente que la lógica detrás de la compensación establecida es una manifiesta indemnización de

daños y perjuicios que se haya podido ocasionar a los usuarios o abonados a raíz de la interrupción del servicio público de telecomunicaciones, pero cuantificada mediante una “fórmula tasada”.

Es más, de acuerdo con el Informe No. 122-2023, dicha determinación tiene como fin “efectuar la retribución de la pérdida de bienestar del usuario en los casos de afectación por interrupción del servicio”.

Debe tomarse en consideración que, si la compensación propuesta no tiene carácter indemnizatorio, Osiptel no debería sustentar su determinación en conceptos como la pérdida de bienestar del consumidor, toda vez que ello implicaría que se trate de una indemnización y no una compensación. En ese sentido, se advierte una contradicción entre la afirmación de que no se trataría de un concepto indemnizatorio y a su vez, se le está dando contenido sobre la base de la pérdida de bienestar social.

En ese sentido, queda claro la naturaleza indemnizatoria, sobre la cual el Osiptel carece de competencias legales. La cuantificación de los daños y perjuicios, no solo corresponden a aquel que alega haberlos sufrido (i.e. el artículo 1331 del Código Civil prevé que “La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”), sino que debe ventilarse en la vía ordinaria (o arbitral, de haber sido pactada). No mediante una norma de naturaleza administrativa.

Siendo ello así, habiendo establecido que tanto la devolución como la compensación tienen carácter indemnizatorio, debe advertirse que la tercera medida (esto es, permitir que el abonado o usuario pueda usar el saldo del crédito inclusive en el ciclo de facturación inmediato posterior cuando el saldo no haya podido ser consumido), también lo tiene, ya que lo que busca es remediar un desmedro patrimonial generado al usuario o abonado por la interrupción del servicio.

Tomando en consideración ello, es decir, que las tres opciones son vías indemnizatorias, y que se traslapan entre sí, generando una evidente sobre compensación o, en otras palabras, autorizando un enriquecimiento indebido en los usuarios. Esto es aún más grave si se tiene en cuenta que el propio Osiptel que reconoce la posibilidad del usuario o abonado de activar la vía civil para reclamar daños y perjuicios. Se tiene que el beneficiado tendría cuatro indemnizaciones en base a un solo hecho.

Esta situación genera una infracción al principio de coherencia y consistencia, recogido por el DL 1565, conforme al cual:

*“Coherencia y consistencia: Las regulaciones que se emiten requieren guardar coherencia y armonía con el ordenamiento jurídico y las políticas públicas.” [énfasis agregado]*

Esto es así porque, como ya advertimos, se está generando una situación en enriquecimiento indebido al usuario; situación contraria al sistema de indemnización contractual peruano, como ya se explicó.

b. Sobre la discriminación entre usuarios.

Si ya de por sí una indemnización administrativa resulta objetable, debe advertirse también que el Proyecto de Norma realiza una determinación de compensación diferenciada por el tiempo que dure la interrupción, más no contempla diferenciación alguna referida al tipo de abonado o usuario, es decir, una distinción entre si se trata de una persona natural o jurídica.

En el caso de la persona natural, resulta mucho más factible que esta encuentre servicios sustitutos al internet fijo como lo podría ser, por ejemplo, el internet móvil, con lo cual su afectación sería sustancialmente menor.

Sin embargo, en el caso de las personas jurídicas, una interrupción del servicio puede implicar un daño mayor en la medida en que la interrupción en determinados casos puntuales en donde el servicio de internet fijo podría estar directamente relacionado, por ejemplo, a la obstaculización del desempeño de su actividad comercial.

Este análisis no solo no ha sido desarrollado en el Proyecto de Norma, sino que plantea una indemnización “tasada” que no hace una correcta diferenciación entre los tipos de consumidores. No existe análisis que determine las razones por las cuales el Osiptel no ha tomado en cuenta una variable tan relevante. Esta situación manifiestamente se presenta debido a que no se ha cumplido con el principio de empleo de videncia, recogido en el DL 1565.

Es por ello por lo que se sugiere revisar el contenido los artículos modificados e introducidos a fin de que estos no representen una cuádruple indemnización y se encuentren alineados con el fin de la norma que es generar los incentivos necesarios para la continuidad del servicio y la eliminación del perjuicio derivado de eventuales interrupciones.

	<p>Si, pese a ello, el Osiptel decide emitir una norma administrativa que regula una compensación indemnizatoria, debería sustentar adecuadamente las razones por las cuales se ha determinado una compensación “tasada”, teniendo en consideración las observaciones realizadas.</p>
<p>Comentarios Generales</p>	<p><u>Respecto al costo, y la excesiva dificultad en la implementación del mecanismo de compensación para el caso de interrupciones puntuales.</u></p> <p>El artículo 14 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, el “<u>Reglamento de Calidad</u>”) señala: “<u>La empresa operadora debe comunicar al OSIPTEL las interrupciones masivas: (a) hasta el día hábil siguiente de producida la causa, cuando éstas resulten atribuibles a la empresa operadora, y (b) dentro del plazo establecido en el artículo 18, cuando se deriven de supuestos de caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora</u>” [énfasis agregado].</p> <p>Por su parte, el artículo 18 del Reglamento de Calidad establece que, con respecto a la interrupción del servicio por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, la empresa operadora debe cumplir con las siguientes obligaciones:</p> <p>“(i) <i>Comunicar y acreditar tales eventos al OSIPTEL, dentro del plazo establecido en sus respectivos contratos de concesión, de ser el caso, o comunicar dichos eventos dentro del día hábil siguiente de producida la causa y acreditar dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa.</i></p> <p><i>(ii) Presentar un cronograma y plan de trabajo a OSIPTEL para reparar y reponer el servicio, cuando la interrupción supere las setenta y dos (72) horas. Dicho cronograma debe ser presentado dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa, debiendo sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.</i></p> <p>El artículo 19 precitado indica que las empresas operadoras cuentan con un registro de interrupciones, suspensiones y cortes del servicio en donde conste por lo menos: (i) fecha y hora efectiva de las interrupciones, suspensiones y/o cortes, (ii) fecha y hora de las reactivaciones del servicio; (iii) números o códigos del servicio o nombres de los abonados afectados, (iv) <u>motivo de la interrupción, suspensión o corte</u>, y (v) tipo de servicio, de ser el caso.</p> <p>En ese sentido, se tiene que, en el caso de las interrupciones masivas comunicadas al Osiptel, las empresas operadoras cuentan con un registro en donde consta, entre otros, el motivo de la</p>

interrupción. La racionalidad de la regulación vigente (de establecer una disposición específica de comunicación específica para interrupciones masivas, se debe a que la carga regulatoria en las operadoras se justifica debido a la cantidad de usuarios involucrados en este tipo de interrupciones.

Ahora bien, el Texto Único Ordenado del Reglamento para la atención de gestiones y reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones (en adelante, el “Reglamento de Reclamos”) en su artículo 28 señala que el usuario puede presentar reclamos que versen, entre otros, sobre la falta de servicio:

*“Artículo 28.- Materias reclamables*

*El usuario puede presentar reclamos que versen sobre las siguientes materias:*

*4. Falta de servicio: Esta materia comprende: (i) la interrupción, suspensión, corte o baja injustificada del servicio o sin observar el procedimiento establecido en la normativa vigente (...)”*

En ese sentido, de acuerdo con el artículo 58 del Reglamento de Reclamos, las empresas operadoras cuentan con un plazo de tres (3) días hábiles contados desde el día siguiente de su presentación ante la empresa para resolver los reclamos referidos a falta de servicio.

Para ello, de acuerdo con lo señalado por el artículo 57 del Reglamento de Reclamos, el órgano competente de primera instancia (es decir, la empresa operadora) inicia la investigación del reclamo, disponiendo de oficio, como mínimo, la actuación de los medios probatorios aprobados por el TRASU según la materia reclamable y el tipo de servicio.

Es decir, los costos asociados a la determinación de la causa de una interrupción individual (específica), se inicia dentro del marco de un procedimiento administrativo. Asimismo, debe actuar los medios probatorios ofrecidos por el usuario en primera instancia que resulten pertinentes. Dicho artículo además señala “*En ningún caso, el costo para la obtención de dichos medios probatorios es trasladado al usuario*”.

Aquí, la regulación optó por un acercamiento distinto al problema, planteando una solución que debe ser analizada en el caso concreto, y partiendo también en la información y pruebas que pueda proveer el usuario (a las que, posiblemente, pueda no tener acceso la

empresa operadora sin que medie consentimiento expreso del usuario).

Ahora bien, el Proyecto de Norma no ha diferenciado si la obligación de compensación aplica únicamente a las interrupciones masivas o a las averías a usuarios puntuales, por lo que, debido a la poca claridad del texto, podría entenderse que la obligación abarca ambos supuestos.

Sin embargo, resulta pertinente advertir que, en caso la obligación alcance también a las interrupciones puntuales (es decir, aquellas que afectan a un único usuario), ello supondría una evaluación y determinación manual y casuística de cada una de las averías que pudiesen presentarse con la consecuente obligación de determinar, por ejemplo, el motivo de la interrupción en el caso concreto. Y todo ello, fuera de un procedimiento administrativo en primera instancia, y sin que medie, además, la acción del usuario para la presentación de pruebas relevantes.

En ese sentido, la carga que se busca imponer a las empresas eleva los costos de la prestación del servicio, toda vez que para poder determinar que la interrupción puntual es atribuible a la empresa operadora y no se encuentra en alguno de los supuestos de excepción que el artículo 39-A recogería es necesario la intervención de personal calificado en una evaluación manual y casuística.

La evaluación de estos costos asociados a la regulación que se pretende en el Proyecto de Norma, sin embargo, no se encuentra presente.

Con ello se afectan múltiples principios asociados a la calidad regulatoria regulados en el DL 1565. Entre ellos, los principios de: (i) empleo de evidencia (i.e. no existe evidencia de datos cuantitativos ni cualitativos que sustenten esta carga a las operadoras), (ii) simplicidad (i.e. la regulación plantea una gran complejidad en su implementación), (iii) necesidad (i.e. no se sustenta la necesidad de una nueva carga cuando este mismo asunto ya se encuentra regulado por las normas asociadas a Reglamento de Reclamos), (iv) proporcionalidad y razonabilidad (i.e. los costos asociados a la implementación de esta nueva regulación no han sido materia de análisis), y (v) coordinación y articulación (i.e. como se indicó previamente, este asunto ya cuenta con regulación específica en el Reglamento de Reclamos y se encuentra asociado a un procedimiento administrativo iniciado por el usuario).

	<p>El impacto en el costo, y la excesiva dificultad en la implementación de este mecanismo no estaría siendo evaluado por el presente Proyecto de Norma. En tal sentido, consideramos necesario que se precise que la obligación únicamente recae en aquellos supuestos en donde se trate de interrupciones masivas.</p>
--	--

\*\*\*\*\*