

V "MINORITY REPORT" (SENTENCIA PREVIA) A PROPÓSITO DE UN "EJEMPLAR" FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LUCIANO BARCHI VELA OCHAGA¹⁶¹166*

Magister en Derecho con mención en Derecho Civil.

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Primera imputación: exponiendo los hechos: 1. Conclusiones respecto a la primera imputación.- III. Segunda imputación: 1. Servicio efectivo; 2. Período forzoso ¿cláusula abusiva?; 2.1 Relaciones obligatorias con prestación duradera a tiempo determinado; 2.2 ¿Es vejatoria un cláusula de contratación que establece un "plazo forzoso" y el pago de una "tarifa fija"?; 2.3 La dimensión negativa de la libertad contractual; 3. La venta de los equipos terminales y los servicios públicos de telecomunicaciones; 4. Conclusiones respecto a la segunda imputación.- IV. Conclusiones finales respecto al "ejemplar" fallo.

I. INTRODUCCIÓN

Algunos lectores recordarán la película de la cual toma el nombre este artículo. Basada en la historia del afamado escritor de ciencia ficción Philip K. Dick, "Minority Report" es un thriller de acción-policíaca que se sitúa en Washington DC en el año 2054, donde la policía utiliza a tres psíquicos conocidos como "Precogs" para arrestar y enjuiciar a los asesinos antes que cometan su crimen. El popular actor Tom Cruise interpreta al detective John Anderton, líder de esta Unidad "Precrimen" quien es acusado del futuro asesinato de un hombre que aún ni siquiera conoce.¹

En este artículo veremos como el Tribunal Constitucional habría desarrollado esta tecnología psíquica para acusar al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) de haber violado los derechos de un usuario en virtud de una carta que a la fecha en que OSIPTEL resolvió el reclamo ni siquiera conocía, puesto que no existía. El Tribunal Constitucional pudo prevenir, de manera asombrosa, que si ese reclamo hubiera llegado a OSIPTEL, este no habría cumplido con su deber especial de protección a los usuarios. Esta historia no se desarrolla en la capital del país más poderoso del mundo sino en Lima, Perú y empieza hace muy poco, en el año 2001.

Con fecha 10 de abril de 2004, antes de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y de su notificación a OSIPTEL², el Tribunal Constitucional emitió un comunicado de prensa titulado: "TC sanciona a Telefónica por cobrar servicios no prestados y a OSIPTEL por consolidar la arbitrariedad".

En el texto de dicho comunicado se hace, entre otras, las siguientes afirmaciones:

- "El Tribunal Constitucional (TC) resolvió condenar al pago solidario de 3 UIT (Unidad Impositiva Tributaria) a la empresa Telefónica Móviles SAC y al Organismo Supervisor

¹⁶¹ Gemelo Legal del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Las opiniones vertidas en el presente artículo son atribuibles de manera personal al autor y no comprometen la posición de OSIPTEL.

¹⁶⁶ Agradecer a María Arellano, Pabel Camero, Verónica Zanbrano y Ángela Arrocero-Sotomayor por sus comentarios al presente artículo.

¹ "Minority Report" es un film de Steven Spielberg, ver www.fotofuturo.com/02/MinorityReport.

² La publicación se produjo el 13 de abril y la notificación a OSIPTEL el 14 de abril.

de Inversiones Privadas (sic) en Telecomunicaciones (OSIPTEL), a favor de un usuario por pretender la primera, cobrar por un servicio de telefonía celular que jamás prestó y, a la segunda por consolidar la existencia de una deuda, pese a conocer que su codemandada, no prestó el servicio público reclamado (...)

- *"El TC señala que no cabe la menor duda que detrás de la forma como ha resuelto OSIPTEL la controversia entre el usuario y Telefónica Móviles SAC, existe una manifiesta violación del «deber especial de protección» de los derechos fundamentales, que repercute directamente en el derecho constitucional a la protección de los usuarios y consumidores, reconocido en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú (...)" (el subrayado es nuestro).*

Se desprende del Comunicado de Prensa que OSIPTEL fue sancionado por el Tribunal Constitucional por haber violado su deber especial de protección de los derechos fundamentales³ reconocido en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, al haber "consolidado la existencia de una deuda, pese a conocer que su codemandada, no prestó el servicio público reclamado". Sin embargo, al revisar el fallo puede constatar que el Tribunal Constitucional también considera que OSIPTEL violó dicho deber al no ejercer "debidamente su deber especial de protección de la dimensión negativa de la libertad contractual de la recurrente".

En el presente artículo el autor analiza ambas imputaciones con las que OSIPTEL habría violado su deber de protección a los consumidores. Respecto a la primera imputación, el Tribunal Constitucional incurre en un grave error de apreciación de los hechos, lo cual, por lo demás, resulta fácilmente comprobable si se analizan los documentos que el Tribunal Constitucional tuvo a la mano para resolver el caso. El autor advierte que este análisis es exclusivamente relativo a los hechos y no a cuestiones que pueden ser opinables. Respecto a la segunda imputación el autor considera que el fallo del Tribunal Constitucional carece de un exhaustivo análisis, de un adecuado manejo de los conceptos jurídicos y, además, deja una serie de lagunas que generarán incertidumbre y confusión entre los consumidores.

II. PRIMERA IMPUTACIÓN: EXPONIENDO LOS HECHOS

Mediante sentencia de fecha 24 de marzo de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional resuelve el recurso extraordinario interpuesto por doña Leyler Torres del Águila contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco de fecha 14 de marzo de 2003, que declaró improcedente la acción de amparo interpuesta por la señora Torres contra OSIPTEL y contra Telefónica Móviles SAC.

La señora Torres en la acción de amparo alega que la Resolución No. 1, expedida por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de OSIPTEL (TRASU) en el expediente 3901-2002/TRASU/GUS/RA de fecha 18 de junio de 2002: "es arbitraria, pues pretende favorecer a la codemandada, vulnerando el principio de legalidad y el debido proceso" y "Considera que OSIPTEL ha actuado arbitrariamente, puesto que ha consentido que ella efectúe un pago por un servicio de telefonía celular que jamás usó, y no por un acto que le fuera imputable, sino derivado de la codemandada Telefónica Móviles SAC, ya que ésta le vendió un celular miligramado, que no fue cambiado..." (el subrayado es nuestro).

³ La teoría contemporánea de los derechos fundamentales afirma que el Estado no debe apenas abstenerse de violar tales derechos, sino también debe proteger a sus titulares de lesiones o intenciones que provienen de terceros. Este deber de protección comprende la actividad legislativa, administrativa y judicial del Estado (ver al respecto SARMENTO, Daniel, *Derechos Fundamentales e Relaciones Privadas*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 160 y ss.).

El Tribunal Constitucional resolvió declarando que: "OSIPTEL afectó el derecho constitucional de la recurrente a una protección especial en su condición de consumidora y usuaria del servicio público de telefonía". Asimismo, declaró "nula el ordinal No. 2 de la parte resolutive de la Resolución No. 1, expedida por OSIPTEL".

Procedemos a explicar los hechos y con ello a resaltar los errores en que incurre el Tribunal Constitucional.

- 1) La señora Leyler Torres del Águila dirige una carta de fecha 25 de febrero de 2002 al Gerente de Servicios al Cliente de Telefónica Móviles SAC. En ella la señora Torres señala:

"Tengo que informarle que he recibido un Recibo de la Telefónica Móviles SAC, de Lima de su dependencia, para realizar el pago de la suma de S/ 26.00 nuevos soles, pero me cabe lamentablemente decirle, sobre esto que tal vez Ud no tengo en su conocimiento. No voy a realizar ningún pago, porque el CELULAR que compré en esta dependencia de la Telefónica de Tingo María, Leoncio Prado, el día 18 de diciembre, me vendieron malogrado, siendo devuelto en su oportunidad en los días que fue comprado, motivo por el cual no le han informado al respecto lo desconozco, teniendo que esperar cerca de dos meses para que me lo devuelvan y nada...Lo único que quiero señor Gerente, es que me devuelva mi dinero la suma de 26.00 soles, porque yo no tengo porque pagar por un celular que está en problemas, no lo tengo en mi poder, no estoy haciendo uso de ella para nada" (sic).

De aquí se desprende lo siguiente: la señora Torres compra un equipo terminal móvil el cual es devuelto al vendedor e internado en el Servicio Técnico por encontrarse malogrado. Mientras ella no tiene en su poder el equipo terminal Telefónica Móviles SAC le envía un recibo por S/ 26.00 (en realidad, como veremos después, es por US \$ 26.98). La señora Torres presenta la carta señalando que no pagará el monto del recibo y solicita la restitución de lo pagado en la compra del equipo terminal.

- 2) Telefónica Móviles SAC contesta mediante carta de fecha 13 de marzo de 2002 donde manifiesta:

- *"Mediante la presente nos es grato saludarla y a la vez dar respuesta a su comunicación recibida con fecha 04.03.2002, en la cual nos manifiesta su disconformidad respecto a la facturación en los recibos de los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002 del servicio de la referencia debido a que su equipo estuvo internado en Servicio Técnico durante el periodo en mención".*
- *"Luego de la verificación del caso, hemos declarado su reclamo extemporáneo al haber excedido el plazo de 15 días hábiles posteriores a la fecha de vencimiento de ambos recibos, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 80 de la RCD No. 015-99-PC/OSIPTEL. Sin embargo, independientemente de lo señalado, se ha analizado el detalle de las llamadas de los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002, verificándose que no se registra tráfico, por lo que hemos procedido a realizar el ajuste de \$ 26.98 por el recibo de diciembre de 2001 según Nota de Crédito No. 280-0004846 y \$ 30.99 correspondiente al recibo de enero de 2002 según Nota de Crédito No. 280-0004847, los cuales adjuntamos".*

Como puede apreciarse existe un error en los periodos objeto de cobro, pues se habla de diciembre de 2001 y enero de 2002. De acuerdo con lo que aparece en el expediente administrativo que OSIPTEL tuvo a la vista, los recibos eran dos: uno correspondiente a 27 días (del 10.01.2002 al 05.02.2002) por US \$ 26.98 y otro por el periodo comprendido entre el 06.02.2002 al 05.03.2002

por US \$ 30.99 (advirtiéndose que suman US \$ 57.97). No existe un recibo correspondiente a los días de diciembre de 2001.⁴ Lo que señala Telefónica Móviles SAC en su carta de 13 de marzo de 2002 es que habiéndose verificado que no se registran llamadas durante los periodos reclamados se cancela la deuda total reclamada es decir US \$ 57.97. En tal sentido, de acuerdo con lo señalado por la empresa operadora, la señora Torres no tenía que pagar absolutamente nada de lo reclamado a esa fecha.

- 3) Mediante carta de fecha 01 de abril de 2002 la señora Torres se dirige a Supervisión Atención Especial de Telefónica Móviles SAC, en ella señala lo siguiente:

"Me cabe informarles señores representantes de TELEFÓNICA MÓVILES SAC que los recibos que están llegando no serán cancelados por mi persona espero ser clara al respecto, porque este celular Movistar no se encuentra en mi poder desde el mes que fue comprado y devuelto en su oportunidad mes de Diciembre, (...) Yo hej sido bién claro con la señora desde un comietzo que no quiero ningún celular malogrado ni reparado, sólo quiero que me devuelvan mi dinero y nada más" (sic).

En la carta enviada por Telefónica Móviles SAC de fecha 13 de marzo de 2002 se añadía: *"Debido a que el descuento realizada no se visualizará en los Bancos, agradeceremos se acerque a la Oficina Comercial de su localidad, portando la presente; con la finalidad de cancelar el saldo registrado"* (el subrayado es nuestro). Este párrafo parece haber generado confusión. Cuando se dice "cancelar el saldo registrado" se entendía "anular" el saldo que se reclamaba y que aparecía en los registros informáticos y no para pagar monto alguno, como parecería haberlo entendido la señora Torres, puesto que respecto a los periodos (del 10.01.2002 al 05.02.2002) por US \$ 26.98 y otro por el periodo comprendido entre el 06.02.2002 al 05.03.2002 por US \$ 30.99 ya se había "anulado" la deuda total (US \$ 57.97). Cabe mencionar que la señora Torres no hace referencia a nuevos recibos⁵ y, asimismo, la señora Torres reitera el pedido de devolución del dinero pagado por la compra del equipo terminal móvil.

- 4) Las cartas de la señora Torres fueron calificadas como reclamo la primera (25 de febrero de 2002) y como apelación la segunda (1 de abril de 2002) dentro del procedimiento de reclamos ante el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) regulado en la Resolución del Consejo Directivo No. 015-99-CD/OSIPTEL.⁶

El TRASU mediante Resolución No. 1 de fecha 18 de junio de 2002 resolvió:

1. Declarar IMPROCEDENTE el Recurso de Apelación interpuesto por EL RECLAMANTE por la facturación de cargo fijo en los recibos de enero y febrero del año dos mil dos, de conformidad con lo expresado en los considerandos precedentes.

2. Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por EL RECLAMANTE por la facturación de cargo fijo en el recibo de diciembre del año dos mil uno y, en consecuencia, CONFIRMAR la resolución emitida por LA EMPRESA OPERADORA;

⁴ Téngase en cuenta que la señora Torres en su carta señala que compró el equipo terminal el 18 de diciembre de 2001 por lo que podía sentirse, como lo hizo el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) de OSIPTEL, que existía su recibo por el periodo que va entre el 18 de diciembre de 2001 y el 9 de enero de 2002.

⁵ Repárese que la carta de la señora Torres es del 1 de abril y el siguiente periodo de facturación que hubiera correspondido era el comprendido entre el 06.03.2002 al 05.04.2002 cuyo recibo solo podría haber sido enviado luego del 5 de abril.

⁶ Cabe señalar que dentro del procedimiento de reclamos, corresponde a las empresas operadoras ver en primera instancia el reclamo y al TRASU en segunda instancia.

lo cual implica que la solicitud de EL RECLAMANTE ha sido denegada y que, por tanto, a partir de la notificación de la presente resolución, debe cancelar el monto reclamado, de conformidad con lo expresado en los considerandos precedentes”.

Cabe recordar que, teniendo en cuenta las cartas de la señora Torres (y como puede apreciarse de la Resolución No. 1 de fecha 18 de junio de 2002) el monto total reclamado era US \$ 57.97, correspondientes a los periodos del 10.01.2002 al 05.02.2002 y otro por el periodo comprendido entre el 06.02.2002 al 05.03.2002. Como ya se señaló y se indica en la misma Resolución No. 1: *“(…) de conformidad con la documentación que obra en el expediente se puede advertir que los recibos que son reclamados y en los cuales se ha emitido notas de crédito son los recibos C14-00016892 y C14-00017155, correspondientes a enero y febrero del año dos mil dos respectivamente. En consecuencia al haber sido acogida en la primera instancia el reclamo presentado por estos extremos, y al no existir agravio que motive el interés para apelar, este Tribunal debe declarar la improcedencia del recurso en estas extremos”* (el subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse al declarar Improcedente el Recurso de Apelación, lo que el TRASU señala es que habiendo Telefónica Móviles SAC cancelado la deuda reclamada (US \$ 57,97) no tenía sentido apelar, pues la señora Torres no tendría que pagar nada respecto a los periodos ya señalados.

Respecto al numeral 2 cabe advertir que no existe, como ya se señaló, recibo de diciembre. El TRASU asumió que habiendo comprado la señora Torres el equipo terminal el 18 de diciembre de 2001 habría un recibo correspondiente a diciembre (periodo del 18 de diciembre al 9 de enero de 2002) y extiende el reclamo también a este periodo, así se señala en la Resolución No. 1: *“Cabe advertir que EL RECLAMANTE desconoce la facturación emitida desde el inicio de su contrato por que puede alegarse que incluye el recibo de diciembre del año dos mil uno (...)”*. Al respecto, aplica el artículo 30 de la Resolución del Consejo Directivo No. 015-99-CD/OSIPTEL⁷ que establece que los reclamos por facturación podrán ser presentados hasta quince (15) días hábiles después de la fecha de vencimiento del recibo reclamado o de producido el hecho que da origen al reclamo. Teniendo en cuenta que la primera carta de la señora Torres es del 25 de febrero de 2002, se consideró extemporáneo el reclamo en primera instancia y el TRASU lo declaró infundado. Al declararse infundado el reclamo la consecuencia lógica es que la usuaria debería pagar el monto reclamado por el mes de diciembre.⁸ No obstante, teniendo en cuenta que dicho recibo no existe, lo cierto es que, en la práctica, la señora Torres no tendría que pagar nada.

5) Al respecto, sin embargo, cabe advertir que el fallo del Tribunal Constitucional dice:

- *“Con independencia de que este Tribunal no comparte los criterios sostenidos por las recurridas y por los mismos empleados, según los cuales el amparo no sería la vía idónea para controlar la afectación de los derechos constitucionales de los usuarios y consumidores, este Colegiado considero que, en el caso de autos, la demanda debe desestimarse parcialmente, pues la recurrente no ha agotado, en forma debida, la vía administrativa, según lo exige el artículo 27 de la Ley No. 23506”* (el subrayado es nuestro).

⁷ Artículo 30: *“Todos los reclamos, salvo los expresados en el artículo 32 de la presente Directiva, podrán ser presentados hasta quince (15) días hábiles después de la fecha de vencimiento del recibo que contiene la facturación que se reclama (...)”* El artículo 30 fue modificado por la Resolución del Consejo Directivo No. 015-2002-CD/OSIPTEL que amplía el plazo para reclamar hasta dos (2) meses después de la fecha de vencimiento del recibo (después el artículo fue nuevamente modificado por la Resolución del Consejo Directivo No. 044-2002-CD/OSIPTEL).

⁸ Por eso en la Resolución No. 1 al declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Torres por el recibo de diciembre de 2001, el TRASU, tras confirmar la resolución emitida por la empresa operadora, señala: *“(…) lo cual implica que la solicitud de*

- *"En efecto, conforme se desprende de los numerales 1) y 2) de la parte considerativa de la Resolución No. 001, de fecha 18 de junio de 2002, el recurso de apelación interpuesto en el expediente administrativo No. 3901-2002-TRASU/CLUS/EA - por la facturación de cargo fijo que incluye el recibo del mes de diciembre de 2001 - fue presentado por la actora fuera del plazo establecido en el artículo 30 de la Resolución No. 015-99-CD/OSIPTEL, motivo por el cual fue declarado improcedente" (el subrayado es nuestro).*
- *"En ese sentido, este Tribunal debe recordar que la no impugnación administrativa dentro del plazo señalado por la ley tiene el efecto de generar la cuantía de cosa decidida, tornando inimpugnabile la decisión, ya sea en la misma vía administrativa, si fuera el caso, ya sea en sede judicial".*

Como puede apreciarse claramente el Tribunal Constitucional reconoce que, respecto al mes de diciembre, no procedía, por extemporáneo, el reclamo, dándole la razón al TRASU respecto a lo señalado en el numeral 2 de la Resolución No. 1. Lo que no se entiende es la falta de consecuencia en el fallo cuando, a pesar de reconocer que el reclamo es extemporáneo se dice: "3. Declarar nula el ordinal No. 2 de la parte resolutive de la Resolución No. 1, expedida por OSIPTEL".

Deberíamos entonces preguntarnos qué hizo OSIPTEL para afectar el derecho constitucional de la señora Torres a una protección especial en su condición de usuaria del servicio público de telefonía.

Pues bien, el Tribunal Constitucional señala:

"No se encuentra en la misma situación lo resuelto en el artículo 2 de la misma Resolución No. 1^a, mediante el cual se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por el reclamante por facturación de cargo fijo en los recibos de enero y febrero del año 2002.¹⁸ En tal resolución, al pronunciarse sobre el fondo, OSIPTEL señaló que la recurrente no tenía interés para apelar, puesto que, a su juicio, el agravio causado había cesado, tras declararse procedente su reclamo por Telefónica Móviles SAC, y disponerse la reducción de su deuda" (el subrayado es nuestro).

Aquí empieza la confusión del Tribunal Constitucional al hablar de reducción de la deuda. Como ya hemos dicho el total reclamado era US \$ 57,97 (lo cual puede ser apreciado con una simple lectura del expediente administrativo) y es respecto a este monto que en primera y segunda instancia se declara fundado el reclamo.

Pero sigamos, luego el Tribunal Constitucional dice:

- *"Según se desprende del documento obrante a fojas 4, efectivamente mediante comunicación de fecha 8 de julio de 2002, Telefónica Móviles SAC hizo saber a la recurrente que a la deuda de US \$ 57,97, que esta tenía, "Por esta única vez", efectuaría "(...) un ajuste de US \$ 30,00 a su deuda vencida"; deuda que, como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, se derivaba del hecho de haber adquirido un teléfono celular que nunca pudo utilizar, pues este se encontraba malogrado, pero que, pese a los requerimientos que en su momento formuló la recurrente, una de las codemandadas no solucionó".*

EL RECLAMANTE ha sido desnegada y que, por tanto, a partir de la notificación de la presente resolución, debe cancelar el monto reclamado (...)"

¹⁸ Aquí puede advertirse que el extemporamiento del Tribunal Constitucional no ocurre en el numeral 2 (reclamo extemporáneo) sino en el 1.

¹⁹ Aquí el Tribunal incurre en un error, puesto que menciona el artículo 2, cuando en realidad está refiriéndose al artículo 1.

- "A juicio del Tribunal Constitucional, la cuestión que se plantea en el siguiente caso es ésta: ¿Es razonable que OSIPTEL, encargado de defender a los usuarios del servicio público de telefonía, pueda considerar que la disminución del pago por un servicio no recibido no genere agravio?; ¿o es que acaso el monto reducido de la deuda representa el débito de un servicio distinto?"

¿De dónde saca el Tribunal Constitucional la suma de US \$ 97,97? ¿De dónde saca el ajuste de US \$ 30,00? Pues como se indica en el texto transcrito de una carta del 8 de julio de 2002 enviada por Telefónica Móviles SAC a la señora Torres. Carta que obviamente no era parte del expediente administrativo si se tiene en cuenta que la Resolución No. 1 materia del amparo es de fecha 18 de junio de 2002. Como se puede dar cuenta el lector, el Tribunal Constitucional toma hechos ajenos y posteriores a los que son materia de reclamo por la señora Torres. La carta de fecha 8 de julio de 2002 nunca fue de conocimiento del TRASU en vía de reclamación.

1. Conclusiones respecto a la primera imputación

Como ha podido verse y como puede comprobarse fácilmente con solo revisar el expediente administrativo, el Tribunal Constitucional comete un grave error al tomar hechos ajenos y posteriores a los que son materia de discusión. Recuérdese que, como lo señala el mismo Tribunal Constitucional: "La demanda tiene por objeto que se declare nula e inaplicable la Resolución No. 001, emitida por OSIPTEL en el expediente No. 3901-2002/TRASU/CUS/RA, y que se deje sin efecto el pago por el servicio que, según la recurrente, nunca recibió".

¿Cómo puede señalar en el fallo que "OSIPTEL afectó el derecho constitucional de la recurrente a una protección especial en su condición de consumidora y usuaria del servicio público de telefonía"¹¹, si la Resolución No. 1 de fecha 18 de junio de 2002 le da la razón a la señora Torres respecto a los recibos correspondientes al periodo del 10.01.2002 al 05.02.2002 y al periodo comprendido entre el 06.02.2002 al 05.03.2002 que fueron materia de reclamo?

Desde un punto de vista estrictamente jurídico diríamos que la sentencia del Tribunal Constitucional ha resuelto el caso sobre la base de un documento posterior a la resolución del TRASU y por tanto ajeno al expediente administrativo. Y esto ocurre por desnaturalizar el amparo y no darle la vía que correspondía: el contencioso administrativo.

Se podría decir que el Tribunal Constitucional pretendía que el TRASU tuviera en cuenta circunstancias que no resultaban de los autos; olvidaba así lo que se nos enseña en los primeros años universitarios: "iudicet secundum allegata et probata; quod non est in actis non est in mundo" o, quizá, como en la ciencia ficción, se podría decir que el Tribunal Constitucional previno lo que ocurriría en el futuro tal como la Unidad "Precrimen" en el film "Minority Report"; que OSIPTEL violaría el derecho especial de protección del usuario si la carta del 8 de julio de 2002 enviada por Telefónica Móviles SAC a la señora Torres hubiese llegado al TRASU.

III. SEGUNDA IMPUTACIÓN

Respecto a la segunda imputación es necesario precisar algunos conceptos.

1. Servicio efectivo

Numeral 4 del Fallo: "Declarar improcedente cualquier cobro que Telefónica Móviles SAC pretenda imponer a la recurrente en relación con el servicio público de telefonía móvil derivada del teléfono No. 69657126, toda vez que dicho servicio nunca se le prestó".

¹¹ Y el conmutado dice que "después de lo furto como ha resuelto OSIPTEL la controversia entre el usuario y Telefónica Móviles SAC, existe una específica violación del "deber especial de protección" de los derechos fundamentales (...)"

En los considerandos del fallo del Tribunal Constitucional este se pregunta: “¿se debe pagar por un servicio público que no se recibe?” Y luego afirma: “Todo usuario de un servicio público tiene, por un lado, el derecho de recibir la prestación de dicho servicio en forma óptima y, correlativamente, el deber de sufragar los costos que su prestación pudiera representar en forma proporcional con el uso dado” (el subrayado es nuestro).

En realidad entre la pregunta y la afirmación transcrita hay un abismo. Permítanme aclarar las ideas, pues el Tribunal Constitucional en este extremo se confunde.

En efecto, si yo no tengo contratado el servicio público de telefonía móvil ¿resulta razonable que alguna empresa operadora pretenda cobrarme? Pues la respuesta parece más que obvia: no.

Pero la cuestión es diferente: si yo tengo contratado el servicio público de telefonía móvil y no hago llamadas ¿puede la empresa operadora con la que he contratado el servicio cobrarme una tarifa fija (“renta” o “cargo” fijo) mensualmente?

En la prestación de servicios de telefonía es común, internacionalmente, la utilización de los siguientes esquemas tarifarios:¹²

- 1) El usuario paga por llamada que se efectúa, en tal sentido, podrá establecerse una tarifa por llamada o una tarifa teniendo en cuenta la duración de la llamada.
- 2) El usuario paga una tarifa (“renta”) fija mensual (este esquema se conoce como “tarifa plana”). En tal sentido, independientemente del número de llamadas que haga (o de su duración) el usuario pagará, mensualmente, la misma cantidad. Adviértase que incluso, si el usuario no efectúa ninguna llamada en ese mes pagará la tarifa (“renta”) fija.
- 3) El usuario paga una tarifa (“renta”) fija mensual y, además por las llamadas (o por su duración) que realice. Este esquema se denomina “tarifa por tramos” y es el que se aplica en la gran mayoría de países latinoamericanos.

La “tarifa de dos tramos” o “tarifa no lineal” (“nonlinear pricing”) “consiste en cobrar a los consumidores una tarifa fija que les da derecho a comprar un producto y otra por cada unidad que deseen consumir”¹³ o como señala Landsburg, la tarifa fija le da al cliente el derecho a “realizar compras

¹² Ver BARCHI VELAQUAGA, Luciano, *La renta básica y el uso no adecuado de la información: a propósito de los argumentos para su eliminación*. En: **ADVOCATUS**, No. 8, p. 397 y ss. De acuerdo con Sánchez Rodríguez “La determinación económica de la tarifa varía en función de tres elementos o partes claramente diferenciadas: las tasas de acceso (una tasa de conexión única y una tasa de acceso continuada que corresponde con el alquiler de la línea); las tasas de utilización, que varían en función de la duración de la llamada, la duración de la misma y la hora del día o de la semana en que se efectúa la llamada (en redes de datos se utilizan otros parámetros como el volumen de datos transmitidos o almacenados); y el impuesto [...]” (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús, *Liberalización y régimen jurídico y económico de las tarifas de telecomunicaciones*. En: *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*. CREMADES, Javier y MAYOR MENÉNDEZ, Pablo (coordinadores) La Ley, Madrid, 1999, p. 316).

¹³ PINDYCK, Robert y RUBINFELD, David, *Microeconomía*, 4ª Edición, Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998, p. 340. En el mismo sentido ver FERNÁNDEZ BACA, Jorge, *Microeconomía, Teoría y aplicaciones*, Tomo II, Lima: Universidad del Pacífico, 2000, p. 104. VISCIISI, W. Kip, VERNON, John y HARRINGTON, Joseph, *Economics of regulation and antitrust*, Second Edition, Cambridge: The MIT Press, 1998. El ejemplo clásico de la “tarifa de dos tramos” es el del parque de atracciones, en el que se paga una entrada y una determinada cantidad por cada atracción en la que se suba. Típicos ejemplos, también, son los servicios públicos como el agua, electricidad y telefonía. Carlton y Perloff como ejemplo de tarifa por tramos (“two-part tariff”) señalan: “For example, telephone companies commonly charge a monthly subscription fee and then a usage fee that depends upon how many calls are made” (CARLTON, Dennis y PERLOFF, Jeffrey, *Modern Industrial Organization*, Second Edition, New York: Harper Collins College Publishers, 1994, p. 462).

futuras".¹⁴ Así, en el caso del servicio telefónico se paga una tarifa fija mensual (lo que le da derecho a hacer llamadas) y una tarifa por la cantidad de llamadas (o por su duración) que se realicen en el mes.

La "tarifa de dos tramos" se expresa de la siguiente manera:

$$T(y) = A + py$$

Donde:

A > 0, es un cobro fijo ("*fixed fee*").

P el precio de cada unidad consumida ("*variable fee*").

Esto significa que el "*fixed fee*" ("*renta*" fija mensual) es un componente de la tarifa que se paga por el servicio de telefonía.¹⁵ Como hemos dicho, esta "tarifa por tramos" consiste en cobrar a los abonados una tarifa fija que les da derecho a comprar un producto y otra por cada unidad que deseen consumir, en tal sentido, la tarifa fija mensual es el pago que el abonado hace mensualmente y que le da derecho a hacer llamadas, y la tarifa variable ("*variable fee*") corresponde a la tarifa que se paga por las llamadas, la cual tiene carácter variable dependiendo del número y duración de las llamadas durante dicho mes.

Como lo hemos manifestado, la tarifa fija mensual se paga por el derecho que la empresa operadora otorga al usuario de hacer uso del servicio durante el mes (hacer llamadas) y esto es independiente que el abonado haga o no uso del servicio; vale decir, haga o no haga llamadas durante dicho mes.

Al respecto y enfocado desde otro punto de vista, el abonado al pagar la tarifa fija mensual del servicio telefónico contratado si está recibiendo un beneficio efectivo, cual es el tener la capacidad de hacer uso del servicio cuando lo requiera; es decir, la paga por tener la disponibilidad del servicio, y esta situación constituye la diferencia sustancial que existe entre dicho abonado y aquella otra persona que no es abonado y que, por lo tanto, no tiene que pagar la tarifa fija mensual.

Algo semejante ocurre con el contrato de arrendamiento. En efecto, por el arrendamiento el arrendador pone temporalmente a disposición del arrendatario un bien para que este lo use a cambio de una cierta renta convenida. El pago de la renta deberá efectuarse en la oportunidad prevista por las partes aún si el arrendatario, teniendo a su disposición el bien, no ha hecho uso del mismo. La obligación del pago de la renta existe en la medida que el arrendador pone a disposición del arrendatario el bien independientemente si este lo usa o no; en otras palabras por otorgarle el derecho a usarlo no por el ejercicio que se haga de tal derecho.

¹⁴ LANDSBERG, Steven, *Teoría de los precios con aplicaciones*, México: International Thomson Editores, 2000, p. 371.

¹⁵ La prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú puede estar sujeta a los siguientes regímenes tarifarios: 1) Régimen tarifario supervisado - régimen bajo el cual las empresas operadoras pueden establecer y modificar libremente las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones que prestan, determinándolas de acuerdo a la oferta y la demanda; y 2) Régimen tarifario regulado - régimen bajo el cual las empresas concesionarias pueden fijar y modificar libremente las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones que prestan, sin poder exceder las tarifas tope que hayan sido fijadas en sus respectivos contratos de concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL.

Las empresas operadoras sujetas al régimen tarifario supervisado, pueden establecer libremente las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones que prestan. En otras palabras pueden adoptar el esquema tarifario que consideren adecuado. Este es el caso de las empresas que prestan el servicio público de telefonía móvil.

2. Periodo forzoso ¿cláusula abusiva?

En el fallo del Tribunal Constitucional se dice que una de las maneras de cumplir el deber especial de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios que recae en OSIPTEL: *"es impidiendo que los agentes económicos dedicados a la prestación del servicio público de telefonía abusen de los derechos que se puedan derivar de la suscripción de contratos para la prestación de este servicio público y, muy particularmente, del contenido desproporcionado de ciertas cláusulas de contratación que en ese ámbito se inserten en tales contratos"*.

Veamos algunas afirmaciones:

- *"(...) el incumplimiento del deber especial de protección recaído en OSIPTEL pudiera ser justificado con la existencia de una obligación asumida por la recurrente de permanecer vinculada contractualmente durante un lapso determinado, en el cual debía abonarse el pago del "cargo fijo" previsto en el contrato con Telefónica Móviles SAC" (el subrayado es nuestro).*
- *"Para el Tribunal Constitucional es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto (...)" (el subrayado es nuestro).*
- *"Ello es particularmente evidente en aquellas situaciones en donde, pese a haberse suscrito convenios entre particulares, una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio, entre otros supuestos, no habría aceptado, por constituir notoriamente una irrazonable autoconstricción del ejercicio de sus derechos fundamentales (v.g. el ejercicio de la dimensión negativa de la libertad contractual, esto es, desvincularse del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro contratante)" (el subrayado es nuestro).*
- *"En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que la aplicación de una cláusula de contratación que liga a la recurrente a una de las demandadas por un lapso determinado, y al pago de un "cargo fijo", dadas las circunstancias específicas del caso de autos, resulta palmariamente inconstitucional, por violar la dimensión negativa de la libertad contractual. Este Tribunal estima que, en la medida en que OSIPTEL no ejerció debidamente su deber especial de protección de la dimensión negativa de la libertad contractual de la recurrente, violó nuevamente el derecho reconocido en el artículo 65 de la Constitución, siendo, por lo tanto, inconstitucional el ordinal No. 2 de la parte resolutoria de su Resolución" (el subrayado es nuestro).*

Nótese que el Tribunal Constitucional señala que resulta inconstitucional *"la aplicación de una cláusula de contratación que liga a la recurrente a una de las demandadas por un lapso determinado, y al pago de un cargo fijo"*. Y luego señala que ello es así porque dicha cláusula viola *"la dimensión negativa de la libertad contractual"*, la cual ha sido definida por el propio Tribunal como *"el desvincularse del contrato por incumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro contratante"*.

Esto obliga a plantearse dos preguntas: 1) ¿la inconstitucionalidad es de la cláusula que establece un plazo determinado y el pago de un "cargo fijo"?; ó 2) ¿es inconstitucional porque, según el Tribunal Constitucional, no se permite resolver el contrato por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro contratante? Si esto fuera así ¿no sería inconstitucional si se permitiera al consumidor desvincularse del contrato por incumplimiento de las obligaciones contraídas por la empresa operadora?

2.1 Relaciones obligatorias con prestación duradera a tiempo determinado

Permítanme recordar algunos conceptos básicos. Díez-Picazo¹⁴ distingue el tiempo en cuanto circunstancia estructural de la relación obligatoria y al tiempo como requisito de la prestación.¹⁵

El tiempo en cuanto circunstancia estructural de la relación obligatoria, está considerado con referencia a esta tomada como unidad, y se le denomina "tiempo de la relación obligatoria" o "tiempo de la obligación".¹⁶

La doctrina clásica se ha referido normalmente a los contratos¹⁷ al tratar este tema, así se habla de contratos de cumplimiento o ejecución instantánea y de contratos de duración. Algunos autores¹⁸ hacen referencia, no al contrato, sino a la relación obligatoria, otros¹⁹, en cambio, se refieren a la prestación.

Concordamos con De la Puente y Lavalle cuando señala que: "(...) la ejecución es algo inherente a la prestación en la que la obligación consiste y no al contrato (...)"; así que en realidad es la prestación la que se ejecuta en forma instantánea o duradera, pero como objeto de la relación obligatoria, transmite esta característica a esta, lo que implica la perdurabilidad de la relación obligatoria en el tiempo.

Son pues prestaciones instantáneas, o mejor dicho, relaciones obligatorias con prestaciones de ejecución instantáneas o de realización única aquellas cuya ejecución se realiza en un solo acto (verbigracia: la entrega de un bien) que puede ser inmediato a la celebración del contrato o diferido.

Son relaciones obligatorias con prestaciones de ejecución duraderas aquellas cuya ejecución comprende actos periódicos o continuos en el tiempo, en palabras de Messineo, son aquellas en que: "el dilatarse del cumplimiento por cierta duración es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes sino que es querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración".²⁰

Las prestaciones de ejecución duradera se subdividen en prestaciones de ejecución continuada, donde la prestación es única pero se prolonga en el tiempo sin interrupciones (verbigracia: suministro de energía) o de ejecución periódica, donde existen varias prestaciones que se distribuyen en el tiempo (verbigracia: pago de la renta en el contrato de arrendamiento).

Un mismo contrato puede crear relaciones obligatorias que contengan prestaciones de diverso tipo; así, el contrato de arrendamiento da lugar a la relación obligatoria de arrendamiento,

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, *El Pago Anticipado*, En: *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1980, p. 159-160.

¹⁵ En cuanto a este aspecto, el tiempo constituye un requisito de la prestación, llamado "término de cumplimiento" o "término de la prestación", y contempla el momento en que la prestación debe cumplirse.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, *El Pago Anticipado*, Ob. Cit., p. 159-160.

¹⁷ Para ver los autores que asumen esta posición consultar BARCHI VELAUCHAGA, Luciano, *La Constitución en Base del Deber en las Relaciones Obligatorias Contractuales: Un enfoque desde el aspecto temporal*, Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho por la Universidad de Lima, Lima, 1989, p. 93.

¹⁸ Para ver los autores que asumen esta posición consultar Luz, Cit.

¹⁹ Para ver los autores que asumen esta posición consultar Luz, Cit.

²⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios del Contrato Privado*, Tomo I, Lima: Cultural Cuzco, 1983, p. 102.

²¹ MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 370-379.

constituida por una prestación de ejecución continuada (verbigracia: mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien arrendado) y por una prestación de ejecución periódica (verbigracia: el pago de la renta).

Como bien señala Saraceni: "Convendrá distinguir según que el contrato de duración sea a tiempo indeterminado, o bien a tiempo determinado, no sin recordar: que algunos contratos, como la locación y los pactos de no concurrencia, no pueden ser sino a tiempo determinado; que otros contratos, como el suministro y el de trabajo subordinado, pueden ser a tiempo indeterminado como a tiempo determinado; que en el ámbito de este segundo grupo algunos contratos, como el suministro, son normalmente a tiempo determinado (a menudo con cláusula de tácita renovación) y otros, como el de trabajo subordinado, son normalmente a tiempo indeterminado; en fin, que no existe ningún contrato el cual deba ser necesariamente a tiempo indeterminado".²⁴

En efecto, las prestaciones de ejecución duradera pueden ser "a tiempo determinado" o "a tiempo indeterminado". Serán de ejecución duradera a tiempo determinado aquellas en las cuales la ejecución de la prestación tiene una duración definida prevista por las partes. Serán de ejecución duradera a tiempo indeterminado cuando las partes no han previsto el final de la ejecución por lo que esta es indefinida, no obstante, esto no debe entenderse en el sentido, verdaderamente aberrante, de una prestación de ejecución perpetua, es decir sin límite temporal.²⁵

En el contrato de duración a tiempo indeterminado las partes pueden desvincularse en cualquier momento sin expresión de causa; en otras palabras las partes gozan de una facultad de "resolución unilateral", "desistimiento unilateral" o lo que los italianos llaman "recesso"²⁶ (receso). De acuerdo con el artículo 1365 del Código Civil para ponerle fin a un contrato de duración a tiempo indeterminado, se requiere, simplemente, un aviso con una anticipación de treinta (30) días. Se trata de un receso inmotivado y gratuito.

En el contrato de duración a tiempo determinado las partes no pueden, en principio, desvincularse unilateralmente antes del vencimiento del plazo acordado. La única forma de desvincularse de la relación contractual es de manera motivada, por ejemplo, por el incumplimiento de la contraparte (resolución por incumplimiento).

Al respecto debemos tener en cuenta que la relación contractual, por regla general, no puede ser disuelta por decisión unilateral por una de las partes. En el contrato de duración a tiempo indeterminado el derecho de desistimiento o receso es conferido a ambos contratantes por la ley (derecho legal de receso), como señala Bianca: "el derecho de receso tutela, en cambio, el

²⁴ SARACENI, Eugenio, *Il Termini e le sue funzioni*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 92-93. Al respecto Roppo señala: "En los casos considerados hasta aquí la ley es políticamente neutral respecto al plazo: el contrato puede ser a tiempo determinado o indeterminado (adivi o a tempo). En otros casos es políticamente hostil a la duración indeterminada, y exige un término final (...) Para un solo contrato – el contrato de trabajo – existe, opuestamente, una antigua tradición de hostilidad política al plazo indeterminado, la ley privilegia el contrato de trabajo a tiempo indeterminado, y circunscribiendo a casos limitados y típicos la posibilidad de convertirlo a tiempo determinado (pero la evolución más reciente, valorizando las exigencias de flexibilidad laboral, tiende a atenuar esta vieja hostilidad)" (ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*, Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Gallo e Paolo Zatti, Milano: Giuffrè, 2001, p. 647).

²⁵ Un contrato de esta naturaleza según Roppo sería tal: "por el principio de orden público que respalda las intenciones esenciales de la propia libertad: sólo que la ley le asigne un plazo: o que, por el contrario de la intención, se convierta en contrato a tiempo indeterminado (con facultad de receso)" (ROPPO, Vincenzo, *Op. Cit.*, p. 647).

²⁶ En la doctrina y en la jurisprudencia se usó uniformidad en la terminología empleada, así se habla indistintamente de desiste, renunciar, disolver, rescindir, resolver y revoque (ver al respecto RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, *El Desistimiento Unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1991, p. 33 y ss. En nuestro Código Civil se habla de resolución o resolución unilateral (artículos 1365 y 1386 del Código Civil).

interés objetivo de la parte a la interrupción de la relación contractual y el ejercicio del derecho es remitida exclusivamente a la autónoma decisión del titular (...).²⁷

Para Roppo el "receso legal" es aquel previsto por la ley a favor de una parte o de ambas y puede ser reagrupado en varias categorías: 1) Recesos de liberación; 2) Recesos de autotutela; y, 3) Recesos de arrepentimiento.²⁸

1) **Los Recesos de liberación** - son aquellos atribuidos a las partes para sustraerse a un vínculo contractual que en caso contrario pesaría de manera intolerable sobre su libertad: como sucede, típicamente, con los contratos de duración a tiempo indeterminado. Si las partes de tal contrato no tuvieran la facultad de receso o desistimiento, estarían sujetas a un vínculo que no tendría final, su libertad sería excesivamente comprimida. La misma razón de liberación justifica el receso legal en un contrato de duración a tiempo determinado pero de muy larga duración.

2) **Los Recesos de autotutela** - en algunos casos la ley otorga a las partes la facultad de receso o desistimiento, para consentirles reaccionar contra eventos sobrevinientes²⁹ que amenazan sus intereses contractuales: la liberación del vínculo es el medio con el cual las partes se autotutelan. Los recesos de autotutela a diferencia de aquellos de liberación, no remiten a la mera decisión del titular de la facultad de recesar, sino que son ejercitados solo en presencia de determinados presupuestos, fuera de los cuales será injustificado. Estos recesos no se excluyen de los contratos de duración a tiempo determinado con término final no vencido, así por ejemplo: el artículo 1736 del Código Civil.³⁰

3) **Los Recesos de arrepentimiento** - son aquellos que la ley da a una parte sin vincularlos a algún presupuesto pero solo porque considera oportuno - en una lógica de especial protección de la parte - consentir a esta de cambiar de idea respecto al contrato ya concluido, de arrepentirse y de traducir este arrepentimiento en un acto capaz de liberarla del vínculo contractual ya no grato. Ejemplo: en la adquisición de bienes fuera del local comercial.³¹

En el Código Civil podemos apreciar que, de acuerdo con el artículo 1687, el arrendamiento puede ser a tiempo determinado o indeterminado. Lo mismo ocurre en el caso del suministro conforme el artículo 1613; del comodato de acuerdo al artículo 1737. En materia laboral, si bien el contrato de trabajo es de plazo indeterminado, también están previstos los contratos de plazo determinado.³²

Como podrá apreciarse, la doctrina jurídica en general admite la existencia de contratos de duración y también admite que estos puedan ser "a tiempo determinado" o "a tiempo indeterminado".

²⁷ BIANCA, Massimo, *Derecho Civil. 3.º El Contrato*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 704.

²⁸ ROPOPO, Vincenzo, *Ob. Cit.*, p. 549 y ss.

²⁹ No se incluye el incumplimiento puesto que ello es propio de la resolución por incumplimiento (ver ROPOPO, Vincenzo, *Ob. Cit.*, p. 552).

³⁰ *Artículo 1736* - Si el comodante necesita con urgencia imprevista el bien o acredita que existe peligro de deterioro o pérdida si continúa en poder del comodatario, puede solicitarle su devolución antes de cumplido el plazo o de haber servido para el uso.

³¹ Al respecto puede verse MALINVAUD, Philippe, *El derecho de arrepentimiento y la teoría general de las obligaciones*. En Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle, Lima: Grupo Peruano de la Asociación Henal Capitant, 1995, p. 63 y siguientes.

³² Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR.

³³ Artículo 61 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo 06-94-TCX, artículo 7 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobados por Resolución de Consejo Directorio 136-2003-CDOSIPTEL de fecha 11 de diciembre de 2003, publicada el 19 de diciembre de 2003 y vigente desde el 1 de marzo de 2004.

Para la prestación del servicio público de telefonía, las empresas operadoras están obligadas a suscribir con sus abonados un contrato: "contrato de abonado".³² En virtud del "contrato de abonado" la empresa operadora se obliga a prestar el servicio público de telefonía y el abonado a pagar el "precio" (tarifa) acordado. Ambas prestaciones son de duración: la prestación de la empresa operadora es una de ejecución continuada (disponibilidad del servicio) y la del abonado de ejecución periódica.

Como lo señala Dromi: "El usuario (o cliente o consumidor) se halla unido a la prestadora del servicio por un contrato de prestación de servicio público telefónico. De este modo la relación jurídica que mantiene con la empresa que gestiona el servicio es contractual".³⁴

Estos contratos tendrán, en principio, una duración a tiempo indeterminado, pero es común que se establezca un "plazo forzoso"³⁵; es decir, un período en el cual el abonado no puede ponerle fin sin expresión de causa. Dicho de otra manera, en los contratos de abonado puede establecerse un "término mínimo de duración" que solo una vez superado, el abonado será libre de desvincularse.

Debe tenerse presente que, cuando se habla de plazo indeterminado en los "contratos de abonado" es el abonado quien puede desvincularse en cualquier momento sin expresión de causa ("receso inmotivado"), la empresa operadora no goza de la misma facultad. Esto se debe a que toda persona tiene derecho a acceder a la prestación de los servicios públicos ofrecidos por las empresas operadoras, por tanto, sin la existencia de una causal (ejemplo, falta de pago)³⁶ estas no podrían ponerle fin al contrato.

Adviértase que el "plazo forzoso" o "término mínimo de duración" tiene las mismas características de lo que hemos llamado "plazo determinado"; incluso, se podría decir, desde una perspectiva distinta, que el contrato de abonado con "plazo forzoso" es un contrato de duración a tiempo determinado que a su vencimiento, se convierte en contrato de duración a tiempo indeterminado.³⁷

Con relación al esquema tarifario, recordemos que en el "contrato de abonado" puede haberse establecido un esquema de "tarifas por tramos", en tal sentido, el abonado pagará una "tarifa fija mensual" (o "cargo" fijo como lo llama el Tribunal Constitucional) y una "tarifa variable mensual" de acuerdo al número de llamadas y su duración durante ese mes. Como el lector comprende, este esquema tarifario se presenta en los contratos de abonado, sean estos de duración a tiempo determinado (contratos de abonado con plazo forzoso o con "término mínimo de duración") como de duración a tiempo indeterminado.

³² DROMI Roberto, *Derecho Telefónico*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 59. El mismo autor señala que: "en la relación jurídica contractual que se produce entre los usuarios o clientes y las empresas prestadoras privadas, el régimen jurídico prevalece característico anterior, correspondiendo la aplicación del derecho privado, sin perjuicio de los aspectos de derecho administrativo, y del marco regulatorio especial que rige por nature precisamente de un servicio público".

³³ El Código Civil se refiere a "plazos forzados" en el contrato de arrendamiento. En efecto, el artículo 1691 establece que "El arrendamiento puede ser celebrado por períodos forzados y períodos voluntarios, pudiendo ser ésto a favor de uno o ambas partes". Ver al respecto CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de los Contratos Típicos. Motos Arrendamiento*, En: Biblioteca Pam Lazo el Código Civil, Volumen XIX, Tomo II, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 390.

³⁴ Artículo 26 inciso (b) y artículo 55 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CD/OSIPTEL.

³⁵ Esto es admitido por Roppo cuando señala como variante del contrato a tiempo indeterminado el "prever un plazo (en el caso del cual no se puede recesar), establecido que al vencimiento, en caso de no declarar la intención de desvincularse ("libérrima"), el contrato prosigue a tiempo indeterminado (por tanto con facultad de receso)". ROPPO, Vincenzo, *Ob. Cit.*, p. 646. Así el último párrafo del artículo 10 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CD/OSIPTEL.

2.2 ¿Es vejatoria una cláusula de contratación que establece un "plazo forzoso" y el pago de una "tarifa fija"?

El Tribunal Constitucional considera que: *"la aplicación de una cláusula de contratación que liga a la recurrente a una de las codemandadas por un lapso determinado, y al pago de un "cargo fijo" dadas las circunstancias específicas del caso de autos, resulta palmariamente inconstitucional (...)"*³⁸ (el subrayado es nuestro).

Cabe entonces preguntarse si tratándose de relaciones de consumo y particularmente tratándose de la prestación de servicios públicos resulta "abusivo" o "vejatorio", como parece sugerirlo el Tribunal Constitucional, incluir un "plazo forzoso" o un "término mínimo de duración" para el abonado; en otras palabras establecer un plazo determinado en virtud del cual el abonado no podrá, durante su vigencia, ponerle fin inmotivadamente.

Debemos tener en cuenta que los "contratos de abonado" se celebran por adhesión y en tal sentido resulta de aplicación el artículo 1398 del Código Civil que prohíbe establecer cierto tipo de estipulaciones en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente.

Respecto al artículo 1398 del Código Civil podemos decir que reduce el espacio reservado para la autonomía privada, prohibiendo que se establezcan determinado tipo cláusulas. Esta norma pretende reestablecer el equilibrio entre las partes prohibiendo cláusulas abusivas o vejatorias en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación.

El legislador italiano no habla de "cláusulas abusivas" sino de "cláusulas vejatorias"³⁹ y las define, en el artículo 1469-bis como: *"las cláusulas que, a pesar de la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato"*. Esta definición resalta dos criterios de la "vejatoriedad": el significativo desequilibrio⁴⁰ y la contravención a la buena fe objetiva.

Como señala Roppo: *"la cláusula crea "desequilibrio" cuando modifica, dañando al consumidor, las recíprocas posiciones contractuales de las partes como son definidas por el derecho dispositivo (parámetro del nivel de "equilibrio" de las mismas posiciones). No basta sin embargo cualquier desequilibrio, sino un desequilibrio "significativo" (...)"*⁴¹

³⁸ Cabría preguntarse cuánto son "las circunstancias específicas del caso de autos", pues parecería que, en general, no hay problema para el Tribunal Constitucional al establecer en los "contratos de abonado" un "término mínimo de duración" con esquemas de tarifas por tramos.

³⁹ En 1996 se modificó el Código Civil italiano para dar cumplimiento a la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. De acuerdo con Alpa: *"La expresión "abusiva" es española, extraída por la incorrecta versión del texto italiano de la directiva (...)"* (ALPA, *Cuando. Derecho del Consumidor*, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 222). La Ley alemana de 1976 (Gesetz Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ADBG) sobre las cláusulas contractuales, hoy incorporada a los §§ 305 y 307 del BGB-Reformado, inauguró una nueva técnica legislativa en materia de combate a las cláusulas abusivas. La norma alemana prevé dos listas de cláusulas, una de cláusulas siempre consideradas ineficaces (la llamada lista negra del § 309 del BGB-Reformado, artículo § 11 de AGBG) y la otra, con cláusulas que pueden, a criterio del juez, ser consideradas ineficaces (lista "gris" del § 308 del BGB-Reformado, artículo 10 del AGBG). Para mejorar los casos no previstos expresamente en las listas, trató el § 307 del BGB-Reformado (que incorporó el artículo § 9 de la Ley alemana de 1976) una cláusula general de prohibición de cláusulas contrarias a la buena fe y que causen un desequilibrio exagerado.

⁴⁰ De acuerdo con Alpa: *"El "desequilibrio" presenta dos caracteres: debe ser "significativo", y debe referirse a derechos y obligaciones de las partes, es decir, tener naturaleza "jurídica", no económica"* (ALPA, *Cuando. Ob. Cit.*, p. 225). También se refiere al desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes MARQUES LIMA, *Cuando. Contrato no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, 4ª edición, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

⁴¹ ROPPO, Vincenzo, *Ob. Cit.*, p. 913.

El artículo 1469-ter indica tres criterios para ser aplicados en el juicio de "vejatoriedad":

- 1) Debe tenerse en cuenta la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato;
- 2) Debe tenerse en cuenta las circunstancias existentes al momento de su conclusión; y
- 3) Debe tenerse en cuenta las otras cláusulas del mismo contrato o de otro conexo o del cual depende. Al respecto Roppo señala: *"una cláusula, en sí y por sí fuente de desequilibrio, puede no obstante, ser considerada no vejatoria si resulta equilibrada por otra cláusula del mismo contrato o de otro contrato conexo con aquél bajo juicio, que dispongan significativas ventajas para el consumidor"*.⁴³ En tal sentido las "vejatoriedad" no debe ser observada en una lectura aislada de la cláusula, sino en la lectura de todo el contrato, así una cláusula podría ser abusiva o vejatoria vista aisladamente pero no si es vista sistemáticamente. Así, en el mismo sentido, Claudia Marques Lima en Brasil señala: *"La actividad del intérprete para reconocer una cláusula abusiva es crucial y debe concentrarse en la visión dinámica y total del contrato"*.⁴⁴

El artículo 1469-bis del Código Civil italiano contiene un elenco de "tipos" de cláusulas. Este elenco indica una serie de cláusulas que *"se presumen vejatorias salvo prueba en contrario"*. Son cláusulas que el legislador considera "prima facie" portadoras de un significativo desequilibrio en desmedro del consumidor, y por tanto vejatorias. Se clasifican en dos categorías: cláusulas de desbalance o de desequilibrio⁴⁵ y cláusulas de sorpresa.⁴⁶

Dado que se admite la prueba en contrario, puede demostrarse que la cláusula, la cual se presume vejatoria, en concreto no lo es. Esto califica al elenco del artículo 1469-bis como "lista gris", en contraposición al elenco del artículo 1469-quinquies calificado como "lista negra" que se tiene en la medida que las cláusulas del elenco son calificadas irremediamente vejatorias, sin posibilidad de prueba en contrario. En el modelo de la "lista gris" puede considerarse vejatoria, en base al criterio general, una cláusula ajena al elenco. Esto, sin embargo, en la práctica es poco probable pues la lista es muy exhaustiva.

Una cláusula puede presentar elementos constitutivos de "vejatoriedad" y aún así no ser vejatoria, por la presencia de elementos impositivos de la "vejatoriedad", los cuales según el artículo 1469-ter son dos:

- 1) No son vejatorias las cláusulas que reproducen disposiciones legales; es decir, cláusulas que prevén derechos y obligaciones del consumidor ya directamente atribuidas por la ley,⁴⁷ y
- 2) No son vejatorias las cláusulas o los elementos de cláusulas que hayan sido objeto de negociación individual.

⁴³ ROPPO, Vincenzo, *Ob. Cit.*, p. 914.

⁴⁴ MARQUES LIMA, Claudia, *Ob. Cit.*, p. 149.

⁴⁵ Cláusulas de desequilibrio son aquellas pactos contractuales que determinan en daño al consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas de la regulación contractual. Ejemplo: son aquellas cláusulas que hacen al profesional (contrapuesto al consumidor) árbitro de la formación o permanencia del vínculo contractual, sin la posibilidad de ninguna decisión reactiva, que grava al consumidor (ORICCHIO, Antonio, *Tutela del Consumitore e Servizi Pubblici*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 93).

⁴⁶ Cláusulas de sorpresa son aquellas que toman la ejecución del contrato diferente de manera significativa de aquella que legítimamente el consumidor podía esperar en base a legítimas expectativas. (ORICCHIO, Antonio, *Ob. Cit.*, p. 93).

⁴⁷ En este mismo sentido la Directiva 93/13/CEE: *"Considerando que se impone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...]".*

La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, excluye como cláusulas vejatorias o abusivas aquellas que hayan sido objeto de negociación individual. Esto parte del fundamento que el fin de tutelar al consumidor se da cuando está constreñido a adherirse pasivamente a las cláusulas impuestas por el profesional,⁴⁷ pero si hay tratativas no se justifica la tutela. Corresponde al profesional probar la existencia de negociación.⁴⁸

Al respecto, Oricchio nos dice: "La nueva normativa comprende, (sin exclusión alguna), todos los contratos concluidos entre empresas y consumidores que tienen como objeto la cesión de bienes y el suministro de servicios, cuyas cláusulas no hayan sido objeto de una tratativa entre las partes, sino que hayan sido sustancialmente "impuestas" por las primeras a los segundos".⁴⁹ Alpa señala que: "la tratativa puede consistir en la discusión de los contenidos en general de toda la operación económica, y no necesariamente debe haber llevado a una modificación de la cláusula, se puede considerar realizada la tratativa si resulta que el consumidor haya aceptado cláusulas vejatorias frente a la reducción de la retribución o de otras cargas que, en ausencia de tratativa, habrían sido puestas a su cargo (...)".⁵⁰ En la misma línea Miquel en España señala: "En el Derecho español, no debe perderse de vista que es presupuesto de aplicación de la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones que las estipulaciones no hayan sido negociadas individualmente".⁵¹

Como ya se dijo, el Código Civil peruano regula las cláusulas vejatorias en el artículo 1398, aplicándose dicha norma tanto a los contratos celebrados por adhesión⁵² y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente.⁵³ Si bien es cierto que la norma alcanza a los contratos de consumo,⁵⁴ no necesariamente debemos identificar al adherente con el consumidor ni al predisponente con el proveedor.⁵⁵

De acuerdo con el artículo 1398, se consideran cláusulas vejatorias aquellas que establezcan, a favor del predisponente: 1) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad⁵⁶; 2) facultades de

⁴⁷ La Directiva 93/13/CEE define al profesional como: "toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada". Nuestra Ley de Protección al Consumidor se refiere a "proveedor".

⁴⁸ En este mismo sentido la Directiva 93/13/CEE. Las cláusulas señaladas en el numeral 1, 2 y 10 del elenco no son impugnadas por la negociación conforme al artículo 1459-quinquies puesto que son reputadas particularmente gravosas para el consumidor.

⁴⁹ ORICCHIO, Antonio. Ob. Cit., p. 89.

⁵⁰ ALPA, Guido. Ob. Cit., p. 223.

⁵¹ MIQUEL-GONZÁLEZ, José María. *Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española de 1985*. En: *Separata del curso Derecho de Consumo y Derecho de Contratos*. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander, 2003.

⁵² Ver artículo 1390 del Código Civil.

⁵³ Ver artículo 1392 del Código Civil.

⁵⁴ La Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716, TUO Decreto Supremo 029-2000-ITINCI, no tiene normas específicas relacionadas a las cláusulas vejatorias.

⁵⁵ En el mismo sentido ESPINOSA ESPINOSA, Juan. *Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente*. En: *Estudios sobre el Contrato en General*. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Lima: Ara editores, 2003, p. 346-347.

⁵⁶ De acuerdo con De la Puente y Lavalle: "la norma contenida en el artículo 1398 relativa a la exoneración o limitación de responsabilidad se refiere, sin duda, a la derivada de culpa leve, pues de otra manera tal norma sería absolutamente incesante" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. En: *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, Volumen XI, Primer Parte, Tomo III. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1991, p. 204).

suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo⁵⁵; 3) de prohibir al adherente oponer excepciones; y 4) prorrogar o renovar tácitamente el contrato. Como bien lo advierte Juan Espinoza: "se plantea como un problema el carácter de las cláusulas vejatorias contenidas en el art. 1398, vale decir, si se trata de una disposición de *numerus apertus* o *numerus clausus*"⁵⁶.

Para Manuel de la Puente y Lavalle: "Dado que el artículo 1398 del Código Civil peruano sigue el mismo sistema que el segundo párrafo del artículo 1341 del Código Civil italiano, o sea que hace una enumeración de casos sin proporcionar una regla general, es plausible entender que tal enumeración es limitativa". Más adelante añade: "Además, el citado artículo 1398, al establecer que no son válidas determinadas estipulaciones de los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, constituye una norma de excepción al principio general contenido en el artículo 1354 sobre la libertad de determinar el contenido del contrato. En estas condiciones, como el artículo IV del Título Preliminar de dicho Código dispone que la ley que establece excepciones a restringe derechos no se aplica por analogía, el elenco de cláusulas vejatorias contenido en el artículo 1398, dado su carácter excepcional, no es susceptible de aplicación analógica".⁵⁷ No obstante, luego advierte: "Sin embargo, el hecho de que el citado artículo no sea susceptible de aplicación analógica a cláusulas distintas de las expresadas en él, no excluye su aplicación por interpretación extensiva".⁵⁸

Arias Schreiber señalaba al respecto: "En el artículo 1398 se han tenido en cuenta aquellas situaciones que son, a nuestro entender, las más notorias; pero admitimos la posibilidad de que puedan haber otras análogas y que no han sido consideradas en el texto"⁵⁹.

Para Espinoza Espinoza: "en materia de cláusulas vejatorias predisuestas en contratos por adhesión y en cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, el código civil nos ofrece un elenco ejemplificativo, por cuanto el mismo debe ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución".⁶⁰

En nuestra opinión el artículo 1398 del Código Civil establece una "lista negra", en tal sentido, las cláusulas ahí señaladas se consideran abusivas o vejatorias "per se". No obstante, si aceptamos que dicho elenco no es taxativo y que podrían considerarse otras cláusulas, entonces, creemos que para determinar la "vejatoriedad" de las cláusulas debería tenerse en cuenta los criterios de "vejatoriedad" establecidos en la Directiva 93/13/CEE y recogidos en el artículo 1469-ter del Código Civil italiano.

Tratándose de contratos de consumo y concretamente de contratos de prestación de servicios públicos telefónicos parece claro que dichos contratos deberán ser, en principio, de plazo indeterminado, pues ello permite al usuario poner fin al contrato en cualquier momento si, por ejemplo, alguna otra empresa operadora le ofrece, a su criterio, mejores condiciones.⁶¹ Esta idea

⁵⁵ En este caso la cláusula solo podrá ser considerada abusiva si introduce formas de "receso" o de desistimiento y de resolución diferentes a las consideradas por la ley. Así, por ejemplo, la cláusula resolutoria expreso no tienen carácter abusivo puesto que la facultad resolutoria, como consecuencia del incumplimiento, está prevista en el Código Civil (Ver CINTIGLI, Fabio, *Il Contratto in Generale. Problemi attuali ed orientamenti di giurisprudenza*, Mulino Prato, Milano: Giuffrè, 2002, p. 417-418. En el mismo sentido BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 354-355).

⁵⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Op. Cit.*, p. 540.

⁵⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Op. Cit.*, p. 210.

⁵⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Op. Cit.*, p. 211.

⁵⁹ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos Clodoveo Quiroz, Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez-Caso, *Estudios*, Tomo I, Lima: Librería Sanibon, 1986, p. 152.

⁶⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Op. Cit.*, p. 543.

⁶¹ Artículo 78 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por el Decreto Supremo 013-93-TC.

está recogida en el artículo 9 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CD/OSIPTEL.⁴⁸

No obstante, ¿se puede sostener que establecer un "periodo forzoso" constituye una cláusula vejatoria o abusiva? Creemos que no. No solo porque ello está permitido por las Condiciones de Uso aprobadas por OSIPTEL y, por tanto, tal como lo señala el artículo 1469-ter del Código Civil italiano y la Directiva 93/13/CEE, no son vejatorias las cláusulas que reproducen disposiciones legales, sino, también, porque no se trata de cláusulas impuestas conforme se desprende del último párrafo del artículo 9 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CD/OSIPTEL.⁴⁹

En efecto, como hemos visto la "imposición" es un presupuesto para la aplicación del control de contenido de las cláusulas, de tal manera que ella, la "imposición", no se presenta cuando la empresa operadora ofrece servicios mediante contratos a "plazo forzoso" y también los ofrece sin plazo forzoso y con iguales características a los primeros, estando estos servicios sujetos a condiciones económicas diferentes.

Respecto al "plazo forzoso" y el pago de la tarifa fija durante dicho periodo, el artículo 1398 del Código Civil no la incluye como cláusula vejatoria, "per se", en tal sentido, para analizar la "vejatoriedad" el juez (control judicial de las cláusulas vejatorias) debe tener en cuenta, el criterio sistemático, es decir, una cláusula no puede ser interpretada aisladamente sino en conjunto con las demás. Será necesario, entonces, verificar si el establecimiento del "plazo forzoso" está colocada en un contexto que pueda generar un beneficio al consumidor. Así, por ejemplo, podría ocurrir que la empresa operadora ofrezca al usuario un precio reducido del equipo terminal móvil siempre que este acepte el establecimiento de un "periodo forzoso" o de un "término mínimo de duración". Una cláusula de este tipo permitiría a muchos usuarios acceder al servicio telefónico móvil, de otra manera, el costo del terminal se lo impediría.

En España están sometidas a control de contenido, entre otras, las cláusulas referidas a la duración de un contrato de servicios, por cuanto, se considera que las cláusulas de duración excesivamente prolongada restringen la libre competencia.⁵⁰ Al respecto Miquel señala: "Para estas cláusulas, parece decisivo la búsqueda de un parámetro normativo. En el Derecho alemán los contratos de suministro, servicios y obras se limitan a dos años y su prórroga a un año (§ 11 n 2 AGB-Gesetz)"⁵¹, en tal sentido, se pretende proteger al consumidor de la imposición de una vinculación contractual excesivamente prolongada.

Cláudia Lima Marques ha expresado su preocupación por ciertos contratos que utilizan los métodos de contratación en masa (contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación) para prestar servicios especiales en el mercado, creando relaciones jurídicas complejas de larga duración con una característica determinante: la posición de "dependencia" de los consumidores.⁵²

⁴⁸ "Los contratos de abastecimiento tendrán duración indeterminada, salvo pacto expreso o disposición legal en contrario [...]."

⁴⁹ Último párrafo del artículo 9 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo No. 116-2003-CD/OSIPTEL: "En caso de que la empresa operadora ofrezca servicios mediante contratos a plazo forzoso, también deberá ofrecerlos sin plazo forzoso y con iguales características a los primeros. En este último caso, los contratos podrán estar sujetos a condiciones económicas diferentes".

⁵⁰ STS 28.4.1999 de lo contencioso administrativo. Sala Tercera.

⁵¹ MIQUEL GONZÁLEZ, José María. Ob. Cit.

⁵² MARQUES LIMA, Cláudia. Ob. Cit., p. 79. El término "contratos de larga duración" se debe al argentino Ricardo Lorenzetti. en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho Contractual. Nuevas formas contractuales*, Lima, Palestra, 2001, p. 45 y siguientes.

Las Condiciones de Uso, actualmente vigentes, han establecido un tope máximo para el "período forzoso" de seis meses.⁶⁹ Si bien este plazo máximo tiene la intención de proteger al consumidor evitando las vinculaciones contractuales excesivamente prolongadas y permitiendo, por lo tanto, que pueda ejercer, por ejemplo, su derecho a cambiar de empresa operadora si encuentra mejores condiciones, podría ser un arma de doble filo, puesto que, obviamente, podría poner fuera del alcance de algunas personas el servicio telefónico, en la medida que limita la posibilidad de ofrecer mayor variedad de condiciones (ejemplo, un período forzoso más largo con mayor reducción del costo del equipo terminal móvil).

Adviértase que la legislación nacional ha adoptado tres mecanismos de control: legislativo, administrativo y judicial.⁷⁰ En tal sentido, dado que las Condiciones de Uso aprobadas por OSIPTEL admiten la posibilidad de establecer "períodos forzosos" en los "contratos de abonados" del servicio telefónico, podríamos considerar que la autoridad administrativa determinó, de manera "ex ante" a la celebración del contrato, que la cláusula no es abusiva. No obstante, parece que deberá admitirse⁷¹ que sobre el control administrativo pueda darse un control judicial, de tal manera que a través de un control "ex post" a la celebración del contrato, el juez determine, utilizando los criterios de "vejatoriedad" antes señalados, que una cláusula considerada no abusiva por la autoridad administrativa sí lo es para la autoridad judicial.

Coincidimos con Bullard cuando señala que el control heterónimo de la "vejatoriedad" no es siempre el más adecuado: *"el control del contenido mismo de las cláusulas es un tema complejo pues implica decidir sobre intereses particulares que no necesariamente son manejados o entendidos por los terceros que tienen que tomar decisiones"*.⁷² En realidad, más adecuado es el mecanismo de control dirigido a establecer un adecuado proceso de la información al consumidor *"bajo estos sistemas no interesa tanto el propio contenido de las cláusulas, como la posibilidad de que éstas sean conocibles por los consumidores"*.⁷³

2.3 La dimensión negativa de la libertad contractual

Podría ser que el Tribunal Constitucional, en realidad, no considera "per se" abusivo incluir un "plazo forzoso", sino cuando se restringe *"el ejercicio de la dimensión negativa de la libertad contractual, esto es, desvincularse del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro contratante"*.

La dimensión negativa de la libertad contractual, se refiere fundamentalmente a la libertad de contratar, la cual comprende una dimensión positiva y negativa, es decir la libertad de contratar

⁶⁹ El artículo 10 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CD/OSIPTEL: *"La empresa operadora podrá celebrar contratos para la prestación del servicio sujetos a plazo forzoso, siempre que éstos no excedan de un plazo máximo de seis (6) meses (...)".* Respecto al caso concreto, al momento en que ocurren los hechos las Condiciones de Uso Vigentes (Resolución de Consejo Directivo 001-2000-CD/OSIPTEL) no establecían un tope máximo. No obstante, cuando el caso de la señora Torres llega a OSIPTEL, ya habían transcurrido más de tres meses de la suscripción del contrato, por lo que parecería exagerado afirmar que el "plazo forzoso" era "excesivamente prolongado."

⁷⁰ Ver al respecto BULLARD GONZÁLES, Alfredo, *¿Firma primero, lee después! La Contratación masiva y la defensa del consumidor*. En: *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1995, p. 39 y ss.

⁷¹ Aunque reconociendo que la posibilidad de cometer errores es mayor por la falta de especialización.

⁷² BULLARD GONZÁLES, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 38.

⁷³ BULLARD GONZÁLES, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 39. Así es el caso de los contratos de abonado con período forzoso el artículo 10 de las Condiciones de Uso las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CD/OSIPTEL señala: *"(...) Estos contratos solo podrán celebrarse por escrito, debiendo ser claros y precisos, de modo tal que resulten fácilmente legibles y comprensibles para el abonado (...)"*

o de no hacerlo. Un aspecto diferente es el relativo a la facultad de desvincularse del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro contratante.

Como hemos señalado, en el caso de los contratos de duración a tiempo determinado solo sería posible ponerles fin por causal expresamente admitida por la ley, así, por ejemplo, a través de la resolución por incumplimiento.

El fundamento de la resolución por incumplimiento es objeto de un amplio debate en la doctrina. Puede reconocerse en la resolución por incumplimiento una sanción, es decir una medida dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la violación de una norma primaria,⁷⁶ no obstante, la resolución también puede ser vista como un medio dirigido a tutelar el interés privado del contratante no incumpliente, permitiéndole liberarse de una obligación que encontraba su razón en la contraprestación a la que el otro contratante se había obligado.⁷⁷

Se discute también en la doctrina civilista la posibilidad que la autonomía privada excluya la resolución; es decir de insertar una cláusula de "irresolubilidad".

Para María Cristina Diener: "no hay duda que una cláusula tal sería nula en caso de incumplimiento debido a dolo o culpa grave, por la prohibición establecida por el artículo 1229, 1er. párrafo, pero es nula también en la hipótesis de incumplimiento no culpable".⁷⁸ Lo señalado por Diener respecto al caso del incumplimiento no culpable puede, sin embargo, ser discutido, en la medida que, como ella misma reconoce: "es preferible la teoría, hoy prevaliente en doctrina, según la cual la resolución por incumplimiento representa un remedio objetivo por la falta actuación de la obligación, independientemente de las razones que lo hubieran determinadas; independientemente por tanto, de la imputabilidad, a título de dolo o de culpa, del comportamiento del contratante incumpliente".⁷⁹

Sacco al respecto señala: "La resolución está prevista para el interés privado del contratante. Pero de ninguna manera es claro si el pacto pueda excluirla. Una venta con cláusula de "irresolubilidad" no sería propiamente inmorale, y no chocaría contra una prohibición legal expresa. Pero habría un carácter ambiguo, que amerita subrayar". Resulta claro que para el autor italiano es de interés del contratante no incumpliente tener la facultad de liberarse del vínculo contractual y en particular de las obligaciones asumidas por él y más adelante el autor italiano añade: "Sin la pretensión de agotar el problema, podemos decir que existen por lo menos graves dudas en orden a la validez de una cláusula de irresolubilidad".⁸⁰

Roppo también se pregunta si a la autonomía privada se le consiente excluir el remedio resolutorio. Para él, el problema se presenta con las renunciaciones o exclusiones preventivas, puesto que considera perfectamente posible que una vez presentado el incumplimiento, el contratante incumpliente renuncie (ejemplo, se produce el incumplimiento y el contratante no incumpliente no opta por el remedio de la resolución sino por el de la pretensión de cumplimiento conforme

⁷⁶ Ver al respecto PISCIOTTA, Giuseppina, *La risoluzione per inadempimento*, Il Diritto Privato Oggi, serie a cura di Paolo Candia, Milano, Giuffrè, 2000, p. 16 y ss.; BASINI, Giovanni Francesco, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempimento*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 138 y ss.

⁷⁷ En este sentido ver BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, 5 La Responsabilità*, Milano: Giuffrè, 1994, p. 261.

⁷⁸ DIENER, María Cristina, *Il Contratto Generale*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 797. El artículo citado por la autora italiana corresponde al Código Civil italiano, el cual es coincidente con el artículo 1328 del Código Civil peruano.

⁷⁹ DIENER, María Cristina, *Op. Cit.*, p. 796.

⁸⁰ SACCO, Rodolfo e Giorgio di Nova, *Il Contratto*, Tomo secondo, Torino: UTET, 1996, p. 588. Ver también SAUCCI, Rodolfo, *La risoluzione per inadempimento*, En: *Estudios sobre el Contrato en General. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*, Lissac: Ars Edizioni, 2003, p. 886-887.

a lo señalado por el artículo 1428 del Código Civil). Respecto a la renuncia preventiva, en cambio, considera que: "es lícito dudar de la incondicionada admisibilidad de estos pactos".⁷⁹

En nuestro país, Forno señala que: "En nuestra opinión, la institución de la resolución por incumplimiento no es de orden público y por lo tanto no vemos inconveniente en admitir tal renuncia no solo en momento posterior al incumplimiento sino incluso contemporáneamente a la perfección del contrato",⁸⁰ en el mismo sentido De la Puente y Lavalle señala: "(...) no se encuentra razón de peso alguna para que las partes no puedan renunciar a esa protección o a los efectos de la simetría mediante la correlativa renuncia a la acción judicial de resolución".⁸¹

Así, si en el contrato de Primus y Secundus, se acuerda que Primus no pueda en ningún caso pretender la resolución por el incumplimiento de Secundus, Primus se vincula a cumplir su propia prestación aún si no recibirá la prestación de Secundus.⁸² El único remedio del cual podrá hacer uso Primus es el de la pretensión de cumplimiento. Esto es admitido en el artículo 1562 del Código Civil, el cual dispone que: "Las partes pueden convenir que el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si el comprador hubiere pagado determinado parte del precio, en cuyo caso el vendedor solo podrá optar por exigir el pago del saldo".⁸³

En el caso de los "contratos de abonado" con "plazo forzoso" ninguna de las partes, durante la vigencia del plazo, puede resolver el contrato unilateralmente sin expresión de causa (no hay facultad de recesso unilateral), salvo por los supuestos previstos en el artículo 57 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CD/OSIPTTEL. De acuerdo con lo señalado en dicho artículo, en caso de "contratos de abonado" con "plazo forzoso", el abonado podrá resolver unilateralmente el contrato, entre otras causas: "por problemas de calidad que afecten directamente al abonado, siempre que dichos problemas puedan ser individualizados y hayan sido documentalmente declarados por las instancias competentes de la propia empresa operadora o por OSIPTTEL".

La Resolución de Consejo Directivo 044-2002-CD/OSIPTTEL define a los problemas de calidad e idoneidad en la prestación del servicio, como aquellos problemas derivados de una inadecuado funcionamiento de la red, que genera insatisfacción del usuario, tales como la comunicación imperceptible, el ruido y la interferencia en la línea, la imposibilidad de hacerse escuchar y el servicio intermitente. Del mismo modo, se consideran como problemas de calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones los que surgen como consecuencia de la prestación misma del servicio o del incumplimiento de informar verazmente a los usuarios sobre el servicio o sobre el estado de los reportes y reclamos que hubieran formulado.

Como puede apreciarse, el abonado sí puede resolver el contrato (de abonado) por problemas de calidad e idoneidad en la prestación del servicio.

3. La venta de los equipos terminales y los servicios públicos de telecomunicaciones

Ahora bien, si la señora Torres reclamó desde el inicio la devolución de su dinero dado que el equipo terminal estaba malogrado por qué no se atendió este reclamo. Veamos la razón.

⁷⁹ ROPIO, Vincenzo, Ob. Cit., p. 944.

⁸⁰ FORNO, Hugo, *Resolución por incumplimiento*, En: Temas de Derecho Contractual, Lims, Cultural Cuzco, 1987, p. 113.

⁸¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, Ob. Cit., Volumen XV, Segunda Parte, tomo IV, p. 353.

⁸² Roppo considera que una obligación de prestar sujeta a (conexa de) contraprestación en cambio está en vicio con la falta de causa, por tanto de la nulidad (ROPIO, Vincenzo, Ob. Cit., p. 945).

⁸³ El artículo 1562 del Código Civil fue modificado por la Ley 27420. El texto original señalaba: "En el caso del artículo 1561, el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si se ha pagado más del cincuenta por ciento del precio. Es nulo tal pacto en contrario".

Si usted amigo lector llega a su casa una noche dispuesto a ver su programa preferido en el canal de cable y, una vez instalado constata que su televisor, recién comprado, no enciende por lo que se pierde su programa favorito ¿dónde reclama por el televisor malogrado? ¿A la empresa operadora del canal de cable o a la tienda donde compró su televisor? O usted amigo lector llega a su oficina dispuesto a ingresar a INTERNET para obtener la información que requiere para presentar el informe solicitado por su jefe para ese mismo día y descubre que la computadora no enciende ¿reclama a la empresa que le proporciona el acceso a INTERNET o al vendedor de la computadora? Por último, llega a casa de noche y no enciende la luz de su dormitorio porque el foco que acaba de comprar no funciona ¿dónde reclama? ¿a la empresa distribuidora de electricidad?

Estos ejemplos nos permiten diferenciar la prestación del servicio público de la transacción comercial de productos, que si bien constituyen elementos esenciales para el disfrute de la prestación del servicio público, su provisión no califica como tal. En tal sentido, OSIPTEL solo es competente para ver cuestiones relativas al servicio público de telecomunicaciones y, la venta de equipos terminales, siendo una relación de consumo, no constituye una actividad propia del servicio de telecomunicaciones. Por tanto, si lo que no funciona es el equipo terminal entonces OSIPTEL no es la entidad competente para conocer el reclamo.

Claro, nuestro amigo lector se dirá, con toda razón, que si las empresas de cable venden televisores, ni las empresas de acceso a INTERNET venden computadoras, ni mucho menos las empresas distribuidoras de electricidad venden focos, en cambio, las empresas que prestan el servicio público de telefonía móvil si venden los equipos terminales.

Veamos. Los abonados, al celebrar el "contrato de abonado", pueden optar por la adquisición, a la empresa operadora o a un tercero, de equipos terminales, siempre que tales terminales se encuentren debidamente homologados.⁴⁴ Del mismo modo, la empresa operadora deberá aceptar los equipos terminales que sean compatibles con sus sistemas y que se encuentren debidamente homologados. En tal sentido, en principio, la compra del terminal es una operación distinta al contrato de abonado e, incluso, podría ocurrir que el equipo terminal no sea adquirido de la empresa operadora que nos presta el servicio.

Pero lo cierto es que, en la mayoría de los casos, la empresa operadora que nos presta el servicio es la que nos vende el equipo terminal. Debe quedar claro, sin embargo, que esta venta no puede condicionar la prestación del servicio (prohibición de ventas atadas).⁴⁵ Pero es una práctica comercial permitida que las empresas operadoras ofrezcan planes tarifarios, ofertas o promociones, en los cuales se incluye la venta del equipo terminal.⁴⁶ En este caso las facilidades para la adquisición de los equipos terminales llevan a las personas a realizar lo que se presenta como una única transacción, aunque, en realidad son dos los contratos que celebra dicha persona: el contrato de compraventa y el "contrato de abonado".

¿Se trata de contratos conexos? Entendemos que sí. De acuerdo con López Frías: "se está ante el fenómeno de la conexión contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón a su propia naturaleza o de la finalidad

⁴⁴ Artículo 16 del TLO de la Ley de Telecomunicaciones. Asimismo, el artículo 16 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CID/OSIPTEL.

⁴⁵ Ver artículo 17 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CID/OSIPTEL.

⁴⁶ Artículo 16 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CID/OSIPTEL.

global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante”,⁴⁷ en síntesis, la finalidad global o la finalidad económica perseguida por las partes se alcanza a través de la celebración de más de un contrato.⁴⁸

Así, cuando la empresa operadora, al ofrecer planes tarifarios, ofertas o promociones, incluye la venta del equipo terminal a precios reducidos siempre que al suscribir el “contrato de abonado” se establezca una “término mínimo de duración” (plazo determinado o forzoso), podemos apreciar que la finalidad económica perseguida por las partes se alcanza mediante la celebración de dos contratos: la compraventa del equipo terminal y el “contrato de abonado”.

En el caso de los “contratos de abonados” con “término mínimo de duración” y con esquema de “tarifas por tramos” el abonado pagará mensualmente la “tarifa fija” por tener a disposición el servicio, independientemente si hace llamadas o no. En tal sentido, no deberá pagarse la “tarifa fija mensual” proporcionalmente por el tiempo que, por causas imputables a la empresa operadora, el servicio no está a disposición del abonado. Cuando la empresa operadora ofrezca planes tarifarios, ofertas o promociones que incluyen la venta del equipo terminal siempre que al suscribir el “contrato de abonado” se establezca un “término mínimo de duración”, teniendo en cuenta la vinculación funcional entre el contrato de compraventa del equipo terminal y el “contrato de abonado”, la empresa operadora deberá deducir proporcionalmente de la tarifa fija mensual por el tiempo en que el abonado no ha tenido a su disposición el equipo terminal cuando este presenta defectos no imputables al abonado.⁴⁹

Ahora bien, recordemos qué decía la señora Torres en sus reclamos:

- 1) En la carta de fecha 25 de febrero de 2002 señala:

“La única que quiero señor Gerente, es que me devuelva mi dinero la suma de 236 soles, porque yo no tengo porque pagar por un celular que está en problemas, no lo tengo en mi poder, no estoy haciendo uso de ella para nada” (sic) .

- 2) En la carta de fecha 01 de abril de 2002, dirigida a Supervisión Atención Especial de Telefónica Móviles SAC:

“Me cabe informarles señores representante de TELEFÓNICA MÓVILES SAC que (sic) los recibos que están llegando no serán cancelados por mí (sic) persona espero ser clara al respecto, porque este celular Movistar no se encuentra en mi poder desde el mes que fue comprado y devuelto en su oportunidad-mes de Diciembre, (...) Ya hoy sé bien clara con la señora desde un comienzo que no quiero ningún celular malogrado ni reparado, sólo quiero que me devuelva mi dinero y nada más” (sic) (el subrayado es nuestro).

⁴⁷ FRÍAS LÓPEZ, Ana. *Los Contratos Conexos. Estudio de supuestos conexos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994, p. 173.

⁴⁸ Al respecto Lorenzetti señala: “... aparece la celebración sucesiva de contratos que dan lugar a unidades de contratos en las que los objetivos económicos no se alcanzan mediante un contrato, sino de varios utilizados estratégicamente en función de un negocio o en red que forman sistemas, presentándose la necesidad de un concepto de “finalidad económica supracontractual” (LORENZETTI, Ricardo Luis, Ob. Cit., p. 23). En el mismo sentido, Rómulo Morales nos dice: “Los contratos conexos constituyen un conjunto de contratos con causa conexa autónoma que cumplen una operación económica unitaria o un resultado económico único” (MORALES HERVÍAS, Rómulo, *Contribución a la teoría de los contratos conexos*, Derecho & Sociedad, Año XIII, No. 19, 2002, p. 119).

⁴⁹ En tal caso, por razón de la “conexidad” sería aplicable el artículo 35 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 116-2003-CID/OSIPTEL.

Puede apreciarse que la señora Torres señala que el equipo terminal adquirido a la empresa operadora no funciona ¿es competente OSIPTEL para resolver los reclamos vinculados a defectos del equipo terminal?

De acuerdo con lo establecido por la Ley de Telecomunicaciones y el Reglamento General del OSIPTEL,⁹⁸ este tiene entre sus funciones la solución de los reclamos de usuarios únicamente respecto al servicio público de telecomunicaciones.

Para mayor abundamiento, la Resolución No. 0008-2001/TDC-INDECOPI lo ha ratificado. La Resolución señala:

"Teniendo en cuenta que en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones existe un órgano administrativo con competencia expresa para conocer y resolver sobre conflictos entre particulares, incluso cuando dichos conflictos estén relacionados con la infracción a las normas del Decreto Legislativo N° 716, debe entenderse que ni la Comisión ni esta Sala en segunda serán competentes para emitir pronunciamiento.

Ella, porque de la normativa citada en el apartado III.1 de la presente resolución se desprende que el OSIPTEL tiene como una de sus funciones, la de solucionar y resolver reclamos que se presenten entre los usuarios y los operadores o proveedores de los servicios públicos de telecomunicaciones, incluso cuando dichos reclamos estén relacionados con las materias contenidas en el Decreto Legislativo N° 716.

En efecto, de las normas antes reseñadas, se concluye que el OSIPTEL tiene competencia para conocer de las siguientes controversias:

- (i) aquellas relacionadas con la calidad del servicio (entendiendo como "calidad del servicio" los defectos de carácter técnico en la prestación del servicio reclamado, tales como comunicación imperceptible, ruido en la línea o servicio intermitente);*
- (ii) aquellas relacionadas con la facturación y cobro del servicio de telefonía (esto es, reclamos por montos "inflados", llamadas no efectuadas, entrega tardía de recibos o cobros indebidos);*
- (iii) aquellas relacionadas con la instalación del servicio (por ejemplo, que el equipo telefónico no esté en óptimas condiciones); y,*
- (iv) otras que señale expresamente el Consejo Directivo del OSIPTEL.*

La interpretación sistemática del artículo 40 del Decreto Legislativo N° 716 con la normativa de competencia del OSIPTEL, permite concluir que la Comisión será competente para conocer las denuncias que surjan por incumplimientos derivados de una relación de consumo en materia de telecomunicaciones, excepto en aquellos casos en los que los hechos materia de denuncia se originen en alguno de los supuestos enumerados en el párrafo anterior, los mismos que serán de competencia exclusiva del OSIPTEL, a través del procedimiento que dicho organismo haya establecido para tal fin. Lo contrario implicaría aceptar que existen dos vías a las cuales un usuario podría recurrir para reclamar exactamente el mismo asunto" (el subrayado es nuestro).

Del texto transcrito se desprende que no es OSIPTEL sino la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

⁹⁸ Aprobado mediante Decreto Supremo 008-2001-PCM. "Artículo 20.- El OSIPTEL ejerce las funciones previstas en el presente Reglamento sobre las actividades que involucran la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones (...)."

(INDECOPI) la competente para conocer las denuncias que surjan por incumplimientos derivados de una relación de consumo en materia de telecomunicaciones que no sean:

- 1) aquéllas relacionadas con la calidad del servicio, conforme se define en la Resolución del Consejo Directivo 044-2002-CD/OSIPTEL;
- 2) aquéllas relacionadas con la facturación y cobro del servicio de telefonía;⁹¹
- 3) aquéllas relacionadas con la instalación o activación del servicio: incumplimiento de la empresa operadora de la instalación o activación del servicio a la que se hubiere comprometido al momento de la contratación o cuando la empresa operadora estableciera un plazo mayor al permitido por la normatividad vigente para proceder a dicha instalación o activación. Incluye también el incumplimiento de la empresa operadora en activar o desactivar servicios suplementarios o adicionales que hubieren sido solicitados por el usuario;⁹² y,
- 4) otras que señale expresamente el Consejo Directivo del OSIPTEL.

En tal sentido, las denuncias que surjan por la venta de un equipo terminal defectuoso son de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor y no de OSIPTEL. Asimismo, deberíamos tener en cuenta el artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor: "*Los consumidores tendrán derecho a la reparación gratuita del producto; y, cuando ello no sea posible, a su reposición; o, de no ser ello posible, a la devolución de la cantidad pagada, en los casos siguientes: IV) Cuando el producto se hubiese adquirido con determinada garantía y dentro de la vigencia de la misma, se pusiera de manifiesto la deficiencia de la cualidad o propiedad garantizada; V) Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado; y, VI) Cuando el producto o servicio no se adecue a los términos de la oferta, promoción o publicidad*".

Adviértase que en tales casos los consumidores tienen derecho, en primer lugar, a la reparación gratuita del producto; si ello no fuera posible, y solo así, a la reposición y, en tercer lugar, si la reparación y la reposición no fueran posibles y solo así, tienen derecho a la devolución de la cantidad pagada.⁹³ En este sentido se ha dicho que tanto la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI: "*han ordenado una serie de medidas correctivas aplicando la proclama establecida en el artículo 31, inclusive contra el deseo de consumidores que, en determinados casos, expresamente manifestaron preferir la segunda o tercera opción*".⁹⁴

4. Conclusiones respecto a la segunda imputación

Esta segunda imputación es oscura pues el Tribunal Constitucional no precisa, con exactitud, en qué consiste la violación del deber de protección "*de la dimensión negativa de la libertad contractual de la recurrente*", lo que obliga a especular.

⁹¹ OSIPTEL sí tiene competencia cuando se trata de montos facturados e indebidamente cobrados por los conceptos denominados "equipo terminal", al respecto ver Resolución del Consejo Directivo No. 030-2002-CD/OSIPTEL de fecha 29 de junio de 2002.

⁹² Texto del artículo 18 de la Resolución del Consejo Directivo No. 015-99-CO/OSIPTEL modificada por la Resolución del Consejo Directivo 044-2002-CD/OSIPTEL.

⁹³ En este caso, tratándose de contratos conexos entendemos que la reposición de lo comprado deja sin efecto el contrato de abonado. En tal sentido Pizarro López señala comentando la doctrina italiana: "*Esiste "collegamento contrattuale" cuando las partes, con el fin de alcanzar un determinado resultado económico, concluyen dos o más contratos distintos que prescriben entre sí un nexo jurídico; tal nexo se manifiesta en la posible reciprocidad funcional o recíproca de las vicisitudes que afectan a cada uno de los contratos celebrados sobre los demás*" (FRÍAS LÓPEZ, Ana, Ob. Cit., p. 29).

⁹⁴ CANALES MAYORGA, Claudia, *Comentarios al artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor*. En: *Ley de Protección al Consumidor* Al cuidado de Juan Espinosa Espinoza. Lima: Rodhas, 2004, p. 275.

Si el Tribunal considera que esa violación se da por permitir que la señora Torres suscriba un "contrato de abonado"³⁹ con "término mínimo de duración", ello resulta siendo absurdo.

Si el Tribunal considera que esa violación se da por permitir que la señora Torres suscriba un "contrato de abonado" con "término mínimo de duración", lo cual le impediría desvincularse en caso de incumplimiento de la empresa operadora, ello resulta siendo falso, puesto que conforme el artículo 44 de las Condiciones de Uso y Cláusulas Generales de Contratación para prestación de los Servicios Públicos Móviles aprobadas por Resolución de Consejo Directivo 002-2000-CD/OSIPTEL, vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos, se establecen las causales que permiten al abonado resolver unilateralmente el contrato por problemas de calidad que afecten directamente al abonado.

Si el Tribunal considera que esa violación se da por no haber resuelto el "contrato de abonado" con "término mínimo de duración" al ser ello requerido por la señora Torres ante la compra de un equipo terminal móvil defectuoso, resulta siendo incorrecto puesto que, de acuerdo a la normativa vigente, OSIPTEL no es competente.

Por último, podrá advertir el lector que los numerales IV), V) y VI) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor podrían ser aplicables al caso de la señora Torres. En tal sentido, aún si la denuncia de la señora Torres hubiera llegado a la Comisión de Protección al Consumidor, difícilmente hubiese sido declarada fundada⁴⁰ puesto que la empresa operadora que vendió el equipo terminal defectuoso procedió, conforme lo establece el artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor, a la reparación gratuita del producto.

IV. CONCLUSIONES FINALES RESPECTO AL "EJEMPLAR" FALLO

Este fallo ha sido calificado como ejemplar.⁴¹ Si tenemos en cuenta que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define "ejemplar" a lo "que da buen ejemplo y, como tal, es digno de ser propuesto como modelo", entonces no creo que este fallo es buen ejemplo aunque sí creo que el fallo es digno de ser propuesto como modelo de lo que no debe hacer nadie que administre justicia.

Lo que sí resulta poco menos que sorprendente es que se diga que "lo interesante del caso es que el tribunal ha impartido justicia corrigiendo la decisión del organismo regulador". Si así se imparte justicia en el Perú entonces debemos preocuparnos, si alguien se felicita de ello, resulta mucho más preocupante.

Parecería que para el autor del calificativo con el fin de proteger al consumidor y, de paso educar a los organismos reguladores, se justifica la utilización de cualquier medio, incluso, cometer este tipo de desaciertos. Otra posibilidad, no menos preocupante, es que no se haya tomado la molestia de revisar el expediente administrativo.

³⁹ Si bien en el expediente aparece un contrato de abonado, cabe advertir que la señora Torres niega haber suscrito dicho contrato.

⁴⁰ Existen resoluciones contradictorias en INDECOPI, así Expediente No. 349-2001-CPC, resuelto en segunda instancia mediante la Resolución No. 0009-2003/TDC-INDECOPI, Expediente No. 627-2001-CPC, resuelto en segunda instancia mediante Resolución No. 0277-2003/TDC-INDECOPI. Ver CANALES MAYORGA, Claudia. Ob. Cit. p. 276 y ss.

⁴¹ Ver al respecto *Un fallo ejemplar. Educando a los Organismos Reguladores*, publicado en El Comercio con fecha 13 de abril de 2004.