

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**APLICACIÓN DE LOS SUPUESTOS TEÓRICOS DE LA TEORÍA DE
LA AGENCIA PARA LA DISMINUCIÓN DE LOS RECLAMOS EN EL
SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD Y LA OPTIMIZACIÓN DE SUS
RESULTADOS**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN
REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

AUTOR

DIEGO ALONSO CASTRO JURADO

ASESOR:

HEBERT EDUARDO TASSANO VELAOCHAGA

Mayo, 2018

A mi esposa Pamela por todo su amor, cariño y comprensión

A mis padres y hermanas por ayudarme y apoyarme

Han sido fundamentales en todo lo que soy, los amo



RESUMEN

La presente tesis tiene como finalidad resaltar la importancia de los reclamos dentro del diseño regulatorio que se recoge en el marco normativo vigente de la actividad de distribución eléctrica, con la finalidad de que, se advierta la necesidad del regulador de conseguir que la cantidad de reclamos registrados no sea excesiva, y que aquellos reclamos que efectivamente son presentados se resuelvan de acuerdo a dicho diseño en la primera instancia, sin que sea necesario que tengan que llegar a una segunda, a cargo del regulador, para que logren ser resueltos correctamente. Para conseguir dichos objetivos es necesario que el regulador aplique los supuestos teóricos de la teoría de los incentivos, referidos específicamente a los problemas de agencia relacionados con situaciones de riesgo moral.



ABSTRACT

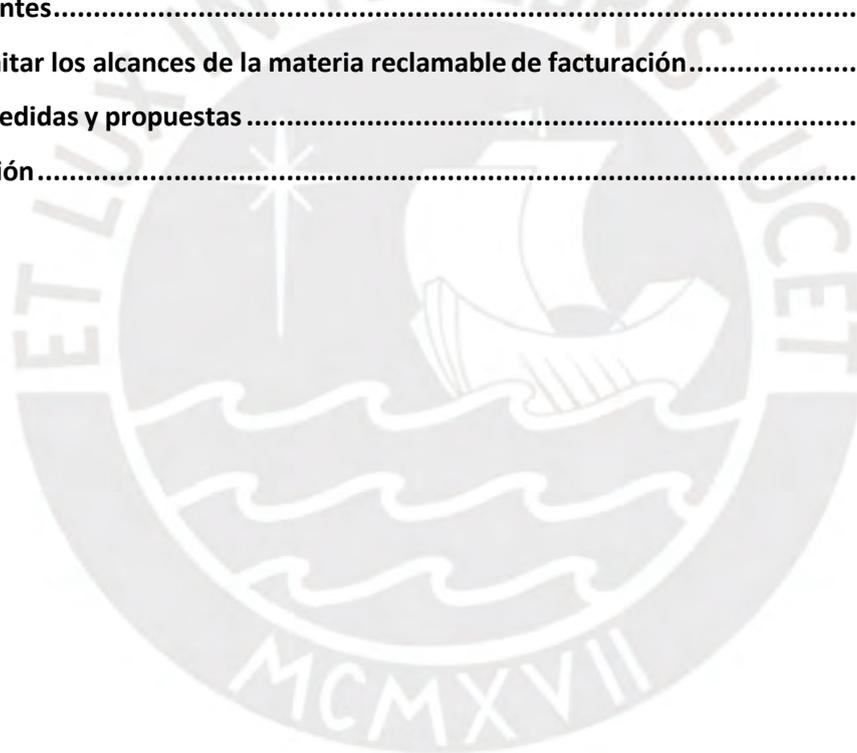
The purpose of the following pages is to highlight the importance of claim procedures within the current regulatory framework dictated by the existing legal provisions regarding electricity distribution activities. In this regard, the main goal of our thesis is to create awareness over the need to achieve that the amount of claims filed is not increased and that claims that are effectively filed are resolved in the first instance in accordance with the legal framework above outlined without appealing to a second instance in charge of the regulatory agency. To achieve the above outlined, it is required that the regulatory agency applies the theoretical assumptions of the Incentives Theory which are referred to the agency problems related to situations of moral hazard.



ÍNDICE

RESUMEN	3
ABSTRACT	4
ÍNDICE.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I	9
MARCO TEÓRICO.....	9
1. Monopolio.....	9
1.1. Monopolio natural.....	12
2. Distribución en el Sector Eléctrico Peruano.....	13
3. Teoría de los incentivos.....	15
3.1. El problema Principal - Agente	15
3.1.1 Riesgo Moral o acción oculta	17
3.1.2 Selección Adversa o conocimiento oculto.....	18
3.1.3 No verificabilidad	18
CAPÍTULO II	19
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	19
1. Importancia de los Reclamos del Servicio Público de Electricidad	19
1.1. Vulneración al diseño regulatorio.....	20
1.1.1 En la primera instancia	21
1.1.2 En la segunda instancia.....	23
2. Problemas de agencia en el Servicio Público de Electricidad	24
CAPÍTULO III	26
SOLUCIÓN AL PROBLEMA.....	26
1. Solución al problema de agencia	26
2. Resolución correcta de los procedimientos de reclamos.....	28
2.1 Cuestiones previas.....	28
2.1.1 ¿Instancia única a cargo del regulador?.....	28
2.1.2 ¿Una sola o dos instancias?.....	30
2.1.3 Solución privada entre las partes	31
2.2 Alineación de intereses de la primera instancia con la JARU	32
2.2.1 Precedente de observancia obligatoria	33
2.2.2 Verificación de cumplimiento de resolución de primera instancia	36
2.3 Disminución de los reclamos	37

2.3.1 Cumplimiento de las obligaciones regulatorias	38
2.3.2 Integración de los procedimientos de reclamos y supervisión	40
2.3.3 Señal económica en la tarifa	45
CONCLUSIONES	52
RECOMENDACIONES	54
BIBLIOGRAFÍA.....	55
ANEXO 1: ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN N° 51-2018-CD-OSIPTEL.....	59
1. Sobre el sustento de la Resolución N° 51-2018-CD-OSIPTEL	59
2. Sobre las medidas adoptadas	65
2.1 Suspensión de las llamadas telefónicas.....	65
2.2 Exclusión de usuarios para presentación de escritos.....	67
2.3 Suspensión de la elevación de los recursos de apelación y quejas a solicitud de los reclamantes.....	68
2.4 Limitar los alcances de la materia reclamable de facturación.....	69
3. Otras medidas y propuestas	70
4. Conclusión.....	71



INTRODUCCIÓN

La distribución del servicio público de electricidad presenta características de un monopolio natural, por tal razón, a fin de evitar el costo a la sociedad que generan las ineficiencias ocasionadas por dicha condición, como es el cobro de un precio monopólico, el costo del servicio brindado por las empresas operadoras de distribución eléctrica es determinado por el Estado mediante la fijación de una tarifa. Sin embargo, la fijación de un precio máximo genera la oportunidad para que las referidas empresas disminuyan a un nivel sub óptimo la calidad del servicio que brindan a fin de aumentar el margen entre sus costos y sus ingresos y de ese modo incrementar su utilidad. Es por esa razón, que el establecimiento de una tarifa siempre va aparejado con la determinación de una calidad mínima.

Esa calidad mínima en el servicio de distribución de electricidad se concretiza en normas que establecen obligaciones de naturaleza técnica a cargo de las empresas operadoras, tales como, el mantenimiento de un nivel de tensión del suministro eléctrico determinado, la compensación por las interrupciones del servicio que sean de su responsabilidad y el mantenimiento a los elementos de la concesión; y también en obligaciones de naturaleza comercial, como por ejemplo, el cobro a los usuarios solo por el monto exacto que corresponde a su consumo demandado, la repartición de los recibos del servicio, la disposición de oficinas para la recaudación de los pagos o para la atención de solicitudes o reclamos, y muchos otros aspectos. Todos ellos, así como, los relacionados a políticas públicas del Estado, como las de apertura del mercado, redistribución de la riqueza, acceso universal al servicio y regulación de bienes públicos, entre otras, conforman el diseño regulatorio.

Si bien, en el diseño regulatorio se intenta dar solución a todos los problemas que se presentan en el sector de distribución de electricidad, por sí solo, no es suficiente, sino que, es necesario que también existan mecanismos que verifiquen que todas las obligaciones que impone dicho diseño sean cumplidas. Para ello, el regulador ha sido dotado, de entre otras, las funciones de supervisión, la cual la ejerce directamente mediante sus gerencias u órganos de línea. Lo antes señalado, muchas veces sotierra que, mediante el ejercicio de la función de resolución de reclamos el regulador también puede hacer respetar el diseño regulatorio vigente.

Por tal razón, mediante el procedimiento de reclamo cualquier usuario que considere que se está vulnerando algún aspecto relacionado con el servicio público de electricidad puede recurrir en primera instancia a la misma empresa que brinda el servicio para que solucione el problema o adopte la medida correctiva correspondiente, y ante un pronunciamiento insatisfactorio, a la segunda instancia a cargo del regulador (Junta de Apelación y Reclamos de Usuarios - JARU), a fin de que, se revise la decisión de primera instancia cuestionada, de lo contrario, el pronunciamiento de primera instancia queda consentido en los términos expresados en el mismo, poniendo fin al procedimiento de reclamo.

Por lo tanto, es importante que las empresas operadoras resuelvan los reclamos de conformidad con el marco normativo vigente, debido a que, de no ser así,

aquellos reclamos que no son impugnados quedaran resueltos vulnerando el diseño regulatorio establecido y aquellos que sí son impugnados, hasta que se resuelvan correctamente por la JARU, mantendrán en ese lapso de tiempo el incumplimiento al referido diseño regulatorio en perjuicio de los usuarios y del bienestar de la sociedad.

En ese sentido, la tesis de este trabajo consiste en, desde el marco conceptual de la teoría de los incentivos, plantear el enfoque que debería aplicar el regulador a fin de conseguir que las empresas de distribución eléctrica resuelvan los reclamos en primera instancia de conformidad con el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente y, asimismo, conseguir que disminuya la cantidad de reclamos que presentan los usuarios del servicio público de electricidad.



CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

Este capítulo tiene como finalidad desarrollar las razones por las cuales en el diseño regulatorio de la actividad de distribución del servicio público de electricidad se regula el precio, la entrada y la calidad del servicio. Y, asimismo, desarrollar los supuestos teóricos del problema principal agente, a fin de establecer un marco conceptual que permita identificar la mejor manera de asegurar que las obligaciones impuestas por dicho diseño regulatorio sean cumplidas por parte de las empresas reguladas¹.

1. Monopolio

Podemos definir al monopolio como aquella situación en la cual para la satisfacción de una necesidad mediante la adquisición de un bien o servicio solo existe un proveedor del mismo, ello debido a, entre otros, la falta de sustitutos, las preferencias del comprador, las circunstancias particulares que rodean la adquisición² o la estructura misma del mercado, por lo que, dicho proveedor podría cobrar el precio que más le convenga a sus intereses, el cual, conforme señala Posner (1998) será mayor que el precio obtenido en una situación donde exista competencia (p. 259 – 262)³. De igual modo, conviene precisar, según advierte Spence (2017) que la empresa monopólica no solo tiene la posibilidad de determinar el precio, sino también, la cantidad y la calidad de los bienes o servicios que oferta (p. 419).

Es justamente la posibilidad de determinar libremente dichas variables la que puede generar ineficiencias que traen como consecuencia que no se maximice el bienestar de la sociedad. Sobre el particular, Dammert, Molinelli y Carbajal (2013) enumeran como algunas de estas ineficiencias las referidas a la ineficiencia

¹ Cabe precisar que no se pretende hacer un desarrollo extensivo de los conceptos económicos señalados, dada la amplia literatura existente sobre los mismos, sino que, únicamente se busca delimitarlos de manera acotada a fin de que pueda apreciarse cómo estos han determinado el diseño regulatorio vigente de la actividad de distribución en el sector eléctrico peruano y cómo sirven para la finalidad antes señalada.

² Frank (2009) ilustra dichos supuestos analizando como un cine puede ser considerado un monopolio o no dependiendo por ejemplo de las preferencias del consumidor. En ese sentido, para una persona que desea ver una película determinada otros tipos de diversión no son considerados sustitutos, por lo que, en dicha situación el cine sería un monopolio. De igual forma, para las personas que deciden ir al cine eligiéndolo solo como una de las alternativas de diversión disponibles en el mercado este no será un monopolio, no obstante, una vez dentro del cine, respecto a las golosinas o bebidas, su venta sí se realizaría en condiciones de monopolio, es decir, a precios por encima de los que normalmente se pueden encontrar en las tiendas (p. 371 – 373).

³ Posner en específico indica que el precio que maximiza los ingresos del monopolista es la proyección del punto donde se interceptan la curva de ingreso marginal con la curva de costo marginal sobre la curva de la demanda.

asignativa, productiva, distributiva, dinámica, disipación de rentas y calidad distorsionada. Por tal razón, a fin de evitar los costos que pueden generar las citadas ineficiencias en el bienestar de la sociedad es que se justifica la intervención estatal.⁴

Al respecto, como señala Tirole (1994) de las ineficiencias que puede generar un monopolio la más conocida es la ineficiencia asignativa, la cual se ocasiona como consecuencia del establecimiento de un precio mayor al precio que se obtendría en un mercado perfectamente competitivo (p. 65 - 68). En competencia perfecta el precio de venta de un bien o servicio se determina libremente mediante la interacción voluntaria entre consumidores y productores, siendo que, cada una de estas transacciones aumenta el bienestar de la sociedad en su conjunto. Ello se entiende, en el sentido de que para que una transacción sea voluntaria el precio de venta ofertado de un bien o servicio tienen que ser menor a valor que el comprador le asigna, de lo contrario éste no accedería a su compra. De igual forma, para que un productor venda voluntariamente el precio de pago ofrecido tiene que ser mayor a la valorización que él tenga por sus bienes o servicios. En consecuencia, cada transacción voluntaria que ocurra en el mercado generará un beneficio para la sociedad igual a la suma de ambas diferencias, y esto ocurrirá, en tanto sea un mercado perfectamente competitivo, hasta que queden agotadas todas las posibilidades de intercambio. En dicha situación, las diferencias señaladas, también llamadas excedentes del consumidor y del productor, alcanzan su nivel máximo, por lo que, en ese punto se maximiza el bienestar de la sociedad.⁵ De ese modo, la

⁴ R. A. Posner (1974) manifiesta que la regulación del Estado sobre la economía, concretizada en la creación de impuestos, subsidios o productos normativos, legales o administrativos, sobre tarifas, entrada al mercado y otros aspectos de la actividad económica, puede ser explicada desde el punto de vista de dos teorías, la teoría del interés público y la teoría de los grupos de interés. La primera de ellas considera que el Estado regula la actividad económica como respuesta a las necesidades y presiones públicas de corregir ineficiencias o inequidades que ocurren en el mercado, mientras que la segunda, presupone que la regulación Estatal se genera en atención a las necesidades de grupos de interés, los cuales, pugnan entre sí a fin de conseguir maximizar el bienestar de sus miembros. Posner sostiene que ninguna de ambas teorías tiene soporte empírico substancial, no obstante, ello, considera que la versión económica de esta última teoría, a la que denomina teoría económica de la regulación - la cual se sustenta en que el ejercicio de la regulación por parte del Estado, en tanto que beneficia a grupos de interés, puede verse como un producto que está sujeto a las leyes de la oferta y demanda - será la que mejor describa la intervención del Estado en la economía. Sin perjuicio de lo señalado, en el presente trabajo se considerará que la finalidad de la corrección de los perjuicios que se pueden generar por la libre determinación de los factores señalados (precio, cantidad y calidad) y otras fallas del mercado responde a la maximización del bienestar de la sociedad.

⁵

ineficiencia asignativa corresponde a la magnitud de bienestar que la sociedad deja de percibir por no arribar al precio que resultante en un mercado perfectamente competitivo.

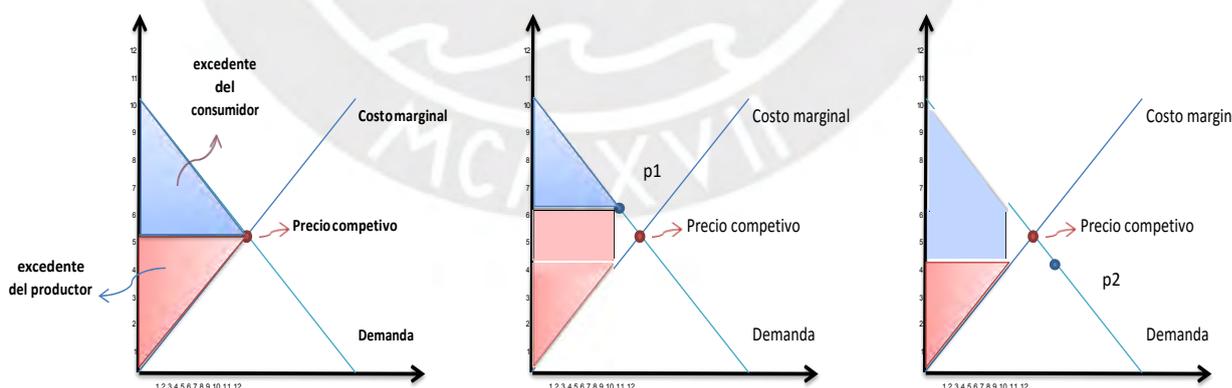
El perjuicio generado por la falta de maximización del excedente del consumidor como consecuencia del precio mediante el cual el monopolista trata de incrementar sus ingresos también se puede entender, conforme señalan Depoorter (1999) y Posner (1969), del hecho que el precio elevado artificialmente obliga a que los consumidores dejen de comprar bienes que valoran por encima de los costos que genera su producción, viéndose obligados a comprar sustitutos más costosos o menos útiles, evitando de ese modo, que los recursos de una sociedad se destinen a sus usos más valiosos (p. 501 - 502 y 552 - 553).

Sobre los beneficios de la competencia perfecta, cabe mencionar a Baumol (1982) que señala que estos no son intrínsecos a mercados con varios competidores, sino también, a aquellos mercados monopólicos siempre que concurren las circunstancias que caracterizan a un mercado perfectamente contestable, el cual es definido como uno en el que la entrada es absolutamente libre y la salida absolutamente sin costo, de modo que, la empresa monopólica que opere en el mercado enfrente fuertes incentivos para mantener sus precios en niveles competitivos a fin de evitar que las ganancias monopólicas atraigan el ingreso de empresas que puedan, antes del cambio de precios, entrar, obtener ganancias y salir sin costo (p. 3 - 5).

De lo expuesto, se puede concluir que un monopolio es perjudicial para la sociedad, entre otras razones, cuando establece un precio mayor al competitivo. Por ello, se hace necesario que el Estado promueva las condiciones que permitan el desarrollo

En las siguientes tres figuras se puede apreciar como un ligero aumento o disminución en el precio competitivo disminuye el bienestar de la sociedad al reducir los excedentes del consumidor y del productor:

Grafico 1



Elaboración: propia

	Precio competitivo	Precio 1	Precio 2
Excedente del consumidor	12.5	8	15
Excedente del productor	12.5	15	8
Beneficio de la Sociedad	25	24	24

y establecimiento de mercados competitivos, o perfectamente contestables, o en todo caso, que regule aquellos mercados que presentan condiciones monopólicas a fin de evitar las ineficiencias antes señaladas.

1.1. Monopolio natural

Como señala Posner (1969), un monopolio natural, a diferencia de lo desarrollado precedentemente, no está relacionado con el número de proveedores de bienes o servicios en un mercado, sino, a la relación existente entre la demanda y la tecnología de producción, es decir, a la situación en la cual la totalidad de la demanda de un mercado puede ser satisfecha a menor costo por una sola empresa en vez de dos o más (p. 548). En ese sentido, Baumol (1977) define formalmente esta condición del mercado como subaditividad estricta de la función de costos, la cual señala, es necesaria y suficiente para la existencia de un monopolio natural (p. 809 - 811)⁶. Por tal razón, ante la presencia de costos subaditivos, lo más conveniente para el bienestar de la sociedad es que solo exista una empresa encargada de proveer los bienes o servicios, dado que, lo contrario supondría permitir que se dupliquen los costos necesarios para su provisión.

Asimismo, respecto de qué sería lo más conveniente para el bienestar de la sociedad, también debe de tenerse en cuenta lo señalado por Panzar y Willig (1977) en el sentido de que, no todos los monopolios naturales son sostenibles por sí mismos, sino que, en muchos casos se hace necesario regular la entrada a fin de evitar que otras empresas entren a competir en los sectores más atractivos de la demanda. Sobre el particular, siguiendo el ejemplo propuesto por Zupan (1990) una empresa de distribución de electricidad que este obligada a atender a toda la demanda⁷, la cual incluye las zonas periféricas en las cuales el costo de suministrar la energía es mayor al que se requiere respecto de zonas con mayor densidad de usuarios, cobraría un precio mayor en promedio al de cualquier empresa que solo busque atender a la zona con mayor concentración de usuarios, dado que, al no tener que prestar el servicio a las zonas periféricas, en las que es necesario una inversión mayor, sus costos serían menores. Por tal razón, permitir el ingreso de empresas que puedan competir con el monopolio establecido en los extremos más atractivos de la demanda originaría que se dupliquen, por lo menos para una zona, los costos de inversión de proveer el servicio (p. 487 y 488) en perjuicio del bienestar de la sociedad.

Por lo expuesto, las acciones del Estado destinadas a promover mercados competitivos (o perfectamente contestables) no resultan siempre, en todas las diversas situaciones, las más idóneas para atender las ineficiencias generadas por un monopolio natural, sino que, tal como señalan Panzar y Willig (1977) el Estado debe de enfrentarse al dilema de tener que dejar abierta la posibilidad de entradas

⁶Baumol precisa que las economías de escala solo son suficientes más no necesarias en el caso de los monopolios uniproductos, en la medida que, puede existir en la misma oportunidad subaditividad de costos y deseconomías de escala. Respecto a los monopolios naturales multiproductos Dammert, Molinelli y Carbajal (2013) resumen cuales son las condiciones suficientes que implican la existencia de subaditividad, tales como, costo incremental medio y decreciente más economías de ámbito, costos medios decrecientes a lo largo de rayos y convexidad a través de rayos transversales, costos medios decrecientes a lo largo de rayos y cuasi convexidad de la función de costos, subaditividad en un rayo y convexidad en la función de costos, complementariedad en la función de costos y costos medios decrecientes a los largo de rayos y soportabilidad de la función de costos a través de rayos transversales (p. 138)

⁷ Como resultado por ejemplo de una política pública de acceso universal a la energía.

beneficiosas (referidas a innovaciones o nuevos productos) mediante la determinación de una tarifa que no otorgue ganancias monopólicas y que tampoco fomente ingresos de empresas que desperdicien los recursos de la sociedad al duplicar los costos fijos de inversión necesarios para proveer los bienes o servicios correspondientes (p. 4 – 21).

Es decir, el diseño regulatorio debe de tratar de que en un mercado se den las condiciones necesarias para que la competencia maximice el bienestar de la sociedad, y cuando ello no sea posible debido a la presencia de monopolios naturales, debe de buscar la forma de aminorar los costos generados por sus ineficiencias, y asimismo evaluar si conviene o no restringir la entrada de otras empresas al mercado monopólico.

Sin perjuicio de lo antes indicado, siguiendo a Vásquez, Tamayo, Vilches y Chávez (2016) también se debe de tener en cuenta que los problemas generados por la existencia de monopolios naturales no son los únicos dilemas a los que el diseño regulatorio debe de dar respuesta, sino que además, se debe de tratar de solucionar los ocasionados por la presencia de bienes públicos en sentido económico y asimetrías de información, así como, los que se generan por el establecimiento de políticas públicas (p. 8 – 16).

Como bienes públicos se puede mencionar al alumbrado público o la seguridad energética, en la medida que ambos presentan altos costos de exclusión y tienen consumo no rival, ello debido a que, brindar el servicio de alumbrado público o asegurar el abastecimiento continuo de energía beneficia a todos los usuarios al mismo tiempo, no obstante, no es posible excluir a aquellos que no pagan por los costos que genera la provisión de dichos bienes. En relación a las asimetrías de información como advierte Pérez-Reyes (2006) se puede hacer referencia a la existente entre el Estado y la empresa regulada respecto de, entre otros, sus costos y estrategias corporativas (p. 6) o a la existente entre la empresa regulada y los usuarios del servicio brindado respecto a la calidad del producto brindado. Y en lo referido a políticas públicas, el diseño regulatorio debe de lidiar con los dilemas que generan políticas de acceso universal a la energía o políticas sociales de redistribución de la riqueza, entre otros.

2. Distribución en el Sector Eléctrico Peruano

Conforme señalan Dammert, Molinelli y Carbajal (2011) en el sector eléctrico peruano se distinguen las actividades de generación, operación del sistema, transmisión y distribución (que incluye la comercialización) siendo esta última definida como la actividad del sector eléctrico que tiene como finalidad llevar la energía eléctrica generada desde el sistema de transmisión hasta los puntos de consumo de los usuarios finales del servicio público de electricidad. De estas actividades, los autores señalados, indican que las dos últimas presentan características de monopolio natural, por lo que, es necesario un diseño regulatorio que atienda los problemas que ello genera (p. 19 y 55)⁸.

⁸ Para los fines de este trabajo no es necesario desarrollar el marco regulatorio de todas las actividades del sector eléctrico peruano, sino que, únicamente nos interesa dejar en claro como las características monopólicas de la actividad de distribución eléctrica determinan el sentido del marco regulatorio vigente y porque la disminución de los reclamos y su correcta resolución en primera instancia beneficia a la sociedad en general.

Al respecto, la regulación del sector eléctrico peruano como señala Pérez-Reyes (2006) ha optado por el diseño institucional regulatorio consistente en el uso de la empresa privada como empresa regulada y el establecimiento de una agencia reguladora estatal, con independencia de los poderes del Estado. De ese modo, el proceso regulatorio recae en el organismo regulador, en este caso Osinergmin, el cual, para ejercer sus funciones tiene tres fuentes, el contrato de concesión, la normativa sectorial y las normas que pueda emitir (p. 8 – 10).

Sobre el particular, en el marco normativo vigente, en específico la Ley de Concesiones Eléctricas⁹, como señala Gallardo (1999) respecto a la ineficiencia asignativa generada por el establecimiento de un precio monopólico se ha optado por la solución más usual referida a la regulación de precios (p. 4) conforme se aprecia de sus artículos Nos. 2, 8 y 43, en los que se establece que la distribución de electricidad constituye un servicio público sujeto a regulación de precios teniendo que ser determinados bajo criterios de eficiencia. Respecto, a la posibilidad de permitir el ingreso de otras a empresas a competir con el monopolio establecido la citada Ley de Concesiones Eléctricas en sus artículos Nos. 3 y 30 dispone que para el desarrollo de la actividad de distribución es necesario obtener una concesión definitiva la cual solo puede ser desarrollada exclusivamente por un titular.

Asimismo, también se advierte la inclusión de una política de acceso universal de conformidad con los artículos 34 y 82 de la referida Ley y el artículo 60A de su reglamento, dado que, se establece como obligación de la empresa de distribución eléctrica la atención de todos los usuarios dentro de su concesión, así como, la responsabilidad sobre las áreas denominadas Zona de Responsabilidad Técnica (ZRT) que abarcan la totalidad del territorio nacional creadas justamente con la finalidad de lograr el acceso universal al suministro eléctrico.

En ese sentido, se aprecia que el diseño regulatorio elegido para la actividad de distribución eléctrica ha considerado, entre otros muchos aspectos, los dilemas que genera un monopolio natural desarrollados precedentemente, optando por regular el precio mediante la fijación de una tarifa, y, asimismo, proteger al monopolio de la competencia que pudiera generar la entrada de otras empresas haciendo exclusiva el desarrollo de dicha actividad para solo un titular. No obstante, con la determinación de la tarifa mediante el establecimiento de precios máximos surge el problema de la provisión de una calidad que no corresponde al óptimo del bienestar social. Como se señaló, citando a Spence (1975), dentro de las variables que un monopolio puede determinar, aparte del precio y la cantidad, se encuentra también la calidad del bien o servicio ofertado. Si bien Spence afirma que el problema de la provisión de una calidad subóptima no es intrínseco al monopolio, sino que, también afecta a cualquier empresa que busque maximizar sus beneficios (p. 418 y 420)¹⁰, partiendo de la premisa que la empresa regulada con una tarifa que le establece un precio máximo es un agente racionalmente económico, cabe esperarse que, dada la imposibilidad de aumentar el precio de venta, intente aumentar sus ganancias

⁹ Aprobada mediante el Decreto Ley N° 25844.

¹⁰ Spence manifiesta que el problema de la calidad subóptima es consecuencia del hecho de que los precios solo llevan consigo información sobre la apreciación de la calidad marginal, es decir, la valoración de la calidad que tiene el último comprador, siendo necesario conocer la valoración total o el promedio de todos los consumidores para determinar la calidad óptima que requeriría la sociedad, lo cual es un problema que enfrenta cualquier empresa orientada a la maximización de ingresos.

disminuyendo sus costos, lo cual afecta directamente a la calidad del bien o servicio ofertado, en tanto que, su provisión constituye un costo para la empresa regulada.

En ese sentido, se justifica que en el marco regulatorio vigente se haya establecido la calidad mínima que debe brindar la empresa de distribución eléctrica, y, asimismo, que se haya reconocido dicha calidad en la tarifa. Como ejemplo de ello podemos citar los artículos 31, 64 o 86 de la Ley de Concesiones Eléctricas, en los que se establece la obligación de mantener las instalaciones en buen estado, calcular la tarifa sobre la base de una empresa con nivel de calidad establecido en las normas o realizar la compensación por las interrupciones injustificadas del servicio, respectivamente. Así también, se puede citar los demás artículos y otros cuerpos normativos que establecen estándares mínimos de calidad a la actuación y servicio que brinda la empresa de distribución eléctrica¹¹ que van desde el registro de consumo hasta la emisión de la factura correspondiente.

3. Teoría de los incentivos

De acuerdo con Laffont y Martimort (2002) el bienestar que la sociedad puede alcanzar en un mercado competitivo o en una industria regulada presupone que los actores económicos proceden de forma racional en un sentido económico, es decir, que buscan maximizar sus beneficios y minimizar sus costos, presunción que oculta la importancia que tienen los incentivos en la economía, soslayando por ejemplo, que la referida conducta económicamente racional se puede explicar por los incentivos que ocasiona la presión competitiva en las empresas, la cual genera como resultado la minimización de sus costos¹². En consecuencia, conforme ellos indican, la economía puede entenderse en gran medida como un asunto relativo a incentivos. Por tal razón, el diseño de instituciones que proporcionen los estímulos deseados para los agentes económicos que operan en ella es un tema central en su estudio (p. 2).

Conforme a lo anterior, una vez decidido un diseño regulatorio, en este caso, uno que tenga como objetivo dar atención a los dilemas que puede ocasionar la regulación de un monopolio natural como el de la actividad de distribución eléctrica del servicio público de electricidad, surge la pregunta de cómo hacerlo cumplir, es decir, de cómo generar los incentivos adecuados para que los actores económicos cumplan con las obligaciones que se les impongan. La respuesta a esta pregunta se puede abordar desde el marco conceptual que brinda el estudio de la teoría de los incentivos, en específico, los referidos a las relaciones de agencia.

3.1. El problema Principal - Agente

Sobre el particular, podemos señalar que las relaciones de agencia surgen cuando un tercero, designado como agente, realiza acciones por encargo o actúa en nombre o representación de otro designado como principal. Según Ross (1973, 1979), las relaciones de agencia son unas de las formas más comunes y antiguas

¹¹ Como las normas técnicas de calidad de los servicios eléctricos aprobadas mediante el Decreto Supremo N° 020-97-EM y la Resolución Directoral N° 016-2008-EM/DGE.

¹² Leibenstein (1966) identifica lo señalado por Laffont y Martimort en la denominada "Eficiencia X" la cual manifiesta que consiste en que las empresas y las economías no operan al máximo de sus posibilidades de producción considerando los recursos que poseen, sino que, producen bien por debajo de dicho límite como resultado, de entre otras razones, por la falta de presión competitiva (p. 413)

de interacción social, las cuales se han desarrollado en diferentes contextos, como el mercado de trabajo o el de seguros, y se han extendido a muchas diferentes situaciones (p. 134 y p. 30) que van, como advierte Eisenhardt (1989), desde temas macroeconómicos referidos a política regulatoria, hasta fenómenos microeconómicos diarios relacionados con expresiones de interés personal, siendo mayormente empleados en temas de organización industrial, los cuales tienen gran impacto en el bienestar de la sociedad (p. 58). En ese sentido, Hart y Holmström (1986) afirman que las relaciones de agencia son omnipresentes en la vida económica, dado que, en donde se generen ganancias por especialización es muy probable que emerja una relación en la cual existirán agentes actuando en representación del principal debido a los beneficios que generan las ventajas comparativas (p. 8).

Esta actuación en representación o delegación, como advierte Macho y Pérez (1994), importa consigo un problema relacionado con el desalineamiento de intereses. Ello como consecuencia del hecho que la retribución pagada por el principal para que se lleve a cabo el encargo o se realice aquello que es parte de la delegación es al mismo tiempo un costo para él y un ingreso para el agente. Es decir, que el esfuerzo que realiza el agente beneficia al principal, pero, representa una disminución en la utilidad del agente. En ese sentido, E. A. Posner (2001) señala que para el principal la probabilidad de que el encargo delegado se realice de la mejor manera posible depende del nivel de esfuerzo en el que incurra el agente, sin embargo, para el agente la realización de mayores niveles de esfuerzo implica mayores costos, por lo que, a más esfuerzo el pago acordado le generará una menor utilidad (p. 290). Por tal razón, siguiendo a Mitnick (1975) y a Sappington (1991), la mayor preocupación del principal gira en torno a saber cuál es la mejor manera de incentivar al agente para que este realice las acciones de la forma en las que él las hubiese realizado, es decir, cómo asegurarse de que efectivamente actúe en su representación, teniendo en cuenta los costos y dificultades de conseguir aquello (p. 27 y p. 45).

Por ello, de acuerdo a Macho y Pérez (1994), si el agente compartiese los mismos objetivos o intereses que el principal no existiría problema principal agente, dado que, lo que le convendría al agente sería lo mismo de lo que le convendría principal, ello debido a que el agente, en cualquier circunstancia, siempre elegiría las actuaciones o conductas que beneficiasen a ambos, y además, transmitiría cualquier información privada que pudiese tener al principal (p. 18). Por el contrario, de existir desalineamiento de objetivos o intereses y no haber asimetría de la información, tal como señala Sappington (1991), el principal tendría que inducir al agente para que se comporte de la misma forma que él lo haría si es que tuviese iguales habilidades y conocimiento que el agente (p. 46). En ese sentido, como advierte Laffont y Martimort (2002), el denominado problema principal-agente ocurre cuando el agente tiene objetivos o intereses distintos al principal y además posee información que este último carece (p. 3).

De lo expuesto, se puede concluir que el denominado problema principal agente no solo está intensamente relacionado con el desalineamiento de intereses, sino también, con la asimetría de la información existente entre ambos. La referida asimetría de la información consiste en información privada que posee solo el agente, la cual puede estar relacionada con acciones que este realiza o con conocimiento que solo este ostenta; el primer supuesto es conocido como riesgo moral o acción oculta y el segundo como selección adversa o conocimiento oculto.

3.1.1 Riesgo Moral o acción oculta

Sobre el riesgo moral Holmstrom (1979) precisa que este puede ocurrir cuando individuos se comprometen compartiendo riesgos en condiciones en las que sus decisiones particulares afectan la probabilidad de distribución de los resultados, ello como consecuencia de la asimetría de la información existente entre el principal y el agente, que genera que las acciones individuales del agente no puedan ser observadas y, por lo tanto, no puedan ser tomadas en cuenta al inicio de la relación por el principal a fin de que sean previstas¹³ (p.74). En ese sentido, luego de iniciada la relación entre el principal y el agente, la acción que el principal no puede observar es el esfuerzo que realiza el agente para llevar a cabo las actividades o acciones acordadas con el principal. No obstante, el principal sí puede observar el resultado de dicho esfuerzo al final de realizado el encargo, por lo que, ello puede ser tomado en cuenta en el inicio de la relación a fin de tratar de incentivar un mayor esfuerzo por parte del agente¹⁴. Sobre esto último, Sappington (1991), Holmstrom (1979) y Macho y Pérez (1994) señalan que, ante la existencia de problemas para medir el esfuerzo del agente, monitorear sus actividades aumentará su desempeño, además de que, brindaría mayor información al principal que permitirá una mejor evaluación sobre el esfuerzo del agente y de ese modo prever ello al momento de iniciar o evaluar una nueva relación con el agente¹⁵.

En consecuencia, incentivos y monitoreo de acciones son las herramientas con las que cuenta el principal para alinear los intereses y objetivos del agente con los suyos, así como, para desaparecer o aminorar la asimetría de información existente entre ambos. Siguiendo a Sappington (1991), respecto a los incentivos estos pueden ser pagos o premios, sanciones o castigos, esquemas de competencia, entre otros, y por el lado del monitoreo este puede tomar varias formas que van desde la instalación de cámaras de grabación, el uso de tarjetas de marcación o la realización de acciones de supervisión¹⁶.

¹³ Como podría ser en un contrato. Cabe precisar que, en la literatura económica, sobre la relación principal – agente, se considera al contrato como uno de sus elementos y es entendido como el compromiso al que arriban el principal y el agente para que éste último actúe en su representación, es decir, para que realice el encargo o las actividades delegadas por parte del principal a cambio de un pago. De ese modo, el contrato se caracteriza como una herramienta para alinear los intereses u objetivos que tiene ambas partes, conforme a lo señalado precedentemente.

¹⁴ Si bien un pago relacionado con el resultado puede influir en el esfuerzo realizado por el agente, debe de tenerse en cuenta que, el agente puede considerar que el pago ofrecido es muy poco para el esfuerzo que es necesario realizar a fin de alcanzar el resultado exigido. Asimismo, incluso considerando que dicho pago es suficiente, al estar relacionado con un evento futuro, que, si bien depende de su esfuerzo, también depende de factores externos, por lo que, siempre existirá el riesgo de que, a pesar de haber realizado el esfuerzo necesario para conseguir el resultado pactado, este puede no ocurrir. Por lo tanto, el principal no podrá supeditar la totalidad del pago a que ocurra el resultado que implique el mayor esfuerzo posible por parte del agente, sino que deberá de buscar un esquema que considere sus intereses, así como, los incentivos y riesgos que recaen sobre el agente.

¹⁵ Sobre el particular, Holmström (1979) precisa que, en situaciones sencillas, el principal mediante la penalización contractual de las acciones que considere no convenientes a sus intereses, puede generar un completo monitoreo del agente alcanzando una solución de primer mejor, la cual se puede definir como la mejor situación que se puede alcanzar si el principal conociese perfectamente las preferencias del agente, en contraste con una solución de segundo mejor, que implica que es el agente quien revela sus preferencias incentivado por el ofrecimiento de rentas informacionales. De ese modo, el segundo supuesto, implica una menor eficiencia en la asignación de los recursos, dado que, conlleva a que la sociedad incurra en mayores costos.

¹⁶ Asimismo, conforme advierte Prendergast (2002) muchos problemas de agencia referidos a la asimetría de la información se pueden solucionar permitiendo a los consumidores presentar

Corregir dicho problema es relevante para el bienestar de la sociedad, en la medida que, las soluciones al problema principal agente implican que el principal tenga que incurrir en mayores costos para alinear los objetivos o intereses del agente con los suyos, así como, monitorear su conducta, los cuales, se traslada a la economía aumentando de ese modo la ineficiencia asignativa¹⁷.

3.1.2 Selección Adversa o conocimiento oculto

Respecto al supuesto de selección adversa o conocimiento oculto, conviene precisar que en el contexto en el que se pretende utilizar los supuestos teóricos del problema principal agente, referidos a reducir el número de reclamos y hacer que estos se resuelvan debidamente, no es relevante para su desarrollo, siendo suficiente indicar que, siguiendo a Macho y Pérez (1994), se puede definir a los problemas de selección adversa como aquellas situaciones en las que la capacidad del agente u otras variables importantes no son conocidas por el principal (p. 113). En ese sentido, el principal debe de buscar un esquema que incentive al agente a revelar dicha información privada, lo cual, como señalan Laffont y Martimort (2002), puede ser obtenido mediante el pago por dicha información (p. 29). De ese modo, se advierte que los problemas de selección adversa también disminuyen el bienestar de la sociedad al aumentar los costos de los bienes y servicios que se comercian en un mercado, e incluso, en los casos en los que el principal no consigue identificar o revelar la información privada del agente, puede traer como consecuencia la desaparición del mercado mismo.¹⁸

3.1.3 No verificabilidad

Por otro lado, siguiendo a Laffont y Martimort (2002) y Macho y Pérez (1994), otro problema ocasionado por la asimetría de información es el conocido como el de no verificabilidad referido a la ausencia de variables comprobables por parte de terceros, específicamente, de aquellos que tendrían la función de resolver algún conflicto surgido en la relación principal agente, como los que podrían recaer sobre los elementos considerados dentro del encargo delegado o sus resultados (p. 3 y p. 17). La consecuencia de esta falta de verificabilidad es que se generan incentivos para que ninguna de las partes cumpla lo acordado e incluso, previendo ello, que ni el principal y el agente lleguen a un acuerdo inicial.

reclamos, dado que, de esa forma otorgan información al principal sobre lo que consideran errores del agente, induciendo en ellos conductas eficientes.

¹⁷ Los costos adicionales en los que debe incurrir el principal para alinear los objetivos o intereses de los agentes con los suyos, como señala Williamson (1975), son costos de transacción. Por tal razón, la pérdida de bienestar de la sociedad no solo corresponde al costo de oportunidad en el uso de dichos recursos, sino también, a la disminución en el número de transacciones que se llevan a cabo en la economía, lo cual, como se observa en el gráfico 1 del presente trabajo, impide que se agoten las posibilidades de intercambio y, por ende, que se maximice el bienestar de la sociedad.

¹⁸ Véase el ejemplo propuesto por Akerlof (1970) sobre los automóviles de segunda mano, en el cual, la falta de información respecto a la calidad de los automóviles a la venta, hace suponer a los compradores que dichos automóviles son de baja calidad, por lo que, solo están dispuestos a pagar precios bajos por ellos. De ese modo, incluso automóviles de buena calidad no podrían ser vendidos, dado que, ningún comprador estaría dispuesto a pagar su precio, generando que el mercado de automóviles de segunda mano disminuya e incluso pueda desaparecer. Por lo tanto, la solución a este problema estaría dado por la revelación de información de parte del agente, en este caso, que el vendedor revele la calidad del automóvil a la venta.

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El presente capítulo tiene como finalidad, a base de los conceptos desarrollados en el Capítulo I, advertir que los reclamos del servicio público de electricidad importan en sí mismos el diseño regulatorio elegido. Por tal razón, la existencia de muchos procedimientos de reclamos implica que se está vulnerando dicho diseño. En consecuencia, la disminución de los mismos, así como, la optimización de sus resultados, no solo redundan en beneficio de los usuarios, sino también, en el reforzamiento del diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente y por ello, en el bienestar general de la sociedad.

1. Importancia de los Reclamos del Servicio Público de Electricidad

Conforme se ha desarrollado en el capítulo precedentemente el diseño regulatorio elegido en el sector eléctrico peruano para la actividad de distribución eléctrica busca atender una serie de dilemas originados por las características monopólicas que presenta, siendo uno de ellos el de la calidad subóptima. Como respuesta a este aspecto se ha optado por regular la calidad estableciendo un estándar mínimo; este estándar mínimo no solo se refiere a la calidad técnica como el mantenimiento de las redes de distribución y equipos de medición o el establecimiento de niveles óptimos de calidad de tensión e interrupciones del servicio, sino también, a estándares de calidad comercial como la determinación de un proceso de facturación detallado, la apertura de un número mínimo de oficinas para realizar pagos, la posibilidad de presentar solicitudes o reclamos y su correcta atención.

Para verificar el cumplimiento de la calidad técnica y comercial fijadas por el marco regulatorio a las empresas concesionarias de distribución eléctricas Osinergmin ha sido dotado de las funciones de: i) Normativa, ii) Supervisión y iii) Fiscalizadora Sancionadora, mediante las cuales aprueba normas que coadyuvan al cumplimiento de las referidas funciones, (como crear procedimientos específicos de supervisión), realiza procedimientos de supervisión especial¹⁹, impone sanciones pecuniarias y no pecuniarias y dicta medidas administrativas (tales como, mandatos, medidas correctivas, medidas de seguridad, medidas cautelares y multas coercitivas). Estas funciones se materializan en acciones llevadas a cabo por el personal de las gerencias o divisiones de Osinergmin, de ese modo, pueden ser consideradas como formas directas de supervisión y fiscalización. No obstante, mediante la función de Solución de Reclamos también se supervisa y fiscaliza la calidad técnica y comercial de manera indirecta haciendo que cada uno de los usuarios del servicio brindado pueda poner luz en aquellas conductas de las concesionarias que vulneran la calidad establecida, permitiendo a Osinergmin mediante el ejercicio de dicha función efectuar su corrección.

Asimismo, el procedimiento de reclamo no sólo indirectamente coadyuva a

¹⁹ Para los casos en los que no existe un procedimiento de supervisión específico.

Osinermin a supervisar y fiscalizar la calidad, sino que también, permite verificar el cumplimiento de otras obligaciones impuestas en el marco normativo por el diseño regulatorio, tales como el cobro del precio máximo fijado mediante la tarifa y las obligaciones de acceso universal a la energía. En ese sentido, el procedimiento de reclamo se constituye no solo como un medio mediante el cual los usuarios del servicio público de electricidad brindado por las empresas de distribución pueden hacer valer sus derechos reconocidos, que no son más que la respuesta regulatoria a los problemas señalados en el capítulo I del presente trabajo, sino, como una herramienta de supervisión atomizada entre todos los usuarios que permite hacer cumplir el diseño regulatorio establecido en el marco normativo vigente.

De lo señalado se puede comprender la importancia del procedimiento de reclamo, en la medida que, la supervisión y fiscalización directa que ejerce Osinermin está limitada al uso de sus recursos y también a la información que mediante sus procedimientos de supervisión pueda obtener, limitaciones presentes también en los usuarios, pero que, a diferencia del primer supuesto, se diluyen debido a la cantidad de los mismos²⁰. Asimismo, se debe tener en consideración, que mediante los reclamos los usuarios del servicio no solo pueden reclamar temas referidos a la calidad técnica o comercial del servicio, sino también, los relacionados a la regulación del alumbrado público y de acceso y continuidad del servicio. Es decir, que las materias reclamables recaen sobre los aspectos regulatorios más importantes del marco normativo del sector eléctrico, como son, la tarifa, la calidad, el acceso, la continuidad, entre otros.

En ese sentido, el ejercicio del derecho que tienen todos los usuarios a presentar un reclamo tutela el diseño regulatorio que ha optado el marco normativo vigente para dar respuesta a los problemas generados por el monopolio natural (precios monopólicos, competencia en el mercado y calidad subóptima), a la existencia de bienes públicos y al establecimiento de políticas públicas. De ahí que, la optimización de sus resultados sea muy importante. De ese modo, cada reclamo presentado puede estar referido a una vulneración de las obligaciones que han sido impuestas a las concesionarias de distribución eléctrica en respuesta a los problemas señalados, por lo que, lo más conveniente para el bienestar de la sociedad es que de corresponder a una vulneración efectiva los reclamos siempre se resuelvan a favor del usuario reclamante.

1.1. Vulneración al diseño regulatorio

De conformidad con la norma que regula el Procedimiento de Reclamos vigente²¹ el procedimiento de reclamos consta de dos instancias, una primera a cargo de la empresa de distribución eléctrica que brinda el servicio público de electricidad y una segunda a cargo del tribunal administrativo de Osinermin denominado Junta de Apelaciones y Reclamos de Usuarios (en adelante, JARU, por sus iniciales). A la segunda instancia solo se accede si el usuario reclamante impugna el

²⁰ No todos los usuarios conocen sus derechos y presentan sus reclamos, incluso pueden reclamar sin tener razón, no obstante, se puede suponer razonablemente que, de todo el universo de usuarios es muy probable que no pasen desapercibidos algún incumplimiento de las obligaciones impuestas a las empresas concesionarias de distribución eléctrica por el marco regulatorio vigente.

²¹ Aprobada mediante la Resolución Osinermin N° 269-2014-OS/CD.

pronunciamiento de la primera instancia²² mediante la presentación de un recurso de apelación, de no hacerlo, el procedimiento de reclamo concluye con la respuesta de la empresa de distribución eléctrica, en los términos expuestos en la misma. Presentado el recurso de apelación la JARU emite pronunciamento verificando que la resolución de la primera instancia impugnada cumpla con el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente. De ese modo la JARU puede corregir la respuesta de la empresa de distribución eléctrica respecto del reclamo presentado.

1.1.1 En la primera instancia

Por la razón expuesta, la incorrecta resolución de los reclamos presentados por parte de la concesionaria, implica una transgresión al diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente. Un ejemplo de ello se puede apreciar de los reclamos que se presentan por excesiva facturación, los cuales, consisten en la facturación que se efectúa al usuario por un monto mayor al que le corresponde a su consumo, ello significa que la empresa de distribución eléctrica obtiene más dinero por la energía consumida que aquel que le correspondería si aplicase la tarifa determinada por Osinergmin.

La referida materia reclamada representa el 61.75% de los reclamos resueltos por Osinergmin desde el 1 de enero de 2012 al 31 de julio de 2017²³, conforme se puede apreciar de la información contenida en el cuadro N° 2.1. Por tal razón, es importante que la empresa concesionaria resuelva los reclamos en primera instancia debidamente, dado que, lo contrario originaría que los reclamos que no son impugnados queden resueltos en contra del diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente.

Cuadro 2.1 Ingreso de Apelaciones por Materia

Motivo	2012	2013	2014	2015	2016	2017*	Total
Excesiva facturación	3944	3451	6908	6860	8157	5026	34 346
Recupero de consumo no registrado	275	463	946	1061	1215	680	4640
Instalación de suministro	338	450	416	568	506	295	2573
Deuda de terceros	576	464	550	351	225	139	2305
Prescripción de Deuda	444	376	352	171	72	44	1459
Calidad del producto o servicio	223	147	210	220	241	284	1325
Daños y perjuicios	181	237	233	286	258	87	1282
Reubicación de redes o subestación	141	131	151	169	254	103	949
Cobros indebidos	140	122	170	188	165	103	888
Lectura errónea	35	33	61	141	404	195	869
Cobro incorrecto	26	28	86	120	177	193	630
Cambio de titularidad	101	83	106	126	117	63	596
Contribuciones reembolsables	119	124	69	47	81	39	479
Otros	448	410	628	629	697	462	3274
Total	6991	6519	10886	10937	12569	7713	55 615

* Al 31 de Julio

(Elaboración Osinergmin)

²² Si la impugnación se realiza fuera del plazo previsto para tal efecto (15 días hábiles) el pronunciamiento de la segunda instancia no recaerá sobre el fondo de la materia reclamada, declarándose dicha impugnación como improcedente.

²³ Adicionalmente, se puede apreciar otras materias importantes, como las referidas al recupero de consumos no registrados, que, en algunos supuestos, también está relacionado también con la obtención de un mayor ingreso que el permitido por la tarifa, y el de instalación de suministro vinculado a la política del Estado al acceso universal a la energía. Cabe mencionar, que las excesivas facturaciones y los recuperos de energía pueden originarse por errores en el proceso de facturación o errores en el equipo de medición, por lo que también, se relacionan a problemas de cumplimiento de estándares mínimos de calidad técnica y comercial.

Lo anterior cobra más relevancia si tenemos en cuenta que de acuerdo al marco normativo vigente una materia reclamada que queda resuelta no puede ser reclamada nuevamente, debiendo el usuario reclamante soportar el perjuicio de un pronunciamiento contrario a su derecho. Asimismo, también es importante considerar que pese al esfuerzo que realiza el regulador no todos los usuarios tienen conocimiento de la regulación del procedimiento administrativo de reclamo, por lo que, o bien no saben que la resolución de primera instancia emitida por la empresa de distribución puede ser revisada por la JARU o sabiendo ello no conocen que el plazo para apelar dicha resolución es perentorio, es decir, que de pasarse un día de los quince establecidos por Ley para presentar su recurso de apelación, este será declarado improcedente por la JARU sin revisar si efectivamente la resolución impugnada respetaba o no el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente.

Una estadística importante que puede cuantificar el desconocimiento de los usuarios de la regulación del procedimiento de reclamos y la importancia de que los reclamos en primera instancia se resuelvan de forma correcta es la siguiente: desde enero del 2012 hasta diciembre de 2017, la JARU ha declarado improcedentes por haberse presentado fuera del plazo establecido 1824²⁴ recursos de apelación.

Asimismo, de las materias de las quejas que son presentadas ante la JARU, según el cuadro N° 2.2, se puede verificar que de enero de 2012 al 31 de julio de 2017 se han registrado 541 quejas por no elevar el recurso de apelación interpuesto, representando un 7.18% del total de quejas presentadas, lo cual, si bien no parece ser una cantidad relevante comparada con el total, permite constatar que las empresas de distribución eléctrica intentan impedir la revisión de sus resoluciones por parte de la JARU, pudiendo verificarse de ello que en efecto sí tienen incentivos para que los reclamos finalicen en primera instancia, en los términos que dichas empresas consideren y que sus pronunciamientos no sean revisados por el regulador.

Cuadro N° 2.2 Ingreso de Quejas por Materia

Motivo	2012	2013	2014	2015	2016	2017*	Total
Silencio administrativo positivo	360	519	734	907	1401	809	4730
Por incluir monto estando en reclamo	52	74	244	226	256	146	998
Defectos de tramitación	44	70	83	123	173	233	726
No elevar apelación	41	39	124	129	141	67	541
No recepción de reclamo	27	28	39	75	56	36	261
Por corte del servicio	16	26	30	64	69	25	230
Otros	0	6	16	7	7	7	43
Total	540	762	1270	1531	2103	1323	7529

* Al 31 de Julio

(Elaboración de Osinermin)

²⁴ Cabe señalar que dicha cifra no es oficial, se ha obtenido del estudio de la base de datos de resoluciones emitidas por la JARU en el referido periodo enero 2012 a diciembre 2017.

1.1.2 En la segunda instancia

De igual modo, respecto de aquellos reclamos que sí son impugnados, la corrección del marco normativo vigente puede demorar el plazo de atención promedio que tiene la JARU para resolver los recursos de apelación que son interpuestos por los usuarios, el cual, conforme se puede apreciar del Cuadro N° 2.3, al 31 de julio de 2017, está en 28 día hábiles. Es decir, el usuario reclamante tendría que esperar alrededor de 90 días calendarios²⁵ para obtener una respuesta por parte de la JARU que corrija el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las empresas de distribución eléctrica por el diseño regulatoria recogido en el marco normativo vigente.

Cuadro 2.3 Tiempo de Atención de Apelaciones



Del mismo Cuadro N° 2.3, también se aprecia que la cantidad de recursos de apelación que son resueltos por la JARU se ha incrementado, desde el año 2012 al 2017 en un 174.97%.²⁶ De dicha información se puede colegir razonablemente que el número de reclamos también debe de haber aumentado en un porcentaje similar, lo cual es un indicador de que las empresas de distribución de electricidad no están cumpliendo con el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente, ocasionando que los usuarios tengan que reclamar para que se corrijan dichos incumplimientos, y lo que es peor, que tengan que apelar para que sea la JARU quien corrija los pronunciamientos de las empresas de distribución eléctrica, con la mayor demora que eso implica. Más aún, si como se advierte del Cuadro N° 2.2, las concesionarias vulneran la tramitación del procedimiento de reclamos impidiendo la recepción de los mismos, la elevación de los recursos de apelación y otros defectos en su tramitación que pueden ocasionar que una vulneración al diseño regulatorio recogido no sea corregida por la JARU.

Conviene precisar antes de pasar al siguiente punto, que la Directiva de Reclamos

²⁵ Considerando los 30 días hábiles que tienen las empresas de distribución eléctrica para pronunciarse en primera instancia por el reclamo presentado y los 5 días hábiles que tienen para elevar el recurso de apelación interpuesto a la JARU.

²⁶ Al 31 de julio de 2017 la cantidad de apelaciones ascendía a 7206, los cuales proyectados al 31 de diciembre de 2017 ascienden a 12353.14. Dicha cantidad comparada con el total de reclamos del año 2012 dan como resultado el aumento de 174.97% señalado.

no solo contempla un procedimiento de reclamos de dos instancias, sino también, otros procedimientos accesorios a este, como el procedimiento de queja, destinado a corregir cualquier defecto en la tramitación de un reclamo y de resguardar las garantías establecidas a favor de los usuarios, el procedimiento de medida cautelar, el cual busca adelantar un futuro pronunciamiento por parte de la JARU respecto de un reclamo presentado y el procedimiento de verificación de cumplimiento de resolución de primera y segunda instancia. No obstante, para la presente tesis es suficiente con solo poner énfasis en las situaciones del procedimiento de reclamo principal descritas anteriormente, a fin de advertir la necesidad de buscar que los reclamos se resuelvan debidamente en primera instancia por la empresa concesionaria y no tengan que ser corregidos por la JARU en una instancia posterior, y además de que, se disminuya la cantidad de reclamos que se presentan a la fecha, dado que, ambos supuestos implican que las empresas reguladas no están cumpliendo con el diseño regulatorio establecido en el marco normativo vigente, lo cual es perjudicial para el bienestar de la sociedad.

2. Problemas de agencia en el Servicio Público de Electricidad

En industrias reguladas, como la del sector de electricidad, el regulador actúa como principal y las empresas reguladas como agentes, lo cual puede concluirse del hecho que la regulación implica un costo de cumplimiento. Por tal razón, un mayor cumplimiento de las obligaciones que impone el marco regulatorio trae consigo aparejado una elevación de los costos en los que incurre la empresa regulada para brindar el servicio y por ende una disminución de sus utilidades. En ese sentido, se afirma que los intereses de las empresas reguladas difieren a los del regulador, en tanto que, no persiguen necesariamente el cumplimiento del diseño regulatorio impuesto por el marco normativo vigente, sino que, responden a la búsqueda de sus intereses particulares relacionados con la maximización de beneficios y la minimización de costos.

Lo afirmado se puede verificar del Cuadro N° 2.2 en el que se advierte como las empresas de distribución eléctrica incumplen el procedimiento de reclamo impidiendo que se desarrolle de forma regular, a fin de que, un usuario pueda presentar un reclamo, o pueda, de considerarlo conveniente a sus intereses interponer un recurso de apelación para que la JARU revise el pronunciamiento emitido por la primera instancia, además de otros supuestos en lo que se aprecia también que su actuación tienen por finalidad favorecer su interés particular y no el correspondiente a su rol de primera instancia en un procedimiento administrativo.

Siendo ello así, de conformidad con los conceptos desarrollados en el punto 2 del capítulo 1 de la presente tesis, no es difícil advertir que, en un procedimiento de reclamos del servicio público de electricidad, también existe una relación agencia entre la JARU a cargo de la segunda instancia y la empresa de distribución eléctrica a cargo de la primera, en la medida que, ambas tienen intereses y objetivos distintos y además, la empresa de distribución eléctrica tiene información privada que la JARU no posee. Esta información, como en el supuesto de riesgo moral o acción oculta, está relacionada con acciones a cargo de las empresas de distribución eléctrica concernientes al desarrollo de su función de resolución en primera instancia de los reclamos presentados por los usuarios del servicio público de electricidad. En ese sentido, la información que la JARU no puede observar es la referida a si la empresa de distribución eléctrica ejerce dicha función de resolución de reclamos intentando cumplir con el diseño regulatorio recogido en el marco

normativo vigente; únicamente puede verificar el resultado de dicha conducta en la oportunidad en la que resuelve los recursos de apelación interpuestos contra los pronunciamientos de la primera instancia.

De acuerdo a lo antes mencionado, la relación entre la empresa regulada y el regulador, así como, la existente entre la primera y la segunda instancia en un procedimiento de reclamo se constituye como una relación principal agente sujeta a un problema de riesgo moral o acción oculta.



CAPÍTULO III

SOLUCIÓN AL PROBLEMA

En este capítulo se va proponer la tesis del presente trabajo, la cual consiste en conseguir que las empresas de distribución eléctrica resuelvan los reclamos en primera instancia de conformidad con los criterios de la JARU, y asimismo, lograr que dichas empresas reguladas cumplan las obligaciones impuestas en el marco normativo vigente a fin de que se disminuyan el número de reclamos presentados, empleando los supuestos teóricos de la teoría de la agencia desarrollados precedentemente en el capítulo 1.

1. Solución al problema de agencia

Según el desarrollo efectuado en el capítulo 2 la presencia de reclamos es un indicador de que las empresas reguladas, en este caso, las empresas de distribución eléctrica que brindan el servicio público de electricidad, están vulnerando el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente, lo cual es relevante, en tanto, que de conformidad con lo expuesto en el capítulo 1, dicho diseño busca dar respuesta a los problemas que ocasiona las ineficiencias del monopolio natural, la presencia de bienes públicos en sentido económico y el establecimiento de políticas públicas por parte del Estado, con el objetivo de maximizar el bienestar de la sociedad.

En ese sentido, es necesario para dicho bienestar que los reclamos se resuelvan siempre respetando el referido diseño regulatorio, y además que, la cantidad de reclamos que presentan los usuarios del servicio público no sea elevada. Para conseguir los objetivos antes señalados, es posible analizar la relación existente entre las empresas reguladas y el regulador como una relación de agencia sujeta a un problema de riesgo moral. Por ello, de acuerdo con lo expuesto en el numeral 3.1.1 del capítulo 1 de la presente tesis, correspondería determinar el esquema de incentivos y monitoreo de acciones que permita al regulador alinear los intereses y objetivos de la empresa regulada con los suyos, o desaparecer o aminorar la asimetría de información existente entre ambas.

Debe de tenerse en cuenta que el esquema de incentivos o monitoreo de acciones que se elija tiene que ser holístico en el sentido de que no debe concentrarse en solo una parte de las acciones del agente, sino que, se debe de tratar de abarcar todos los aspectos relevantes de la conducta que se busca “corregir”, dado que, conforme lo precisa Prendergast (1999), los incentivos o monitoreos de acciones aislados no solucionan el problema de agencia, ocasionando que los agentes se alineen con el intereses del principal solo respecto de las acciones que son incentivadas o monitoreadas (p. 8).

Por tal razón, a fin de identificar el esquema de incentivos o de monitoreo de acciones más idóneo u holístico, conforme se puede apreciar en el grafico 2, es

posible analizar la relación de agencia existente entre el regulador y la empresa regulada en tres momentos. El primer de ellos está referido al otorgamiento de la concesión exclusiva a favor de la empresa regulada. A partir de dicho momento la empresa regulada está sujeta a las obligaciones impuestas por el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente. El momento dos justamente se refiere al cumplimiento de dichas obligaciones, que van, por ejemplo, desde la forma en la que se determinará la tarifa hasta los estándares mínimos de calidad técnica y comercial establecidos, incluyendo la regulación del procedimiento de reclamo. Y, el momento tres corresponde a la actuación de la empresa regulada como primera instancia dentro de un procedimiento de reclamo, es decir, a las obligaciones que tiene que cumplir dentro de dicho procedimiento, como la de resolver correctamente el reclamo.

Gráfico 2



Elaboración propia

En cada uno de esos momentos existe una relación de principal agente entre el regulador y la empresa regulada. No obstante, el momento uno se diferencia de los otros en que el problema de agencia no es uno de riesgo moral, sino de selección adversa. En ese sentido, el Estado debe procurar que el contrato de concesión se celebre con la empresa que esté en la mejor condición para realizar la actividad de distribución eléctrica del servicio público de electricidad, sin tener realmente conocimiento de la certeza de dicha condición. Si bien, sería importante desarrollar los supuestos que permitan al Estado identificar a aquellas empresas más aptas para prestar el servicio a concesionar, para la presente tesis se ha considerado más relevante enfocarse en cómo aminorar los problemas ocasionados por las asimetrías de información que sustentan las situaciones de riesgo moral existentes en todo el desarrollo de la relación regulador empresa regulada. Ello debido a que, partimos del presupuesto de que todas las empresas buscan maximizar sus beneficios y minimizar sus costos, por lo que, incluso así se determine el esquema que permita identificar a las empresas más idóneas para prestar el servicio, no se eliminarán las oportunidades o circunstancias existentes para que en el desarrollo de la relación regulador empresa regulada se produzcan situaciones de riesgo moral.

Empezaremos el análisis propuesto desde el momento 3, que es la parte en la cual se resuelven los reclamos, dado que, de esa manera se podrá entender cómo y por qué es necesario implementar soluciones al problema de agencia en los demás puntos señalados, a fin de que se respete el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente, de acuerdo al enfoque holístico antes señalado.

2. Resolución correcta de los procedimientos de reclamos

Como ya se señaló, que los reclamos presentados se resuelvan correctamente no solo redundaría en beneficio de los usuarios, sino también, en el reforzamiento del diseño regulatorio, es decir, en el bienestar de la sociedad. En ese sentido, se advierte la importancia de proponer un esquema de solución al problema de agencia identificado entre las empresas de distribución eléctrica a cargo de la primera instancia de los procedimientos de reclamos y la segunda instancia a cargo de la JARU. Por lo tanto, corresponde analizar cómo la JARU podría alinear los intereses y objetivos de las empresas de distribución eléctrica con los suyos, o como podría disminuir la asimetría de la información existente entre ambas.

2.1 Cuestiones previas

No obstante lo señalado, antes de proponer soluciones al problema de agencia advertido, conviene primero reconocer que la existencia de dos instancias para la solución de reclamos es contingente, en el sentido de que, el diseño escogido podría ser distinto, de modo tal que, se podría eliminar la relación de agencia existente considerando una única instancia a cargo del regulador. Asimismo, también se podría plantear que la solución del conflicto que genera el reclamo podría ser corregido en una etapa previa a su presentación mediante algún tipo de mecanismo de solución alternativo de conflictos. En ese sentido, conviene primero analizar, si es que es posible solucionar el problema de agencia eliminando justamente la causa que lo ocasiona, es decir, analizar si es que es necesario que existan dos instancias estando la primera de ellas a cargo de la empresa de distribución eléctrica, o si bastaría con una única instancia a cargo del regulador, y, además, si la correcta solución a los conflictos que genera un reclamo podría darse en una etapa previa al procedimiento mediante las soluciones privadas entre las partes.

2.1.1 ¿Instancia única a cargo del regulador?

Con una sola instancia a cargo del regulador se conseguiría que los reclamos presentados se resuelvan siempre de acuerdo al diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente, evitando de ese modo, el problema de riesgo moral que se genera al considerar a cargo de la instancia previa a una empresa regulada. Sin embargo, existen razones que justifican que en el procedimiento de reclamo del Servicio Público de Electricidad se consideren dos instancias, estando la primera de ellas a cargo de la empresa regulada que brinda dicho servicio.

Sobre el particular, el diseño del procedimiento de reclamo debe de buscar la minimización del costo social, en ese sentido, considerar a la JARU como única instancia de resolución de los reclamos excluyendo a las empresas que brindan el servicio sobre el cual estos reclamos recaen desaprovecharía la información que estas tienen sobre los reclamos, ocasionando que sea la JARU quien canalice todos los requerimientos que puedan tener los usuarios sobre el servicio brindado,

los cuales incluirían no solo los requerimientos que son efectivamente reclamos, sino también, aquellos ante los cuales las empresas que brindan el servicio no tendrían oposición en atenderlos. Es decir, la JARU recibiría todos los cuestionamientos referidos a conflictos derivados con la prestación del servicio, así como, los pedidos que no necesariamente impliquen un conflicto, lo cual, es una situación socialmente ineficiente.

Para hacer más clara la afirmación antes indicada, consideremos las actividades de “resolver reclamos” y de “atender otros requerimientos que no son reclamos” como productos que pueden ser elaborados por las empresas de distribución eléctrica o por la JARU. De ese modo, teniendo en cuenta a Panzar y Willig (1981), que señalan que existen economías de alcance cuando es menos costoso combinar dos o más líneas de producción en una sola firma que producirlas separadamente (p. 268), el escenario antes descrito es consecuencia de las economías de alcance que caracterizan a la provisión de servicios públicos como el de electricidad. Ello debido a que, siguiendo de nuevo a los referidos autores, las economías de alcance se generan cuando existe un insumo que es compartido por dos o más líneas de producción sin generar congestión en el proceso productivo que está detrás de dichas líneas de producción.

En ese sentido, para los productos “resolución de reclamos” y “atención de otros requerimientos que no son reclamos”, las empresas de distribución de electricidad, a diferencia de la JARU, tienen economías de alcance en su producción, en la medida que, en mérito a las obligaciones impuestas por el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente y al mismo hecho de que son ellas las que brindan el servicio público de electricidad, tienen toda la información referida al servicio brindado, la cual es un insumo para realizar ambos productos. Para ejemplificar lo señalado, es suficiente con notar que, por ejemplo, la JARU, no tiene la información referente a los consumos demandados por los usuarios, las fechas de vencimiento de sus recibos, las fechas y montos de los pagos efectuados, los cortes realizados o los motivos que los justificarían, entre otros. Por tal razón, para elaborar cualquiera de los productos señalados, la JARU necesitaría solicitar información a las empresas de distribución eléctrica o tener que elaborar un sistema que le permita obtener dicha información sin necesidad de recurrir a las referidas empresas, verificándose por ello, mayores costos de transacción y duplicación de costos para producir los productos “resolución de reclamos” y “atención de otros requerimientos que no son reclamos”, es decir un mayor costo social.

Por lo expuesto, podemos afirmar que es menos costoso para la sociedad que sea la empresa de distribución eléctrica quien atienda no solo los reclamos en primera instancia, sino también, los demás requerimientos referidos al servicio público de electricidad brindado por las mismas.

Empero, a pesar de lo afirmado ¿ello significa que solo debe existir una instancia única a cargo de las empresas de distribución eléctrica o dos instancias, estando la segunda a cargo del regulador? Sobre el particular, corresponde analizar si el diseño más idóneo para el procedimiento de reclamos del servicio público de electricidad requiere que exista una segunda instancia que revise los pronunciamientos de las empresas de distribución eléctrica.

2.1.2 ¿Una sola o dos instancias?

Como se ha visto precedentemente, entre las empresas reguladas y el regulador existe una relación de agencia con problemas de riesgo moral, lo cual ocasionaría, por ejemplo, que las respuestas a los reclamos no persigan el cumplimiento del diseño regulatorio recogido en el marco jurídico vigente, sino, los objetivos o intereses particulares de las empresas de distribución eléctrica. Por tal razón, se hace necesario una segunda instancia, que no solo corrija los errores de la primera, sino también, que represente al regulador como principal de la relación de agencia existente entre este y la empresa regulada, a fin de que, pueda implementar las soluciones más idóneas al problema de agencia antes señalado.

Asimismo, trasladando al procedimiento de reclamos el razonamiento efectuado por Shavell (1995), respecto a la justificación del recurso de apelación contra las decisiones de la primera instancia en un proceso judicial, podemos señalar que, de igual modo, una segunda instancia sirve para corregir los errores en los que pueda incurrir la primera, que para el caso de reclamos del servicio público de electricidad, no solo están referidos a los reclamos que son resueltos persiguiendo el interés particular de las empresas de distribución eléctrica, sino también, a aquellos que se resuelven equivocadamente producto de interpretaciones o aplicaciones incorrectas del marco normativo vigente que regula al servicio público de electricidad, los cuales, son más fácilmente advertidos por en quienes recaen las consecuencias de una resolución indebida, de modo que, si no existiese una segunda instancia el regulador difícilmente tomaría conocimiento de ellos (p. 379 – 382).

Es importante precisar que, para que el diseño regulatorio se pueda cumplir es necesario que se concrete en normas que impongan obligaciones a cargo de las empresas de distribución eléctrica. No obstante, las referidas empresas muchas veces interpretan dichas obligaciones en un sentido distinto respecto a la interpretación recogida por el regulador, e incluso lo hacen de diferente manera entre ellas mismas. En ese sentido, trasladando nuevamente las conclusiones a las que arriba Shavell (1995), se puede afirmar que, otras de las ventajas de que exista una segunda instancia son las referidas a que mediante el análisis de los recursos de apelación que interponen los usuarios se puede advertir aquellas situaciones que hacen necesario revisar las obligaciones impuestas por el marco normativo vigente, consiguiendo que, se modifiquen o se creen nuevas normas, y de igual modo, también el regulador puede tomar conocimiento de cómo las empresas de distribución eléctrica vienen interpretando las obligaciones impuestas, y sobre ello, crear precedentes de observancia obligatoria que armonicen todas las interpretaciones existentes de conformidad con la interpretación oficial del regulador (p. 415 – 425).

Por lo expuesto, se justifica como diseño de un procedimiento para la solución de reclamos que exista una primera instancia a cargo de la empresa regulada, y que, junto con ella exista también una segunda instancia a cargo del regulador, a fin de que, este último haga respetar el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente, ya sea mediante la corrección de las resoluciones de la primera instancia,

la creación o modificación de nuevas normas²⁷ o el establecimiento de precedentes de observancia obligatoria, y también, como se desarrollará más adelante, para que implemente las soluciones al problema de agencia existente entre ambas instancias²⁸.

2.1.3 Solución privada entre las partes

Una solución privada entre las partes ante el surgimiento de un conflicto es un resultado más eficiente para la sociedad que aquel que se pueda obtener mediante la intervención de un tercero en el desarrollo de un procedimiento, no solo porque significa un ahorro del costo que implica el desarrollo dicho procedimiento, sino también debido a que, son las partes involucradas en el conflicto quienes tienen mayor información respecto de la valoración de sus preferencias y utilidades, y por ello, quienes conocen todos los puntos de sus curvas de indiferencia²⁹. Por tal razón, son dichas partes quienes pueden determinar qué combinaciones de bienes los situaría o aproximaría al mismo nivel de utilidad que tenían antes de surgido el conflicto. Sin embargo, ello no implica que necesariamente las partes decidan voluntariamente siempre arribar a una solución privada, sino que, en tanto existan externalidades, costos de transacción, asimetría de la información y conductas oportunistas, entre otros supuestos, dicha solución privada no se llevará a cabo, por lo que, se deben generar los incentivos adecuados que ocasionen una mayor utilidad a la solución privada entre las partes por sobre otro tipo de soluciones. Lo antes señalado es una de las razones por las cuales existen mecanismo de solución de conflictos a cargo de terceros distintos a las partes involucradas.

En una relación de consumo que no está sujeta a un marco normativo creado para regular un servicio con características de monopolio natural, sí podrían existir los incentivos adecuados para que las empresas busquen resolver los conflictos que puedan ocasionarse en la prestación del servicio mediante una solución privada. Ello debido a que, los usuarios que se consideren afectados por las conductas del proveedor del servicio pueden presentar denuncias ante el tribunal correspondiente, y de verificarse que el proveedor del servicio incurrió en alguna vulneración al marco normativo vigente, no solo le correspondería realizar la medida correctiva que busque colocar a usuario afectado en algún punto de su curva de indiferencia que lo ubique en el mismo nivel de utilidad que tenía antes de ocurrida la vulneración, sino también que, le correspondería pagar el monto de la sanción que dicho tribunal determine, el cual debería ser igual a por lo menos el beneficio obtenido por la realización de la conducta sancionada. De ese modo, siempre que la empresa proveedora considere que el valor de aquello que cede en la solución privada es menor que la probabilidad de que la denuncia sea resuelta en su contra multiplicado por el costo de la medida correctiva más la sanción,

²⁷ JARU puede proponer al Consejo Directivo de Osinergmin las modificaciones normativas que estime conveniente, e incluso que traslade al Ministerio de Energía y Minas o el Congreso de la República, propuestas de nuevas normas o modificaciones existentes.

²⁸ Es pertinente mencionar, conforme advierte Prendergast (2002) que otorgar la facultad de reclamar a los usuarios puede ayudar a solucionar el problema de agencia al disminuir la asimetría de la información existe entre los agentes y el principal, debido a que, mediante la reclamación los usuarios señalan los errores y excesos que cometen los agentes, no obstante, para que esto sea así, es importante que los usuarios compartan los mismos intereses que el principal, de lo contrario, sus reclamos podrían entorpecer su labor y pasar por alto vulneraciones marco normativo que les favorezcan.

²⁹ Siguiendo a Baumol y Blinder (2008) las curvas de indiferencia se pueden definir como todas las combinaciones de bienes que representan un mismo valor para un consumidor (p. 102).

decidirá optar por dicha solución. De igual modo, en tanto no es un servicio que se brinda en condiciones de monopolio, a parte de la sanción impuesta por el tribunal, los usuarios que se sientan afectados por las conductas de la empresa pueden elegir a otro proveedor del servicio, disminuyendo de ese modo los ingresos futuros de la empresa.

Sin embargo, para el caso concreto del Servicio Público de Electricidad, a diferencia de lo que ocurre en un servicio que no está regulado como monopolio natural, como hemos visto, resulta más eficiente que sea la empresa concesionaria quien resuelve en primera instancia los conflictos que surjan por la prestación del servicio. Por ello, podemos concluir que, dado el problema de riesgo moral existente entre la empresa regulada y el regulador, las empresas concesionarias no tendrán los incentivos adecuados para arribar a soluciones previas a la solución final del procedimiento de reclamo, incluso en aquellos supuestos en los cuales la propia concesionaria tiene conocimiento de que el conflicto proviene de un incumplimiento que es de su responsabilidad, ello debido a que, no todos los reclamos declarados infundados serán apelados por los usuarios y de ser impugnados, el marco normativo vigente no ha considerado como supuesto de sanción la incorrecta resolución de los reclamos en primera instancia por su parte, por lo que, solo asumirían como costo la ejecución de la medida correctiva, la cual incluso, ya es reconocida en la tarifa³⁰.

2.2 Alineación de intereses de la primera instancia con la JARU

En consecuencia, determinado que el diseño más idóneo del procedimiento de reclamo es aquel que consiste en la existencia de dos instancias, una primera a cargo de las empresas de distribución eléctrica, a fin de que, se aprovechen las economías de alcance existentes en la producción de los servicios de resolución de reclamos y de otros requerimientos, y una segunda a cargo de la JARU, a fin de que, entre otros, alinee los intereses de estas empresas con los del regulador, corresponde analizar cómo podría la JARU resolver el problema de riesgo moral que surge entre ambas instancias.

Sobre el particular, como ya se ha mencionado en el marco conceptual de la presente tesis, la forma de solucionar un problema de agencia del tipo riesgo moral es una mezcla entre esquemas de incentivos, que permita alienar los intereses del agente con los del principal, y el monitoreo de acciones, que posibilite al principal conocer la información privada que posee el agente. Para el caso en particular, consideramos que actualmente el énfasis debe concentrarse en los esquemas de incentivos y no tanto en el monitoreo de acciones. Ello debido a que, la revisión mediante la segunda instancia ya es un mecanismo de monitoreo de acciones que permite observar al regulador los incumplimientos de las empresas distribuidoras de electricidad. Sin embargo, a diferencia de los modelos estándares de riesgo moral, en los cuales, la obtención de información permite al principal elaborar un nuevo contrato teniendo en cuenta dicha información, en esta relación de agencia entre la JARU y las empresas de distribución eléctrica, el referido tribunal no puede modificar, en principio, los términos que dieron inicio a la relación de agencia.³¹

³⁰ La tarifa reconoce, entre otros, los costos eficientes de operación y mantenimiento a fin de brindar un nivel aceptable de calidad técnica y comercial. De ese modo, si un reclamo es presentado debido a una vulneración efectiva del marco regulatorio la medida correctiva dispuesta por el regulador no le irrogaría a la empresa concesionaria un costo adicional a lo ya reconocido en la tarifa.

³¹ Aunque como se señala precedentemente, sí las podría afectar de ser el caso que consiga una modificación a la normativa vigente o la aprobación de una nueva norma.

En ese sentido, si bien la JARU puede corregir en segunda instancia los pronunciamientos de las empresas de distribución eléctrica, enfocarse en solo resolver los reclamos que a través de los recursos de apelación presentados llegan al tribunal no resuelve el problema de agencia. Por tal razón, las metas institucionales que la JARU siempre se ha propuesto referidas al número de días hábiles de atención (tiempo en el que demoran en resolver un recurso de apelación) y nivel de porcentaje de atención (cantidad de apelaciones resueltas versus cantidad de ingresos) si bien son indicadores de calidad de la gestión del tribunal no sirven para evitar que los reclamos en primera instancia se resuelvan de acuerdo a los intereses de las empresas de distribución eléctrica y no debidamente, conforme se podría colegir del Grafico N° 2.3 en el que se observa que desde enero de 2012 al 31 de julio de 2017 el número de apelaciones de reclamos que ingresaron a la JARU se incrementó en 174.97%, pasando de 7060 a 11686.

Dicho incremento podría ser explicado por otras razones, como el aumento en el número de usuarios o el mayor conocimiento del derecho a presentar un reclamo. Sin embargo, tener como metas indicadores que solo están relacionados con la resolución de recursos de apelación de los reclamos presentados, obviando la relación de agencia existente, hace que sea poco probable que la cantidad de recursos que son elevados a la JARU disminuya o que las empresas reguladas resuelvan los reclamos en primera instancia de acuerdo al interés del regulador, por lo que, se puede presumir razonablemente que el incremento referido puede estar vinculado a un enfoque incorrecto de los objetivos que debe tener dicho tribunal administrativo. En ese sentido, para conseguir los efectos indicados, es preciso determinar qué esquemas de incentivos pueden solucionar el problema de agencia ya señalado, teniendo en cuenta que, dentro de las herramientas que tiene el regulador para hacer cumplir las obligaciones impuestas por el diseño regulatorio a las empresas reguladas se encuentran, entre otras, la imposición de sanciones.

Las sanciones pueden generar incentivos en las empresas reguladas para que no realicen ciertas conductas, siempre y cuando, el beneficio de realizarlas sea menor que el costo que impone la sanción.³² De ese modo, una empresa de distribución eléctrica resolverá según los criterios del regulador de tener la certeza que hacer lo contrario le generaría un costo mayor que el beneficio de resolver de acuerdo a su interés particular.

2.2.1 Precedente de observancia obligatoria

Por lo expuesto, parecería adecuado sancionar a las empresas concesionarias de distribución por resolver en contra del criterio del regulador. Sin embargo, si bien es

³² No es materia de análisis de la presente tesis cuál sería el monto efectivamente eficiente de la sanción, pero consideramos, como señala Stigler (1970), que si bien las sanciones altas reducen la utilidad esperada de la realización de la conducta ilícita, la disuasión marginal de sanciones muy elevadas puede ser pequeña o incluso negativa (p. 56 – 57). De ese modo, por ejemplo, si por resolver incorrectamente un reclamo por excesiva facturación con un monto en disputa de S/ 100,00 se impone una multa de S/ 50 000,00, se puede generar el incentivo a la concesionaria para que declare fundado el reclamo presentado, incluso si el monto facturado es el que le corresponde al usuario, ello ante el riesgo de que la resolución que emita pueda ser considerada incorrecta, lo cual, también es perjudicial para la sociedad. Asimismo, también podría generar que sobre invierta en su proceso de facturación a fin de tratar de evitar el mínimo error, o, tomando en cuenta que como dicho sobre costo no le será reconocido en la tarifa por no ser eficiente decida obstaculizar o impedir la presentación de reclamos o de recursos de apelaciones.

posible considerar que establecer como supuesto de hecho sancionable la incorrecta resolución de reclamos en primera instancia sería la mejor forma de controlar la conducta de las concesionarias, alineando de ese modo sus intereses con los del regulador, se debe de tener en cuenta que, a diferencia de un procedimiento administrativo sancionador ordinario, en el cual para la imposición de una sanción la autoridad administrativa debe primero verificar la realización de la conducta prohibida, el referido supuesto permitiría a la JARU la posibilidad de decidir la ocurrencia del supuesto de sanción y no solo realizar su verificación. Lo cual generaría un desequilibrio en la relación entre el regulador y la empresa regulada, permitiendo la posibilidad de un ejercicio desmedido de la competencia sancionadora de la JARU.

Sobre esto último, compartimos la afirmación de Glaeser, Johnson, y Shleifer (2001) referida a que los reguladores pueden ser previstos más fácilmente de incentivos para sancionar violaciones de un marco regulatorio particular. Sin embargo, si bien los mayores incentivos que tienen los reguladores para realizar un ejercicio agresivo de su potestad sancionadora puede generar un mayor cumplimiento del marco normativo, esos mayores incentivos también pueden ocasionar que en el ejercicio agresivo de dicha potestad sancionadora se penalice a inocentes (p. 854 – 855) ³³. De ese modo, establecer como sanción el referido supuesto no solo genera la oportunidad para un ejercicio desmedido de la potestad sancionadora, sino también, que podría ser considerado más injusto³⁴.

Por ello, consideramos que la mejor forma de implementar un esquema de sanciones que implique un ejercicio justo y no arbitrario de la potestad sancionadora de la JARU, y que genere los incentivos adecuados para que las empresas de distribución eléctrica que resuelven reclamos en primera instancia lo hagan de acuerdo al criterio del regulador, es mediante la sanción por el incumplimiento del precedente de observancia obligatoria.³⁵

Ello debido a que, mediante los precedentes de observancia obligatoria la JARU puede determinar para cada caso en concreto cómo las empresas de distribución eléctrica deberían entender el marco normativo vigente y por lo tanto cómo deberían resolver cada reclamo presentado. En ese sentido, se alinearían los intereses de las referidas empresas de distribución con los de la JARU, en tanto que, de no resolver conforme al criterio establecido en un precedente correspondería la imposición de una sanción.

³³ Glaeser, Johnson, y Shleifer (2001) mencionan ello comparando a los jueces con los funcionarios administrativos de un regulador, sin embargo, sus afirmaciones sobre los mayores incentivos que tienen los reguladores a realizar una sobre fiscalización no se agota en la referida comparación.

³⁴ Siguiendo a Polinsky y Shavell (2000) no ha sido usual que en los modelos de “*public law enforcement*” o ejecución pública de las leyes se considere si las sanciones son justas o injustas, a pesar de que a las personas sí les interesa que las sanciones sean justas, en el sentido de que considerar que estas no deberían de ser más graves que el daño cometido por la conducta sancionada (p. 223 – 226). Por la misma razón, consideramos que el ejercicio de la potestad sancionadoras también puede ser percibido como injusto o justo, por lo que, su ejercicio debe de tener en cuenta dicha valoración.

³⁵ Los precedentes de observancia obligatoria corresponden a interpretaciones de carácter general que realizan las autoridades administrativas respecto al sentido de la normativa del sector, constituyendo una fuente de obligatorio cumplimiento para todas los administrados. La base legal del precedente se encuentra establecida en el artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Cabe precisar que, para que se genere el efecto señalado la sanción debe de ser eficiente, es decir, el monto de la misma por la probabilidad de detección debe ser mayor al beneficio que obtendrían las empresas de distribución eléctrica por resolver un reclamo en contra del precedente de observancia obligatoria establecido³⁶. De ese modo, el incumplimiento de un precedente de observancia obligatoria respecto de un reclamo específico, debería ser sancionado con el pago de una multa cuyo valor sea mayor al monto que se puso en disputa por dicho reclamo teniendo en cuenta la probabilidad de que el usuario apele el pronunciamiento de primera instancia a fin de que pueda ser evaluado por la JARU.

Es importante advertir que actualmente la JARU tiene aprobados 57 lineamientos resolutivos³⁷ que explican y precisan los materias de reclamo más comunes, señalando cómo se deberían de resolver cada uno de ellas. Sin embargo, a diferencia de un precedente de observancia obligatoria su cumplimiento de acuerdo al marco normativo vigente es opcional, por lo que, no seguir el lineamiento no podría ser una causal de sanción. En ese sentido, para alinear los intereses de las empresas de distribución eléctrica con los de la JARU y conseguir que los reclamos presentados sean resueltos por dichas empresas de acuerdo con la interpretación del regulador, evitando que los usuarios reclamantes tengan que apelar y esperar el pronunciamiento final de la JARU, solo bastaría que los lineamientos resolutivos ya aprobados por el referido tribunal administrativo se conviertan en precedentes de observancia obligatoria³⁸.

Conviene precisar que en la Directiva de Reclamos se ha establecido que las resoluciones que emitan las empresas de distribución eléctrica incumpliendo los precedentes de observancia obligatoria serán declaradas nulas además de constituir conductas sancionables³⁹. Sin embargo, pese a que dicha directiva entró en vigencia, el 24 de enero de 2015, hasta la fecha no se ha modificado el cuadro de tipificación y sanciones de la JARU que permita efectivamente sancionar por dicho incumplimiento. Por ello, los precedentes de observancia obligatoria, en la práctica no son obligatorios y su cumplimiento depende exclusivamente de las decisiones que puedan tomar las empresas de distribución eléctrica, lo cual, considerando que existe una relación de agencia sujeta a un problema de riesgo moral, tendrá como resultado, que simplemente no se cumplan.

Por todo lo expuesto, consideramos que a través de la sanción por incumplimiento del precedente de observancia obligatoria la JARU puede crear los incentivos adecuados para que las empresas de distribución eléctrica resuelvan siempre los reclamos de acuerdo al criterio del regulador determinado por la JARU.

³⁶ Para un análisis detallado sobre el esquema más eficiente en el sector eléctrico peruano nos podemos remitir a Pacheco Tamayo, Vásquez Cordano, y García Carpio, (2013) y asimismo, a Vásquez Cordano y Gallardo Ku, (2006) que si bien se centra en el sector hidrocarburos, también desarrolla un esquema eficiente para la supervisión e imposición de sanciones.

³⁷ Aprobados mediante las Resoluciones Nos. 001-2006-OS/JARU, 002-2009-OS/JARU y 001-2011-OS/JARU.

³⁸ Cabe señalar que el lineamiento resolutivo y precedente de observancia obligatoria tienen naturaleza distinta, sin embargo, se busca advertir que el costo de crear los precedentes de observancia obligatoria actualmente es bajo debido a que en dichos lineamientos ya se tiene establecido cómo deberían de actuar y resolver las empresas concesionarias para la mayoría de reclamos que se presentan.

³⁹ Ver el literal d) del artículo 10.

2.2.2 Verificación de cumplimiento de resolución de primera instancia

Mediante la sanción por incumplimiento del precedente de observancia obligatoria se puede conseguir que un reclamo presentado sea resuelto por la empresa de distribución eléctrica de acuerdo al diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente, debido al incentivo económico que una multa eficiente puede generar. Sin embargo, teniendo en cuenta lo ya mencionado, en el sentido de que, un esquema de incentivos que no se implemente de forma holística no va a ocasionar una corrección adecuada de la conducta del agente, dado que, estos se van a concentrar solo en corregir las conductas que son incentivadas, persiguiendo su interés personal en aquellas sobre las cuales no recae el incentivo, sancionar únicamente el incumplimiento de los precedentes de observancia obligatoria es una solución aislada que necesita de por lo menos una señal adicional por parte del principal a fin de conseguir el alineamiento de intereses perseguido.

Para precisar lo antes señalado consideremos un supuesto en el cual se ha facturado en exceso el consumo de un usuario, ante ello, el usuario presenta un reclamo, el cual, producto del incentivo que genera la amenaza de sanción por el incumplimiento del precedente de observancia obligatoria, es resuelto de manera correcta por la empresa de distribución eléctrica declarándolo fundado y disponiendo en su resolución la refacturación correspondiente. El usuario viendo reconocida su pretensión no presenta recurso de apelación, y por ello, el procedimiento de reclamo culmina con la resolución de primera instancia en los términos expuestos, sin que la JARU tome conocimiento de dicho reclamo.

Se advierte como la sanción por no seguir el precedente de observancia obligatoria alinea los intereses de las empresas de distribución eléctrica con los de la JARU respecto a cómo resolver los reclamos. Pero, no es suficiente para asegurar la corrección de la incorrecta facturación, que es finalmente lo que el regulador busca incentivar. Ello debido a que, en el ejemplo citado, si bien la resolución de primera instancia declara fundado el reclamo y dispone la medida correctiva correspondiente, ello no es más que una declaración que debe ser concretizada en acciones, en dicho caso, en la modificación del sistema comercial de la empresa de distribución eléctrica a fin de que refleje el verdadero consumo del usuario y la aplicación correcta de la tarifa.

En ese sentido, para conseguir el efectivo alineamiento de intereses entre la empresa de distribución eléctrica y la JARU se necesita una herramienta que permita verificar que lo resuelto en primera instancia se cumpla, de lo contrario, si para resolver el problema de riesgo moral solo se establece como incentivo la sanción por no seguir el precedente de observancia obligatoria el agente puede concentrarse únicamente en aquella conducta que es observada e incentivada y seguir actuando de acuerdo a su interés personal respecto a sus demás acciones que no son parte del esquema de incentivos. Así, por ejemplo, podría resolver todos los reclamos que se le formulen de acuerdo a los precedentes de observancia obligatoria aprobados por la JARU, a fin de evitar sanciones en su contra, y, sin embargo, no ejecutar lo resuelto manteniéndose de ese modo las vulneraciones al diseño regulatorio.

Por consiguiente, el esquema de incentivos más adecuado es aquel que sancione el incumplimiento de los precedentes de observancia obligatoria y el incumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones de primera instancia y segunda instancia.

Interesa mencionar que para el año 2017 la JARU tiene como meta institucional de su gestión, aparte del porcentaje de nivel de atención de recursos de apelación y quejas, y de los días hábiles promedio de atención de dichos procedimientos, la imposición de únicamente 50 sanciones⁴⁰. Asimismo, no tiene como meta el desarrollo de un número mínimo o porcentaje de procedimientos de verificación de resolución de primera o segunda instancia, pese a que, de acuerdo a la Directiva de Reclamos, la JARU tiene la obligación de por lo menos revisar de oficio el cumplimiento de sus resoluciones sobre temas calidad de servicio y de seguridad pública, siendo este último más grave, en la medida que son supuestos en los que la salud e integridad física de las personas está expuesta al peligro.

2.3 Disminución de los reclamos

En el numeral anterior se ha propuesto un esquema de incentivos que busque incentivar a las empresas de distribución eléctrica a fin de que resuelvan los reclamos siguiendo el criterio del regulador representado por la JARU. Sin embargo, este esquema de incentivo no trasciende al procedimiento de reclamos, es decir, no genera ningún incentivo a las empresas de distribución eléctrica para que corrijan o dejen de realizar las conductas que vulneran el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente y que ocasionan los reclamos. Únicamente, según los momentos señalados en el Grafico 2, alinean los intereses de dichas empresas con los de la JARU una vez presentado el reclamo, por ello, solo tienen efecto en el momento 3 indicado en el citado gráfico.

Por ejemplo, si una empresa concesionaria factura un monto mayor al correspondiente, ante la interposición de un reclamo se le presentarían dos opciones de actuación, resolverlo dándole la razón al usuario reclamante o resolverlo denegándosela. Si el regulador ha resuelto debidamente el problema de agencia existente en el momento 3 (ver Gráfico 2), es decir, ha creado un esquema de incentivos que sancione eficientemente resolver en contra del criterio establecido por el regulador, la opción de no darle la razón al usuario no sería viable para la empresa concesionaria. No obstante, se observa que el alineamiento de intereses generado por el esquema de incentivos presupone siempre la existencia de un reclamo, por lo que, no trasciende a una etapa anterior a su presentación.

Lo antes señalado es relevante en el sentido de que advierte que por más que la JARU consiga alinear los intereses de las empresas reguladas con los suyos, no va a conseguir que las empresas de distribución eléctrica cumplan con las obligaciones regulatorias impuestas en el marco normativo vigente evitando que se generen más reclamos. Por ello, las empresas de distribución eléctrica podrían seguir obteniendo beneficios por la vulneración del diseño regulatorio, corrigiendo únicamente aquellas vulneraciones que logren ser reclamadas, por tal razón, es necesario que se corrija el problema de agencia desde los momentos anteriores a la presentación de reclamos si es que se desea disminuir la cantidad de reclamos que presentan los usuarios del servicio público de electricidad.

⁴⁰ Repartidas en 20 por cada sala unipersonal y 10 por la sala colegiada. La JARU de acuerdo al Reglamento de la Secretaría Técnica de los Órganos Resolutivos, aprobado por la Resolución Osinergmin N° 067-2008-OS/CD, está conformada por dos salas unipersonales y una sala colegiada.

En consecuencia, para conseguir lo señalado, es necesario crear incentivos en los momentos 1 y 2 señalados en el Grafico 2 de la presente tesis.

2.3.1 Cumplimiento de las obligaciones regulatorias

Para que la cantidad de reclamos que se presentan disminuyan las empresas de distribución eléctrica deben de dejar de realizar aquellas conductas que son reclamadas por los usuarios. Por tal razón, teniendo en cuenta que, conforme a lo señalado en el capítulo II de la presente tesis, respecto a la importancia de los reclamos en el servicio público de electricidad, muchos de los aspectos del diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente están presente en los reclamos, como, por ejemplo, el precio máximo fijado en la tarifa, la calidad mínima, la presencia de bienes públicos o el establecimiento de políticas públicas, entre otros, es necesario identificar un esquema de incentivos o de monitoreo de acciones que conmine a las empresas reguladas a cumplir con las el diseño regulatorio, y de ese modo, hacer que la cantidad de reclamos disminuya.

En ese sentido, a diferencia de un procedimiento de reclamo en el cual los usuarios coadyuvaban a la supervisión de las acciones de las empresas de distribución eléctrica mediante la presentación de sus reclamos, en este supuesto el objetivo está en la prevención. Es decir, en buscar que no ocurran las situaciones que generan la presentación de reclamos. Por ello, el regulador debe de implementar un mecanismo de monitoreo anterior al procedimiento de reclamo a fin de reducir la asimetría de información existente y con ello poder alinear los intereses y objetivos de las empresas reguladas con los suyos.

De ese modo, si bien existen muchas formas de monitoreo y de incentivos, consideramos que el esquema que puede conseguir la prevención deseada consiste en el monitoreo de acciones mediante el establecimiento de procedimientos de supervisión y la generación de incentivos mediante la imposición de sanciones económicas. Respecto a esto último, cabe precisar que, teniendo en cuenta que el marco normativo vigente permite a Osinergmin imponer medidas administrativas distintas a las sanciones, tales como, mandatos y medidas correctivas, y siguiendo a Shavell (1993), que señala que la prevención está relaciona con el momento de la intervención legal, debiendo ocurrir en una etapa previa, antes de la comisión del acto infractor (p. 257), consideramos que antes de la imposición de la sanción se debe de establecer los mandatos o medida correctivas que correspondan.

Los mandatos y medidas correctivas se emiten dentro o fuera del procedimiento administrativo sancionador a fin de garantizar que el administrado actúe en cumplimiento de sus deberes o para evitar que cometa o continúe realizando una conducta sancionable, y para restablecer las cosas o situaciones alteradas por la conducta sancionable a su estado anterior, respectivamente⁴¹. Por ello, dentro del esquema de incentivos en adición a las multas se debe también considerar a los mandatos y medidas correctivas, más aún, si ante su incumplimiento Osinergmin tiene la posibilidad de imponer como mecanismo de ejecución forzosa las multas coercitivas que sean necesarias hasta que se cumpla con los mandatos o medidas

⁴¹ Ver artículos Nos. 36 y 38 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado mediante la Resolución Osinergmin N° 040-2017-OS/CD.

correctivas dispuestas⁴².

A modo de ejemplo, podemos mencionar que Osinergmin tiene aprobado un procedimiento para supervisar que las empresas de distribución cumplan con realizar su proceso de facturación en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el marco regulatorio vigente⁴³. Dicho procedimiento a través del establecimiento de indicadores y muestras supervisa que las lecturas de los equipos de medición o la gestión de la facturación se realicen de forma correcta, y que los cargos regulados o demás conceptos que se incluyen en el recibo sean los que correspondan⁴⁴. De ese modo, ante la verificación del incumplimiento de un indicador, Osinergmin podría disponer la corrección de la conducta mediante la imposición de una medida administrativa y posteriormente la sanción correspondiente.

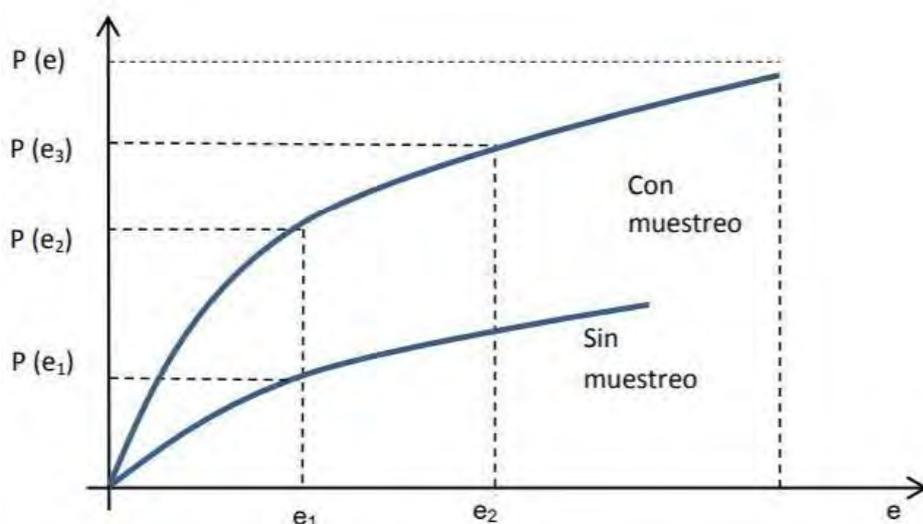
Por lo expuesto, consideramos que Osinergmin actualmente tiene las herramientas para resolver el problema de agencia identificado, mediante la realización de la supervisión de las obligaciones establecidas a cargo de las empresas de distribución eléctrica, teniendo la competencia normativa para imponer las medidas administrativas y sanciones eficientes que correspondan de verificar incumplimientos a las mismas. Sin embargo, podemos considerar que el aumento constante en el número de reclamos⁴⁵ es un indicador que las obligaciones

⁴² Ver artículo N° 38 y 42 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado mediante la Resolución Osinergmin N° 040-2017-OS/CD.

⁴³ Procedimiento para la Supervisión del Proceso de la Facturación a los Usuarios por el Servicio Público de Electricidad, aprobado mediante la Resolución Osinergmin N° 115-2017-OS/CD.

⁴⁴ Respecto a la eficiencia de la supervisión por un régimen de muestreo aleatorio por sobre uno de selección discrecional Pacheco Tamayo, Vásquez Cordano, y García Carpio (2013) concluyen que para los mismos niveles de esfuerzo (e) la probabilidad de detección (P_e) en esquemas de supervisión por muestreo aleatorio es mayor, conforme se aprecia en el gráfico siguiente:

Gráfico 3



(Elaboración Osinergmin)

⁴⁵ Ver cuadro 2.3

impuestas por el diseño regulatorio no están siendo cumplidas por parte de las empresas concesionarias⁴⁶.

2.3.2 Integración de los procedimientos de reclamos y supervisión

De acuerdo a lo señalado precedentemente, mediante el procedimiento de reclamos el regulador puede generar incentivos para que las empresas concesionarias una vez presentado el reclamo los resuelvan de acuerdo con el marco regulatorio vigente, y mediante los procedimientos de supervisión el regulador puede generar los incentivos para que las empresas concesionarias, antes de la presentación de un reclamo, puedan dejar de realizar aquellas conductas que ocasionan la presentación de reclamos. En ese sentido, se puede observar que ambas etapas están interrelacionadas en la medida que, una incorrecta supervisión va a generar mayores reclamos y viceversa, es decir, la mejora en la supervisión generará una disminución en la cantidad de reclamos presentados.

Como se ha mencionado, permitir que los usuarios del servicio público presenten reclamos es una forma de supervisión, en tanto que, coadyuva al regulador en tomar conocimiento del incumplimiento de obligaciones regulatorias por parte de las empresas concesionarias. Por tal razón, el resultado de los reclamos debería servir para que el regulador advierta cuáles son las obligaciones regulatorias respecto de las cuales debería ajustar sus procedimientos de supervisión, ya sea mediante la mejora de los existentes o la creación de nuevos procedimientos.

Por ejemplo, actualmente existen aprobados síes procedimientos de supervisión

⁴⁶ Como referente al nivel de incumplimiento de las obligaciones del marco regulatorio en la actividad de distribución eléctrica podemos considerar el cuadro incluido en Dammert, Molinelli y Martinelli (2008) del consolidado de multas impuestas por concesión y actividad en el periodo 2000 – 2007:

Cuadro 3.1

Consolidado: Por Concesión y Actividad en el cual se aplicó la sanción														
Monto y Número de Multas Impuestas al Sector Eléctrico por Segmento de Concesión según Segmentos de Actividad en los cuales se aplicó sanción. 2000-2007 (Monto en Miles de Nuevos Soles)														
CONCESIÓN	Coordinación		Generación		Comercialización en Generación		Transmisión		Distribución		Comercialización en Distribución		Total Monto Impuesto	Total N° Multas Impuestas
	Monto Impuesto	N° Multas Impuestas	Monto Impuesto	N° Multas Impuestas	Monto Impuesto	N° Multas Impuestas	Monto Impuesto	N° Multas Impuestas	Monto Impuesto	N° Multas Impuestas	Monto Impuesto	N° Multas Impuestas		
Coordinación	289	2											289	2
Generación			3 869	48	53	7	178	6					4 100	61
Transmisión							1 764	17					1 764	17
Distribución			199	6			136	9	25 648	342	5 880	98	31 862	455
Total general	289	2	4 068	54	53	7	2 078	32	25 648	342	5 880	98	38 015	535

Fuente: OSINERGMIN - GFE. Elaboración: Presidencia

comercial con treinta y dos indicadores (ver cuadro 3.2)⁴⁷ cuya finalidad es verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el diseño regulatorio en la normativa vigente a las empresas concesionarias de distribución, tales como, la correcta facturación, la solución de reclamos dentro del plazo legal y otras. Sin embargo, pese a que desde el año 2012 al año 2017 se registraron 655 apelaciones teniendo como materia reclamada la falta de reparto de recibos⁴⁸ y que dicha obligación existe desde la entrada en vigencia de la Ley de Concesiones Eléctricas, hasta antes del año 2017 no se había considerado algún indicador en dichos procedimientos que supervise la obligación del reparto de los recibos. En ese

Cuadro 3.2 Procedimientos de Supervisión

<u>Resolución 227-2013-05/CD</u>		
Procedimiento para la Supervisión de la Contratación de Medidores de Energía Eléctrica		
INDICADORES CONTRASTE	CPC	Cumplimiento del Programa Semestral de Contrastes
	CCM	Cumplimiento con el Cambio de Medidores Defectuosos
	GCM	Gestión del Proceso de Contraste de Medidores
<u>Resolución 047-2009-05/CD</u>		
Procedimiento para la Supervisión de la Facturación, Cobranza y Atención al Usuario		
INDICADORES FACTURACION	DMF	Desviación de Monto Facturado
	NCF	Calidad de la Facturación
	AGF	Aspectos Generales de la Facturación
INDICADORES COBRANZA	DTA	Desviación del Tiempo de Atención
	AGC	Aspectos Generales de la Cobranza
INDICADORES ATENCIÓN AL USUARIO	AGA	Aspectos Generales de la Atención al Usuario
	DMP	Desviación del Monto de los Presupuestos de Conexiones
	DPAT	Desviación de los Plazos de Atención de un Nuevo Suministro o Modificación del Existente
	CNS	Aspectos Generales de Nuevos Suministros y Modificación de Existentes
	NIU	Nivel de Información al Usuario
	CER	Calificación de Expedientes de Reclamos
	DART	Desviación en los Plazos de Atención de Reclamos
ICR	Información Mínima Contendida en los Recibos de Electricidad	
<u>Resolución 722-2007-05/CD</u>		
Procedimiento para la Supervisión de los Reintegros y Recuperos		
INDICADORES REINTEGROS	DCD	Desviación de las Condiciones de los Reintegros
	DID	Desviación Inferior del Importe de los Reintegros
INDICADORES RECUPEROS	DCR	Desviación de las Condiciones de los Recuperos
	DIR	Desviación en Exceso del Importe de los Recuperos
<u>Resolución 153-2013-05/CD</u>		
Procedimiento para la Supervisión de los Cortes y Reconexiones		
INDICADORES CORTE Y RECONEXION	FCR1	Desviación del Monto Facturado por Concepto de Corte del Servicio
	FCR2	Desviación del Monto Facturado por Concepto de Reconexión del Servicio
	DCI	Desviación de los Cortes realizados Indebidamente
	DTR	Desviación del Tiempo de Reconexión
	ACR	Aspectos relacionados al Corte, Reconexión, Retiro y Reinstalación
<u>Resolución 266-2012-05/CD</u>		
Procedimiento para la Supervisión de la Calidad de Atención Telefónica de las Empresas de Distribución Eléctrica		
INDICADORES CAT	ATNA	Atención Telefónica No Adecuada
	ICAT	Indisponibilidad del Centro de Atención Telefónica
<u>Resolución 115-2017-05/CD</u>		
Procedimiento para la Supervisión del Proceso de la Facturación de los Usuarios por el Servicio Público de Electricidad		
INDICADORES FACTURACIÓN	CTL	Calidad de Toma de Lectura
	ECF	Evaluación de la calidad de la facturación
	DAC	Desviación de la aplicación de cargos regulados
	AGF	Aspectos Generales de la facturación e información contenida en los recibos de electricidad
	DRR	Desviación en el reparto de recibos

Elaboración propia

⁴⁸ No corresponde a un dato oficial del regulador sino a un análisis propio efectuado de todas las resoluciones emitidas por la JARU desde enero del año 2012 hasta diciembre de 2017.

sentido, se puede apreciar que ambos procedimientos no se han integrado de modo que han existido incumplimientos regulatorios que son reclamados pero que no tuvieron en su oportunidad como correlato un procedimiento de supervisión que los sancione a fin de generar los incentivos adecuados en las empresas concesionarias para que corrijan su conducta y cumplan con el marco regulatorio vigente, y por ende se disminuyan la cantidad de reclamos presentados.

De lo anterior también se desprende que, siguiendo a Prendergast (2002), permitir a los usuarios la presentación de reclamos puede mejorar la supervisión siempre y cuando estos posean la información necesaria que les permita identificar incumplimientos de las obligaciones regulatorias por parte de las empresas concesionarias⁴⁹, por lo que, el regulador también debe de procurar que los usuarios del servicio se encuentren debidamente capacitados e informados sobre los derechos establecidos a su favor y las obligaciones a cargo de las empresas concesionarias.

La integración de los procedimientos de reclamos y supervisión no solo consiste en el empleo de la información de los reclamos para mejorar y dirigir la supervisión, sino también, en considerar ambas herramientas para la determinación del mejor diseño del procedimiento de reclamos. De ese modo, el regulador debe de elegir qué temas o materias deben ser atendidas mediante el procedimiento de reclamos o mediante los procedimientos de supervisión, a fin de que la atención de dichas materias sea acorde con los objetivos del marco regulatorio vigente, teniendo en cuenta el enfoque que se propone en la presente tesis, referido a que para conseguir la disminución de los reclamos y su correcta resolución se debe de considerar que entre el regulador y la empresa regulada existe una relación principal agente que se traslada al procedimiento de reclamo, debido a que, la empresa regulada está a cargo de la primera instancia.

Cabe señalar que la supervisión se realiza a través de muestras e indicadores de cumplimiento establecidos en los procedimientos de supervisión específicos y mediante la atención de denuncias. Las denuncias son similares a los reclamos, en el sentido que corresponden a incumplimientos de obligaciones regulatorias por parte de las empresas concesionarias, pero que, por decisión del regulador han sido consideradas como materias no reclamables. Dicha diferenciación entre reclamo y denuncia se sustenta actualmente, según la norma vigente, en el alcance de las mismas, considerándose que el procedimiento de atención de reclamos corresponde a cuestionamientos de alcance particular, y el procedimiento de atención de denuncias corresponde a cuestionamientos de alcance general. Sin embargo, la referida diferenciación responde a criterios de oportunidad que ha considerado el regulador para determinar qué materias corresponden a la JARU y cuáles a las divisiones o gerencias que se encargan de realizar la supervisión, por lo que, podría ser diferente.

Por lo tanto, a fin de disminuir la cantidad de reclamos que se presentan la integración del procedimiento de reclamos con el de supervisión debe de realizarse buscando dar solución al problema de riesgo moral existente entre el regulador y la

⁴⁹ Asimismo, también deben de compartir los mismos intereses que el regulador de modo que la finalidad de sus reclamos esté orientada a la corregir las conductas de las empresas concesionarias y no a aprovecharse de las garantías que se establecen en un procedimiento de reclamos, tales como, la suspensión del cobro de los montos reclamados.

empresa regulada, es decir, que debe tener como objetivos el alineamiento de los intereses de la empresa concesionaria con los del regulador y la disminución de la asimetría de información existente entre ambos.

Por ejemplo, actualmente, como materias posibles de ser reclamadas se establece cualquier conflicto vinculado a la prestación del servicio público de electricidad, como las referidas a excesiva facturación, cobro indebido, mala calidad técnica, negativa a la instalación de suministro, corte del servicio y reconexión, entre otros, y, en atención a la importancia de la continuidad del servicio público de electricidad para los reclamos referidos a corte y reconexión el procedimiento de reclamo vigente ha dispuesto un plazo de atención menor respecto a las otras materias reclamables, tanto para la primera como segunda instancia.⁵⁰ La justificación de dicho menor plazo se sustenta en que la continuidad del servicio es considerado uno de los aspectos más relevantes dentro de la calidad que se establece en el diseño regulatorio, y responde no solo a consideraciones de carácter técnico económicas sino también a políticas públicas del Estado, debido a que, los cortes en el servicio son cada vez menos aceptados socialmente por los usuarios como consecuencia de la creciente importancia e incidencia que tiene el servicio eléctrico en el desarrollo de la vida cotidiana.⁵¹ Sin embargo, consideramos que dicha elección no es la más idónea si se tiene en cuenta el problema de riesgo moral que caracteriza a la relación entre el regulador y las empresas concesionarias de distribución.

Ante un corte del servicio debido a una decisión comercial incorrecta por parte de la empresa concesionaria⁵², conforme al diseño del procedimiento de reclamo vigente, el usuario podría presentar un reclamo, teniendo la empresa concesionaria un plazo máximo de diez días hábiles para resolverlo y cinco días hábiles para remitir su respuesta al usuario reclamante; de ser negativa, el usuario tiene la posibilidad de apelar la respuesta a fin de que sea resuelta por la JARU en un plazo máximo también de diez días hábiles. De ese modo, desde la fecha en la que ocurre el corte indebido podría transcurrir veinte cinco días hábiles antes de que la empresa concesionaria corrija su sistema comercial y ejecute la reconexión del servicio cortado indebidamente, lo cual es un plazo excesivo si se tiene en cuenta la importancia del servicio eléctrico de electricidad. Si bien esos veinte cinco días corresponden a los plazos máximos, se debe tener en cuenta que el procedimiento de reclamo no genera incentivos para que las empresas concesionarias resuelvan los reclamos en plazos menores al máximo, dado que, únicamente impone sanciones si dichos plazos son incumplidos. Por lo tanto, considerando que resolver los reclamos en un menor plazo que el previsto legalmente implica invertir mayores recursos es de esperarse que las empresas concesionarias no incurran en dichos costos y resuelvan los reclamos en los plazos máximos previstos.

⁵⁰ Ver literal a) del numeral 20.1 del artículo 20 y el literal a) del numeral 25.1 del artículo 25 de la norma que regula el procedimiento de reclamo vigente aprobada mediante la Resolución Osinergmin N° 269-2014-OS/CD.

⁵¹ Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 00034-2004-PI/TC menciona como elementos que caracterizan a un servicio como público:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

⁵² Como sería el caso de que la empresa concesionaria considere erróneamente que el usuario adeuda dos meses del servicio cuando en realidad está al día en sus pagos o solo se encuentra pendiente de pago una facturación.

En ese sentido, si la continuidad del servicio es una característica muy relevante, la elección de dicha materia como una reclamable parece haber obviado que las empresas concesionarias son los agentes de la relación de agencia existente y que es necesario que se creen esquemas de incentivos que alineen sus objetivos o intereses con los del regulador, a fin de que, se solucione el problema de riesgo moral que caracteriza su actuación.

En consecuencia, si el regulador ha considerado que ciertas obligaciones regulatorias, como la reconexión del servicio, tienen una mayor relevancia y por ende necesitan un tratamiento diferenciado que implique una actuación más diligente (y por ende más costosa) por parte de las empresas concesionarias, la forma más idónea de conseguir dicho objetivo es considerar la referida obligación no como una materia reclamable sino como una sujeta a supervisión directa mediante la interposición de denuncias. Ello debido a que los plazos en los procedimientos de denuncias son menores y no están sujetos a una doble instancia, sino que, mayormente implican una evaluación por parte del regulador y ante la verificación del error o incumplimiento por parte de la empresa concesionaria la disposición de una medida correctiva que corrija dicho error, con la posterior imposición de la sanción correspondiente.

Este esquema es más idóneo no solo porque corrige el problema en un menor plazo, sino que genera un mayor incentivo al cumplimiento y por ende una mayor alineación de los intereses de la empresa concesionaria con los objetivos del regulador, en la medida que, la verificación del incumplimiento puede dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador⁵³, a diferencia del procedimiento de reclamo que solo tendría como consecuencia que la resolución emitida por la empresa concesionaria se corrija con la resolución que emita la JARU.⁵⁴

⁵³ Asimismo, la medida correctiva dispuesta también puede ser exigida mediante otros procedimientos administrativos como la imposición de multas coercitivas que exhorten a la empresa concesionaria a dar cumplimiento a lo ordenado, cuyo incumplimiento genera también otro supuesto sancionable.

⁵⁴ Las mismas consideraciones se pueden plantear respecto de otras materias reclamables que revisten de igual modo características especiales que ameritan un tratamiento diferenciado, tales como, los reclamos referidos a la negativa al acceso al servicio o los relacionados con riesgo a la salud pública. Asimismo, la integración con el procedimiento de supervisión no solo debe de considerar qué materias reclamables conviene que se atiendan como denuncias, sino también, qué otros procedimientos conexos al del reclamo deben estar a cargo de la JARU o de las gerencias o divisiones del regulador a cargo de los procedimientos de supervisión, tales como el procedimiento de verificación de resolución de primera instancia. La regulación actual de dicho procedimiento implica que ante el incumplimiento de lo resuelto por la empresa concesionaria los usuarios deben de recurrir a la JARU para que esta verifique y ordene el cumplimiento de la resolución. Sin embargo, dicho esquema no utiliza eficientemente los recursos del regulador y aumenta los costos de transacción de su verificación, debido a que, producto de la descentralización llevada a cabo por Osinergmin en cada departamento del país existe una oficina regional que se encarga de realizar la supervisión a las empresas concesionarias de la región. De ese modo, si un usuario ubicado en alguno de los veinte tres departamentos distintos a la ciudad de Lima quiere presentar una solicitud de verificación debe de acercarse a la oficina regional correspondiente y esta deberá correr traslado de dicha solicitud a la JARU. Por tal razón, el personal de la oficina regional cumplirá un papel de enlace con dicho tribunal, no estando dentro de su esfera de dominio la atención de dicha solicitud, generando un desfase entre quien atiende al usuario y quien realiza efectivamente la labor solicitada. Ello genera que las oficinas regionales, ante la consulta de un usuario por el resultado de su solicitud de verificación de cumplimiento, no pueden realizar más acciones que las de consultar con el personal de la JARU cómo va la atención de dicha solicitud, generando malestar ante los usuarios para quienes los temas referidos a la división de competencias de Osinergmin no

2.3.3 Señal económica en la tarifa

Las soluciones planteadas precedentemente bastarían para conseguir el objetivo de la presente tesis consistente en generar los incentivos que generen la disminución de los reclamos presentados y que cuando estos se presenten sean resueltos correctamente por la primera instancia. Sin embargo, los esquemas planteados descansan en la imposición de sanciones como medio para generar los incentivos que alineen los intereses de las empresas reguladas con los del regulador, lo cual, presupone la existencia de verificabilidad de las variables que sustentan la sanción por parte de los terceros encargados de resolver los conflictos que puedan surgir entre las partes involucradas.

Sobre el particular, conforme se indicó en el marco conceptual de la presente tesis, respecto al problema ocasionado por la existencia de asimetría de información denominado no verificabilidad, si los agentes consideran que la sanción impuesta por el principal no puede ser confirmada por los encargados de revisar dichas sanciones, se genera el incentivo para que estos no respeten las obligaciones cuyo incumplimiento sirvió de base para la imposición de la sanción.

Es decir, si el Poder Judicial no pudiese verificar los supuestos de hecho que sirvieron para la imposición de la sanción por parte del regulador en los momentos 2 o 3 del antes citado Grafico 2 las empresas reguladas ya no tendrían incentivos para resolver los reclamos de acuerdo a los precedentes de observancia obligatoria ni tampoco cumplir con las obligaciones impuestas por el marco regulatorio vigente a fin de evitar la que mediante la supervisión se le impongan sanciones, ello debido a que, sabrían que en una etapa posterior el Poder Judicial no podría confirmar las sanciones impuestas.

Cabe señalar que en nuestro caso la no verificabilidad no se da como consecuencia de que los supuestos de hecho que sustentan la sanción no puedan ser verificados u observados, sino que es consecuencia del desempeño del Poder Judicial cuya demora y actuación resulta muchas veces contingente permitiendo de ese modo que su labor se pueda asemejar a una ausencia de verificabilidad.

Sobre el particular, de acuerdo a la CERIAJUS (2004), entre los problemas enraizados de forma endémica en el servicio de justicia se encuentran, la corrupción, la lentitud en la tramitación de las causas, fallos y decisiones impredecibles, deficiencia de formación profesional de los magistrados y funcionarios judiciales (p. 119). Por tal razón, muchas veces las sanciones sobre materias muy específicas, como incumplimientos de obligaciones regulatorias, son impugnadas ante el Poder Judicial con la finalidad de aprovecharse de algunos de los problemas antes señalados y conseguir con ello la eliminación del incentivo impuesto con la sanción.

satisfacen sus intereses. Además, no se aprovechan las eficiencias que genera la especialización en las actividades del regulador, dado que, las oficinas regionales tienen personal capacitado para la supervisión de las empresas concesionarias de su región, por lo que, se duplican los costos en los que incurre el regulador. En ese sentido, sería más eficiente que dichos procedimientos estén a cargo de las oficinas regionales y no centralizadas en la JARU. Este mismo razonamiento también puede trasladarse a la verificación de cumplimiento de las resoluciones emitidas por la JARU.

Para ejemplificar lo antes señalado podemos mencionar, entre otros casos, el referido al reconocimiento en la tarifa de distribución eléctrica de la participación de los trabajadores en las utilidades. Actualmente existen seis procesos judiciales sobre dicha materia, tres de ellos surgidos a consecuencia de la regulación tarifaria de distribución efectuada en el año 2013, uno de ellos producto del reconocimiento de los costos administrativos por las actividades del programa FISE en el año 2014 y los últimos dos surgidos de la fijación de costos de operación y mantenimiento de las instalaciones de transmisión efectuada en el año 2015. Ninguno de dichos procesos pese a los años transcurridos ha concluido, lo que es peor, a pesar de que en el fondo se dilucida la misma pretensión, existen fallos contradictorios entre sí⁵⁵, lo cual demuestra, cómo la actuación del Poder Judicial se puede asemejar a un supuesto de no verificabilidad y puede ser usado por las empresas reguladas para no cumplir con las decisiones del regulador.

Por lo expuesto, en atención a la realidad descrita, resulta necesario que en adición a las soluciones antes planteadas para atender el problema de agencia identificado se busque incentivos distintos a las sanciones, porque, como ya hemos visto, el Poder Judicial genera un problema de no verificabilidad que puede ser aprovechado por las empresas de distribución eléctrica para dejar sin efecto el esquema de incentivos propuesto precedentemente. De ese modo, a fin de evitar la no verificabilidad los incentivos para alinear los intereses de las empresas de distribución eléctrica con los del regulador deben de ser positivos y no negativos como la imposición de multas.

Si bien el ordenamiento vigente respecto al ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública ha establecido beneficios a favor del administrado que pueden ser considerados incentivos positivos, como por ejemplo, el eximente de la sanción si se subsana la conducta infractora antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador o la atenuación en el monto de la multa si se reconoce la responsabilidad, entre otros, mientras subsista el problema de la no verificabilidad dichos beneficios no van generar los incentivos adecuados sino que solamente serán usados por las empresas reguladas de acuerdo a lo que consideren más conveniente a sus intereses. Por ello, es necesario introducir un incentivo positivo que no esté relacionado con la imposición de sanciones.

En ese sentido, el incentivo debe de incluirse en el momento 1 indicado en el Grafico 2 de la presente tesis, es decir, en el inicio de la relación de agencia entre el regulador. Al respecto, con la suscripción del contrato de concesión se establecen derechos a favor de la empresa y obligaciones a su cargo referidas al cumplimiento del marco regulatorio vigente. Esta obligación en particular implica para las empresas de distribución eléctrica asumir los cambios normativos que puedan darse en dicho marco regulatorio, por ello, es posible modificar elementos relacionados con la tarifa a fin de introducir incentivos positivos que puedan alinear

⁵⁵ Respecto a los procesos judiciales referidos al reconocimiento de la participación de los trabajadores en las utilidades en la determinación de la tarifa de distribución eléctrica, estos han sido iniciados por las empresas Edecañete (que ahora es Luz del Sur), Luz del Sur y Edelnor (que ahora es Enel), habiendo fallado el Poder judicial en contra de Osinergmin en las dos instancias correspondientes para el caso de Edecañete y a favor de Osinergmin también en las dos instancias correspondientes para el caso de Luz del Sur, estando ambos procesos judiciales actualmente en casación. En el caso del proceso judicial seguido por Enel en primera instancia el Poder Judicial falló a favor de Osinergmin, sin embargo, en segunda instancia se declaró nula esa sentencia, regresando a primera y estando actualmente pendiente de pronunciamiento.

los intereses de las empresas de distribución eléctrica con los del regulador y se consiga el objetivo de que se reduzca la cantidad de reclamos presentados.

De acuerdo al marco regulatorio vigente la tarifa de distribución eléctrica, denominada Valor Agregado de Distribución (VAD), busca reconocer los costos mínimos eficientes en los que incurren las empresas concesionarias para brindar el servicio público de distribución eléctrica reconociéndoles una utilidad justa por su inversión. No obstante, también se le puede reconocer a dichas empresas montos adicionales con la finalidad de cumplan objetivos específicos de interés del Estado⁵⁶, por ejemplo, actualmente para la nueva determinación del VAD se ha establecido que se le debe adicionar un cargo equivalente a un máximo del 1% de los ingresos registrados de cada empresa de distribución eléctrica en el año anterior a la fijación tarifaria, con el fin de que se destine al desarrollo de proyectos de innovación tecnológica y/o eficiencia energética⁵⁷. De ese mismo modo, consideramos que es posible incluir, en adición a los montos reconocidos en la tarifa eléctrica, un monto adicional que sirva como incentivo económico para que las empresas de distribución eléctrica reduzcan el número de reclamos registrados⁵⁸.

Para ello es necesario que se identifique expresamente en el VAD el costo por atención de reclamos. Luego que se determine el porcentaje de reclamos existente por el número de usuarios de cada empresa de distribución eléctrica y el porcentaje óptimo de reclamos que se deberían de presentar⁵⁹. Con todos esos elementos se debe establecer un periodo de tiempo en el cual las empresas de distribución eléctrica deberían de reducir el porcentaje actual de reclamos registrados hasta el nivel óptimo determinado. El incentivo económico estaría dado por reconocer en adición al VAD un monto entre el porcentaje actual de reclamos registrados y su nivel óptimo, estableciendo que luego de transcurrido el periodo de tiempo determinado solo se reconocería el nivel óptimo de reclamos registrados.

Dicha figura se asemeja al incentivo en reducción de costos que genera la regulación por *price cap*⁶⁰ entre cada rezago regulatorio, en el sentido de que, si las

⁵⁶ Conforme lo señalan Dammert, García y Molinelli (2008), que el sector eléctrico peruano para la tarifa de la actividad de distribución eléctrica (VAD) se ha optado por el modelo de regulación de empresa modelo eficiente combinada con *yardstick competition*. De ese modo, considerando que la etapa de evaluación de cargos adicionales al VAD se realiza luego del establecimiento de la empresa modelo eficiente, una señal positiva en la tarifa no modifica la metodología de determinación del VAD. Cabe señalar en que dicha etapa, de acuerdo a la normativa vigente aplicable para los periodos regulatorios de 2018 – 2022 (empresas privadas) y 2019 – 2023 (empresas públicas) se evalúan los siguientes cargos adicionales al VAD: i) Proyectos de innovación tecnológica y/o eficiencia energética; ii) Plan gradual de reemplazo a sistemas de medición inteligente (SMI); iii) Factor de reajuste para el mejoramiento de la calidad de suministro; y, iv) Incorporación de los costos del plan de inversión en distribución eléctrica, aprobado por Osinergmin, de las empresas bajo el ámbito del FONAFE.

⁵⁷ Ver artículos 64 de la LCE y 144-A de su reglamento.

⁵⁸ Otro supuesto similar es la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 1221 al artículo 72 de la LCE, que establece que al VAD se le adicionará un factor de reajuste a fin de promover la mejora de la calidad del servicio.

⁵⁹ Dicho nivel óptimo tendría en cuenta que el número de reclamos registrados no puede ser cero, dado que, no es posible que la actuación de la concesionaria se encuentre exenta de error ni tampoco que los usuarios reclamen sin tener razón.

⁶⁰ Como señala Bernstein (2000) la regulación por *price cap* busca replicar la presión competitiva que enfrenta una empresa en un mercado en competencia, mediante el ajuste de la tarifa por una tasa que representa las ganancias de eficiencia que toda empresa debería conseguir para ser competitiva (p. 24 y 25).

empresas saben que por un periodo X de tiempo se les va a reconocer en la tarifa un monto por encima del nivel óptimo de reclamos, tendrán un fuerte incentivo en reducir en el menor tiempo posible el porcentaje de reclamos registrados a fin de obtener un mayor margen entre el costo reconocido por atención de reclamos registrados y el costo en el que efectivamente incurran, por el mayor tiempo posible antes de que solo se reconozca el nivel óptimo de reclamos.

Un incentivo económico como el indicado fue empleado en las primeras regulaciones tarifarias establecidas por el marco regulatorio vigente respecto a las pérdidas de energía⁶¹, las cuales para el año 1993 se encontraban en 21.9% en promedio, alcanzando en algunas empresas de distribución eléctrica casi el 35%⁶². Eso significa que para dicho año más de la quinta parte de la energía producida en el Perú no era pagada por nadie, teniendo que ser cubierta en la tarifa que pagaban el resto de usuarios. No obstante, un esquema de incentivos como el comentado, propuso como meta llegar al nivel óptimo de pérdidas de energía en tres periodos regulatorios (doce años) reconociendo en ese lapso de tiempo solo el 50% de la diferencia entre las pérdidas de energía reales y las pérdidas óptimas o estándares, consiguiendo que en efecto se cumpla el objetivo propuesto, demostrando de ese modo que el incentivo propuesto era altamente efectivo. En el Gráfico 4 se puede apreciar la situación inicial de las pérdidas de energía en el año 1993 y cómo a partir de dicha fecha, en la que se incorpora el incentivo se presenta una tendencia decreciente hasta alcanzar o acercarse al porcentaje óptimo o estándar.

⁶¹ En la Segunda Disposición Transitoria del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por el Decreto Supremo N° 009-93-EM se estableció lo siguiente:

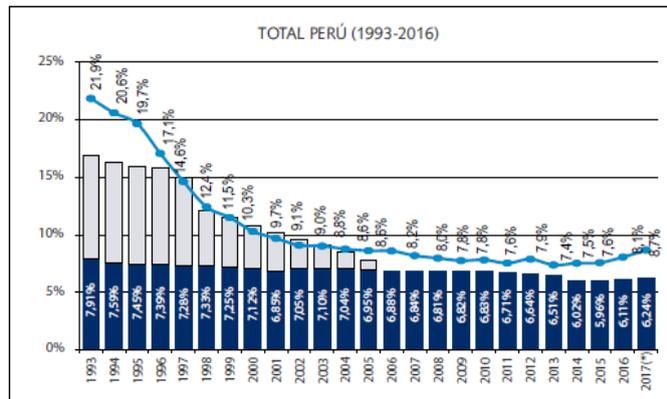
DISPOSICIONES TRANSITORIAS

SEGUNDA. - Las pérdidas estándares fijadas conforme a lo establecido en el Artículo 143 del Reglamento, deberán ser alcanzados progresivamente en tres periodos de fijación de las tarifas de distribución. En la primera fijación se deberá reducir por lo menos el 50% de la diferencia entre las pérdidas reales y las pérdidas estándares.

⁶² Siguiendo a Tamayo, Salvador, Vásquez y Vílches (2016) conviene precisar que, las pérdidas de energía en distribución corresponden a la diferencia entre la energía (y potencia) que ingresa a un sistema de distribución y la energía (y potencia) que es efectivamente suministrada a los usuarios finales. Dichas pérdidas de energía pueden ser técnicas, referidas a las propiedades físicas de los conductores eléctricos y transformadores, o comerciales, referidas a las conductas realizadas por la empresa concesionaria de distribución o los usuarios finales, tales como errores en el proceso de facturación, consumos no registrados, hurtos o robos, entre otros. De acuerdo al artículo 143 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-93-EM, a nivel de distribución eléctrica, la tarifa reconoce las pérdidas estándar, las cuales incluyen las pérdidas técnicas y comerciales antes señaladas, y debe de garantizar un nivel determinado de calidad a fin de que dichas pérdidas sean eficientes (pp. 275 y 276).

Grafico 4

Pérdidas de Energía en los Sistemas Eléctricos de Distribución



(*) Cifras acumuladas al I Trimestre del 2017.

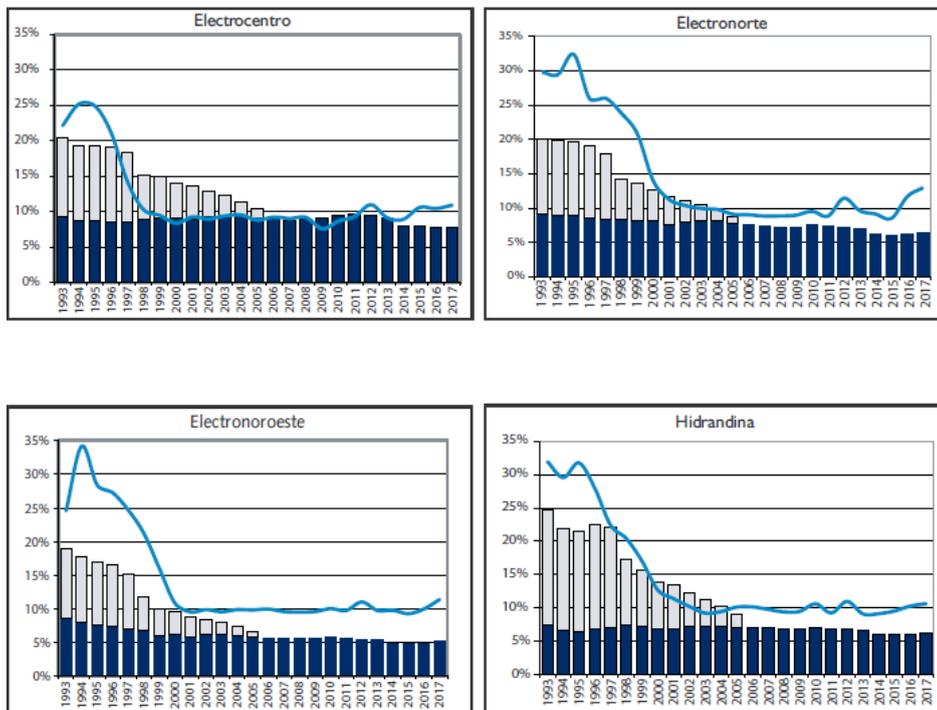
■ Pérdidas Estándar ■ Pérdidas Reconocidas — Pérdidas Reales

(Elaboración Osinermin)

De igual modo, en el Gráfico siguientes N° 5 se aprecia la tendencia decreciente hacia el porcentaje óptimo o estándar de las pérdidas de energía por empresa individual de distribución eléctrica, advirtiéndose que en el caso de la empresa Electrocentro S.A. la reducción se realizó en los primeros años obteniendo, de ese modo, mayores márgenes de beneficio.

Gráfico 5

Pérdidas de Energía por Empresa de Distribución



(*) Cifras acumuladas al I Trimestre del 2017.

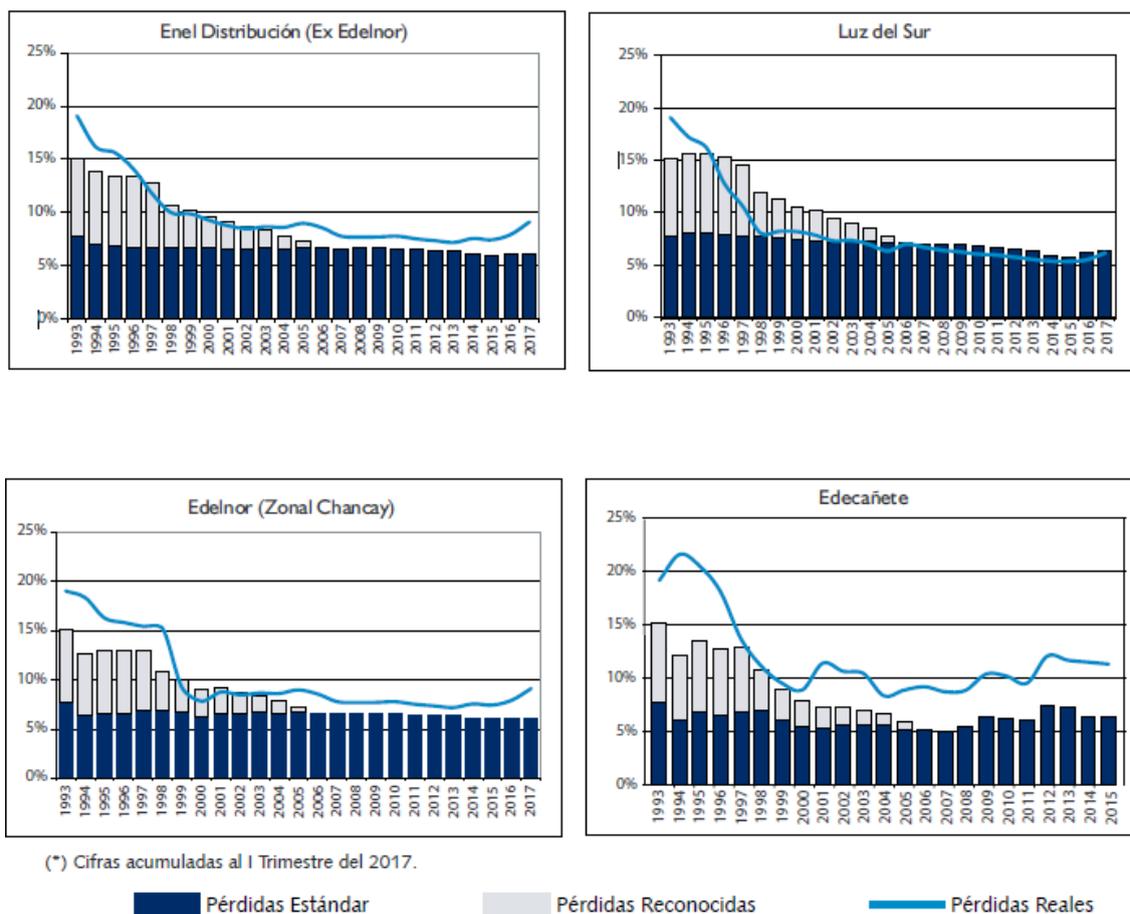
■ Pérdidas Estándar ■ Pérdidas Reconocidas — Pérdidas Reales

(Elaboración Osinermin)

En el Gráfico N° 6 se puede apreciar el mismo comportamiento generado por la señal económica positiva, disminuyendo todas las empresas su nivel de pérdidas de energía, acercándose a nivel óptimo o estándar establecido por el regulador, destacando por sobre las demás empresas de distribución eléctrica Luz del Sur, la cual igualmente que Electrocentro, desde los primeros años de vigencia del incentivo, redujo sus pérdidas de energía debajo de lo reconocido por el regulador obteniendo mayores beneficios que el resto.

Gráfico 6

Pérdidas de Energía por Empresa de Distribución



(*) Cifras acumuladas al I Trimestre del 2017.

■ Pérdidas Estándar ■ Pérdidas Reconocidas — Pérdidas Reales

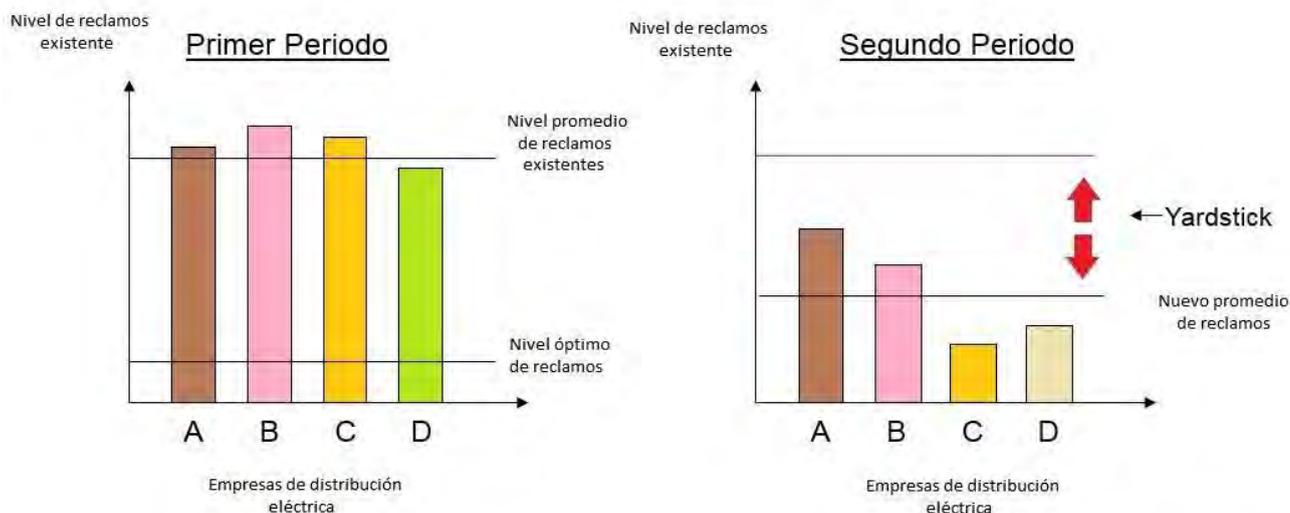
(Elaboración Osinergmin)

También podría considerarse un esquema similar al de *Yardstick competition*⁶³, en el cual en los siguientes periodos regulatorios se reconozca en la tarifa el costo promedio por atención de reclamos de todas las empresas de distribución eléctrica, en ese sentido, dichas empresas tendrían el incentivo de bajar su nivel de registro

⁶³ De acuerdo a Shleifer (1985) el esquema de *yardstick competition* consiste en establecer la tarifa en función al promedio de los costos de otras empresas reguladas similares, de modo, que se genere el incentivo de las empresas de alcanzar costos por debajo del promedio y de ese modo obtener un resultado eficiente similar a un mercado competitivo (p. 320 y 321).

de números de reclamos por debajo del promedio de todas las empresas para aumentar su margen de utilidad, conforme se puede apreciar en el gráfico siguiente:

Gráfico 7



(Elaboración propia)

Sin embargo, consideramos por la experiencia previa de la reducción en las pérdidas de energía, que un esquema similar al *price cap* ejercería un mayor incentivo positivo en las empresas de distribución eléctrica, alineando sus intereses económicos con los del regulador y de ese modo, se disminuiría el número de reclamos que actualmente se registran, acercándose al nivel considerado óptimo por el regulador⁶⁴.

⁶⁴ En el Anexo 1 de la presente tesis se analiza la Resolución de Consejo Directivo N° 51-2018-CD-OSIPTEL, del 22 de febrero de 2018, mediante la cual se aprobó la "Norma que aprueba Medidas Extraordinarias relacionadas con el procedimiento de atención de reclamos de usuarios" a fin de hacer notar de cómo un enfoque que no tiene en cuenta la relación de agencia existente entre la primera instancia, a cargo de la empresa concesionaria, y la segunda instancia, a cargo del regulador (similar al enfoque que actualmente emplea la JARU) efectuado por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones puede generar conclusiones incorrectas y sustentar cambios normativos que no van a resolver el problema referido al aumento de los reclamos.

CONCLUSIONES

El análisis realizado en la presente tesis permite arribar a las siguientes conclusiones:

- El diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente de la distribución eléctrica busca dar una respuesta a una serie de dilemas que son ocasionados por el desarrollo de una actividad con características de monopolio natural, a la presencia de bienes públicos y a la disposición de políticas públicas. Por tal razón, se establece un precio máximo como tarifa, una calidad mínima, técnica y comercial, la restricción a la entrada al mercado y el acceso universal, entre otros.
- La importancia de los reclamos del servicio público de electricidad no se agota solo en la defensa de los derechos establecidos a favor de los usuarios, sino que, es importante reconocer que por medio de su interposición se protege también al diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente, configurándose de ese modo, como una forma de supervisión indirecta, atomizada en cada usuario del servicio público de electricidad. En consecuencia, es beneficioso para la sociedad que la cantidad de reclamos que se presentan disminuya hasta un nivel óptimo y que los que se efectivamente se presentan sean resueltos de acuerdo al marco normativo vigente, según el criterio del regulador.
- Entre el regulador y la empresa regulada existe una relación de agencia, la cual, por la presencia de asimetrías de la información y de objetivos e intereses distintos, está caracterizada por situaciones de riesgo moral y de selección adversa. Es importante reconocer que dicha relación de agencia se traslada también al procedimiento de reclamo, en el cual, las empresas de distribución eléctrica ejercen el rol de primera instancia y la JARU de segunda. Por tal razón, la normativa que se apruebe y su aplicación debe de tener en cuenta dicha relación y no pretender que las empresas de distribución eléctrica en el desarrollo de su rol como primera instancia tengan como objetivo el cumplimiento del orden público por encima de sus intereses particulares como empresas.
- La JARU no pueden reducir su labor a solo resolver recursos de apelación, paradójicamente, pese a que esa función es la que dio origen a su creación, su labor debería estar orientada a conseguir que las empresas de distribución eléctrica resuelvan los reclamos de acuerdo a su criterio y, asimismo, que realicen las medidas correctivas correspondientes, y ello, no se consigue con la sola resolución de los recursos de apelación, sino, con los incentivos que genera un esquema de sanciones impuestas al incumplimiento de precedentes de observancia obligatoria y a no cumplir con lo dispuesto en las resoluciones de primera instancia.
- La JARU en el escenario más ideal solo puede conseguir que los reclamos presentados sean resueltos siempre siguiendo su criterio, dado que, el esquema de incentivos que pueda implementar solo se reduce a ese ámbito de la relación del regulador empresa regulada, y no incide en el desarrollo de las demás obligaciones establecidas en el marco regulatorio vigente, cuyos

incumplimientos son los que generan la presentación de los reclamos. En ese sentido, se hace necesario que se establezca otro esquema de incentivos que busque alinear la conducta de las empresas de distribución eléctrica con los intereses del regulador para el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el marco regulatorio vigente antes de la presentación de los reclamos.

- Las Oficinas Regionales de Osinergmin actualmente tienen las herramientas para generar los incentivos necesarios que alineen la conducta de las empresas de distribución eléctrica con los intereses del regulador, a fin de que, se dé cumplimiento a las obligaciones impuestas en el marco regulatorio vigente, antes de la presentación de los reclamos. Dichas herramientas se refieren a la realización de procedimientos de supervisión y a la imposición de sanciones eficientes y medidas administrativas, como mandatos y medidas correctivas.
- Teniendo en cuenta la importancia de los reclamos y que los incentivos negativos como las sanciones pueden ser discutidas en el Poder Judicial, cuya actuación es temas regulatorios es contingente, se genera una situación similar a la de no verificabilidad, por ello, es necesario establecer incentivos positivos que no estén relacionados con la imposición de sanciones.
- El incentivo positivo más idóneo corresponde a una señal económica en la tarifa, la cual, seguiría el esquema de incentivos propuesto en una regulación por price-cap. En ese sentido, se establecería como objetivo a alcanzar en n periodos regulatorios el porcentaje óptimo de reclamos registrados, reconociendo en la tarifa solo el costo en el que incurre la empresa por brindar un porcentaje entre dicho nivel óptimo y el nivel de reclamos registrados existente actualmente. De ese modo, las empresas de distribución eléctrica tendrían un incentivo poderoso en reducir el porcentaje de reclamos registrados inmediatamente a fin de obtener mayores utilidades por el mayor tiempo posible, hasta que la tarifa únicamente reconozca el nivel óptimo determinado.

RECOMENDACIONES

- El derecho de los usuarios a presentar reclamos puede ayudar al regulador en su labor de supervisión, sin embargo, es necesario que estos tengan los mismos intereses y teniéndolos que estén informados, a fin de que, puedan advertir los incumplimientos del marco regulatorio vigente. Por ello, el regulador debe de ampliar y profundizar sus campañas de información sobre los derechos que les asisten a los usuarios dentro y fuera de un procedimiento de reclamos.
- La JARU debe de convertir sus lineamientos resolutivos en precedentes de observancia obligatoria y modificar su escala de multas y sanciones a fin de considerar su incumplimiento como un supuesto de sancionable.
- La JARU debe cambiar sus indicadores de desempeño de gestión priorizando la imposición de sanciones y la realización de procedimientos de verificación de cumplimiento de resolución de primera y segunda instancia.
- Las conclusiones propuestas en la presente tesis también pueden ser consideradas para los servicios públicos de gas natural, de agua potable y saneamiento, y en alguna medida, de telecomunicaciones (Ver Anexo 1).
- Los supuestos teóricos del problema principal agente también se pueden trasladar a otros tribunales administrativos de Osinergmin que no están necesariamente conformados por dos instancias con intereses y objetivos contrapuestos, como es el caso de las Oficinas Regionales y demás divisiones que imponen sanciones en primera instancia y el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en temas de Energía y Minería (TASTEM). Contrariamente al caso de los reclamos del servicio público de electricidad, la primera instancia en estos procedimientos está a cargo del regulador, por ello, tiene el mismo interés que el tribunal de segunda instancia, buscando seguir los criterios resolutivos de dicho tribunal. Por tal razón, solo existiría un problema de asimetría de información respecto de los criterios resolutivos del TASTEM. En ese sentido, mediante la emisión de lineamientos resolutivos el TASTEM daría solución a dicho problema agencia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos

Akerlof, G. A. (1970). The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 488–500.

Baumol, W. J., y Blinder, A. S. (2008). *Microeconomics: Principles and Policy*, Cengage Learning.

Baumol, W. J. (1977). On the Proper Cost Tests for Natural Monopoly in a Multiproject Industry. *American Economic Review*, 67(5), 809–822.

Baumol, W. J. (1982). Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure. *The American Economic Review*, 72(1), 1–15.

Bernstein, Jeffrey I. (2000). Price Cap Regulation and Productivity Growth. *International Productivity Monitor*, N° 1, 23-27.

CERIAJUS. (2004). *Los problemas de la justicia en el Perú: Hacia un Enfoque Sistémico*. Secretaria Técnica.

Dammert Lira, Alfredo; Molinelli Aristondo, Fiorella y Martinelli Pinillos, Marifé (2008). *Estudio de Multas del Sector Energía. Volumen 2. Supervisión y Fiscalización en el Sub Sector Electricidad*.

Dammert Lira, Alfredo; Molinelli Aristondo, Fiorella y Carbajal, Max (2011). *Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico Peruano*. Osinergmin.

Dammert Lira, Alfredo; Molinelli Aristondo, Fiorella y Carbajal Navarro, Max (2013). *Teoría de la Regulación Económica*.

Dammert Lira, Alfredo; García Carpio, Raúl y Molinelli Aristondo, Fiorella (2008). *Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Depoorter, B. W. F. (1999). Regulation of Natural Monopoly. In *Encyclopedia of Law and Economics* (p. 498–525). Elgar, Edward, 2000p.

- Eisenhardt, K. M. (1989). Agency Theory: An Assessment and Review. Source: The Academy of Management Review, 14(1), 57–74.
- Frank, Robert (2009). Microeconomía Intermedia. Análisis y Comportamiento Económico.
- Gallardo, J. (1999). Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: El caso de los monopolios naturales (Documento de Trabajo No. 164). Lima.
- Glaeser, E., Johnson, S., y Shleifer, A. (2001). Coase Versus the Coasians. The Quarterly Journal of Economics, 116(3).
- Hart, O.D. y Holmström, B. (1986). The Theory of Contracts. Cambridge University Press.
- Holmstrom, B. (1979). Moral Hazard and Observability. The Bell Journal of Economics, 10(1), 74.
- Laffont, Jean-Jacques y Martimort, David. (2002). The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model. Princeton University Press.
- Leibenstein, H. (1966). Allocative Efficiency vs “X-Efficiency.” The American Economic Review, 56(3), 392–415.
- Pacheco Tamayo, J., Vásquez Cordano, A., y García Carpio, R. (2013). La protección del consumidor en el sector eléctrico peruano: una perspectiva preventiva (Documento de Trabajo No. 26). Lima.
- Panzar, J. C., y Willig, R. D. (1977). Free Entry and the Sustainability of Natural Monopoly. Source: The Bell Journal of Economics, 8(1), 1–22.
- Panzar, J. C., y Willig, R. D. (1981). Economies of scope. The American Economic Review, 71(2), 268–272.
- Pérez-Reyes, R. (2006). Introducción a la Regulación de Tarifas de los Servicios Públicos (Documento de Trabajo No. 22). Lima.
- Polinsky, A. M., y Shavell, S. (2000). The Fairness of Sanctions: Some Implications for Optimal Enforcement Policy. Source: American Law and Economics

Review, 2(2), 223–237.

Posner, E. A. (2001). Cost-benefit analysis as a solution to a principal-agent problem. *Administrative Law Review*, 53(1), 289–297.

Posner, R. A. (1969). Stanford Law Review Natural Monopoly and Its Regulation. *Stanford Law Review*, 21(3), 548–643.

Posner, R. A. (1974). Theories of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 5(2), 335–358.

Posner, R.A. (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F. Fondo de Cultura Económica.

Prendergast, C. (1999). The Provision of Incentives in Firms. *Journal of Economic Literature*, 37(1), 7–63.

Prendergast, C. (2002). Consumers and Agency Problems. *The Economic Journal*, 112(478), C34–C51.

Ross, S. A. (1973). The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem. Source: *The American Economic Review*, 63(2), 134–139.

Ross, S. A. (1979). Equilibrium and Agency--Inadmissible Agents in the Public Agency Problem. *The American Economic Review*, 69(2), 309–312.

Sappington, D. E. M. (1991). Incentives in Principal-Agent Relationships. *The Journal of Economic Perspectives*, 5(2), 45–66.

Shavell, S. (1993). The Optimal Structure of Law Enforcement. *The Journal of Law y Economics*, 36(1), 255–287.

Shavell, S. (1995). The Appeals Process as a Means of Error Correction. *The Journal of Law y Economics*, 24(2), 379–426.

Shleifer, Andrei (1985). A Theory of Yardstick Competition. *The RAND Journal of Economics*, Vol. 16, N° 3, 319-327.

Spence, A. M. (1975). Monopoly, Quality, and Regulation. *The Bell Journal of*

Economics, 6(2), 417–429.

Stadler, I. Macho y Castrillo, D. Pérez (1994). Introducción a la economía de la información. Barcelona: Ariel S.A.

Stigler, G. J. (1970). The Optimum Enforcement of Laws. *Journal of Political Economy*, 78(3), 526–536.

Tamayo, Jesús; Salvador, Julio; Vásquez Cordano, Arturo y Carlo Vilches (editores) (2016). *La Industria de la Electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*. Lima: Osinergmin.

Tirole, J. (1994). *The Theory of Industrial Organization* (Seventh). London: The MIT Press.

Vásquez Cordano, A., y Gallardo Ku, J. (2006). *Sistemas de Supervisión y Esquemas de Sanciones para el Sector Hidrocarburos* (Documento de Trabajo No. 10). Lima.

Vásquez Cordano, A., Tamayo Pacheco, J., Vilches Cevallos, C., y Chávez Huamán, E. (2016). *La Regulación del Sector de Energía* (Documento de Trabajo No. 40). Lima.

Williamson, O.E. (1975) *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*. New York: Free Press

Zupan, M. A. (1990). On cream skimming, coase, and the sustainability of natural monopolies. *Applied Economics*, 22(4), 487–492.

ANEXO 1: ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN N° 51-2018-CD-OSIPTEL

1. Sobre el sustento de la Resolución N° 51-2018-CD-OSIPTEL

Mediante la referida resolución (en adelante, Resolución 51) el Consejo Directivo de Osiptel aprobó la “Norma que aprueba Medidas Extraordinarias relacionadas con el procedimiento de atención de reclamos de usuarios”.

Dicha resolución se sustenta en el Informe N° 0005-ST/2018 (en adelante, el Informe⁶⁵) en el cual se indica que el aumento en la cantidad de reclamos y apelaciones presentadas, conforme se aprecia en los gráficos Nos. 8 y 9, ha ocasionado que el plazo de atención de las apelaciones por parte del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (en adelante, TRASU), a enero de 2018, se encuentre en 139 días promedio. Asimismo, se señala que la carga que enfrenta el TRASU supera su capacidad resolutoria, por lo que, es necesario que se adopten medidas específicas para atender dicha problemática.



⁶⁵ El referido informe puede ser descargado del siguiente enlace: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res051-2018-cd/Res051-2018-CD_Inf005-2018-ST.pdf

Las medidas extraordinarias adoptadas son las siguientes:

- 1) Suspender por el plazo de 18 meses la presentación de apelaciones y quejas mediante llamadas telefónicas.
- 2) Restringir por el plazo de 18 meses la facultad de presentación de reclamos, apelaciones y quejas a solo los titulares de los servicios, excluyendo a los usuarios de los mismos.
- 3) Suspender por el plazo de 18 meses la elevación de los recursos de apelación y quejas presentadas a solicitud de los reclamantes.

Asimismo, también se aprobaron los siguientes cambios normativos:

- 4) Definición del concepto Facturación como materia reclamable, a fin de excluir aquellas pretensiones referidas a temas de calidad o idoneidad del servicio.
- 5) Establecer que de presentarse reclamos por facturación que corresponden a otras materias estas materias deberán ser debidamente encausadas por las empresas operadoras.
- 6) Ampliar el plazo de que tienen las empresas operadoras para otorgar la solución anticipada del reclamo a los reclamantes de inmediatamente a tres (3) días hábiles, asimismo, permitir que dicha solución pueda comprender la totalidad o parte de la pretensión reclamada.
- 7) Modificaciones a la composición y competencia de las Salas que resuelven los reclamos del TRASU, de modo que, se constituyan seis (6) salas unipersonales adicionales en Lima y que estas tengan competencia de alcance nacional.

Los objetivos de las referidas medidas extraordinarias son: i) agilizar el procedimiento de reclamos en las dos instancias en beneficio de los usuarios ii) desincentivar las prácticas contrarias a la buena fe procesal que congestionan los canales de atención e impactan en los plazos de atención, y tiene como punto de partida, según lo expuesto en el Informe, que la congestión generada por el aumento de reclamos es consecuencia del *“comportamiento contrario a la buena fe procesal por parte de los usuarios que presentan continuos y recurrentes reclamos sin mayor sustento”*⁶⁶ (énfasis agregado).

Se precisa en el informe que existen usuarios que presentan reclamos, quejas y apelaciones sin sustento con la única finalidad de congestionar los canales de atención y de ese modo aprovecharse de las garantías previstas en el procedimiento de reclamo para los reclamos legítimos. Según el Informe esta conducta contraria a la buena fe procesal consiste en incrementar el número de reclamos con la finalidad de generar que las empresas operadoras tengan dificultades para resolver o notificar dentro del plazo las resoluciones que se pronuncias sobre los mismos con la finalidad de obtener resultados favorables por

⁶⁶ Primer párrafo de la página 2 y párrafo 7 de la página N° 7 del Informe N° 0005-ST/2018.

la aplicación del silencio administrativo positivo⁶⁷. Asimismo, en el Informe se indica que esta demora en la resolución del reclamo, en primera y segunda instancia, genera que en aplicación de la garantía establecida a favor del reclamante que dispone que mientras dure el procedimiento de reclamo no se puede cobrar el monto reclamado, se obtenga una financiación indebida del servicio, es decir, se genera que los usuarios reclamen o apelen con la finalidad de suspender el pago del recibo correspondiente y seguir contando con el servicio a pesar de no haber sido cancelado.

En el Informe se menciona las razones por las cuales se explicaría una tasa creciente en la presentación de reclamos, siendo estas las siguientes: i) la mayor penetración del servicio, ii) la mayor expectativa de uso, iii) la mayor apreciación de la calidad, iv) el mayor acceso a tecnologías que facilita la difusión de la información, v) el mayor conocimiento que tienen los usuarios y vi) el mayor número de canales de atención, entre otros. Sin embargo, se puede observar que ninguna de las razones listadas está relacionada con conductas contrarias a la buena fe procesal, sino únicamente a las circunstancias actuales que caracterizan la provisión de bienes y servicios, las cuales son enfrentadas por la mayoría de proveedores respecto de sus usuarios en el mercado.

Asimismo, en el Informe se indica que, como consecuencia de las razones antes señaladas es normal que el número de reclamos se incremente. No obstante, en el Informe se concluye que, también debe de esperarse que el aumento en el número de reclamos ocasione que las empresas operadoras incrementen sus inversiones y realicen mayores esfuerzos para mantener el porcentaje de insatisfacción entre sus usuarios en niveles bajos, por tal razón, no se justificaría un incremento creciente de reclamos.

Esta afirmación evidencia un error en el enfoque propuesto por el Informe, dado que, no tiene en cuenta que la relación existente entre la empresa operadora y el regulador se caracteriza por ser una relación de agencia, siendo el regulador el principal y las empresas operadoras los agentes, relación que se traslada al procedimiento de reclamo en el que ambos intervienen como primera y segunda instancia. Por ello, teniendo en cuenta que el cumplimiento de las obligaciones normativas significa un costo para las empresas operadoras, no puede concluirse que el incremento en el número de reclamos generaría que los agentes o empresas aumenten voluntariamente sus niveles de inversión o de esfuerzo, a fin de dar, un mayor cumplimiento a las obligaciones normativas y mantener de ese modo bajo los niveles de insatisfacción entre los usuarios. Lo señalado en el Informe, conforme se ha propuesto en la presente tesis, solo se podría conseguir con los incentivos que genera una debida supervisión de las obligaciones previstas en el marco regulatorio vigente del sector, es decir, mediante la imposición de sanciones eficientes y demás medidas administrativas que puedan corresponder ante la verificación de incumplimientos, que se podrían observar mediante el establecimiento de indicadores de calidad técnica o comercial.

⁶⁷ El silencio administrativo positivo se encuentra regulado en los artículos 34, 35 y 36 de la LPAG, y consiste en castigar la inacción de la administración por la falta de respuesta a los procedimientos administrativos iniciados a pedido de parte, considerándose otorgada la pretensión requerida por el administrado una vez que se venzan los plazos que tenía la administración para pronunciarse sobre dicha pretensión sin haberlo hecho. En ese sentido, si la empresa concesionaria no resuelve el reclamo o notifica la resolución que se pronuncia sobre el mismo, dentro del plazo previsto para tal efecto, dicho reclamo se considera fundado.

El Informe igualmente sustenta su afirmación, referida a que el aumento de los reclamos es consecuencia de las conductas contrarias a la buena fe procesal por parte de los usuarios en una estadística respecto del número de apelaciones o quejas que presenta un mismo usuario, conforme se aprecia en la siguiente tabla consignada en dicho informe:

Tabla N°1
Número de expedientes ingresados por usuario
Enero 2016 - Febrero 2018*

Apelante/Quejoso	Expedientes ingresados
Usuario1	1,159
Usuario2	752
Usuario3	679
Usuario4	400
Usuario5	309

Fuente y elaboración: OSIPTEL.

Sin embargo, al igual que con la estadística referida a la cantidad de expedientes ingresados al TRASU en los años 2014, 2015, 2016 y 2017 (ver gráfico N° 9) en ninguna parte del Informe se indica cual es el resultado de dichos expedientes a fin de poder verificar si en efecto su presentación responde únicamente al interés de los usuarios de aprovecharse del procedimiento de reclamo. Ello debido a que, solo se podría afirmar la existencia de un uso contrario a la buena fe procesal si es que la gran mayoría de esos expedientes no tienen sustento, es decir, si finalmente se resuelven en contra de los usuarios que los presentaron.

Debe de precisarse que, un usuario que solo quisiese aprovecharse del procedimiento de reclamos cuestionaría sus facturaciones sin que en efecto exista una excesiva facturación, indicando únicamente que no está de acuerdo con los cargos o montos facturados en su recibo, por tal razón, si su reclamo es resuelto de forma favorable se puede concluir razonablemente que su presentación no obedecía a razones relacionadas con el aprovechamiento de las garantías establecidas a favor de los reclamantes, sino, en una prestación defectuosa del servicio, y por ello, en una vulneración de las obligaciones técnicas o comerciales impuestas a las empresas operadoras.

No obstante lo señalado, de los indicadores estadísticos que publica Osipitel en su página web⁶⁸ respecto a los reclamos y quejas de usuarios que ingresan vía recurso de apelación al TRASU, para los años 2015 y 2016 (no existe datos finales respecto al año 2017)⁶⁹ que son los años en los cuales, de acuerdo a la estadística consignada en el Informe (ver gráfico N° 9), la cantidad de expedientes ingresados al TRASU se incrementó de forma excesiva, se ha podido observar que el porcentaje de apelaciones que han sido resueltas a favor del usuario asciende a 61.25% y en contra solo el 37.70%; asimismo, respecto a las quejas ingresadas el porcentaje de estas resueltas a favor de los usuarios asciende a 64.96% y en contra solo el 34.82%, como se advierte en los gráficos Nos. 10 y 11.

⁶⁸ <https://www.osiptel.gob.pe/documentos/indicadores-estadisticos>

⁶⁹ Ver indicador N° 12.5 en el enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/documentos/12-indicadores-de-reclamos-de-usuarios-segunda-instancia>

Gráfico 10

Recursos de Apelación y Quejas resueltas por el TRASU, por sentido			
	2015	2016	
Recursos de Apelación	Acumulado	105	90
	Allanamiento	0	0
	Anula y Archiva	0	171
	Anular	29	0
	Conciliación	0	0
	Dar por concluido	3,923	9,382
	Dejar sin efecto la elevación	3,387	2,771
	Desistimiento	0	0
	Fundado	7,237	11,142
	Fundado con SAP	0	0
	Fundado sin SAP	0	0
	Improcedente	11,394	7,376
	Infundado	1,237	834
	Nula	0	0
	Parcialmente fundado	1,702	962
	Rechazar/Archivar**	100	1
	Sustracción	0	0
Transacción	0	0	
Otros	0	0	
Total	29,114	32,729	
Quejas	Acumulado	107	204
	Anula y Archiva	0	520
	Anular	27	0
	Archivase	0	0
	Confirmar	0	0
	Dar por concluido	0	5
	Dejar sin efecto la elevación	825	1,089
	Desistimiento	0	0
	Fundado	7,146	21,860
	Fundado con SAP	0	0
	Fundado sin SAP	0	0
	Improcedente	2,523	3,970
	Infundado	4,465	4,491
Nula	0	0	
Parcialmente fundado	537	371	
Rechazar/Archivar**	39	2	
Sustracción	0	0	
Transacción	0	0	
Otros	0	0	
Total	15,669	32,512	

Fuente y elaboración: OSIPTEL.

Gráfico 11

Apelaciones	2015-2016	%
Total de expedientes	55,490	100.00%
A favor del usuario	34348	61.90%
En contra del usuario	21142	38.10%

Quejas	2015-2016	%
Total de expedientes	45,956	100.00%
A favor del usuario	29919	65.10%
En contra del usuario	16037	34.90%

Elaboración propia

70

De dichos datos estadísticos se puede concluir que, contrariamente a lo aseverado en el Informe no es posible afirmar que los usuarios realizan un ejercicio contrario a la buena fe procesal, presentando apelaciones o quejas con la finalidad de aprovecharse de las garantías que se establecen a favor de los reclamantes en el

⁷⁰ Del número total de expedientes se ha excluido aquellos sentidos que no implican un resultado desfavorable ni favorable para el usuario (resaltados con amarillo en el gráfico N° 10), como los referidos a "acumulado" que consisten resoluciones que acumulan dos o más procedimientos por tener conexidad entre sí y los denominados "Dejar sin efecto la elevación" referidos a los supuestos en los cuales la empresa concesionaria no eleva el expediente completo, de modo que, el TRASU no puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo. Igualmente, incluso considerando dichos expedientes neutrales, el porcentaje a favor y en contra de los usuarios no varía significativamente al resultado consignado en el gráfico N° 11, determinándose un 61,25% y 37,70% para el caso de las apelaciones, y, 64,96% y 34,82% para el caso de las quejas, respectivamente.

procedimiento de reclamos. Ello debido a que, la mayoría de las veces los reclamos son resueltos favorablemente, es decir, que estos se originaron por incumplimientos del diseño regulatorio recogido en el marco normativo que regula las actividades del servicio público de las telecomunicaciones.

Respecto a los datos estadísticos parciales publicados por el Osiptel⁷¹ para el año 2017, a marzo de dicho año el porcentaje de apelaciones a favor del usuario aumenta a 68,86% y el porcentaje en contra disminuye a 31,14%, manteniéndose la misma tendencia que la observada en los años 2015 y 2016; empero, respecto a los datos parciales a junio de 2017 se observa que el porcentaje de apelaciones a favor del usuario disminuye a 49,41% y el porcentaje en contra aumenta a 50,59% (ver gráficos Nos. 12 y 13).

Gráfico N° 12

Recursos de Apelación	A mar-2017	A jun-2017
	Acumulado	18
Anular	12	20
Archivar	82	178
Dar por concluido	6,072	7,160
Dejar sin efecto la elevación	485	833
Fundado	4,291	8,474
Improcedente	4,339	15,525
Infundado	399	955
Parcialmente fundado	323	657
Rechazar	0	0
Total	16,021	33,844

Fuente: Base de Datos del TRASU

Gráfico N° 13

A marzo de 2017 Apelaciones			A junio de 2017 Apelaciones		
	2017	%		2017	%
Total de expedientes	15,518	100%	Total de expedientes	32,969	100%
A favor del usuario	10,686	68.86%	A favor del usuario	16,291	49.41%
En contra del usuario	4,832	31.14%	En contra del usuario	16,678	50.59%
% de improcedentes	4339	90%	% de improcedentes	15525	93%

Elaboración propia

Si bien el último resultado a junio de 2017 indicaría que se resuelven más expedientes de apelación en contra de los usuarios, conviene señalar que dicho porcentaje no es suficiente para afirmar que los usuarios apelan solo para congestionar los canales de atención y aprovecharse de las garantías establecidas a su favor en el procedimiento de reclamo, más aún, si en los años 2015 y 2016 seis (6) de cada diez (10) apelaciones se resolvieron a favor de los reclamantes.

Asimismo, debe de advertirse que, para ambas estadísticas parciales, el 90% de

⁷¹ Ver indicador N° 12.5 en el enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/documentos/12-indicadores-de-reclamos-de-usuarios-segunda-instancia>

los reclamos resueltos en contra de los usuarios corresponde a apelaciones que fueron declaradas improcedentes. Es decir, que en dichos pronunciamientos no se evaluó el fondo del reclamo a fin de determinar si correspondían o no a vulneraciones efectivas del diseño regulatorio⁷². Cabe señalar además, que en el propio Informe se indica que en el año 2017, de la totalidad de expedientes resueltos, el 65% corresponde a apelaciones que se presentaron por medio telefónico, precisando que para dichos casos no se escucha el audio de la llamada que registra el recurso, sino que, se da por cierto el contenido del formato que las empresas operadoras llenan respecto a dichas llamadas en aplicación del principio presunción de veracidad, lo cual, desconoce el hecho de que, si bien para efectos del procedimiento de reclamos dichas empresas cumplen el rol de primera instancia administrativa, ello no elimina su naturaleza de empresa privada, que implica que su actuación tiene como objetivo maximizar sus ingresos y minimizar sus costos, por tal razón, es coherente considerar que tienen el interés de que los reclamos sean declarados infundados e improcedentes. Esta afirmación se corrobora con el hecho de que en los años 2015 y 2016 el 65% de quejas resueltas por el TRASU fueron declaradas fundadas, es decir, que en dichos casos se verificó que las empresas operadoras vulneraron el diseño del procedimiento de reclamos establecido (como los supuestos de negativa a recibir reclamos, recursos o quejas, no elevar el recurso de apelación o no pronunciarse sobre el reclamo dentro de los plazos), lo cual puede ser explicado, de acuerdo al enfoque propuesto en la presente tesis, por la existencia de una relación de agencia entre la primera y segunda instancia del procedimiento de reclamos, caracterizada por la existencia de un problema de riesgo moral o acción oculta.

Por lo expuesto, el enfoque del Informe genera que el diagnóstico al problema del aumento de reclamos y expedientes que ingresan al TRASU no sea el correcto, y por ello, que las medidas que se recomiendan y que son finalmente aprobadas por la Resolución 51 no vayan a solucionar el problema señalado.

2. Sobre las medidas adoptadas

Las medidas adoptadas por la Resolución 51 son las siguientes: i) suspensión de la vía telefónica como medio para la presentación de recursos de apelación y quejas, ii) restringir la facultad de presentación de reclamos, apelaciones y quejas a solo los titulares de los servicios, excluyendo a los usuarios de los mismos y iii) suspensión de la elevación de los recursos de apelación y quejas a solicitud de los reclamantes.

2.1 Suspensión de las llamadas telefónicas

El Informe señala que la llamada telefónica es el medio más empleado para la presentación de recursos de apelación y quejas debido a que es el que tiene menor costo de transacción. Se indica que el porcentaje de apelaciones desfavorables al usuario de aquellas que se interponen por teléfono asciende a 63% a diferencia de las que se realizan presencialmente, en las cuales dicho porcentaje disminuye a 48%, de igual modo, respecto a las resoluciones que se resuelven en sentido favorable al usuario, se señala que, cuando es por llamada telefónica asciende a

⁷² En el Artículo 32 del Reglamento para Atención de Reclamos de Usuarios, aprobado mediante la Resolución N° 47-2017-OS-OSIPTEL, se establece como supuestos para declarar improcedente los recursos.

32% incrementándose a 46% cuando la apelación se realiza personalmente. Por tal razón, en el Informe se afirma que existe una relación entre el medio de presentación y el sentido de lo resuelto por el TRASU, concluyendo además que, i) el medio de presentación telefónico no resulta un medio efectivo a través del cual los usuarios pueden obtener un pronunciamiento acorde con sus intereses, y ii) que debido al menor costo que implica el uso del referido medio este es empleado por los usuarios para aprovecharse de la garantía establecida en el procedimiento de reclamos que no permite el cobro de la facturación mientras se encuentre reclamada.

Sobre el particular, si bien la estadística consignada en el Informe denota la existencia de una correlación entre el medio empleado para impugnar y el sentido de la resolución final, ello no implica necesariamente que exista una relación de causalidad entre el sentido de la resolución y el medio empleado para la impugnación, y menos aún que, ello sea consecuencia de un uso contrario a la buena procesal de los usuarios, en la medida que, pueden existir otros motivos que expliquen dicha correlación.

De la tabla N° 2 que se consiga en dicho Informe con la estadística antes señalada se puede verificar que del total de impugnaciones realizadas por medio telefónico que son resueltas en contra de los usuarios, el 94,85% son en sentido improcedente y solo el 5,15% restante con sentido infundado. Es decir, en casi la totalidad de los casos resueltos en contra del usuario el TRASU no se pronunció sobre el fondo de las apelaciones, sino sobre temas de forma, por tal razón, no es correcta la afirmación referida a que de dicho resultado se concluye que los usuarios impugnan para aprovecharse del procedimiento de reclamo. Más aún, sin en el mismo Informe se señala expresamente que el TRASU ha observado que para los casos de apelaciones realizadas por medio telefónico se ha verificado un incorrecto e inexacto registro en los formularios correspondientes, específicamente respecto del concepto de la queja o la apelación, así como, el sustento concreto de la pretensión del usuario. Por tal razón, la cantidad de impugnaciones resueltas como improcedentes en contra del usuario podría explicarse por el hecho de que las empresas operadoras no tienen interés de que se corrijan sus errores, y por ello, no recogen en los formularios que registran las llamadas telefónicas con exactitud el sustento de las pretensiones que formulan los usuarios. Sin embargo, en el Informe se prefiere concluir que son los usuarios los que actúan con mala fe procesal y no las empresas operadoras, ello a pesar de la cantidad abrumadora de quejas que son declaradas fundadas.

Tabla N°2

Apelaciones resueltas según medio de presentación y sentido de la resolución

Expedientes Resueltos según medio de presentación

Medio de Presentación	%
Telefónico	65%
Personal	14%
Web	12%
Escrito	1%
Resto	9%
TOTAL	100%

Fuente y elaboración: OSIPTEL.

Apelaciones Resueltas con medio de presentación: 2017

Sentido	Telefónico		Personal		Web	
	N°	%	N°	%	N°	%
Improcedente	27,577	60%	4,900	32%	5,344	41%
Fundado	8,354	18%	5,504	35%	3,491	27%
Dar por concluido	6,210	14%	1,671	11%	1,134	9%
Infundado	1,498	3%	2,441	16%	2,203	17%
Otros sentidos	2,025	4%	996	6%	973	7%
TOTAL	45,664	100%	15,512	100%	13,145	100%

Otro argumento expuesto en el Informe, que justificaría la suspensión de la llamada

telefónica como medio para imponer recursos, sería que, de una muestra aleatoria de 136 apelaciones el TRASU determinó que, si bien el 80,1% de dichas apelaciones fueron presentadas teniendo como materia de discusión un cuestionamiento referido a la facturación del servicio, el 55% de las mismas correspondía en realidad a temas de calidad, resultando que solo el 33% eran en realidad por temas de facturación (ver tabla N° 3). De la referida estadística el Informe concluye que la prohibición de presentar recursos de apelación por medio telefónico atacaría “*los incentivos que existen para obtener incorrectamente beneficios monetarios derivados de los reclamos presentados*”.⁷³

Tabla N° 3
Apelaciones por materia reclamada

Materia reclamada	N°	% del Total	% de Facturación
Contratación no solicitada	4	2.9%	
Facturación	109	80.1%	
Cobro no reconocido	36		33%
Incumplimiento de condiciones del plan contratado	4		4%
Información falsa	2		2%
No llega el recibo o llega tarde	2		2%
Calidad en el servicio/cobertura	60		55%
Otros	5		5%
Otros	14	10.3%	
Calidad en el servicio	9	6.6%	
TOTAL	136		

Fuente y Elaboración: OSIPTEL.

Al respecto, consideramos que la conclusión de este extremo del informe es incorrecta, debido a que, el hecho de que los usuarios presenten recursos de impugnación calificándolos como temas relacionados a facturación cuando en realidad corresponden a otras materias, como temas de calidad, no implica un ejercicio contrario a la buena fe que tenga como objetivo aprovecharse de la garantía que suspende el cobro de las facturaciones que se encuentran reclamadas, ello debido a que, como ya se mencionó antes, para valerse de dicha garantía solo basta con reclamar la facturación que no se desea pagar indicando que no se está de acuerdo con los cargos o consumos facturados, no siendo necesario tener que encubrir otra materia reclamable como una de facturación. Esto último solo acredita que los usuarios no están debidamente informados y que no conocen las características del servicio. De igual modo, en el Informe no se indica el resultado final de dichas apelaciones a fin de verificar si en efecto correspondían a reclamos presentados sin sustento solo por el hecho de reclamar. Sin embargo, podemos considerar que se encuentran dentro del rango general para las apelaciones presentadas en el año 2015 y 2016, es decir, 61,90% favorables al usuario y 38,10% en contra.

2.2 Exclusión de usuarios para presentación de escritos

En el informe se afirma que permitir reclamar al usuario (y no solo al titular) ocasiona que se presenten reclamos con la única finalidad de aprovecharse de la garantía que establece que no se puede cobrar el monto reclamado. Es por tal razón que en el Informe se justifique como una medida que debe ser adoptada, que solo se

⁷³ Ver segundo párrafo de la página 15 del Informe N° 0005-ST/2018

permita reclamar al titular del servicio y no a los usuarios. Indica como un ejemplo de dicha conducta contraria a la buena fe procesal los casos en los cuales el titular de la línea desconocía haber presentado un reclamo, perjudicándose del corte del servicio efectuado luego de haberse resuelto dicho reclamo en forma desfavorable. No obstante, dicho razonamiento no toma en cuenta que un usuario distinto al titular no tendría interés en reclamar a nombre de este último si es que ello no le reporta un beneficio, como sería el caso de la suspensión del pago del recibo reclamado. Por lo tanto, dicha afirmación carece de sustento, dado que, no tiene en cuenta cuál sería la finalidad de que alguien reclame para aprovecharse de la garantía, que prohíbe el cobro de la facturación reclamada, si es que dicho reclamante no es usuario efectivo del equipo cuya facturación se reclama. Por esa razón, el ejemplo que se consigan en el Informe no podría corresponder a un supuesto de aprovechamiento de la garantía, sino quizás de un error en la presentación o registro del reclamo, por consignarse un número de abonado distinto del que se pretendía reclamar. En ese sentido, consideramos que permitir reclamar a terceros distintos a los titulares bajo la calidad de usuarios no ocasiona que se presenten reclamos indiscriminados a nombre de los titulares.

2.3 Suspensión de la elevación de los recursos de apelación y quejas a solicitud de los reclamantes

En el Informe se recomienda que no se permita a los reclamantes que puedan solicitar que se eleve los recursos de apelaciones y quejas interpuestos en caso las empresas operadoras no hayan efectuado la elevación correspondiente. Como sustento de dicha medida se consigna como estadística un grupo de expedientes que fueron abiertos a pedido de los reclamantes de los cuales se indica que se verificó inconsistencias en la información de dichos expedientes y la información registrada en los sistemas comerciales de las empresas operadoras, respecto del reclamo, apelación, queja y sentido resolutivo de primera instancia. Por tal razón se concluye que la referida facultad genera que el TRASU tenga que destinar recursos para verificar la veracidad de la documentación y declaraciones presentadas por los usuarios, y permite que los usuarios puedan aprovecharse del procedimiento de reclamos. Asimismo, se afirma en el Informe que los usuarios tienen otras vías *“igualmente satisfactorias e inclusive más idóneas”*⁷⁴ para atender aquellas apelaciones y quejas que no habrían sido elevadas por las empresas operadoras.

Sobre el particular cabe señalar, que al igual que con otros supuestos no se indica en el Informe el resultado de dichos expedientes abiertos por solicitud de los usuarios, de modo tal que no se puede verificar si en efecto la operadora incumplió con elevar el expediente de apelación o queja, a fin de poder corroborar su afirmación referida a que los usuarios presentan dichas solicitudes de apertura sin fundamento alguno, ni tampoco se indica quién es responsable de la inconsistencia en la información reportada.

Suponer que las inconsistencias de información son de responsabilidad del usuario y no de la operadora es no reconocer la relación de agencia existente entre la empresa regulada y el regulador, más aún si la mayoría de quejas, es decir, vulneraciones al procedimiento de reclamos, son resueltas a favor de los usuarios.

Asimismo, afirmar que existen vías igualmente satisfactorias e incluso más idóneas,

⁷⁴ Ver segundo párrafo de la página 20 del Informe N° 0005-ST/2018.

como sería la queja por no elevación del recurso de apelación o queja, es otro claro ejemplo de como un enfoque que no reconoce la relación de agencia existente entre la primera instancia a cargo de las empresas reguladas y segunda instancia a cargo del regular ocasiona que se lleguen a conclusiones erróneas contrarias a la realidad. Ello debido a que, de acuerdo al Artículo 72 del Reglamento para Atención de Reclamos de Usuarios, aprobado mediante la Resolución N° 47-2017-OS-OSIPTEL, la queja debe de presentarse ante la empresa operadora, por ello, si un usuario tiene un problema debido a que la empresa que le brinda el servicio no eleva su recurso de apelación presentado contra una resolución o no eleva la queja presentada, para solucionar dicho problema debe de presentar una nueva queja por dicho motivo ante la misma empresa. Ese razonamiento solo tiene sentido si se parte de la premisa que las empresas operadoras cumplen cabalmente todas las obligaciones impuestas en el marco regulatorio vigente, pero como se ha señalado en la presente tesis, dada su condición de agente en la relación de agencia y considerando que el cumplimiento de la regulación tiene un costo, dicha empresa no tiene incentivos para hacerlo, salvo que, la imposición de sanciones eficientes como resultados de la supervisión genere dichos incentivos.

Es más, dentro de las causales de quejas previstas en el Artículo 70 del citado reglamento se prevé el supuesto de negativa a recibir reclamos, recursos o quejas, de ese modo, la misma normativa ha reconocido que las empresas operadoras pueden actuar en contra del propio procedimiento de reclamo. Sin embargo, de acuerdo a la medida propuesta, los usuarios quedarían a merced de los intereses de dichas empresas, debiendo para dicho supuesto de negativa de recepción de un escrito, intentar presentar otro escrito para corregir dicha vulneración.

2.4 Limitar los alcances de la materia reclamable de facturación

En el Informe se establece como medida para lidiar con el problema referido al creciente número de reclamos que los alcances de la materia reclamable de facturación del servicio se limite solo a aquellos casos en que los usuarios cuestionen la tarifa o el consumo, sin incluir aquellos cuestionamientos referidos a la calidad del servicio y otros temas (ver Tabla N° 3). El sustento de dicha medida igualmente está referido a que con su adopción se evitaría que los usuarios se aprovechen de procedimiento de reclamo postergando injustificadamente el pago de sus facturaciones reclamadas.

Precisar la definición del contenido de un reclamo por facturación consideramos que es una buena medida, en tanto que, aminora la asimetría de información existente entre el regulador, empresas reguladas y los usuarios, sin embargo, no compartimos las razones por las cuales se justifica dicha delimitación. Consideramos, como ya se señaló precedentemente, que se debe tener en cuenta que para aprovecharse de la garantía que suspende el cobro de las facturaciones o montos que hayan sido reclamados, no es necesario que el usuario reclamante tenga que hacer pasar una materia distinta por la de facturación, sino únicamente reclamar la facturación que no se desea cancelar. Suponer lo contrario implicaría que los usuarios que quieren aprovecharse del procedimiento de reclamo eligen la vía más costosa contraria a sus intereses.

Asimismo, de ser el caso que un usuario presente un reclamo por excesiva facturación, pero en el fondo el cuestionamiento está referido a otros temas, la operadora no debería suspender el cobro de la facturación supuestamente

cuestionada, debido a que, tal como se indica en el Informe, la verdadera pretensión no es el supuesto excesivo consumo o facturación. Esto se podría haber solucionado mediante la aprobación de precedentes de observancia obligatoria, en los que se precise y aclare los supuestos en los que procede la suspensión del pago de la facturación cuando esta es reclamada a fin de evitar que los usuarios intenten aprovecharse del procedimiento de reclamo, y, establecer además que, ante su incumplimiento, las empresas operadoras podrían ser sancionadas con el objetivo de alinear sus intereses con los intereses del regulador, y evitar que estén evadando el costo de tener personal capacitado para dar una adecuada atención a los reclamos, resolviendo todos los reclamos infundados y esperando que sea el regulador quien, a través del TRASU, corrija dichos pronunciamientos.

Esto último es importante, dado que, por más que se delimite la definición de facturación para el procedimiento de reclamos, debe de tenerse en cuenta que el derecho de acción es un poder jurídico abstracto, por lo que, los usuarios siempre van a poder reclamar argumentando lo consideren más convenientes a sus intereses, y dicha delimitación no elimina el registro del reclamo y el trabajo en el que deba de incurrir la empresa operadora para hacer su evaluación y declarar su admisibilidad o improcedencia.

3. Otras medidas y propuestas

En el Informe también se proponen aparte de las medidas antes analizadas lo siguiente: i) fomento del mecanismo de solución anticipada de reclamos y ii) cambios respecto a la competencia y composición de las salas encargadas de resolver los reclamos.

El fomento de mecanismos de solución anticipada de reclamos como se ha señalado parte en la presente tesis, parte de la premisa que las partes pueden arribar a una solución más eficiente y menos costosa que aquella que pueda ser adoptada por un tercero, sin embargo, para el caso del procedimiento de reclamos las empresas operadoras encargadas de la primera instancia no enfrentan costos significativos que les genere incentivos adecuados para efectuar una solución anticipada del reclamo, ello debido, entre otras razones, a que no existe un supuesto de sanción por resolver en contra del criterio del regulador, es decir, una sanción en el caso que en segunda instancia se cambie de sentido de la resolución de primera instancia. Incluso, las empresas operadoras, como se indicó precedentemente, podrían tener el incentivo de declarar todos los reclamos infundados a fin de que sea el regulador quien los corrija en segunda instancia de ser el caso de que sean impugnados, y de ese modo, ahorrarse costos en la tramitación del proceso de reclamo. En ese sentido, el mecanismo de solución anticipada en el mejor de los casos solo ocasionaría que menos expedientes se eleven al TRASU siempre y cuando se regule de tal forma que el costo de seguir con el procedimiento de reclamo para las empresas operadoras sea mayor a la solución anticipada. Para ello, el TRASU debería implementar los precedentes de observancia obligatoria y sancionar por su incumplimiento, así mismo, debería enfocarse en sancionar las vulneraciones al procedimiento de reclamo que comenten dichas empresas, más aún si se considera que, según la estadística analizada en el gráfico N° 11, para los años 2015 y 2016 el 65.10% de las quejas elevadas al TRASU son resueltas a favor de los usuarios.

4. Conclusión

Consideramos que ninguna de las medidas y propuestas señaladas en el informe pueden conseguir que el número de reclamos disminuya, únicamente podrían conseguir que el número de expedientes que ingresan al TRASU se aminore, pero no por las razones adecuadas, como sería la generación de incentivos para que las empresas operadoras resuelvan los reclamos en primera instancia de acuerdo al criterio del regulador, sino porque las medidas planteadas en concreto limitan y hacen más costoso la presentación de reclamos, apelaciones y quejas para los usuarios, bajo el sustento aparente de que en la actualidad la mayoría de usuarios hace un ejercicio abusivo del derecho a reclamar, contrario a la buena fe procesal, lo cual como se ha analizado de la estadística publicada por Osiptel en su página web, consideramos que no tiene asidero.

Asimismo, como se ha planteado en la presente tesis respecto del alcance de la labor de la JARU, de igual modo, por más que el TRASU se esfuerce en el desarrollo de su labor, lo único que puede conseguir es que los reclamos que se presenten siempre se resuelvan en la primera instancia de acuerdo al criterio del regulador, sin generar incentivos en la etapa en la cual se realizan las conductas que generan la presentación de reclamos. En ese sentido, los incentivos para evitar el incremento de reclamos se deben de dar en dicha etapa, que es anterior al procedimiento de reclamo, sobre la cual los tribunales administrativos de solución de reclamos no tienen competencia para supervisar, sino que, esta recae en otras gerencias o divisiones del regulador. Por ello, consideramos que las medidas señaladas en el Informe no solucionan la causa que ha generado el incremento de reclamos en los últimos años.

Además, en tanto Osiptel no parta de un enfoque que tenga en cuenta que entre la empresa regulada y el regulador existe una relación de agencia sujeta a problemas de riesgo moral, como consecuencia de los intereses y objetivos distintos que persiguen y de la existencia información asimétrica entre ambas y que dicha relación se traslada a las instancias del procedimiento de reclamo, las medidas que pueda adoptar o cambios normativos que puede proponer no van a dar solución a ninguno de los problemas que la Resolución 51 ha buscado atender.

Finalmente, cabe señalar que, conforme se indica en la primera recomendación de esta tesis, permitir que los usuarios de un servicio reclamen ayuda a la labor de supervisión del regulador. Sin embargo, es necesario que estos compartan sus mismos intereses, sino, los reclamos no van a coadyuvar con dicha finalidad. Para ello, en vez de hacer más costosa la presentación de reclamos, se debería establecer precedentes de observancia obligatoria, que regulen las conductas oportunistas, tanto de la empresa operadora como de los usuarios, a fin de evitar que el proceso de reclamo se use con un fin distinto al de su objeto. Conviene también señalar que a fin de que los usuarios puedan advertir los incumplimientos del marco regulatorio vigente y reclamen para que el regulador proceda con su corrección estos deben de estar informados sobre los alcances y características del servicio, así como de sus derechos. En consecuencia, el regulador debe de ampliar y profundizar sus campañas de información sobre los derechos que les asisten dentro y fuera de un procedimiento de reclamos.