

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



Competencia de los organismos reguladores para resolver
reclamos sobre servicios no regulados económicamente

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho de la
Empresa con especialidad en Regulación de Negocios que presenta:

Carlos Anibal Malca Maurologoitia

Asesor:

Dr. Juan Alejandro Espinoza Espinoza

Lima, 2021

DEDICATORIA:

A **Dios**, por permitirme avanzar en este gran paso en mi vida profesional y académica, y por estar siempre presente.

A mi madre, **Nimia Mercedes** por su amor incondicional y ser ejemplo de esfuerzo y superación frente a la adversidad.

A mi esposa, **Margot**, por el amor que nos tenemos, por haber decidido compartir su camino con el mío, brindándome su apoyo en todos los momentos juntos, especialmente en los más difíciles, impulsándome a superar mis limitaciones.

A mi hijo, mi primogénito, **Carlitos**, por darle sentido y calma a mi vida, prueba palpable que la nobleza es nacida y no aprehendida. A mi hija, mi pequeña **Irene**, ejemplo de fortaleza y dulzura, por enseñarme a tener paciencia. A **ambos**, por ser la fuente de amor y motivación para seguir adelante, y porque con su existencia me guían e impulsan en el camino de ser una mejor persona cada día.



RESUMEN

El presente trabajo de investigación destinado a la obtención del grado académico de Magíster en DERECHO DE LA EMPRESA CON ESPECIALIDAD EN REGULACIÓN DE NEGOCIOS, tiene como justificación determinar si el ordenamiento jurídico ha estipulado de manera clara si los reclamos de los usuarios finales de servicios brindados en condiciones de competencia por las entidades prestadoras que explotan Servicios Públicos e Infraestructura de Transporte de Uso Público deben ser tramitados ante los organismos reguladores (OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN) o el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI). La investigación parte de la base que la defensa de los usuarios se constituye como una de las principales bases de nuestro régimen constitucional económico, especialmente en los mercados de los servicios públicos, donde existe poder monopólico de las empresas prestadoras. En ese orden de ideas, se ha analizado la teoría económica que justifica la protección de los usuarios dentro de una economía de mercado, así como la teoría de la regulación económica que explica la intervención de los organismos reguladores en los mercados de servicios públicos, la normativa específica en cada uno de los sectores bajo la competencia administrativa de los organismos reguladores, que incluye el estudio de los reglamentos emitidos por cada uno de estos en ejercicio de función normativa, en donde se logra evidenciar la diferente interpretación que ha realizado cada organismo regulador de la función de solución de reclamos establecida en el literal f) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, finalmente, determinando que la solución más eficiente por economías de alcance es la regulada y asumida por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte Público (OSITRAN), el cual resuelve los reclamos tanto de los mercados bajo su supervisión en los que aplica regulación económica y social.

ÍNDICE

Resumen.....	1
Índice.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I: DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS	5
1. Antecedentes.....	5
2. Consumidores y usuarios.....	9
3. Definición de Derecho del consumidor y usuario	13
4. Derechos de los consumidores y usuarios	14
CAPÍTULO II: LOS ORGANISMOS REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS E INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO	22
1. SOBRE EL NUEVO ROL DEL ESTADO.....	22
2. LOS ORGANISMOS REGULADORES.....	28
CAPÍTULO III: LOS RECLAMOS DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS E INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO.....	60
1. SOBRE LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE RECLAMOS	60
2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA SOLUCIÓN DE RECLAMOS EN CADA ORGANISMO REGULADOR.....	63
3. COMPARACIÓN DE LOS SERVICIOS OBJETO DE RECLAMOS EN LOS OR.....	72
4. POSTURA RESPECTO DE LA POSICIÓN QUE DEBE PRIMAR EN LA SOLUCIÓN DE RECLAMOS.....	74
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES.....	79
Bibliografía	82

INTRODUCCIÓN

La única forma de verificar si los modos de provisión de los servicios públicos y la infraestructura están cumpliendo su finalidad es recibir noticias de aceptación y satisfacción por parte de los ciudadanos.

En las relaciones de mercado existe, típicamente, una parte ofertante o productor y una parte demandante o consumidor. Con relación al suministro de los servicios públicos y provisión de infraestructura ocurre exactamente lo mismo, haciendo la salvedad que en estos casos la conformación de la oferta tiende a ser singular.

Esto deriva en que el fenómeno económico de los mercados de servicios públicos requiera de un tratamiento distinto. No obstante, en lo que no hay diferencia es en la posición que tienen los consumidores en las diversas industrias, dejándolos en posición asimétrica con respecto a los oferentes.

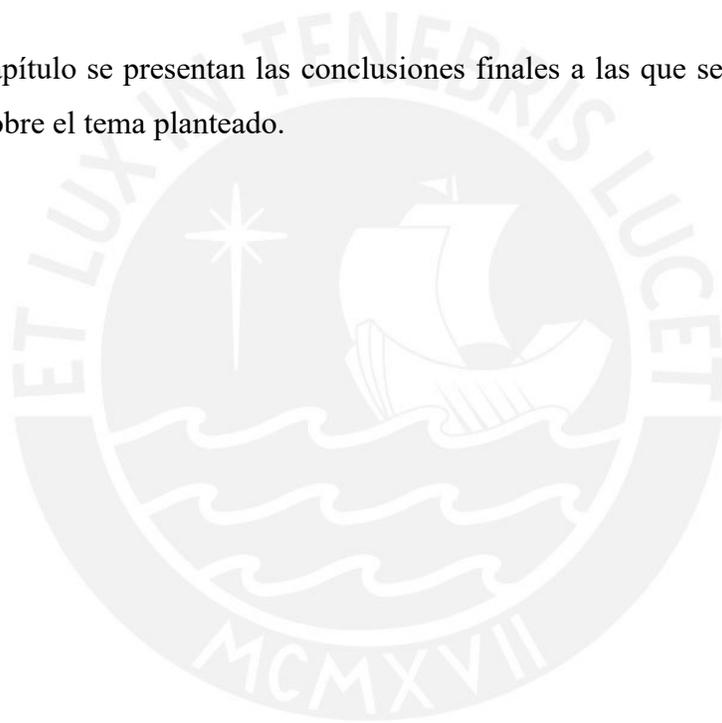
Esa realidad se ha trasladado al Derecho, emitiéndose normas relativas a la defensa de los usuarios y consumidores. Precisamente sobre ello versa la primera sección del trabajo de investigación; en esta se habla sobre las definiciones de los términos “consumidor” y “usuario”, también se demuestra la particularidad de la relación de consumo desde tiempos remotos y cuál es la fórmula jurídica actual, de orden constitucional y legal, para otorgar una tutela especial a los consumidores.

La segunda parte del trabajo de investigación trata sobre la concepción actual del Estado, que dejó de ser un abastecedor de servicios a ser un promotor, que regula, realiza supervisión, sanciona ante el incumplimiento contractual o normativo y que tiene un protagonismo secundario en la propia actividad empresarial. Asimismo, se avoca al estudio de los organismos públicos encargados de realizar las funciones de corrección y ordenación de los mercados, lo que supone la descripción y análisis de las funciones que desempeña cada uno de ellos. Asimismo, se señala cuál es la repercusión de esta labor que obtiene como resultado en general atender las

pretensiones de los usuarios y consumidores.

Posteriormente, la investigación trata sobre las situaciones que pueden presentarse en quienes usan tanto los servicios públicos como la infraestructura de los sectores regulados y de cómo esta necesita una atención especial, mediante la implementación de procedimientos de solución de reclamos; tratando con énfasis los aspectos relativos a las materias reclamables, analizándose la diferente interpretación para delimitar la competencia sobre los reclamos.

Como último capítulo se presentan las conclusiones finales a las que se arriba, así como las recomendaciones sobre el tema planteado.



CAPÍTULO I: DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

1. Antecedentes

Las necesidades del hombre han existido siempre, desde los inicios de la civilización, y para satisfacerlas se ha valido del consumo y uso de bienes y servicios. Es decir, el hombre desde siempre ha realizado actos de consumo y uso, entendidos en su más básico sentido, el de satisfacer alguna necesidad, siendo éste el fundamento del intercambio comercial. En palabras de Ghersi: *“El consumo, ante todo, existió desde el comienzo de la historia de la humanidad y el verbo ‘consumir’ está en nuestro idioma desde siempre, pero ¿es a esto a los actualmente nos referimos cuando hablamos de ‘consumo’? Sin duda no”* (GHERSI, 2005, pág. 2).

Para FARINA, la actividad económica siempre se ha centrado en la búsqueda de satisfacer las necesidades humanas, cambiando de perspectiva las actividades mercantiles van dirigidas (con ánimo de lucro) siempre a llenar necesidades, comodidades, gustos y hasta vanidades humanas (FARINA, 1995, pág. 1). Es en ese sentido que los consumidores existen sin ser un presupuesto la actividad comercial, esto se ilustra con su existencia aún en las civilizaciones primitivas; sin embargo, es imposible la existencia del comercio sin que haya consumidores.

Empero, inclusive hasta el siglo pasado este tipo de relaciones se regían por las normas del derecho civil común, específicamente, por las referidas al contrato; PRADA ALONSO trae a colación el ejemplo de la regla dominante del derecho romano *‘caveat emptor’*, que pregonaba que el comprador tenía que desconfiar y prevenirse (actuar diligentemente) si no quería soportar las consecuencias de una adquisición defectuosa (PRADA ALONSO, 1998, pág. 20).

Puede decirse que han existido normas relacionadas por ejemplo con la protección de los alimentos y la salud, pero que no reglamentaban directamente a la relación entre las partes, sino que eran normas de orden público; por lo que en general el Estado sólo tenía el papel de vigilancia, garantizando la libertad e igualdad de las partes¹.

¹ Acotando que las normas jurídicas que tutelas las relaciones entre proveedores y consumidores tienen un origen tan antiguo que se pierde en el tiempo.

La revolución industrial trajo consigo cambios económicos-sociales en el uso y consumo de servicios y bienes en general para satisfacer los distintos requerimientos de los individuos, tales como la consolidación de la gran empresa, la masificación del consumo², la estandarización de los productos, empezó la fabricación en serie, se propagaron los contratos de adhesión y con ello surgió la denominada contratación en masa, en donde solo una contraparte establecía las condiciones de la relación contractual, y la otra parte únicamente tenía la posibilidad de aceptar el bien o servicio con las condiciones planteadas o rechazarlo. Ante esta nueva realidad las normas y principios del derecho civil común quedaron rebasados. Pérez Bustamante nos indica que durante el siglo XIX las normas fueron estaban destinadas a regular o encargarse de los problemas de ese momento histórico, regido por la llegada de la sociedad industrial y post industrial (sociedad de masas). En ese orden de ideas, la normativa del derecho común privado se destinaba a regular las relaciones individuales, es decir, donde quienes contrataban se encontraban en igualdad de condiciones (suponiendo que esto fuera cierto), y donde el proceso era más simple, puesto que iniciaba con la fabricación del producto finalizando con el arribo del producto hasta el consumidor, lo cual implicaba que era regulable de manera más sencilla, sin tener dentro de su espectro el uso de la práctica de la contratación en masa; afirmando además

Como hito inicial de la protección al consumidor, podemos señalar las normas jurídicas que regulaban a los alimentos, así tenemos que las leyes Mosaicas tanto como las Egipcias empezaron a regular la administración de la carnes. Empero tanto Leyes griegas como las romanas prohibían cualquier adulteración que pudiera sufrir el vino al ser mezclado con agua. Por otro lado, en la India se dictaron normas punitivas dirigidas a quienes adulterasen los granos y el aceite.

Más aún, otra clara manifestación de lo dicho anteriormente, adicionalmente al gremio de comerciantes y artesanos existente en la Edad Media, empezaron a aparecer inspectores alimenticios, siendo los primeros el gremio conformado por los inspectores de pimienta.

La función de estos últimos era mermar las prácticas inescrupulosas dentro del mercado de pimienta, pues los inspectores de pimienta interceptaban e imposibilitaban a quien molían otros tipos de granos, semillas, cortezas, cáscaras de nuez, cáscaras de coco, corazón de oliva con la intención de hacerlos pasar por pimienta.

(...)

Pasando a otro ambiente, los colonos del Nuevo Mundo también comerciaron y produjeron artesanías. No obstante, recién en 1784, en Massachusetts fue promulgada la primera Ley americana de consumo. Asimismo, en 1970, Thomas Jefferson, siendo secretario de Estado, trabajó en el desarrollo de las primeras leyes americanas de peso y medida para ayudar a proteger la integridad de las transacciones comerciales (DURAND CARRIÓN, 1995, págs. 24-25).

² Lo que estaba sucediendo en la segunda mitad del siglo XX, es que se produjeron un sinnúmero de fenómenos económicos y sociales, desembocando en significativos cambios que afectan directamente la estructura del mercado. Una de estos cambios en la estructura del mercado es la consolidación de las grandes empresas y la aparición del concepto de consumo en masa, los cuales fueron cambios que adecuaron el mercado para la aparición de otros como la transformación del sector de distribución comercial y el alejamiento del fabricante o productor como sujeto responsable del daño. Acentuándose más con la progresiva internacionalización de los mercados, y magnificándose más la ventaja de los proveedores debido a la puesta en escena de técnicas empresariales, todo lo que en suma dificultan la capacidad de elección del consumidor. (LASARTE ÁLVAREZ, 2010, pág. 12).

que la invención legislativa de la igualdad entre los participantes de un contrato no puede sostenerse frente a la fuerza del embestida de las modernas realidades económicas y sociales, entonces el contrato clásico ingresa en aprietos y, razón por la cual se hace necesaria el reexamen de los conceptos exigiendo en el mundo la formación o adecuación del sistema jurídico coherente a la problemática particular y a las necesidades de las relaciones de consumo³ (PÉREZ BUSTAMANTE, 2004, pág. 33).

Este nuevo tipo de relaciones en masa significó una nueva problemática, pues se identificó la existencia de desequilibrios, denominados relaciones asimétricas (RAMÍREZ PÉREZ, 2002, pág. 14) entre las empresas (oferta) y los consumidores (demanda), puesto que las primeras cuentan con mayor capacidad económica y poder de negociación (además, en la mayoría de casos, un mayor nivel educativo); situación que produjo el surgimiento de movimientos, especialmente en Europa y Estados Unidos de Norteamérica (DURAND CARRIÓN, 1995, págs. 26-30), preocupados por la “*estafa*”, el riesgo a la salud o la vida que los bienes y servicios pueden generar a los consumidores, incluso por el abuso de posición dominante del mercado que ejercían las grandes empresas (e inclusive algunas aún lo hacen).

El reconocimiento de esta problemática fue recogida indirectamente con la suscripción del Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, el cual constituyó la Comunidad Europea, con la finalidad de crear un mercado común. En el artículo 85 al hablar de la regulación de la competencia se indica que los acuerdos entre empresas serán válidos siempre que contribuyan a promover el progreso técnico económico, reservando en todo caso a los usuarios una parte equitativa del provecho que resulte de tales acuerdos. Según lo prescrito en el artículo 86, práctica abusiva es restringir la producción, el desarrollo técnico, el mercado para perjudicar a quienes consumen o usan los diferentes productos y servicios (CASTAÑEDA MUÑOZ).

³ En el mismo sentido, Bullard sostiene que en la época moderna los estándares atraviesan la vida del hombre, siendo su comportamiento un fenómeno estadístico, así las personas usan medios de transporte masivo, se compra y vende en masa, se labora de manera masiva, **se vive masivamente, todo esto genera la 'contratación en masa', la cual ha trastocado las estructuras del derecho privado tradicional.** Los Códigos civiles (incluido el de 1984) han sido superados por los hechos. La dogmática de contratos tradicional procura, sin mayor éxito, regular estas formas nuevas de crear relaciones jurídicas en las estancadas categorías de antaño (BULLARD GONZÁLES, 2003, págs. 334-335).

Sin embargo, fue el ex presidente estadounidense John F. Kennedy, quien dio los grandes lineamientos del derecho y defensa del consumidor en su discurso del día 15 de marzo del año 1962 dirigido al Congreso de su país (ORTIZ TORRES & QUINTERO LEE, 2008, pág. 17). Aquella vez señaló que todos nosotros somos consumidores, pertenecemos al grupo más grande del sistema económico, y nos vemos afectados continuamente por casi todas las decisiones de los demás agentes económicos. Representamos los dos tercios del gasto económico, pero no estamos organizados de manera eficaz y por eso nuestra opinión no se tiene en cuenta que si a los consumidores les es ofertados solamente productos de una calidad inferior, con la contrariedad de precios altos, como medicinas que no sirven o que en su defecto son dañinas para la salud, como cuando el consumidor no cuenta con alternativas para hacer una elección, o tener accesos a información adecuada, resulta entonces que el consumidor ha malgastado su dinero, puesto en riesgo su salud y seguridad, y por ende se ve en desmedro el interés general.

Posteriormente, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, en 1973, emitió la Resolución 543/73, que contuvo la Carta de Protección a los Consumidores; la cual fue aprobada posteriormente por el Consejo de la Comunidad Europea el día 14 de abril de 1975 conteniendo el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para instaurar una política de protección e información a los consumidores, reordenando de manera sistemática todas las iniciativas de la Asamblea para la tutela y protección del consumidor, sirviendo como modelo para su desarrollo futuro (OVALLE FAVELA, 2000, págs. 5-14).

Subsiguientemente, el día 9 de abril del año 1985 la Asamblea General de Naciones Unidas, emite la Resolución 39/248 aprobando las Directrices de Naciones Unidas para la Protección de los Consumidores (OVALLE, 1999, págs. 15-17).

En América Latina, el día 6 de junio del año 1997, se aprobó el “*Código Marco Referencial de Defensa del Consumidor y del Usuario*” por la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor del Parlamento Latinoamericano.

Mientras tanto, en el Perú, los derechos del consumidor y/o usuario fueron reconocidos en el artículo 110 de la Constitución Política de 1979⁴, empero, durante su vigencia no hubo mayor desarrollo normativo de sus derechos, pues el consumidor tenía que recurrir ante el Poder Judicial, se aplicaban las normas del Código Civil y normas mercantiles, tampoco se crearon órganos específicos que tutelén sus derechos⁵, fue recién al inicio de los años noventa que es promulgado el Decreto Legislativo 716 (DL 716 en adelante) y se crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI en lo sucesivo). Además, la protección de los consumidores y de sus derechos como tales, son reconocidos también en la Constitución de 1993, tal como veremos más adelante.

Ulteriormente, mediante la Ley N° 29571, fue aprobado lo que conocemos como el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en lo sucesivo, Código del Consumidor), siendo el marco general aplicable a todos los usuarios y consumidores en general, incluidos, claro está a los usuarios de servicios públicos (en lo sucesivo, SP) y de la infraestructura para el transporte de uso público (Infraestructura para el transporte en los siguientes).

2. Consumidores y usuarios

Es necesario destacar que con el término consumidor nos referimos indistintamente a éste como al usuario. LASARTE afirma que se pueden distinguir claramente dos nociones *diferentes de* consumidores: (1) Una noción concreta o estricta, centrada fundamentalmente en quienes adquieren bienes o servicios para uso privado; y (2) una noción abstracta o amplia, que engloba a todos los ciudadanos por concebirllos como personas que aspiran tener una calidad de vida adecuada (LASARTE ÁLVAREZ, 2010, pág. 58).

En la normativa comparada sobre defensa del consumidor en general se utiliza la noción

⁴ El artículo 110 de la Constitución Política del Perú de 1979 describía la concepción del régimen económico de la República, exponiendo que esta se fundamentaba en los principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo por ser la principal fuente de riqueza, así como el trabajo como medio de realización de la persona. Asimismo, exponía la concepción que el estado promovía el desarrollo económico y social a través del aumento de la productividad, la utilización racional de recursos y la distribución de manera equitativa del ingreso. En el último principio que consagraba dicho artículo, concebía un hito para las normas que regulan la relación entre proveedores y consumidores, estableciendo que el estado fomenta los diversos sectores de producción y a su vez, defiende los intereses de los consumidores.

⁵ Antes de este fenómeno, todo conflicto de intereses entre proveedores y consumidores se regía por las normativas del Código Civil y las leyes mercantiles siendo ventilados dentro del Poder Judicial (ROCA & CÉSPEDES, pág. 5)

estricta o concreta descrita (LASARTE ÁLVAREZ, 2010, pág. 59). Así, en las definiciones contenidas en la normatividad de la comunidad europea se indica que los consumidores y usuarios son aquellas personas que contratan para satisfacer necesidades personales o familiares, es decir, con propósitos diferentes a su actividad profesional o comercial. No considerándose dentro de este concepto a las personas jurídicas (VILLALBA CUÉLLAR, págs. 309-311).

En el mismo sentido, la ley argentina de protección al consumidor, Ley N° 24.240 considera en su primer artículo como consumidores o usuarios a todas aquellas personas físicas (naturales) o jurídicas que contratasen a título oneroso algún producto o servicio ya sea para consumo final o para beneficio propio o de su entorno familiar o social. Como se evidencia, en esta norma tutela al consumidor y usuario que utiliza de manera final bienes o servicios.

En el Perú, con el DL 716 inicialmente definió al consumidor o usuario en su artículo 3 inciso a) donde consideraba como tal a todas las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten los productos o servicios como destinatarios finales. Como se advierte, se consideraba consumidor a quien actuaba en el último eslabón de la cadena productiva. El INDECOPI en la Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOPI⁶ al aplicar este criterio, interpretó el término “consumidor final” como “aquél que adquiere, utiliza o disfruta un producto, ya sea un bien o un servicio, para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato, existiendo asimetría informativa”⁷.

Dentro de esta categoría de consumidor, el precedente en referencia incluyo a los pequeños empresarios, que cuando para la adquisición o uso de bienes y servicios no les sea exigible que deban contar con conocimientos especializados y/o técnicos comparables a los que ostentan los proveedores. Se colige que el criterio que se tuvo en cuenta para calificar a un agente económico como consumidor fue el criterio de la asimetría de información.

⁶ De fecha 3 de octubre de 2003 en el Expediente N° 535-2001-CPC seguido por Reynaldo Moquillaza S.R.L. en contra de Milne & CO. S.A.

⁷ Con cargo a ampliar más adelante el concepto, entiéndase asimetría informativa como aquella situación en la cual alguien (en este caso el proveedor) posee información privada no observable por otros (en este caso el consumidor).

Este criterio fue recogido normativamente por el Decreto Legislativo 1045 (2008)⁸, que definió:

“Consumidores o usuarios.- Las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los **microempresarios** que evidencien una situación de **asimetría informativa** con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios **no relacionados con el giro propio del negocio**. La presente **Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias.**” [Resultado agregado]

En la referida norma también se ha plasmado el criterio de la diligencia ordinaria del consumidor. Posteriormente el INDECOPI determinó el criterio del *consumidor razonable*⁹. Así, mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI¹⁰ (2001), emitida el día 7 de junio del año 2001, se aprueban los Lineamientos sobre Protección al Consumidor, estableciendo el criterio de consumidor razonable es un estándar de una persona con una diligencia ordinaria, la cual se le puede exigir a cualquiera dentro de una operación de intercambio en el mercado, dejando fuera el criterio de un consumidor experto, que se exige o cuidadoso en exceso.

Para Espinoza ambos conceptos (diligencia ordinaria y consumidor razonable) son plenamente identificables, puesto que para que sea factible un funcionamiento adecuado del mercado funcione implica necesariamente tener como premisa que el consumidor actúe bajo una diligencia ordinaria en su toma de decisiones de consumo (e implícitamente teniendo su actuación dentro del principio de buena fe), resultando de esa manera que el derecho de los consumidores solo protege a aquellos consumidores que actúen dentro del ámbito de una

⁸ Publicado en El Peruano el 26 de junio de 2008.

⁹ Sobre el particular Ver la Resolución N° 102-97/TDC de fecha 16 de abril del año 1997 emitida en el Expediente N° 327-96-CPC seguido por Liliana Carbonel Caveró contra Finantour S.R.L.

¹⁰ Los vigentes Lineamientos de la Comisión de Protección al Consumidor fueron aprobado por la Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI de fecha 30 de noviembre de 2006. Si bien no se define al “consumidor razonable”, se hace referencia a este concepto a lo largo del documento.

actuación razonable. En buena cuenta, existe identidad entre el parámetro de diligencia y el de consumidor razonable” (ESPINOZA ESPINOZA, Año XIV).

El Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) también se ha pronunciado sobre el concepto de consumidor, así sucede en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Expediente 008, en lo sucesivo), donde en su sentencia señaló que es consumidor toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute el bien o servicio que ofrezca el proveedor, siendo el final de cualquier actividad económica, pues es quien termina el ciclo económico al satisfacer sus necesidades a través del consumo o uso de bienes y servicios. Nos explica dicha sentencia que en el preciso instante en el que se constituye una relación de consumo implica que las personas adquieren la posición de consumidor o usuario, por lo que no cualquier sujeto tiene la calidad de consumidor o usuario, sino que debe encontrarse vinculado a un proveedor por una relación de consumo dentro del mercado, las mismas que son supervisadas por el estado en vela de un desarrollo adecuado.

Como especificó el TC, es el fin último del proceso económico: satisface sus necesidades y obtiene bienestar. A su vez el Estado garantiza que con el correcto desenvolvimiento del proceso económico al consumidor o usuario le sea entregado exactamente lo que se le adeuda y en las circunstancias y caracteres con las que este presume deben ser entregados los bienes o prestarse los servicios. Comentando esta resolución, Lucchetti Rodríguez refiere que el Tribunal Constitucional ha otorgado la condición de consumidor o usuario a todo individuo que se encuentre vinculado a un agente económico proveedor dentro de las relaciones de mercado, donde ese agente económico ofrece algún producto o servicio de manera habitual o periódica (LUCCHETTI RODRÍGUEZ, 2005).

Actualmente, el Código de Consumidor, en su artículo IV ha definido al usuario de la siguiente manera:

- 1.- Consumidores o usuarios

1.1.- Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2.- Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3.- En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta” (Ley N° 29571, 2010).

Haciendo un resumen, se puede señalar que el usuario o consumidor es aquél que participa en el mercado demandando productos y servicios ofertados por los proveedores y sobre el cual recae la presunción *iuris tantum* que se encuentra en asimetría informativa respecto de este último, en virtud, que se infiere que éste último por su habitualidad cuenta con mayor información que el primero respecto del producto que ofrece en el mercado. Esta asimetría de información justifica la intervención del Estado para equilibrar a las partes en cuanto a la información que manejan, con la finalidad que la decisión de consumo sea libre e informada.

3. Definición de Derecho del consumidor y usuario

A entender del maestro Durand Carrión, el derecho del consumidor es sino un conjunto de normas orientadas a controlar lo concerniente a todos los actos que realizan los consumidores con la finalidad de satisfacer sus necesidades (DURAND CARRIÓN, 1995, pág. 45).

Rubén y Gabriel Stiglitz, citado por FARINA, definen al derecho del consumidor como un conjunto sistematizado de normas, principios, instrumentos e instituciones consagradas dentro de

un ordenamiento jurídico que procura posicionar al consumidor en equilibrio con respecto a sus proveedores de bienes y servicios en las relaciones que puedan suscitar dentro del mercado en forma masiva (FARINA, 1995, págs. 11-12).

En este punto es pertinente señalar que el objeto del Derecho del Consumidor es la persona en su “estado” de consumidor y no únicamente la relación de consumo, entendida esta como “una relación jurídica compleja que comprende una serie de derechos y deberes que van más allá de la adquisición del productor o de la utilización del servicio y que se pueden dar durante o después de dicho acto de adquisición o de utilización” (ESPINOZA ESPINOZA, Derecho de los consumidores, 2006, p. 42).

Concordamos con Espinoza cuando señala que el Derecho del Consumidor se encuentra centrado en función a la relación de consumo, por ende, inclinándose hacia una óptica meramente patrimonialista resultando necesario redireccionar dicha materia teniendo como enfoque principal al consumidor, creando sus principios en atención a este (ESPINOZA ESPINOZA, Derecho de los consumidores, 2006). A pesar de que actualmente tutela el status del consumidor, dentro o fuera de la relación de consumo.

4. Derechos de los consumidores y usuarios

4.1. Desarrollo constitucional

En la Constitución Política del Perú (1993) se reconoce expresamente los derechos de los consumidores y usuarios, pues en su artículo 65° indica:

“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.”

Como podemos observar en la norma constitucional se encuentran expresos los derechos a la información, a la salud y a la seguridad que los consumidores tienen Cabe resaltar que si bien los

derechos que menciona el artículo 65° se encuentran ubicados en el capítulo de los Principios Generales del Régimen Económico y no en el capítulo que refiere a los derechos fundamentales, esto no significa que no tengan esta calidad, pues como expresamente señala el artículo 3° de la misma Constitución, la enumeración que se realiza en el artículo 2 sobre los derechos de las personas es *numerus apertus*, pues no excluye a los demás derechos que el mismo cuerpo normativo garantiza, ni a cualquier otro de equiparable naturaleza o que tenga como fundamento la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo o el Estado democrático de derecho.

El TC, profundizando acerca del asunto, en el fundamento 32 de la resolución antes mencionada del Expediente 008 ha manifestado que el hecho que se reconozca de manera expresa el derecho a la información, a la protección de la salud y a la seguridad de los consumidores, no implica que sean los únicos derechos de los consumidores consagrados a nivel constitucional, puesto que los derechos a los consumidores suponen *numerus apertus* dentro de la gama reconocida. Es así, que en la Ley de Protección al Consumidor – D.L. N° 716 ha normado no solamente las facultades antes mencionadas, sino también otros, como el derecho al acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios, e inclusive el derecho a asociarse para defender sus derechos del consumidor.

Por otro lado, Baldo Kresalja y César Ochoa explican que lo primordial es cerciorarse si se reconoce o no el carácter de derecho fundamental a cada uno de los derechos de los consumidores, o si su simple exclusión del Capítulo I del Título I – De la persona de la sociedad - de nuestra Carta Magna, los imposibilita de ostentar dicho galardón, en razón de encontrarse el artículo 65° ubicado dentro del Capítulo I del Título III - Del Régimen Económico (KRESALJA & OCHOA, 2009, págs. 317-318). Empero, si aceptamos la noción que por su ubicación dentro de la carta magna estos derechos solo ostentan el carácter de principio rector dentro de la política económica social, sin otorgar mayor prerrogativa o resguardo a los ciudadanos en su desenvolvimiento como consumidores, en esa misma línea tendríamos que negar también la categoría de derecho fundamental a todos los Derechos Sociales y Políticos que se encuentran positivizados en los capítulos II y III de la Constitución. Tenemos que aceptar que, si bien no

todos los derechos de los consumidores significan derechos subjetivos para los ciudadanos, puesto que algunos son obligaciones o prohibiciones para los agentes que actúan en el mercado, no obstante, concluimos que no es cuestionable el carácter de derecho fundamental de la persona que ostenta el derecho a la salud, a la seguridad y a la información, que para la materia importan la condición de consumidor o usuario.

Ahora bien, el mencionado artículo 65 de nuestra Constitución si bien solamente enmarca los derechos a la información, salud y seguridad, no restringe la tutela del consumidor y del usuario solamente a estos derechos, en ese sentido su transcendencia debe ser interpretada en concordancia con el artículo 3° de la Carta Magna, pues este asegura una vasta protección a todos los derechos fundamentales, incluyendo los derechos que emerjan de la dignidad del consumidor como persona, que deberán ser reconocido como fundamentales y con carácter constitucional.

Asimismo, es imposible que exista una tutela diferenciada entre las personas (como lo indica taxativamente la constitución) y los consumidores, debido a que las personas en su actuación dentro del mercado adquieren la condición de consumidores y usuarios. En este orden de ideas, el acto de consumo no es otra cosa que un acto de ciudadanía. Y es precisamente en ese sentido que el Tribunal Constitucional en el fundamento 14 de la Resolución N° 0858-2003-AA/TC señala que dentro del artículo 65° de la Constitución subyacen exigencias para los diversos organismos estatales. Una de estas exigencias va dirigida al legislador, para que cree órganos estatales con la misión de preservar los derechos e intereses de los consumidores, asimismo que estos órganos establezcan mecanismos y procedimientos apropiados que protejan esos derechos e intereses; de esta manera se facilita la forma de solucionarse equitativamente las controversias que existan entre consumidores y usuarios, e inclusive ponderar cuando los diferentes derechos se contrapongan entre sí, solucionando de manera que evite consecuencias negativa.

Por otro lado, el TC también ha determinado que el Estado y los organismos que lo componen tienen un deber específico de proteger a la persona, lo cual implica una tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, pues los derechos de los consumidores ostentan la calidad de

fundamentales. Este concepto fue recogido en la misma resolución citada y en el Expediente N° 5637-2006-PA/TC¹¹.

4.2. Desarrollo legal

El Código del Consumidor ha establecido diversos mecanismos que tienen la función de garantizar la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, para corregir, prevenir y eliminar todo tipo de comportamiento de los agentes del mercado que afecten los intereses de los consumidores, de manera que en las relaciones de consumo en general, las personas (consumidores y usuarios) tomen decisiones de manera libre e informada. Es así que, el mencionado Código del Consumidor (Ley N° 29571, 2010) ha recogido los derechos de los consumidores y los ha desarrollado en su artículo 1° de la siguiente manera:

“1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

e. Derecho a la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o en los casos previstos en el presente Código, a la devolución de la cantidad pagada, según las circunstancias.

f. Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta.

¹¹ En el Expediente N° 5637-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional describe que los poderes público del estado en general tiene una obligación en especial, que es defender los derechos fundamentales de la persona, dicho deber de protección se le exige en toda actuación de los poderes públicos. Así, en el caso de los órganos administrativos, que ostentan las funciones comprendidas por las que le han sido atribuidas por la Constitución misma o por leyes especiales, deben proteger los derechos fundamentales con sus actuaciones, tanto frente al propio Estado como en su desempeño con los particulares. Es en ese sentido que el Tribunal constitucional afirma que en el caso que un órgano administrativo actuado dentro de sus atribuciones omita el cumplimiento de alguna prerrogativa de protección de los derechos fundamentales incurriría inmediatamente en la omisión de su deber de protección de los derechos fundamentales, afectándolos. Se aprecia entonces, que la lesión a los derechos fundamentales por órganos administrativos no ocurre por una acción, si no por una omisión de su deber. Concluyendo que definitivamente el estado defiende el interés de los consumidores, tal y como vaticina el artículo 65° de la Constitución.

g. A la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, céleres o ágiles, con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes.

h. Derecho a ser escuchados de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.

i. Derecho a la reparación y a la indemnización por daños y perjuicios conforme a las disposiciones del presente Código y a la normativa civil sobre la materia.

j. Derecho a asociarse con el fin de proteger sus derechos e intereses de manera colectiva en el marco de las relaciones de consumo.

k. Derecho al pago anticipado o prepago de los saldos en toda operación de crédito, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar.

(...)" (Ley N° 29571, 2010)

Ahora bien, los derechos descritos no son los únicos que pueden ser objeto de tutela, pues considerando su carácter de fundamental, deben ser protegidos todos aquellos derechos inmanentes a la dignidad del consumidor como persona. Como ejemplo de tipo de derechos no tipificados tenemos a los siguientes:

- a) Derecho a la educación como consumidores; conforme Pérez Bustamante, *“Este derecho implica básicamente la adquisición de dos tipos de conocimiento: uno, de carácter individual, dirigido a la satisfacción de sus necesidades materiales de manera tal que su conducta no vaya en detrimento de sus intereses inmediatos, y el otro, relacionado a cuestiones que tienen implicancias de carácter colectivo –y que también hacen usos de sus intereses–, pero cuyas consecuencias afectan (en sentido positivo o negativo) a la sociedad en su conjunto”* (PÉREZ BUSTAMANTE, 2004, pág. 63).
- b) Derecho a vivir en un ambiente saludable, lo que implica también realizar los labores en un ambiente que no signifique una amenaza hacia el bienestar de la generación actual ni futuras. Este derecho es concordante con el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y

adecuado al desarrollo de su vida¹² recogido por el inciso 22 de su artículo 2° de la Constitución.

Resulta pertinente destacar que si bien el Código del Consumidor reafirma algunas disposiciones normativas que se han dado con antelación en beneficio de los consumidores y usuarios, a su vez aporta un conjunto de innovaciones en cuanto a la protección al consumidor y usuario, como por ejemplo los principios que se establecen en el artículo V del Título Preliminar, que a continuación detallamos:

“(…)

1. Principio de Soberanía del Consumidor.- Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos.

2. Principio Pro Consumidor.- En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

3. Principio de Transparencia.- En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código.

4. Principio de Corrección de la Asimetría.- Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.

5. Principio de Buena Fe.- En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información

¹² En la Sentencia emitida por el TC en el Expediente N° 0048-2004-AI/TC, en su fundamento 17, el Tribunal Constitucional nos explica que el derecho de la persona a disfrutar de un medio ambiente sano, que se encuentra estipulado en el inciso 22 del art. 2 del cuerpo normativo, tiene como objetivo que se le reconozca propiamente como un derecho fundamental, sin embargo no señala el contenido de tal derecho. Es así, que dicta que este derecho fundamental está compuesto por el derecho a gozar un medio ambiente, y el derecho a que ese medio ambiente sea preservado.

brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular.

6. Principio de Protección Mínima.- El presente Código contiene las normas de mínima protección a los consumidores y no impide que las normas sectoriales puedan dispensar un nivel de protección mayor.

7. Principio Pro Asociativo.- El Estado facilita la actuación de las asociaciones de consumidores o usuarios en un marco de actuación responsable y con sujeción a lo previsto en el presente Código.

8. Principio de Primacía de la Realidad.- En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa". (Ley N° 29571, 2010)

Otra innovación del mencionado texto normativo es el libro de reclamaciones¹³ que hará que los reclamos o cuestionamientos de los consumidores y usuario sean atendidos de forma más eficiente, procurando de esta forma su pronta solución de la vulneración de sus derechos.

Finalmente es necesario destacar que, en materia de Reclamos, el Código del Consumidor en sus artículos 65 y 66 desarrolla “medidas procedimentales” que servirán destinadas a los reclamos relacionados con los servicios públicos¹⁴.

¹³ De acuerdo con el Reglamento del Libro de Reclamaciones, aprobado a través del Decreto Supremo N° 011-2011-PCM, el libro de reclamaciones es el “Documento de naturaleza física o virtual provisto por los proveedores en el cual los consumidores podrán registrar quejas o reclamos sobre los productos o servicios ofrecidos en un determinado establecimiento comercial abierto al público”.

¹⁴ El Código del Consumidor (Ley N° 29571, 2010), en su artículo 65° detalla:

“Los usuarios tienen derecho a que sus reclamaciones vinculadas a la prestación de servicios públicos sean resueltas en última instancia administrativa por el organismo regulador respectivo. Las instancias competentes, sus facultades y los procedimientos que rigen su actuación son los establecidos en las respectivas disposiciones emitidas por los organismos reguladores.

Sin perjuicio de ello, los prestadores de los servicios públicos deben implementar un sistema en el que deben registrarse todas las reclamaciones que presenten los usuarios de los servicios públicos. Este registro debe permitir hacer un seguimiento de estas desde su inicio hasta la emisión de la resolución correspondiente por parte de la empresa proveedora del servicio público.

Registrada una reclamación, la empresa proveedora del servicio público informa al usuario respecto del número o código de registro de la misma”.

Por otro lado, en su artículo 66°, el Código del Consumidor (Ley N° 29571, 2010):

“66.1.- *La empresa proveedora del servicio público debe proporcionar al usuario reclamante, a su solicitud, información oportuna respecto al estado de los procedimientos de reclamación tramitados por este.*

66.2.- *La empresa proveedora del servicio público no puede condicionar la atención de las reclamaciones formuladas por los usuarios al pago previo del monto reclamado.*

66.3.- *La empresa proveedora del servicio público no puede suspender la prestación del servicio basándose en la falta de pago de los montos objeto de reclamación en tanto esta no haya sido resuelta ni puede efectuar gestiones de cobranza por dichos montos mientras la reclamación presentada se encuentre en trámite (...).”.*

66.4.- *Los usuarios tienen derecho a recibir el servicio público de acuerdo con los parámetros de calidad y condiciones establecidos por la normativa sectorial correspondiente. Para tal fin, los usuarios deben realizar el pago oportuno de la contraprestación respectiva y hacer uso del servicio de acuerdo con los fines para los cuales fue contratado.*

Según el artículo 105 del Código del Consumidor (Ley N° 29571, 2010), el INDECOPI es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a sus disposiciones, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas respectivas; siendo que esta competencia no puede ser negada, bajo la única excepción cuando esta sea asignada a otro organismo regulador por norma expresa con rango de ley.

En este caso, el artículo 63 del mismo Código indica que la protección al usuario de los SP (e Infraestructura para el transporte) a los que hacen referencia la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (la LMOR en adelante) - Ley N° 27332, es competencia del Organismo Regulador (en lo sucesivo, OR) respectivo.

Los servicios públicos¹⁵ a los que se refiere el Código en concordancia con la LMOR son la electricidad, el gas, los hidrocarburos, las telecomunicaciones, el agua potable y alcantarillado, así como los relacionados con los servicios de explotación de puertos, aeropuertos, carreteras y ferrocarriles que sirven el transporte y el intercambio modal de pasajeros y carga. Por lo tanto, los usuarios de estos servicios, deben ser protegidos por los OR, a los que nos referiremos en el próximo capítulo.

66.5.- *Los usuarios de servicios públicos tienen derecho a la continuidad del servicio y los proveedores son responsables por dicho incumplimiento de acuerdo con la normativa pertinente.*

66.6.- *Los usuarios tienen derecho a la acumulación del saldo de minutos o segundos no consumidos en los paquetes de minutos o segundos predeterminados en las tarjetas o en las recargas virtuales o similares de telefonía fija o celular, conforme a las normas reglamentarias que para dicho efecto emita el organismo regulador competente.*

66.7.- *Los consumidores del servicio de transporte nacional en cualquier modalidad pueden endosar o transferir la titularidad del servicio adquirido a favor de otro consumidor plenamente identificado o postergar la realización del servicio en las mismas condiciones pactadas, pudiendo ser considerado como parte de pago según lo pactado, debiendo comunicar ello de manera previa y fehaciente al proveedor del servicio con una anticipación no menor a veinticuatro (24) horas de la fecha y hora prevista para la prestación del servicio, asumiendo los gastos únicamente relacionados con la emisión del nuevo boleto, los cuales no deben ser superiores al costo efectivo de dicha emisión”.*

¹⁵ Sobre el servicio público, de manera general, siguiendo a ZEGARRA, en sentido estricto es un concepto que sólo debería aplicarse a los servicios esenciales que, por estimarse necesarios, para su efectiva garantía, se reserven a la exclusiva titularidad del poder público, sin perjuicio de que su gestión pueda ser encomendada a terceros colaboradores a través de cualquier método de gestión indirecta. Ver: ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El Servicio Público*, Palestra, Lima, 2005.

Dicho en otras palabras, es una forma de actividad de titularidad exclusiva del Estado, básicamente industrial o comercial, destinada a satisfacer necesidades individuales de importancia general, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas, sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el usuario por servicio público como la a la actividad económica que es considerada de interés económico general. SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de Servicios Públicos*, Citado por ZEGARRA, Diego, *La Concesión Administrativa e Iniciativa Privada*. En: Themis, Revista de Derecho, N° 39, Lima, p. 106.

CAPÍTULO II: LOS ORGANISMOS REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS E INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

1. SOBRE EL NUEVO ROL DEL ESTADO

Para VALENCIA AGUDELO no resulta novedosa la discusión sobre el rol que debe desempeñar el Estado en la economía; puesto que ya han pasado siglos desde que se dio pie a este debate. Actualmente en la doctrina podemos divisar diversas posiciones, incluso posiciones totalmente opuestas, de cómo es que debe participar el Estado en los asuntos económicos, como es el caso de la discusión entre liberalistas e intervencionistas: para los primeros se deben respetar las reglas de juego libre del mercado; para los segundos no es suficiente con esta actitud, para lograr el crecimiento y desarrollo de la sociedad implica necesariamente la intervención del Estado en la actividad económica (VALENCIA AGUDELO, 2004).

Pasando la década pérdida¹⁶, el Perú de comienzos de los años noventa, y en virtud de las máximas del “*Consenso de Washington*”¹⁷, se sobrellevó diversas de reformas en política

¹⁶ En Latinoamérica se denomina década pérdida a la década de los 80, debido a que en la mayoría de los países que lo integran creció el desempleo, la hiperinflación, deuda externa, la insalubridad, la violencia social. Esta situación llevó a cambiar la política económica de estos países.

¹⁷ Como sostiene WILLIAMSON, los planteamientos del Consenso de Washington, fueron los siguiente:

(i) Disciplina presupuestaria. Los déficits públicos, medidos adecuadamente, de manera que incluyan las administraciones territoriales, las empresas públicas y el banco central, deberían ser lo bastante reducidos como para poder financiarlos sin tener que recurrir a impuestos inflacionarios. Esto presupone normalmente un superávit primario (es decir, antes de añadir el servicio de la deuda a los gastos) de varios puntos porcentuales del PIB, y un déficit operativo (es decir, el déficit sin tener en cuenta la parte de la carga por intereses que compensa la inflación) de no más del 2% del PIB.

(ii) Las prioridades en el gasto público. Redirigir el gasto público que se direcciona normalmente a áreas que son políticamente sensible hacia áreas que justifican en altos beneficios económicos el gasto público, es decir, reducir el gasto dentro de áreas que hasta resultan irrisiblemente inútiles como lo son defensa, subsidios indiscriminados y proyectos inútiles, y redistribuir este gasto hacia los áreas como mejorar la asistencia médica primaria y la educación, e inclusive las infraestructuras.

(iii) La reforma tributaria implica ampliar la base imponible y disminuir los tipos impositivos marginales. Realizando los incentivos y mejorando la equidad horizontal sin que implique disminuir la progresividad. Un aspecto muy importante dentro de la ampliación de la base imponible consiste en mejorar la administración fiscal. Asimismo, resulta prioritario gravar con impuestos los intereses de los activos que se tienen fuera del país.

(iv) La liberalización financiera. Si bien los tipos de interés se determinan por el mercado, en esta experiencia existe la deficiencia que por factores como la falta de confianza que dan algunos prestatarios en el sistema financiero llega que existan diferentes tipos de cambio y algunos suelen ser muy elevados, mermando así la solvencia financiera tanto de empresas productivas como del estado, entonces, provisionalmente se sustenta que la posibilidad de abolir los intereses preferentes a prestatarios privilegiados para lograr un tipo de cambio que no atente contra la solvencia financiera de los agentes que contribuyan al desarrollo del país.

(v) Los tipos de cambio. Respecto a esto, es sabido ya que para las transacciones comerciales los países necesitan un tipo de cambio unificado, pues fijando este, acelera las transacciones, lo cual implica en un segundo plano el crecimiento de

económica, lo que posteriormente significó un drástico cambio en la perspectiva del Estado, dejando de ser un Estado de Bienestar (como un Estado proveedor) a uno que se caracterizaría por ser promotor, regulador, supervisor, sancionador y sobre todo subsidiario de la actividad empresarial, con la única finalidad de reactivar la economía y generar el desarrollo nacional.

El Banco Mundial ha señalado que la concurrencia de la integración de las economías a nivel mundial, la aceptación de la democracia y los impresionantes avances tecnológicos han tenido repercusión en la modificación de la concepción económica del Estado, abandonando competencias que le eran exclusivas, como el deber de suministro de servicios públicos y atribuyéndose nuevas funciones, como la promoción, vigilancia y regulación de los agentes económicos. De la concepción de un Estado proveedor se cambió al paradigma de uno promotor y vigilante de los mercados y de la economía.

Las principales razones que justificaron este cambio se dieron por la ineficiencia del Estado peruano como agente ofertante en los mercados, especialmente como proveedor de SP e Infraestructura para el transporte, lo cual se agravó por el contexto macroeconómico del momento, marcado por la hiperinflación y el alto nivel de déficit fiscal. En este orden de ideas, se considera que el Estado interventor o proteccionista produce bienes y presta servicios en forma directa, que su poder fija límites y desplaza a la inversión privada de sectores donde ésta podría ser mucho más eficiente. Como nos ilustra Majone, el Estado intervencionista fue criticaba arduamente con razón, así por ejemplo se le acusó que las políticas sociales fallaron por su generalidad, a los objetivos de igualdad, puesto que solo favorecieron a ciertos medios así

exportaciones, tanto tradicionales como las no tradicionales, garantizando además que esta competitividad se mantendrá a lo largo del tiempo.

(vi) La inversión directa extranjera. Plantean que tanto las empresas extranjeras como las empresas nacionales deben competir en términos de igualdad, y para que esto sea posible debe de abolirse las barreras que impiden la entrada de empresas extranjeras a los escenarios nacionales.

(vii) Privatización. Proponen que las empresas públicas deberían ser privatizadas.

(viii) Desregulación. Sostienen que se deberían abolir las regulaciones que afecten la libertad económica, ya sea que impidan la entrada de nuevas empresas o que limiten la libre competencia, manteniéndose vigente solamente las regulaciones que estén justificadas por criterios tales como seguridad, protección medioambiental o supervisión prudencial de las instituciones financieras.

(ix) Derechos de propiedad. Como objetivo que el ordenamiento jurídico interno de cada país debe contar con reconocimiento del derecho de propiedad sin que esto signifique a su vez algún costo excesivo, haciendo de este derecho accesible a diferentes sectores de la economía. (GUITIAN & MUNS, 1999, págs. 126-130).

mismo, se reprochaba que el gigante aparato burócrata, que generaba ineficiencias y desmejora de la calidad de sus servicios, así como sus altos costos financieros (MAJONE & La Spina, 1993). Justamente fue este último lo que ocasionó una grave crisis dentro del sistema estatal, puesto que devenía en sumamente trabajoso sostener todas las actividades estatales, y dificultoso obtener los medios para esto.

OGUS nos explica por qué las empresas públicas tienen dificultad para alcanzar los mismos niveles de eficiencia que las empresas privadas (OGUS, 2007). Y una de las razones principales por las que sucede esto es que no existen accionistas (propietarios residuales) que estén financieramente interesados en la rentabilidad de la empresa pública, los únicos que tienen un interés real en la mejora del nivel de eficiencia de las empresas pública son los contribuyentes (que a su vez son usuarios o consumidores del bien o servicio que esta empresa pública ofrece). Un punto débil que tiene el sistema actual, es que, si bien estos contribuyentes pueden hacer presente su disconformidad con el nivel de eficiencia de la empresa pública, solo puede hacerla dentro de un ámbito político, y para esto es difícil que se haga de manera individual. Peor aún, mejorar estas empresas públicas cuando no existe incentivos de rentabilidad, resulta en un escenario gris, puesto que no existe motivación de los administradores de las empresas públicas para satisfacer las demandas de los consumidores. Por eso, la propiedad pública resulta ser el método regulatorio más adecuado únicamente para conseguir objetivos que no son económicos. Un claro ejemplo de ello es el terreno distributivo, donde la política decide poner ciertos servicios a precios más accesibles e inclusive debajo de sus costos en sectores de la población donde escaseen recursos.

Es necesario hacer la salvedad que, no estamos afirmando que el Estado *per se* sea ineficiente y que por ende su gestión vaya a fracasar, pero lo que sí se puede sostener es que existe mayor riesgo para que esto suceda, teniendo en cuenta que las decisiones empresariales pueden estar influenciadas por la política, pudiendo llegar a ser populistas, como en la mayoría de casos sucede, en desmedro de la eficiencia que se busca en la gestión de un negocio, lo cual conlleva a que requieran subsidios que son cubiertos con los impuestos de la población. Sin embargo,

existen ejemplos, como la colombiana ISA, que demuestran que empresas con participación mayoritaria del Estado, que implementan un adecuado gobierno corporativo y blindaje de los vaivenes políticos, pueden llegar a ser eficientes y productivas.

Ahora bien, la adopción del nuevo rol estatal al que nos hemos referido, significó una drástica modificación al marco económico constitucional, pues ahora la premisa de la que se partía era la de la libre competencia dentro de los mercados, donde solo competirían los privados y únicamente existiendo intervención estatal para garantizar temas que sean de interés nacional (como lo es proveer a todos de acceso a los servicios públicos, por ejemplo salud y educación) en el caso que los mercados por si mismos no funcionen de manera adecuada, ya sea que se afecte la libre competencia (con prácticas como el abuso de poder de dominio, carteles), y/o no pueda abastecer a los consumidores, garantizando derechos como la propiedad, la libertad de contratar, el cumplimiento de los contratos. En otras palabras, se puede apreciar que el estado al dar libertad y promoción a la inversión privada como contrapartida ha asumido una protección de los usuarios y consumidores, para que estos no se vean vulnerados por una desmedida libertad de empresa.

Como indica TASSANO, la nueva perspectiva del estado regulador implica una especie de repensamiento de los quehaceres públicos (gestión) y un repliegue de las funciones que ostenta como un estado con carácter prestador hacia uno con carácter ordenador (TASSANO VELAOCHAGA, 2010). En efecto, de la concepción de un Estado proveedor se cambió al paradigma de uno subsidiario, pero promotor y regulador de la actividad empresarial¹⁸, todo esto con el propósito de reavivar la economía nacional y propulsar su desarrollo.

¹⁸ Al entender de ZEGARRA, el Informe del Banco Mundial sobre el Desarrollo (1997), el Estado se ha ido transformado debido a importantes acontecimientos históricos, renovándose la función y la eficacia de este. Esos mismos hechos históricos han ocasionado la integración mundial de la economía y la propagación de la democracia, trayendo como consecuencia directa que los gobiernos con comportamientos arbitrarios se vean mermados y cuestionados inclusive dentro de su país. Este paradigma implicó que la creación de una economía mundial globalizada, con conceptos nuevos como la internacionalización de los sistemas impositivos, las normativas para inversión y de las políticas económicas. Inclusive, con los avances tecnológicos de las últimas décadas, se han brindado herramientas para el desarrollo agigantado de los mercados, y la aparición de nuevas oportunidades para los agentes económicos. En ese sentido, queda evidenciado que todos estos cambios, han significado nuevas exigencias para los Estados, debiendo asumir nuevas competencias y nuevas funciones, ya no interventor o proveedor exclusivo, sino promotor y regulador.

Esta evolución del rol del estado, evolucionando desde un rol intervencionista hacia un estado regulador, fiscalizador y eventualmente sancionador, pasando desde un estado absoluto, pasando por un estado liberal, posteriormente un estado policia, para llegar al estado con el rol que tenemos actualmente (ZEGARRA, 2005, pág. 186).

Esta metamorfosis ideológica necesitó un soporte para volverse una política de Estado, y para ello, la Constitución Política de 1993 se erigió como la norma fundamental y rectora de la economía nacional. Es verdad que la Carta Suprema del país tiene severas críticas, sobre todo en lo referido a la legitimidad de su emisión; no obstante, ello no es óbice para reconocer que se trata de la expresión normativa de la adecuación del Perú a la corriente ideológica-económica con la finalidad de insertarse en el mercado global como parte de una estrategia para atraer inversiones y estimular el desarrollo económico del país.

El segmento relevante de la Constitución, para efectos de este estudio, es lo referido a los aspectos económicos reconocidos en el Título III; el mismo que regula los siguientes ámbitos: rol económico del Estado, economía social de mercado, el pluralismo económico, la libre competencia, la libertad en la contratación, la protección al usuario y consumidor, la no violabilidad del derecho de propiedad, entre otros¹⁹.

¹⁹ La Constitución Política del Perú en su Título III - Del Régimen Económico:

"Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

"Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

"Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares".

"Artículo 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

"Artículo 65. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población". (Constitución Política del Perú, 1993)

Para cumplir con este nuevo rol vigilante de la economía, de intervención subsidiaria y, especialmente, el de protección de la libre competencia y de la protección a los derechos de los consumidores y usuarios, se crearon entidades administrativas, tales como el INDECOPI y los OR.

Dentro de sus competencias funcionales, el INDECOPI²⁰, promueve y garantiza la leal competencia y la propiedad intelectual, asimismo, protege los derechos de los consumidores y usuarios, cerciorando que la veracidad de la información que se brinda en los mercados, asegurando que la información brindada y los bienes y servicios sean idóneos, también evitando la existencia de discriminación dentro de las relaciones de consumo. Siendo la Comisión de Defensa del Consumidor y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual quien es responsable de ejercer dicha función.

Como se mencionó en el capítulo anterior, de acuerdo con el artículo 63 del Código del Consumidor, son los OR a quienes les compete verificar y sancionar las conductas que impliquen

²⁰ Según lo establecido en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1033 el INDECOPI es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (en lo sucesivo, PCM).

De acuerdo con el artículo 2 del mismo texto legal, las funciones que cumple esta institución son las siguientes:

- a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa.
- b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva.
- c) Corregir las distorsiones en el mercado provocadas por el daño derivado de prácticas de dumping y subsidios.
- d) Proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo.
- e) Vigilar el proceso de facilitación del comercio exterior mediante la eliminación de barreras comerciales no arancelarias conforme a la legislación de la materia.
- f) Proteger el crédito mediante la conducción de un sistema concursal que reduzca costos de transacción y promueva la asignación eficiente de los recursos.
- g) Establecer las políticas de normalización, acreditación y metrología.
- h) Administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, en sede administrativa, conforme a lo previsto en la presente Ley; y,
- i) Garantizar otros derechos y principios rectores cuya vigilancia se le asigne, de conformidad con la legislación vigente.” (Decreto Legislativo N° 1033, 2008)

infracción de las normas que protegen a los usuarios de los servicios públicos referidos dentro de su ley marco; sin embargo, los alcances de las competencias tanto de los OR como del INDECOPI aún no han sido plenamente delimitados, cuestión de la que trataremos más adelante.

2. LOS ORGANISMOS REGULADORES

2.1. Fundamentos de su Creación

Como ya se describió, la creación de los OR obedeció a la adopción del nuevo rol estatal, que significó un cambio en el orden constitucional económico. En ese sentido, la participación del Estado en principio estaba orientada a promover la inversión privada, solamente intervenía realizando actividad empresarial en forma subsidiaria y excepcional, producto de la ausencia de interés particular para invertir.

En este contexto se entendió que el déficit de SP (telefonía, electricidad, agua y saneamiento) e infraestructura para el transporte (consistente en carreteras, vías férreas, puertos y aeropuertos) se debía afrontar con una intervención activa del sector privado (INSTITUTO PERUANO DE ECONOMIA, 2009, págs. 15-16), esto a fin que *“se pueda ampliar la cobertura y mejorar la calidad de los servicios para beneficio de los usuarios, debido a que el sector público presentaba serios problemas de eficiencia demostrado en anteriores ocasiones, tanto en la provisión de tales servicios, así como severas restricciones financieras para atender las inversiones y el mantenimiento adecuado de la infraestructura”* (URRUNAGA & BONIFAZ, 2006, pág. 10). El mecanismo a través del cual se ha viabilizado esta participación es, principalmente, la concesión²¹.

²¹ En el Fundamento 41 del resolución final emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, refiere al servicio público como la prestación efectuada por la administración del Estado, ya sea en forma directa o indirecta. Cuando esta es de forma indirecta se realiza a través de concesiones, pero siempre con el objetivo de satisfacer las necesidades de interés general; siendo para el TC la concesión la manera más adecuada para la prestación de un servicio público, puesto que el concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y su prestación es retribuida por el pago que realizan los usuarios. Es menester traer a colación el concepto que esbozan ESTACHE y DE RUS sobre concesión/ licencia/franquicia, quienes delimitan que bajo este tipo de contrato los activos son propiedad pública, el concesionario privado también puede aportar sus activos e inclusive construir nuevas infraestructuras; además la empresa privada es quien realiza la gestión de operación asumiendo todos los riesgos y costos por su cuenta durante la duración del contrato, que suele durar más de una década. Sin embargo, estos acuerdos pueden incluir el pago de subsidios por parte del Estado a la empresa privada cuando la demanda del servicio que prestan no sea tan alta o si el riesgo comercial es alto. Señalan también que justamente son las concesiones la forma contractual más usada en la infraestructura de transporte (ESTACHE & DE RUS, 2003, pág. 4).

En ese sentido Danós Ordoñez nos indica que la aparición de organismos reguladores en nuestro país, es la clara manifestación del proceso de transformación del rol del Estado dentro de nuestra economía, fenómeno que ha suscitado en la última década del siglo XX, teniendo como consecuencia la liberación de amplios sectores del mercado a la oportunidad de iniciativa privada, ya sea por la transferencia de propiedad de empresas estatales u otorgamiento de concesiones de servicios públicos o de obras de infraestructura (DANÓS ORDÓÑEZ, 2004, pág. 415).

Ahora bien, los mercados de SP e infraestructura Para El Transporte, en los que empezaron a participar tanto las empresas privadas, a través de las concesiones, como las públicas no se desarrollan libremente, sino que el Estado interviene a través de los OR. La pregunta es *¿Por qué el Estado tiene que actuar en los mercados de SP e infraestructura para el transporte?* Las explicaciones más difundidas provienen del sistema anglosajón y específicamente el norteamericano²², siendo la más aceptada la teoría denominada normativa o del interés público²³ según la cual la justificación se encuentra en la existencia de fallas de mercado²⁴.

De acuerdo con esta teoría, un mercado no necesita regulación cuando existe competencia perfecta la cual permite que, sin intervención estatal el propio mercado se “*autorregule*”. Esto quiere decir que los precios y la cuantía de los bienes y servicios (la oferta) que los proveedores

²² El término regulación acuñado por el derecho anglosajón, progresivamente se ha ido incorporando dentro de marco normativo de diferentes países de tradición jurídica continental europea –uno de ellos es el Perú– junto a la instauración de políticas públicas de privatización y liberalización de la economía, sumado al agudo impulso del fenómeno de la globalización” (ZEGARRA, 2005, pág. 173).

²³ Existen otras teorías que explican por qué existe regulación, que por el objetivo y extensión de este trabajo no es pertinente analizar; sin embargo, además de la justificación de la regulación por la verificación de fallas de mercado, la doctrina económica (o también denominada por los economistas como literatura económica) ha elaborado dos teorías que explican por qué el Estado interviene regulando el mercado:

(i) La *Teoría de la Captura*, la cual sostiene que existen dos agentes, el regulador (legislador) y la industria, en ese sentido, el primero es capturado por el segundo quien demanda regulación. Esta teoría postula que la regulación no surge como respuesta a una falla de mercado sino como respuesta legislativa a la demanda de la industria (legisladores capturados). Los reguladores terminan siendo controlados por la industria a lo largo del tiempo.

(ii) La *Teoría Económica de la Regulación*, según la cual la regulación surge como consecuencia de la existencia de un mercado en donde existe de un lado oferta de regulación (reguladores o legisladores) y del otro, agentes que demandan regulación que se guían por intereses privados y no públicos (industria, usuarios, consumidores y votantes) (VISCUSI, VERNON, & HARRINGTON, 1998, pág. 317).

²⁴ Esta tesis es la asumida por el Banco Mundial (BANCO MUNDIAL, 1997)

En el mismo sentido, BREYER acertadamente sostiene que “Las justificaciones más importantes para la regulación gubernamental de la economía están bien descritas como manifestaciones de fallas de mercado clásicas” (BREYER, 2006).

llevan al mercado, se determinan por la interacción de ofertantes y demandantes (los consumidores), quienes no tienen el poder para fijarlos o controlarlos, tendiendo hacia la eficiencia²⁵ (en el intercambio, en la producción y en la combinación de productos).

Entonces, se colige que la competencia perfecta ocasiona que *“los precios se reduzcan hasta el costo de producción, incluyendo las ganancias normales”* (BECKER, 2002). El INDECOPI ha descrito didácticamente este proceso manifestando que dentro de un mercado competitivo, basado en libertad de empresa y libre iniciativa privada, cada empresa toma las decisiones de cómo, qué y para quién producir, es decir que el mercado se maneja a sí mismo en función de los proveedores y consumidores, lo que a su vez ocasiona que las inversiones tengan muy presente la decisión de los consumidores para preferir a los proveedores (INDECOPI, 2004, págs. 25-26). Desarrollándose el mercado de esta manera, los proveedores pueden incrementar sus ganancias ofreciendo productos en precios y calidad que satisfagan a los consumidores, y estos últimos influyen con sus decisiones la calidad y variedad de productos que se ofertan en el mercado. Esto trae como consecuencia directa que los proveedores disputaran por reducir sus costos (a esto se le denomina eficiencia productiva), incrementar la calidad y diversidad de productos y servicios que ofrecen (eficiencia innovativa) y a su vez ofrecer a los consumidores precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Teniendo como resultado a empresas más eficientes, precios más bajos, más calidad y mayor variedad en la oferta a los consumidores para satisfacer sus necesidades según sus preferencias.

Más aún, cuando suceda que existe en el mercado un proveedor que posea ganancias extraordinarias, esto atraerá a otras empresas a ingresar al mercado de ese proveedor, presionando los precios a través de la competencia. Es de esta manera que se llega a un equilibrio

²⁵ Eficiencia entendida desde el punto de vista económico, refiriendo a un significado estrictamente técnico, implica que si el precio y la cantidad ofrecida en el mercado adoptan cualquier otro valor que no signifique el equilibrio del mercado, siempre existirá la posibilidad de encontrar una transacción que logre el bienestar de algunos, sin perjudicar a otros, dirigiéndose de ese modo al óptimo de Pareto (BERNANKE & FRANK, 2007, pág. 176).

Cabe traer a colación que, las óptimas de Pareto, refieren a aquel punto de equilibrio donde ya no es posible que ninguno de los agentes afectados pueda mejorar su condición, siendo este criterio el que ostenta mayor aceptación entre los economistas.

En ese sentido, la economía debe lograr eficiencia en el intercambio, en la producción y en la combinación de productos. Manifestándose en que los bienes o servicios deben ser adquiridos por los consumidores o usuarios que más los valoren, reconociendo que es imposible producir mayor cantidad de un determinado bien sin reducir la producción de otro y produciendo los bienes y servicios que los consumidores y usuarios demandan (STIGLITZ, págs. 69-76).

competitivo, donde los costos de producción son minimizados y cercanos al precio que se ofrece en el mercado.

Las condiciones requeridas para que pueda existir competencia perfecta son las siguientes (BERNANKE & FRANK, 2007, pág. 176):

- ✓ Cada ofertante (o empresa) vende un producto estandarizado que es homogéneo, que es sustitutivo perfecto del que producen y venden las demás ofertantes (empresas) en el mercado (en el sector).
- ✓ La información perfecta deben poseerla tanto los proveedores como los consumidores.
- ✓ Que sean inexistentes las barreras de entrada o de salida de empresas (proveedores) en el mercado.
- ✓ Numerosos ofertantes (empresas) y demandantes (consumidores) que no pueden influir en el precio, siendo en ambos casos “precio-aceptantes”.

Si alguna de estas condiciones no se verifica, como casi siempre suele ocurrir²⁶, la libre interacción entre oferta y demanda no puede lograr asignaciones eficientes en términos económicos (INDECOPI, 2004, pág. 27). La ausencia de alguno de estos requisitos configura las denominadas *fallas de mercado*.

De conformidad con la teoría normativa, cuando el mercado no otorga una solución eficiente ante estas fallas, se hace necesaria la intervención estatal con la finalidad de buscar una solución lo más cercana posible al resultado que se obtendría en competencia perfecta²⁷. Dicho de otro modo, la intervención estatal corre una suerte de ser un sustituto de la competencia, pues es la

²⁶ Un ejemplo de un mercado perfectamente competitivo es el de trigo, pues es el que más se parece a uno perfectamente competitivo.

²⁷ De acuerdo con Ogus, existen otras justificaciones no – económicas por las que el Estado interviene en la economía. Siendo las más importantes (OGUS, 2007, pág. 275):

- ✓ La justicia distributiva: implica que ante la existencia de mercados que no se encuentran bajo el marco de la regulación, su mera existencia ocasionará resultados que no obedecerán a la concepción que se tiene de una distribución justa de los recursos. Se fundamenta en un criterio de equidad.
- ✓ Paternalismo: Se asume que los individuos no actuarán de acuerdo con lo que resulta mejor para sus intereses, en relación al área particular materia de intervención.

alternativa a la que se recurre cuando no es posible esperar que el mercado funcione adecuadamente sin intervención, por lo tanto, trata de simular los resultados de un proceso competitivo. Las fallas de mercado son las siguientes:

- ✓ **Las barreras a la entrada:** que son la causa primordial para que los monopolios existan²⁸, pues no permiten que libre entrada y salida de competidores²⁹. Estas pueden ser estratégicas³⁰, legales³¹ y estructurales. Dentro de estas últimas se encuentra **el monopolio natural**, que se presenta cuando, dado un tamaño de la demanda, es más eficiente (y ventajoso) que exista una sola empresa que brinde el bien o servicio (OGUS, 2007, pág. 279), a que se existan dos o más compitiendo. Esto es lo que se conoce como *subaditividad* de costos³². Esta falla se presenta en los mercados de red, como son los SP e infraestructura para el transporte.

- ✓ **La existencia de bienes públicos:** son bienes que cumplen con las siguientes características i) no son excluibles: cuando el consumo del bien por una persona no excluye de su consumo a otra; y, ii) no son rivales o reducibles: si su consumo por parte un individuo no reduce la capacidad de otra para utilizarlo, dicho de otro modo. *“Estas características impiden que se pueda cobrar el consumo de bienes públicos, de modo que los proveedores privados carecen de incentivo para suministrarlos”* (BANCO MUNDIAL, 1997, pág. 28). Son ejemplos de

²⁸ El monopolio para conservar su status, impone las barreras de entrada, y es precisamente esta la causa fundamental de su existencia, es el único vendedor por que impide que otras empresas ingresen y puedan competir con él (MANKIWI, pág. 188).

²⁹ La principal razón por la que las empresas ingresan al mercado son los beneficios, pero para la existencia de un monopolio deben existir factores que impidan la aparición de competencia, estos factores son denominados barreras de entrada y pueden ser de distintos tipos, van desde reglamentaciones públicas, hasta causas tecnológicas o de infraestructura que limitan de manera natural el número de empresas, puesto que no les genera beneficios (STIGLITZ, pág. 359).

³⁰ No siempre la existencia de oligopolios y monopolios se debe a política de gobierno o a “monopolios naturales”, inclusive algunas empresas que adquirió su calidad monopolística debido a una patente tecnológica, la conservan su posición dominante en el mercado aun después de expirar el derecho sobre las patentes. Entonces queda en evidencia que las empresas ya establecidas muestran un fuerte ímpetu en conservar su posición dominante en el mercado, donde pueden obtener beneficios altos, pues si ingresan nuevas empresas dichos beneficios se verían fuertemente mermados. Para evitar esto, existen tres métodos, que se denominan prácticas de disuasión de la entrada, que son: a fijación agresiva de los precios, el exceso de capacidad y la fijación de un precio límite (STIGLITZ, pág. 363).

³¹ Ejemplos de monopolios legales son las patentes y los derechos de autor.

³² El INDECOPI, en la Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI nos señala que estamos frente a un monopolio natural toda vez que un producto o gama de productos pueda ser producida al menor precio posible por una sola empresa en comparación a dos o más empresas, conociendo a este fenómeno como la *‘subaditividad de costos’*, en razón de esto se afirma que nos encontramos ante la presencia de un monopolio natural cuando resulta más eficiente para la sociedad que un producto o servicio tenga como proveedor a una sola empresa, contando dicha empresa con la capacidad de producir a un menor precio que dos o más en un ambiente competitivo, y siendo que las condiciones para su existencia se deben a diferentes circunstancias coexistentes como una economía de escala, de ámbito o de densidad y los altos costos hundidos.

bienes públicos: aire puro, defensa nacional. El bien público, produce exceso de demanda.

✓ **Externalidades** “o efectos externos”, que se presentan cuando “los actos de una persona o de una empresa afectan a otras personas o a otras empresas, en los que una empresa impone un coste a otras pero no las compensa, o en los que una empresa genera un beneficio a otras, pero no recibe ninguna retribución a cambio” (STIGLITZ, pág. 95). Estas externalidades pueden ser:

- **Positivas**, cuando los actos de las personas o empresas, benefician a otras, sin pagar por ello. En estos supuestos el mercado determina un precio mayor del que se debiera pagar y una cantidad menor de la que se debiera producir.
- **Negativas**, que son cuando los actos de una persona o empresa imponen costos a otras (STIGLITZ, pág. 96). En este caso el mercado determina un precio menor del que se debiera pagar y una cantidad mayor de la que debiera producir.

✓ **“Internalities”**, son los costos o beneficios de una transacción que no fueron considerados en los términos de intercambio. Éstas se presentan dentro de una transacción económica y ocurren cuando existen:

- **Costos de transacción elevados:** son los costos que resultan de usar el mecanismo de mercado que implica la molestia o insatisfacción (desutilidad) de esfuerzo en la negociación, costos de búsqueda, monitoreo y cumplimiento de los acuerdos de la negociación. Estos costos son generados por el oportunismo y racionalidad limitada. Si estos costos son muy altos puede traer como consecuencia que no se lleven a cabo las transacciones³³.

³³ Una de las condiciones necesarias para realizar una transacción comercial en el mercado es saber o determinar con quien se desea transar, así también informar a los demás agentes del mercado que es lo que se desea intercambiar y *bajo qué términos o condiciones para que puedan llevarse a cabo una negociación que finalice en un convenio, para posteriormente, inspeccionar con la finalidad de asegurarse que se han cumplido los términos del contrato. Todas estas operaciones suelen ser muy costosas, tanto en términos de dinero como en tiempo, por lo que son razón suficiente para evitar muchas transacciones que podrían llevarse a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos.* (COASE, pág. 98).

➤ **Información asimétrica:** esto significa que en la relación de consumo una de las partes cuenta con mayor información que la otra³⁴. Se puede manifestar como riesgo moral y selección adversa. El primero se da cuando las acciones de las partes no pueden ser observadas, esto genera incentivos para tomar actitudes riesgosas, así como para usar productos sin tomar precaución por estar garantizados. La selección adversa ocurre cuando una de las partes tiene información que la otra no tiene lo cual produce incentivos a sobrestimar o subestimar el bien o servicio. A decir de SOLANES, el mercado y el derecho privado que lo regula tienen como base la existencia de información adecuada, la capacidad de los consumidores de evaluar dicha información y también de las acciones de cada acción que puedan tomar dentro de este escenario (SOLANES, pág. 25).

✓ **Mercados incompletos,** se dice de aquellos mercados que no son capaces de suministrar un bien o servicio a pesar de que el costo de suministrarlo sería inferior al que los individuos están dispuestos a pagar.

Ahora bien, en los mercados de los SP e infraestructura para el transporte donde la inversión privada empezó a participar, se verifican muchas de las fallas de mercado antes descritas, siendo las principales la presencia de características de monopolio natural y asimetrías de información entre sus actores (empresas prestadoras y usuarios), además de costos de transacción y externalidades negativas. ZEGARRA apunta que la regulación se justifica en la necesidad de contrastar las rentas conexas a los monopolios naturales, en cubrir costos indirectos producidos por determinadas actividades a través de mecanismos que sean idóneos, remediar la notable asimetría de información presente en sectores importantes y con excesiva competencia, y también en hallar mejores formas de distribuir recursos escasos (ZEGARRA, 2005, pág. 176).

Cabe acotar que, como se verá más adelante, esta forma de intervención estatal ha sido recogida del derecho anglosajón, siendo adecuada y encuadrada dentro de los conceptos e

³⁴ "Yo sé una cosa que tú no sabes' (...) En la vida muchas veces una persona tiene más información que otra sobre lo que ocurre. Una diferencia de acceso a información relevante se denomina **asimetría de información**" (MANKIWI, pág. 333).

instituciones del Derecho Administrativo que forma parte de la tradición jurídica del derecho continental, a la cual pertenece el Perú.

En consecuencia, con el objeto de evitar los efectos negativos de las fallas descritas sobre el bienestar de los usuarios de los SP e infraestructura para el transporte y de la sociedad, se crearon los OR. Sobre el particular, Danós indica que en el caso de nuestro país, ocurre que los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos son entidades que rigen su actuación dentro del marco de su propia normativa, la cual está establecida de manera especializada según cada tipo de servicio público que regule, y de la que se derivan los contratos de concesión respectivos, asimismo, dichos organismo reguladores cuentan con una función principal, la de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas privadas prestadoras del servicio público y de los compromisos contraídos en los citados contratos de concesión, ejercen también potestades de regulación económica que se manifiesta principalmente en materia de determinación de tarifas, promoción de la competitividad en los mercados, determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de las redes (DANÓS ORDÓÑEZ, 2004, pág. 431). Sin embargo, dichos organismos reguladores no son un ente absoluto dentro de su ámbito, puesto que concurren con los diferentes ministerios dependiendo de cada sector para el ejercicio de su función reguladora.

A lo anterior habría que agregar la posibilidad de solucionar reclamos y controversias que se presenten, que Tassano denomina como intervención arbitral del Estado sobre el mercado, que se dirige a la composición de un triángulo de intereses, compuesto por los intereses lucrativos de prestadores de servicios, los intereses de idoneidad de los consumidores y usuarios, y los propios intereses del estado (TASSANO VELAOCHAGA, Los Tribunales Administrativos en el marco de la regulación económica de los servicios públicos, 2007, pág. 401).

Ahora corresponde determinar cuáles son las modalidades de intervención del Estado en los mercados como consecuencia de las fallas de mercado.

2.2. Modalidades de Regulación

Siguiendo a Samuelson, la regulación implica dictar normas o tomar medidas para alterar o controlar las operaciones de las empresas en un mercado, evidentemente, para evitar los posibles efectos perjudiciales en el bienestar general y en la eficiencia del mercado o, dicho de otro modo, en la asignación de bienes y servicios (SAMUELSON & NORDHAUS, 1990, págs. 682-683).

En ese sentido, en términos sencillos, por regulación se puede entender a toda intervención estatal dentro de la economía al no presentarse los supuestos de competencia perfecta. Como bien precisa Zegarra *“La regulación para la competencia pasa entonces a ser el objetivo genérico de toda la regulación, en el que el mercado –y no el interés público se coloca como el núcleo central”* (ZEGARRA, 2005, pág. 182).

Existen muchas clasificaciones sobre las formas de intervención del Estado en la economía³⁵. No obstante, a efectos del presente trabajo de investigación y considerando la motivación de la creación de los OR tendremos en cuenta la clasificación que se fundamenta en las fallas de mercado, teniendo como premisa, como ya se anotó, que esta proviene del derecho anglosajón y que ha sido acogida y adaptada por nuestro país y otros de Latinoamérica, así como de Europa.

Tal como sostienen QUINTANA y CARRASCO, la clasificación tradicional de la regulación, de influencia anglosajona, es aquella que la divide en económica y social (QUINTANA & CARRASCO, 2010, págs. 5-6).

2.2.1. Regulación Económica

La regulación económica está relacionada con la intervención estatal por la ausencia de competencia debido a la estructura del mercado la cual determina que no puede existir más de

³⁵ Al respecto QUINTANA y CARRASCO, siguiendo a Colin SCOTT, realiza una clasificación de la regulación sobre la base de cuatro modelos de control puro (jerárquico, vía competencia, comunitario y por Diseño), y modelos de control híbridos que resultan de la mezcla de los primeros (sistema jerárquico y de competencia, jerárquico y de diseño, jerárquico, de competencia y comunitario) (QUINTANA & CARRASCO, 2010, págs. 6-10).

una empresa que preste el servicio o provea del bien a los usuarios y consumidores, presentándose lo que se conoce como monopolio natural. En los SP, esta falla de mercado se presenta generalmente en las redes que constituyen infraestructura.

En este caso, la regulación económica busca conseguir que la situación del mercado en de estos monopolios sean los más cercanos posible a los que se producirían en un entorno competitivo (ESTACHE & DE RUS, Regulación de servicios e infraestructuras de transporte: Conceptos básicos, 2003, pág. 6). En estos casos el principal mecanismo es la fijación de precios, calidad, continuidad, cantidad, cobertura del servicio (OGUS, 2007, págs. 15-23). Este es el modelo de regulación clásico.

Es preciso destacar que en los mercados que normalmente se consideraban monopolios naturales pueden existir segmentos de los servicios que pueden ser prestados en competencia. Por ejemplo, en telefonía fija el sector competitivo es el del servicio, siendo la infraestructura de red la que tiene características monopólicas estructurales.

En estos casos, los que brindan los servicios competitivos necesitan el acceso a la infraestructura, que es administrada por una sola empresa para poder llegar a los usuarios.

En los mercados con monopolios naturales en la infraestructura y segmentos competitivos en el servicio, la regulación económica debe estar destinado a fomentar el ingreso de *“nuevas empresas para impulsar mayor rivalidad”* (QUINTANA & CARRASCO, 2010, pág. 5). En este caso se habla de *“regulación para la competencia pro-competitiva, afirmando la existencia de un nuevo modelo de regulación económica pues en la actualidad observamos que surge una relación de complementariedad entre las normas de competencia y la regulación económica”* (HUAPAYA TAPIA, 2011).

En este caso los mecanismos utilizados consisten en separar los segmentos de la industria monopólicos de los competitivos (por ejemplo, en el caso del mercado eléctrico, se disgrega a la

generación, donde es viable la competencia, de la transmisión y distribución, que tienen características de monopolio natural), permitiendo el acceso a las redes o infraestructura, salvo que existan justificaciones técnicas o económicas que lo impidan. Esto es lo que se conoce como acceso a facilidades esenciales³⁶. Como dice SERRA, una de las características común en los sectores de infraestructura, pero no exclusiva de estos, es la coexistencia de segmentos de la actividad donde es posible la existencia de competencia con otros segmentos donde no lo es, puesto que son monopolios naturales, como por ejemplo en las actividades del sector de fluido eléctrico (SERRA, pág. 5). Es así, que normalmente las prestadoras de servicio que participan en estos segmentos que si son competitivos, tienen obligatoriamente que acceder a los segmentos que son monopolios naturales para poder llegar a sus clientes, a esto se le denomina facilidad esencial o cuello de botella dentro de la actividad económica.

Existen otros mecanismos de intervención en mercados con monopolio natural que, por el objetivo del presente trabajo, sólo los mencionamos, tales como la propiedad pública, que fue política estatal general antes de la década de los 90; y los procesos públicos de concesión, que permiten una competencia *ex – ante* en los mercados monopólicos, incluidos los de SP e infraestructura para el transporte (OGUS, 2007, pág. 279).

2.2.1. Regulación Social

La regulación social, al igual que la económica, también implica intervención estatal en los mercados, pero por otras fallas, diferentes al problema del monopolio natural. Es decir, son mercados competitivos, pero con la presencia de externalidades, asimetría informativa, bienes públicos, etc. También se le denomina regulación de riesgos (HUAPAYA TAPIA, 2011, pág. 683).

Este tipo de regulación se encuentra íntimamente relacionada con la seguridad, la salud, el

³⁶ Analizando el mercado de telecomunicaciones, ZEGARRA señala que “la doctrina de las *essential facilities* es una de las principales formulaciones que desde una perspectiva jurídico – económica se han planteado y cuya aplicación se ha extendido en aquellos ámbitos donde los mercados de telecomunicaciones se han abierto a la competencia y los procesos de liberalización se han ido concretando” (ZEGARRA, 2005)

medio ambiente, así como a la protección de los consumidores y usuarios (HUAPAYA TAPIA, 2011, pág. 275). Podemos decir que la regulación social “*consiste en lograr el equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, logrando así que el ejercicio de determinados derechos y las consecuencias de esto perjudique o desmedre de alguna manera el ejercicio de los derechos de terceros, que en conjunto se formalizan como intereses públicos o de la colectividad, como lo son: seguridad, sanidad, medio ambiente, protección del consumidor, cohesión social, etc.*” (DE LA CRUZ FERRER, 2002, pág. 138).

Los instrumentos de regulación social que pueden ser utilizados por el Estado son:

- ✓ Aprobación previa, esto implica que para entrar al mercado a operar, las empresas anticipadamente deben obtener una habilitación del Estado³⁷ o, cuando corresponda, puede operar únicamente con “*la comunicación de la realización de determinadas actividades personales o materiales, o de la comercialización de productos*” (DE LA CRUZ FERRER, 2002, pág. 139).
- ✓ La imposición de normas de conducta a las actividades empresariales y de exigencias de cumplimiento de estándares a los productos y servicios que se ofrecen por estas empresas (proveedores)³⁸. En este caso, se puede ingresar al mercado sin necesidad de autorización

³⁷ “Los costos administrativos para revisar todas las publicaciones son muy altos y a estos se deben agregar los costos de oportunidad resultantes de cualquier demora en obtener la licencia. Más aún, pérdidas de bienestar significativas emergerán si el sistema es empleado para el proceso anti – competitivo de crear barreras de acceso al mercado. El beneficio del control previo debe, por tanto, ser muy grande para justificar, sobre la base del interés público, estos costos sustanciales.

Se pueden identificar dos conjuntos de circunstancias en los cuales es probable que se presenten tales grandes beneficios. El primero aglomera casos en los que las consecuencias de una falla de ejecución pueden ser tan catastróficas, o la aversión social hacia tales actividades tan elevadas, que el escudriño previo y la prevención son percibidos como preferibles sobre la disuasión derivada de la posibilidad de sanciones ex post. Por contraste, la segunda categoría no necesariamente da lugar a grandes pérdidas en casos individuales. Lo problemático es más bien expresar o cuantificar una variedad de características del desarrollo de la actividad de una manera suficientemente sucinta, pero a la vez comprensible, de modo que puedan ser formuladas como estándares a ser cumplidos, lo cual resulta particularmente agudo en caso de la provisión de servicios. La valoración de una multitud de factores es facilitada por la metodología de caso por caso empleada a los procesos de otorgamiento de licencias” (OGUS, 2007, págs. 275-276).

³⁸ OGUS, no explica que los estándares de los que hablamos líneas arriba pueden estar divididos en dos tipos: (i) estándares de resultado (o de producto) que implican que ciertas condiciones de calidad sean satisfechas en la oferta, dejando al proveedor la libertad para elegir la manera como las satisface; y (ii) estándares de especificación (o de insumos) que exigen determinados métodos o materiales de producción o prohíben algunos, quedando el proveedor obligado a garantizar las condiciones de tal manera en específico. Dichos estándares (ya sean de cualquiera de los dos tipos) pueden ser uniformes o diferenciados dependiendo de la región, tipo de industria o empresa. Pero, dónde aplicarlos debe responderse según las características del escenario donde serán aplicados, es así que los estándares uniformes, que son mucho más baratos de formular y de hacer cumplir, y que son menos susceptibles a ser manipulados para proteger intereses privados, no pueden ser aplicados siempre. Puesto que si se quiere minimizar la

previa, pero se deben cumplir con las exigencias que imponga la autoridad competente. La verificación del cumplimiento es ex - post a la entrada de la empresa al mercado (QUINTANA & CARRASCO, 2010, pág. 6).

- ✓ Provisión de información, se obliga a los proveedores a brindar información detallada o suficiente sobre los bienes que ofrecen con el objeto que los usuarios y consumidores tomar una decisión adecuada a sus intereses, considerando los riesgos, daños y costos involucrados (OGUS, 2007, pág. 277).
- ✓ Instrumentos económicos, para impedir o fomentar determinadas conductas, se determinan incentivos: la sanción, en el primer caso y los premios, en el segundo. No se prohíben los comportamientos no deseados ni se imponen los deseados. Esto se logra a través de impuestos y multas.

2.3. La Regulación en el Derecho Administrativo

Como ya se precisó, la regulación como forma de intervención estatal basada en las fallas de mercado es una justificación y técnica anglosajona recogida y adaptada a las instituciones de nuestro Derecho Administrativo. Como indica HUAPAYA, estas tipologías regulatorias *“no pueden ser vistas como ‘inventos’ o creaciones espectaculares del derecho administrativo anglosajón, puesto que solamente reflejan un criterio metodológico para analizar en forma general un fenómeno que en nuestra experiencia jurídica ya está suficientemente conceptualizado, esto en razón que nuestras normas y nuestro sistema jurídico ha sido construido totalmente desde la perspectiva de las clasificaciones y metodologías propias del Derecho Administrativo”* (HUAPAYA TAPIA, 2011, pág. 682).

Al entender de MONTERO, citado por ZEGARRA, la regulación es la intervención pública

suma de los costos resultantes que surgen en una actividad o reducir los daños que esta actividad produzca, se debe tener en cuenta que los costos pueden variar de acuerdo a las circunstancias de cada empresa, su ubicación en el mercado y en el espacio geográfico, o la población a la que va dirigida su actividad, es allí donde se debe formular estándares diferenciados, pues hacerlo bajo estándares uniformes significaría siempre desfases y pérdidas de bienestar (OGUS, 2007, págs. 276-277).

para satisfacer el interés general, realizándola a través de exigencias concretas y control del cumplimiento de estas a los agentes privados que se desenvuelvan en los sectores que comprenden servicios públicos (ZEGARRA, 2005, pág. 185). Siguiendo a este ZEGARRA, la regulación económica, debe entenderse como técnica de intervención administrativa, inclusive el autor la denomina **regulación administrativa** y la define reconociendo las bases en conceptos económicos, pues acepta que el derecho debe recurrir a nuevas formas de intervención para dar soluciones a problemas complejos y que la norma abstracta difícilmente prevé (ZEGARRA, 2005, pág. 190).

En ese orden de ideas, en nuestro sistema jurídico las manifestaciones de la regulación se enmarcan dentro del Derecho Administrativo. Así, como sostiene DE LA CRUZ, la regulación social se identifica con el poder de policía al ordenar las conductas de los agentes del mercado en su condición de administrados para evitar fallas de mercado diferentes al monopolio natural (DE LA CRUZ FERRER, 2002, pág. 138). Esta regulación no interviene en la libertad, sólo la ordena para coordinarla con el interés público al evitar que los efectos negativos de dichos problemas afecten el bienestar de la sociedad en general.

La regulación económica utiliza también potestades administrativas tales como el concepto de servicio público y el de fomento (de la competencia en los segmentos competitivos del monopolio), siendo una intervención administrativa más intensa que la social porque se sustituye en la libertad de los administrados al determinar en los servicios monopólicos el qué, cuánto producir y cobrar por ello o también cuando regula el acceso a las facilidades esenciales³⁹.

En esa línea de pensamiento, la regulación administrativa, desde un punto de vista anglosajón, se considera económica o social, y viene a significar el ejercicio de las potestades estatales que contienen una serie de potestades públicas vinculadas al derecho administrativo, bajo un esquema de “ordenación normativa – control – sanción” (HUAPAYA TAPIA, 2011, pág. 681).

³⁹ Nos explica el maestro Ramón Huapaya que la teoría del derecho administrativo anglosajón es tópica y no sistemática, desconociéndose totalmente el criterio metodológico del derecho administrativo continental, es decir, ignora totalmente como clasificamos las formas de intervención pública en la economía, donde distinguimos una actividad ordenadora, la actividad de fomento y la actividad prestacional (HUAPAYA TAPIA, 2011, pág. 682).

Por lo tanto, converjo con ZEGARRA cuando afirma que para él regular implica **normar, dictar directivas, sancionar**, pero a su vez, **mediar, arbitrar y resolver conflictos** (ZEGARRA, 2005, pág. 192); así como con MUÑOZ quien señala que la función de regulación, que define actualmente a la forma esencial de la intervención pública dentro de la economía, obviamente alude a un conjunto de poderes de actuación con características propias, siendo ejercido por órganos especiales, y cuyo uso ha desencadenado un desarrollo en los últimos años hasta alcanzar una posición central muy novedosa (HUAPAYA TAPIA, 2011, págs. 680-681). Resalta la diferencia que ostenta por la naturaleza y el contenido de las atribuciones que esta función implica, por su régimen y por los órganos que las tienen conferidas. Actualmente, regular no significa meramente producir normas (si lo es también desde luego, pero no desde la perspectiva que ahora nos interesa), sino que también denota una operación continua de seguimiento a una actividad en específico. Tal control es el ejercicio de diversas facultades: algunas tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; no obstante, otras, consisten en la supervisión de la actividad; otros la ordenación del funcionamiento del mercado; inclusive concurriendo con un poder de solución de controversias y también el poder sancionador.

El papel estatal en la economía es, principalmente, la de un Estado subsidiario que implica que los mercados se rigen por la libre competencia, pero que cuando existan fallas que afecten al bienestar e interés general deberá intervenir ejerciendo su **Función Reguladora** la cual no debe identificarse de una manera limitada, simple y conveniente únicamente con la regulación económica entendida desde el punto de vista anglosajón, es decir, sólo con la intervención estatal cuando se presente un monopolio natural, como parece que ha sido entendida en nuestro país; puesto que el Estado también ejerce dicha función ante otras fallas como las externalidades y asimetrías de información. En ambos casos para que realmente resulten operativas además debe comprender otras potestades como la de resolver conflictos de interés entre los agentes del mercado.

Es decir, **para la corrección de fallas en los mercados, sean cuales fueren, el Estado interviene administrativamente ejerciendo su función reguladora** que, dependiendo del problema, comprende no sólo la fijación de tarifas y condiciones del servicio, sino también la emisión de normas (que permiten definir estándares de calidad, proteger a los usuarios o establecer procedimientos), la supervisión del cumplimiento de obligaciones, la aplicación de sanciones y la resolución de conflictos de interés entre los actores del mercado (proveedores y usuarios). Estamos pues ante facultades inherentes a la intervención administrativa en la economía, sea que se identifique con la regulación económica o con la social.

En resumen, se puede afirmar que la adaptación de las técnicas anglosajonas de regulación de la economía se tuvieron que crear OR como entes autónomos que tienen la tarea de regular los mercados que las empresas operadoras o prestadoras de servicios (concesionarios o empresas estatales) tengan por escenarios, velando por el cumplimiento de las concesiones y sus contratos, resguardando de manera imparcial los intereses del Estado, de las empresas privadas (inversionistas) y sobretodo de los usuarios, garantizando que la explotación de los SP e infraestructura para el transporte será de la forma más eficiente posible. A efectos de dar cumplimiento con estos deberes de orden constitucional, es que las leyes de desarrollo constitucional (orgánicas) y ordinarias regulan la existencia, estructura y funciones de entidades especializadas para tal fin.

2.4. Normativa de los OR

Los OR tienen una normatividad común y otra específica, que incluye la que ellos mismos emiten para reglamentar el ejercicio de la función reguladora. A continuación, analizamos las normas que los rigen.

2.4.1. Normatividad General

Con el objeto de definir claramente las funciones comunes de los OR, así como dotarlos expresamente de autonomía e independencia en el ejercicio de estas se promulgó la LMOR. Describiendo este hecho, Tassano señala que todos los organismos reguladores han sido creados

en diferentes momentos con respecto al proceso de transferencia de propiedad de empresas estatales al sector privado y/o otorgamiento de concesiones a empresas privadas, algunos le antecedieron y otros fueron creados de manera posterior (TASSANO VELACHOAGA, 2009), en razón de ello, entre estos organismos reguladores tienen grandes y notorias diferencias, tanto en sus funciones como en su estructura, es por eso que se emitió la Ley N° 27332 denominada ‘Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos’ con el objetivo de estandarizar las normas básicas comunes de organización y funcionamiento de dichas entidades.

El mismo autor resume los principales aspectos de la Ley N° 27332 de la siguiente forma (TASSANO VELACHOAGA, 2009):

- Las entidades comprendidas dentro de su ámbito de aplicación: OSIPTELM OSERGMIN, SUNASS y OSITRAN.
- Determina que están adscritas a la Presidencia del Consejo de Ministros.
- Define sus funciones y las clasifica: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora, sancionadora y la función de solución de controversias entre usuarios y empresas, y en conflictos entre empresas.
- Las hace supervisora de las actividades de post-privatización.
- Las entidades quedan bajo la dirección de cada Consejo Directivo, determinando su composición y su régimen de sus integrantes.
- Establece la existencia de un Tribunal de Solución de Controversias para cada uno.
- Serán financiadas por un “aporte por regulación” que recaudaran de las empresas y entidades que regulen.
- Quedan sujetas al régimen laboral de la actividad privada.

Esta ley tiene una gran importancia, puesto que si bien no deroga anteriores leyes que cada organismo regulador haya tenido, las uniformiza.

Por otro lado, la LMOR, establece en su artículo 1 que son cuatro los OR de SP e infraestructura para el transporte creados:

- ✓ El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en lo sucesivo, OSIPTEL),
- ✓ El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en lo sucesivo, OSINERGMIN); y,
- ✓ El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte Público (en adelante, OSITRAN);
- ✓ La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (en adelante, SUNASS).

El nombre de cada organismo nos permite identificar *grosso modo* cuáles son las áreas de actuación en los que se desempeña cada uno de ellos. Es de fácil apreciación que los OR realizan las funciones encomendadas por ley en los diversos sectores económicos o mercados con un factor común: su oferta está orientada a cubrir la demanda de servicios públicos básicos y cumplir con las necesidades colectivas que tenga la ciudadanía, como son, tal como se verá en la normativa específica: la electricidad, gas, hidrocarburos, telecomunicaciones, agua potable y alcantarillado, puertos, aeropuertos, carreteras y vías férreas.

Las funciones que esta Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos – en su artículo 3° reconoció a los OR son las siguientes:

“a) Función supervisora: conformada por la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, y la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el OR o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;

b) Función de regulación: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar los reglamentos, las normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras normas o disposiciones de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios en la materia de sus respectivas competencia;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el OR.

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de la facultad de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados por los agentes económicos; y,

f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.”
(Ley N° 27332, 2000)

Los cuatro OR que existen en nuestro país realizan estas seis importantes funciones comunes y estas son manifestaciones de la intervención administrativa. En este contexto, discrepamos con

ZEGARRA cuando afirma que *“el legislador peruano ha restringido la definición de la función de regulación al ámbito de la fijación de tarifas, con lo que le ha dado un contenido más económico que aquél general que comprende un conjunto de técnicas de intervención pública en el mercado”* (ZEGARRA, 2005, pág. 254).

En la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante, LOPE) - se establece que los OR constituyen una clase de organismos públicos especializados, los cuales pertenecen al conjunto de entidades públicas pertenecientes al Poder Ejecutivo.

En ese mismo sentido, la LOPE en su artículo 31 señala que los organismos públicos especializados tienen independencia para ejercer sus funciones conforme a su Ley de creación, quedando adscritos a un ministerio, siendo uno de los tipos de estos organismos públicos especializados los organismos reguladores, siendo indubitable su independencia en el ejercicio de sus funciones.

En el artículo 32 de la LOPE se determina cuáles son los campos de acción de los Reguladores, habiendo sido creados para actuar en ámbitos especializados de regulación de los mercados o para asegurar un funcionamiento eficiente de los mercados no regulados, garantizando de esta manera una cobertura en la extensión del territorio nacional.

En ese sentido, las normas reconocen que la competencia de los OR es la regulación de mercados. En este caso no debe entenderse la regulación sólo como la económica del derecho anglosajón, sino al ejercicio de las potestades administrativas de la función reguladora, que como ya se anotó, no se restringe a fijar precios, sino que incluye normar, supervisar, sancionar y resolver conflictos.

Lo dicho se confirma con el inciso 3 del artículo citado, en el cual se establece que los OR poseen funciones de regulación, supervisoras, normativas, fiscalizadoras, sancionadoras, así como de solución de controversias y reclamos, siempre limitándose al ámbito de su

competencia⁴⁰.

Además, conforme con el inciso 7, los OR tienen la obligación de defender los intereses de los usuarios con ajuste a nuestra Constitución. Esto es la denominada regulación social del sistema anglosajón que hemos tratado anteriormente, y que, para ejercerla, tienen que desplegar las funciones referidas. La disposición en mención debe entenderse concordándolo con el artículo 63 del Código del Consumidor y según el cual los usuarios de los servicios públicos son protegidos por cada OR que tiene bajo sus funciones regular de dichos servicios, aplicando lo prescrito en las normas que emita y las establecidas en dicho código. Vale decir, los mercados en los que interviene, sea con regulación económica o social, los OR pueden emitir normas para defender a los usuarios que serán complementadas con la aplicación del Código del Consumidor y que además está facultado para hacerlas cumplir.

Sobre el particular, el TC⁴¹ ha señalado, a propósito de los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, son objeto de tutela fundamental la eficiente prestación de los servicios públicos. Ha añadido, refiriéndose a los reguladores (específicamente a OSIPTEL) que son órganos obligados a proteger los derechos de los usuarios y a su vez el interés público, en razón de ello controlan la prestación de los servicios que satisfacen el interés público, servicios que deben ser prestados en las mejores condiciones y a un costo razonable; y si bien la concesión ostenta cierta fortaleza jurídica, su fin no es el lucro, sino la satisfacción de las necesidades del consumidor, es decir el servicio, pues al ser un servicio público este debe brindarse con calidad, eficiencia y continuidad, sin olvidarse de proteger la seguridad y salud pública y preservando el medio ambiente.

⁴⁰ LOPE

"Artículo 32. - Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores:

(...)

3. - Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia".

⁴¹ Fundamento N° 41 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC.

Como se evidencia, la función reguladora no es únicamente la regulación del monopolio natural, puesto que no es la única justificación para la intervención estatal, ya que otra de las funciones es la protección de los usuarios de SP e infraestructura para el transporte que también es regulación, pero social, y está relacionada con otra falla como es la asimetría informativa; además, porque, para la corrección de estas fallas, sea el monopolio u otras, se requieren de la intervención directa acompañada del ejercicio de otras competencias administrativas como son la normativa, supervisora, sancionadora y solución de conflictos, las cuales en su conjunto constituyen la función reguladora.

2.5. Normativa específica

Analizado el marco general que legitima la actuación de los OR, corresponde describir y analizar su normativa específica, dejando anotado que la función de resolución de reclamos y su alcance será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

2.5.1. OSIPTEL

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante OSIPTEL), creado mediante Decreto Legislativo N° 702⁴², opera dentro del sector de las telecomunicaciones, el cual fue el primero en atravesar el proceso de desestatización o privatización, en aras de avalar la mayor cobertura posible en la prestación de los servicios y alcanzar mejores niveles de calidad. Tratándose de un sector donde es evidente la existencia de complejas redes tecnológicas, la industria de telecomunicaciones se constituye en una de naturaleza monopólica, al existir evidentes barreras a la entrada por los elevados costos fijos en que se incurren al invertir, siendo más eficiente que una sola empresa administre y opere la propia red que ha instalado a que existan dos o más redes paralelas, incurriendo en duplicidad de costos.

No obstante, la permanente innovación tecnológica también facilita que segmentos de esta

⁴² Actualmente, TUO Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC

industria puedan abrirse a la competencia, sujetándose ya no a regulación económico sino únicamente a labores de sólida supervisión y fiscalización.

Las funciones conferidas por su ley (actual TUO de la Ley de Telecomunicaciones), son las siguientes:

- “1.- Mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.*
- 2.- Proveer información y asistencia al Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, cuando así lo requiriera o cuando el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones lo considerara apropiado sobre cualquier materia relacionada a la competencia del Organismo.*
- 3.- Expedir directivas procesales para solucionar y resolver los reclamos de los usuarios de los servicios.*
- 4.- Resolver controversias por la vía administrativa entre prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.*
- 5.- Fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación.*
- 6.- Asesorar al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción sobre el otorgamiento de autorizaciones, permisos y licencias.*
- 7.- **Asegurar la correcta normalización y aprobación de equipos y aparatos de telecomunicaciones.***
- 8.- Administrar arbitrajes de acuerdo con lo previsto por esta Ley y sus reglamentos.*
- 9.- Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.*
- 10.- Elaborar y administrar su presupuesto obtenido en base a las asignaciones conferidas por la presente Ley y sus reglamentos.*
- 11.- Administrar el Fondo de Inversión de Telecomunicaciones, FITEL, de acuerdo a lo señalado por la presente Ley y sus reglamentos.*
- 12.- Ejercer las funciones y atribuciones que le fueran delegadas por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.*
- 13.- Las demás que esta Ley señala o establezca su reglamento, cuya elaboración y aprobación mediante Decreto Supremo, le corresponde al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.”⁴³*

⁴³ TUO Ley de Comunicaciones, artículo 77°.

El poder regulatorio que esta Ley concede a OSIPTEL en relación a materias de su competencia será ejercido a través de resoluciones expedidas por su Consejo Directivo”. (Decreto Supremo N° 013-93-TCC, 1993)

[Resaltado agregado]

Estas trece atribuciones han sido reordenadas y agrupadas en seis grandes funciones, la de regulación, supervisión, normativa, sancionadora, de solución controversias y reclamos⁴⁴. El Reglamento General del OSIPTEL⁴⁵ precisa que el objetivo central del organismo regulador es regular, normar, supervisar y fiscalizar dentro del ámbito de su competencia, el correcto desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y la conducta de las empresas prestadoras de estos servicios, así como las relaciones entre estas empresas y de estas con los usuarios de su servicio, asegurando la calidad y eficiencia del servicios brindados, y ajustando las tarifas para facilitar la explotación del mercado y el uso eficiente del servicio público de telecomunicación.

Es preciso señalar que en el inciso j) del artículo 25 de este texto legal establece que “el OSIPTEL, en ejercicio de su función normativa, puede fijar requisitos e obligatoriedad de provisión de suministro e información a los usuarios”. Es evidente que esta disposición es muestra que el OSIPTEL no sólo fija tarifas si no también ejerce regulación social para contrarrestar la asimetría informativa que prima en el mercado de telecomunicaciones.

2.5.2. OSINERGMIN

Los mercados regulados por OSINERGMIN son los siguientes: Electricidad, hidrocarburos líquidos, gas natural y minería. La Ley N° 26734 creó el OSINERG, actualmente OSINERGMIN, reservándole las siguientes funciones:

“Artículo 5.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

⁴⁴ Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

⁴⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

- a) *Velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario.*
- b) *Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.*
- c) *Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.*
- d) *Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería.*
- e) *Fiscalizar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad, referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, por parte de empresas de otros sectores, así como de toda persona natural o jurídica de derecho público o privado, informando al organismo o sector competente sobre las infracciones cometidas, las que le informarán de las sanciones impuestas”. (Ley N° 26734 , 1996)*

Asimismo, su misión u objetivo central es el regular, supervisar y fiscalizar en todo el ámbito nacional el correcto cumplimiento de las disposiciones legales que norman las actividades del sector electricidad, hidrocarburos y minería, así como la protección del medio ambiente en el cumplimiento de dichas actividades.

Habría que precisar que para el alcance de su misión y de las funciones reservadas por su ley de creación, el Reglamento de OSINERGMIN⁴⁶ ordenó sus funciones de acuerdo al modelo de seis funciones comunes a los demás OR.

Sobre electricidad, BONIFAZ nos señala que fue durante los años 90 y siguientes, en el Perú se manifestó el fraccionamiento de las actividades del sector eléctrico en generación, transmisión y distribución, diferenciándose una de la otra claramente, además, esta segmentación logró promover la especialización de las empresas eléctricas dichas actividades segmentadas (BONIFAZ, 2001, págs. 18-20). Por otro lado, se estableció un régimen de libertad en el precio para las actividades que se podían efectuar en condiciones de libre competencia, y se aplicó el sistema de precios regulados para aquellas actividades que eran monopolios naturales, así como la interconexión de los sistemas eléctricos y, bajo principios de eficiencia, se otorgó en varias

⁴⁶ Aprobado por Decreto Supremo N° 017-2001-PCM.

ciudades la administración privada de la operación.

En ese sentido el monopolio sometido a integración vertical de la electricidad se dividió en las actividades de: Generación, Transmisión, Distribución y –quizá en el futuro– comercialización. Las actividades económicas de transmisión y distribución eléctrica tienen las características de un monopolio natural, a diferencia de la generación que puede ser efectuada en competencia (BONIFAZ, 2001, pág. 19).

De manera semejante, la actividad de distribución del gas natural mediante redes de ductos a lo largo de la ciudad, también constituye un monopolio natural, pues sería inconcebible pretender que exista competencia para tender redes de gas natural paralelas en mismo ámbito geográfico de influencia.

A diferencia de dichos mercados, los subsectores de hidrocarburos líquidos y minería operan en condiciones de competencia. Sin embargo, esto no significa que el OSINERGMIN no regule cuando se tenga que proteger a los usuarios, puesto que de acuerdo con los incisos 3 y 7 del artículo 32 de la LOPE en concordancia con el artículo 63 del Código del Consumidor, puede dictar normas sectoriales de protección de los usuarios y verificar su cumplimiento no sólo de los servicios que se brindan en monopolio natural sino también de los que están en competencia pero que supervisa como es justamente el de hidrocarburos líquidos y de Gas Licuado de Petróleo (GLP en adelante), pues esta función es también parte de la función reguladora. Esto es así porque las normas citadas no limitan la protección al usuario que debe ejercer el OR únicamente a los servicios cuya tarifa es fijada, sino que también debe ser ejercida en los servicios en los que se aplica la regulación social (desde el punto de vista anglosajón), y a las otras funciones complementarias lo cual significa que se refiera las otras funciones que forman parte de la función reguladora.

No obstante lo acotado, en el sector hidrocarburos cuyo servicio se presta en competencia OSINERGMIN ha omitido emitir regulación social y ha dejado que esta función sea asumida por

el Ministerio de Energía y Minas (el MEM, en lo sucesivo). Por ejemplo, las normas sectoriales de protección del usuario que, como hemos visto, deberían ser emitidas por el OR, sin embargo, en el mercado en cuestión, son emitidas por el MEM a través del D.S. N° 043-2005-EM mediante el cual *“Disponen que agentes de la cadena de comercialización de combustibles derivados de hidrocarburos deben proveer información sobre sus precios de venta, así como su publicación a cargo de OSINERG”*.

2.5.3. OSITRAN

En el sector transporte, se desarrollan dos actividades económicas: 1) Explotación de infraestructura para el transporte y 2) Prestación del servicio de transporte; siendo la primera un mercado con características de un monopolio natural y la segunda una industria altamente competitiva, salvo el caso del servicio de transporte en ferrocarril.

La infraestructura para el transporte tiene cuatro modalidades: aeroportuaria, portuaria, ferroviaria o red vial; debiendo ser esta última de alcance nacional o regional.

Evidentemente, la regulación –entendida bajo el concepto esbozado en el primer capítulo– atañe únicamente al mercado de infraestructura de transporte; procurándose la ordenación económica del mercado de explotación de toda aquella instalación o edificación de uso público, que facilita la prestación del servicio de transporte o el intercambio modal (ya sea de transporte terrestre a aéreo, o de marítimo a ferroviario).

La condición de monopolio natural de la infraestructura para el transporte es innegable; sin embargo, al igual que en el sector eléctrico, existen servicios derivados de su explotación que son competitivos, en los cuales la falla de mercado es otra: la asimetría de información, nos referimos por ejemplo al servicio de almacenamiento en los puertos. En ambos casos, existe la necesidad de intervención administrativa a través de la regulación sea económica o social, por lo que se dispuso la creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Uso Público – OSITRAN, mediante la Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en

Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción del Transporte Aéreo (en lo sucesiva, la Ley del OSITRAN).

Las funciones conferidas por ley a este regulador, las hallamos en el artículo 7 de la Ley de Creación de OSITRAN:

“Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

- a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.*
- b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:*
 - i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.*
 - ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.*
 - iii. Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.*
- c) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.*
- d) Velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades.*
- e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.*
- f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.*
- g) Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de las causales establecidas en las normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y complementarias o en el contrato de concesión, en el ámbito de su competencia.*

- h) En casos excepcionales en los cuales exista suspensión de la concesión, terminación de contrato o caducidad del mismo, a fin de evitar la paralización del servicio, OSITRAN podrá contratar temporalmente los servicios de empresas especializadas, hasta la suscripción de un nuevo contrato de concesión. Los contratos temporales no tendrán, en ningún caso, duración superior a un año calendario.*
- i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN; así como efectuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiere haber contraído con éstos, con terceros y con el Estado, en virtud de la legislación vigente y de lo establecido en los contratos de concesión.*
- j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción lo requiera*
- k) Ejercer facultades coactivas para el cobro de las deudas en su favor derivadas de multas, sanciones, tasas y obligaciones originadas de los contratos de concesión.*
- l) Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver las controversias entre los operadores, empresas prestadoras de servicios; de éstos entre sí y las de carácter patrimonial que pudieren surgir entre el Estado y los concesionarios. La vía arbitral es obligatoria para la solución de controversias entre Entidades Prestadoras.*
- m) Regular la coordinación de las relaciones entre distintas Entidades Prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad.*
- n) Expedir las directivas procesales para atender y resolver reclamos de los usuarios, velando por la eficacia y celeridad de dichos trámites.*
- o) Llevar a cabo las acciones que requiera la promoción de una efectiva y leal competencia entre las Entidades Prestadoras vinculadas a la infraestructura pública nacional de transporte.*
- p) Cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura” (Ley N° 26917, 1998).*

Al igual que en el resto de reguladores, estas funciones pueden ser agrupadas y ordenadas dentro las seis atribuciones principales que tienen todos los OR. En ese sentido, OSITRAN tendría competencia para emitir las normas sectoriales, para fijar tarifas bajo su ámbito, supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de infraestructura, sancionar a las entidades prestadoras por inejecución de sus obligaciones, y por último, resolver controversias y reclamos de los usuarios de infraestructura de uso público.

De acuerdo con el artículo 10 del Reglamento General de Tarifas del OSITRAN⁴⁷, que existen dos regímenes tarifarios en la explotación de infraestructura para el transporte bajo la competencia de este regulador, a saber:

- “1.- Supervisado. - En este régimen tarifario las Entidades Prestadoras tienen la posibilidad de establecer y modificar las tarifas de los servicios que presten libremente en mercados competitivos. Este régimen tarifario se aplica de manera general a la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura para el transporte, sin que se los excluya de la aplicación del régimen tarifario regulado, de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.
- 2.- Regulado. - En este régimen tarifario las Entidades Prestadoras tienen la posibilidad de establecer y modificar libremente las Tarifas de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura para el transporte, siempre y cuando no excedan las Tarifas Máximas que hayan sido fijadas en sus respectivos contratos de Concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por OSITRAN” (RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 043-2004-CD-OSITRAN, 2004)..

De esto se deriva que a diferencia de la postura adoptada por OSINERGMIN, el OSITRAN ejerce competencia sobre los servicios regulados económicamente (en el sentido anglosajón) y los supervisados. La característica es que en ambos se derivan de la explotación de la infraestructura para el transporte, que, tal como se describe en el Reglamento General del OSITRAN⁴⁸, es un sistema conformado por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas o aquellas a través de las cuales se brinde el servicio de transporte o que facilite el intercambio modal.

Una manifestación clara de lo dicho es el Proyecto de Reglamento de Usuarios de Terminales Aéreos y Portuarios del OSITRAN, que regula los derechos de los usuarios entre ellos el de información y que es aplicable a todos los servicios derivados de la explotación de

⁴⁷ Aprobado a través de la Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificado por la Resolución N° 082-2006-CD-OSITRAN.

⁴⁸ De acuerdo al reglamento General del OSITRAN, en su artículo i, acápite m) indica que la Infraestructura debe ser entendida como el sistema conformado por todas las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas o aquellas a través de las cuales se brinde un servicio de transporte, o que posibilite el intercambio modal, y por las que se cobre un derecho de acceso a los usuarios como prestación.

Esta infraestructura puede ser portuaria, aeroportuaria, férrea, carreteras u otras que sean de uso público a nivel nacional o regional.

Se excluye de esta categoría de Infraestructura a las portuarias y aeroportuarias que se hallen dentro de la administración de las Fuerzas Armadas o Policiales, dado que su uso corresponde a la ejecución de actividades de defensa nacional y orden interno, siempre y cuando no sean utilizadas por terceros bajo una contraprestación económica. También se excluyen a la infraestructura vial urbana de competencia municipal, y a las de uso privado, que es utilizada por su titular para su propia actividad, siempre que no se brinde servicios para terceros a cambio de una contraprestación económica.

infraestructura para el transporte⁴⁹. En este caso, estamos ante una manifestación de la regulación social.

2.5.4. SUNASS

SUNASS es el ente regulador de la industria de los servicios de saneamiento, es decir, de la prestación de agua potable, alcantarillado y disposición sanitaria de excretas. Estos servicios públicos son esenciales en el cumplimiento de los propósitos de las políticas públicas de salud. Los servicios de saneamiento son prestados mediante largas redes de instalaciones urbanas y rurales; la naturaleza de estas infraestructuras no admite el diseño y construcción de otra edificación de escala semejante en una misma ciudad, constituyéndose en un monopolio natural en su alcance geográfico.

La SUNASS fue creada por la Ley General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, mediante Ley N° 26284, derogada por la LMOR. No obstante, no puede señalarse que este organismo no tenga ley rectora. Pues, ejerce sus funciones reguladora, supervisora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos, con arreglo a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y a la Ley Marco de los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos. Asimismo, se sujeta a las disposiciones de su Reglamento General⁵⁰. Este último conjunto de normas establece el objetivo general de SUNASS.

⁴⁹ Aprobado mediante la Resolución N° 023-2011-CD-OSITRAN y publicado el 12 de julio de 2011.

"Artículo 2.- Alcances

El presente Reglamento será aplicable en cada uno de los servicios brindados por las Entidades Prestadoras dentro de la ITUP aeroportuaria y aeroportuaria que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN

(...)"

Respecto a la información que debe ser proporcionada a los usuarios por las entidades prestadoras, estas tienen la obligación de informar sobre cuáles son los servicios brindados y los detalles para que el usuario pueda distinguir que es responsabilidad de la entidad prestadora, el alcance y los usos posibles que puede realizar el usuario del servicio, las pertenencias del usuario que no puede embarcar y serán decomisadas al momento del embarque así como su destino, las tarifas por el uso del servicio, el estándar del concesionario, los tiempos máximos en los mostradores, las colas de chequeo, recojo de equipajes, los procedimientos para presentar un reclamo, y los recursos contra las decisiones de la entidad prestadora así como la materias de las que pueden versar estas decisiones, el procedimiento para presentar denuncias y sugerencias, las restricciones permanentes y eventuales en el uso del servicio y de la infraestructura, u número telefónico de línea gratuita de atención al usuario y su página web.

⁵⁰ Aprobado por Decreto Supremo N° 017-2001-PCM

“Artículo 14.- Objetivo General de la SUNASS.

La SUNASS tiene por objetivo general normar, regular, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, la PRESTACION DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y del USUARIO”⁵¹ (Ley N° 27332, 2000).



⁵¹ Reglamento General de SUNASS, artículo 18.

CAPÍTULO III: LOS RECLAMOS DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS E INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

1. SOBRE LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE RECLAMOS

Sobre el rol de los OR específicamente con relación al usuario, el TC ha expresado que la función que cumplen es una labor delicada, en el sentido que la satisfacción de las necesidades del consumidor y usuario es un punto clave para tenerse en cuenta al momento de determinar si el desenvolvimiento de un mercado es eficiente o no, debido a eso los OR tienen la obligación de generar en sus respectivos sectores verdadera competencia entre los distintos agentes económicos.

Es esencial que los OR hagan del usuario o consumidor un partícipe de su funcionalidad, dándoles atención y capacitándoles en el ejercicio de sus derechos, puesto que los consumidores son el pilar de la economía. Aunado a esto, las empresas prestadoras de servicios públicos tienen el deber de adecuar sus actuaciones a la economía social de mercado, no debiendo priorizar su beneficio propio, sino teniendo como prioridad brindar un servicio digno, de calidad y a un costo razonable.

Si bien todas las funciones de los OR están orientadas a lograr la satisfacción de las expectativas y cautela de los intereses de los usuarios, la función más cercana y relacionada con este agente de la relación contractual de consumo es la de solución de reclamos, pues para ser ejercida se requiere de su iniciativa y participación.

Dicho lo anterior, la función de solución de los reclamos de usuarios es una de las principales funciones de los OR, así como su función de solución de controversias, son una clara manifestación de la función cuasi-jurisdiccional conferida a los OR con el objetivo que reduzcan los costos de transacción entre las relaciones de los usuarios con las empresas prestadoras (CASSAGNE, 2010, págs. 526-529). Como señala DANÓS sucede con la privatización de empresas de servicios públicos y el inicio del proceso de otorgamiento de concesiones, que

recién se toma conciencia respecto a la necesidad de establecer mecanismos efectivos y especializados para la solución en sede administrativa de los probables conflictos que se propician en ese ámbito (DANÓS ORDÓÑEZ, 2004, pág. 12).

Al mismo tiempo que reduce los “costos de transacción”⁵² entre las empresas prestadoras y los usuarios finales, esta función tiene la finalidad de establecer cierta predictibilidad a la solución de los conflictos, no obstante, la posterior obtención de tal objetivo se ha visto mermada con la eventualidad de recurrir al poder judicial para cuestionar las decisiones administrativas emitidas por los OR.

Como se anotó, desde nuestro punto de vista, es una de las potestades que se derivan del ejercicio de la función reguladora, la cual se ejecuta mediante la implementación de un procedimiento específico aprobado por cada una de estas entidades en ejercicio de su función normativa.

Como reza la LMOR, los OR **ejercen la función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan**. Si bien, no existe un instrumento legislativo común a estos organismos sobre la función de solución de reclamos, las normas de carácter infralegal o reglamentario emitidas por los propios reguladores coinciden al determinar que la primera instancia de atención del reclamo es la propia empresa que presta el servicio público, posteriormente interviene el OR en el procedimiento como segunda instancia administrativa, cuando el usuario disconforme con la decisión de la empresa prestadora acude en apelación⁵³.

⁵² Al llevarse a cabo las transacciones dentro del mercado, siempre se debe decidir con quién exactamente deseamos celebrar la transacción, poner en conocimiento que es lo que se desea intercambiar y bajo qué términos, en otras palabras, se negocia para procurar conveniencia propia (en ambas contrapartes), después se redacta el contrato y posteriormente se lleva a cabo una inspección para asegurarse que todos los términos del contrato se han cumplido cabalmente. Todas estas pequeñas operaciones antes mencionadas resultan muy costosas, no solamente en moneda si no que en tiempo, por lo que evitarlas o hacer que no tengan costo alguno sería un escenario ideal, y agilizaría muchas transacciones, lo cual haría que el precio no incluya algunos costos (COASE, El problema del costo social, 1960, pág. 98).

⁵³ REGLAMENTO DE OSIPTEL

"Artículo 58. - Reclamos de Usuarios

OSIPTEL tiene competencia exclusiva para conocer y resolver los reclamos presentados por usuarios contra EMPRESAS OPERADORAS, en segunda instancia, que versen sobre las siguientes materias (...)." (D.S. N° 008-2001-PCM, 2001)

REGLAMENTO DE SUNASS

Es menester señalar que las empresas prestadoras operan como entidad administrativa para la solución de reclamos en primera instancia, siendo irrelevante si estas son de titularidad pública o privada, de conformidad con el alcance de la definición de entidad que establece el inciso 8 del artículo I de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444:

“Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por ‘entidad’ o ‘entidades’ de la Administración Pública:

(...)

8.- Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia” (Ley N° 27444, 2001).

No obstante que se puede apreciar similitud en la estructura del procedimiento para el ejercicio de la función en referencia, también es cierto que no existe un criterio común para establecer qué tipo de servicios pueden ser objeto de reclamo por parte de los usuarios de los SP e infraestructura para el transporte, tal como revisaremos a continuación.

“Artículo 46.- Reclamos de USUARIOS. La SUNASS resolverá en segunda instancia y última instancia los reclamos de los USUARIOS frente a las EMPRESAS PRESTADORAS, de conformidad con lo que establezca el respectivo reglamento, aprobado por su Consejo Directivo.

En estos casos es requisito de admisibilidad, el haber agotado la vía previa ante la propia EMPRESA PRESTADORA.” (D.S. N° 017-2001-PCM, 2001)

REGLAMENTO DE OSINERGMIN

“Artículo 48.- Órganos Competentes para Ejercer la Función de Solución de Reclamos

La función de solución de reclamos de USUARIOS DE SERVICIO PÚBLICO bajo el ámbito de competencia de OSINERG es ejercida por las propias ENTIDADES, en primera instancia administrativa, y en vía de apelación por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios, en segunda y última instancia administrativa.” (D.S. N° 054-2001-PCM, 2001)

REGLAMENTO DE OSITRAN

“Artículo 60.- Funciones del Tribunal. El Tribunal es el encargado de resolver como última instancia administrativa, las controversias a las que se refieren los Artículos 49 y 50 del presente REGLAMENTO. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento, sin perjuicio de la facultad que tienen los interesados de impugnar judicialmente la resolución administrativa que éste dicte. (Cabe señalar que el artículo 50° establece cuáles son los supuestos de reclamos que pueden interponer los usuarios).” (D.S. N° 044-2006-PCM, 2006)

2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA SOLUCIÓN DE RECLAMOS EN CADA ORGANISMO REGULADOR.

La normatividad sectorial es coincidente al determinar que es usuario de SP aquella persona natural o jurídica que recibe las prestaciones de que realizan las empresas que explotan los mercados regulados.

Son usuarios las personas naturales o jurídicas que demandan los servicios públicos suministrados o provistos por las empresas prestadoras. Desde el punto de vista del Derecho Civil, el usuario ocupa la posición del acreedor en la relación obligacional (de dar o de hacer) que posee con la empresa, deudora de la prestación del servicio público o la infraestructura⁵⁴; pero también es el deudor del pago, usualmente dinerario, de la contraprestación. Para ilustrarlo: En los suministros de agua potable, electricidad y telefonía, el usuario es el acreedor de la obligación permanente de dar los bienes muebles (agua, energía, espectro electromagnético, etc.) que tiene la empresa prestadora; de manera semejante, el usuario de una carretera es el acreedor de la obligación de hacer, que posee la entidad prestadora, del mantenimiento de la vía.

Sin embargo, este tipo de relaciones no se regula únicamente con disposiciones de carácter puramente civil o comercial, pues la presencia de determinados elementos como la asimetría de información o la posición monopólica de la entidad prestadora resulta ser habilitante para que los usuarios puedan solicitar el amparo especial de los OR que tienen, por demás, el deber jurídico de velar y defender a aquellos que se encuentran bajo su competencia reguladora⁵⁵.

⁵⁴ En el Artículo 1134° del Código Civil se señala que la *obligación* de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega, por lo que en general debe entregarse el bien con todos sus accesorios, salvo excepciones amparada en la ley, en el título de la obligación o de las circunstancias del caso. Mientras que el artículo 1148° se indica que la obligación a la ejecución de un hecho se debe cumplir en el plazo y modo pactado, en su defecto, en lo requerido por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso (Decreto Legislativo N° 295, 1984).

⁵⁵ LOPE

"Artículo 32

(...)

7. Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley"

2.1. OSIPTEL

El sector regulado por OSIPTEL es el de telecomunicaciones; esto significa que las empresas operadoras de la telefonía fija urbana, rural o móvil, cable por radiodifusión, internet, entre otros servicios, deben respetar y sujetarse a las acciones del Regulador en ejercicio de sus funciones: supervisora, de regulación, fiscalizadora y sancionadora, normativa, de solución de controversias y de solución de reclamos. Para este regulador, de acuerdo con su Reglamento General⁵⁶ el usuario que está bajo su competencia y protección es aquella *“Persona natural o jurídica que, en forma eventual o permanente, tiene acceso a algún servicio público de telecomunicaciones”*.

Para cumplir con la función de solución de reclamos en el OSIPTEL existe un órgano especializado llamado Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU)⁵⁷, el cual se avoca exclusivamente a las causas iniciadas por los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, sin tomar conocimiento de las controversias que puedan suscitarse entre empresas operadoras.

En el ámbito de su función normativa, OSIPTEL ha emitido el ***“Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones”***⁵⁸. En esta norma existen pluralidad de supuestos objeto del reclamo, atendiendo además la diversidad de materias que están comprendidas dentro de los alcances del término *“servicios de telecomunicaciones”*. Ciertamente, los aspectos relativos a la facturación, calidad de idoneidad del servicio, instalación o activación del servicio, falta de entrega de recibo, negativa de la empresa operadora a contratar, entre otros, en los servicios de telefonía fija, móvil, televisión por cable por radiodifusión, internet, etc., son los supuestos cognoscibles por el TRASU en segunda instancia.

⁵⁶ Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM

⁵⁷ El artículo 59 del Reglamento General de OSIPTEL dispone que el TRASU resuelve los reclamos, quedando facultado para la actuación de medios probatorios en segunda instancia y resolviendo acorde a la normas contenidas en el directiva de atención de reclamos de usuarios y demás normas complementarias.

⁵⁸ Aprobada por Resolución N° 015-99-CD/OSIPTEL, publicada 26-07-1999 y modificada por Resoluciones N° 015-2002-CD/OSIPTEL, 044-2002-CD/OSIPTEL, 096-2003-CD/OSIPTEL, 030-2004-CD/OSIPTEL, 076-2005-CD/OSIPTEL y 114-2011-CD/OSIPTEL.

Las materias objeto de reclamo en los servicios de telecomunicaciones, según el artículo 28° del mencionado reglamento, son:

“(…)

1.- *Facturación: que se refieren a montos detallados en el documento de pago correspondiente al servicio(s) prestado(s), el cual se cuestiona por (i) erróneo uso de la tarifa correspondiente, y/o (ii) el equivocado cómputo de los servicios objeto de cobro que se encuentran en los registros de cálculo de la entidad prestadora del servicio que los usuarios no reconocen como consumo. El valor reclamado debe estar vinculado con un servicio cobrado en el documento de pago del servicio (o servicios) que se pretende reclamar. Únicamente se puede reclamar por este concepto (facturación) por recibo emitido por la empresa operadora. En este reclamo no se incluye aquellos pedidos dirigidos a cuestionar la normatividad que rige a las tarifas o aquellas que tengan como fundamentación la calidad o idoneidad del servicio prestado, o cualquiera de las otras materias que pudieran ser objeto de reclamo.*

2.- *Cobro: Sumas pagadas por el usuario por servicios diferentes a los pertinentemente cargados o que el usuario no reconoce porque ya habrían sido pagados con anterioridad o las sumas pagadas después que se han solicitado el retiro del servicio sin que la entidad prestadora hubiere realizado o a pesar de ello igual realiza el cobro.*

3.- *Calidad o idoneidad en la prestación del servicio: Respecto a cualquier inconveniente originado por una actividad incorrecta de la red y/o en el acceso hacia los servicios prestados por la entidad que produzcan insatisfacción del usuario; así también los problemas respecto a la idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones.*

4.- *Veracidad de la información que brinda la empresa operadora al usuario, relacionada con la prestación del servicio público de telecomunicaciones.*

5.- *Falta de entrega del recibo o de la copia del mismo o de la facturación especificada solicitada por el usuario.*

6.- *Incumplimiento de ofertas y promociones ofrecidas por la empresa operadora vinculadas a la prestación del servicio público de telecomunicaciones.*

7.- *Suspensión, corte o baja no justificada del servicio o sin observar el procedimiento señalado en el*

ordenamiento legal vigente, se incluye aquí el corte del servicio público móvil y/o bloqueo del equipo terminal móvil, por uso prohibido del servicio en establecimientos penitenciarios.

8.- Incumplimiento de la entidad prestadora de instalar o activar el servicio de telecomunicación solicitado por el usuario.

9.- Incumplimiento de la entidad prestadora de realizar la baja o desactivación el servicio de telecomunicación solicitado por el usuario.

10.- Incumplimiento de la entidad prestadora de servicios de telecomunicaciones en ejecutar el cambio del servicio en la fecha programada, o la falta de respuesta por la empresa prestadora cuando el usuario ha solicitado su traslado o se encuentra inconforme con esta.

11.- Inconvenientes en el acceso hacia el servicio a través de sistemas de tarjetas de pago, o en el propio servicio brindado por el sistema de tarjetas de pago, tales como, descuentos no debidos.

12.- Imputación por la contratación de un servicio público de telecomunicaciones u obligaciones de pago por la prestación del mismo, sin que el usuario haya pedido o manifestado su consentimiento para dicha contratación.

13.- No cumplimiento de las condiciones determinadas en el contrato relacionadas con la prestación del servicio público de telecomunicaciones, o cuando ejecute términos distintos a los pactados, excepto que se relacionen a variaciones de la tarifa de acuerdo con lo regulado en el ordenamiento normativo vigente o se trate de variaciones de las condiciones del contrato que se constituyan como más favorables al usuario, aprobadas por el organismo regulador de las telecomunicaciones.

14.- No cumplimiento de los derechos establecidos en las normas sobre usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

15.- Cualquier materia que guarde relación con la prestación del servicio público de telecomunicaciones contratado.

16.- Otras materias que señale el Consejo Directivo del OSIPTEL. (D.S. N° 008-2001-PCM, 2001)

El mencionado reglamento precisa que en el supuesto que el usuario presente un reclamo por

un objeto que no corresponde a la materia de su reclamo, la Empresa Operadora deberá encauzarlo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Cabe indicar que quedan excluidos de los alcances de la función de reclamos, los supuestos de disconformidad de los usuarios sobre la calidad o idoneidad de los equipos telefónicos; pues, se advierte que lo que pretende tutelarse es el derecho del usuario a recibir un adecuado servicio de telecomunicaciones. Pero, en ese sentido cabría cuestionarse si es procedente o no que las empresas operadoras u OSIPTEL atiendan reclamos sobre el estado de los equipos telefónicos, si la mala condición de estos genera problemas de facturación excesiva o malestar en la comunicación. Esta situación será analizada más adelante.

2.2. SUNASS

SUNASS es el organismo regulador del mercado de servicios de saneamiento, que comprende fundamentalmente las prestaciones de agua potable y alcantarillado. El Reglamento General de la SUNASS⁵⁹ en su artículo 1° señala que usuario es “[T]oda persona natural o jurídica a la que se le presta servicios de saneamiento, de acuerdo a la normatividad vigente”.

Al igual que OSIPTEL, cuenta con un órgano especializado que resuelve los reclamos de los usuarios en segunda y última instancia administrativa, denominado Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento – TRASS⁶⁰.

El Procedimiento de Reclamos se rige por el Reglamento General de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento⁶¹, el cual establece que los usuarios pueden interponer sus reclamos por facturación y otros conceptos, precisamente por problemas operacionales (atoro en conexión

⁵⁹ Aprobado por Decreto Supremo N° 017-2001-PCM

⁶⁰ El Reglamento General de SUNASS en su artículo 62-A describe al Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento – TRASS – como el órgano con la función de resolver en segunda y última instancia administrativa todas las controversias que emerjan con relación a la prestación del servicio de saneamiento entre las empresas prestadora y los usuarios de este servicio. Los miembros del TRASS son designados por el Consejo Directivo de SUNASS, inclusive pudiendo determinar su número de miembros, el mecanismo de las salas y las reglas que regulen su funcionamiento.

⁶¹ Aprobado por Resolución N° 066-2006-SUNASS-CD y modificado por Resolución N° 088-2007-SUNASS-CD.

de alcantarillado, fugas en conexión domiciliaria, etc.) o problemas comerciales que no son relativos a la facturación (cortes indebidos, acceso al servicio).

En el caso de reclamos por facturación, la entidad prestadora de saneamiento deberá pronunciarse dentro del plazo de 30 días y en los demás casos dentro de los 10 días contados desde el día siguiente a la presentación del reclamo. Es importante señalar que el Reglamento de Reclamos de SUNASS establece como una etapa importante del procedimiento en primera instancia la investigación, que consiste en la inspección domiciliaria y contrastación de medidores que realiza la entidad prestadora, bajo su cuenta y cargo, salvo que se incurran en gastos adicionales que deberán ser asumidos por el reclamante.

2.3.- OSINERGMIN

Como se precisó, OSINERGMIN es el organismo regulador de los sectores energía (subsectores electricidad e hidrocarburos, este último comprende hidrocarburos líquidos o combustibles, gas licuado de petróleo y natural) y minería. De las diferentes etapas de los procesos productivos del mercado energético, los usuarios del sector sólo tienen vinculación con la fase de distribución, sea de energía, hidrocarburos o gas.

De la forma de distribución se puede establecer dos tipos de usuarios, aquellos que obtienen el servicio por redes y que por cuestiones de subaditividad de costos y economías de escala se consideran monopolios naturales, como son la electricidad y el gas natural domiciliario, y cuya tarifa es regulada y aquellos que lo obtienen en un mercado en competencia, sin precio regulado, como por ejemplo los usuarios del gas licuado de petróleo, la gasolina, el *diesel*.

En la Directiva del Procedimiento Administrativo de Reclamos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural⁶² del OSINERGMIN (en adelante, la Directiva del OSINERGMIN) se ha restringido el concepto de usuario únicamente a aquel que utiliza o

⁶² Aprobada mediante Resolución N° 671-2007-OS/CD

consume los servicios monopólicos y en los cuales la tarifa es fijada por OSINERGMIN. Se excluyen a los usuarios (o consumidores) de gas licuado de petróleo o el expendio de hidrocarburos líquidos, gas natural vehicular o gas licuado de petróleo, así como a los usuarios o clientes denominados libres⁶³. Sobre el particular, el Reglamento General del OSINERGMIN⁶⁴, en su artículo 2°, respecto a las definiciones señala que hay dos clases de usuarios:

“(…)

USUARIO DE SERVICIO PÚBLICO o CONSUMIDOR REGULADO:

a) En el subsector electricidad: Es aquel usuario del servicio público de electricidad, hasta los límites de potencia fijados de conformidad con la Ley de Concesiones Eléctricas, cuyos precios están sujetos a regulación tarifaria por OSINERG.

b) En el subsector hidrocarburos: Los consumidores en materia de distribución de gas natural por red de ductos, así como los usuarios del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos.

USUARIO LIBRE o USUARIO CON PRECIOS NO REGULADOS:

a) En el subsector electricidad: Usuario de electricidad cuya demanda es mayor a los límites de potencia fijados en las normas de electricidad vigentes.

b) En el subsector hidrocarburos: Los usuarios de hidrocarburos, cuyos precios no están sujetos a regulación por OSINERG”. (D.S. N° 054-2001-PCM, 2001)

En esta línea descriptiva, la Directiva de OSINERGMIN establece que los usuarios que gozan de legitimidad para interponer reclamos ante las empresas prestadoras de energía son únicamente las personas naturales o jurídicas (los usuarios, valga la redundancia) que hagan el uso del servicio de electricidad o gas natural por red de ductos brindado por las concesionarias del área geográfica respectiva, a quienes se les denomina usuarios regulados, excluyendo a los usuarios que tengan la condición de clientes libres o consumidores independientes; sin embargo, no se puede afirmar que solamente los usuarios o consumidores regulados son los únicos que ostentan la capacidad procesal para interponer reclamos; a su vez gozan de esta misma capacidad para

⁶³ La definición de este tipo de usuarios se reitera a continuación: Usuarios Libres o Usuarios con Precios No regulados, aquellos que en el subsector electricidad poseen una demanda mayor a los límites de potencia y, en el subsector hidrocarburos, reciben prestaciones de servicios cuyos precios no están regulados.

⁶⁴ Aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

interponer reclamos los terceros con legítimo interés y los titulares del suministro⁶⁵.

Realizada esta acotación, es pertinente señalar que al igual que en el caso de los dos reguladores anteriormente analizados, OSIPTEL y SUNASS, OSINERGMIN cuenta con un órgano exclusivo para la solución de reclamos de usuarios en segunda y última instancia administrativa, la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios – JARU⁶⁶.

Asimismo, es pertinente indicar que la Directiva de OSINERGMIN establece que son supuestos reclamables todo lo relacionado a la obtención del suministro del servicio, su instalación, la facturación, los cobros indebidos, el corte del suministro y la aplicación de tarifas, aportes o contribuciones reembolsables, calidad del servicio prestado además de otras cuestiones vinculadas a los servicios públicos de electricidad y gas natural.

2.4.- OSITRAN

OSITRAN, el más “joven” que los demás organismos mencionados, tiene a su cargo la regulación del sector de infraestructura de transporte de uso público. En cuanto al ámbito de este regulador, de conformidad con el Reglamento General del OSITRAN⁶⁷ se considera usuario a todo aquel que utiliza la infraestructura para el transporte de uso público, la cual, como se describe dicho reglamento es el “*sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal*”⁶⁸; dentro de esta infraestructura se encuentran, en general, las carreteras concesionadas de alcance nacional y regional, ferrovías (tren eléctrico), los puertos y

⁶⁵ Según la Directiva de Reclamos de OSINERGMIN, el tercero con legítimo interés es la persona que no ostenta la calidad de titular del suministro o usuario del servicio público de electricidad o gas natural, sin embargo cuenta con un interés para la obtención de un pronunciamiento por la concesionaria o empresa prestadora de servicio o de la JARU, en razón que considera que su derecho relacionado con la prestación de ese servicio se ve afectado. Por otro lado el titular del suministro es toda persona natural o jurídica que ostente la condición de contratante del suministro del servicio público de electricidad o gas natural con la empresa concesionaria y su nombre es el que se encuentra consignado en los recibos. Finalmente, el usuario es la persona natural o jurídica que usa el servicio público de electricidad o gas natural excluyéndose a quienes tienen la calidad de cliente libre o consumidor independientes (quienes tienen tarifas reguladas por OSINERGMIN).

⁶⁶ El JARU, o Junta de Apelaciones de Reclamos de usuario, según el Reglamento General de OSINERGMIN, es quien tiene la potestad de conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los reclamos realizados por los usuarios de los servicios públicos regulados por OSINERG. **Los miembros de esta junta son designados por el Consejo Directivo de OSINERG”.**

⁶⁷ Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por los Decretos Supremos N° 057-2006-PCM y N° 046-2007-PCM.

los aeropuertos. Respecto de estos usuarios, el referido reglamento en su artículo 1° establece que son de dos tipos de usuarios:

“(…)

z. USUARIO: Es la persona natural o jurídica que utiliza la INFRAESTRUCTURA en calidad de:

1. Usuario intermedio: Prestador de servicios de transporte o vinculados a dicha actividad. Sin que la siguiente enumeración sea taxativa, sino meramente enunciativa, se considera usuario intermedio, a las líneas aéreas, los agentes marítimos, los transportistas de carga o pasajeros, por ferrocarril o carretera o utilizando puertos, y en general cualquier empresa que utiliza la INFRAESTRUCTURA para brindar servicios a terceros. Este tipo de usuarios puede ser un operador secundario.

2. Usuario final: Utiliza de manera final los servicios prestados por una ENTIDAD PRESTADORA o por los usuarios a los que alude el literal precedente, según sea el caso. Sin que la siguiente enumeración sea taxativa, sino simplemente enunciativa, se considera usuario final a los pasajeros de los distintos servicios de transporte que utilicen la INFRAESTRUCTURA en los términos definidos en el presente REGLAMENTO y a los dueños de la carga”. (D.S. N° 044-2006-PCM, 2006)

A diferencia de los otros tres OR, OSITRAN no cuenta con un órgano que tenga como exclusiva misión la de resolver los reclamos de los usuarios en última instancia, pues quien detenta esa función es el Tribunal de Solución de Controversias (TSC), quien a su vez resuelve los conflictos suscitados entre entidades prestadoras⁶⁹.

Tanto en el nuevo Reglamento de Atención de Reclamos de Usuarios y Solución de

⁶⁹ El artículo 60° del Reglamento General del OSITRAN, indica cuales son las funciones del Tribunal de OSITRAN, el cual se encuentra facultado para resolver como última instancia administrativa todas las controversias que surjan por reclamos de usuarios, siendo sus decisiones de cumplimiento obligatorio para las entidades prestadoras, dejando a salvo la potestad a los usuarios de impugnar su decisión a nivel judicial.

El artículo 49° indica los supuestos de controversias entre entidades prestadoras y el artículo 50 establece los objetos materia de reclamo de los usuarios.

Controversias del OSITRAN⁷⁰ (en adelante, el Reglamento de Reclamos del OSITRAN), como en el anterior, se establece que los supuestos de reclamos pueden versar sobre: facturación, calidad, pérdidas provocadas por negligencia de las entidades prestadoras, acceso a la infraestructura, estado de la infraestructura y falta de información de las entidades prestadoras.

La característica de estas materias es que se derivan de la prestación de servicios que brindan las entidades en virtud de la explotación de la infraestructura para el transporte. Como ya se hizo mención en el capítulo anterior, los servicios que se prestan a los usuarios pueden ser regulados o supervisados. En tal sentido, en el artículo 2 del Reglamento de Reclamos vigente de este regulador señala que los reclamos pueden ser tanto por los servicios regulados como los supervisados⁷¹. En este caso, la única condición es que se trate de servicios que se deriven de la explotación de infraestructura para el transporte que sirva para el intercambio modal o la prestación de servicios de transporte.

En esta línea de pensamiento, el TSC del OSITRAN ha resuelto reclamos sobre servicios que, si bien no son regulados, estos se derivan de la explotación de infraestructura para el transporte como por ejemplo el almacenamiento, manipuleo y transferencia en puertos o estacionamiento y embarque vía salas VIP en aeropuertos. No se ha restringido a servicios cuya contraprestación es regulada.

3. COMPARACIÓN DE LOS SERVICIOS OBJETO DE RECLAMOS EN LOS OR

Habiendo hecho el recuento de los servicios que son materia de reclamos de cada OR se puede establecer que OSINERGMIN ha interpretado que sólo pueden ser objeto de reclamo aquellos servicios que se brindan en un mercado de monopolio natural, tales como la distribución de electricidad y gas, es decir, únicamente a los que se les aplica regulación económica desde el

⁷⁰ Aprobado mediante resolución 019-2011-CD-OSITRAN, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" 11 de junio de 2011.

⁷¹ En el artículo 2° del Reglamento de Reclamos del OSITRAN, se precisa que el objeto del reglamento es establecer las normas y procedimientos administrativos para la atención y resolución de reclamos y controversias que tengan como inicio reclamos de usuarios con relación a la prestación de servicios por las entidades prestadoras reguladas por OSITRAN así como de las entidades prestadoras que son supervisadas por OSITRAN.

punto de vista anglosajón.

En este orden de ideas, como la venta de gas e hidrocarburos mediante balones de gas y grifos se desenvuelven en un mercado competitivo. Llama la atención de reclamos de los usuarios de estos servicios han sido excluidos de la competencia del OSINERGMIN, pues de acuerdo con su propia normativa, quien únicamente es competente para supervisarlos y aplicar sanciones a las empresas que se desenvuelven en estos mercados.

OSINERGMIN ha interpretado que cuando la LMOR les otorga competencia para resolver reclamos de los usuarios de los servicios que regula se refiere únicamente a aquellos regulados económicamente, es decir, ha acogido una interpretación literal y restrictiva que desde nuestro punto de vista afecta a los intereses de los usuarios de hidrocarburos y gas, pues algunos, los que tienen el servicio vía redes, pueden recurrir a ante este OR y los que compran en distribuidores en competencia tendrían que ir al INDECOPI.

En el caso de OSIPTEL, si bien resuelve reclamos sobre servicios de telecomunicación en mercados competitivos, como el cable, el internet, han negado su competencia para resolver los reclamos relacionados con los aparatos que sirven como terminales telefónicos, es decir, no tramita reclamos respecto de las fallas de los aparatos telefónicos, debiendo tramitarse, de conformidad con el criterio de este OR, como denuncias ante el INDECOPI.

Contrario a estos reguladores, el OSITRAN⁷² al momento de resolver los reclamos admite y resuelve no sólo los que se derivan de servicios regulados económicamente, sino también de los reclamos de todos aquellos servicios brindados por las entidades prestadoras así como los servicios derivados de la utilización de infraestructura para el transporte. Por ejemplo, a la actualidad ha resuelto reclamos de usuarios sobre servicios en competencia como lo son la transferencia, el almacenaje y la manipulación de contenedores que son prestados por las

⁷² Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado por la Resolución del Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN.

empresas portuarias, específicamente, por ENAPU.

Con relación a SUNASS no se presenta problema alguno, pues sólo tiene bajo su competencia servicios que se brindan en condición de monopolio natural, no existiendo por tanto esa disquisición de los otros OR respecto de si los servicios supervisados, pero no regulados económicamente, pueden ser objeto de reclamo.

4. POSTURA RESPECTO DE LA POSICIÓN QUE DEBE PRIMAR EN LA SOLUCIÓN DE RECLAMOS

Nuestra posición ha quedado establecida en el numeral 2.3 del anterior capítulo. Según esta, para la corrección de fallas en los mercados, sea que se trate de monopolios naturales, asimetrías informativas u otras, el Estado interviene administrativamente ejerciendo su función reguladora, que puede ser económica y/o social, que incluye otras funciones complementarias como son la supervisión, la aplicación de sanciones y la solución de conflictos.

En consecuencia, cuando en la LMOR señala que los OR resuelven los reclamos de usuario de los servicios que regulan, no debe entenderse solamente que refieren a aquellos cuya tarifa es fijada administrativamente sino que, en concordancia con la posición que seguimos, los reclamos pueden versar tanto por los servicios que son objeto de regulación económica y/o social así como por los que son supervisados, fiscalizados y sancionados, pues son funciones complementarias que, *in totum*, forman parte de la función reguladora. Siendo esto así, los servicios respecto de los cuales los OR despliegan sus competencias a través de actos de supervisión y sanción, o disposiciones de protección a los usuarios, también deben considerarse como servicios regulados, pues son acciones que implican el despliegue de la función reguladora sobre éstos.

Por lo tanto, los reclamos de los usuarios ante los OR pueden versar sobre los servicios cuya tarifa es fijada y respecto de aquellos en los cuales estas entidades, en ejercicio de su función reguladora, ejercen acciones de supervisión, fiscalización o protección de usuarios.

Esta posición además de ser coherente con la intervención administrativa del Estado, recogida del Derecho Anglosajón y adecuada a nuestro sistema jurídico administrativo, resulta además menos costosa para el Estado y para los usuarios.

Nos explicamos, los OR ya tienen una infraestructura, recursos logísticos y de personal calificado que conoce sobre los servicios supervisados y derechos de los consumidores. Esta situación genera economías de escala, que se presentan cuando es más barato producir conjuntamente dos o más bienes o servicios que hacerlo separadamente en empresas (o entidades) de producción separada (PÉREZ GÓMEZ & ARBELO ÁLVAREZ , 1993, pág. 68). En nuestro caso, la “producción conjunta” de servicios, como son la supervisión de servicios y la atención de reclamos respecto de éste, al compartir ciertos insumos, logra costos menores que los de dos instituciones especializadas en cada producto (TRIUNFO).

En efecto, es menos costoso que los reclamos de servicios supervisados sean conocidos por el OR que por el INDECOPI, quien para atender la pretensión del usuario deberá tramitar una denuncia, analizar mercados respecto de los cuales no tiene la especialización que poseen los primeros; incluso, en algunos casos, para poder emitir su pronunciamiento, se verá en la necesidad de pedir información al propio regulador pues se trata de servicios a su cargo, consumiendo con ello mayores recursos y tiempo, que se traducen en mayores costos para el Estado. Pero también hay costos para el usuario, pues las denuncias duran más tiempo que los reclamos⁷³; asimismo, la división de competencias en dos instituciones va a significar mayores costos de búsqueda de información para saber a cuál de las instituciones se debe recurrir, es decir, mayores costos de transacción.

En síntesis, la postura, asumida por OSINERGMIN, según la cual los usuarios para la defensa de sus derechos relacionados con servicios supervisados o sobre los cuales se establecen obligaciones o condiciones, pero que no son regulados económicamente por los OR, tengan que

⁷³ El procedimiento de reclamos en los OR en promedio puede llegar a durar entre 65 y 105 días hábiles mientras que en INDECOPI la denuncia en el mejor de los casos dura 180 días hábiles aproximadamente.

recurrir al INDECOPI además de no ser jurídicamente correcta, desde un punto de vista del costo – beneficio, es más gravosa y menos eficiente que la planteada en este trabajo.

Por otro lado, el OSIPTEL se ha abstenido de conocer los reclamos relacionados con los aparatos que sirven como terminales telefónicos, en estricto, sobre los celulares. El TC en la resolución emitida en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, si bien no lo dice expresamente, determinó que OSIPTEL omitió su deber especial de proteger los derechos del usuario cuando se sometió a su competencia un reclamo sobre el servicio y sobre el celular malogrado que la entidad prestadora le dio al usuario. En este caso OSIPTEL sólo se pronunció por el reclamo del servicio, más no respecto del artefacto móvil.

Comentando esta sentencia ESPINOZA considera que el TC confundió como un solo contrato el de adquisición del aparato telefónico y el abono de la prestación del servicio (ESPINOZA ESPINOZA, Derecho de los consumidores, 2006, pág. 314). Para este autor, el primero es competencia del INDECOPI y el segundo de OSIPTEL⁷⁴.

En este supuesto consideramos que si la empresa de telecomunicaciones regulada y supervisada por OSIPTEL realiza un contrato de servicio y a su vez un contrato de venta del equipo telefónico de manera conjunta, este último queda supeditado al primero y forma parte del servicio en su conjunto, puesto que si bien el usuario puede comprar el equipo de cualquier otro proveedor, mayormente, los proveedores de telefonía aprovechan la prestación del servicio de telecomunicaciones como base para realizar la venta de celulares realizando ventas conjuntas a través de ofertas, que obtenerlos por separado (el servicio y el aparato telefónico) resulta más oneroso, no quedando más opción al usuario.

Por lo tanto, la venta del celular se convierte en parte del servicio de telefonía. Así, la imposibilidad de hacer uso del servicio se puede deber a fallas técnicas propias del servicio o del

⁷⁴ *"La omisión que incurrió el TRASU fue de no pronunciarse respecto del pedido de la devolución del dinero por haber adquirido un celular malogrado, aspecto en el cual debió haberse declarado la improcedencia. Creo que debió informarse al consumidor que la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi es el órgano administrativo competente para solucionar los conflictos respecto de la idoneidad del teléfono celular"* (ESPINOZA ESPINOZA, Derecho de los consumidores, 2006, págs. 312-313).

mismo aparato telefónico. Además, coincidimos con SÁNCHEZ DEL SOLAR cuando señala que:

“si bien se puede interpretar lo que el autor expresa, a partir de las normas que refiere, en general, en este caso en particular, por tratarse de dos contratos umbilicalmente vinculados, por tratarse del mismo proveedor en los dos contratos y del mismo consumidor, resulta inaudito que, por vía de interpretación, el indefenso consumidor, aquel a favor del cual deben interpretarse las normas de la LPV, tenga que fracturar su tiempo y sus recursos para separar los contratos y cuestionarlos separadamente e ir ante Indecopi para sentarse ante telefónica y discutir sobre el teléfono, mientras paralelamente, se tenga que volver a sentar frente a Telefónica en el TRASU,, para discutir la resolución del contrato de servicio: doble instancia, doble gasto, doble tiempo, doble problema, sobre un mismo contrato y todo porque una ‘interpretación’ sistemática es posible, a pesar que tal ‘interpretación’ resulta atentar contra los principios administrativos de simplicidad y eficiencia” (SÁNCHEZ DEL SOLAR QUIÑONEZ, 2005).

En virtud de lo dicho, en este caso, también por economías de alcance, es menos costoso que OSIPTEL sea la entidad competente para resolver los conflictos que surjan entre el proveedor del servicio de telecomunicaciones y el usuario respecto del aparato telefónico si es que fue vendido ambos fueron ofertados en “paquete”.

Finalmente debemos decir que, debe observarse en virtud del Principio Pro Consumidor, recogido por el Código del Consumidor y al que hicimos referencia en el capítulo primero, al existir una duda insalvable, sobre el sentido de las normas, deberá interpretarse o integrarse de la forma más favorable para el consumidor y/o usuario.

En este caso a todas luces es la interpretación que planteamos, según la cual los usuarios de SP e infraestructura para el transporte pueden reclamar respecto de servicios regulados económicamente como por aquellos supervisados, considerando a aquellos servicios o bienes involucrados en la prestación del servicio.

En ese sentido, podemos concluir, que debería replantearse la interpretación en OSINERGMIN y OSIPTEL que han acogido interpretaciones restrictivas de la función

reguladora y uniformizar criterios, adoptando el más beneficioso para los usuarios, que es aquél según los reclamos pueden iniciarse no sólo por los servicios regulados económicamente, sino también sobre aquellos que se ejerce supervisión, sanción y protección de usuarios. En nuestro medio el único regulador que ha acogido esta posición es OSITRAN.

En todo caso, debería modificarse la Ley N° 27332 y plasmar esta interpretación normativamente.



CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

1. En los años 90 hubo un cambio en el rol del Estado, pasando de ser intervencionista a cumplir una función subsidiaria en la economía, estableciendo como principio rector el de libre competencia que como contrapartida implica desarrollar una política de protección a los derechos de los usuarios y consumidores.
2. La Constitución Política del Perú y el Código del Consumidor establecen y desarrollan, respectivamente, una tutela diferenciada al consumidor y usuario definiendo como tal a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final los productos o servicios materiales e inmateriales, ya sea beneficio propio o de su grupo o entorno familiar o social, siendo esta actuación totalmente ajena a una actividad empresarial o profesional, o al giro del negocio al que se dedican.
3. Los derechos de los consumidores y usuarios, de acuerdo con la Constitución, así como lo afirmado por el Tribunal Constitucional ostentan el carácter de derechos fundamentales, teniendo los órganos del Estado, especialmente al INDECOPI y a los Organismos Reguladores, un deber especial en su protección.
4. Desde el punto de vista anglosajón, la intervención estatal se presenta en primer lugar, por medio de la regulación económica, que interviene fijando tarifas o brindando acceso cuando se presenta problemas de monopolio natural; y, segundo, mediante la regulación social, frente a fallas como la asimetría de información y externalidades y que implica entre otros brindar autorizaciones, establecer, estándares de conducta, provisión de información y aplicar sanciones.
5. Vista desde el Derecho Administrativo, la función reguladora abarca a la regulación económica, la regulación social y se ambas han sido adaptadas a las instituciones jurídicas de este campo, manifestándose en un cúmulo de funciones específicas como son

la regulación (en sentido estricto), supervisión, sanción, solución de los reclamos y protección de los usuarios.

6. En los mercados de SP e infraestructura para el transporte, se presentan fallas de mercado como el monopolio natural, asimetrías de información, externalidades, que justifican la intervención del Estado ejerciendo su función reguladora.
7. Para ejercer la función reguladora en Perú se crearon los OR, que son OSINERGMIN, OSIPTEL, SUNASS, OSITRAN. Dentro de sus funciones, de acuerdo con la Ley N° 27332, los OR tienen la obligación de resolver los reclamos hechos por los usuarios de los servicios que cada uno regulan.
8. OSINERGMIN ha interpretado que tienen competencia para resolver reclamos de los servicios que regulan económicamente. Mas aún, resuelve únicamente los reclamos relacionados con los servicios de distribución de electricidad y gas natural. Los servicios como la venta de hidrocarburos o gas licuado de petróleo no son objeto de reclamos a pesar que sobre estos tiene competencia para ejercer su función fiscalizadora y sancionadora
9. OSIPTEL, si bien resuelve reclamos sobre servicios de telecomunicación en mercados competitivos, como el cable, el internet, han negado su competencia para resolver los reclamos relacionados con los aparatos que sirven como terminales telefónicos, es decir, no tramita reclamos respecto de las fallas de los aparatos telefónicos, por lo que estos deben tramitarse como denuncias ante el INDECOPI.
10. OSITRAN al momento de resolver los reclamos admite y resuelve no sólo los que se derivan de servicios regulados, también sobre todos aquellos servicios que hayan sido brindados por las entidades prestadoras siempre que sean servicios derivados de la explotación de Infraestructura de Transporte de Uso Público.

11. Para la corrección de fallas en los mercados, sea que se trate de monopolios naturales, asimetrías informativas u otras, el Estado interviene administrativamente ejerciendo su función reguladora, que puede ser regulación económica y/o social, que incluye otras funciones complementarias como son la supervisión, la aplicación de sanciones y la solución de conflictos.
12. En ese sentido, la interpretación correcta de la función de reclamos establecida en la Ley N° 27332 es aquella según la cual los Organismos Reguladores son competentes para conocer los reclamos de los usuarios de las empresas prestadoras de servicios que regulan, entendidos como aquellas donde pueden intervenir, no solamente fijando tarifas, sino también aquellos que supervisa, sanciona o en los que ejerce protección de los usuarios.
13. Además, en el caso de OSIPTEL, si bien resuelve reclamos de servicios que supervisa, este debería incluir la venta de los aparatos telefónicos, pues son facilidades que permiten utilizar el servicio y que son vendidos por el propia empresa prestadora, por lo que el celular se convierte en parte del servicio de telefonía.
14. Las interpretaciones asumidas por OSINERGMIN y OSIPTEL, por economías de alcance, resultan ser más costosas, tanto para el Estado como para el usuario.
15. Debería uniformizarse la normativa de los OR tomando la interpretación de la función reguladora considerada como un cúmulo de funciones específicas o en su defecto debería modificarse la Ley N° 27332 acogiendo esta posición normativamente.

Bibliografía

- BANCO MUNDIAL. (1997). *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997 - Resumen: El Estado en un mundo en transformación*. Washington DC.
- BECKER, G. (2002). La naturaleza de la competencia. *Themis – Revista de Derecho*(44), 56.
- BERNANKE, B., & FRANK, R. (2007). *Principios de Economía*. México: Mc Graw Hill.
- BONIFAZ, J. L. (2001). *Distribución Eléctrica en el Perú. Regulación y Eficiencia*. Lima: Universidad del Pacífico.
- BREYER, S. (2006). Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma. *THEMIS*, 10.
- BULLARD GONZÁLES, A. (2003). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- CASSAGNE, J. C. (2010). Una crítica al establecimiento de tribunales administrativos en los organismos reguladores. En *Derecho Administrativo* (Vol. II). Lima: Palestra.
- CASTAÑEDA MUÑOZ, J. E. (s.f.). *Historia breve de la evolución de la protección de los consumidores en la CEE*. Recuperado el 5 de junio de 2010, de <http://revistas.ucm.es/emp/11316985/articulos/CESE9292110195A.PDF>
- COASE, R. (s.f.). “*El problema del costo social*”. Recuperado el 28 de FEBRERO de 2011, de <http://www.ucema.edu.ar/u/je03/coase-costo.pdf>
- COASE, R. (OCTUBRE de 1960). *El problema del costo social*. Recuperado el 15 de MAYO de 2010, de <http://www.ucema.edu.ar/u/je03/coase-costo.pdf>
- Constitución Política del Perú. (1993). Perú.
- DANÓS ORDÓÑEZ, J. (2004). Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. *Derecho Administrativo*.
- DE LA CRUZ FERRER, J. (2002). *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- Decreto Legislativo 1045. (2008). *Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor*. Perú.

- Decreto Legislativo N° 1033. (2008). *Ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*. Perú.
- Decreto Legislativo N° 295. (24 de Julio de 1984). *Código Civil Peruano*. Perú.
- Decreto Supremo N° 013-93-TCC. (28 de Abril de 1993). *Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones*. Perú.
- DURAND CARRIÓN, J. (1995). *Tutela jurídica del consumidor y de la competencia*. Lima: San Marcos.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2006). *Derecho de los consumidores*. Lima: RODHAS.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (Año XIV). “¡Oh!... y ahora ¿quién nos podrá defender del Tribunal Constitucional?”. “*Ius et veritas*”(29), 310-311.
- ESTACHE, A., & DE RUS, G. (2003). *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte: Una guía para reguladores*. Colombia: Alfaomega.
- ESTACHE, A., & DE RUS, G. (2003). Regulación de servicios e infraestructuras de transporte: Conceptos básicos. En *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte: Una guía para reguladores*. Banco Mundial – ALFAOMEGA.
- FARINA, J. M. (1995). *Defensa del consumidor y usuario: comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94*. Buenos Aires: Astrea.
- GHERSI, C. A. (2005). *Contratos de consumo*. Buenos Aires: Astrea.
- GUITIAN, M., & MUNS, J. (1999). *Colección Estudios e Informes: La cultura de la estabilidad y el consenso de Washington*. Barcelona: Colección de Estudios Económicos, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona.
- HUAPAYA TAPIA, R. (2011). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. En *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación* (págs. 611-637). Lima: ARA.
- INDECOPI. (2004). *Informe N° 034-2004-INDECOPI/ST-CLC*.
- INSTITUTO PERUANO DE ECONOMIA. (2009). *El Reto de la Infraestructura al 2018: La Brecha de Inversión en Infraestructura en el Perú 2008*.

- KRESALJA, B., & OCHOA, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* (4ta. ed.). Madrid: Dykinson.
- Ley N° 26917. (20 de Enero de 1998). *Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo*. Perú.
- Ley N° 26734 . (27 de Diciembre de 1996). *Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía*. Perú.
- Ley N° 27332. (29 de Julio de 2000). *Ley Marco de los Organismos Reguladores de la inversión privada en los Servicios Públicos*. Perú.
- Ley N° 27444. (21 de Marzo de 2001). *Ley del Procedimiento Administrativo General*. Perú.
- Ley N° 29571. (14 de Agosto de 2010). *Código de protección y defensa del consumidor*. Perú.
- LUCCHETTI RODRÍGUEZ, A. B. (2005). El Tribunal Constitucional y la protección de los consumidores y usuarios. *Foro Jurídico*(4), 28.
- MAJONE, G., & La Spina, A. (1993). El Estado regulador. *Gestión y Política Pública, Centro de Investigación y Docencia Económica, II*(2), 198.
- MANKIWI, G. (s.f.). *Principios de Economía*. Madrid: Thomson.
- OGUS, A. (2007). Estructuras e instituciones regulatorias. *Revista de Derecho*(54), 279.
- ORTIZ TORRES , A. D., & QUINTERO LEE, J. (2008). *Derecho del consumidor en el marco del tratado de libre comercio con estados unidos de América*. Recuperado el 19 de junio de 2010 , de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/644/1/80765859.pdf>
- OVALLE FAVELA, J. (2000). *Derechos del consumidor*. (I. d. Jurídicas, Ed.) Recuperado el 15 de junio de 2010, de <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/56/tc.pdf>
- OVALLE, F. J. (1999). *Derechos del Consumidor*. Recuperado el 1 de junio de 2009, de http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_sp.pdf
- PÉREZ BUSTAMANTE, L. (2004). *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: Astrea.

- PÉREZ GÓMEZ, P., & ARBELO ÁLVAREZ, A. (1993). Producción multiproducto y economías de escala. En *Anales de Estudios económicos y empresariales*. Universidad de Valladolid.
- PRADA ALONSO, J. (1998). *Protección del consumidor y responsabilidad civil*. Madrid: Marcial Pons.
- QUINTANA, E., & CARRASCO, M. (2010). Regulación en tiempos de escasez: Asignación de gas para la generación de energía eléctrica. *Revista de Derecho Administrativo*(8).
- RAMÍREZ PÉREZ, A. (2002). Consumerismo y movimiento de los consumidores. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*(99).
- RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 043-2004-CD-OSITRAN. (23 de Setiembre de 2004). *REGLAMENTO GENERAL DE TARIFAS*. Perú.
- Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI. (2001). *Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial*. Perú.
- ROCA, S., & CÉSPEDES, E. (s.f.). *Ley, políticas y prácticas de la protección al consumidor en el Perú*. (U. ESAN, Ed.) Recuperado el 15 de mayo de 2010, de http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_competencia/Investigaciones/La_Proteccion_del_Consumidor_en_el_Peru_Trabajo_de_Investigacion_intercambio.pdf
- SAMUELSON, P., & NORDHAUS, W. (1990). *Economía*. Madrid: McGraw Hill.
- SÁNCHEZ DEL SOLAR QUIÑONEZ, M. Á. (2005). La ley de protección al consumidor y la función del estándar del consumidor razonable en la solución de los conflictos de consumo. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 28-29.
- SERRA, P. (s.f.). *Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos*. Recuperado el 5 de MAYO de 2011, de http://www.webmanager.cl/prontus_cea/cea_2001/site/asocfile/ASOCFILE120030327172641.pdf
- SOLANES, M. (s.f.). *Servicios Públicos y Regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado*. Santiago de Chile: CEPAL.
- STIGLITZ, J. E. (s.f.). *La economía del sector público*. Barcelona: Bosch.

- TASSANO VELACHOAGA, H. (2009). Los organismos reguladores de servicios públicos. Diseño regulatorio. Teoría y práctica. *Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Energía*(4), 8.
- TASSANO VELAUCHAGA, H. (2007). Los Tribunales Administrativos en el marco de la regulación económica de los servicios públicos. En *Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra.
- TASSANO VELAUCHAGA, H. (2010). Tribunal Especial Económico para servicios públicos. *Revista de Economía y Derecho*, 7(25), 160.
- TRIUNFO, P. (s.f.). *Economías de escala y de alcance de las instituciones de asistencia médica colectiva en Uruguay*. Recuperado el 5 de JUNIO de 2011, de <http://www.fcs.edu.uy/archivos/Doc1201.pdf>
- URRUNAGA, R., & BONIFAZ, J. (2006). *Regulación de Concesiones de Servicios Públicos*. Lima: Centro de Investigación Económica y Social - Universidad del Pacífico.
- VALENCIA AGUDELO, G. D. (2004). “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador. El caso del servicio público de electricidad en Colombia”. *Ecós de Economía*, 9.
- VILLALBA CUÉLLAR, J. C. (s.f.). *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*. Recuperado el 5 de setiembre de 2011, de http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/18-LANOCIONDECONSUMIDOR_000.pdf
- VISCUSI, W. K., VERNON, J. M., & HARRINGTON, J. (1998). *Economics of Regulation and Antitrust*. Massachusetts: The MIT Press.
- ZEGARRA, D. (2005). *Servicio Público y Regulación: Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú*. Lima: Palestra.