

Los usuarios de servicios públicos como fin último de la regulación

Verónica Zambrano Copello(*) (**)

La regulación de los servicios públicos debe tener como finalidad que cada vez más personas alcancen el acceso a ellos con niveles apropiados de calidad y eficiencia. Esta, entre otras, es la premisa de la cual parte la autora para entender al usuario como el fin último de la regulación.

En el presente trabajo se analiza el régimen actual en el que se encuentran los usuarios frente a la prestación de servicios públicos, con la finalidad de evaluar la garantía y el equilibrio de su posición en el mercado.

1. ASPECTOS GENERALES

Los cambios generados a partir de la crisis del Estado de Bienestar y del fenómeno privatizador obligan a analizar el nuevo estatuto en el que se encuentran los usuarios frente a la prestación de servicios indispensables para garantizar su supervivencia y calidad de vida.

Como explica Álvarez Rodrich, entre 1964 y 1994 las relaciones y la división de los roles entre los sectores público y privado, y entre el Estado y el mercado, sufrieron profundas transformaciones en el Perú¹; el Estado pasa de empresario a regulador de la mayoría de servicios que otrora brindaba, al optar por un proceso de privatización².

Quienes antes demandaban al Estado el cumplimiento de mínimas obligaciones para la satisfacción de necesidades elementales como agua, luz, transporte o comunicaciones, hoy se encuentran convertidos en clientes de empresas privadas, muchas veces extranjeras, con quienes deben contratar y por tanto exigir la prestación del servicio cumpliendo requisitos mínimos de calidad.

El objeto de la presente investigación es el estudio de los servicios públicos desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable a los usuarios. Esta perspectiva no ha sido comúnmente abordada por la doctrina administrativista, que principalmente ha destinado sus esfuerzos tanto en delimitar el concepto de servicio público como al análisis de las modalidades de gestión del mismo.

En el régimen de prestación de servicios públicos, los usuarios entablan con los concesionarios del servicio relaciones contractuales de obligación de derecho privado, formalmente idénticas a las que se establecen entre las empresas que actúan en el libre mercado y sus clientes. No obstante, si los usuarios de los servicios públicos fueran considerados simples contratantes de derecho privado, desaparecería toda particularidad de la figura frente al consumidor o usuario genérico, y por ello también toda necesidad de analizarla autónomamente desde la perspectiva del Derecho Administrativo.

La realidad es, sin embargo, que las relaciones jurídico-públicas predominan sin discusión en el vasto campo de los servicios sociales y asistenciales, y que la situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos, aun cuando se presten en régimen de Derecho Privado, se ve definida y condicionada por ciertos elementos de relevancia constitucional que no se encuentran en los servicios privados comunes y que se reflejan en el desarrollo de específicas técnicas administrativas de tutela.

La naturaleza jurídico-pública de la institución del servicio público y su finalidad garantista da lugar a un conjunto de características comunes en la posición de los usuarios de todos los servicios públicos, cualquiera que sea la calificación aplicable al régimen de prestación.

Es frente a esta posición que este trabajo busca responder la siguiente pregunta: ¿Cuál debe ser el rol

(*) Profesora de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad de Lima y Asesora Legal del OSIPTEL.

(**) Lo expuesto en el presente artículo es de exclusiva responsabilidad del autor y no involucra de forma alguna la opinión de la institución en la cual labora.

1 ÁLVAREZ RODRICH, Augusto. «Del Estado empresario al Estado regulador», COTLER, Julio (editor). IEP, Perú 1964-1994, 1995, p. 69.

2 TORERO, Máximo. «Impacto de la privatización sobre el desempeño de las empresas en el Perú», GRADE, Documento de Trabajo, N° 41, Lima, 2002.

que deben jugar los Organismos Reguladores frente a los usuarios de servicios públicos?

Para contestar la interrogante planteada, se busca elaborar un modelo de conducta sobre la base de principios rectores que deben seguir los Organismos Reguladores en su actuación frente al tema de usuarios. Una vez definidos estos criterios, se buscará determinar a través del análisis de la normativa vigente y de la casuística existente en materia de reclamos de usuarios, si los Organismos Reguladores en el Perú siguen esta conducta o si se alejan de ella por razones de su propia normativa o por motivos diversos.

Al respecto, se advierte que no existe un criterio idéntico entre los organismos reguladores nacionales al abordar el tema de los usuarios, pues conforme a sus respectivos reglamentos generales se fijan posiciones distintas, algunos con más o menos matices que otros, respecto de lo que consideran debe ser su función frente a los usuarios de su sector. Por ejemplo, todos los organismos reguladores contemplan para la toma de sus decisiones la consideración sobre el interés de los usuarios, a pesar de que no definen el contenido de este concepto. Adicionalmente, OSIPTEL y SUNASS consideran como objetivos específicos la protección de los intereses de los usuarios, en cambio OSITRAN y OSINERGMIN solo se refieren a la obligación de publicar la normativa de importancia para proteger el interés de los usuarios, pero no consideran el tema como objetivo específico. Ello sumado a que entre las funciones de estos organismos, de cara a los usuarios solo existe la función de solución de reclamos. Esta distinta forma de abordar el tema, ocasiona que en la práctica tampoco exista un comportamiento homogéneo y predefinido en relación con lo que debe ser la actuación de cada uno de estos organismos respecto de los usuarios.

De otra parte, la Defensoría del Pueblo considera que debe existir defensa de los organismos reguladores respecto de los usuarios, frente a la posición del Tribunal Constitucional que considera que los usuarios de servicios públicos no solo deben ser protegidos, sino incluso defendidos por los organismos reguladores.

Frente a esta imprecisión se requiere necesariamente que las funciones de los organismos reguladores se encuentren claramente delimitadas, no solo y principalmente para establecer mecanismos coherentes para efectos de atender los intereses de los usuarios, sino

también para no caer en excesos respecto de su actuación que podría implicar una sobre-regulación con todas las desventajas y costos que ella significa para la captación de inversión privada.

El presente trabajo plantea enfatizar en la figura del usuario como fin último de la prestación del servicio público, más allá del interés legítimo en promover la inversión extranjera, de la construcción de grandes infraestructuras, o de un mercado en competencia, debe entenderse que éstos son solo medios para lograr que el servicio público sea brindado al usuario final con eficacia y eficiencia a efectos de mejorar su calidad de vida.

En nuestra opinión no podía ser de otro modo, en vista de que es el propio Estado el responsable de la prestación de este tipo de servicios. A pesar de que a efectos de mejorar la prestación del mismo lo entrega al sector privado, sigue siendo el Estado el directo responsable de la prestación y por tanto quien debe supervisar para efectos que el servicio sea brindado con la calidad requerida y a tarifas razonables. Es en este sentido que consideramos que la regulación que el Estado establece debe tener como fin último la satisfacción de los intereses de los usuarios. Ello no significa que el Estado deba acceder a cualquier pedido de los usuarios y regular irracionalmente aspectos que pudieran ir en contra de la economía de las empresas, pues aquello que afecte negativamente a las empresas que brindan el servicio, a largo plazo tendrá también un efecto negativo en los usuarios. Se trata simplemente de reconocer en los usuarios la parte débil³ de la relación contractual y como tales reconocer aquellos derechos que, de no haberse encontrado en una posición de debilidad, hubieren podido pactar a su favor.

2. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

2.1. ¿Qué son los servicios públicos?

Para responder la pregunta de este acápite, pregunta por demás repetitiva en gran parte de la bibliografía sobre la materia, debemos señalar que a pesar de que la mayoría de autores señalan que no existe un concepto unívoco que lo defina, nos vemos en la necesidad de arribar a un contenido concreto que nos permita identificar con claridad sus características y a partir de ellas establecer las necesidades normativas que se generan.

Como bien señala Kresalja⁴, no existe una uniforme y pacífica definición de servicio público, como lo

3 DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. «Las Cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor», En: Themis - Revista de Derecho, N° 31, Lima, Segunda Época, pp. 15-22. El autor sostiene que la protección que necesita el consumidor o usuario es respecto de los derechos inherentes a su calidad de tal, que están adecuadamente expuestos en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716 sostiene que el consumidor es la parte débil de la relación contractual.

4 KRESALJA R, Baldo. «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos», En: Themis - Revista de Derecho, No. 39, Lima, 1999, pp. 39-98.

comprueba una simple revisión bibliográfica, pues no hay una tesis compartida en la doctrina sino más bien disenso, a pesar de ser un concepto ampliamente utilizado tanto a nivel constitucional como legislativo. Sin duda alguna el concepto de servicio público ha constituido siempre uno de los temas que el derecho administrativo no ha logrado delimitar y es precisamente por esto que en el desarrollo doctrinario se han originado sobre éste, múltiples teorías, pasando de la idea fundamental de la Escuela del Servicio Público, que identificaba al servicio público con el derecho público, hasta la concepción moderna de considerarlo como institución general de este ordenamiento, sin llegar a construcciones jurídicas muy elaboradas, dada la vaguedad del concepto.

Lo primero que debemos tener en cuenta, es que tal como explica Desdentado, el Derecho Administrativo tal y como lo conocemos en la actualidad, esto es, con los principios políticos que hoy constituyen su base, surge sin duda alguna a raíz de la configuración del Estado de Derecho⁵.

Señala Lazarte que cualquiera que intente profundizar en el estudio del servicio público tendrá que remontarse necesariamente a sus orígenes y tendrá que recurrir a autores franceses del siglo XX como Duguit, Jéze y Bonnard, quienes fueron los primeros en proporcionar al derecho una definición del concepto de servicio público en un sentido técnico⁶.

Inicialmente un servicio público era generalmente concebido como cualquier actividad de interés público conducida bajo la responsabilidad de una persona natural y sujeta a la ley administrativa y cortes administrativas. A través del tiempo, sin embargo, la noción de servicio público fue ampliada para que pudiera incluir actividades industriales o comerciales comprendidas en el interés general del público; pero similar a la actividad económica privada y considerando que la actividad también involucra la búsqueda de utilidades.

La noción de servicio público estuvo determinada en su nacimiento, por la consideración imperante sobre el Estado, en un preciso momento histórico. Como explica Ariño, la idea de servicio público inicialmente fue un concepto socio-político, algo así como la transposición liberal del servicio del Rey, que surge justamente desde una determinada concepción de dualismo Estado-Sociedad, producto de la Revolución Francesa⁷. En este período surge la Escuela de Servicio Público, según la cual es servicio público toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegura-

do y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y es de tal naturaleza, que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gubernamental.

Sin embargo, a futuro, esta posición será contradicha por la aparición de una tendencia a descentralizar los servicios públicos de la esfera gubernamental. La transformación del Estado Gendarme en un Estado Interventor, obedece a la aparición de nuevas necesidades, producto de la Revolución Industrial y obliga a la aparición de nuevos servicios para mejorar la vida comunitaria. De esta forma, aumenta el Estado su campo de acción, por lo que encontrándose en la incapacidad de asumir por sí solo la prestación de todos los servicios, opta por trasladar parte de su gestión a manos de particulares.

De esta forma pierde fuerza la identificación del servicio público con el derecho público, abriendo paso a la tesis moderna que considera que aquél es una organización de elementos y actividades encaminados a satisfacer una necesidad pública.

En resumen, la primera noción de servicio público que subrayaba el concepto de una actividad ejercida por un órgano público, fue abandonada por una noción funcional del servicio público en la cual es la actividad la que determina el carácter público del servicio.

En tal sentido, modernamente no puede predecirse si un servicio llegará o no a ser considerado como un servicio público, ello dependerá de cómo varíen las circunstancias. La idea esencial que debe servir de punto de partida, es que solamente corresponde al poder público determinar cuáles actividades piensa considerar como servicio público.

El campo de servicio público, es entonces esencialmente contingente. Según las épocas, el Estado podrá juzgar oportuno constituir en servicio público una necesidad que más tarde podría dejar nuevamente a la iniciativa privada. En este sentido señala Kresalja que la estimación de lo que en cada momento puede ser una necesidad pública no corresponde al Derecho sino a una decisión política, que a su vez se encuentra condicionada por el contexto socio-económico de cada época⁸. Ello porque los servicios públicos son entendidos como aquellos que se requieren continuamente para satisfacer una necesidad imprescindible de una generalidad de sujetos⁹.

5 DESDENTADO, Eva. «La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes». Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 13.

6 LAZARTE MOLINA, Jorge. «El concepto de servicio público en el Derecho peruano». En *Ius et Veritas - Revista de Derecho*, N° 26, Lima, Junio 2003, p. 68.

7 ARIÑO, Gaspar. «Principios de Derecho Público Económico». Ara Editores, Lima, 2004, p. 552.

8 KRESALJA R, Baldo. «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos». En: *Themis - Revista de Derecho*, No. 39, Lima, 1999, p. 41.

Es importante anotar que el desarrollo del mundo moderno ha determinado la expansión de actividades que se han transformado en servicio público. Por esta causa, la administración se ha visto obligada a ceder a los particulares la explotación de ciertos servicios e igualmente a permitir su participación en la gestión de los mismos.

2.2. Gestión de los servicios públicos

Sobre los modos de gestión de los servicios públicos, la doctrina ha elaborado múltiples clasificaciones, las cuales no serán analizadas por considerar que excede el objeto del presente artículo. De ellas hemos extraído ideas básicas que serán el fundamento de la clasificación que a continuación presentamos:

a. Gestión directa por la administración

Obedece a la concepción clásica sobre la prestación de los servicios públicos, en el sentido de que es a la propia administración a quien le corresponde atender las necesidades de carácter general que la colectividad exige. Es esta la razón que impone a la administración que sea ella misma, como organización, quien gestione tales servicios. La gestión directa presupone la existencia y disponibilidad de recursos tanto técnicos como financieros para su ejecución. Solo cuando se carece de ellos o son insuficientes, es que nacen los otros sistemas de gestión.

b. Gestión indirecta del servicio público

Consiste en la prestación del servicio público por parte de los particulares. Es preciso aclarar que si estos desarrollan la actividad con primacía de su interés, no podría considerársele como un servicio público, en virtud del interés general que ha de estar presente.

En cambio, si concurren el interés privado con el interés colectivo y el Estado interviene en esa actividad, garantizando la continuidad y uniformidad, estaremos frente a un servicio público prestado por particulares. Dentro de esta forma de gestión se ubica la posibilidad de otorgar concesiones, la forma más importante de entrega de explotación de los servicios públicos al sector privado.

Al respecto se ha señalado que «la implantación de un nuevo modelo de gestión de los servicios públicos por redes implica una redefinición de los roles del Estado y de la iniciativa privada en el proceso de prestación de los mismos»¹⁰.

En el Perú, el Decreto Legislativo N° 758 ha sido de mucha utilidad al definir el ámbito de los servicios públicos en el cual serán otorgadas concesiones con el fin de promover la inversión privada. El artículo 2° de la citada norma señala que el concepto de servicios públicos comprende entre otros el transporte público, saneamiento, telecomunicaciones, alumbrado público, así como servicios de educación, salud y recreación, para los efectos de dicha norma.

De este modo, se definen claramente los servicios públicos, que serán objeto de una gestión indirecta por parte del Estado, pudiendo otorgarse concesiones para la ejecución y explotación de las obras, mediante procedimientos de licitación pública.

2.3. Privatización de la prestación de los servicios públicos

Hasta la década de 1980 no era materia de discusión el hecho de que la prestación de servicios públicos y la construcción de infraestructura para la prestación de los mismos, se encontrase en manos del Estado. La razón es que desde cierta perspectiva comúnmente aceptada en aquel entonces se entendía que no era necesaria, ni recomendable la intervención de la actividad privada en sectores como transporte, telecomunicaciones, electricidad y saneamiento; en la medida que se trataba de grandes inversiones de fuerte impacto social, donde no necesariamente se garantizaban un retorno de la inversión en corto plazo. De otra parte, estaba la idea de los escenarios monopólicos que podían presentarse.

Es en esta época, como explican Benavente y Loredo, cuando únicamente existían las empresas monopólicas estatales, no se consideró necesario establecer marcos regulatorios para su normal desempeño, ya que se asumía que éstas siempre actuaban orientadas por el bien común.¹¹

Dentro de este contexto, explican Roselló y Ronceros, el Estado se torna en un Estado Empresario, un actor en todos los sectores de la economía que financiaba la mejora de la infraestructura a través de sus fuentes tradicionales de financiamiento: recaudación tributaria y empréstitos públicos¹².

El desarrollo de una infraestructura adecuada para la prestación de servicios públicos con un nivel aceptable de eficiencia, resulta ser de inmediata prioridad para muchos gobiernos. La inversión de bienes de

9 QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. «Están desapareciendo los servicios públicos.» En: Derecho & Sociedad - Revista de Derecho, No. 12, Lima, 1997, p. 203.

10 Comentario de María Elena Corrales citada en: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. «Servicios Públicos: privatización regulación y protección al usuario», CAJ, Lima, 1998, p. 101.

11 BENAVENTE, Juan Carlos y LOREDO, Álvaro. «Monopolios Naturales y Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios», En Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Asesorandina S.R. LTDA., N° 57, Lima, Año XIX, 2004, p. 259.

12 ROSELLÓ, Rafael y RONCEROS, Miguel Ángel. «El financiamiento de las concesiones: Problemas y Retos», En Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Asesorandina S.R.LTDA. N° 57, Lima, Año XIX, 2004, p. 19.

«Se trata de reconocer en los usuarios la parte débil de la relación contractual y como tales reconocer aquellos derechos que, de no haberse encontrado en una posición de debilidad, hubieren podido pactar a su favor»

capital requerida para hacer frente a la demanda de infraestructura es tan costosa que el Estado encuentra cada vez más dificultades para la ejecución de estas grandes obras, considerando además que en muchos casos no están destinadas a reportar al Estado un nivel de ingreso capaz de recuperar en un corto tiempo la inversión realizada.

La solución puesta en práctica por muchos gobiernos ha sido la de incluir la activa participación del sector privado en proyectos de infraestructura, esto sucedió también en el Perú al iniciarse la década de 1990¹³.

Los proyectos de infraestructura llevados a cabo por la inversión privada, por su propia naturaleza y propósito, muestran características singulares con relación a otros proyectos del sector privado. Debido a sus ventajas resultan de interés para muchos grupos económicos y también para el Estado, dada la naturaleza esencial de los servicios que pueden brindarse.

Una de las características más significativas que estos proyectos presentan es su estructura financiera, dado que requieren de grandes sumas de dinero y que generalmente suelen ser de larga elaboración, así los flujos de fondos netos positivos se acumulan solo cuando el proyecto va bien en la fase de operación. Es por ello que debido a esta incertidumbre inicial y al fuerte monto que representan los egresos de fondos, los inversionistas expresan extrema precaución al invertir en tales proyectos. Por lo tanto, para atraer la inversión privada, la estructura del proyecto deberá considerar todos los aspectos vinculados al riesgo y restitución a los accionistas y prestamistas.

Un aspecto que merece la pena resaltarse es el referido a la propiedad de los bienes que conforman el proyecto. En este tipo de proyectos de infraestructura —en áreas tales como suministro de agua, carreteras, entre otras— debido a las características que se presentan requieren que, a fin de facilitar la inversión, los bienes utilizados en el proyecto pertenezcan al concesionario. Solo después de cierto tiempo, la propiedad de los mismos deberá regresar a las autoridades locales.

Esto, además añade otro tipo de análisis sobre como hacer la evaluación final de los activos, delineando los términos de la transferencia, o qué modalidad usar para la devolución de estos bienes. Puesto que se trata de bienes que salieron de la propiedad del concedente, también salieron de su posesión y de su administración, por lo que será necesario elaborar una suerte de inventario al momento en que la propiedad de los bienes retorne a la administración pública.

Durante los últimos años se han venido desarrollado algunas estructuras novedosas para el financiamiento y operación de este tipo de proyectos, ayudando a que el sector privado invierta en proyectos de infraestructura. Algunos de los tipos más conocidos son: BOT (Construir, operar, y transferir), BOOT (Construir, ser de propiedad, operar y transferir) BOLT (Construir, ser de propiedad, arrendar y transferir), BOO (Construir, ser de propiedad y operar).

A través de una serie de estudios realizados se ha establecido que la estructura del proyecto depende de:

- a. El grado de naturaleza pública del servicio a ser suministrado,
- b. La inseguridad que rodea al desarrollo del proyecto y su implementación, y
- c. El grado de competencia que es alcanzable en el sector.

Otros aspectos tales como el tamaño del proyecto, las condiciones políticas, económicas y legales del país, antecedentes de los promotores y ejecutores, y el régimen de regulación predominante, son aspectos sustanciales que también pueden influir en el esquema.

La figura clásica de promover y financiar proyectos de infraestructura son las concesiones que le otorga al Gobierno la facultad de transferir al sector privado las funciones de construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura necesaria para la prestación de los servicios públicos. Mediante las características específicas del contrato de concesión

13 ABUSADA, Roberto, DU BOIS, Fritz, MORÓN, Eduardo y VALDERRAMA, José. «La reforma incompleta», Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, Instituto Peruano de Economía, Lima, 2000.

los Gobiernos han logrado los objetivos de participación de la inversión privada en la prestación de servicios públicos. Bajo este esquema, en distintas modalidades, la iniciativa privada ha venido participando cada vez más en el sector eléctrico, aeropuertos, instalaciones portuarias, carreteras de peaje, plantas de tratamiento, sistemas de abastecimiento de agua, entre otros.

En el Perú existe una profusa legislación en materia de inversiones, lo que refleja a su vez, la voluntad política de promover el crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía. Para ello, a partir de 1990 se han venido dictando una serie de disposiciones¹⁴ con el fin de brindar seguridad jurídica a los inversionistas, consolidando para ello una serie de reformas estructurales.

El 29 de agosto de 1991 fue promulgada la Ley de Fomento a la Inversión Extranjera, Decreto Legislativo N° 662, publicado el 9 de setiembre de 1991. Esta ley tiene gran importancia debido a que otorga igual tratamiento a los capitales nacionales y extranjeros y crea una serie de mecanismos a fin de garantizar la inversión foránea.

El 29 de agosto fue promulgada la Ley Marco para la Inversión Privada, Decreto Legislativo N° 757, publicado el 13 de noviembre de 1991, dentro de la política de fomento a los capitales privados en general.

Las obras públicas de infraestructura no han sido una excepción a este principio, por lo que se ha buscado promover la inversión privada en el campo de la infraestructura de servicios públicos con la expedición del Decreto Legislativo N° 758, publicado el 13 de noviembre de 1991.

El 20 de octubre de 1996, es publicado el Decreto Legislativo N° 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, que modifica en parte la norma anteriormente mencionada. El Decreto Legislativo N° 839 indica en su parte considerativa que se sustenta en la ausencia de un Plan Maestro de Concesiones que identifique la infraestructura actualmente existente en el Estado, así como otros proyectos que pueden ser otorgados en concesión al sector privado.

Los Decretos legislativos N° 758 y N° 839 son importantes porque reconocen a la concesión como el mecanismo idóneo para permitir la inversión privada en obras de infraestructura de servicios públicos.

2.4. La concesión de servicios públicos

Como señala la doctrina, la concesión constituye la forma de gestión indirecta más característica y con un desarrollo histórico, positivo y jurisprudencial más extenso¹⁵. En la concesión se tiende a invertir a un particular de unas funciones que por competencia son propias de la Administración¹⁶.

El propósito del contrato de concesión es regular una actividad que es considerada frecuentemente, como un asunto que pertenece al sector público. El concepto de servicio público es la clave a la concesión. Esto porque la concesión supone una transferencia de algunos de los atributos o poderes del sector público al sector privado por un plazo definido de tiempo, regulado por el contrato de la concesión.

La concesión consiste en un acto de la administración pública por el cual, ésta encomienda a un tercero la organización y funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones. En este contrato, asume el tercero la prestación del servicio a su propia voz y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios, o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa.

Algunos sostienen que la concesión es la atribución de poder que la administración confiere a un particular para que rija durante cierto tiempo la gestión de un servicio, atribución que puede ir precedida de la ejecución por parte de aquél, de una obra pública. Así, puede entenderse que la concesión de servicio público es un convenio hecho entre una colectividad pública y un particular (individuo o sociedad) en virtud del cual, este último llamado concesionario, se compromete a hacer funcionar el servicio por su cuenta y riesgo, a una remuneración recibida de los usuarios.

La doctrina señala que para la configuración de la concesión, además del acuerdo de voluntades, de la retribución y del factor temporal debe estar presente la facultad de la administración para vigilar la ejecución del contrato. La manifestación de esta facultad se concreta en una serie de prerrogativas con las que cuenta la entidad pública para controlar la prestación del servicio, en orden a que sea gestionado dentro de las reglamentaciones que para ese efecto expida. Así, se da cumplimiento a la máxima en virtud de la cual el interés público debe ser la guía de la actividad administrativa.

14 MARTÍN TIRADO, Richard. «Aplicación de la nueva ley general de expropiaciones al régimen de concesiones sobre obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.» En: Themis - Revista de Derecho, No. 39, Lima, 1999, p. 133-155.

15 SÁNCHEZ, Isaac. «Teoría y Práctica de las concesiones de servicios locales», Bayer Hnos., Barcelona, 1992, p. 29.

16 Idem

Las posiciones han ido evolucionando hacia esta idea, inicialmente fue estimada como sustancial, en la concesión, la ejecución de la obra junto con la cual la explotación por el concesionario era un accidente, un modo de remunerar la carga por él asumida. Pero más tarde comienzan los autores y la jurisprudencia en ciertos países a fijarse no tanto en la ejecución de la obra como en la gestión del servicio, llegándose a pensar que la concesión de obras públicas era una operación completa, cuyo elemento más importante no era ya la construcción de la obra sino más bien su explotación por el concesionario, explotación que se traduce en la gestión de un servicio público eficiente.

3. FUNCIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES FRENTE A LOS USUARIOS

3.1. Regulación y los usuarios

La regulación ha venido siendo un tema muy tratado en el ámbito de la economía, al punto de que muchos autores consideran la palabra regulación como un concepto estrictamente económico que alude a los esquemas de regulación tarifaria¹⁷ que se limita a controlar beneficios, establecer precios y determinar quién puede participar en el mercado o utilizar un recurso natural¹⁸. Del mismo modo se considera que los precios deben ser fijados de tal manera que la inversión de reposición, mejoramiento y ampliación de los equipos no sea desincentivada¹⁹.

Sin embargo, esta perspectiva olvida que la regulación no se limita exclusivamente a la imposición de determinado esquema tarifario, sino que pasa por un conjunto de reglas que logren el objetivo final de satisfacción al usuario con acceso a servicios públicos de calidad aceptable y con carácter de continuidad. Es por ello que, como explican Bitran y Saavedra, la definición del rol empresarial y regulador del Estado es un tema de especial relevancia en la discusión programática de los diferentes sectores políticos²⁰.

Un sector de la doctrina señala que «la regulación en tanto problemática significa reconocer que el ajuste

recíproco de las decisiones de los agentes económicos a lo largo del tiempo no puede reducirse al ajuste realizado por el mercado, como postula el modelo neoclásico y liberal, ni tampoco puede resolverse por la sola intervención de un Estado **manipulador de variables**»²¹.

La mayoría de autores consideran que la principal tarea de un regulador es controlar los precios; sin embargo, esta definición resulta incompleta si no se aclara que su tarea consiste en controlar los precios y la calidad de los servicios para garantizar que las empresas que tienen algún poder de monopolio no cobren precios excesivos o reduzcan la calidad que reciben los usuarios²². Dentro de las condiciones para el desarrollo se señala que el Estado debe intervenir cuando situaciones particulares necesiten de una directiva práctica que no se pueda realizar mediante reglamentaciones o cuando fallas insostenibles de mercado creen obstáculos de desarrollo²³.

En tal sentido resultan interesantes comentarios como los de Ariño, quien señala que la llamada «**regulación económica**», que afecta a los sectores intervenidos, se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad y afecta las condiciones económicas en la que la actividad se desarrolla, es decir al **quantum** de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y al negocio mismo en que la actividad consiste²⁴. No obstante, este mismo autor reconoce que esta forma de regulación está puesta en cuestión, no en cuanto a su existencia, sino en cuanto al sentido y fines que con ella se buscan²⁵.

Ariño²⁶ justifica la regulación para la competencia en: a) la opción positiva a favor de determinadas prestaciones para todos, que induce a regular sus modalidades de provisión y b) la opción negativa de supresión de cuellos de botella e insuficiencias del mercado, que lleva a corregir regulatoriamente los abusos que de ellas podrían derivarse. De este último aspecto se ocupa reiteradamente la doctrina cuando señala que «estos casos crean la oportunidad para que una intervención estatal se oriente a corregir la falla del mercado, si bien es conveniente

17 Nos referimos a los esquemas clásicos de: i) regulación por tasa de retorno, ii) regulación por *price cap* y iii) regulación por *benchmarking*.

18 JOSKOW, Paul. «Regulación económica. Desregulación y reforma regulatoria durante la década de los ochenta», PUCP, CICEPA, Lima, 1999, p. 1.

19 OSCÁTEGUI, José. «Informe sobre competencia y regulación en los servicios públicos de telecomunicaciones», PUCP, Departamento de Economía, Lima, 2001, p. 3.

20 BITRAN, Eduardo. «Algunas reflexiones en torno al rol regulador y empresarial del Estado», CIEPLAN, Santiago de Chile, 2001, p. 251.

21 NEFFA, Julio César. «Modos de regulación, regímenes de acumulación y su crisis en Argentina (una contribución a su estudio desde la teoría de la regulación)», Asociación de Trabajo y Sociedad, Buenos Aires, EUDEBA-PIETTECONICET, 1998, p. 25.

22 ESTACHE, Antonio y DE RUS, Ginés. «Privatización y regulación de infraestructuras de transportes. Una Guía para los reguladores», Instituto del Banco Mundial, México DF, 2003, p. 6.

23 NALLAR, Daniel. «El Estado regulador y el Nuevo Mercado de Servicio Público: Análisis Jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios», Desalma, Buenos Aires, 1999, p. 17.

24 ARIÑO, Gaspar. «Principios de Derecho Público Económico», Ara Editores, Lima, 2004, p.617.

25 Idem.

26 ARIÑO, Gaspar, Ob.cit., p. 668.

advertirse que la mera intervención del sector público no necesariamente solucionará el problema que la originó, lo cual dependerá de la calidad de la intervención»²⁷.

En atención a las dos justificaciones antes indicadas, señala Ariño que se trazan los siguientes objetivos: a) Facilitar la entrada y salida del sector, posibilitando la inversión y la desinversión en él de capitales privados; b) Facilitar la conformación autónoma de la propia oferta comercial por las empresas del sector, posibilitando la libre formación de precios, si para ello es necesario regular el uso de algunos medios, debe hacerse; c) Facilitar la innovación y la asunción de riesgos, posibilitando la apropiación de los beneficios que de ellos pueda obtenerse. Donde no haya posibilidad de elección para los usuarios, la regulación debe actuar y también debe hacerlo para que las prestaciones declaradas esenciales lleguen a los posibles destinatarios.

No debe perderse de vista que «la provisión de estos servicios responde a necesidades básicas y fundamentales de las personas, por lo que la satisfacción adecuada de estas necesidades tiene un impacto decisivo en el bienestar y en el desarrollo del país, toda vez que afecta la salud y la comunicación de las personas, la formación del capital humano y el funcionamiento de todo el aparato productivo»²⁸.

En una lógica similar, encontramos la teoría tripartita que señala que los marcos regulatorios deben cumplir las siguientes funciones²⁹:

- a. El estímulo de la competencia (relación entre empresas concesionarias): se señala que por sí misma la privatización no tiene efectos significativos sobre la existencia de mercados competitivos, por tanto la competencia tiene que ver más con la cautela acerca de las integraciones verticales u horizontales, las participaciones accionarias, los directorios en empresas relacionadas, entre otros.
- b. La protección de los usuarios (relación entre los usuarios y las empresas concesionarias): ello apunta a las tarifas, las posibilidades de expansión y cobertura, la calidad de los servicios, la participación de organizaciones ciudadanas en las instituciones fiscalizadoras.

- c. La defensa de la legislación vigente y de los intereses del sector público (Relación entre el Estado y las empresas concesionarias): el rol fiscalizador del Estado se expresa instituciones supervisoras, con recursos suficientes y profesionales competentes.

Aparece entonces la figura del usuario, como uno de los objetivos de la regulación, con toda la problemática que puede presentarse en torno a su condición, a diferencia de otras teorías en donde la regulación se encuentra exclusivamente centrada en aspectos tarifarios.

Como explica Pérez Hualde³⁰, bajo la denominación de «usuario» se encuentran los administrados cuyas necesidades son satisfechas por el servicio público ejercido por el concesionario, son partícipes de la relación jurídica que se presenta entre el concesionario y el Estado. El autor considera que esta calidad de usuario liga al administrado con la administración, ya que la doctrina considera que se es usuario solo frente a la Administración pública titular de la competencia para la prestación del servicio u obra de utilidad común de que se trate.

Al respecto señala Santistevan, refiriéndose al momento en que los servicios públicos, tradicionalmente en manos del Estado, pasaron a ser prestados por empresas privadas: «Pero al admitirse la privatización de los proveedores de tales servicios y ponerse en práctica un sistema de desregulación, tampoco era concebible que todo ello estuviera regido por normas de derecho público, el derecho administrativo tradicional, pues ya no se estaba ante entidades estatales, ni ante administrados, sino usuarios. Por ello, siendo insuficientes las normas de derecho privado y público vigentes a efectos de tutelar el interés de los usuarios de dichos servicios públicos, hubo necesidad de diseñar un nuevo sistema legislativo»³¹.

En el Perú, durante la década de 1990 la economía peruana experimentó un importante proceso de crecimiento económico que se sustentó principalmente en la inversión privada realizada a lo largo de dicho periodo³². La privatización no consiste únicamente en la transferencia de la propiedad de los activos del Estado hacia la actividad privada, sino que adecuadamente entendida y como se ha comprobado en el Perú, constituye un potente mecanismo para aumentar la eficiencia y competitividad³³.

27 ÁLVAREZ RODRICH, Augusto. «Del Estado empresario al Estado regulador», COTLER, Julio (editor). IEP, Perú 1964-1994, 1995, p. 81.

28 TÁVARA MARTÍN, José, OSCÁTEGUI ARTETA, José y AGUILAR ANDÍA, Giovanna. «La regulación de los servicios domiciliarios en el Perú», Lima: [s.n.], 1997.p.2.

29 BENAVENTE, Juan Carlos y LOREDO, Álvaro. Ob.cit., p.260.

30 PÉREZ HUALDE, Alejandro. «El concesionario de servicios públicos privatización: la responsabilidad del Estado por su accionar», Desalma, Buenos Aires, 1997, p.17.

31 SANTISTEVAN, Jorge. «Servicios Públicos, Regulación y Constitución», En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 57, Asesorandina S.R.LTDA, Lima, Año XIX, 2004, p.42.

32 APOYO. «¿Por qué seguir privatizando? La privatización y la inversión privada en el Perú», Apoyo Comunicaciones S.A., Lima, 1999, p.3.

33 Idem

En tal sentido, conforme sostiene Santistevan y lo indico expresamente en otro párrafo, los entes reguladores deben cumplir con su función de velar por el interés del usuario³⁴.

Al respecto, desde nuestra perspectiva y conforme a lo recogido hasta aquí por la doctrina, la figura del usuario no puede ser indiferente para el regulador, consideramos que sobre ello no debería haber mayor discusión. La pregunta es cuál es el grado de importancia frente a otros objetivos que el regulador puede tener como ser el lograr un mercado en competencia o crear los incentivos para captar mayor inversión.

En nuestra opinión, los intereses del usuario deben ser prioritarios para el regulador, no obstante ello no implica dejar de lado los otros objetivos que ya se han mencionado, por el contrario, estos últimos deben ser considerados como objetivos de mediano plazo necesarios para lograr el bienestar del usuario.

3.2. La Ley Marco de Organismos Reguladores

Como se ha indicado en el acápite anterior, determinadas actividades esenciales que tradicionalmente correspondieron al Estado, fueron en la segunda mitad del siglo XX abriendo progresivamente paso a la actividad privada. Es dentro de la lógica que se explica la necesidad de crear entes reguladores, los mismos que responden principalmente al proceso de transformación del rol del Estado en la economía y que como señala Danós «determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras de infraestructura.»³⁵

Los organismos reguladores, surgen en diferentes sectores con una suerte de espontaneidad referida a la evolución propia de cada una de las actividades reguladas, con notables diferencias entre sí³⁶. Ello lleva a la expedición de la denominada Ley Marco de Organismos Reguladores de Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332, a la que nos referiremos como Ley Marco, la misma que busca establecer una normativa homogénea aplicable a los organismos reguladores existentes.

La Ley Marco señala ser de aplicación a los siguientes organismos que denomina como «**Organismos Reguladores**»:

- a) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL);
- b) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN);
- c) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN);
- d) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).

La Ley Marco define a los organismos reguladores como organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. En este sentido, la norma pone especial énfasis a la autonomía que debe existir en este tipo de organismos, en la medida en que éste es un aspecto elemental, conjuntamente con la transparencia en su gestión, a efectos de promover la inversión privada, con reglas de juego claras que permitan al inversionista un retorno razonable sobre sus inversiones.

Se habla mucho de las autonomías institucionales de los organismos reguladores³⁷. El motivo para diseñar instituciones autónomas, como señalan algunos autores, es «contribuir a la previsibilidad y estabilidad de las decisiones públicas, en el campo específico de los organismos reguladores, la autonomía se visualiza como instrumento que otorga previsibilidad al ajuste contractual empresa-estado en presencia de inversiones hundidas, como forma de incrementar inversiones y el desarrollo del sector (además de incrementar el valor de los activos transferidos en una privatización.»³⁸

En lo que respecta a sus funciones, la Ley Marco señala que corresponden a los organismos reguladores las funciones: (i) supervisora, (ii) reguladora, (iii) normativa, (iv) fiscalizadora y sancionadora, (v) de solución de controversias, y (vi) de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

La Ley Marco solo se refiere a la función de los organismos reguladores respecto de los usuarios, cuando señala que la función normativa se da en el ámbito de las obligaciones y derechos de las empresas supervisadas, y de sus usuarios y luego cuando se re-

34 SANTISTEVAN, Jorge. Ob.cit., p.57.

35 DANÓS, Jorge. «Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú. Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y reclamos de usuarios», En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 57, Asesorandina S.R. LTDA., Lima, Año XIX, 2004, p. 60.

36 Ley N° 26284, Decretos Supremos N°s. 024-94-PRES y 009-2000-EF, Decreto Supremo N° 024-98-PCM, Decreto Supremo N° 062-94-PCM y Decreto Supremo N° 05-97-EM.

37 QUINTANILLA ACOSTA, Edwin. «Autonomía institucional de los organismos reguladores: revisión de literatura», Escuela de Administración de Negocios para Graduados, Lima, 2004.

38 URBIZTONDO, Santiago, ARTANA, Daniel y NAVAJAS, Fernando. «La autonomía de los entes reguladores argentinos: aguas y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones», BID, Argentina. Washington, D.C., 1998, p. 3.

fiere a la función de solución de reclamos de usuarios. Sin embargo, la Ley Marco si bien entra a describir en qué consisten, no le imprime ninguna orientación respecto del objetivo que la normativa o la solución de reclamos debe cumplir con relación en los usuarios de servicios públicos.

A efectos de elaborar una adecuada política respecto de los usuarios, los organismos reguladores deberían orientar su función normativa a dicho fin, esta función reviste singular importancia, en esta línea se ha afirmado que, «No se puede entender el desarrollo de la función normativa de los organismos reguladores si no se ubica dicho ejercicio en el ámbito de los procesos de post-privatización y la necesidad de afirmar un nuevo rol que debe cumplir el Estado en materia de prestación de servicios públicos».³⁹

En esta misma perspectiva, la función supervisora reviste especial importancia, a efectos de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas operadoras en la prestación de servicios públicos a sus usuarios. La importancia de contar con una función supervisora orientada para tal fin es elemental. La posibilidad de reorientar esta función con diversos fines, lo demuestra históricamente el caso de los Estados Unidos, donde la regulación de precios de las empresas de servicios eléctricos ha estado vinculada a la supervisión, por parte de una comisión estatal reguladora de las tarifas de las empresas, vía establecimiento de una tasa de retorno sobre el capital invertido⁴⁰.

No obstante, la existencia de estas funciones que deben orientarse a asegurar la adecuada prestación de servicios a los usuarios, la Ley Marco, tal como ya hemos indicado, no contempla principios o lineamientos respecto de lo que debe ser la orientación de sus funciones dentro de un marco de protección de los derechos de los usuarios.

3.3. Posición del Tribunal Constitucional sobre el rol de los organismos reguladores frente al usuario

Con relación al rol que debe jugar la regulación frente a los usuarios se advierte que existen algunas posiciones ya adoptadas en torno a la protección que el Estado debe brindar al usuario, como se demuestra de las diversas resoluciones emanadas por el Tribunal Constitucional.

En el Expediente N° 018-2003-AI/TC se establece la posición del Tribunal Constitucional en torno a la actuación subsidiaria del Estado en la economía entendiendo que este principio puede concebirse en dos

sentidos: vertical y horizontal. La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor –que puede ser una organización nacional o central– y un ordenamiento menor –que pueden ser las organizaciones locales o regionales–, según la cual el primero de ellos solo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social. En cambio, indica el Tribunal Constitucional, la subsidiariedad horizontal está referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.

Es a través de ambos sentidos que el principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, que a decir del Tribunal, «desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo».

Llegados a este punto en el razonamiento del Tribunal, no debe llamar la atención que esta instancia considere que «así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.»

Más aun, el Tribunal Constitucional considera que «el consumidor –o usuario– es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios».

El Tribunal Constitucional, se ocupa en esta misma sentencia del artículo 65° de la Constitución Política del Perú, señalando que la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios en este artículo tiene un derrotero jurídico binario, por un lado un principio rector para la actuación del Estado y de otro la consagración de un derecho subjetivo. En lo primero, se señala que el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto de cualquier actividad económica, en este sentido, el

39 MARTÍN TIRADO, Richard. «Análisis de la «función normativa» de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos: la dicotomía del rol del estado en la actividad económica: subsidiariedad y solidaridad.», En: *Ius et Veritas* - Revista de Derecho, No. 24, Lima, Jun. 2002, Año 12, p. 93-112.

40 JOSKOW, Paul. «Regulación por incentivos para la empresa de servicios eléctricos», PUCP, CICEPA, Lima, 1999, p. 1.

juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, señala el Tribunal que la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

A pesar de que en opinión nuestra, la redacción del artículo 65° de la Constitución no es la más feliz, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, conforme a esta norma, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas: i) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles, y ii) Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.

De lo indicado hasta aquí, se advierte que el Tribunal Constitucional considera que en el mencionado artículo 65° de la Constitución existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, pero que éstos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. En tal sentido, señalan que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen *un numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. Sustentan esta posición en el artículo 3° de la Constitución, que prevé la individualización de «nuevos» derechos, en función de la aplicación de la teoría de los «derechos innovados», allí expuesta y sustentada.

Esta interpretación sirve de sustento para considerar por qué el Estado no solo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido en la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N° 716) a otros de naturaleza análoga para los fines del artículo 65° de la Constitución.

En lo que respecta a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, el Tribunal Constitucional identifica a éstos, como organismos a los que les compete una función específica: la responsabilidad de supervisar las actividades efectuadas al amparo del Decreto Legislativo N° 674, es decir, aquellos casos en los que existan privatizaciones o concesiones por parte del Estado a favor de

empresas privadas (art. 4° de la Ley N° 27332). Se trata, pues, según este ente, de una supervisión de las actividades «post- privatización».

Si bien por un lado el Tribunal señala que el papel de los organismos reguladores puede resumirse en: «la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión», de otra parte señala que el Estado tiene el deber de «intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado».

En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que los organismos reguladores cumplen una especial función que radica principalmente en «el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica» sea mediante acciones *ex ante* –regulaciones previas–, o *ex post* –sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano.

El Tribunal Constitucional considera que los organismos reguladores deben hacer del usuario un partícipe de su funcionalidad, brindándole una atención personalizada y capacitándolo en el ejercicio de los derechos que le son inherentes, en su calidad de pilar de la economía.

Dentro de esta lógica, el Tribunal Constitucional ya había considerado en la sentencia expedida en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, que los organismos reguladores no estaban defendiendo apropiadamente los derechos de los usuarios y consumidores, exhortando al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, a efectos de que asuman las medidas necesarias para que organismos como OSIPTEL asuman un efectivo control de las actividades que puedan ser atentatorias de la libre competencia en el mercado y que repercutan negativamente en la satisfacción de las necesidades de los usuarios. En tal sentido, el Tribunal Constitucional recomendó la adopción de las medidas legales y administrativas necesarias, a fin de que los organismos reguladores actúen adecuadamente en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

«El Estado no debe favorecer a ningún agente en especial, sino corregir las deficiencias del mercado, por lo que en principio no existiría razón alguna para que el Estado oriente su rol regulador a la protección del consumidor»

3.4. Posición de la Defensoría del Pueblo sobre el rol de los organismos reguladores respecto de los usuarios.

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo N° 26520, se refiere en su artículo 30° a la facultad del Defensor del Pueblo para supervisar la prestación de servicios públicos por particulares. Precisamente se señala en los artículos 1° y 9° inciso 1 la facultad del Defensor del Pueblo de iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al cumplimiento de su mandato constitucional, señalándose expresamente que al tratarse de servicios públicos podrá además instar a las autoridades administrativas competentes a que ejerciten su potestad de inspección y sanción.

No obstante, la Defensoría del Pueblo ha comprendido que en cumplimiento de su deber de intermediar a fin de lograr soluciones globales para problemas individuales, no puede duplicar el trabajo que realizan los organismos reguladores, por lo que se ha limitado a elaborar estudios y recomendaciones.

Una de sus primeras investigaciones es la iniciada con la Resolución Defensorial N° 003/97/DP, en donde dispuso la realización de una investigación sobre los procedimientos de reclamación que las empresas prestadoras de los servicios públicos de teléfonos, agua y electricidad y los respectivos órganos reguladores brindan a sus usuarios en el área de Lima Metropolitana.

Fruto de estos estudios se emitió la Resolución Defensorial N° 051-97-DP que resulta interesante por cuanto la Defensoría del Pueblo fija algunas posiciones en torno a lo que concibe debe ser el rol del Estado y concretamente la función de los organismos reguladores respecto de la prestación de servicios públicos.

La Defensoría del Pueblo reconoce en esta resolución que el papel del Estado ha cambiado, y que en este nuevo rol, frente a la prestación de los servicios públicos, el Estado ha pasado de ser el propietario de las empresas a cumplir un triple papel como:

- a) promotor de la inversión privada que garantice eficiencia en el servicio y acceso a la cantidad de ciudadanos;
- b) regulador de las condiciones de prestación del servicio incluyendo su calidad y precio; y,
- c) fiscalizador del interés público y garante de los derechos de los consumidores y usuarios.

La Defensoría considera además en el segundo considerando de la resolución indicada: «Asimismo, se han instituido a los entes reguladores encargados de la supervisión de la prestación de servicios públicos y de la defensa de los derechos de los usuarios.» De otra parte señala respecto del párrafo tercero de los considerandos de la Resolución Defensorial N° 051-97-DP: «Los entes reguladores representan el interés del Estado en la promoción de la inversión privada, en la regulación de la competencia y en la protección de los consumidores o usuarios».

En el artículo 9° de la parte resolutive de la mencionada resolución se señala que se recomienda a OSIP-TEL, entre otros aspectos que: «coordine con las empresas y apoye a las organizaciones de defensa de los consumidores y otras organizaciones de la sociedad civil que se interesan en estos temas, definiendo las formas de representación de la ciudadanía más adecuadas para los procesos de aprobación, revisión o verificación tarifaria...»

Resulta interesante apreciar que, de manera similar al Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo no solo utiliza el término protección para referirse a la función que corresponde a los organismos reguladores frente a los usuarios, sino que además, utiliza el término «defensa», lo cual no deja de llamar la atención, tratándose de un término que puede ser concebido como contrario a la imparcialidad que debe primar en los organismos reguladores frente a los actores del mercado, es decir, Estado, empresas y usuarios.

3.5. Obligaciones de los organismos reguladores frente a los usuarios conforme a sus reglamentos generales.

3.5.1. Protección de los intereses de los usuarios

Las políticas de promoción de la competencia y protección a los usuarios resultan complementarias en la medida que un marco económico competitivo permite beneficios para el consumidor tanto en lo que respecta al acceso al servicio, como a la mejora en la calidad y disminución de precios.

El Estado no debe favorecer a ningún agente en especial, sino corregir las deficiencias del mercado, por lo que en principio no existiría razón alguna para que el Estado oriente su rol regulador a la protección del consumidor. Sin embargo, cuando los consumidores enfrentan altos costos de transacción, puede resultar necesario que el Estado intervenga definiendo políticas para su protección.

Esto sucede en economías de escala, en donde la existencia de monopolios naturales que no favorecen la competencia, justifica la intervención del Estado a fin de corregir situaciones que el mercado corregiría a un alto costo. Igualmente surge la necesidad de intervención del Estado, en estructuras de mercado en casos en que exista una empresa dominante.

El Estado puede contrarrestar estas prácticas a través de diversas reglas dictadas dentro de su rol regulador. En lo que respecta a los usuarios, existen una serie de razones que sustentan la necesidad de que el Estado defina políticas de protección, principalmente porque la ausencia de competencia en el mercado no otorga los suficientes incentivos para mejorar la calidad de sus servicios. Ante esta ausencia, los organismos reguladores no pueden mantenerse indiferentes sino establecer reglas de protección que permitan establecer estándares mínimos en la prestación del servicio, a efectos de permitir el acceso al mismo, con tarifas razonables y un servicio de calidad adecuado. Más aun, considerando que el carácter de consumo masivo de estos servicios dificulta la capacidad de organización y negociación de los usuarios con las empresas proveedoras.

En lo que respecta a SUNASS, el artículo 14° del Reglamento General de SUNASS aprobado por Decreto Supremo N° 017-2001-PCM considera que dentro del marco del objetivo general, son objetivos específicos de SUNASS el proteger los derechos e intereses del usuario. El Reglamento de SUNASS utiliza la palabra **proteger**, lo que implica una actividad a favor de los usuarios que garantice sus derechos frente al Estado y a las entidades prestadoras del servicio. La SUNASS tiene por objetivo general normar, regular, supervisar y fiscalizar dentro del ámbito de su competencia, la prestación de los servicios, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y del usuario. Así también el artículo 15° señala entre los objetivos específicos del organismo regulador el proteger los derechos e intereses del usuario.

Por su parte, el artículo 18° del Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM señala que esta institución tiene por objetivo general, regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre

sí, y las de éstas con los usuarios; garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, el artículo 19° señala entre sus objetivos específicos el establecer políticas adecuadas de protección para los usuarios y velar por el acceso a los servicios con tarifas razonables.

El artículo 17° del Reglamento General de OSITRAN aprobado por Decreto Supremo N° 010-2001-PCM señala que este organismo tiene por objetivo general regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y del usuario. Así también, el artículo 18° señala entre sus objetivos específicos el de cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios de la infraestructura.

Finalmente, el artículo 19° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM señala dentro del marco de su objetivo general, el de velar porque los usuarios tengan acceso a los servicios de electricidad, transporte y distribución de gas natural, en las mejores condiciones de calidad y oportunidad, cuidando que las tarifas de los usuarios de servicio público sean fijadas de acuerdo con los criterios establecidos en la normatividad sobre la materia.

3.5.2. Obligación de informar a los usuarios

Sobre este objetivo se advierte que el principal reto es superar el problema de la asimetría informativa existente en las relaciones, tanto, entre el operador como en los usuarios originada en los altos costos de transacción para los usuarios debido a que éstos no disponen de información completa, en la medida que existe un nivel de especialización que no se encuentra a su alcance.

No obstante, a pesar de los esfuerzos de algunos organismos reguladores, el problema de la asimetría lamentablemente muchas veces empieza en el propio organismo regulador que suele utilizar expresiones en la elaboración de sus normas o reglamentos que resultan incomprensibles para los usuarios del sector, incluso, cuando se trata de aspectos de interés general como lo es la aprobación de tarifas.

Como ejemplo de los esfuerzos de los reguladores por superar la asimetría informativa puede citarse la Directiva para la formulación del Reglamento de Prestación de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento, Resolución de Superintendencia N° 019-96-PRES-VMI-SUNASS, que señala.

«13.2.7. Es obligación de las EPS brindar información oportuna y veraz del estado de cuenta corriente al usuario que lo solicite».

Otro ejemplo lo constituyen las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución N° 116-2003-CD-OSIPTTEL, que en su artículo 6° señalan:

«Artículo 6°.- Información básica a ser proporcionada por la empresa operadora. Toda persona tiene derecho a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios».

La norma agrega además que la empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre una serie de aspectos esenciales de la contratación.

3.5.3. *Función normativa orientada hacia los intereses de los usuarios*

Los organismos reguladores tienen como fin lograr que cada vez más personas accedan a los servicios públicos, con niveles apropiados de calidad y eficiencia, dentro de un esquema de libre y leal competencia entre empresas operadoras, por lo que su función normativa debe encontrarse orientada a estos objetivos. En ese sentido, sus funciones principales son evitar prácticas que restrinjan la libre y leal competencia, y proteger a usuarios y empresas del sector ante cualquier otra práctica que los afecte.

El artículo 19° del Reglamento General de la SUNASS señala que la función normativa permite al organismo regulador dictar de manera exclusiva, dentro de su ámbito de competencia, reglamentos, directivas y normas de carácter general aplicables a intereses, obligaciones o derechos de las empresas operadoras o actividades bajo su ámbito o, de sus usuarios.

El artículo 23° del Reglamento General del OSIPTTEL señala que la función normativa le permite dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de éstas con los usuarios.

El artículo 22° del Reglamento General del OSITRAN señala que compete a este organismo dictar de manera exclusiva, dentro de su ámbito de competencia,

reglamentos autónomos y normas de carácter general aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones de las entidades prestadoras y los usuarios. También se señala que comprende la facultad de dictar mandatos, u otras disposiciones de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

El artículo 18° del Reglamento General de OSINERGMIN señala que le compete a este organismo dictar de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todas las entidades y usuarios que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos y normas podrán definir los derechos y obligaciones de las entidades y de éstas con los usuarios.

3.5.4. *Contenido de la función reguladora*

El artículo 24° del Reglamento General de la SUNASS señala que corresponde a esta institución determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito, lo que implica establecer un mecanismo que permita regular el mercado en este aspecto. No se hace mención en este extremo sobre si esta regulación debe o no estar orientada a proteger los intereses de los usuarios.

Por su parte, el artículo 32° del Reglamento General del OSIPTTEL señala que las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones son establecidas libremente por cada empresa operadora, de acuerdo con las condiciones de oferta y demanda en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido se aclara que el OSIPTTEL podrá fijar diferentes modalidades de tarifas tope para determinados servicios públicos de telecomunicaciones, prestados por empresas operadoras. Agrega que el OSIPTTEL puede desregular las tarifas si verifica condiciones de competencia efectiva entre las empresas operadoras, que garanticen una tarifa razonable en beneficio del usuario.

El artículo 27° del Reglamento General del OSITRAN define la función reguladora como aquella que permite determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito, así como los principios y sistemas tarifarios que resultaren aplicables, al igual que en el caso de la SUNASS no se menciona el interés de los usuarios.

El artículo 26° del Reglamento General del OSINERGMIN señala que en virtud de su función reguladora OSINERGMIN tiene la facultad de fijar tarifas del servicio público de electricidad así como del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos. No se hace mención al interés de los usuarios en el ejercicio de esta función.

3.5.5. Contenido de la función supervisora

El artículo 39° del Reglamento General del OSIPTEL señala que es su función supervisar, entre otros, los niveles de calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo las relaciones de las empresas operadoras con los usuarios y el cumplimiento de las obligaciones de expansión del servicio. Este es el único organismo regulador que hace alusión a los usuarios al definir el alcance de su función supervisora.

El artículo 32° del Reglamento General de SUNASS señala que la función supervisora permite a esta institución verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas prestadoras. Asimismo, dicha función permite verificar el cumplimiento de cualquier disposición, mandato o resolución emitida por la propia SUNASS o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad o actividad supervisada.

El Reglamento General del OSITRAN permite verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSITRAN o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad o actividad supervisada.

Finalmente, el artículo 31° del Reglamento General del OSINERGMIN señala que la función supervisora permite a este organismo verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquéllas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las entidades y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSINERGMIN o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada.

3.5.6. Contenido de la función de solución de reclamos

La función de solución de reclamos se encuentra directamente referida a los usuarios, a la atención de sus intereses, en todos los organismos reguladores.

El artículo 41° del Reglamento General de la SUNASS, señala que la función de solución de controversias y reclamos autoriza a los órganos de la SUNASS a resolver en la vía administrativa los conflictos, las controversias y reclamos que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre empresas prestadoras y, entre éstas y el usuario. Se agrega que quedan

excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). El reglamento señala que en el caso de reclamos de usuarios es competente en primera instancia la empresa prestadora y en segunda y última instancia, el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de Servicios de Saneamiento - TRASS.

Por su parte, el artículo 58° del Reglamento General del OSIPTEL señala que tiene competencia exclusiva para conocer y resolver los reclamos presentados por usuarios contra empresas operadoras, en segunda instancia. El artículo 59° señala que OSIPTEL resolverá los reclamos a que se refiere el artículo anterior a través del TRASU, de conformidad con las normas contenidas en la Directiva de Atención de Reclamos de Usuarios que emita OSIPTEL y demás normas complementarias.

El artículo 47° del Reglamento General del OSITRAN señala cuáles son las controversias entre entidades prestadoras y usuarios que están sujetas a la Función de Solución de Controversias del OSITRAN, entre las que se cuentan las relacionadas con la facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura.

Finalmente, el artículo 48° del Reglamento General del OSINERGMIN se refiere a los órganos competentes para ejercer la función de solución de reclamos, señalando que la función de solución de reclamos de usuarios de servicios públicos bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN señalando que la función 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.

4. CONCLUSIONES

Los organismos reguladores tienen como fin lograr que cada vez más personas accedan a los servicios públicos, con niveles apropiados de calidad y eficiencia, por lo que el usuario debe ser entendido como el fin último de toda regulación. No podría ser de otro modo, puesto que como ya se ha analizado el origen de la entrega de la gestión de estos servicios por el Estado a particulares, es el permitir que el servicio se continúe prestando con continuidad y eficiencia a la población.

Los organismos reguladores deben tener presente en sus políticas regulatorias que la competencia no es un fin en sí misma, sino que vale en tanto garantice a los usuarios la prestación adecuada del servicio público de telecomunicaciones, en tal sentido los organismos reguladores deben incorporar normas de protección a los usuarios, con el fin de equilibrar su posición en el mercado.

En este sentido, los organismos deben garantizar mínimos derechos a los usuarios, entre los que deben encontrarse necesariamente los siguientes:

- Derecho a recibir un servicio continuo. La obligación principal de las empresas es la prestación continua de un servicio de buena calidad, es decir, se deben prestar sin interrupciones, ni cortes injustificados.
- Derecho a recibir un servicio eficiente. El servicio se debe prestar respetando mínimos niveles de calidad. La eficiencia en el servicio al usuario se logra permitiendo la competencia entre empresas y supervisando el cumplimiento de las obligaciones.
- Derecho a la conformación de asociaciones o consejos de usuarios que tengan abierta participación el sector de servicios públicos. Los organismos reguladores deben no solo considerar sino promover la existencia de este tipo de organizaciones civiles, que permiten la participación de los usuarios.
- Derecho a que se le cobre una tarifa proporcional al consumo y que ella refleje los costos económicos que implica la prestación del servicio.
- Derecho a que se midan los consumos con los instrumentos adecuados y verificar el estado en que ellos se encuentran.
- Derecho a presentar quejas, reclamos y recursos ante empresas prestadoras de servicios públicos, con relación a la prestación del servicio o la ejecución del contrato de servicios públicos.
- Derecho a solicitar y obtener de los prestadores de servicios públicos información completa y oportuna sobre todos los aspectos relacionados a la prestación de servicios públicos.
- Derecho a elegir el prestador del servicio público que prefieran, cuando ello sea posible en la zona.
- Derecho a que el contrato de prestación de servicios públicos, que celebran con las empresas prestadoras sea en las mismas condiciones que las de los demás usuarios.

Finalmente, es necesario que quede claramente definida la actuación de los organismos reguladores, lo que obliga a distinguir entre protección y defensa de los usuarios. La defensa implica la representación de los intereses de los usuarios. El Estado puede cumplir diversos roles, protegiendo o defendiendo a los usuarios de servicios públicos desde las diferentes entidades que lo conforman. Sin embargo, no corresponde que los organismos reguladores ejerzan la función de defensa de los intereses de los usuarios. La defensa implica una suerte de representación de los usuarios frente a las empresas, lo cual, despojaría a los organismos reguladores de la imparcialidad de la que deben estar dotados para resolver conflictos en el sector. La protección, en cambio, está referida a la creación de condiciones necesarias que garanticen la transparencia y equidad en las relaciones de consumo, en tal sentido, sí corresponde a los organismos reguladores seguir en sus funciones lineamientos que tiendan a la protección de los intereses de los usuarios, tendientes al cumplimiento de los derechos ya enunciados. CA