

LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios

Jorge Danós Ordóñez

SUMARIO

1. *Régimen Legal. Antecedentes.*
2. *La Ley Marco de Organismos Reguladores.*
3. *Naturaleza Jurídica de los Organismos Reguladores. Ubicación en la Estructura del Estado*
4. *Régimen del Consejo Directivo.*
5. *Funciones.*
6. *Diferencias con el Concedente.*
7. *Función de Solución de Controversias.*
8. *Función de Solución de Reclamos de los Usuarios.*

El propósito de este trabajo es proporcionar un acercamiento al régimen de los organismos reguladores de los servicios públicos domiciliarios (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) en el ordenamiento jurídico peruano.

Teniendo en cuenta las reglas de la publicación que nos acoge que como es natural establece restricciones a la extensión de las colaboraciones se ha preferido circunscribir el análisis a determinados aspectos principalmente referidos a la naturaleza peculiar de los organismos reguladores, las garantías establecidas para su autonomía y el estudio de sólo dos de las funciones que se les atribuyen: La solución de controversias entre empresas y la solución de los reclamos de los usuarios.

I. RÉGIMEN LEGAL. ANTECEDENTES.

En el Perú -y como parte de un proceso relativamente similar al que se experimentó en países de nuestro entorno como Argentina y Chile, entre otros- la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló durante la última década del Siglo XX y que 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 públicas de infraestructura.

Como consecuencia de la referida reorientación del papel del Estado en la economía se crearon organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras.

No todos los organismos reguladores fueron creados con anterioridad al proceso de transferencia de propiedad de empresas estatales al sector privado y/u otorgamiento de concesiones a empresas privadas. Tal es el caso de OSIPTEL que se constituyó antes de la privatización de las acciones de las empresas públicas de telefonía¹ y de OSITRAN que fuera

¹ Mediante Decreto Legislativo de 5/11/1991. Sobre el tema : Karina Izaguirre "La Privatización de las Telecomunicaciones", en AAVV "Implementación de políticas públicas en

creado en fecha previa al inicio del proceso de otorgamiento de concesiones de infraestructura de transporte de uso público². En cambio, OSINERG fue creado³ años después del inicio del proceso de transferencia de la propiedad de empresas estatales y del establecimiento del nuevo marco regulador del sector.

El caso de SUNASS es especial porque se trata de un organismo que fue creado en el marco del proceso de reestructuración del sector, saneamiento desarrollado durante los primeros años de la década pasada,⁴ por el cual los servicios de agua potable y alcantarillado que eran de responsabilidad de una empresa estatal nacional (SENAPA) fueron transferidos a las municipalidades provinciales y distritales, con excepción de la empresa de saneamiento de Lima - Callao (SEDAPAL) que mantiene su calidad de empresa del gobierno nacional.

II. LA LEY MARCO DE ORGANISMOS REGULADORES.

Las notables diferencias en la evolución de la normatividad de cada uno de los organismos reguladores determinó que se aprobara la Ley N° 27332 denominada "Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos"⁵ con el propósito de establecer normas básicas comunes de organización y funcionamiento de tales entidades .

La citada ley precisa las entidades comprendidas en su ámbito de aplicación (como ya se dijo: OSIPTEL, OSINERG, SUNASS Y OSITRAN); determina la ubicación de las citadas entidades en la estructura del Estado; clasifica las funciones que les corresponde ejercer (supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas y de reclamos de los usuarios); las hace responsable de la supervisión de las actividades de postprivatización; potencia sus potestades de investigación; dispone que la dirección de los citados organismos corresponde a su respectivo Consejo Directivo y determina su composición y régimen de sus integrantes; establece que los

el Perú". Editores: Augusto Alvarez Rodrich y Gabriel Ortiz De Zevallos. Editorial Apoyo. Lima, 1995, pg. 42.

² Creado mediante Ley N° 26917, pub: 23/1/1998.

³ Mediante ley N° 26734 , pub: 31/12/1996

⁴ Creada mediante Decreto Ley N° 25965 de 19/12/1992, aprobándose su ley general N° 26284 el 27/12/1993.

⁵ Publicada el 29/7/2000 y reglamentada mediante Decreto Supremo N° 032-2001-PCM, pub: 29/3/2001.

organismos reguladores contarán con un Tribunal de Solución de Controversias; que se financian con el denominado "aporte por regulación" que recaudan en las empresas y entidades bajo su ámbito y que su personal se sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

Conviene tener presente que la citada ley N° 27332 no reemplaza las leyes preexistentes que establecen el régimen legal de cada organismo regulador, las cuales siguen vigentes, aunque su aplicación debe adecuarse al nuevo marco legal.

Desde su aprobación han entrado en vigencia otras leyes que modifican aspectos puntuales del régimen de algunos organismos reguladores: tal es el caso de la Ley N° 27336⁶ denominada "Ley de desarrollo de las funciones y facultades del organismo supervisor de la inversión privada en telecomunicaciones-OSIPTEL" con el deliberado objetivo de potenciar sus potestades de supervisión y sanción a las entidades prestadoras bajo su ámbito de competencia; y la ley N° 27699⁷ denominada "Ley complementaria de fortalecimiento institucional del organismo supervisor de la inversión en energía - OSINERG" con propósito similar a la anterior ley mencionada.

A fin de adecuar el régimen de los organismos reguladores a lo dispuesto por la nueva Ley Marco, en su oportunidad el Poder Ejecutivo dictó los nuevos Estatutos para cada uno de los organismos reguladores⁸.

De la revisión de las citadas disposiciones, en términos generales, se puede apreciar el esfuerzo realizado en homogenizar en la medida de lo posible el régimen básico de los organismos reguladores en orden a reforzar su autonomía y potenciar sus potestades, pero se puede constatar que siguen pendientes de abordar otros temas que deberían ser objeto de desarrollo en futuras reformas legislativas.

⁶ Publicada el 5/8/2000

⁷ Publicada el 16/4/2002

⁸ El Reglamento General de OSIPTEL aprobado por D.S. N° 008-2001-PCM, pub: 2/2/2001; el Reglamento General de SUNASS aprobado por D.S. N° 017-2001-PCM, pub: 21/2/2001; el Reglamento General de OSITRAN aprobado por D.S. N° 010-2001-PCM, pub: 7/2/2001 y Reglamento General de OSINERG aprobado por D.S. N° 054-2001-PCM, pub: 9/5/2001.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ORGANISMOS REGULADORES. UBICACIÓN EN LA ESTRUCTURA DEL ESTADO.

Conforme al art. 2º de la Ley Marco, los reguladores "son 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". Como se puede apreciar se trata de entidades que forman parte del Poder Ejecutivo, dotadas de personalidad jurídica y de un régimen que pretende garantizarles una especial autonomía técnica y funcional respecto del poder político.

En sus orígenes varios de los organismos reguladores recién creados, fueron colocados en el ámbito del Ministerio del sector al que pertenece la actividad regulada. Posteriormente se consideró que esta vinculación podía ser negativa porque restringía la autonomía del regulador al exponerlo en mayor medida a la ingerencia del ministerio encargado de orientar la política del sector y fueron transferidos a la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas, para finalmente adscribirlos a la Presidencia del Consejo de Ministros, sector menos comprometido con una actividad regulada específica. Lo que como veremos más adelante, no obsta para que el ministerio del sector participe en la designación de los Directores del organismo proponiendo cuando menos a uno de sus integrantes.

Se trata pues de entidades con personalidad jurídica de derecho público, dotadas de una organización, con presupuesto propio y autonomía dentro del marco de la ley. Conforme a nuestro diseño constitucional no pueden depender directamente del Presidente de la República, porque se requiere que toda entidad del Poder Ejecutivo esté adscrita a un Ministro para que sea el responsable político ante el Parlamento, razón por la que se les adscribe a la Presidencia del Consejo de Ministros, lo cual a la vez denota la importancia que se les asigna en la estructura de la administración pública.

Conforme al proyecto de nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - LOPE, que fuera elaborado por la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros y que está siendo tramitado en el Congreso⁹, se ha propuesto que los organismos reguladores sean caracterizados legalmente como "Organismos Funcionalmente Independientes", dotados en teoría de un mayor grado de autonomía técnica que otras entidades del

⁹ Proyecto de Ley N° 7233/2002-CR, presentado el 17 de junio del 2003.

Poder Ejecutivo que también tienen personalidad jurídica propia. Sin embargo, en la redacción de dicho proyecto no queda claro si los organismos reguladores continuarían adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros o regresarían al ámbito del sector al que pertenece la actividad regulada, lo cual a nuestro juicio constituiría un retroceso. El citado proyecto cuida de precisar que los organismos reguladores se encuentran vinculados por las políticas generales y sectoriales del Gobierno, lo cual modula para dichas entidades la potestad de dirección general que le compete al Poder Ejecutivo sobre los organismos que lo integran, estableciéndose una relación de dirección o dependencia de menor intensidad en comparación con las demás entidades del Gobierno que no perjudica la autonomía que los organismos reguladores deben tener respecto de presiones políticas y poderes económicos.

El proyecto de reforma constitucional elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso de la República propuso otorgarles rango constitucional a los organismos reguladores de servicios públicos, como ya sucede en nuestro ordenamiento constitucional con otras entidades como es el caso de la Superintendencia de Banca y Seguros que fuera consagrada como organismo constitucional desde la Carta de 1979. Según dicho proyecto los organismos reguladores de los servicios públicos e infraestructura de uso público, cuyo número y denominación específica no identifica el proyecto, tendrían personalidad jurídica de derecho público y autonomía dentro de sus respectivas leyes orgánicas. Les corresponderá "supervisar, regular y fiscalizar la prestación de los servicios públicos y la racional utilización de la infraestructura nacional de uso público, y de cautelar los intereses de los usuarios, los inversionistas y del Estado". El gobierno de cada organismo regulador estaría a cargo de un Consejo Directivo integrado por cinco (5) miembros designados por el Poder Ejecutivo, como el día de hoy, pero su Presidente necesitará ratificación del Senado. Como se puede apreciar con el nuevo diseño constitucional propuesto, los organismos reguladores de servicios públicos se independizarían del Poder Ejecutivo y no formarían parte de ninguno de los tres clásicos poderes del Estado, porque tendrían la calidad de organismos constitucionalmente autónomos, en los que si bien los poderes con legitimidad democrática y con responsabilidad directa ante el electorado participan en la designación de sus titulares (el Ejecutivo designa a los Directores y el Senado ratifica al Presidente), y en la aprobación de las normas que regulan su actividad (su ley orgánica y las normas que establecen la disciplina de cada actividad regulada), sin

embargo no tendrían ingerencia jerárquica directa sobre los mismos, lo que las independiza de los poderes políticos.

Precisamente uno de los principales problemas que se plantea el día de hoy en la doctrina especializada que trata acerca de los organismos reguladores en otros países es su difícil anclaje constitucional, principalmente en los países latinoamericanos, porque su característica más distintiva que reside en postular su absoluta independencia orgánica respecto de las directrices políticas del Gobierno, no parece ser plenamente compatible con sus respectivos ordenamientos constitucionales.

La pretensión de "despolitizar" la actividad de los reguladores, de garantizarles independencia funcional ha sido enérgicamente defendida por COMADIRA¹⁰ en los siguientes términos: "La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a las tendencias de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política". En opinión de CASSAGNE¹¹ la función básica de los entes regulatorios "consiste en lograr una armonía participativa entre los intereses en juego y contribuir de ese modo que se alcance la armonía socialEntre los objetivos que se han atribuido a los entes regulatorios se destacan el relacionado con la promoción de la competencia, la defensa del mercado y de las libertades económicas de las personas vinculadas a la prestación de los Servicios Públicos, junto a la justicia y racionalidad de las tarifas. Esta nueva función estatal, que viene a proteger el funcionamiento eficiente de todo el ciclo económico con el propósito de mejorar la calidad de vida de las personas, viene a invertir la función que antaño cumplía el Estado en el campo de la regulación económica, donde el poder de policía operaba mediante mecanismos que alteraban artificialmente la oferta y la demanda o las decisiones que corresponden al mercado".

Comenta CHINCHILLA¹² que "Las Administraciones Independientes, de origen anglosajón, aparecen como alternativa a las Administraciones

¹⁰ En: " Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al Enargas, Enre, CNT y Etoss).", publicado en: *Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot. Bs As. 1996, pg 253

¹¹ "Los nuevos entes regulatorios". *Revista de Derecho Administrativo* N° 14, pg. 489 y ss.

¹² "Dos grandes momentos en cien años de derecho administrativo: la década de los cincuenta y la Constitución de 1978". En : *AAVV El derecho español en el siglo XX. Colección Garrigues y Andersen. Marcial Pons. 2000, pgs. 59 y 60 .*

tradicionales en ámbitos que, por diversas razones, reclaman un mayor grado de autonomía funcional y, además de eso, una verdadera independencia gubernamental. Se ha dicho, por ello, que con ellas se persigue "despolitizar" la Administración.....El problema que plantean estos <<nuevos poderes>> es que suponen una excepción al principio constitucional que proclama la dependencia de la Administración respecto del Gobierno...Es claro que en los ámbitos <<administrados>> por este tipo de entes, el Gobierno ni dirige la administración, ni ejerce la función ejecutiva ni tampoco la potestad reglamentaria. Consecuencia de ello es que una vez roto el vínculo de dependencia gubernamental, estas Administraciones aparecen como entes que no responden "políticamente" ante nadie.....Se trataría pues, de una parte del poder ejecutivo sin otra responsabilidad que la que se derive del control de los tribunales que, obvio es decirlo, limitan su función al control de la legalidad de los actos de estos entes; un control -hay que señalarlo- que en muchos casos resulta muy difícil de realizar, dada la enorme complejidad y el contenido técnico de la legislación aplicable a muchos de estos sectores, como es el caso, por ejemplo de las telecomunicaciones, el mercado de valores o la defensa de la competencia".

En opinión de BILBAO UBILLUS¹³, que comparto plenamente porque considero que sus apreciaciones sirven también para describir el contexto de las entidades reguladoras peruanas, las agencias independientes, a diferencia de otros organismos que también forman parte del Poder Ejecutivo, no están sometidas a una relación de jerarquía con los órganos matrices de dicho Poder, la que es más bien "sustituída <<por una técnica de control próxima a la tutela>>, respetuosa de esa esfera de autonomía técnica, razón por la que "...no proceden, en consecuencia, las órdenes o instrucciones concretas, ni las facultades disciplinarias sobre el personal u órganos de dirección, ni la sustitución de sus actos por otros que dicten órganos de la Administración central del Estado, y tampoco la aplicación de un control sobre sus decisiones que exceda del de mera legalidad, ni la posibilidad de recurrir sus actos mediante un recurso ordinario ante el Departamento ministerial correspondiente (agotan normalmente la vía administrativa)". Citando a otro autor, precisa que "...lo que se pretende no es tanto privar al Gobierno de sus poderes, como regularlos para objetivarlos, para neutralizarlos políticamente". Para BILBAO UBILLUS las autoridades administrativas independientes "...se insertan dentro del poder

¹³ "Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico- constitucional". En: AAVV "Privatización y liberalización de servicios". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid N° 3 (1999), pg. 166.

ejecutivo y disfrutaban de una <<independencia relativa>>, puesto que los lazos con el Gobierno y el Parlamento no se rompen del todo. Se mantienen abiertos una serie de cauces que permiten al Gobierno influir en el funcionamiento de estos organismos, cauces que no existen por ejemplo, en el caso de los órganos judiciales".

IV. RÉGIMEN DEL CONSEJO DIRECTIVO.

El artículo 6º de la Ley Marco establece que todo organismo regulador debe contar con un Consejo Directivo en calidad de máximo órgano de dirección de cada entidad. Esta disposición supuso la creación de dicho órgano en el regulador de saneamiento-SUNASS, que a diferencia de los demás organismos reguladores carecía de Consejo Directivo, porque desde su creación, su conducción estuvo a cargo de un titular designado como superintendente.

El Consejo Directivo esta, integrado por 5 miembros designados mediante resolución suprema, es decir, con intervención del Presidente de la República y refrendo del Presidente del Consejo de Ministros, del Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada.

La Ley Marco ha diseñado una conformación plural del Consejo Directivo en la que participan diversos sectores del Poder Ejecutivo involucrados en la actividad del ente, por tanto establece que la Presidencia del Consejo de Ministros propone a dos integrantes, uno de los cuales preside la entidad y el otro debe ser representante de la sociedad civil¹⁴; otro integrante es propuesto por el Ministerio del sector al que pertenece la actividad regulada lo cual se explica por sí solo; y los otros dos a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas y del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, respectivamente. Como se puede apreciar, no existe un sector del Poder Ejecutivo que monopolice la conformación del Directorio.

La última designación de nuevos Presidentes de los organismos reguladores por parte de la Presidencia del Consejo de Ministros se ha realizado mediante procedimientos de concurso que han permitido la postulación de los candidatos y la publicidad de la relación de postulantes

¹⁴ Esto último no lo dispone la Ley Marco sino su reglamento que precisó varias disposiciones, aprobado mediante D.S. N° 032-2001-PCM, pub: 29/3/2001.

por diversos medios (publicaciones en prensa, difusión por páginas web de cada entidad), a fin de obtener información sobre sus antecedentes, etc. En la elección de los candidatos a ser propuestos por la presidencia del Consejo de Ministros como representantes de la sociedad civil en el Consejo Directivo de los organismos reguladores participaron organizaciones de usuarios, gremios y de organizaciones no gubernamentales que presentaron candidatos.

Lamentablemente la ley Marco omitió establecer deliberadamente el plazo de designación de los integrantes del Consejo Directivo, vacío que debió ser llenado por el reglamento de la citada ley que en su artículo 3º estableció el plazo en 5 años, disponiendo que la renovación debe realizarse secuencialmente, seguramente para evitar cambios abruptos en la composición del regulador que afecten su funcionamiento.

Los miembros de los Consejos Directivos pueden ser removidos mediante resolución suprema con intervención de los ministros antes señalados, pero sólo en caso de falta grave comprobada y fundamentada, previa investigación en la que se les otorgue un plazo no menor de 10 días para presentar sus descargos a fin de resguardar el debido procedimiento administrativo y garantizar la independencia en el ejercicio de sus cargos¹⁵.

Una precisión que consideramos conveniente es la contenida en el segundo párrafo del artículo 5.1 del reglamento de la ley marco conforme al cual el cambio de los titulares de los Ministerios que participan en la expedición de la Resolución Suprema de nombramiento de los Directores, no genera en éstos la obligación de formular renuncia a su cargo, porque entendemos no tienen la calidad de "representantes" o mandatarios de entidad o funcionario alguno, lo cual contribuye a garantizar la autonomía de los mismos.

En cuanto a los requisitos, se les exige reunir determinadas calificaciones de solvencia e idoneidad profesional, a la vez que experiencia para garantizar la cualificación de sus integrantes, así como la despolitización de sus nombramientos. La ley marco establece diversas

¹⁵ Sin embargo, según el documento "La regulación y el manejo de controversias de los sectores de telecomunicaciones y electricidad: un análisis institucional y comparativo", del Grupo Apoyo, Lima 2001, la experiencia demostraría que no son suficientes las garantías establecidas por el marco legal para asegurar la independencia de los organismos reguladores sino que resulta indispensable evidenciar alta capacidad técnica e institucional para legitimarse ante el poder político.

incompatibilidades para ser designado como integrante del Consejo Directivo con el propósito de impedir que se generen dependencias que afecten la autonomía del Directorio. Por ejemplo, a fin de evitar conflictos de interés están impedidos de ser Directores los titulares de más del 1% (uno por ciento) de acciones o participaciones de empresas vinculadas a las actividades materia de competencia de cada Organismo Regulador, o los directores, representantes legales o apoderados, empleados o consultores de tales empresas, que presten servicios directamente o a través de personas jurídicas, hasta seis meses después a la conclusión de la relación con la entidad regulada. Con el objeto de resguardar la independencia de los Directores respecto de la política del Gobierno tampoco pueden ser designados algunos altos funcionarios del Estado y especialmente del Poder Ejecutivo como el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros de Estado, los Viceministros y los Directores Generales de los Ministerios o funcionarios de rango equivalente, mientras que ejerzan el cargo y hasta seis meses después de cesar en el mismo por cualquier causa.

Asimismo, con igual propósito de garantizar el comportamiento ético y la independencia de quienes ejercen el cargo de Directores, las leyes que regulan con carácter general el régimen de prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos¹⁶ establecen que los altos funcionarios y Directores de organismos del Estado, como es el caso de los reguladores, están prohibidos de prestar servicios bajo cualquier modalidad a las empresas comprendidas en el ámbito específico de la competencia del organismo del cual forman parte.

Como señala ARIÑO,¹⁷ los organismos reguladores deben contar con un régimen jurídico que les permita ser realmente autoridades independientes, alejadas del proceso político - electoral "...para evitar que este (el Gobierno) caiga en la tentación de utilizar los sectores regulados como instrumentos para la obtención de fines políticos legítimos si se quiere, pero ajenos al servicio y que deben obtenerse a través de medios más transparentes y legalmente aprobados..", como sucedería si incurre en "...la tentación de utilizar la potestad tarifaria para el logro de otros fines ajenos al sector específico, como sería la utilización de las tarifas como elemento deflactor de la economía en un momento dado...", pero en la

¹⁶ Ley N° 27588, pub:13/12/2001 y su reglamento aprobado mediante D.S. N° 019-2002-PCM, pub: 8/3/2002. También el art. 241° de la Ley N° 27444 de procedimiento administrativo general.

¹⁷ Principios de Derecho Público Económico. Fundación de Estudios de Regulación. Editorial Comares. Granada 1999. Pgs. 593 y 594.

misma medida también deben ser autónomos respecto del poder económico "...de las empresas que actúan en el sector y de los muchos intereses económicos que se ponen en juego...". En resumen "...la independencia del regulador es justamente la del árbitro que tiene que estar alejado por igual, tanto del interés a corto plazo de la empresa (la cuenta de resultados anuales), como la de los políticos (el resultado de las próximas elecciones)".

Comenta DE LA CRUZ¹⁸ que para evitar que los grupos de presión económica puedan proceder a la denominada "captura del regulador" resultan esenciales tres garantías jurídicas: (i) Asegurar la transparencia en el funcionamiento de las citadas entidades, permitiendo el acceso de los particulares a la información, registros y expedientes; (ii) La apertura de los procedimientos de elaboración de disposiciones generales a la audiencia y participación de los interesados en el expediente; y (iii) La motivación de todas las decisiones de carácter normativo o singular "que permita a sus destinatarios conocer y comprender los elementos de juicio o las valoraciones técnicas, económicas y jurídicas que han llevado a adoptar la decisión..."

Finalmente, en cuanto a las funciones del Consejo Directivo, aparte de ser el órgano de dirección máximo de cada organismo regulador y de ejercer las potestades que en tal virtud les confieren sus leyes particulares y los respectivos estatutos de cada entidad, el artículo 1º del reglamento de la Ley Marco precisa que el ejercicio de las potestades reguladora y normativa, es exclusiva competencia de dicho Consejo.

V. FUNCIONES.

La ley marco de los organismos reguladores y las leyes y demás disposiciones reglamentarias especiales que disciplinan su régimen establecen el conjunto de funciones y potestades de carácter público (Supervisora, Reguladora, Normativa, Fiscalizadora, Solución de controversias entre empresas y Solución de reclamos de los usuarios) que se les atribuye para cumplir de la manera más eficaz el objetivo de interés general que constituye su cometido. Sin embargo, antes de emprender el estudio de las funciones, de Solución de controversias entre empresas y de Solución de reclamos de los usuarios consideramos indispensable

¹⁸ "La Liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico". Marcial Pons. Madrid. 1999, pg. 400.

analizar el rol que tienen a su cargo los organismos reguladores en relación con las competencias atribuidas a otros organismos del Estado que también tienen ingerencia en la actividad económica materia de regulación.

VI. DIFERENCIAS CON EL CONCEDENTE.

En la bibliografía latinoamericana de Derecho Administrativo que analiza el régimen de los organismos reguladores de servicios públicos existe un sector de autores que postulan la necesidad de distinguir entre el papel atribuido al ente regulador y rol que le corresponde al Estado concedente. Al respecto, para CANOSA¹⁹ el órgano de control, como órgano independiente técnicamente especializado, tiene por tarea principal "...fiscalizar que el servicio se preste de acuerdo con la normativa vigente y conforme a ésta y el contrato de concesión respectivo...., asegurando la mejor calidad de aquél en beneficio de los usuarios y si fuere procedente en la actividad de que se trate asegurar la competencia entre los distintos operadores. A ello debe agregarse el control de cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por el concesionario por contrato...."; mientras que "...en cambio, el concedente debe reservarse la difícil tarea de fijación de políticas para el sector, lo que incluye todas aquellas cuestiones relativas a la celebración de contratos y otorgamiento de licencias y concesiones, como así también modificación en interpretación de dichos instrumentos, funciones de desarrollo normativo, etc. ...". Similar posición es expresada por TAWIL²⁰ para quien el papel atribuido a los entes reguladores debe ser necesariamente distinto al del Estado concedente a fin de evitar conflictos de interés y de asegurar la transparencia del sistema. "Mientras que los entes reguladores deben ser esencialmente organismos técnicos independientes del poder político cuyo objetivo es verificar y asegurar la calidad de los servicios comprometidos, el Estado concedente es una de las partes en una relación contractual de derecho público cuya actividad se rige por criterios políticos y que, como tal, carece de la independencia necesaria para pronunciarse en situaciones de conflicto con aquél a quien le transfirió el servicio".

¹⁹ "Lineamientos para la conformación de un ente de control del transporte terrestre". AEDP Nº 13, 2000, Ad Hoc. Bs As. Pg. 59.

²⁰ "A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores". En: AA VV. Derecho Administrativo, Obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel Marienhoff. Director - Juan Carlos Cassagne; Abeledo - Perrot. Bs As 1998. , pg. 1354

De las lecturas glosadas parece derivarse que para los autores citados la tarea principal de los organismos reguladores de servicios públicos es el desempeño de funciones de carácter supervisor o de control, porque los lineamientos políticos generales del servicio público en cuestión, a decir de AGUILAR VALDEZ,²¹ necesariamente deben estar prefijados ya sea en el respectivo marco regulatorio, que deberá ser sancionado por un órgano con clara legitimación política y con responsabilidad directa ante el electorado, o a través de los contratos de concesión que en tal virtud se constituyen "...en una suerte de fuente de legalidad administrativa inter partes que, paralelamente, actúa como límite formal externo a la actuación del regulador. Adicionalmente, téngase en cuenta que, sin perjuicio del carácter contractual que reviste la concesión de servicios públicos, muchas de sus disposiciones -las denominadas en el derecho francés como cláusulas reglamentarias- configuran un verdadero marco regulatorio del servicio, establecido en función de criterios de índole política, económica y social y ajenos a la competencia propia del ente regulador".

Es en ese sentido que para algunos autores, como SALOMONI,²² la diferencia existente entre las agencias reguladoras norteamericanas y los entes reguladores de otros países como Argentina, consiste en que las agencias regulatorias independientes del derecho norteamericano tienen potestad para dictar los marcos regulatorios de la actividad que les compete regular, es decir, para establecer el régimen jurídico de una determinada actividad económica mediante su producción normativa con carácter exclusivo, porque no existen en la estructura del gobierno de dicho país otras autoridades que detenten tal potestad, en cambio, en el derecho argentino los entes reguladores son también titulares de potestad regulatoria, por haberseles delegado en la mayoría de los casos, el ejercicio del poder de policía en materia de servicios públicos de la jurisdicción federal, pero a diferencia de los primeros ejercen la potestad regulatoria no en forma exclusiva sino concurrente con el Poder Ejecutivo Nacional.

Las razones esbozadas por algunos autores que explican la no siempre fácil adaptación institucional del modelo de las agencias regulatorias norteamericanas a otros regímenes, reside en que en el derecho de dicho país están ausentes las categorías jurídicas de "servicio público" y de "contrato administrativo de concesión" que sí existen en el modelo de

²¹ "El acto administrativo regulatorio". En: AAVV. "Acto administrativo y reglamento". Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Ediciones RAP. Bs As. 2002, pg

²² En: Teoría General de los Servicios Públicos. Edit. Ad Hoc. Bs As. 1999. Pgs 410 y 411.

ordenamiento administrativo como el nuestro y que predeterminan en gran parte los poderes del concedente y de los organismos reguladores.

En el caso del Perú, en principio podemos afirmar que los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos son entidades que actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada tipo de servicio público y la que se derive de los respectivos contratos de concesión, cuya principal función es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicio público y de los compromisos contraídos en los citados contratos de concesión, que ejercen potestades de regulación económica 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, pero que concurren con los ministerios de los respectivos sectores en el ejercicio de otras manifestaciones de dicha función reguladora, aunque con matices, a quienes también corresponde dictar normas que inciden de manera decisiva sobre la prestación de los servicios públicos.

La situación descrita es fácil de comprobar en el ámbito de los reguladores de suministro de electricidad- OSINERG; del servicio de saneamiento-SUNASS y del supervisor de la inversión privada en infraestructura de transporte público-OSITRAN. Tiene mayores matices en el caso del regulador de telecomunicaciones- OSIPTEL.

En el caso de OSINERG es claro que se crea²³ como un organismo de carácter esencialmente supervisor y fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas, referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades. Como se puede apreciar, a diferencia de los demás organismos reguladores su competencia abarca la supervisión de actividades de hidrocarburos que no constituyen servicios públicos, sino actividades privadas en las que existe un marcado interés público en fiscalizar su realización seguramente con el objeto de resguardar la seguridad de las personas y del medio ambiente. Pero lo más resaltante es que el Ministerio del sector (Ministerio de Energía y Minas) que cuenta con una órgano de línea especializado en la materia (la Dirección General de Electricidad) retiene importantes funciones de

²³ Mediante ley N° 26734

carácter normativo (por ejemplo la aprobación del Código Nacional de Electricidad-Suministro), mientras que la función de determinar las tarifas de energía eléctrica de acuerdo a los criterios establecidos en la ley de la actividad (Ley N° 25844 de concesiones eléctricas) es otorgada a otro organismo denominado Comisión de Tarifas Eléctricas, que se integró recién a OSINERG a partir de lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley Marco de organismos reguladores.

En el caso del regulador de los servicios de saneamiento –SUNASS- la evolución normativa de la actividad ha determinado que a partir de la expedición de la denominada ley de fomento y desarrollo del sector saneamiento²⁴ se distinga con mayor precisión las funciones del ente rector (el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento creado por la Ley N° 27792) de las del regulador. De conformidad con el artículo 5° de la citada ley al ente rector le corresponde, entre otras funciones, formular la política del sector, adoptando las correcciones y demás medidas que correspondan, promover el desarrollo y la sostenibilidad de los servicios, proporcionar asistencia técnica para el desarrollo de los servicios, etc.

El caso del ente supervisor de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público-OSITRAN presenta algunos matices, porque de conformidad con su ley de creación²⁵ le corresponde regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las empresas públicas o privadas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, "...cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito". Como se puede observar, aparte de la expresa mención a las políticas que dicte el Ministerio del sector correspondiente a través de órganos especializados²⁶, que tienen competencias para otorgar licencias de operaciones y aprobar normas técnicas para la construcción y mantenimiento de la infraestructura, etc.; gran parte del marco normativo de la actividad a supervisar por OSITRAN está predeterminado por los

²⁴ Decreto Legislativo N° 908, pub: 3/8/2000.

²⁵ Ley N° 26917, pub: 23/1/1998.

²⁶ La Dirección General de Aeronáutica Civil cuenta con una Dirección de Infraestructura Aeroportuaria; La Dirección General de Transporte Acuático cuenta con una Dirección de Puertos; la Dirección General de Caminos cuenta con una Dirección de Infraestructura Vial; la Dirección General de Ferrocarriles cuenta con una Dirección de Infraestructura Vial Ferroviaria.

respectivos contratos de concesión, elaborados muchas veces sobre la base de consideraciones de índole política, económica y social ajenos a la competencia propia del ente regulador. Para GORDILLO²⁷ "...el que concede u otorga un monopolio no debe ser quien lo controle", porque es indispensable que el ente de control sea imparcial para que opere como un árbitro que solucione los conflictos entre los agentes económicos del sector. Es conveniente mencionar que en el caso peruano se da la singularidad que el proceso de promoción de la inversión privada en la privatización de empresas del Estado y en el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y en obras públicas, es conducido por un ente especializado del Poder Ejecutivo actualmente denominado PROINVERSION, dirigido por un grupo de ministros titulares de los sectores involucrados. Sin perjuicio de que el otorgamiento del respectivo contrato de concesión corresponde sin lugar a dudas al sector correspondiente.

El caso del organismo regulador en materia de telecomunicaciones-OSIPTEL es probablemente el más complejo y que más aristas presenta para su análisis. De conformidad con el artículo 18° de su Reglamento General tiene por objetivo general: "regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones 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", tareas que como se puede apreciar son las usuales de un organismo regulador. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones es competente para establecer la política y estrategias del sector, otorgar concesiones y administrar el uso del espacio radioeléctrico, en lo referente al servicio público de telecomunicaciones. Sin embargo OSIPTEL también desarrolla actividades de promoción en ejercicio de la facultad de administración del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones-FITEL, al cual aportan todas las empresas del sector, con el objetivo de generar el acceso universal a fin de financiar la provisión de servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y lugares considerados de preferente interés social. Asimismo, el contrato de concesión suscrito con la empresa Telefónica del Perú que marcó en 1994 el inicio del proceso de apertura de la competencia en el

²⁷ Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Fundación de Derecho Administrativo. Bs As. 1997. Pg XV-3

sector, contiene diversas cláusulas, especialmente las referidas a materia tarifaria, que repercute en la disciplina del sector.

En resumen, consideramos que los aspectos que distinguen el marco normativo de los organismos reguladores peruanos con las agencias reguladoras del derecho norteamericano son los siguientes: (i) Nuestro ordenamiento le otorga la categoría jurídica de servicio público a determinadas actividades en función de su carácter esencial para satisfacer necesidades colectivas, por lo que el Estado debe garantizar su prestación lo que no significa que deba apropiarse materialmente de la actividad; (ii) Existe un marco legislativo específico (ley y reglamentos de desarrollo) para cada actividad considerada servicio público que establece en gran parte la disciplina del sector; (iii) los contratos de concesión de servicios públicos, en especial los de concesiones de obra pública de infraestructura de transportes, también establecen el marco regulatorio de la actividad; y (iv) aunque con matices, los organismos reguladores de servicios públicos concurren en la función normativa de la actividad de servicio público que les compete con el Ministerio del sector correspondiente.

VII. FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

En las épocas que el Estado prestaba los servicios públicos ya sea directamente o a través de empresas estatales no existía instancia alguna en sede administrativa para la solución de controversias con los usuarios o con otros agentes vinculados. Es recién con la privatización de empresas de servicios públicos y el inicio del proceso de otorgamiento de concesiones que se toma conciencia de la necesidad de establecer mecanismos ágiles y técnicos para la solución en sede administrativa de los posibles conflictos que se suscitan en dicho ámbito. Por tal razón, prácticamente todos los organismos reguladores mencionados fueron creados otorgándoseles la potestad de solucionar los conflictos que pudieran generarse entre las empresas del sector y los usuarios .

Dicha función pone en evidencia el cambio del rol del Estado que ha pasado de ser prestador, gestor directo de las actividades calificadas como servicios públicos para desarrollar más bien el papel de regulador de las condiciones de prestación del servicio a cargo de empresas concesionarias particulares, contando entre sus instrumentos de regulación la potestad de resolución de controversias entre los diversos agentes del sector y sus clientes. En tal sentido, corresponde al ente

regulador arbitrar entre intereses contrapuestos, es decir, articular los diferentes intereses de los prestadores con los de los clientes o usuarios a fin de armonizarlos con el interés público comprometido en la actividad de servicio público.

La Ley Marco de Organismos Reguladores ha diferenciado entre la función de resolver controversias que involucra principalmente a las empresas prestatarias con la función de resolución de reclamos de los usuarios²⁸. Esta disposición parece inspirarse en la experiencia de OSIPTEL que tempranamente dictó un marco regulador diferenciado para ambas potestades, tomando en cuenta las peculiaridades de los temas y sujetos involucrados en los citados conflictos: en el caso de la función de resolver controversias²⁹ los sujetos son las empresas operadoras y los conflictos versan sobre la observancia de las normas de libre competencia en el sector, interconexión, derecho de acceso a la red, etc; mientras que tratándose de la función de resolución de los reclamos de los usuarios las partes involucradas son las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones y los usuarios reclamantes, y los conflictos versan sobre facturación, calidad del servicio, etc.

Asimismo, la citada Ley Marco ha dispuesto que todos los organismos reguladores deben contar en su estructura con un órgano especializado para tal objeto denominado Tribunal de Solución de Controversias como última instancia administrativa, para lo cual establece su conformación (5 miembros) y las reglas de su designación principalmente a cargo de entidades del Estado, disponiendo que se les aplicarán los mismos requisitos de idoneidad e incompatibilidades que se exigen para integrar el Consejo Directivo de los reguladores. Incluso con la finalidad de enfatizar la autonomía técnica y funcional del citado Tribunal administrativo respecto del organismo regulador se prohíbe que sus miembros puedan ser simultáneamente integrantes del Consejo Directivo. El objetivo es que los Tribunales de Solución de Controversias de cada uno de los organismos reguladores constituyan órganos neutrales, integrados por expertos técnicos, que actúen independientemente tanto respecto del propio

²⁸ Ley 27332, art.3º.- Funciones...; 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 resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y, f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

²⁹ El primer reglamento que regulaba el correspondiente procedimiento administrativo fue aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 001-95-CD/OSIPTEL, pub: 6/1/1995 (hoy en día está vigente la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, pub: 21/4/2002).

organismo regulador, del Gobierno y de los agentes privados involucrados en la resolución de las controversias sometidas a su conocimiento, para generar seguridad jurídica en el mercado.

En el Perú, a diferencia de otros países de nuestro entorno, no se admite que la administración pública pueda ejercer función jurisdiccional porque no lo permite la Constitución, la que reserva el ejercicio de dicha función al Poder Judicial³⁰ y a otros órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales. Por tanto, los citados Tribunales de Solución de Controversias que forman parte de los organismos reguladores no obstante resolver controversias entre empresas prestadoras privadas lo hacen en ejercicio de potestades administrativas.

Cabe tener presente que en nuestro medio la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General ha regulado de manera específica a los que denomina “procedimientos administrativos trilaterales” para encauzar aquellos supuestos en los que la ley confiere potestades a los órganos de la administración pública para resolver en sede administrativa controversias que enfrente a dos o más particulares entre sí, sin perjuicio de que en caso de inconformidad con lo resuelto por la administración la parte que se siente afectada en virtud del derecho a la tutela judicial puede acudir a la justicia para cuestionar la legalidad de la decisión administrativa.

En la doctrina al uso que trata de la regulación económica y de los organismos reguladores, generalmente muy influenciada por el régimen de las agencias norteamericanas, es frecuente que los autores defiendan la caracterización jurisdiccional de las potestades de las entidades reguladoras de resolución de controversias entre los agentes del sector (operadores y usuarios), seguramente porque en el régimen administrativo de Estados Unidos se considera extraordinario que una entidad administrativa (la agencia) pueda decidir sobre derechos y obligaciones de los particulares y además disponer la ejecución directa de su decisión, lo cual constituye una potestad que en dichos regímenes normalmente sólo es reconocida al Poder Judicial, lo que explica que se asocie con la función jurisdiccional la potestad de un ente administrativo que resuelve controversias entre particulares.

³⁰ Constitución, art. 138°.- La potestad de administrar justicia...se ejerce por el Poder Judicial.....; art. 139° Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1.- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral....”

En los países, como el Perú, en los que su ordenamiento administrativo tiene una fuerte influencia Europea continental resulta normal que a la administración pública se le dote de potestades ejecutivas o de autotutela para salvaguardar el interés público que tiene encomendado proteger. Por tanto, no cabe duda que los citados Tribunales de Solución de Controversias que deben constituirse en cada organismo regulador para resolver conflictos entre empresas operadoras desarrollan una función de carácter netamente administrativo que puede ser objeto de posterior revisión judicial si lo solicita la parte que se considere afectada.

En el Perú, los organismos reguladores cumplen la función de resolver controversias entre empresas prestadoras a través de procedimientos administrativos que la legislación de procedimiento administrativo general y la doctrina administrativa caracterizan como procedimientos trilaterales³¹, para distinguirlos de los típicos procedimientos administrativos lineales.

La reglas que rigen los citados procedimientos han sido dictadas por los propios organismos reguladores que en ejercicio de su función normativa están legalmente facultados para aprobar normas de procedimiento administrativo especial que se aparten de la ley de procedimiento administrativo general, que en tales supuestos cumple una función supletoria. Sin embargo, una somera revisión de la normativa dictada sobre la materia por los organismos reguladores permite constatar que existen numerosos aspectos que han merecido un tratamiento similar por parte de las disposiciones que regulan los citados procedimientos especiales, en parte debido a las frecuentes remisiones al régimen legal del procedimiento administrativo general. Incluso en el caso del organismo regulador en infraestructura de transporte de uso público –OSITRAN- la evolución normativa en la reglamentación de la materia se ha orientado a descartar la terminología de carácter procesal civil que se utilizaba inapropiadamente en las primeras reglamentaciones siendo

³¹ Sobre el tema: Juan Carlos Morón “Los procedimientos trilaterales” y Jorge Danós O. “Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general”, en: AAVV “Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General”. Ara Editores. Lima 2001, pgs. 330 y 76 respectivamente. También: Oscar Aguilar Valdez “El acto administrativo regulatorio”, en: AAVV “Acto administrativo y reglamento”. Jornadas de derecho organizadas por la Universidad Austral, Bs. As. 2002, pg. 443, quien al comentar la potestad de los organismos reguladores de resolver conflictos entre operadores acota que “.....esta peculiar modalidad de intervención pública entre intereses privados hace que debemos advertir la presencia de una relación jurídica ya no bilateral-sobre la cual se ha forjado, en cierta forma, la teoría del acto administrativo, sino triangular o plurilateral, rasgo jurídico, tipificante de la intervención regulatoria”.

posteriormente sustituida por el empleo adecuado de categorías del procedimiento administrativo³².

Las normas dictadas por los organismos reguladores que establecen el régimen de los procedimientos de solución de controversias han creado instancias previas de resolución de los conflictos a cargo de cuerpos colegiados designados por el respectivo Consejo Directivo de la entidad. Estos órganos colegiados encargados de resolver en primera instancia administrativa normalmente se integran con funcionarios del regulador designados para cada caso por su Consejo Directivo, por lo que no necesariamente cuentan con las garantías de independencia funcional que sí se espera de los integrantes del Tribunal de Solución de Controversias del respectivo organismo regulador que resolverá en última instancia, en vías de apelación, agotando la instancia administrativa.

La sola impugnación de las resoluciones que emitan los Cuerpos Colegiados para que sea resuelta en vía de apelación por el respectivo Tribunal de Solución de Controversias del ente regulador, no menoscaba el deber de la empresa apelante de cumplir o ejecutar lo dispuesto por los citados Cuerpos, porque de conformidad con el artículo 216° de la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General que consagra el principio de ejecutividad de los actos administrativos, la interposición de cualquier recurso administrativo no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo en los casos en los que una disposición legal establezca lo contrario, o que la autoridad superior encargada de resolver el recurso decida suspender la ejecución de la resolución al amparo de lo establecido en el citado precepto legal³³. El objetivo de la regla administrativa descrita es que el interés particular que anima la interposición de un recurso para cuestionar una decisión administrativa no pueda retardar u obstaculizar la satisfacción de los intereses generales que constituye el fundamento de

³² Mediante RCD N° 028-2001-CD/OSITRAN, pub: 7/11/2001, se modificó el reglamento general para la solución de controversias en el ámbito de OSITRAN a fin de adecuar sus normas a las reglas de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444 para establecer un procedimiento administrativo más flexible "que se aleje de los rígidos esquemas del Código Procesal Civil", tomando como referencia la regulación del procedimiento administrativo trilateral. En cambio el regulador en telecomunicaciones-OSIPTEL todavía mantiene la incorrecta denominación de "demanda" para referirse a la solicitud que da origen a un procedimiento administrativo de solución de controversias entre empresas operadoras.

³³ A manera de ejemplo: mediante resolución N° 020-2002-CCO/OSIPTEL, Pub: 29/6/2002 se sancionó a una empresa que no cumplió con ejecutar lo resuelto en primera instancia por el Cuerpo Colegiado, aunque alegaba en su favor que había interpuesto oportunamente recurso de apelación contra esta última resolución.

toda actuación de la administración pública, con las excepciones antes indicadas.

Las empresas prestadoras no pueden dirimir sus controversias ante el Poder Judicial si previamente no las han sometido al procedimiento administrativo reseñado. La competencia de los organismos reguladores a través de citados los cuerpos colegiados y de su Tribunal de Solución de Controversias está establecida con carácter obligatorio y previo a la posibilidad de que las empresas ventilen sus conflictos ante las instancias jurisdiccionales.

Al respecto, en el ordenamiento norteamericano se utiliza la doctrina denominada de la "jurisdicción primaria administrativa" para justificar por que cuando una ley crea un ente gubernamental y le atribuye competencia para resolver en sede administrativa cierto tipo de casos, los tribunales judiciales deben abstenerse de intervenir en dichos casos hasta que el ente administrativo competente se haya pronunciado. Dice MAIRAL³⁴ que con la citada doctrina construida por el propio Tribunal Supremo Norteamericano "...se obtiene un mayor grado de coherencia y uniformidad en la aplicación de la ley y se aprovecha la pericia especial que el ente administrativo tiene en la ejecución del régimen legal respectivo", y BIANCHI³⁵ agrega "...el principio que anima esta doctrina es obtener uniformidad y especialidad de los pronunciamientos, lo que no se logra si son los tribunales judiciales -en forma difusa- quienes tienen a su cargo la decisión final". Incluso este último autor (pg. 291) comenta que en el derecho norteamericano la jurisprudencia ha establecido las diferencias con la regla del agotamiento de la vía administrativa que sólo se exige "...cuando el caso corresponde per se a la instancia administrativa, donde debe finiquitar antes de pasar a la justicia", mientras que la jurisdicción primaria es un concepto que se utiliza "...cuando el caso originalmente debería ser resuelto por los tribunales, pero debido a una disposición legal específica la materia ha sido puesta bajo la competencia de un órgano o ente de la administración, de modo tal que sea éste quien actúe primero". En su opinión ambas doctrinas tienen en común la exigencia de que sea la Administración la que decida en primer término.

³⁴ Hector Mairal. "La ideología del servicio público". Revista de derecho administrativo Nº 14, Bs As, 1993, pg 420. También en: Control Jurisdiccional de la administración pública. Edit Depalma, Bs As, 1984, TII, pg. 714. Comenta el principio: Julio Comadira. "Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS)". En: Derecho Administrativo. Abeledo-Perrot 1996. Pg. 220.

³⁵ Alberto Bianchi. La Regulación Económica. T 1. Edit. Abaco. Bs As, 2001, pg. 292.

Conforme a la ley marco, las resoluciones de los citados tribunales que interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones correspondientes a la materia, constituyen precedentes de observancia obligatoria, lo cual es concordante con los artículos V y VI del Título Preliminar de la Ley N° 27444 de procedimiento administrativo general y normalmente se publican en el Diario Oficial. El objetivo del legislador es garantizar la predictibilidad de las decisiones del regulador para que los agentes económicos vinculados al sector puedan tener certeza para orientar sus actuaciones.

A diferencia de otros países, las decisiones de los Tribunales de Resolución de Controversias de los organismos reguladores no pueden ser cuestionadas ante ninguna otra instancia en sede administrativa. Tampoco es posible que sus resoluciones puedan ser objeto de declaratoria de nulidad de oficio por las mismas razones³⁶.

En los dispositivos dictados por los organismos reguladores que disciplinan los procedimientos administrativos especiales para la resolución de controversias entre prestadores de servicios públicos, se ha previsto la posibilidad del recurso a técnicas alternativas de resolución de controversia como la conciliación y el arbitraje. Se propicia la conciliación al iniciarse el trámite del procedimiento administrativo ante los respectivos Cuerpos Colegiados en primera instancia³⁷. De llegarse a un acuerdo entre las empresas en conflicto debe someterse a la aprobación del Cuerpo Colegiado quien puede rechazarlo de considerarlo contrario al ordenamiento jurídico. El acuerdo de conciliación aprobado surte el efecto de resolución final, determinando el fin del procedimiento administrativo.

En el ámbito del servicio público de telecomunicaciones se ha previsto que el respectivo organismo regulador –OSIPTEL- pueda actuar como institución organizadora de arbitrajes para la solución de controversias

³⁶ Ley N° 27444, de procedimiento administrativo general, numeral 2.8 del art. V y art. 202.5: "Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en sede administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio....."

³⁷ Reglamento General de OSIPTEL para la solución de controversias entre empresas, citado anteriormente, arts. 52° al 56° y reglamento de OSINERG con el mismo objeto aprobado por R.C.D. N° 0826-2002-OS/CD, pub: 9/5/2002, arts. 40° a 42°. En el caso de OSITRAN, su reglamento general para la solución de controversias vigente aprobado por R.C.D. N° 002-2004-CD/OSITRAN de 15/1/2004, establece en su art. 59° que en cualquier estado del procedimiento, el respectivo cuerpo colegiado puede decidir citar a las partes a una audiencia de conciliación.

entre empresas operadoras, exceptuándose las materias que involucren el ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado y las referidas a las funciones que le compete desarrollar al regulador, entre otras³⁸. Esta vía arbitral, alternativa para las empresas y excluyente de la vía administrativa, constituye la única forma en que las empresas prestadoras pueden exceptuarse de la obligatoriedad de someter sus conflictos al procedimiento de solución de controversias en sede administrativa.

En las normas dictadas por el citado regulador de las telecomunicaciones –OSIPTEL- se distingue entre dos clases de procedimientos de resolución de conflictos: (i) los que versan sobre la comisión de una infracción administrativa y aquellos (ii) que no involucren la comisión de una infracción, estos últimos son los que hemos venido reseñando hasta el momento. La razón de la diferenciación radica en que conforme al artículo 27° de la ley N° 27336 de desarrollo de las funciones y facultades del citado organismo toda sanción administrativa debe ser impuesta previo procedimiento administrativo sancionador, en el cual la instrucción y la imposición de la sanción deberá recaer en órganos distintos, por lo que tratándose de procedimientos de resolución de controversias entre empresas operadoras que involucren la comisión de infracciones administrativas corresponde a la secretaría técnica, que constituye el órgano de apoyo del respectivo Cuerpo Colegiado, cumplir el rol de instructor del procedimiento conduciendo las investigaciones, para al terminar presentar un informe, emitiendo opinión sobre los extremos de la denuncia y recomendando la imposición de sanciones a que hubiere lugar, para que sea resuelto por el Cuerpo Colegiado en primera instancia³⁹, cuya resolución podrá ser apelada ante el Tribunal de Resolución de Controversias de la entidad cuyo pronunciamiento agota en definitiva la vía administrativa.

Con el mismo objetivo de enfatizar las diferencias entre el procedimiento de solución de controversias entre empresas prestadoras, con el procedimiento administrativo que derive en la imposición de sanciones, en el reglamento general de solución de controversias entre empresas de

³⁸ Reglamento de arbitraje aprobado mediante R.C.D. N° 011-99-CD/OSIPTEL de 8/7/99 y normas sobre materias arbitrales aprobadas mediante R.C.D. N° 012-99-CD/OSIPTEL, pub: 9/7/1999. De manera similar OSITRAN ha previsto la posibilidad del arbitraje en su reglamento general antes citado arts. 86° al 92°.

³⁹ Un ejemplo de procedimiento de resolución de controversias entre empresas prestadoras por parte del cuerpo colegiado de OSIPTEL, que concluye declarando fundada la denuncia del actor y ordenando a la empresa denunciada corregir su conducta, a la vez que le aplica una sanción al haberse determinado la comisión de una infracción, lo constituye la R. N° 016-2001-CCO/OSIPTEL, pub: 29/6/2002 .

OSIPTEL se ha contemplado expresamente el supuesto que se detecte la comisión de posibles infracciones durante la tramitación de cualquiera de los referidos procedimientos administrativos, caso en el cual se ceñirá a las reglas especiales establecidas en los arts 93º y 94º del citado reglamento.

En el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de otros países, no se le otorga competencia a los organismos reguladores para pronunciarse sobre pretensiones indemnizatorias formuladas por las empresas operadoras, lo cual en nuestra opinión encuentra fundamento en que se trata de materia (la responsabilidad civil) de derecho común que sólo compete resolver ante instancias jurisdiccionales y no en sede administrativa.

Según AGUILAR VALDEZ,⁴⁰ si el marco jurídico específico de determinado servicio público no ha establecido reglas especiales para los agentes económicos del sector que se aparten de las reglas del derecho común, el respectivo organismo regulador carece de competencia para pronunciarse sobre estas últimas materias, porque "...la mera aplicación de normas y principios del derecho común -derecho de las obligaciones civiles y comerciales o de la responsabilidad civil- excede la tarea regulatoria que le corresponde desarrollar al ente regulador". Agrega este autor que sólo cuando "...las normas del Derecho común resultan insuficientes para asegurar la realización de transacciones en condiciones de mercado es que el Estado decide su intervención por medio de la regulación económica, ámbito cuyas normas pertenecen al campo del Derecho público aún cuando se apliquen a relaciones entre particulares. En este sentido, precisamente, la intervención de la regulación económica supone extraer una determinada cuestión del campo del Derecho privado - ámbito de las transacciones del mercado- para llevarlo al del Derecho público, donde se simula la existencia del mercado. De esta manera, si se ha legislado en forma especial sobre la materia-v.gr. limitando la responsabilidad civil del prestador-, allí nos encontramos ante un supuesto claro de intervención estatal por vía de la regulación económica, que supone haber extraído una determinada cuestión de las normas del Derecho común". De lo anterior deducimos que de no existir regulación especial sobre la determinación de responsabilidad, el regulador no tiene potestad para pronunciarse sobre la materia.

⁴⁰ Oscar Aguilar Valdez "El acto administrativo regulatorio", opus cit., pg 450 a 452.

Una postura diferente es la de BIANCHI,⁴¹ quien opina militantemente a favor de que los entes reguladores puedan resolver controversias sobre daños y perjuicios contra empresas operadoras cuando sean reclamados por los usuarios que se consideren perjudicados por la mala prestación del servicio. En su opinión "...es jurídicamente posible y prácticamente conveniente reconocer que los entes reguladores, cuya norma de creación les confiere la potestad de resolver controversias en el sentido judicial del término, tienen facultad para resolver conflictos entre los sujetos contemplados en el marco regulatorio respectivo, vinculados con daños y perjuicios provocados con motivo de la prestación del servicio. Dichos daños y perjuicios deben ser analizados por el ente regulador con la misma amplitud y extensión con la que serían tratados por un tribunal judicial, que luego ejercerá la función revisora.....".

En lo que respecta al control jurisdiccional de las decisiones de los entes reguladores que resuelven controversias entre empresas prestadoras del respectivo servicio o actividad regulada, la doctrina norteamericana dice CASSAGNE⁴² ha elaborado la denominada teoría de la deferencia para restringir el control judicial de la actividad de las agencias reguladoras, de modo que "...la interpretación del ente regulador prevalece en la medida en que no sea manifiestamente errónea o contradictoria con la regulación, o bien en la medida que sea razonable cuando la ley es insuficiente o ambigua". El fundamento de esta teoría de la deferencia es que la complejidad técnica de los conflictos que se suscitan en materia de regulación de servicios públicos conduce a que sea preferible su análisis y resolución por organismos especializados -los reguladores- integrados por funcionarios independientes y especializados, en lugar de instancias judiciales que no están en capacidad de conocer las complejas condiciones de cada servicio público. Sin embargo, como bien señala CASSAGNE, dicha tesis, esbozada radicalmente, choca con la concepción dominante en el derecho constitucional y administrativo según la cual el control judicial de la legalidad de la actuación de la administración pública debe ser suficiente, con amplitud de debate y prueba; lo cual no impide que los tribunales puedan utilizar la citada teoría matizándola en función de cada caso. En el ordenamiento peruano, el nuevo diseño legal del proceso contencioso administrativo establecido por la ley N° 27584

⁴¹ Alberto Bianchi. *La regulación económica.*, opus cit., pgs. 296 a 322.

⁴² Juan Carlos Cassagne "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización". *RAP* N° 157, Madrid 2002. Pg. 488 y ss. También en: Alberto Bianchi, opus cit., pg. 287 y ss.

potencia las potestades de los jueces para evaluar la legalidad de la actuación de la administración pública.

VIII. FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE RECLAMOS DE LOS USUARIOS.

Como se comentó anteriormente, la Ley Marco de los organismos reguladores les confiere también la potestad de resolver en sede administrativa conflictos entre las empresas prestadoras y los usuarios de los servicios que regulan, lo cual constituye una competencia que han ejercido desde su creación.

De manera similar a lo acontecido con la resolución de los conflictos entre empresas prestadoras, hasta antes del inicio del proceso de promoción de la inversión privada en servicios públicos y concesiones de obras de infraestructura de transporte de uso público, es decir, cuando la prestación de los servicios se encontraba fundamentalmente en manos del Estado, generalmente a través de empresas estatales, no existía ningún tipo de procedimiento que prestara las debidas garantías para que los usuarios que se considerasen afectados por las empresas prestadoras estatales pudiesen acudir a alguna instancia administrativa especializada para formular sus reclamos, con instancias y plazos definidos.

Desde el punto de vista económico se justifica la intervención de los organismos reguladores en la solución de los reclamos que los usuarios formulen frente a las empresas prestadoras en las siguientes razones⁴³: (i) la asimetría de la información entre los usuarios y las empresas prestadoras; (ii) los altos costos de acudir al Poder Judicial, muchas veces en reclamos de poco monto y (iii) las restricciones que enfrentan los usuarios para poder cambiar de proveedor principalmente en aquellas actividades en las que operan monopolios naturales o no existen sustitutos plenamente similares.

Las reglas para la tramitación de los procedimientos administrativos de solución de reclamos de usuarios son dictadas por los organismos reguladores para sus respectivos ámbitos de competencia en ejercicio de la potestad normativa que la ley marco otorga a su Consejo Directivo⁴⁴.

⁴³ Ideas tomadas del documento "La regulación y el manejo de controversias de los sectores de telecomunicaciones y electricidad: un análisis institucional y comparativo", elaborado por el Grupo Apoyo, Lima 2001, pg. 15.

⁴⁴ En telecomunicaciones rige la Directiva aprobada mediante RCD N° 015-99-CD/OSIPTEL, pub: 26/07/1999, modificada parcialmente por las RCD N° 030 y 044 del año 2002, la RDC N°

Conforme a tales disposiciones los usuarios deben acudir en primera instancia a formular sus reclamos ante la propia empresa prestadora del servicio, lo que da inicio a un procedimiento administrativo especial que la empresa debe tramitar aplicando las disposiciones aprobadas para tal efecto por el regulador. La aplicación supletoria de la ley N° 27444 de procedimiento administrativo general en aquello no previsto por los reglamentos especiales, es también respaldada por lo establecido en el numeral 8) del artículo I del Título Preliminar de la citada ley que comprende bajo su ámbito de aplicación a : "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".

La empresa prestadora está sujeta a las disposiciones que regulan la tramitación del procedimiento de atención de reclamos de usuarios aprobadas por el respectivo organismo regulador, sus decisiones pueden ser apeladas ante órganos especializados del regulador, generalmente constituidos como tribunales administrativos, como es el caso del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios de OSIPTEL, conocido como "TRASU", del Tribunal Administrativo de Servicios de Saneamiento de la SUNASS conocido por sus siglas de "TRASS", el Tribunal de OSITRAN y la recientemente creada Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios - "JARU" de OSIPTEL. Estos tribunales administrativos están integrados por funcionarios a los que se exige cumplir determinadas calificaciones profesionales, designados por el Consejo Directivo del respectivo regulador. Sus decisiones en segunda y última instancia agotan la vía administrativa y sólo pueden ser impugnadas ante el Poder Judicial.

El objeto de los reclamos comprende las controversias relativas a los importes facturados, calidad del servicio, suspensión o corte del servicio injustificado, etc. No existe plazo para que los usuarios del servicio público de energía y de las empresas prestadoras sujetas a supervisión de OSITRAN puedan formular sus reclamos. En cambio, tratándose de los

096-2003-CD/OSIPTEL y la N° 030-2004-CD/OSIPTEL, pub: 31/3/2004; en electricidad sigue vigente la Directiva N° 001-99-OS/CD aprobada mediante RCD N° 482-1999-OS-CD, pub:4/8/1999 y la RCD N° 945-2002-OS-CD, pub: 9/5/2002 que reglamenta la junta de apelaciones de reclamos de usuarios; en saneamiento rige la RCD N° 33-2001-SUNASS-CD, pub: 9/7/2001 y en el campo de las concesiones de infraestructura de transporte, el antes citado reglamento aprobado mediante RCD N° 002-2004-CD/OSITRAN, de 15/1/2004, que regula también los reclamos de los usuarios de los servicios portuarios, aeroportuarios, de ferrocarriles y de carreteras concesionadas.

usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones y de saneamiento el plazo establecido para que puedan interponer reclamos generalmente ha sido muy breve (15 días hábiles), aunque los cuestionamientos formulados a la brevedad del plazo, entre otros, por la Defensoría del Pueblo⁴⁵, ha originado que en algunos reglamentos haya sido ampliado en beneficio de los usuarios. Así ha sucedido en el servicio público de telecomunicaciones, en el que una modificación a la Directiva que regula el procedimiento de atención de reclamos de usuarios⁴⁶ amplió el plazo de su presentación a dos meses, que incluso no se computa tratándose de reclamos por problemas de calidad, instalación, suspensión o corte del servicio, entre otros, en tanto subsista el hecho que da origen a los mismos. La citada Directiva establece que los mencionados plazos constituyen meras condiciones para acceder al procedimiento administrativo de atención de reclamos, cuyo vencimiento no limita el derecho del usuario para recurrir directamente a la vía judicial o arbitral, para resolver el fondo del asunto de los conceptos o materias reclamables.

Los usuarios no están obligados al pago de los servicios por la parte que es objeto de reclamación. El artículo 14° de la ley de protección al consumidor y todos los reglamentos que disciplinan los procedimientos administrativos de resolución de reclamos dictados por los organismos reguladores prohíben que en tales casos las empresas prestadoras suspendan la prestación del servicio, exijan el pago, o carguen el importe cuestionado a la facturación mensual que se emita con posterioridad al inicio del procedimiento de reclamo, o resuelvan el respectivo contrato con el reclamante, en tanto no se agote la vía administrativa. El incumplimiento de esta prohibición por parte de las empresas reclamadas constituye una infracción sancionable administrativamente con severidad⁴⁷.

La demora por parte de las empresas prestadoras para resolver el reclamo del usuario dentro de los plazos establecidos legalmente determina la aplicación del silencio administrativo positivo a favor del usuario, como una

⁴⁵ Mediante Resolución Defensorial N° 031-20017DP, pub: 8/8/2001, se aprobó el Informe Defensorial N° 59 "Plazo para la interposición de reclamos de usuarios en el servicio público de telecomunicaciones".

⁴⁶ La RCD N° 015-2002-CD/OSIPTEL, pub: 4/5/2002, a su vez modificada por la RCD N° 044-2002-CD/OSIPTEL, pub: 24/8/2002, dispositivos ambos que modifican el procedimiento de atención de reclamos aprobado por la RCD N° 015-99-CD/OSIPTEL anteriormente citada.

⁴⁷ Mediante resolución N° 028-2002-CD/OSIPTEL, pub: 29/6/2002, el Consejo Directivo de OSIPTEL declara infundada la apelación interpuesta contra una resolución del TRASU que aplicó una multa importante a una empresa de telecomunicaciones por haber requerido a un usuario que formuló oportunamente su reclamo el pago del monto objetado pese a existir un procedimiento en trámite.

*suerte de castigo a la empresa que no ha cumplido con su deber de actuar diligentemente*⁴⁸. Al respecto, me parece oportuno reproducir parte de la exposición de motivos de la Directiva aplicable a los procedimientos de atención de reclamos de los usuarios expedida por el regulador de las telecomunicaciones - OSIPTEL: "En el sistema actual, en principio, uno de los interesados en el conflicto es quien lo resuelve. Este esquema opera debido a que la información relevante para una toma de decisión adecuada se encuentra en el ámbito de dominio de la empresa operadora. Sin embargo, para equilibrar dicho sistema se deben establecer las medidas que incentiven a una decisión oportuna y suficientemente motivada de la empresa. Para el primer caso, nuestra legislación ya ha señalado el mecanismo: la tardía emisión o la ausencia de emisión de la decisión favorece al usuario...". Asimismo, "...en los casos que el TRASU advierta que la resolución emitida por la empresa operadora no se encuentre adecuadamente motivada.....resolverá el recurso a favor del usuario".

*Tratándose del procedimiento de apelación tramitado en segunda instancia ante el respectivo tribunal administrativo del regulador, si la empresa operadora no cumple con elevar la documentación relacionada con el recurso de apelación que haya interpuesto el usuario, en los plazos establecidos en la respectiva Directiva de procedimiento, el último párrafo del artículo 43° de dicho dispositivo establece que "...se podrá presumir que la empresa operadora ha reconsiderado su decisión y reconocido el sustento del reclamo del usuario, por lo que el mismo será declarado fundado por el TRASU".*⁴⁹

Como se puede observar, se trata de una regulación procedimental decididamente protectora de los usuarios que tiene por objetivo impedir que el lado fuerte de la relación -las empresas prestadoras- desatiendan su deber de resolver con apego a las reglas de la materia y del debido proceso, los reclamos de sus usuarios.

⁴⁸ Telecomunicaciones fue el primer sector en el que se estableció la aplicación del silencio administrativo positivo a favor del usuario en caso las empresas prestadoras no resuelvan la reclamación dentro del plazo. Posteriormente se amplió a los demás sectores, en parte por recomendación de la Defensoría del Pueblo que la formuló mediante la RD. N° 051-97/DP, pub: 15/10/1997.

⁴⁹ Dispositivo similar se establece en el ámbito de los servicios de saneamiento en el art. 59° del Reglamento de reclamos comerciales de usuarios aprobado mediante RCD N° 033-2001-SUNASS-CD antes citado.

En nuestra opinión, cuando las empresas prestadoras resuelven los reclamos formulados por sus usuarios, lo hacen en tanto concesionarios de un servicio público sujetos a las normas que disciplinan el régimen peculiar del mismo. Por tanto, actúan como particulares obligados a aplicar normas de procedimiento administrativo para resolver los conflictos suscitados con otros particulares -sus usuarios-, lo que sin embargo no implica obviamente que formen parte de la estructura de la administración pública estatal, ni que sus decisiones puedan considerarse formalmente actos administrativos en los términos que lo establece el Título I de la ley N° 27444 de procedimiento administrativo general .

En cambio, cuando el organismo regulador conoce en vía de apelación de las resoluciones de las empresas concesionarias, a través de su respectivo tribunal administrativo, nos encontramos frente a un procedimiento administrativo de tipo triangular, en el que como se ha referido anteriormente a propósito de la resolución de conflictos entre empresas, el órgano administrativo a cargo de resolver el reclamo debe articular los intereses privados contrapuestos -los del concesionario y el usuario- y armonizarlos con el interés público. Al respecto señala AGUILAR VALDEZ⁵⁰ que no se debe pensar que el organismo regulador es absolutamente neutral en la resolución de los conflictos sometidos a su conocimiento: "...ninguno de los tres extremos que configuran esa relación triangular -oferta, demanda y regulador- es neutral frente a la materia, contenido y extensión del conflicto ni respecto de la resolución que se adopte al respecto. Los tres extremos de esa relación tienen un claro interés en él. Para el regulador, la solución del conflicto es, ni más ni menos, que la aplicación y formulación de la política regulatoria. En efecto, ¿es factible admitir que el regulador es neutral respecto del resultado de la aplicación, en un caso concreto, de una determinada política tarifaria o respecto de un reclamo sobre la deficiente calidad de servicio o frente a la solución que se otorgue a un conflicto de interconexión o de acceso a infraestructuras? Antes que el derecho, la realidad cotidiana de la praxis regulatoria demuestra que tal neutralidad es claramente inexistente".Por tal motivo, aun cuando la decisión regulatoria resuelva un conflicto entre sujetos particulares, ella persigue un claro interés público -la formulación o ejecución de la política regulatoria, extremo éste que justifica la intervención pública en la actividad privada- y no la mera composición de intereses privados".

⁵⁰ Oscar Aguilar Valdez "El acto administrativo regulatorio", opus cit., pgs. 444 y 445.

Las decisiones de los organismos reguladores que resuelven en segunda y última instancia las apelaciones de los usuarios contra las resoluciones en primera instancia de las empresas operadoras de servicios públicos, agotan la vía administrativa y son susceptibles de impugnación judicial vía proceso contencioso administrativo por cualquiera de las partes - concesionario o usuario-.

Existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha determinado inequívocamente que las empresas concesionarias disconformes con la resolución del respectivo tribunal administrativo del organismo regulador competente están legitimadas para poder instar el control judicial de tales resoluciones⁵¹. En el caso citado, el alto tribunal desecha los argumentos vertidos por el organismo regulador demandado de que la empresa concesionaria que ha resuelto un reclamo de sus usuarios forma parte de la administración pública y como tal, está impedida de cuestionar judicialmente las resoluciones del regulador y más, bien señala que la empresa en cuestión "...no forma parte de la administración pública, sino que en su calidad de persona jurídica de derecho privado, concesionaria de un servicio público, está obligada a intervenir en dicho procedimiento por imperio de la última parte del artículo primero del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos⁵², pero a su vez, está sometida a las decisiones de aquella en cuanto a fiscalización y supervisión, a través del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía –OSINERG-...". La Fiscalía Suprema que emite el respectivo Dictamen señala además que "...si bien es cierto que dicha empresa concesionaria tiene por mandato expreso atender en primera instancia la reclamación hecha por los usuarios del servicio público de energía eléctrica, rigiéndose dicha actuación administrativa por la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, esta sola circunstancia no la convierte en parte integrante de la Administración Pública, toda vez que como empresa privada dedicada a la prestación del servicio público de electricidad por delegación, y no titular del mismo, actúa en nombre y por cuenta propia, manteniendo frente al Estado una posición e intereses diferentes y contrapuestos, lo que le da el derecho a la defensa de los mismos....." .

En lo que respecta a las pruebas que se pueden actuar durante los procedimientos de solución de reclamos de los usuarios, en el ámbito de

⁵¹ Exp. N° 1406-2000-Lima, seguido por Hidrandina S.A. contra OSINERG. Publicado en: Revista Peruana de Jurisprudencia N° 5, Trujillo - julio del 2001, pg. 117.

⁵² Dispositivo con un texto semejante al del numeral 8) del artículo II del Título Preliminar de la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General anteriormente glosado.

los servicios públicos de saneamiento y de electricidad cuya facturación al usuario se basa en el volumen del consumo registrado en los respectivos medidores, existe normativa que faculta a realizar la denominada contratación de los medidores a cargo de empresas acreditadas técnicamente para dicha labor por la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales de INDECOPI⁵³. En cambio, tratándose del servicio público de telecomunicaciones en el que no existen medidores que permitan determinar el importe de lo consumido, el Tribunal Administrativo de OSIPTEL - TRASU ha aprobado y publicado en el Diario Oficial Lineamientos Resolutivos⁵⁴ que tienen por objetivo orientar a los agentes que actúan en el mercado de las telecomunicaciones -concesionarios y usuarios-, permitiéndoles conocer (predictibilidad) los criterios generales que adopta el citado Tribunal para resolver los reclamos de los usuarios que son sometidos a su conocimiento en vías de apelación. El común denominador de tales lineamientos sobre el que quisiéramos llamar la atención es que teniendo en cuenta las peculiaridades del servicio público de telecomunicaciones en el que es inexistente un sistema de medidores de consumo, la carga de la prueba se traslada al concesionario, puesto que en su poder obra documentación e información de mayor consistencia.

Las normas que regulan los procedimientos administrativos especiales para atender los reclamos de los usuarios contemplan también la posibilidad de que las partes puedan arribar a acuerdos conciliatorios que en virtud de lo dispuesto por el artículo 228° de la Ley N° 27444 de procedimiento administrativo general deberán ser sometidos a la aprobación del respectivo tribunal administrativo, que en caso de ser otorgada agota la vía administrativa.

En cuanto a la posibilidad de que el regulador ejecute directamente sus decisiones que resuelven controversias entre concesionarios y usuarios, cabe recordar que en nuestro ordenamiento administrativo rige la regla de la ejecutoriedad del acto administrativo recogida en el artículo 192° de la Ley N° 27444 de procedimiento administrativo general, sustentada en el

⁵³ Sobre el tema ver: Informe. Boletín del Estudio Benites, Mercado & Ugaz abogados. Edición Especial dedicada al Derecho Administrativo. Diciembre de 1998. Pgs. 49 a 53.

⁵⁴ Lineamientos resolutivos para reclamos de servicio local medido en telefonía fija, aprobados mediante R. N° 01-98-LIN/TRASU-OSIPTEL, pub: 16/9/1998; Lineamientos resolutivos para reclamos de facturación de larga distancia nacional e internacional en telefonía fija, aprobados mediante R. N° 01-99-LIN/TRASU-OSIPTEL, pub: 4/5/1999 y Lineamientos resolutivos para reclamos de facturación de llamadas de telefonía fija, aprobados mediante R. N° 01-2000-LIN/TRASU-OSIPTEL, pub: 2/11/2000 que complementa los anteriores.

principio de autotutela administrativa, conforme al cual los órganos de la administración pública están facultados para proceder a la ejecución forzosa de sus decisiones. Sin embargo, consideramos que dicha potestad no puede ser utilizada en toda su extensión cuando la administración resuelve un conflicto entre dos particulares como es el caso de las controversias entre usuarios y concesionarios -por ejemplo, si decide que la empresa devuelva al usuario reclamante importes indebidamente cobrados-. De los medios de ejecución forzosa que pueden emplear las entidades administrativas previstos por el artículo 196° de la citada ley de procedimiento administrativo general, en nuestra opinión la denominada "multa coercitiva" es el único instrumento que podrían utilizar los organismos reguladores para forzar a la parte vencida al cumplimiento de sus decisiones, siempre que de conformidad a lo previsto en el artículo 199° de la referida ley, la posibilidad de aplicar dicha modalidad haya sido expresamente contemplada en las normas que rigen el sector⁵⁵. De lo contrario, las decisiones que reconozcan derechos a los usuarios que deban ser cumplidas por la empresa operadora carecen de mecanismo de ejecución forzosa en sede administrativa. Sin perjuicio, claro está que el regulador puede aplicarle al concesionario las sanciones previstas que se deriven de su conducta omisiva, siempre y cuando dicho comportamiento sea legalmente considerado una infracción a sus deberes de acatamiento de lo decidido por el regulador⁵⁶.

Al respecto, conviene recordar que en la ley de protección al consumidor⁵⁷ cuya tutela en sede administrativa corresponde al Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI- se establece que las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas a favor del consumidor, siempre que queden consentidas o agoten la vía administrativa, constituyen Títulos de Ejecución que lo legitiman a solicitar su ejecución en sede judicial (art. 43°). Por tanto, la ejecución de dichas

⁵⁵ En telecomunicaciones el art. 34° de la ley N° 27336 de desarrollo de las funciones y facultades de OSIPTEL y los artículos 65° y 66° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, modificado por la RCD N° 048-2001-CD/OSIPTEL, pub: 29/6/2002, permiten que los órganos competentes de dicho regulador puedan imponer multas coercitivas en caso de incumplimiento de sus resoluciones con el objeto de vencer la resistencia de la empresa reuente .

⁵⁶ En telecomunicaciones los artículos 42° al 45° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones aprobado mediante RCD N° 002-99-CD-OSIPTEL, pub: 14/2/1999, modificado parcialmente por la RCD citada en la nota anterior, tipifican como infracción el incumplimiento de las empresas de los mandatos o resoluciones de las instancias competentes de OSIPTEL. Similar situación acontece en el ámbito de electricidad y en las concesiones supervisadas por OSITRAN .

⁵⁷ Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 716 Ley de Protección del consumidor, aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, pub: 11/12/2000.

decisiones que de conformidad con el art. 42° de la citada ley pueden consistir en la reposición y reparación de productos, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor, etc., no corresponde al organismo administrativo que las emite, por cuanto no puede utilizar las potestades de autotutela que se le confieren en beneficio exclusivo de un particular, razón por la cual sólo cabe que el interesado en su cumplimiento acuda al Poder Judicial para que proceda a ordenar su ejecución .

A continuación reseñaremos un caso publicado hace un tiempo en el Diario Oficial que consideramos ilustrativo del alcance de las potestades de los reguladores para proceder directamente a la ejecución forzosa de sus decisiones cuando resuelven conflictos entre dos particulares. Aunque el caso en cuestión está referido a la resolución de controversias entre empresas prestadoras, en nuestra opinión es posible tomarlo como referencia para las decisiones que emiten los órganos competentes de los reguladores como consecuencia del ejercicio de la potestad de resolver reclamos de los usuarios contra las empresas prestadoras. En el caso concreto, el cuerpo colegiado de OSIPTEL mediante resolución N° 016-2001-CCO/OSIPTEL⁵⁸, decidió declarar fundada la pretensión de la empresa denunciante y en tal virtud ordenó que en determinado plazo la empresa denunciada debería adoptar medidas correctivas de su conducta considerada infractora de las normas que regulan el régimen de interconexión de redes, a la vez que como consecuencia le aplica una sanción de multa. Ante el incumplimiento de la citada resolución, la secretaría técnica del cuerpo colegiado inició de oficio un procedimiento de investigación de comisión de infracciones que concluyó con la emisión del correspondiente informe instructivo que sirvió de base para que el mismo cuerpo colegiado mediante resolución N° 020-2002-CCO/OSIPTEL⁵⁹ decidiera aplicar una nueva multa a la empresa denunciada por haber incurrido en la infracción muy grave de no cumplir una resolución del citado cuerpo colegiado y adicionalmente se ordena la aplicación de multas coercitivas que se devengarán cada 15 días calendario por tiempo indefinido hasta que la empresa denunciada cumpla con ejecutar la medida correctiva dispuesta por el regulador.

⁵⁸ Expedida el 7/12/2001, aunque publicada el 29/6/2002.

⁵⁹ Expedida el 18/2/2002, aunque publicada también el 29/6/2002.
