

INSTITUTO APOYO

LA REGULACIÓN Y EL MANEJO DE
CONTROVERSIAS DE LOS SECTORES DE
TELECOMUNICACIONES Y ELECTRICIDAD:
UN ANÁLISIS INSTITUCIONAL
COMPARATIVO

Documento de Trabajo N° 5

Autoras:

Lorena Alcázar

lav@iapoyo.org.pe

Pierina Pollarolo

ppollarolo@terra.com.pe

Noviembre 2000

Este estudio fue auspiciado por la agencia canadiense International Development Research Centre (IDRC) a través del Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES). Durante el desarrollo del estudio se realizaron entrevistas con especialistas en el tema de regulación y con ejecutivos, funcionarios y ex-funcionarios de primer nivel de los organismos reguladores y de diferentes empresas de los sectores. Los autores expresan su agradecimiento a todos ellos por ofrecernos información de primera mano y permitirnos abordar la problemática desde diversos ángulos. Damos las gracias también a los participantes en el Taller del Consorcio de Investigación Económica y Social.

Finalmente agradecemos a Raúl Andrade, Mónica Bonifaz y Alejandro Salas por su colaboración a lo largo de esta investigación.

Índice

INTRODUCCIÓN.....	5
1. MARCO CONCEPTUAL: CARACTERÍSTICAS DE UNA REGULACION EFICIENTE	7
1.1. La dotación institucional de un país.....	7
1.2. Características institucionales deseables.....	9
1.3. Características institucionales específicas del sistema de solución de controversias.....	12
2. EL MARCO REGULATORIO DE LOS SECTORES TELECOMUNICACIONES Y ELÉCTRICO....	14
2.1. El sector Telecomunicaciones.....	14
2.1.1. Entidades competentes.....	17
2.2. El sector eléctrico.....	20
2.2.1. Entidades competentes.....	22
2.3. Análisis comparativo institucional de los marcos generales de regulación.....	24
3. ANÁLISIS DE CONTROVERSIAS CON EMPRESAS.....	29
3.1. Sector telecomunicaciones.....	30
3.1.1. Descripción y análisis de procedimientos.....	30
3.1.2. La controversia del <i>roaming</i>	35
3.1.3. La controversia RCP-TdP.....	38
3.1.4. Análisis por variables.....	40
3.1.5. Análisis global.....	44
3.2. El sector eléctrico.....	45
3.2.1. Descripción y análisis de procedimientos.....	45
3.2.2. El caso del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR).....	46
3.2.3. La concentración en el mercado eléctrico.....	49
3.2.4. Análisis por variables.....	53
3.2.5. Análisis global.....	56
4. ANÁLISIS DE CONTROVERSIAS CON USUARIOS.....	57
4.1. El sector telecomunicaciones.....	59
4.1.1. Entidades competentes.....	60
4.1.2. Los casos más frecuentes.....	64
4.2. El sector eléctrico.....	66
4.2.1. Entidades competentes.....	67
4.2.2. Los casos más frecuentes.....	70
4.3. Análisis comparativo institucional.....	73
5. CONCLUSIONES.....	76
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83
ANEXO: Controversias entre empresas con participación de Osiptel.....	87

INTRODUCCIÓN

En 1990 el gobierno inició un programa de reformas estructurales para ampliar la participación del sector privado en la economía y promover las inversiones en el país. Dentro de este programa llevó a cabo una serie de privatizaciones entre las que destacaron las de las empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones —la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) y Entel Perú— y varias empresas de generación y distribución de energía eléctrica. Estos procesos de privatización fueron paralelos a la creación de organismos reguladores para cada uno de estos sectores.

Sin embargo, hubo importantes diferencias en el proceso de privatización y en los marcos regulatorios creados para cada sector. Así, mientras que en el sector telecomunicaciones el Estado transfirió desde un principio sus funciones al sector privado para centrarse en el papel de regulador (con la creación del Organismo para la Supervisión de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, Osiptel), en el caso del sector eléctrico el proceso fue gradual, y el Estado mantuvo una importante participación como productor y proveedor de servicios a la vez que empezaba a desarrollar su función reguladora —a través del Ministerio de Energía y Minas (MEM), de la Comisión de Tarifas de Energía (CTE), del Instituto de Defensa del Consumidor y de la Propiedad Intelectual (Indecopi), y, más tarde, del Organismo para la Supervisión de la Inversión en Energía (Osinerg)—. Adicionalmente, mientras que en el sector de las telecomunicaciones se fomentó el ingreso de nuevas empresas para competir con Telefónica del Perú (TdP), en el sector eléctrico el proceso de privatización se paralizó.

Por otro lado, durante los últimos años la teoría sobre regulación ha dado gran importancia a los aspectos institucionales, generando una serie de hipótesis con relación a las características que un marco regulatorio debe tener para operar eficientemente. En general, estos nuevos estudios arguyen que el desempeño de las reformas está en buena parte condicionado por la efectividad de los incentivos y penalidades establecidos en los contratos y la normatividad del sector y por la credibilidad de los mismos. Así, la normatividad debe ser explícita, clara y completa, pero al mismo tiempo debe contemplar su adecuación a los posibles cambios en el sector, logrando un adecuado equilibrio entre el grado de flexibilidad

y compromiso que establecen los contratos y la regulación del sector. Asimismo, los marcos regulatorios deben asegurar la existencia de mecanismos claros, autónomos, creíbles y eficientes para la resolución de conflictos.

A pesar del creciente interés por aspectos institucionales de la regulación, aún no se conocen estudios que analicen rigurosamente los marcos regulatorios y el manejo de controversias de los sectores de telecomunicaciones y eléctrico del Perú.¹

Sobre la base de un marco conceptual desarrollado a partir de la literatura mencionada, el presente trabajo busca analizar desde una perspectiva comparativa los marcos regulatorios de los sectores de telecomunicaciones y de electricidad con especial énfasis en su capacidad para resolver conflictos al interior de dicho sector. Los objetivos específicos han sido los siguientes:

- Analizar desde una perspectiva institucional comparativa los marcos y organismos regulatorios de los sectores de telecomunicaciones y eléctrico.
- Analizar las características de los procesos y organismos encargados de la resolución de controversias con empresas de ambos sectores, así como el manejo y características específicas de dos controversias seleccionadas en cada sector.
- Analizar los procesos y organismos encargados de la resolución de controversias entre empresas y usuarios de ambos sectores, así como el manejo específico de algunos de los casos tipo más importantes.
- De acuerdo a los resultados obtenidos, identificar los principales problemas de los marcos regulatorios.

El análisis de las controversias entre el organismo regulador y las empresas, entre dos o más empresas y entre empresas y usuarios, tiene como principales objetivos identificar el origen de los conflictos (“vacíos normativos”, cambios en el sector o en las condiciones políticas o económicas) y analizar la efectividad de los mecanismos institucionales que se usaron para resolverlos.

¹ Existen, sin embargo, algunos estudios individuales para cada sector o para algunos aspectos específicos en términos comparativos.

Con este fin, el estudio se basa principalmente en el análisis exhaustivo de los marcos legales, de los expedientes en los que consta el procesamiento de las controversias, y en entrevistas a agentes de los sectores (de las empresas reguladas, organismos reguladores y otros expertos). Las controversias con empresas seleccionadas para el estudio en el caso de telecomunicaciones son: la controversia entre Tele 2000 y Telefónica del Perú (TdP) y la controversia entre la Red Científica Peruana (RCP) y TdP. En el caso del sector eléctrico, se estudian: la controversia alrededor del Valor Nuevo de Reemplazo en la que participaron las empresas distribuidoras Edelnor y Luz del Sur y la Comisión de Tarifas de Energía (CTE) y la controversia generada a raíz de los actos de concentración de las empresas pertenecientes al Grupo Endesa.

1. MARCO CONCEPTUAL: CARACTERÍSTICAS DE UNA REGULACIÓN EFICIENTE

Desde el punto de vista económico, la regulación consiste en restricciones impuestas por el Estado para incentivar o monitorear las decisiones de los agentes en situaciones en las que existen fallas de mercado, con el objetivo de incrementar el bienestar social.² En otras palabras la regulación es el establecimiento de reglas de juego para los agentes que operan en los mercados que no son perfectamente competitivos.

La efectividad de los mecanismos regulatorios depende no sólo de cuan bien diseñados estén los instrumentos regulatorios (tarifas, restricciones a la entrada y salida del mercado y el monitoreo de la calidad), sino del contexto y la dotación institucional en los que dicho instrumento es aplicado. Así, por ejemplo, si no existe un sistema judicial eficiente, existirán menos incentivos para cumplir los acuerdos asumidos, por lo que se deben desarrollar mecanismos efectivos de solución de controversias con sanciones que generen efectos disuasivos.

² Véase Viscusi, Vernon y Harrington, 1992.

1.1 La dotación institucional de un país

Siguiendo a North (1990), la dotación institucional de un país está conformada por cuatro elementos³; el Poder Ejecutivo y Legislativo; el sistema judicial; las normas informales aceptadas por la sociedad; y la capacidad administrativa de los organismos públicos. En otras palabras, ello significa que el proceso para la promulgación de leyes, la capacidad de hacerlas cumplir, las costumbres e ideas de la sociedad con respecto a las mismas, y la capacidad de los funcionarios públicos para trabajar eficientemente, definen el contexto en el que el marco regulatorio es implementado.

La importancia de este contexto para la regulación ha sido enfatizada de manera general en trabajos como el de Romer y Rosenthal (1987) y Campos (1989). Ellos sostienen que las características del proceso político de toma de decisiones y de las relaciones entre los poderes del Estado son cruciales para la eficiencia de la regulación. Los argumentos para esto varían desde la presión que determinados grupos pueden ejercer para influir sobre las decisiones, hasta la incertidumbre generada por poderes poco técnicos y erráticos. Así por ejemplo, cuando las fuerzas políticas no interactúan de manera eficiente y técnica, el proceso regulatorio puede funcionar como un canal para demandar beneficios (Romer y Rosenthal, 1987).⁴

En la medida en que la dotación institucional de un país y la interacción entre sus distintos componentes mejore, será más fácil generar un marco regulatorio transparente y creíble. Guasch y Spiller (1998) mencionan tres objetivos específicos que se debe intentar lograr con la dotación institucional de un país para un contexto favorable a la regulación: (i) que la discrecionalidad del organismo regulatorio sea compensada a través de una legislación clara para fiscalizar sus

³ Un análisis acerca del mejor funcionamiento de estos elementos pueden encontrarse en North (1990).

⁴ El contexto institucional también ha sido analizado en mercados específicos. El trabajo de Levy y Spiller (1994), así como los de Hill y Abdalá (1993), Esfahani (1994), Spiller y Sampson (1994) y Spiller y Vogelsang (1994), analizan la influencia que tuvo el proceso político y la dotación institucional en la implementación de los marcos regulatorios del sector telecomunicaciones en varios países. Barnett y Carrol (1993) aplican el mismo tipo de análisis para estudiar los años iniciales del desarrollo del mercado de telecomunicaciones en Estados Unidos. En estos trabajos, la interacción entre las reglas de juego políticas de cada país fue determinante para diseñar marcos regulatorios en el sector telecomunicaciones con distintas características.

acciones que disminuya su incentivo para tener un comportamiento oportunista, (ii) que las restricciones formales o informales limiten la habilidad del poder ejecutivo para cambiar el marco regulatorio y (iii) que las instituciones contribuyan a que dichas restricciones funcionen eficientemente.

Aunque hay características difíciles de modificar en el tiempo en la dotación institucional de un país, es posible, a través del uso combinado de diversos instrumentos, generar marcos regulatorios que sean confiables y creíbles para los agentes privados.

Dado que es difícil para los gobiernos asegurar su compromiso con las empresas privadas que proveen servicios públicos, una manera de garantizar el cumplimiento de los compromisos por ambas partes es establecer contratos. En muchos países el marco regulatorio se sustenta en contratos formales que pueden tomar la forma de licencias de operación que especifican el marco en el que las empresas llevarán a cabo sus actividades. La vigencia de los contratos dependerá de la capacidad de las partes para hacerlos cumplir, por lo que la capacidad administrativa⁵ y el contexto judicial del país influirán sobre la efectividad de este instrumento.

La ventaja de establecer un marco regulatorio a través de contratos es que cualquier enmienda a la licencia requiere usualmente del acuerdo entre ambas partes. En este sentido, se gana credibilidad en el marco regulatorio, aunque se sacrifica flexibilidad (se requiere de negociación para cualquier modificación al marco regulatorio).

⁵ Crocker y Masten (1996), sin embargo, enfatizan la importancia de reducir los costos de transacción en el diseño y monitoreo de los contratos para mejorar la regulación a través de este instrumento.

1.2 Características institucionales deseables

El marco regulatorio debe ser diseñado para monitorear las decisiones de los agentes privados e incorporar mecanismos competitivos en contextos en donde prevalecen las fallas de mercado. Para lograr este objetivo el marco regulatorio debe, en lo posible, cumplir con ciertos requisitos que faciliten el desempeño de los funcionarios reguladores dentro de una clara delimitación de funciones. En este contexto, el diseño institucional es importante pues crea las reglas de juego a las que los funcionarios responden.

A continuación se presenta y discute una selección de variables institucionales (características institucionales deseables) extraídas de la literatura que contribuirán a analizar y evaluar los marcos regulatorios generales, los organismos reguladores y los mecanismos de solución de controversias. El análisis empírico de los capítulos siguientes se basará en la evaluación de los marcos regulatorios de acuerdo a cada una de una de estas variables.

a) Del marco regulatorio

Establecimiento del marco regulatorio en la fase inicial de la reforma (timing)

El establecimiento del marco regulatorio en las etapas iniciales de la reforma contribuye a incrementar la confianza por parte de los agentes privados (quienes ingresan conociendo las reglas) y a reducir la posibilidad de cambios constantes en las reglas de juego. Esta característica, conocida como “*timing*” también beneficia al órgano regulador, pues reduce las posibilidades de recibir presiones. Si el marco no está bien establecido al iniciarse la reforma, es probable que los agentes privados que participan en el sector ejerzan presión para que su diseño se acomode a sus intereses particulares.

Establecimiento de un marco claro, que asegure una eficiente asignación de incentivos y penalidades

El marco regulador debe ser claro, comprensible y fácil de aplicar. Se deben evitar los vacíos legales y ambigüedades en temas cruciales como tarifas, planes de expansión, calidad del servicio y asignación de funciones.

La eficiencia en el desarrollo de las actividades en un sector sujeto a regulación depende en gran medida de cómo se asignan los incentivos en el mercado (Alcázar y Brook Cowen, 1996). El marco regulatorio debe considerar que aquéllos que asumen el riesgo de una inversión costosa deben recibir una compensación adecuada por ello. Asimismo, se debe establecer claramente las penalidades y sanciones en caso de incumplimiento de algunos términos del contrato.

Equilibrio entre estabilidad y flexibilidad

Los marcos regulatorios deben incluir garantías para la estabilidad en las reglas de juego, especialmente en países en los que el contexto institucional es débil e inestable. Es importante que los agentes económicos involucrados crean en la estabilidad de las reglas de juego y no perciban que el marco legal puede “cambiar ante cualquier eventualidad”. Así, el marco regulatorio debe ser lo suficientemente específico como para evitar cambios ante eventualidades que perjudiquen a alguno los agentes involucrados y debe establecer mecanismos que aseguren la estabilidad de dichas especificaciones.

Por lo general, es posible establecer con algún grado de certeza el marco legal para la integridad de las actividades en un mercado donde los cambios son previsibles. Sin embargo, es necesario que sea factible modificar o ir mejorando la legislación para solucionar situaciones imprevistas. En particular, en los mercados en donde la inversión en tecnología es pieza clave para la competencia en el sector, el marco regulador debe ser suficientemente flexible para introducir dichos cambios. En este sentido se discute si el marco regulatorio debe implementarse a través de leyes o contratos. Tal como se mencionó cuando se presentaron los principales instrumentos para la implementar los marcos regulatorios, se puede establecer los lineamientos generales a través de leyes, y especificar los detalles en los contratos de concesión.

Se tiene entonces que el marco regulatorio debe asegurar estabilidad pero debe, al mismo tiempo, ser flexible para adaptarse a situaciones no previstas. Lograr el equilibrio entre estas dos condiciones presenta un problema en el diseño de los

marcos regulatorios: un marco regulatorio muy flexible puede generar la percepción de inestabilidad en las reglas.⁶

b) Del organismo regulador

Autonomía

La literatura sobre regulación pone énfasis en la autonomía económica, política y administrativa del organismo regulador como la característica imprescindible para asegurar la eficacia del marco institucional. Se asume que la autonomía favorecerá el fortalecimiento técnico del organismo y evitará que su actuación del organismo regulador dependa de los ciclos políticos.

La posibilidad de que una entidad pública —ministerio, organismo autónomo, municipalidad— no se comporte de manera técnica y sirva a intereses exclusivamente políticos o particulares y no al bien común es un tema recurrente de la administración pública. Pero los riesgos de injerencia política y presión de grupos de interés son vistos como un problema mayor cuando se trata de organismos reguladores debido a que éstos tienen facultades sobre los agentes privados y el mercado que no tienen otras entidades públicas. Así, una agencia reguladora del mercado puede afectar seriamente derechos constitucionalmente protegidos, como el derecho a la libre contratación y el derecho a la propiedad.

La literatura sobre regulación ha desarrollado ampliamente el tema de la autonomía. Se señala que ésta implica proveer al organismo regulador de un adecuado marco jurídico y de recursos técnicos y económicos. Dentro de estos recursos, los que garantizarán la autonomía con respecto al sector privado, son el nivel salarial y la supervisión de la inserción laboral de los funcionarios de la agencia una vez terminado su periodo. Los salarios altos permiten captar profesionales de alto nivel que puedan negociar de igual a igual con funcionarios de la empresa regulada y que no se vean tentados por empresas del sector. En el

⁶ Este problema conocido como *flexibility vs. commitment* ha sido estudiado con algún grado de profundidad en la literatura. Guasch y Spiller (1998) señalan que la necesidad de tener un marco regulatorio que limite las posibilidades de una conducta oportunista por parte de los agentes, requiere que esté especificado en gran detalle. Esta especificación resta posibilidades de introducir nuevos conceptos en el marco, de corregirlo y mejorarlo. Bradburd (1996:2) señala que ante la ausencia de flexibilidad en la regulación, o por el contrario, la aparición de rigideces, se puede

mismo sentido, debe estar reglamentada la forma como los funcionarios se incorporan al sector privado una vez finalizado su contrato en la agencia reguladora. Por lo general, las empresas reguladas tienen incentivos para contratar ex-funcionarios de la agencia, quienes poseen experiencia e información privilegiada sobre las políticas del sector. La expectativa de obtener en el futuro inmediato un puesto en el sector privado podría afectar el comportamiento de los funcionarios.

Sobre la autonomía política, se recomienda que los nombramientos de los directivos se hagan de manera transparente, por períodos largos y con estabilidad, con causales específicas de remoción. Ello plantea problemas constitucionales para los países que, como el Perú, tienen regímenes presidencialistas en los que se exige que los ministros respondan políticamente frente al Congreso por todas las entidades públicas que conforman el Poder Ejecutivo. En estos sistemas constitucionales no existen “entidades del Poder Ejecutivo autónomas”, como es posible en el sistema constitucional norteamericano. Por ello, para que la autonomía frente otros poderes del Estado sea efectiva, debería darse a los organismos reguladores el *status* de organismo constitucional autónomo, reconocido y regulado por la Constitución, de manera similar al Banco Central de Reserva y la Contraloría General de la República, por ejemplo.

Es importante señalar que la autonomía debe ir acompañada de un mecanismo eficiente de rendición de cuentas. Una agencia con mucha autonomía pero sin la necesidad de rendir cuentas a otras instancias tiene la posibilidad de actuar “incorrectamente” sin temor a ser fiscalizada. Para incrementar la rendición de cuentas, Guasch y Spiller (1998) señalan dos posibilidades: la existencia de un mecanismo de rendición de cuentas formal ante alguna instancia del Estado, o que la misma agencia mejore sus sistemas de rendición de cuentas informando al sector público sus decisiones.

Clara delimitación de funciones

Las funciones y competencias deben estar claramente definidas entre los diferentes organismos reguladores y entre éstos y otros organismos gubernamentales involucrados. Esto es importante para garantizar que no existan ni duplicidad de

generar niveles de ineficiencia en la actividad reguladora que perjudiquen la provisión de los servicios en el largo plazo.

funciones ni vacíos de responsabilidad que generen ineficiencias y puedan ser aprovechados por los demás agentes del sector. Adicionalmente, deben de existir claros mecanismos de coordinación entre los diferentes organismos públicos involucrados.

Capacidad institucional

Es sumamente importante que los organismos reguladores cuenten con personal técnicamente preparado y con capacidad de gestión para tratar y hacer frente de manera competitiva a los demás agentes del sector.

1.3. Características institucionales específicas del sistema de solución de controversias

De manera más específica, la efectividad de los mecanismos de solución de controversias depende de dos tipos de variables. Un primer grupo de variables proviene de las características institucionales del marco regulatorio y del organismo regulador, explicadas en la sección anterior. El segundo grupo incluye variables institucionales directamente relacionadas con el proceso de solución de controversias en sí, es decir, de la manera como se estructuren los procedimientos para confrontar los problemas que se presenten en el mercado.

Con relación al primer grupo, variables como el “*timing*”, la autonomía económica y administrativa del órgano regulador, el establecimiento de un marco legal sencillo y una clara delimitación de funciones, y el logro de un equilibrio entre el compromiso con las normas establecidas y la flexibilidad de las mismas, contribuirán para que los mecanismos de solución de controversias funcionen de manera fluida y que las sanciones y sentencias sean objetivas.

Con respecto al segundo grupo de variables, aquellas relacionadas al proceso de solución de controversias en sí, se pueden mencionar como las más relevantes son las siguientes:

Estructura de sanciones clara y capaz de generar efectos disuasivos

La estructura de sanciones debe ser lo suficientemente clara y severa como para evitar la reincidencia del infractor y generar disuasivos en el resto de agentes que

participan en el mercado. Vale la pena señalar que no basta con que las sanciones sean elevadas, también deben ser efectivamente cumplidas pues de lo contrario se puede dar señales erradas que incentiven actividades poco competitivas.

Capacidad y autonomía de los órganos encargados de resolver controversias

El marco regulatorio debe incluir la formación de órganos con capacidad y autonomía encargados de la solución de controversias. Estos deben estar integrados por expertos el funcionamiento de los mercados de servicios públicos, desde la perspectiva legal y económica. Es conveniente que se logre un equilibrio entre los especialistas en temas concernientes a las características técnicas de la controversia en cuestión y aquéllos más especializados en temas de regulación y procedimientos que puedan monitorear el proceso de solución. Los participantes deben ser independientes, tanto con respecto al organismo regulador como a los otros agentes privados involucrados. Estos órganos deben disponer de facilidades de trabajo y apoyo técnico de los organismos reguladores.

Capacidad para obtener medios probatorios

La solución efectiva de una controversia dependerá en gran medida de la capacidad para la obtención de medios probatorios. Si el órgano de resolución de controversias no puede acceder a información y a medio que le permitan llegar a la verdad y fundamentar sus resoluciones, será difícil que cumpla con sus objetivos o, en todo caso, sus resoluciones adolecerán de gran debilidad. Por un lado, las empresas involucradas en la controversia pueden tener incentivos para no proveer la información requerida. Por otro lado, muchas de las pruebas pueden estar relacionadas con terceras partes, quienes no tienen incentivos para colaborar con el órgano regulador por temor a represalias por parte de la empresa privada que está siendo investigada. Por ello, es importante contar con un sistema de incentivos y sanciones que presione a los agentes a entregar la información solicitada y dotar al organismo encargado de la resolución de conflictos de facultades de investigación y requerimiento de información suficientes.

Capacidad de enforcement

El “*enforcement*” se refiere a la capacidad de hacer cumplir con las normas y mandatos de los organismos encargados de la solución de controversias. Los

órganos reguladores deben contar con los medios necesarios para forzar a los agentes a cumplir lo estipulado en sus marcos regulatorios y resoluciones.

2. EL MARCO REGULATORIO DE LOS SECTORES TELECOMUNICACIONES Y ELÉCTRICO

A principios de los años noventa, el gobierno peruano emprendió una serie de medidas orientadas a terminar con el monopolio del Estado en los sectores telecomunicaciones y electricidad, eliminando restricciones a la inversión extranjera, impulsando la desregulación de mercados y favoreciendo la privatización de empresas públicas. Si bien las medidas en ambos sectores se orientaron hacia objetivos similares, los tiempos y procesos presentan diferencias importantes, los cuales se debieron fundamentalmente a la naturaleza del servicio y del monopolio estatal.

2.1. El sector telecomunicaciones

La Ley de Telecomunicaciones (LT) promulgada en 1991 fue complementada en 1992 por los decretos leyes 26095 y 26096, referidos al papel que el Estado debía tener en el sector telecomunicaciones. En 1993 se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (TUO-LT) que recoge y ordena las normas con rango de ley relacionadas a la que modificaron la Ley de Telecomunicaciones. El reglamento de la Ley fue aprobado en 1994. Finalmente, la Ley 27336, del 5 de agosto del 2000, precisa normas en cuanto a las funciones del organismo regulador, y la Ley 27332, del 29 de julio del 2000, regula la composición de su órgano directivo.

El objetivo de la LT fue el de eliminar la exclusividad que tenía el Estado en la operación y provisión de los servicios de telecomunicaciones, promoviendo la transferencia de las empresas de telecomunicaciones al sector privado. La LT fue diseñada para promover la inversión extranjera en el sector y la libre competencia en todos los servicios de telecomunicaciones en los que fuera posible. Para ello, la

ley clasifica estos servicios para efectos de su regulación, establece la obligatoriedad de la interconexión de redes de telecomunicaciones y prohíbe las prácticas restrictivas a la libre y leal competencia. El Cuadro 1 sintetiza las principales medidas contempladas en la LT y su reglamento.

CUADRO 1

Síntesis de la Ley de Telecomunicaciones

<i>Normas generales</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Toda persona tiene derecho a usar y prestar servicios de telecomunicaciones. • Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las telecomunicaciones (el MTCVC es el encargado de proteger este derecho). • El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones y regula el mercado de tal forma que se asegure su normal desenvolvimiento. • La interconexión de las redes y los servicios públicos de telecomunicaciones es de interés público y social. • Se define a Osiptel como organismo con competencias en el sector telecomunicaciones y se especifican sus funciones.
<i>Clasificación de los servicios según uso y población objetivo</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Públicos.- Servicios que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúa a cambio del pago de una contraprestación. • Privados.- Servicios establecidos por una persona natural o jurídica para satisfacer sus propias necesidades de comunicación. No pueden ser brindados a terceros, salvo que se trate del suministro de servicios de valor añadido.
<i>Clasificación de los servicios según características</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Servicios portadores.- Servicios que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. • Teleservicios o servicios finales.- Servicios que hacen posible la comunicación entre usuarios (servicio telefónico, fijo y móvil; servicio télex; servicio telegráfico, etc.). • Servicios de difusión.- Servicios en los que la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción (radiodifusión sonora; radiodifusión de televisión, radiodifusión por cable, circuito cerrado de televisión). • Servicios de valor añadido.- Servicios que utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base (facsimil, videotext, teletexto, teleacción, telemando, telealarma, teleproceso). Para la prestación de estos servicios no se requiere autorización previa; sin embargo, las empresas prestadoras de estos servicios deben inscribirse en el registro pertinente del MTCVC.

CUADRO 1

Síntesis de la Ley de Telecomunicaciones

(cont...)

<i>Régimen de sanciones e infracciones</i>	<p>Se definen las siguientes infracciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Muy graves: Actividades realizadas sin autorización o concesión; interceptación o interferencia no autorizada de los servicios de telecomunicaciones no destinados al uso libre del público en general; negativa o la obstrucción y resistencia a la inspección administrativa; incumplimiento de las condiciones esenciales y establecidas en la autorización o concesión. • Graves: emisión de señales de identificación engañosas o falsas; utilización indebida de los servicios de telecomunicaciones; negativa a facilitar información relacionada con el servicio a la autoridad de telecomunicaciones; comisión, en el lapso de un año, de dos o más infracciones leves. <p>Se definen las siguientes sanciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Infracción muy grave: Multas entre 30 y 50 UIT. Adicionalmente, se puede ordenar el decomiso de los equipos y la revocación temporal o definitiva de la concesión o autorización. • Infracciones graves: Multas entre 10 y 30 UIT. <p>Infracciones leves: Multas entre media UIT hasta diez UIT.</p>
<i>Condiciones de operación</i>	<ul style="list-style-type: none"> • El derecho de operación se puede adquirir por medio de concesiones, permisos y licencias • Los derechos otorgados por el Estado son intransferibles salvo previa autorización del MTCVC. • Las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones pueden establecer libremente las tarifas que prestan, siempre y cuando no excedan del sistema de tarifas tope aplicable. • La fijación de precios por la prestación de servicios de valor añadido es libre y se regula por la oferta y la demanda. • Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia. • Toda empresa que preste servicios públicos de telecomunicaciones deberá establecer una vía expeditiva para atender los reclamos de los usuarios.

Fuente: Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. D.S. 013-93-TCC

Elaboración: Instituto APOYO

Un componente importante del marco normativo lo constituye los contratos de concesión suscritos entre el Estado y Entel y CPT, preparados para la privatización.⁷ Estos contratos, cuyo titular pasó a ser TdP, establecen las reglas sobre aspectos muy importantes, tales como el período de concurrencia limitada, el pago de tasas, los requisitos de cobertura y calidad del servicio a cargo de la

⁷ Fueron aprobados por Decreto Supremo N° 11-94-TC, del 13 de mayo de 1994.

empresa concesionaria, la interconexión, los mecanismos tarifarios, las reglas de competencia, las obligaciones del Ministerio, las infracciones y sanciones, y las causas de término de la concesión. Las disposiciones contenidas en estos contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y no pueden ser modificadas sino con por acuerdo mutuo.

Estos contratos contienen una cláusula arbitral por la cual se dispone que “cualquier controversia que surja de o en conexión con este contrato, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, será resuelto amistosamente por las partes y en caso estas partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar la o las materias en controversia serán finalmente resueltas mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima”.⁸ La misma cláusula declara la intención de la empresa concesionaria de someter sus controversias con “otras empresas de telecomunicaciones” al arbitraje administrado por Osiptel.

2.1.1. Entidades competentes

El marco normativo establece que la supervisión de los servicios de telecomunicaciones está a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), entidad es la encargada, además, de promover la inversión privada en el sector, y mantener y promover un ambiente de libre y leal de competencia entre los prestadores de servicios. Así, el manejo del sector recae principalmente en Osiptel y en el Ministerio de Transportes Comunicaciones Vivienda y Construcción (MTCVC). La delimitación de funciones entre estas dos entidades se puede apreciar en el Cuadro 2.

⁸ Cláusula 3 de la parte III.

CUADRO 2
Principales funciones del MTCVC y de Osiptel

<p>Ministerio de Transporte Comunicaciones Vivienda y Construcción (MTCVC)</p> <ul style="list-style-type: none">• Fijar la política de telecomunicaciones y controlar sus resultados.• Fijar la política a seguir en las relaciones internacionales de telecomunicaciones así como negociar los acuerdos internacionales del tema.• Otorgar y revocar concesiones, autorizaciones, permisos o licencias, así como controlar su correcta utilización.• Proponer el Plan Nacional de Telecomunicaciones para su aprobación por el gobierno y supervisar su cumplimiento.• Llevar el Registro Nacional de Servicio de Telecomunicaciones.• Delegar atribuciones y facultades en Osiptel.
<p>Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel)</p> <ul style="list-style-type: none">• Promover la inversión privada en el sector.• Mantener y promover un ambiente de libre y leal competencia entre los prestadores de los servicios portadores, finales de difusión y de valor agregado.• Establecer una política interconexión entre operadores de servicios públicos de telecomunicaciones.• Fijar las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación.• Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones y compromisos adquiridos por los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones.• Regular el comportamiento de las empresas operadoras de telecomunicaciones con el fin de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario.• Resolver las controversias por la vía administrativa entre los prestatarios de los servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.• Establecer las políticas de tratamiento de los reclamos de usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones.• Asesorar al MTCVC en el otorgamiento de las concesiones y licencias.• Administrar el Fondo de Inversión de Telecomunicaciones (Fitel).

Fuente: Osiptel (1994).

Osiptel fue creado como una entidad pública descentralizada, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros. De acuerdo al marco normativo, se le concedió autonomía técnica, económica, financiera, funcional y administrativa, de conformidad con lo establecido por la Ley de Telecomunicaciones. Su presupuesto es financiado con los aportes de las empresas operadoras por concepto de “servicios de supervisión”, constituidos por un porcentaje sobre el total de ingresos brutos de las empresas prestadoras.⁹ La ley señala que el régimen laboral y de remuneraciones

⁹ El aporte es el equivalente al 5 por mil (0,005%) del monto facturado y cobrado dentro del territorio nacional. Este aporte fue establecido por el artículo 6 del Decreto Ley 26285, y el monto

de su personal es el correspondiente al régimen privado (“Ley 728”). Para el cumplimiento de sus funciones, Osiptel dispone de las siguientes potestades o atribuciones:

- **Regulatoria y normativa.** Es el único organismo que puede emitir normas sobre las materias de su competencia. El reglamento distingue tres tipos de normas: reglamentos autónomos —que se aprueban para regular tarifas, condiciones de interconexión de servicios de telecomunicaciones— y normas procesales para la atención de reclamos de usuarios; normas para la solución de controversias y otras normas de carácter general; y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las empresas operadoras o de los usuarios. Todas estas normas se expresan en resoluciones escritas y fundamentadas.
- **Correctiva y sancionadora.** Osiptel está facultado a aplicar medidas cautelares y/o correctivas que permitan, de un lado, corregir conductas que no se ajusten al marco legal, y de otro lado, establecer los incentivos necesarios que alienten a los actores a cumplir las normas. Esta atribución permite a Osiptel imponer sanciones a las empresas operadoras por el incumplimiento de las normas aplicables a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.
- **De solución de controversias.** En ejercicio de esta atribución, Osiptel resuelve conflictos entre las empresas comprendidas dentro de su ámbito de competencias y entre éstas y sus usuarios.

La Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos estableció que todos estos organismos deberían contar con un Consejo Directivo integrado por cinco miembros: dos miembros a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales lo preside; un miembro a propuesta del Ministerio del sector; un miembro a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas; un miembro a propuesta del Indecopi. De acuerdo a esta misma ley, los miembros del Consejo Directivo son designados mediante

del porcentaje fue determinado por el reglamento del Osiptel, aprobado por el artículo 64 del Decreto Supremo 062-94-PCM, del 9 de agosto de 1994.

resolución suprema refrendada por los mencionados Ministerios y sólo pueden ser removidos mediante resolución suprema motivada.

2.2. El sector eléctrico

En 1992 se promulgó la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE) y su reglamento en febrero del siguiente año. Ésta contiene los lineamientos más importantes que permitieron incorporar al sector privado en la provisión de servicios de energía eléctrica.

En diciembre de 1996, tres años después de iniciado el proceso de privatización del mercado eléctrico, se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg), con el objetivo de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas asociadas con el sector de la energía eléctrica e hidrocarburos.

En octubre de 1997 el Ministerio de Energía y Minas (MEM) aprobó la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (NTCSE), que establece los niveles mínimos de calidad de los servicios eléctricos que deben ofrecer las empresas suministradoras de estos servicios.

En noviembre de 1997 se promulgó la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (LAASE). A través de esta ley se regula las posibilidades de concentración tanto horizontal como vertical en el mercado de energía eléctrica, y se otorga a Indecopi la facultad de autorizar dichas concentraciones cuando no afecten la libre competencia en el sector. Así, la norma obliga a notificar previamente a Indecopi aquellas integraciones verticales u horizontales que tuvieran por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados eléctricos.

La Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos promulgada en julio del 2000 amplió las funciones de Osinerg, agregando las de regulación, solución de controversias, solución de reclamos de los usuarios y supervisión de actividades de post privatización a las ya existentes de fiscalización, sanción, supervisión y normativa. Además, fijó la fusión de Osinerg y de la CTE en un solo órgano regulador —denominado Osinerg— a más tardar el 31 de diciembre del 2000.

CUADRO 3
Marco legal del sector eléctrico

<i>Ley o evento</i>	<i>Fecha</i>	<i>Contenido</i>
Ley de Concesiones Eléctricas	Noviembre de 1992 (Reglamento aprobado en febrero de 1993)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Segmentación de la industria en tres mercados: generación, transmisión y distribución. ▪ Segmentación de los clientes finales según volumen de energía consumido (los clientes que consumen más de 1MW no tienen tarifas reguladas, sino que está sujeta a negociación con empresas eléctricas). ▪ Introducción de nueva metodología para determinación de tarifas eléctricas (anteriormente eran fijadas por la CTE en función al destino del uso de la energía, sin criterios técnicos ni de equidad). ▪ Creación de los Comités de Operación Económica del Sistema (COES) ▪ Especificación de los organismos que regulan el mercado: Ministerio de Energía y Minas, y Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE). ▪ Establecimiento de los arreglos institucionales para la regulación de precios, supervisión de contratos y sistemas de despachos
Se crea Osinerg	Diciembre de 1996	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Funciones: fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas asociadas con el sector de la energía eléctrica e hidrocarburos.
MEM aprueba Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (NTCSE)	Octubre de 1997	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Establecer los niveles mínimos de calidad de los servicios eléctricos que deben ofrecer las empresas suministradoras de estos servicios.
Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (LAASE)	Noviembre de 1997 (Reglamento en octubre de 1998)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se permiten las concentraciones verticales u horizontales en cualquiera de los mercados eléctricos, siempre que sean autorizadas previamente por Indecopi. ▪ En caso las empresas involucradas en la operación de concentración realicen actividades exclusivamente dentro de un mismo sistema interconectado, el porcentaje de participación de las empresas relacionadas será establecido con relación al total de ingresos percibidos durante el año anterior a la fecha de solicitud de autorización previa.
Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos	Julio del 2000	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Añade funciones a Osinerg: regulación, solución de controversias, solución de reclamos de usuarios y supervisión de actividades de post privatización. ▪ Osinerg contará con un tribunal como última instancia administrativa. ▪ Establece la fusión de Osinerg y la CTE.

Fuente: Apoyo Consultoría S.A. (1999) y (2000); Ley 27332

Así, se tiene que son cuatro las organizaciones que participan en la regulación del mercado eléctrico peruano y que se agrupan en el Sistema de Supervisión de la Inversión en Energía: La Dirección General de Electricidad del MEM, CTE, Osinerg e Indecopi.

2.2.1. Entidades competentes

La Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas

Es un órgano de línea del Ministerio y es responsable de la formulación de políticas para todo el sector. Mantiene la función de expedir las normas reglamentarias de carácter general que se encuentran dentro de la capacidad regulatoria del Poder Ejecutivo. Específicamente, la DGE debe: elaborar el “Plan de Referencia Anual” para la expansión del sector a los menores costos; definir las políticas para la transmisión a través del sistema principal y secundario para cada sistema interconectado; y determinar cada cuatro años los límites de cada área de concesión usada para establecer los límites del servicio público de energía eléctrica y establecer las zonas de concesión para servicio de distribución.

La Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE)

Hasta la expedición de la Ley 27332, que ordenó su fusión con Osinerg, era un organismo público descentralizado adscrito al MEF (originalmente pertenecía al MEM), al que la ley otorgaba autonomía en sus funciones económicas, técnicas y administrativas. Su fuente de financiamiento era el 0,29% de la facturación anual de los concesionarios de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

Algunas de las funciones eran: fijar, revisar y modificar las tarifas de venta de energía eléctrica; resolver como última instancia administrativa todos los asuntos que en materia de fijación tarifaria presenten las partes interesadas; imponer las sanciones por incumplimiento de sus resoluciones que señalen los reglamentos; aprobar y determinar la precalificación de empresas consultoras propuesta por la Secretaría Ejecutiva; aprobar el Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones de transmisión y distribución; entre otras.

Osinerg

Es un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros¹⁰ que cuenta con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera. Osinerg fue creado para las tareas de fiscalización del cumplimiento de (i) los estándares de calidad y eficiencia en beneficio de los usuarios; (ii) las obligaciones contractuales de los concesionarios; y (iii) las normas y lineamientos de política establecidos por la ley y los reglamentos del Ministerio. Adicionalmente, Osinerg se encarga de fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de las actividades del sector eléctrico.

Osinerg se financia con el 0,46% de la facturación anual de los concesionarios de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica y con el 0,75% del monto de las regalías y de la participación de Perupetro en los contratos de hidrocarburos.

Osinerg cuenta con un Consejo Directivo y una Gerencia General. El cargo de miembro del Consejo Directivo vaca por incapacidad permanente, renuncia, incompatibilidad legal sobreviniente a la designación y por remoción del cargo. Las funciones del Consejo Directivo son: planear, dirigir y supervisar el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio al usuario, fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios, fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones relacionadas con la protección del ambiente; resolver en última instancia administrativa los conflictos derivados de la realización de las actividades en el ámbito de su competencia; expedir directivas para solucionar y resolver reclamos de los usuarios de los servicios; entre otras.

El Indecopi

Es organismo público encargado, entre otras funciones, de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger al mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y

¹⁰ Al ser creado en 1996 se encontraba adscrito al MEM. Más adelante pasó a la Presidencia del Consejo de Ministros y después al MEF. Recientemente, mediante la Ley Marco de los Organismos

comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquéllas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores. En el campo eléctrico en particular, vela por el cumplimiento de las leyes del mercado y defiende los intereses de los consumidores y empresas que pudieran verse afectados. Además, esta institución es responsable de la aplicación de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, por lo que debe autorizar las solicitudes de concentraciones en el sector.

2.3. Análisis comparativo institucional de los marcos generales de regulación

A continuación se presenta un análisis comparativo de los sectores telecomunicaciones y eléctrico sobre la base del marco conceptual definido en el primer capítulo.

Establecimiento del marco regulador en la fase inicial de la reforma (timing)

En el caso de telecomunicaciones, antes del proceso de privatización ya existían tanto la estructura regulatoria fundamental como los organismos que participarían en el sector, con sus funciones y atribuciones bien definidas.

En el sector eléctrico, en cambio, el marco normativo e institucional fue construido de manera progresiva y paralela al proceso de privatización. El Osinerg fue creado en 1996, pero más como una entidad administrativa encargada de la fiscalización de las normas técnicas, de seguridad y ambientales relacionadas con el sector eléctrico y de hidrocarburos. La CTE continuó funcionando de manera independiente, dedicada únicamente al tema de tarifas. La existencia de cuatro organismos competentes sobre la regulación del sector eléctrico demandó grandes esfuerzos de coordinación, lo que en muchas ocasiones no ocurrió.

Adicionalmente, normas importantes como la Ley Antimonopolio y Antioligopolio, fueron promulgadas de manera posterior a la privatización. Independientemente de los efectos positivos de esta norma para la libre competencia en los mercados eléctricos, su promulgación en 1998 también

Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos – Ley 27332, promulgada el 26 de julio del 2000, pasó nuevamente a la PCM.

significó un cambio importante en las reglas de juego originales para los agentes privados.

Establecimiento de un marco claro, que asegure una eficiente asignación de incentivos y penalidades

En general, la legislación sobre telecomunicaciones es percibida por los actores como clara y sin ambigüedades. Sin embargo, de acuerdo a la percepción de diversos entrevistados, el marco normativo no es lo suficientemente claro y completo en lo que se refiere a las reglas de competencia aplicables después del término del periodo de concurrencia limitada. La entrada de empresas competidoras a TdP propone situaciones nuevas para todos los actores.

En el sector eléctrico, aunque la LCE en un principio era percibida por los agentes privados como una ley de avanzada que promovía la competencia en el sector, conforme se fueron promulgando nuevas leyes y normas reglamentarias, el marco legal del sector se ha ido complicando. Así, los entrevistados señalaron que las normas son abundantes, confusas y complejas: el Compendio de Normas del Subsector Electricidad publicado en 1999 contiene 82 normas (leyes, decretos supremos, reglamentos, decretos legislativos, resoluciones, etc.) dictadas en el periodo 1991–1998.

Estabilidad de las reglas vs. flexibilidad

El marco regulatorio del sector telecomunicaciones fue considerado “flexible” por la mayor parte de entrevistados. Se señaló que esta flexibilidad proviene del hecho de que Osiptel tiene facultad para mejorar el marco legal a través de reglamentos, mandatos y resoluciones. Sin embargo, algunos expertos consideraron que en algunos temas la legislación es demasiado específico y reglamentarista, lo que ocasiona dificultades para enfrentar situaciones nuevas, en particular generadas por la aparición de tecnología y productos nuevos. Este es el caso de la clasificación de servicios públicos incorporada en el reglamento de la LT. La especificidad de dicha lista puede restar flexibilidad pues no es posible definir con claridad bajo qué mecanismos regulatorios deben estar los nuevos servicios que aparecen y no están contemplados en dicho reglamento.

La regulación del sector eléctrico inicialmente ofrecía las herramientas necesarias para promover un eficiente desarrollo del sector y evitar vacíos y ambigüedades.

Así, en materia tarifaria se establecieron claramente las actividades sujetas a regulación y la metodología para la determinación de las tarifas. En materia de concesiones, la ley y su reglamento establecieron explícitamente todos los requerimientos para su solicitud, otorgamiento y caducidad, así como los procedimientos para su adecuada fiscalización. Sin embargo, estos temas fueron regulados de manera tan específica que muy pronto se generó la necesidad de introducir cambios legislativos¹¹, los que fueron percibidos como falta de estabilidad y consistencia. Esta impresión se agudizó con la paralización de la privatización en el sector.

Un factor que puede haber contribuido a que los cambios en la legislación no fueran vistos como un proceso de perfeccionamiento sino como una señal de inestabilidad de las reglas de juego es el hecho de que los cambios normativos no fueron liderados por un organismo regulador, sino por el Ministerio de Energía y Minas.

Autonomía del órgano regulador

Una primera característica compartida por Osiptel, la CTE y Osinerg es su naturaleza de organismos públicos descentralizados integrantes del Poder Ejecutivo. Las leyes de creación de estos organismos intentaron flexibilizar esta relación, dotando a los organismos reguladores de algunos ingredientes de la autonomía, como fuentes de recursos propios o tasas de regulación y cierta estabilidad en los cargos directivos.

Sin embargo, en la práctica, estos mecanismos han perdido fuerza debido a modificaciones legales en el ámbito del sistema de presupuesto. Por un lado, todos los organismos fueron puestos bajo la supervisión, en materias de presupuesto, de la Oficina de Instituciones y Organismos del Estado (OIOE) del Ministerio de Economía y Finanzas. Esta oficina fue convertida posteriormente en el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe). Esta entidad se encarga de aprobar los presupuestos de los organismos a su cargo, de autorizar el número de contrataciones y las escalas salariales y los planes de

¹¹ Para ilustrar esto, se puede señalar que la LCE y su reglamento han sufrido diversas modificaciones. En el caso de la LCE, por ejemplo, por lo menos 15 artículos fueron modificados por la Leyes 26734 (1996), 26876 (1997), 26896 (1997), 26980 (1998) y 27010 (1998). El reglamento ha sufrido más de 70 modificaciones en su articulado a través de seis decretos supremos en el periodo enero 1994 – marzo 1998.

inversión y crecimiento. Como mecanismo de rendición de cuentas, Fonafe ha empezado a desarrollar en los últimos años un sistema de indicadores de gestión que los organismos se comprometen a alcanzar.¹² Las normas disponen que los recursos recaudados no utilizados deben ser depositados en el Fonafe. Para preservar la autonomía, se declaraba que el depósito de fondos en Fonafe tenía el carácter de “ahorro”, pues eran intangibles. Sin embargo, por decreto supremo se autorizó la transferencia al Tesoro Público de los excedentes.

Con relación al otro componente de la autonomía (la integración del directorio, el sistema de nombramiento de los directivos y a la estabilidad en los cargos) las normas legales de creación de estos organismos intentaron, dentro de la dependencia del Poder Ejecutivo, dar algún margen de transparencia y permanencia a las instancias directivas. Así, el directorio del Osiptel tuvo durante varios años la participación de representantes de usuarios de los servicios y de las empresas prestadoras. En el caso de la CTE, dos de los cinco miembros del Consejo Directivo de la CTE eran elegidos a partir de ternas propuestas por las empresas concesionarias (uno en generación y uno en distribución) y los otros tres eran nombrados por el Ejecutivo. Ello no se repitió en el caso de Osinerg.

Esta participación de privados en las instancias directivas de los organismos reguladores ocasiona opiniones diversas. Para algunos, ello era una buena señal de transparencia y un componente importante de seguridad jurídica; otros cuestionaron la participación de los representantes de los usuarios (de quienes se dijo que actuaban motivados por intereses oportunistas, al punto de haber divulgado en algunas ocasiones información que el organismo consideraba reservada). Otros observadores señalaron que la experiencia no fue positiva pues el directorio perdía el espíritu colegiado que se requiere, resultando, más bien, en una instancia de representación de intereses.

En cuanto a la designación y estabilidad de los cargos, las normas se limitaron a establecer que los miembros de los respectivos consejos directivos serían designados por resolución suprema refrendada por diversos ministros. Las normas señalaban que los miembros del directorio podrían ser "removidos" por resolución

¹² Por ejemplo, todos los organismos competentes para resolver reclamos de usuarios de servicios públicos —Osiptel, Osinerg y la Superintendencia Nacional de Agua y Saneamiento (Sunass)— tuvieron como indicador de gestión, entre otros, la unificación de sus procedimientos de atención de reclamos.

suprema del Presidente de la República "motivada". Mientras que en el caso de Osinerg y la CTE la legislación no especifica los mecanismos de remoción, en el caso de Osiptel se estableció que los directores tendrían un período de tres años, renovables. Durante la existencia de diversos organismos con normas similares, nunca se ha dado el caso de que el presidente de la República haya removido a un director o presidente de organismo expresando los motivos. La consecuencia de una discrepancia entre el Poder Ejecutivo y un miembro de un organismo era la simple publicación de una resolución suprema aceptando la renuncia del funcionario.

Los organismos del sector eléctrico son percibidos por los actores privados como más dependientes políticamente que Indecopi y Osiptel. Bajo esta visión, el comportamiento de Osinerg se explica por la presión política del ministro, como en el caso de la apelación ante el Poder Judicial de la decisión de Indecopi para la concentración de Endesa, o del Defensor del Pueblo, en diversos casos de reclamos de usuarios.

En conclusión, puede afirmarse que los organismos reguladores en el Perú no han sido nunca autónomos respecto del Poder Ejecutivo, por lo menos en el alcance y significación que recomienda la literatura sobre regulación. De lo que sí han gozado Osiptel, la CTE, Osinerg e Indecopi es de un régimen de gestión más flexible (régimen laboral privado, escalas salariales más altas, mayor independencia en el gasto, régimen de compras más sencillo) en relación al resto del sector público, que continúa atado a sistemas administrativos que constituyen verdaderos obstáculos a la gestión. Todo ello les ha permitido desarrollar una mayor capacidad técnica e institucional, al conformar un grupo de funcionarios motivados y con mística. Esta flexibilidad, sin embargo, se ha ido perdiendo con medidas dirigidas a asimilar estos organismos a las normas vigentes para todo el sector público y con normas de austeridad,¹³ lo cual se ve reflejado principalmente en la pérdida de algunos de los profesionales más capacitados de los organismos reguladores y en la disminución de su capacidad institucional.

En cuanto a la posibilidad de captura de los organismos reguladores por el sector privado, las normas no han contemplado ningún mecanismo institucional que los defienda frente a este riesgo. Así, por ejemplo, las normas no contemplaron

¹³ Por ejemplo, en 1998 se unificaron todos los regímenes de contratación del Estado.

ninguna restricción para los funcionarios respecto de aceptar puestos de trabajo de manera inmediata en las empresas reguladas. Por el contrario, en el caso de Osiptel ciertas normas creaban dificultades adicionales. Así, la disposición que establecía al presidente de Osiptel como la segunda instancia en la resolución de controversias lo convertía innecesariamente en el objeto natural de las presiones de las partes de las controversias.

En un mercado como el de las telecomunicaciones, protagonizado por una empresa internacional muy grande, con gran capacidad de *lobby* e influencia sobre las autoridades y la opinión pública, las posibilidades de captura son mayores que en el sector eléctrico. A pesar de ello, la alta calidad ética y competencia técnica de los funcionarios de Osiptel compensaron la falta de un marco institucional adecuado para prevenir la captura de los organismos reguladores. En este aspecto, los organismos del sector eléctrico enfrentaron una situación más sencilla, pues la capacidad de presión del sector privado se encuentra dispersa entre varias empresas, ninguna de las cuales tiene el tamaño y poder que exhibe la empresa dominante del sector telecomunicaciones.

Delimitación de funciones

En el sector de telecomunicaciones, inicialmente se presentaron numerosos problemas de coordinación entre Osiptel y el MTCVC. Aunque con el transcurso de los años cada institución ha consolidado sus funciones con mayor claridad, existen aún algunos aspectos que originan problemas de coordinación. Así, por ejemplo, en el tema de acceso al mercado, si bien Osiptel es responsable de regular las condiciones en que se desarrollan las actividades en el mercado, este organismo no participa en los procedimientos para otorgar concesiones.

Existen, además, problemas de duplicidad de funciones y vacíos de responsabilidad entre Osiptel e Indecopi que han dificultado la resolución de varias controversias. En principio, Osiptel es competente para pronunciarse sobre tales materias cuando se trata del mercado de servicios de telecomunicaciones, e Indecopi es competente para los demás mercados. Sin embargo, la competencia de Osiptel en tales materias fue fijada en razón del tipo de empresa infractora (empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones), lo que determinaba que no pudiera conocer las controversias cuando las partes no calificaran como tales, aunque sus actos sí tuvieran impacto en el mercado de las telecomunicaciones. Esto fue corregido por

la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de Osiptel, que precisó que Osiptel es competente “para conocer toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios”.

En el sector eléctrico, el principal problema es que existen muchos organismos involucrados en la regulación del sector (CTE, Osinerg, Indecopi, el MEM e inclusive el COES), entre los cuales no sólo no hay una clara delimitación de funciones sino que existe poca coordinación entre las distintas agencias reguladoras del sector. A manera de ejemplo, se percibe poca coordinación entre el COES y la CTE en el momento de la definición de tarifas. Aunque es la CTE la encargada de fijarlas, el COES debe proveer los insumos necesarios para fijar las tarifas en barra a través de estudios de costos y proyecciones de demanda. La CTE muchas veces objeta esta información por lo que se deben realizar nuevos estudios.

Así, en este aspecto se observa diferencias entre ambos sectores, las cuales contribuyen a que el marco regulatorio del sector eléctrico sea percibido como menos claro. Esta situación puede mejorar con la fusión de la CTE con Osinerg y la atribución de mayores facultades que se ha asignado a esta entidad.

CUADRO 4
División de funciones entre Osiptel e Indecopi
(Antes de la expedición de la Ley 27336)

Caso	Denunciante: Empresa supervisada Denunciada: Empresa supervisada	Denunciante: Empresa supervisada Denunciada: Empresa no supervisada	Denunciante: Empresa no supervisada Denunciante: Empresa supervisada
Competencia desleal	OSIPTEL	Comisión de Competencia Desleal INDECOPI	Comisión de Competencia Desleal INDECOPI
Abuso de posición de dominio	OSIPTEL	Comisión de Libre Competencia INDECOPI	Comisión de Libre Competencia INDECOPI

3. ANÁLISIS DE CONTROVERSIAS CON EMPRESAS

El presente capítulo se centra en el análisis del manejo de controversias con empresas sobre la base de dos casos seleccionados para cada sector. El análisis de casos tiene como principal objetivo identificar y analizar el origen y manejo de controversias específicas con relación a las virtudes y problemas del marco y organismos regulatorios del sector. Para cada sector se describe, en primer lugar, los procedimientos aplicables, para después describir las controversias (antecedentes y resoluciones de primera y segunda instancia). Las controversias son analizadas primero de acuerdo a cada una de las variables seleccionadas en el marco conceptual y luego de manera global.

Los casos seleccionados del sector de telecomunicaciones son la controversia sobre *roaming* automático que involucro a Tele 2000 y a TdP; y la controversia sobre competencia desleal entre en la provisión de Internet que involucró a la Red Científica Peruana (RCP) y Telefónica del Perú (TdP).

Los casos seleccionados en el sector eléctrico son el cuestionamiento del Valor Nuevo de Reemplazo que involucró a varias empresas del sector, principalmente Edelnor y Luz del Sur y a la CTE; y la controversia sobre la concentración en el mercado eléctrico que involucró a la Empresa Endesa y cuya resolución estuvo a cargo del Indecopi.

La elección de estos dos casos se debe principalmente a su importancia y repercusión en el mercado, al hecho de que involucran aspectos conceptuales de gran importancia en la regulación de cada sector, y a que mostraron algunas deficiencias de los procedimientos e instrumentos para el manejo de controversias en el sector.

Cabe mencionar que, a diferencia del sector de telecomunicaciones en donde se trabajó con controversias entre empresas, en el sector eléctrico se analizan controversias entre empresas reguladas y el Estado. Desde la privatización de los mercados de energía eléctrica no se ha suscitado controversias entre empresas, al menos ante las vías administrativas y judiciales. Aparentemente, estas empresas resuelven sus conflictos directamente o a través de arbitrajes privados. Este comportamiento se puede explicar por las características del mercado, que no está

dominado por una empresa privada y que todavía enfrenta una fuerte participación de empresas públicas.

3.1. Sector telecomunicaciones

3.1.1. Descripción y análisis de procedimientos

Osiptel tiene atribuciones para “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”¹⁴. Algunos tipos de controversias entre empresas quedan en manos de Indecopi, como se vio en el análisis de la delimitación de funciones.

Es necesario indicar que las controversias entre las empresas privadas operadoras y el organismo regulador tienen otra vía de resolución. En el caso de TdP, por ejemplo, los contratos de concesión incluyen una cláusula específica sobre arbitraje, en la cual se señala que en caso las partes no lleguen a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la materia en controversia será finalmente resuelta mediante el arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Este arbitraje se llevará a cabo de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la solución de las materias controvertidas se deberá efectuar de acuerdo con la legislación peruana. El arbitraje se realizará por un panel de tres árbitros (cada parte designa un árbitro y el tercero es designado por acuerdo de éstos; en los casos en los que no hay acuerdo el tercero será designado por la Cámara de Comercio de Lima). Desde la vigencia de los contratos entre el Estado y TdP, los conflictos o discrepancias entre Osiptel y esta empresa se han resuelto por concertación informal. Sin embargo, a la fecha de elaboración del presente informe, la empresa se encontraba estudiando un grupo de casos que sometería a intervención arbitral, vinculados a temas tarifarios y, especialmente, condiciones de calidad del servicio establecidas por Osiptel.

Si el contrato entre el Estado y la empresa concesionaria no contemplara una cláusula arbitral, entonces la empresa debería acudir ante el propio organismo

¹⁴ Artículo 3, inciso e) de la Ley 27332

regulador a través de los procedimientos administrativos de reconsideración y apelación, para luego discutir el caso ante el Poder Judicial.

El artículo 78 de la LT señala que los tipos de controversias entre las empresas prestadoras que deben ser resueltas por Osiptel son las infracciones a las normas relacionadas a la libre competencia; los actos de competencia desleal entre las operadoras de servicios de telecomunicaciones; los aspectos técnicos, económicos y jurídicos de la interconexión de los servicios y el acceso a la red; y los problemas técnicos o relacionados con tarifas entre empresas.

Existen dos tipos de procedimientos para la solución de controversias entre agentes privados: el procedimiento administrativo ordinario y el procedimiento administrativo con mecanismo de tipo arbitral. El reglamento precisa que la elección entre un proceso u otro es decisión de Osiptel. Además, las partes, una vez ubicadas en el procedimiento que usa el mecanismo de tipo arbitral, pueden someter la controversia al arbitraje administrado por Osiptel o a cualquier otro.¹⁵ Sobre este último punto, cabe aclarar que recién en julio de 1999 se aprobó el Reglamento de Arbitraje de Osiptel y las normas sobre materias arbitrales entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones en los cuales se regula la actuación de Osiptel en la función de administración de arbitrajes.

Todas las controversias entre empresas presentadas desde la existencia de Osiptel han sido procesadas a través del Procedimiento Administrativo Ordinario, regulado por el reglamento de solución de controversias.¹⁶ La primera instancia está conformada por el denominado Cuerpo Colegiado Ordinario (CCO) compuesto por tres personas, designadas para cada caso por Osiptel, entre una lista de profesionales independientes o funcionarios de Osiptel previamente aprobada por el Directorio.¹⁷ Esta conformación permite que los miembros sean designados de manera *ad hoc*, con mucha flexibilidad. Los miembros de los CCO no trabajan a

¹⁵ Resolución del Consejo Directivo de Osiptel N° 001-95-CD/Osiptel.

¹⁶ Hasta octubre de 1999, las normas de procedimiento estaban contenidas en el Reglamento General de Osiptel para la Solución de Controversias aprobado en 1995. Por Resolución del Consejo Directivo N° 027-99-CD Osiptel, que aprobó un nuevo reglamento, que, manteniendo el esquema general de la norma anterior, introdujo cambios para agilizar y simplificar el proceso. ¹⁶ La norma señala que en ciertas circunstancias el CCO puede estar compuesto por cinco miembros.

¹⁷ La norma señala que en ciertas circunstancias el CCO puede estar compuesto por cinco miembros.

tiempo completo ni a dedicación exclusiva para Osiptel¹⁸, pero son considerados funcionarios públicos a efectos de responsabilidad funcional. No pueden ser removidos de sus cargos, salvo recusación declarada fundada.

Hasta la expedición de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de Osiptel, en agosto del 2000, las resoluciones de los CCO eran revisadas en segunda instancia por el presidente de Osiptel, quien, con la colaboración de sus asesores estudiaba nuevamente el caso y emitía una nueva resolución, ratificando o revocando total o parcialmente la sentencia del CCO. Con la modificación legal, la segunda instancia estará constituida por un Tribunal Administrativo de Solución de Controversias.

Las normas de procedimiento intentan ser sencillas. En los casos de controversias iniciadas por empresas, la parte afectada presenta una demanda en mesa de partes de Osiptel. Osiptel designa un CCO, que estudia si la demanda es admisible o no. Si el CCO admite la demanda, entonces se emite una resolución que es notificada, junto con la demanda de la empresa afectada, a la otra parte. La parte demandada hace un primer descargo de las acusaciones, presenta una contrademanda, si es el caso, y ofrece sus pruebas.

En el caso de controversias iniciadas de oficio por Osiptel, el proceso empieza con una Resolución de la Gerencia General de Osiptel en la cual se da por iniciado el proceso definiendo los términos de la controversia a ser resuelta. Esta resolución debe ser puesta en conocimiento de las partes a través de notificaciones. Se otorga un plazo improrrogable de siete días para que las partes definan sus pretensiones por escrito y presenten las pruebas que estimen convenientes.

En los dos casos, el CCO da inicio a una etapa de conciliación, en la que intenta constituirse en un facilitador de un acuerdo entre las partes, para lo cual puede presentar fórmulas de conciliación y tener reuniones en conjunto o por separado con las partes. Terminado el periodo de conciliación sin éxito, el CCO cita a una audiencia de pruebas, en la que se fijará los puntos controvertidos y la lista de medios probatorios. El CCO puede solicitar pruebas adicionales a las ofrecidas por las partes, que pueden consistir en informes técnicos elaborados por otras áreas del Osiptel u otras entidades públicas o privadas, testimonios, inspecciones, etc. Como

¹⁸ Como remuneración, los miembros del CCO perciben las dietas que fije el Consejo Directivo por cada sesión asistida, salvo que se trate de funcionarios de Osiptel, en cuyo caso no perciben

se ilustrará más adelante con el caso RCP-TdP, uno de los puntos más polémicos en el proceso de solución de controversias entre empresas en los que participa Osiptel es la capacidad del organismo regulador para obtener información de las empresas. Esto se da principalmente por la incierta línea que existe entre la considerada información confidencial (secreto comercial) y la información relevante para la solución de la controversia a la cual debe acceder Osiptel. La capacidad de Osiptel para obtener medios probatorios se ve seriamente limitada cuando la empresa en controversia argumenta la violación del secreto comercial. El CCO tiene facultades coercitivas contra las partes o terceros para exigir la entrega de información que considere necesaria para resolver. Si los requeridos no entregan la información, el CCO puede imponer sanciones, de acuerdo a lo establecido en el reglamento de infracciones y sanciones.

Terminada la etapa de pruebas, el CCO resuelve por mayoría simple de sus miembros¹⁹. La resolución debe ser precisa y motivada. En la resolución, el CCO puede reconocer o desestimar los derechos invocados por las partes, y también puede adoptar medidas correctivas y sancionadoras en caso de encontrar infracciones. La Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de Osiptel elevó sustancialmente los topes de las multas. Así, la multa máxima que se puede aplicar a una infracción tipificada como grave puede llegar a 350 UIT. Hasta la expedición de dicha ley, las multas aplicables por Osiptel eran significativamente menores a las que, por ejemplo, aplicaba Indecopi.

La parte no conforme con la resolución puede apelar. En ese caso, de acuerdo al procedimiento que continúa vigente hasta que Osiptel lo adecue a la nueva ley, el expediente es enviado al presidente de Osiptel, quien debe expedir su resolución después de la realización de informes orales, si fueron solicitados por las partes. No cabe en segunda instancia la presentación de pruebas, salvo que éstas se traten de hechos nuevos, ocurridos después de concluida la audiencia de pruebas de primera instancia, o cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del procedimiento que no pudieron conocerse con anterioridad.

¹⁹ Cuando el proceso permanece en primera instancia durante un mes sin que se realice acto que lo impulse, se declara su abandono, ante la solicitud de la otra parte o de un tercero. Esto no es posible si es que la controversia involucra el interés del público usuario o de otros agentes proveedores del servicio.

Contra la resolución de la segunda instancia, cabe recurrir al Poder Judicial, con el inicio de un proceso denominado “contencioso administrativo”.

Las normas de procedimiento de resolución de controversias en la vía administrativa intentan ser simples y ágiles, de manera que los conflictos se resuelvan rápidamente evitando las complicaciones y tecnicismos procesales. Sin embargo, en la práctica los casos se complican con formalidades. El reglamento de solución de controversias establece que “en todo lo no previsto por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, el Código Procesal Civil (CPC) y la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos”. Así, los CCO deben aplicar principios y normas de derecho procesal en cuanto a admisibilidad, tachas, oposiciones, plazos, excepciones, apelaciones y otros aspectos, cuando las partes los invocan. Ello es aprovechado por la parte que se beneficia con la dilación del proceso.

En el anexo de este documento se resume las 21 controversias entre empresas en las cuales ha participado Osiptel, detallándose sus causas, proceso y terminación de los mismos. Del total de controversias, cuatro terminaron por conciliación entre las partes y una por desistimiento de la empresa denunciante. De las controversias resueltas por el respectivo CCO, sólo seis fueron apeladas a la segunda instancia, quedando las demás consentidas. En cuatro de las resoluciones apeladas, la segunda instancia modificó el fallo del CCO. Sólo un caso llegó al Poder Judicial, proceso que aún se encuentra en trámite.

En el cuadro destacan, en cuanto a número, los casos relacionados a competencia desleal y aquellos vinculados al tema de abuso de posición de dominio. Ello se explica por las características propias del sector, en el cual existen economías de ámbito y de escala, así como la por la existencia de facilidades esenciales cuyo control está en manos de una o pocas empresas, lo que fomenta una tendencia natural a la concentración.

Si bien el Reglamento de Osiptel señala que el organismo “podrá requerir a las empresas operadoras la información que considere necesaria y podrá establecer procedimientos de inspección de equipos, así como disponer la instalación de equipos propios para medir la calidad de los servicios brindados”; podrá recurrir a la fuerza pública para ejecutar sus resoluciones; y, le otorga facultades

sancionadoras²⁰, esto ha resultado demasiado general y ha dificultado su aplicación en la práctica. Como medida para especificar lo establecido en el reglamento, Osiptel dictó el Reglamento General de Acciones de Supervisión del Cumplimiento de la Normativa Aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en 1997, precisando las facultades fiscalizadoras y supervisoras de Osiptel (desarrollando los procedimientos, metodologías e instrumentos para las inspecciones). También dictó en 1999 el Reglamento General de Infracciones y Sanciones tipificando una serie de conductas como infracciones (las cuales no se encontraban tipificadas en la LT).

A pesar de la emisión de estos dos últimos reglamentos, persistieron diversas dificultades que Osiptel no podía solucionar a través de las normas dictadas por su Consejo Directivo. Los principales problemas a los que se ha enfrentado Osiptel ante la negativa de las empresas a brindar información o permitir el acceso de Osiptel a sus instalaciones en el desarrollo de sus funciones de fiscalización son:

- Montos de la sanción. Lo máximo que podía hacer Osiptel ante un incumplimiento grave era imponer una multa cuyo monto máximo ascendía a 50 UIT.
- Capacidad de *enforcement*. La imposición de una multa no garantizaba que la empresa entregara la información requerida o permitiera la inspección (la facultad de recurrir a la fuerza pública nunca pudo ser utilizada).
- Impugnación de las sanciones. Se cuestionó judicialmente la imposición de sanciones por negativa a proporcionar información, lo que fue amparado por el Poder Judicial.

Por todo lo señalado anteriormente, el objeto de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de Osiptel (Julio del 2000) es el de ordenar en una sola norma con rango legal las facultades de supervisión y sanción de las operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Con la nueva Ley de Desarrollo se permite a Osiptel acceder irrestrictamente a documentos y locales de las entidades

²⁰ La Ley contiene un régimen de infracciones que establece tres categorías: leves, graves y muy graves, a las que corresponden tres escalas de multas, siendo el tope máximo de 50 UIT.

supervisadas.²¹ La Ley de Desarrollo establece, además, la facultad de Osiptel de crear los procedimientos y de definir los plazos y forma en que deberá ser entregada la información. Finalmente, la norma concede categoría de Ley a la facultad de Osiptel de recurrir a la fuerza pública para el cumplimiento de sus funciones, así como la posibilidad de inmovilizar e incautar pruebas.

3.1.2. La controversia del *roaming*

El *roaming* es el sistema a través del cual el usuario de un teléfono celular puede hacer y recibir llamadas fuera del área de concesión de la compañía operadora que le provee el servicio, utilizando el mismo número de línea. Esto es posible a través de la conexión entre la compañía operadora del teléfono móvil y la compañía operadora de la banda o red a partir de la cual se proveen los servicios de comunicación.

El contrato que TdP firmó para adjudicarse los servicios de telefonía en el país incluyó la concesión para la operación de la banda A de alcance nacional. En ese momento, Tele 2000 operaba la banda B, pero sólo para Lima y Callao. Así, para que un usuario de Tele2000 de Lima pudiera utilizar su misma línea para realizar y/o recibir llamadas en provincias, dicha empresa dependía de TdP (de la banda A). En el contrato de concesión de TdP, se acordó que ésta facilitara a Tele 2000 el *roaming* manual —la única tecnología disponible en ese momento. Poco después, TdP realizó inversiones con la finalidad de mejorar el *roaming* e instaló el *roaming* automático. Los problemas se iniciaron cuando TdP negó a Tele 2000 el uso del *roaming* automático porque consideraba que era “...contrario a su interés comercial la presencia competitiva de Tele 2000 actuando sobre su propia red”. Como respuesta, Tele 2000 presentó la controversia a Osiptel y solicitó una medida cautelar que obligara a TdP instalar inmediatamente el *roaming* automático para provincias mientras se resolvía el fondo del proceso.

Según la demanda de Tele2000, el *roaming* es un servicio público de telecomunicaciones por lo que TdP, en aplicación del principio de neutralidad,

²¹ Se establecen también garantías para las empresas prestadoras del servicio, entre ellas: el principio costo-eficiencia, mediante el cual las acciones de supervisión procurarán desarrollarse evitando la generación de costos excesivos para las empresas y garantizar a los operadores la reserva de la información de carácter confidencial a través de responsabilizar a Osiptel y sus funcionarios por cualquier violación a tal confidencialidad.

debía proveer este servicio a todos los consumidores en igualdad de condiciones. TdP contestó la demanda señalando que, el *roaming* no estaba incluido en las leyes y reglamentos del sector, ni como servicio público de telecomunicaciones ni como modalidad del servicio de telefonía móvil. Como consecuencia de ello la controversia no debía manejarse en Osiptel pues su competencia estaba restringida a los servicios públicos del sector.

La discusión se concentró en gran medida en la definición de *roaming*. Para TdP, el *roaming* no es un servicio en sí mismo (y no está definido como servicio público en la Ley). Por lo tanto, no tenían la obligación de proveerlo a cualquier agente, sino sólo a aquellos con los que llegara a un acuerdo. Según Tele2000, el *roaming* automático es un servicio público al que cualquiera puede tener acceso y, por lo tanto, el tema es de competencia de Osiptel y TdP está en la obligación de otorgarle dicho servicio en las mismas condiciones en las que lo utiliza. De no hacerlo estaría cometiendo abuso de posición de dominio.

La resolución del CCO no definió explícitamente el *roaming* automático, pero sí determinó que la cobertura del servicio ofrecido a los usuarios de Lima Metropolitana (donde competían TdP y Tele 2000) era un recurso esencial para la competencia, pues los usuarios, suponiendo que otros factores del servicio provisto por cada empresa fueran iguales, elegirían el servicio con mayor cobertura. Así, TdP contaba con el dominio del recurso “cobertura”, lo que le permitía afectar de manera importante las condiciones de operación de sus empresas competidoras en el mercado de telefonía móvil. En consecuencia, se debía seguir lo estipulado por la Ley de Telecomunicaciones: “[...] por el principio de neutralidad el concesionario de un servicio que es soporte de otros servicios, o que tiene posición dominante en el mercado está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio”.

Así, el 2 de julio de 1997, el CCO dispuso que TdP brinde el servicio de *roaming* automático nacional a Tele 2000 en las mismas condiciones en las que se las brinda a sí misma. Asimismo, concluyó que se trataba de un caso de abuso de posición de dominio por parte de TdP, por lo que le impuso una multa de 50 UIT.

TdP apeló a la segunda instancia de Osiptel, incluyendo entre sus argumentos los siguientes: a) que la cobertura nacional de la que gozaba TdP y la menor cobertura de la que gozaba Tele 2000 en telefonía móvil provenían del otorgamiento de concesiones por parte del Estado; b) que no hay precedentes internacionales de forzar el permiso para utilizar el *roaming* automático a otras empresas, y c) que en la práctica se le estaba expropiando las inversiones realizadas en el mercado de larga distancia. Esto pues TdP se vería obligada a invertir en su red en provincias a fin de atender a los usuarios de Tele 2000, pues de no hacerlo se perjudicaría la calidad de la red.

La presidencia de Osiptel en su resolución (Resolución 073-97-PD/Osiptel del 13 de noviembre de 1997) definió explícitamente el *roaming* y ratificó la resolución de la primera instancia, señalando que la obligatoriedad de su provisión proviene de las normas que regulan el principio de neutralidad y de leal competencia y que la negativa a proveerlo afectaría la competencia entre TdP y Tele 2000. Sin embargo, la resolución de Presidencia absolvió a TdP de la multa que el CCO le había impuesto argumentando que "...la posición de dominio por parte de TdP fuera de Lima no era atribuible a su actuación sino al proceso de concesiones, por lo que no resulta consistente considerar la existencia de una infracción sancionable".

Además, la resolución establece las condiciones en las que ambas empresas deben llegar a un acuerdo para que TdP otorgue el *roaming* a Tele 2000, entre las cuales, figuran las siguientes: a) en el proceso de negociación para el acuerdo intervendría un observador designado por Osiptel, b) que la contraprestación económica por la utilización del *roaming* por parte de Tele 2000 sería determinada considerando una compensación para la amplitud de la cobertura del *roaming* automático, sus costos de instalación, la tarifa por tráfico y la compensación por las inversiones adicionales que TdP deba hacer para atender el mayor tráfico generado por los clientes de Tele 2000. Si las partes no llegaban a un acuerdo en siete días Osiptel debía emitir un mandato de cumplimiento obligatorio para ambas partes sobre las condiciones en que se realizará la provisión.

Finalmente, a pesar de que ambas empresas se reunieron varias veces y lograron acuerdos sobre algunos puntos, no se llegó al acuerdo final para el otorgamiento del *roaming*, por lo que Osiptel promulgó un mandato ejecutivo en el que se definían los términos en los que dicho servicio debía ser provisto.

3.1.3. La controversia RCP-TdP

La controversia entre la Red Científica Peruana (RCP) y Telefónica del Perú (TdP) implicó dos procesos distintos que obedecían a un mismo origen. En el primero de ellos, iniciado en 1996, RCP demandó a TdP ante Osiptel por actos de competencia desleal y de abuso de posición de dominio. En el segundo proceso, TdP denunció a RCP, también ante Osiptel, por actos de competencia desleal. Adicionalmente, de manera paralela al proceso llevado en Osiptel, RCP denunció a TdP ante Indecopi por violaciones a las normas publicitarias.

El primer proceso se inició en febrero de 1996. Luego del anuncio de TdP de brindar los servicios de UNIRED e INFOVIA —a través de los cuales TdP permitiría a otras empresas prestadoras de servicios de valor añadido ofrecer sus servicios a sus abonados a través de la telefonía fija, y en el caso particular de UNIRED, servicios de acceso a Internet—, RCP denunció que TdP estaba cometiendo diversos actos de competencia desleal con el fin de obstaculizar la labor de RCP en el mercado.

Así, RCP presentó una demanda contra TdP por actos de competencia desleal e infracciones asociadas al incumplimiento de las obligaciones asumidas en su contrato de concesión. Entre las denuncias figuraban la utilización de subsidios cruzados, el uso de información privilegiada, la negativa de atender las solicitudes de provisión de circuitos y trato discriminatorio.

TdP contestó la demanda negando y contradiciendo los puntos planteados por RCP. En la base de todos sus argumentos estaba la alegación de que RCP estaba demandando servicios que, por sus características técnicas, TdP no estaba en capacidad de proveer, por lo que su negativa a brindárselos era involuntaria y no constituía un acto de competencia desleal.

Después de un proceso de análisis, que incluyó consultas con especialistas y audiencias con las partes, el CCO resolvió que TdP había incurrido en prácticas “muy graves” de abuso de posición de dominio en el mercado y trato discriminatorio y desigual al negarse injustificadamente a atender la demanda de servicios por parte de RCP.²² Como sanción, el CCO le impuso una multa de 50

²² Resolución 055-CCO-97, 14 de octubre de 1997.

UIT a TdP y de 10 UIT adicionales por haber incumplido algunos puntos de su contrato de concesión. Asimismo, se ordenó a TdP que cumpliera con proveer y solucionar las demandas de RCP y cese el trato discriminatorio observado.

Ambas empresas presentaron recursos de apelación a la sentencia del CCO. El recurso de apelación de TdP se basaba principalmente en que la resolución del CCO excedía las demandas de RCP (RCP no había señalado actos de abuso de posición de dominio sino sólo de competencia desleal). Adicionalmente, TdP señalaba que el análisis realizado por el CCO había sido sesgado en su contra. Por su parte, la apelación de RCP estaba referida a las sanciones aplicables a TdP. Según RCP la sanción de 10 UIT por violación de condiciones esenciales de contrato de concesión, debió ser de 50 UIT. Adicionalmente, los actos contra la libre competencia debieron ser sancionados de acuerdo a los parámetros señalados en el Decreto Legislativo 701.

En febrero de 1998, la Presidencia de Osiptel en Resolución No.020-98-PD/Osiptel confirmó la resolución apelada en todos los puntos, salvo en la sanción económica. Se exoneró a TdP de la sanción de 10 UIT que había sido impuesta por el CCO por considerar que la multa de 50 UIT abarcaba tanto la comisión de actos contrarios a la libre competencia como los incumplimientos contractuales. Esta resolución fue impugnada por TdP ante el Poder Judicial mediante una acción contenciosa administrativa. En marzo del 2000, el Primer Juzgado Corporativo Especializado en lo Contencioso Administrativo declaró infundada la demanda planteada por TdP contra las resoluciones de Osiptel. TdP apeló esta resolución, lo que debe ser resuelto en última instancia judicial por la Sala Contencioso Administrativa.

El segundo proceso de este conflicto se inició, en paralelo con el primero, en agosto de 1996, cuando TdP presentó ante Osiptel una demanda contra RCP por haber incurrido en actos de competencia desleal en su perjuicio. TdP denunció que RCP había realizado afirmaciones públicas denigratorias, entre las cuales destacan las siguientes: a) la afirmación a través de Internet y a través de una nota periodística en la revista *Quehacer* de que TdP había frenado los planes de expansión de RCP mediante prácticas consideradas poco éticas, b) la afirmación de que TdP pretendía crear un monopolio recurriendo a prácticas ilegales tales como

subsidios cruzados, *dumping*, etc. y c) la afirmación, a través de la revista Quehacer, de que INFOVIA era “una autopista tramposa en la que todos deben pagar peaje”. Según TdP, a través de estas declaraciones RCP estaba incurriendo en actos de competencia desleal, por lo que solicitó a Osiptel que ordene el cese de dichos actos, el cierre temporal de RCP, la rectificación pública y la publicación de la resolución condenatoria.

El 19 de mayo de 1997, el CCO emitió la resolución No 018-CCO-97 por la cual declaró fundados algunos de los reclamos formulados por TdP, declaró infundada la solicitud de cierre temporal de RCP, ordenó la cesación inmediata de los actos de competencia desleal e impuso a RCP una multa de 30 UIT.

RCP presentó un recurso de apelación basado en que la resolución se refería a actos de publicidad, por lo que no era competencia de Osiptel, sino de Indecopi. Además, señalaba que la resolución se pronunciaba sobre hechos que no habían sido denunciados explícitamente por TdP, sobre los cuales RCP no había podido presentar defensas. La Presidencia de Osiptel²³ declaró infundado el recurso de apelación presentado por RCP.

De manera paralela a este proceso, el 08 de agosto de 1996, RCP interpuso una denuncia ante Indecopi contra TdP por infracciones al DL 22612, Ley de Represión de la Competencia Desleal y al Decreto Legislativo No 691, y a las normas de publicidad en defensa del consumidor. La denuncia se basaba en que TdP había realizado publicidad que creaba confusión a los usuarios con respecto al servicio provisto por RCP. Específicamente se presentaba un tríptico publicitario repartido por TdP promoviendo su servicio UNIRED, en el que figuraba en la carátula la fachada del local donde RCP tenía sus oficinas. Asimismo, se señalaba que el *slogan* que TdP utilizaba “UNIRED es la red de Internet en el Perú”, contenía información falsa que confundía a los usuarios, pretendiendo indicar que UNIRED tenía la exclusividad de brindar los servicios de Internet.

Mediante Resolución No. 033-97-CCD, la Comisión de Competencia Desleal de Indecopi declaró fundada la denuncia por infracciones al DL 691 y sancionó a TdP con una multa de 30 UIT y ordenó el cese definitivo de la difusión de anuncios conteniendo frases o imágenes como las denunciadas.

²³ En la Resolución 0093-97-PD/Osiptel del 19 de diciembre de 1997.

El 25 de junio de 1997 TdP apeló dicha resolución y el expediente se elevó a la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi. La Sala confirmó en parte la Resolución de la Comisión, reformándola sólo en lo que se refiere a la sanción impuesta. La multa fue reducida de 30 a 5 UIT.

3.1.4. Análisis por variables

Timing

El marco regulatorio y el organismo regulador estaban ya definidos en los aspectos básicos cuando surgieron las controversias. En el caso de RCP, tanto la Ley de Telecomunicaciones como los posteriores decretos y el Texto Unico y Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones ya contenían la regulación de los actos de competencia desleal y de abuso de posición de dominio. Por ello, estas controversias no debían haber sido afectadas por un problema de *timing*. Sin embargo, algunos aspectos específicos tales como la estructura de sanciones aplicable en el sector, no estaban definidos. Según algunos entrevistados, los miembros del CCO del “caso *roaming*” se preocuparon por tener una estructura de sanciones clara antes de resolver la controversia, lo cual dilató el proceso.

Marco regulatorio bien definido

Si bien, en general, se considera que la Ley de Telecomunicaciones es bastante completa y definida, presenta algunas debilidades con relación a la promoción de la competencia en igualdad de condiciones. La ley responde mejor a las necesidades de regulación en situación de monopolio que protegiendo y promoviendo la apertura del mercado (este problema se ha hecho mucho más evidente después de la apertura del mercado). Estos problemas responderían más al diseño que se decidió para el sector al momento de llevar a cabo la privatización que al propio diseño del marco regulatorio (se optó por otorgar un amplio dominio monopólico a una empresa a cambio de otros beneficios para la economía y el sector).

Equilibrio entre estabilidad y flexibilidad del marco regulatorio

En la controversia sobre el *roaming*, una de las partes utilizó la rigidez de la legislación sobre telecomunicaciones para dilatar el proceso. Tal como se mencionó, los argumentos de las partes pusieron mucho énfasis en la definición de *roaming* y si éste era o no un servicio público. Según los expertos consultados, la discusión en torno a este tema era irrelevante, pues lo cierto era que para hacer abuso de su posición dominante, TdP podía utilizar tanto bienes intermedios o facilidades como servicios públicos. El CCO tuvo que invertir tiempo y esfuerzos en remontar la argumentación de TdP, que señalaba que, dado que el *roaming* no era un servicio público, Osiptel no debía hacerse cargo de la controversia. La percepción de algunos entrevistados que participaron en el proceso es que el objetivo de TdP era el de dilatar el proceso, sirviéndose de la inflexibilidad de un aspecto del marco regulatorio.

En el “caso RCP”, la rigidez del marco legal también complicó el caso. Así, las listas contenidas en las normas sobre los servicios considerados como servicios de valor añadido y su descripción no contemplaban la aparición de nuevos servicios o la evolución de los existentes a consecuencia de desarrollo tecnológico. El servicio de Internet no estaba contemplado en dicha lista. Ello permitió a TdP argumentar que Internet era un servicio público que RCP proveía con fines lucrativos, por lo cual necesitaba una concesión. Dado que RCP no la tenía, estaba en falta.

Por otro lado, en cuanto a las normas de procedimiento, los casos muestran que los procesos no fueron sencillos y breves, como era la intención de los reglamentos de solución de controversias. Las controversias estudiadas se dilataron en el tiempo y se complicaron con numerosos pedidos, observaciones, oposiciones apelaciones y otros recursos relativos a aspectos exclusivamente formales procedentes del sistema judicial. Ello se debe a que el Código Procesal Civil (CPC) se aplica de manera supletoria para todo lo no previsto por el reglamento de solución de controversias. Así, los CCO han tenido que entrar en la lógica procesalista de cuidar las formalidades, lo que impide una solución expeditiva y pronta del caso.

Autonomía con respecto al sector privado y público

Existe una opinión generalizada acerca de la independencia y neutralidad de la primera instancia. En cuanto a la segunda instancia, algunos entrevistados señalaron que el contenido de las resoluciones de las dos controversias demuestran

que esta instancia fue objeto de presiones de TdP, directamente o a través de otros sectores del Poder Ejecutivo. En el “caso *roaming*”, la resolución de la Presidencia de Osiptel cambió el enfoque y eliminó las sanciones que el CCO había impuesto a TdP. En el “caso RCP”, la resolución de la Presidencia de Osiptel redujo la multa.

Se debe considerar, sin embargo, que en ambos casos las resoluciones de segunda instancia ratificaron las resoluciones de primera instancia en los aspectos más importantes para todo efecto práctico. Así, la eliminación y reducción de las sanciones puede haber sido más una medida pragmática y conciliadora, que responde a una visión más global de los problemas del sector. Mientras los CCO se disuelven terminado el caso, la segunda instancia debía relacionándose con la empresa regulada en numerosas materias. Es lógico que esta visión de conjunto y continuidad haya influido sobre la segunda instancia. De todas maneras, ello demuestra que la resolución de controversias en manos de la autoridad más alta del Osiptel no es lo más adecuado para la gestión institucional.

Cabe mencionar que desde el punto de vista de la empresa, las decisiones de los CCO y de la Presidencia de Osiptel no han sido plenamente neutrales debido a las presiones que la prensa, la Defensoría del Pueblo y otros organismos públicos ejercen sobre el organismo regulador, que se ve en la obligación de adoptar una posición pro-consumidor y anti-empresa para tener más legitimidad ante la opinión pública.

Clara delimitación de funciones

Tanto los procedimientos, como los órganos encargados de aplicarlos, están bien especificados en la ley, por lo que este aspecto no dio lugar a obstáculos a la resolución de las controversias.

Estructura de sanciones

Como se señaló anteriormente, el CCO se preocupó por coordinar con Osiptel el establecimiento de la estructura de sanciones antes de resolver el caso. En opinión de algunos entrevistados, ello no permitió ejercer un efecto disuasivo en las empresas reguladas. Por otro lado, la opinión generalizada de los especialistas es que el monto de las multas era muy reducido para empresas del tamaño de TdP.²⁴

²⁴ Como se ha mencionado esta situación cambiaría con la implementación de la nueva ley de facultades de Osiptel.

Según los entrevistados, las sanciones sólo podían ejercer un efecto disuasivo en el caso de empresas chicas.

Organización de las instancias encargadas de resolver controversias

Con respecto a la primera instancia, según opinión de varios de los entrevistados, la composición de los CCO fue la adecuada, pues eran personas independientes y competentes profesionalmente. Un participante en estos CCO indicó que el trabajo de esta instancia hubiera sido mucho más productivo y expeditivo si hubiera contado con un equipo de técnicos similar a las secretarías técnicas de las comisiones de Indecopi. Los informes técnicos, inspecciones y, en general, el trabajo ejecutivo de los CCO es realizado por el personal de otras áreas de Osiptel, que tiene otras responsabilidades y para quienes los encargos del CCO son tareas adicionales. Los funcionarios de este organismo, sin embargo, tienen otra visión, pues opinan que, por el contrario, son los funcionarios de Osiptel —ya sea los que integran el CCO o los de las diferentes gerencias— quienes impulsaban la actuación del CCO.

Capacidad para obtener medios probatorios

En ambos casos, los CCO enfrentaron grandes dificultades para obtener la información de TdP necesaria para solucionar el caso. Estos casos muestran de manera clara la debilidad del marco regulatorio de Osiptel vigente en esa época en cuanto a la obtención de medios probatorios.

En el “caso RCP”, la negativa de TdP a mostrar las pruebas requeridas por Osiptel (tanto por el CCO como por la segunda instancia) llevaron el caso hasta la Corte Suprema. El CCO dispuso la exhibición del listado completo de la identidad y lugares de instalación de los usuarios de TdP bajo la modalidad de “alquiler de circuito”. TdP se negó a proveer tales listados argumentando que dicha información era de sus clientes y confidencial. El CCO impuso una multa de 30 UIT por la negativa, lo que fue ratificado por la segunda instancia. Ante ello, TdP presentó un recurso de amparo, bajo el artículo de la Constitución que protege el secreto de las comunicaciones. La Corte Suprema amparó el recurso de TdP, declarando que esta empresa tiene la obligación de salvaguardar el derecho al secreto de las telecomunicaciones no sólo sobre "el contenido de la comunicación, sino también a la protección de datos y confidencialidad de la información personal relativa a los usuarios que obtenga en el curso de sus negocios". La Corte

Suprema interpretó que el CCO, al requerir dicha información e imponer una multa por la denegatoria, inducía a TdP a incumplir un deber constitucional, y declaró inaplicables sus resoluciones a ese respecto. Esta resolución de la Corte Suprema fue repetidamente aludida por TdP en diversas controversias, siempre para evitar presentar información que consideraba “confidencial de sus clientes”.

Cabe señalar que la nueva Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de Osiptel corrigió este problema, al establecer claramente en su artículo 18 la facultad de Osiptel de solicitar información a cualquier organismo público o privado y a terceros en general.

3.1.5. Análisis global

El análisis de las dos controversias seleccionadas sugiere que su origen es más el resultado de la estructura y características del sector que de problemas del marco regulatorio. Como se mencionó en el capítulo anterior, la privatización del sector, por motivos que escapan al análisis de este estudio, creó un mercado con una empresa protagonista muy poderosa, a la que no sólo se le entregó la concesión de la telefonía fija, sino que se le permitió la prestación de servicios de valor añadido, en competencia con otros actores privados. En ese contexto, aunque el marco regulatorio busca fomentar la competencia y controlar y castigar el abuso de posición de dominio, ello resulta sumamente difícil en la práctica debido a las fortalezas de la empresa regulada.

Una diferencia importante en cuanto al manejo y problemas de las dos controversias es que de acuerdo a los entrevistados, mientras que el origen y el manejo del “caso RCP” respondieron en buena medida a enfrentamientos y posiciones personales de las diferentes partes involucradas, en el segundo caso el origen y manejo fueron básicamente institucionales y técnicos.

Adicionalmente, aunque el marco regulatorio se estableció a tiempo, está bastante definido y el sector cuenta con un órgano regulador bien estructurado y capaz, el análisis del manejo de las controversias muestra una serie de debilidades. En ambas controversias se encontró que Osiptel no contaba con los medios necesarios para probar las infracciones y lograr un efecto disuasivo significativo. Los órganos encargados del manejo de la controversia, en particular el de primera instancia, se

sintieron significativamente limitados en cuanto a sus capacidades de obtener pruebas, para hacer cumplir sus resoluciones y para evitar la excesiva formalización del proceso inducida por una de las partes. Estos son problemas que se fueron repitiendo en las controversias sucesivas, por lo que motivaron modificaciones al marco legal que finalmente pudieron ser adoptadas por la Nueva Ley de Facultades de Osiptel.

Un último punto importante se refiere a la autonomía y capacidad institucional de los órganos encargados de solucionar controversias. Se ha encontrado que los CCO actuaban concientes de estar cumpliendo el rol de administrar justicia, por lo que siguieron un modelo similar al de los procedimientos judiciales, aunque con intenciones de mayor simplicidad y celeridad. Los CCO se preocupaban de que se cumplieran los plazos y formas, de la pertinencia y legalidad de las pruebas, de la consistencia de las resoluciones con lo dispuesto por el marco jurídico, etc. La segunda instancia, en cambio, actuaba con un enfoque diferente, en el que el rol de administrar justicia en el caso particular pasaba a un segundo plano frente al rol de regulador global y pragmático. Desde el punto de vista de la gestión de conjunto, la estrategia de la segunda instancia puede haber resultado eficaz, pero generó una imagen de falta de independencia y debilidad en comparación con la imagen de la primera instancia.

3.2. El sector eléctrico

3.2.1. Descripción y análisis de procedimientos

La regulación de la solución de controversias en el sector eléctrico está muy poco desarrollada y, en la mayoría de los casos, no sigue las líneas básicas recomendadas por la literatura.

Las controversias con empresas, dependiendo del tema específico de la controversia, pueden ser manejadas por la CTE, Osinerg o Indecopi, los cuales siguen procedimientos bastante disímiles.

En el caso de temas tarifarios, pueden surgir conflictos entre las empresas reguladas y la CTE, organismo encargado de la regulación tarifaria. Las controversias surgen luego de que la CTE ha fijado las tarifas (precios en barra en caso de generadores y

tarifas finales en caso de distribuidoras), tramitándose como procedimientos administrativos. Las empresas reguladas pueden presentar un recurso de reconsideración a la CTE para que revise la metodología empleada. CTE decide si las observaciones son válidas y corrige las tarifas si es necesario y emite una resolución sustentando su posición. Esta decisión sólo puede ser discutida ante el Poder Judicial, a través de un proceso contencioso administrativo.

Las resoluciones tarifarias son preparadas por los técnicos que conforman las divisiones de generación y transmisión eléctrica o de distribución eléctrica, según sea el caso. Los informes preparados por las gerencias son revisados por el Consejo Directivo de la CTE, órgano que resuelve como última instancia administrativa todos los asuntos que en materia de fijación tarifaria presenten las partes interesadas. Estos mismos funcionarios son quienes revisan las impugnaciones y preparan los informes para la absolución de los reclamos de las empresas. No existe instancias ni organismos especializados dedicados a la absolución de quejas o conflictos.

Por otro lado, la ley de Osinerg contempló la facultad de “resolver en última instancia administrativa los conflictos derivados de la realización de las actividades en el ámbito de su competencia”²⁵, lo que no dejaba claro si le correspondía la función de resolver controversias entre empresas. Esta indefinición no tuvo que ser contrastada en la realidad, pues Osinerg nunca recibió una denuncia sobre problemas entre empresas. En todo caso, la Ley Marco de los Organismos Reguladores aclaró que a todos estos organismos les corresponde la denominada “función de solución de controversias”, que comprende la facultad de resolver los conflictos generados entre las entidades que se encuentren bajo su competencia”.

Osinerg es competente para resolver por la vía administrativa los reclamos de las empresas reguladas frente a las decisiones que adopte en ejercicio de sus funciones de fiscalización y supervisión. Al igual que en la CTE, tampoco existe un órgano y procedimientos especiales para el tratamiento de estos recursos. Por ello, estos se

²⁵ Es decir, fiscalizar 1) el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidos en la LCE y su Reglamento y el respectivo contrato de concesión; 2) Los demás aspectos que se relacionan con la prestación del servicio público de electricidad; y, 3) el cumplimiento de las disposiciones de la LCE. Además, Osinerg está a cargo de velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y su Consejo Directivo deberá expedir directivas para solucionar y resolver las reclamaciones de los usuarios de los servicios de electricidad.

tramitan ante el Consejo Directivo y por la vía de los procedimientos generales de la administración pública, es decir, a través de recursos de reconsideración y apelación. Hasta la fecha no se ha presentado ninguna controversia entre empresas ante Osinerg. Los contratos entre las empresas concesionarias y la empresa estatal ElectroPerú contienen cláusulas arbitrales, por lo que sus conflictos deben estar resolviéndose a través de la vía arbitral.

Las controversias que se refieren a infracciones a las normas sobre libre competencia, sea entre empresas o entre empresas y el Estado, corresponden a Indecopi (Comisión de Libre Competencia en primera instancia y la Sala de Defensa de la Competencia en segunda instancia). Indecopi sí cuenta con órganos específicos dedicados a la solución de controversias y con procedimientos y facultades de sanción específicas y adecuadas (aunque la especialización de los encargados es con relación al tema de libre competencia y no al sector eléctrico).

3.2.2. El caso del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR)

Como se mencionó en el capítulo 2, el nuevo sistema de tarifas del mercado eléctrico fue definido en la Ley de Concesiones Eléctricas, promulgada en 1992, y su reglamento. Según ésta, el precio al usuario final es determinado por la Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE) y es el resultado de la suma del precio en barra (que remunera costo de generación más costo de transmisión) y el Valor Agregado de Distribución (que remunera el costo de distribución).

Los precios en barra, así como sus fórmulas de reajuste, deben ser fijados semestralmente por la CTE, para cada sistema interconectado (SICN y SISUR). Para que la CTE pueda fijar las tarifas, el COES de cada sistema interconectado debe realizar diversos cálculos y presentarlos a la CTE. La CTE analiza la información y comunica al COES sus observaciones. El COES debe absolver dichas observaciones, para lo cual, si es necesario, debe realizar nuevos estudios. Una vez conforme, la CTE procede a fijar y publicar las tarifas y sus fórmulas de reajuste mensuales. Cabe resaltar que las tarifas que fije la CTE no podrán diferir en más del 10% de los precios libres vigentes en el mercado de generación.

Por su parte, el cálculo del Valor Agregado de Distribución (VAD) —la retribución de las empresas distribuidoras—, se basa en una empresa modelo

eficiente. Tiene una vigencia de cuatro años y está conformado por tres elementos: i) costos asociados al usuario de facturación y cobranza; ii) pérdidas estándares de distribución en potencia y energía, tanto físicas como comerciales; y iii) costos estándares de inversión, operación y mantenimiento de una empresa modelo. Estos costos de inversión se calculan sobre la base de la estimación del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) del sistema económicamente adaptado (costo de renovar las obras y bienes físicos destinados a prestar el servicio con la tecnología y precios vigentes).

Los componentes mencionados se calculan para cada sector de distribución típico²⁶, mediante estudios de costos encargados por los concesionarios de distribución a empresas consultoras pre-calificadas por la CTE. La CTE, recibidos los estudios, comunica a los concesionarios sus observaciones debiendo éstos absolverlas en un plazo máximo de diez días. Absueltas las observaciones o vencido el plazo, la CTE establece los VAD para cada concesión. Con los VAD y las tarifas en barra la CTE estructurará un conjunto de tarifas para el usuario de cada concesión.

Luego, según la legislación, se realiza un proceso de consistencia tarifaria para lo cual se estima cuál es la Tasa Interna de Retorno (TIR) que con las tarifas resultantes del VAD calculado, obtendrían las empresas concesionarias, utilizando para ello un VNR correspondiente a las instalaciones de cada empresa. Si la TIR difiere en más de cuatro puntos de la tasa actualizada de retorno (12%) debe recalcularse el VAD de tal forma que se llegue al límite más próximo.

La CTE estableció el primer Valor Agregado de Distribución (VAD) en noviembre de 1993, cuando aún se trataba únicamente de empresas públicas en el sector. Luego, en octubre de 1997 la CTE fijó nuevos VAD. Días después, las empresas distribuidoras Luz del Sur, Edelnor, Ede Cañete, Electro Centro, Electro Sur Este y Electro Sur medio, plantearon recursos de reconsideración de la resolución de la CTE, señalando que su método de cálculo del VNR no se ajustaba a lo señalado por la ley.

Los argumentos que sustentaban los recursos de reconsideración eran básicamente los mismos en todos los casos. Básicamente, se referían a una interpretación arbitraria de la ley. La discrepancia de las empresas se relacionaba a la segunda

²⁶ Se han definido cuatro sectores tipo de distribución que contienen las mismas características. Cada área de concesión puede tener estos cuatro grupos.

etapa del cálculo del VNR. Las empresas argumentan que cuando se calcula la TIR se debe tomar en cuenta el VNR de las instalaciones reales, y no las instalaciones imaginarias de una empresa modelo eficiente, tal como hace la CTE. Por ejemplo, Luz del Sur señala en su recurso de reconsideración que "...se confunden los conceptos de Valor Nuevo de Reemplazo del Artículo 76 de la Ley de Concesiones Eléctricas y en su lugar se aplica el Valor Nuevo de Reemplazo del sistema económicamente adaptado del artículo 65".²⁷ Las empresas presentaron, además, una serie de estudios de entidades independientes contratadas, principalmente económicos, que sustentaban su posición.

Los casos más saltantes fueron el de Edelnor y Luz del Sur, cuyos VNR calculados por la CTE eran US\$331 millones en el primer caso y US\$363 millones en el segundo, frente a sus solicitudes de US\$664 para el caso de Edelnor y de US\$757 para el caso de Luz del Sur. Las diferencias entre uno y otro cálculo se debían principalmente a que la CTE tomó en cuenta sólo un 35% de la red subterránea por considerar que era la porción que una empresa eficiente debía mantener. En realidad, la red de distribución subterránea equivale al 92% de la red total, y es más costosa.²⁸ La CTE calculó que con dichos valores, las tarifas aumentarían en un 20 o 30%. Cabe mencionar que de acuerdo a cálculos de las empresas las tarifas no aumentarían en mucho más de 1% (ello basado en montos de valor de activo intermedios que las empresas esperaban que se les reconociera).

La CTE declaró infundada la impugnación de las empresas distribuidoras y ratificó su resolución de octubre de 1997 con algunas correcciones. En las resoluciones sobre estos recursos de reconsideración, la CTE argumenta que para fijar el VNR se debe realizar un análisis crítico de las instalaciones actuales, buscando el mínimo costo total que permita prestar el mismo servicio con la tecnología más económica. La CTE señalaba que los costos unitarios considerados para el cálculo de las inversiones son costos internacionales alcanzables por las empresas distribuidoras en el país. La CTE argumentaba además que el precio que las empresas habían pagado por las instalaciones, precio que no reflejaba el valor de instalaciones aéreas por lo que no podían exigir que se valorice las instalaciones aéreas para efecto de

²⁷ Tomado de Resolución 015-97 P/CTE, 11 de octubre de 1997. Argumentos similares se encuentran en las resoluciones 016-97 P/CTE, 017-97 P/CTE, 018-97 P/CTE, 019-97 P/CTE, y 020-97 P/CTE de la misma fecha, que corresponden al resto de empresas que plantearon recursos de reconsideración.

²⁸ Véase Bonifaz y Rodríguez (2000).

las tarifas. Las empresas califican este argumento de la CTE como extralegal que no debería ser tomado en cuenta en la resolución. Señalaban, por un lado, que la ley no hace ninguna referencia al valor de adquisición para la fijación de las tarifas, y, por otro lado, que el precio pagado en la privatización reflejaba una serie de factores entre los cuales por ejemplo se incluyó el riesgo país.

Ante este hecho, las empresas Edelnor y Luz del Sur iniciaron un proceso judicial contra la CTE, quien ganó en primera instancia. El proceso concluyó en 1999, cuando se encontraba en la segunda instancia, pues ambas empresas desistieron de continuarlo.

3.2.3. La concentración en el mercado eléctrico

La Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (1997) y su reglamento (1998) establecieron que Indecopi debía autorizar las concentraciones de tipo vertical en el que participasen empresas con 5% o más del mercado, así como las concentraciones de tipo horizontal en el que participasen empresas con 15% o más del mercado. Así, se debe notificar ante Indecopi aquellas integraciones verticales u horizontales que puedan disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados eléctricos. Asimismo, las operaciones que deben ser autorizadas por Indecopi son “aquellas que generan una modificación en la estructura de control de las empresas objeto de la concentración [...] el control se genera a través de una posición que prima dentro de una empresa sobre la opinión de los demás accionistas”²⁹.

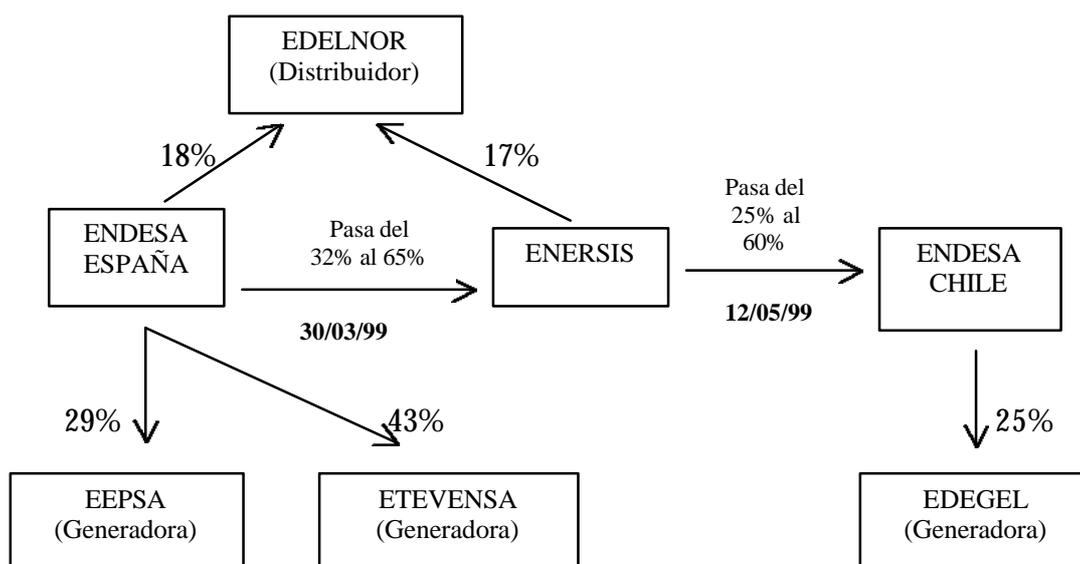
Como resultado del proceso de privatización del sector eléctrico peruano, la empresa Endesa España pasó a controlar a las empresas generadoras peruanas Etevensa, con un 43,5%, y Empresa Eléctrica de Piura (EEPSA), con un 29%. Además, tenía el 18% de la empresa distribuidora Edelnor. Asimismo, el *holding* chileno Enersis S.A., participaba en la empresa distribuidora Edelnor con 17% de participación accionarial. Enersis S.A. también tenía una fuerte participación en la empresa Endesa Chile (25%), que, a su vez, controlaba el 25% de la empresa generadora Peruana Edegel.

²⁹ Resolución 012-99-Indecopi/CLC, pp. 8-9.

En agosto de 1997, Endesa España obtuvo indirectamente el 26% del accionariado de la empresa chilena Enersis S.A, logrando alcanzar, posteriormente, el 32%. En abril de 1999, Endesa España adquirió un 32% de acciones de Enersis S.A. adicionales al 32% obtenido en 1997. Asimismo, en mayo de 1999, se concretó una transacción mediante la cual Enersis, que ya participaba en Endesa Chile con el 25% de la estructura accionarial, pasa a controlar el 60% de las acciones de Endesa Chile.

En el siguiente gráfico se resume estos procesos de compra y se especifica el control que Endesa tendría sobre las empresas generadoras y distribuidoras peruanas como consecuencia de este acto de concentración.

GRÁFICO 1



Fuente: Resolución 012-99-Indecopi/CLC

Las adquisiciones mencionadas fueron notificadas a la Comisión de Libre Competencia de Indecopi (febrero de 1999) por las empresas Generalima, Inversiones Distrilima, y Eléctrica Cabo Blanco —poseedoras del 60% del capital social de las empresas Etevensa, Edelnor y Empresa Eléctrica de Piura (EEPSA)

respectivamente³⁰ con el fin de que se compruebe que la operación no tenía efectos negativos en el sector eléctrico. Dichas empresas, sin embargo, enfatizaron que la notificación no debía ser considerada como una solicitud de autorización para la concentración dado que la operación se realizaría en el exterior.

La solución del proceso implicó dos etapas de análisis. Dado que las empresas que notificaron ambas operaciones a Indecopi argumentaban que no estaban sujetas a lo establecido en la Ley Antimonopolio, en una primera etapa se debía definir si los actos de concentración debían ser regulados según la Ley. Si como resultado del análisis se concluía que sí debían estar reguladas, en una segunda etapa debía evaluarse si los actos de concentración afectaban el funcionamiento del mercado peruano.

Con respecto al primer punto, las empresas señalaron que la concentración en la que habían participado no constituía una operación sujeta a la Ley 26876. El principal argumento para ello era que Endesa España ya controlaba a Enersis e indirectamente a Edelnor desde 1997, por lo que la nueva operación no había modificado la estructura de control de la empresa. La Comisión de Libre Competencia de Indecopi resolvió que Endesa España sólo logró el control de Enersis con la compra del 32% adicional realizada en marzo de 1999.³¹ Con dicha compra Endesa España logró la mayoría requerida para adoptar las decisiones que otorgan el control como para designar a la mayoría de miembros del directorio y consecuentemente elegir a los principales funcionarios de Enersis. Así, la compra del 32% de acciones adicionales cambió la estructura de propiedad y de control de la empresa Enersis, dando el control a Endesa España sobre Enersis e indirectamente sobre Edelnor y, en consecuencia, la operación sí constituía una concentración sujeta a la regulación de la Ley 26876.

³⁰ En todas estas empresas Endesa España representa al grupo mayoritario, salvo en el caso de Edelnor en el que es Enersis S.A. la empresa que posee la mayor parte del accionariado.

³¹ Entre otros argumentos, se usaron los siguientes: 1) Si bien Endesa España era el accionista mayoritario de Enersis, su participación con el 32% de acciones no era suficiente para que adoptara unilateralmente las decisiones de la Junta General de Accionistas de Enersis; 2) Con respecto al supuesto control del directorio, los acuerdos del Directorio requieren, según los estatutos de Enersis, que cuatro de los siete miembros voten igual, lo que no estaba garantizado (como se comprobó en la información de las actas). Adicionalmente, la aprobación de la mayoría de acuerdos al interior del Directorio por unanimidad no demostraba control de Endesa España sobre el mismo, sino más bien consenso respecto a las medidas a seguir.

Con respecto al segundo punto en discusión en el caso, los efectos de los actos de concentración, tal como está señalado en la Ley, Indecopi debe autorizar aquellos actos de concentración que no afecten el comportamiento del mercado del sector eléctrico. Según la Resolución de Indecopi, dado que las empresas operadoras peruanas involucradas en el proceso, realizaban acciones en el Sistema Interconectado Centro Norte (SICN), el ámbito geográfico relevante estaría conformado por dicho sistema hasta setiembre del 2000, fecha en la cual está prevista la interconexión de dicho sistema con el Sistema Interconectado del Sur (SISUR). A partir de dicha fecha, el ámbito geográfico del mercado de energía estaría conformado por la totalidad de extensión territorial de ambos sistemas.

La comisión centró su análisis en los efectos que podría generar la operación sobre el funcionamiento del COES, las ventas de generador a distribuidor y las ventas de distribuidor a cliente libre dentro de su zona de concesión.

En el caso del COES, Indecopi precisó que era importante pues era el órgano que definía cómo se realizarían las ventas en el mercado de generación. En ese sentido, la importancia del COES está en la fijación de los parámetros que sirven para la determinación de los programas de despacho. La manipulación del despacho, sin embargo, no significaría un desincentivo importante al ingreso de nuevos generadores porque el COES debe garantizar que el despacho de los generadores se haga de la manera más eficiente. Adicionalmente, "...como producto de la concentración, el Grupo Endesa tendría tres votos de un total de 9 en el Directorio y de 11 en los comités técnicos del COES-SICN. Sin embargo, con la interconexión de los sistemas Centro Norte y Sur, la importancia relativa de mantener dichos votos se diluye."³² Además, la posibilidad de que tenga una influencia importante en el COES del SICN, fue motivo para que Indecopi limitara el número de votos del Grupo Endesa en el Directorio y en los comités del COES al número de votos que mantenía antes de la operación, como se menciona posteriormente.

La comisión debió analizar, además, los posibles efectos sobre las ventas de generadores a distribuidores. Al respecto, "... bastaría que un generador se conecte al sistema principal de transmisión para que pueda firmar contratos con clientes situados en cualquier barra de dicho sistema (distribuidores y/o grandes

³² Resolución 012-99-Indecopi/CLC, p. 17.

clientes)”³³. La preocupación con respecto a esta parte del mercado había sido manifestada por algunas empresas y por el órgano regulador CTE. Según ellos, la concentración vertical podría incentivar a que Edelnor compre exclusivamente a los generadores con los que resultaba vinculado después de la operación, es decir, Etevensa, Edegel y EEPSA. La CLC señaló que la posibilidad de que Edelnor realice sus compras sólo a aquellos generadores de su propia empresa “carecería de sentido económico para el Grupo Endesa puesto que se trataría de una simple transferencia de ingresos desde la unidad de distribución hacia las unidades generadoras, no representando por ello un ingreso adicional para el grupo.” Sin embargo, la CLC señaló que Edelnor debía realizar sus compras de manera transparente, comprometiéndose a licitar en forma pública sin discriminar a los demás generadores.

Finalmente, se analizó los posibles efectos de la concentración sobre las ventas del distribuidor a clientes libres (quienes consumen más de 1 MW de potencia) a través de contratos no regulados. Según la resolución, a pesar de que el mercado de clientes libres es competitivo, en realidad los clientes de dicho mercado son abastecidos de manera exclusiva por Edelnor. Dado que esta situación se originó antes del acto de concentración, lo importante era evaluar si la operación podía empeorar las condiciones en las que se realizaban los contratos en dicho mercado. La comisión evaluó que los clientes libres no tenían alternativa de contratación con otra empresa, porque ya habían asumido contratos de largo plazo con Edelnor.

Así, el análisis efectuado por la Comisión de Indecopi concluyó que la operación no tendría efectos negativos sobre los tres aspectos que se consideraron relevantes para el análisis. Por lo tanto se autorizó las operaciones de concentración llevadas a cabo por Endesa España sobre Enersis, y por Enersis sobre Endesa Chile, siempre que:

- Edegel, Etevensa o EEPSA, en forma indistinta, se abstengan de votar en todas las decisiones del Directorio y de los Comités Técnicos que conforman el COES-SICN, hasta la fecha en que se conforme el único COES en el ámbito nacional.
- La empresa distribuidora Edelnor S.A. licite sus adquisiciones de energía eléctrica entre todos los generadores existentes en el sistema, conforme se

³³ Resolución 012-99-Indecopi/CLC, p. 14.

vayan venciendo los contratos que tiene vigentes con generadores; debiendo hacer de dominio público el procedimiento y resultados de cada licitación.

Adicionalmente, dado que las empresas que debían notificar la operación lo hicieron de manera posterior a las operaciones, la Comisión impuso una multa de 150 UIT a las empresas Cabo Blanco S.A., Generalima S.A. e Inversiones Distrilima S.A.³⁴

3.2.4. Análisis por variables

Timing

Este aspecto parece no haber sido relevante para la generación y solución de estas controversias, a pesar de que, como se señaló en el capítulo II, la legislación en el sector eléctrico fue aprobándose de manera simultánea y posterior al proceso de privatización. Por un lado, en el caso del VNR, la legislación acerca del tema de tarifas (su metodología así como el organismo encargado de aplicarla) estaba completa antes de que el problema surgiera. Por otro lado, el caso Endesa tampoco se vio afectado por este factor, pues a pesar de que la Ley Antimonopolio fue una de las últimas normas aprobadas, ya se encontraba vigente al momento en que las empresas involucradas realizaron las transacciones accionariales descritas.

Marco regulatorio bien definido

Esta variable fue mucho más importante en el caso VNR, tanto en lo que se refiere a las normas sobre la metodología para la fijación de tarifas como a las normas de procedimiento para tramitar los reclamos de las empresas. En relación al primer aspecto, el marco regulatorio sobre la metodología para la determinación de tarifas presenta debilidades, pues permitió interpretaciones diversas para la definición del Valor Nuevo de Reemplazo. Las empresas sostenían que debía aplicarse el artículo 76 de la LCE, mientras que la CTE aplicó el artículo 65.

En relación a las normas de procedimiento para procesar reclamos de las empresas el marco normativo también muestra deficiencias importantes. La Ley no

³⁴ Ante la sorpresa de los agentes involucrados y expertos en el tema, la resolución de la CLC fue apelada por Osinerg. La respuesta de la Comisión fue que Osinerg no era competente para apelar la resolución. Osinerg solicitó entonces al tribunal de Indecopi que declare nula la resolución por la cual se declara improcedente la apelación, pedido que fue también rechazado. Osinerg finalmente acudió al Poder Judicial.

contempla mecanismos de defensa adecuados ante las decisiones tarifarias de la CTE, y los contratos de concesión tampoco contienen cláusulas arbitrales que permitieran a las empresas llevar sus controversias con la CTE al criterio de árbitros neutrales. Las empresas no tuvieron otra opción que presentar recursos de reconsideración ante la propia CTE, que se limitó a revisar el expediente y resolver.

Equilibrio entre estabilidad y flexibilidad del marco regulatorio

Aunque la regulación del sector eléctrico adolece de una serie de debilidades, incluyendo un adecuado equilibrio entre estabilidad y compromiso, esta variable no jugó un rol significativo en el origen o manejo de estas controversias.

Autonomía con respecto al sector privado y público

A diferencia del sector telecomunicaciones, en donde la amenaza mayor para el organismo regulador son las presiones de la empresa regulada, en el sector eléctrico los casos demuestran la debilidad del sector privado frente a las presiones políticas o, en todo caso, a los prejuicios anti-empresa y falta de neutralidad de los técnicos.³⁵ En el caso del VNR, los funcionarios de la CTE que fueron entrevistados manifestaron que la CTE no podía permitir que las empresas se beneficiaran indebidamente a expensas de los usuarios con una interpretación formalista de la ley. Estos funcionarios sentían como una obligación de su parte interpretar el marco legal en beneficio del usuario. Según ellos, si se aplicaba el criterio que pretendían las empresas las tarifas hubieran subido significativamente. Los funcionarios mostraban plena convicción técnica en su posición, y negaron la influencia del Ministerio en su decisión. Para las empresas, la CTE sí cumplía instrucciones del Ministerio, al interpretar de manera arbitraria una ley que, en su opinión, era perfectamente clara. En todo caso, lo que demuestran las entrevistas es que los técnicos y funcionarios de la CTE tenían un fuerte prejuicio anti-empresa.

Este prejuicio puede deberse a la composición del *staff* técnico de la CTE. A diferencia de Osiptel, que se integró con profesionales que no habían tenido participación en el sector, la mayor parte de técnicos de la CTE son ex integrantes de las empresas públicas del sector que fueron privatizadas.

³⁵ El caso Endesa en su segunda parte (el cuestionamiento judicial de la decisión de Indecopi) y las tendencias del comportamiento de Osinerg en la atención de reclamos que se describe en el capítulo 4 también muestran la debilidad de las empresas del sector frente a Osinerg.

Por otro lado, es importante señalar que la propia estructura del sector favorece la fortaleza del organismo regulador. A diferencia del sector de telecomunicaciones, se trata de varias empresas privadas con poca capacidad de ejercer presión a nivel público, en parte por incluir originalmente capital chileno y en parte porque no existe una empresa privada con posición de dominio claro del sector.

En cuanto a Indecopi, este organismo ha demostrado desde su creación haber actuado con un gran margen de autonomía. Ello se debe a su estructura y a su amplio ámbito de competencias. Se organiza en comisiones especialmente dedicadas a la solución de controversias, conformadas por expertos independientes, lo que hace más difícil la presión de los ministerios o la incorporación de factores políticos o prejuicios en contra de las empresas reguladas. Su ámbito de acción abarca todos los mercados, por lo que los grupos de interés con los que tiene que negociar o tratar están, en su mayor parte, atomizados o dispersos. En el caso Endesa, la capacidad institucional de Indecopi fue importante para solucionar el caso de una manera neutral, aunque el Ministerio de Energía y Minas tuviera una posición contraria.

Clara delimitación de funciones

En el caso del VNR esta variable no fue relevante, a diferencia del caso Endesa. El análisis de ese caso demuestra que existe una mala delimitación de funciones y falta de coordinación entre los organismos involucrados en la regulación del sector. Hay evidencia, por ejemplo, de que durante el proceso de solución del caso Endesa, Indecopi invitó varias veces a Osinerg a emitir su opinión o a asistir a las reuniones, pero este organismo no lo hizo. Por el contrario, esperó a que Indecopi resolviera el caso para presentar su cuestionamiento ante el Poder Judicial.

Estructura de sanciones

Esta variable no es relevante para ninguno de los dos casos. El caso VNR no se originaba en una infracción a la ley o a los contratos. En el caso Endesa, Indecopi autorizó la concentración en el sector eléctrico y las empresas involucradas acataron dicha resolución. Indecopi multó a las empresas por no haber notificado las fusiones a tiempo, con montos que a algunos observadores les parecieron muy bajos. Ello, sin embargo, no se debe a que Indecopi enfrentara restricciones en cuanto a los montos de las multas.

Composición del organismo encargado de resolver controversias

En el “caso VNR”, los funcionarios que prepararon los informes técnicos que sirvieron de base para resolver estos recursos de reconsideración fueron los mismos que hicieron los estudios previos para la fijación de las tarifas. Como se ha dicho anteriormente, estos funcionarios mostraron una actitud recelosa frente a las empresas, a las que veían como ansiosas de aprovechar los resquicios legales para su beneficio. La actitud recelosa de los funcionarios del organismo regulador frente a las empresas reguladas es muy común, y se desarrolla de manera casi natural por las características propias del trabajo que estos técnicos deben cumplir. Es por ello que la literatura recomienda la instalación de órganos especiales para la resolución de controversias, que aseguren neutralidad. Así, este factor es uno de los más importantes para explicar el resultado de la controversia. Dada la composición del órgano encargado de resolverla, era previsible que el criterio de la CTE se mantuviera.

En el caso Endesa, el caso fue resuelto por dos instancias de Indecopi, ambas conformadas por expertos de diversas especialidades relevantes y pertenecientes a diversas instituciones públicas y privadas (bajo la restricción de que no enfrenten conflictos de interés en cada caso en análisis). La Comisión y la Sala cuentan además con personal técnico que investiga el caso dedicado a la generación de insumos para el análisis y solución del caso. Si a esto se suma la capacidad institucional de Indecopi, mencionada anteriormente, que le permite actuar con autonomía respecto a otras instancias del gobierno y de las empresas, se puede afirmar que la composición y funcionamiento de las instancias en este caso fue la adecuada (tal como es reconocido por diversos agentes del sector entrevistados).

Capacidad para obtener medios probatorios

Esta variable no es relevante para el caso del VNR. En el caso Endesa, Indecopi tuvo acceso sin dificultades a toda la información necesaria para resolver.

3.2.5. Análisis global

El análisis de estas controversias muestra que los problemas provienen de la falta de neutralidad de los organismos del sector eléctrico frente a las empresas reguladas. No se ha logrado construir un marco institucional en el que todas las partes

confien. Intervienen varias entidades que carecen de mecanismos de coordinación y que en muchos aspectos muestran posiciones divergentes y enfrentadas. El comportamiento de los organismos sectoriales es receloso del sector privado, poco transparente, muy sensible a las presiones políticas. Ello se explica por su organización y composición, así como por su relativa debilidad institucional. Indecopi, en cambio, mostró un manejo autónomo y más técnico, lo cual pone de manifiesto las ventajas de un organismo diseñado con comisiones especiales para la solución de controversias y posiblemente de un organismo intersectorial.

El marco legal presenta debilidades que dieron lugar a una de las controversias. Además, el caso VNR mostró claramente los problemas de no contar con procedimientos y órganos especialmente diseñados para la solución de controversias en la CTE. Independientemente de la razón que pudiera tener cada una de las partes, las empresas se encontraban en una situación desventajosa dado que sólo pudieron presentar un recurso de reconsideración frente al mismo personal con el que había surgido la controversia.

El análisis de la controversia relacionada a los actos de concentración de empresas en el sector mostró un manejo técnico y autónomo por parte de Indecopi aunque mostró también la existencia e importancia de las presiones políticas en el sector, especialmente a través de la participación (carente de sustento técnico de acuerdo a la mayoría de expertos en el sector) de Osinerg. De acuerdo a algunos expertos y artículos y análisis periodísticos sobre el tema, dicha participación estuvo más bien relacionada al interés de ejercer presión sobre las empresas para lograr acuerdos con respecto a otros problemas del sector.

4. ANÁLISIS DE CONTROVERSIAS CON USUARIOS

La resolución de reclamos de usuarios ha sido siempre uno de los fundamentos de la actuación de los organismos reguladores. En los mercados regulados es común que los usuarios enfrenten las siguientes situaciones, que constituyen fallas de mercado:

- No existen otros agentes que proveen los servicios demandados. Ello limita o impide al consumidor moverse libremente entre diferentes ofertas o alternativas.

- La información respecto de los servicios es especializada, insuficiente o poco clara.

Las políticas de protección al consumidor parten del supuesto de que los altos costos —legales y no legales— de reclamar ante el Poder Judicial desalientan a los consumidores de ejercitar sus derechos. Estas políticas asignan a los organismos públicos diversos roles, como, por ejemplo: promover políticas que obliguen a las empresas a informar mejor a los usuarios; interceder a favor de los usuarios y buscar relaciones equilibradas entre los agentes; representar a los usuarios y asumir su defensa ante los juzgados; resolver directamente los reclamos, administrando justicia.

Desde 1991 existe un marco general de protección al consumidor (D. Leg. 716), aplicable para la comercialización de toda clase de bienes y servicios. Así, esta ley reconoce el derecho del consumidor a la protección frente a productos o servicios que representen un riesgo para la salud o la integridad física; el derecho a recibir de los proveedores la información necesaria para adquirir y utilizar los bienes; a la protección de sus intereses económicos mediante el trato equitativo y justo en las transacciones; a la reparación por daños y perjuicios ocasionados por la adquisición o uso de los bienes; y el derecho a ser escuchado (individual o colectivamente) con el fin de defender sus intereses, por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor.

Sin embargo, dada la estructura monopólica y los problemas de asimetría de información que se encuentran en los sectores en análisis, se diseñó, además, un marco normativo específico para estos servicios. Este marco asignó la labor de fiscalización y supervisión a un organismo especializado para asegurar el cumplimiento de los compromisos de calidad, ajustes tarifarios y solución de reclamos por parte de las entidades reguladas.

El siguiente es un resumen de los principales cambios legislativos relacionados con la protección del consumidor y solución de controversias entre empresas y usuarios de los sectores de telecomunicaciones y eléctrico:

1991: Decreto Legislativo 716. Ley de Protección del Consumidor

- 1992: Creación del Indecopi, al interior del cual existe la Comisión de Protección del Consumidor
- 1992: Ley de Concesiones Eléctricas
- 1993: Ley de Telecomunicaciones y creación del Osiptel
- 1993: Creación de la Defensoría del Pueblo
- 1994: Reglamento de Osiptel
- 1996: Creación de Osinerg
- 1997: Reglamento de Osinerg

El D. Leg. 807 (publicado en 1996), que modificó al D. Leg. 716, estableció que Indecopi es la única entidad competente para aplicar y sancionar respecto a lo establecido en el Ley de Protección al Consumidor³⁶. Igualmente, la Ley 27311 (del año 2000) enuncia que sólo podrá negarse la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi (CPC) a través de una norma expresa con rango de ley.

En 1993 se creó la Defensoría del Pueblo con el encargo de defender los derechos fundamentales y constitucionales de las personas y la comunidad, así como para supervisar el cumplimiento de la adecuada gestión de la administración estatal y prestación de los servicios públicos por las empresas operadoras de los mismos. Para estos últimos casos, la Defensoría del Pueblo, a través de la Resolución Defensorial 051-97/DP (1997), ha definido que le corresponde una labor supervisora de las empresas prestadoras de servicios públicos y de los organismos reguladores. Para tal fin, la Defensoría designó en 1998 al primer Defensor Adjunto para Servicios Públicos. Sin embargo, es relevante destacar que las facultades de la Defensoría son de carácter persuasivo y de recomendación, no pudiendo establecer e imponer sanciones.

Finalmente, y de acuerdo al marco normativo de cada sector, corresponde a los organismos reguladores asegurar la adecuada prestación de los servicios, emitir las normas específicas para atención de reclamos y pronunciarse como última

instancia en la vía administrativa en caso de controversias entre la empresa y el usuario. Así, la Ley 26734 que crea Osinerg y el D. Leg 702 que crea al Osiptel establecen la competencia de dichos organismos para asegurar la adecuada prestación de los servicios, así como establecer el marco de protección de los derechos de los usuarios en su ámbito regulatorio. Entre las facultades normativas corresponde la publicación de las condiciones de uso, directivas para atención de reclamos en las empresas operadoras, y los respectivos reglamentos para resolver los reclamos denegados por las empresas prestadoras de los servicios.

4.1. El sector telecomunicaciones

En materia de protección de los derechos de los usuarios³⁷, le corresponde al Osiptel supervisar la calidad de los servicios prestados, aprobar y publicar las condiciones de uso de los servicios públicos de telecomunicaciones y sus respectivas cláusulas generales de contratación, emitir las directivas procesales para solución de reclamos, y pronunciarse como última instancia en la vía administrativa sobre los reclamos que fueran denegados por las empresas operadoras. Estas facultades y atribuciones han sido establecidas en el D. Leg. 702, la Ley 26285 (art. 8), en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones (artículos 74 y 77), en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (art. 61) y en el Reglamento de Osiptel (artículos 6, incisos I, y 16). Asimismo, en los respectivos contratos de concesión firmados por las empresas operadoras con el Estado peruano, las empresas se han comprometido a sujetarse a las condiciones de uso y procedimientos de reclamos que el organismo regulador establezca para los servicios que les fueron concedidos.

El marco normativo para la protección de los derechos de los usuarios del sector de servicios públicos de telecomunicaciones cuenta con instrumentos legales tales como las condiciones de uso y sus respectivas cláusulas generales de contratación,

³⁶ Al respecto se debe notar que el art. 14 de dicha norma establece que los reclamos por “servicios públicos” no podrán ser condicionados al pago previo del monto reclamado; derecho que es recogido en los procedimientos y directivas de reclamos de cada sector.

³⁷ El organismo regulador ha establecido diferencia entre la protección de los derechos de los usuarios (emitir normas y asegurar su cumplimiento) y la defensa de sus intereses (como acto de representación de una persona o comunidad).

que rigen las relaciones contractuales entre la empresa operadora y sus clientes y establecen los deberes y derechos de las partes en la prestación y uso de los servicios; el objetivo de estas normas es reducir los costos de transacción para el usuario final del servicio. Asimismo, se ha establecido los procedimientos de reclamos, normas que deben cumplir las empresas prestadoras en la atención de los reclamos de los usuarios.

El ámbito de aplicación de este marco, que incluye a todo prestador de servicios públicos de telecomunicaciones, se aplica a las controversias referidas a problemas de acceso al servicio; contratación e instalación de los servicios; facturación; activación de servicios opcionales y suplementarios; calidad y continuidad del servicio; y otros aspectos que determine el Consejo Directivo del Osiptel.

4.1.1. Entidades competentes

El marco normativo de protección al usuario del sector telecomunicaciones establece que las empresas deben actuar como primera instancia responsable para atender, tramitar y resolver los problemas de sus clientes (usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones). El Estado, a través de su organismo regulador especializado, intervendrá sólo cuando las empresas no tengan los incentivos suficientes para cumplir con esta responsabilidad. El organismo regulador debe garantizar, en estos casos, la existencia de mecanismos y procedimientos que aseguren al usuario el debido proceso y la pluralidad de instancias. De esta manera se pronunciará de manera autónoma e independiente como última instancia en la vía administrativa.

Empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones

El procedimiento de reclamos es aplicable a todas las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones, así como aquellas que prestan servicios de telecomunicaciones contra prestación económica aunque no hubieran requerido de concesión. En este caso, tanto las empresas de valor añadido (entre ellas las suscriptoras de servicios 808 y proveedoras de servicios de acceso a Internet) como las de telefonía fija y servicios públicos móviles (celular, radio trunking, beeper, etc.) se encuentran obligadas a ajustar sus procedimientos de reclamos a las normas expedidas por el Osiptel.

El marco normativo emitido por el organismo regulador establece que las empresas que proveen los servicios públicos de telecomunicaciones deben ser las primeras en resolver los reclamos de sus clientes, absteniéndose de discriminar entre titulares o usuarios, y sin distinguir su condición de usuario final o no, de persona natural o jurídica. Se establece que deberán contar con una instancia especial para dar trámite y resolver los reclamos de los usuarios. Esta instancia se constituye en la primera instancia dentro de la vía administrativa para la atención de reclamos de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

Las empresas tienen la facultad de conciliar con sus usuarios, pero de ninguna manera deben negarse a recibir y resolver el reclamo presentado, sea este sobre materia reclamable considerada en los procedimientos de reclamo o no.

Osiptel

El Osiptel es la última instancia en la vía administrativa para pronunciarse sobre las materias reclamables que resulte competente, señaladas en líneas anteriores.

El Consejo Directivo del organismo delegó en el Tribunal de Solución de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Trasu) la responsabilidad de revisar y resolver de manera autónoma e independiente en última instancia administrativa los denegados o inadecuadamente tramitados por las empresas prestadoras. De esta manera, lo resuelto por el Trasu no puede ser revisado ni observado por ninguna instancia al interior de Osiptel. El usuario o abonado no satisfecho con la resolución del Trasu puede recurrir a la vía judicial.

El Trasu se instaló en 1995 y se ocupa de atender en representación de Osiptel, los reclamos de los usuarios de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones en el ámbito nacional. El Trasu está conformado por seis vocales a tiempo completo, tres ingenieros y tres abogados, que sesionan en dos salas. Recibe el apoyo técnico y administrativo de una Secretaría Técnica, la misma que tiene la responsabilidad, por reglamento, de dar trámite, registrar, notificar, archivar y apoyar administrativamente las labores del Trasu.

Si bien la labor de resolución de reclamos fue delegada específicamente al Trasu en 1995, las responsabilidades relativas a la elaboración de proyectos normativos, condiciones de uso y procedimientos de reclamos, atención y orientación a usuarios se encontraban a cargo de diferentes unidades de línea de la organización.

Con el objeto de centralizar la agenda de protección a usuarios y la administración de los recursos asignados a esta materia, en 1997 se creó la Gerencia de Usuarios.

A la Gerencia de Usuarios del Osiptel le corresponde un rol facilitador en materia de protección al consumidor, en la medida que intenta dar respuesta a los problemas de consumidores antes de que éstos se tramiten en la vía administrativa. Para ello realiza investigaciones (eficiencia, costos, información), presenta propuestas normativas en las materias que corresponda y, sobre todo, se aboca a realizar programas de información con el objeto prevenir, y reducir el problema de asimetría de información. La Gerencia no interfiere en la labor del Trasu, más bien, concentra sus esfuerzos en las tareas de prevención.

Indecopi

Como se señaló anteriormente, el Indecopi tiene —en materia de protección al consumidor— la responsabilidad de garantizar el cumplimiento del D. Leg. 716 de protección al consumidor (del cual Osiptel ha recogido los principios básicos) y de asegurar el cumplimiento de las normas de publicidad, función que le es exclusiva y respecto de la cual los organismos reguladores de servicios públicos no tienen atribución especial para su sector. La función de protección del consumidor es ejercida por el Indecopi a través de su Servicio de Atención al Consumidor (SAC) y de la Comisión de Protección del Consumidor (CPC).

Durante varios años, el Indecopi se inhibió de dar trámite a denuncias respecto de servicios públicos de telecomunicaciones cuando éstos eran admitidos por el Trasu, en casos específicamente relacionados a instalación, facturación, calidad y otros indicados por el Consejo Directivo de Osiptel. Los casos no contemplados en tales supuestos eran admitidos directamente por la CPC, como por ejemplo, denuncias por información engañosa.

Sin embargo, luego de que el Tribunal del Indecopi resolviera un caso relacionado a la calidad de los alimentos, en el que el denunciado se defendía alegando la competencia de una repartición del Ministerio de Salud,³⁸ la CPC ha adoptado la

³⁸ Resolución N° 0277-99, de fecha 18 de agosto de 1999. El Tribunal declaró, estableciendo precedente de observancia obligatoria, que "Todos los proveedores en territorio nacional se encuentran sujetos al ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo N° 716, ley de Protección al Consumidor, conforme a lo señalado en el artículo 1 de dicha ley. Por otra parte, la

interpretación de la competencia exclusiva e irrenunciable para conocer sobre las infracciones al D. Leg. 716, a menos que esta competencia sea “negada por norma expresa de rango de ley”. Ello significa que si un consumidor presenta una denuncia invocando dicha norma, la CPC no podría abstenerse de pronunciarse, cualquiera que sea el proveedor, aunque éste se encuentre regulado por otra entidad pública. Bajo esta interpretación lo dispuesto por el D. Leg. 702, que otorga expresamente a Osiptel la facultad de asegurar la adecuada prestación de los servicios y la resolución de los reclamos no es suficiente para establecer una excepción a la competencia exclusiva de Indecopi respecto del D. Leg 716.

En virtud de tal interpretación, el Indecopi, a través de la CPC, ha admitido denuncias de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones que solicitan el amparo del D. Leg. 716 para temas relativos a promoción de servicios, información insuficiente, instalación y cobro de líneas no solicitadas (no contratadas), o sobre aquellos que ingresen al Indecopi bajo el criterio de "competencia residual". Así, el caso Avellaneda, por “Idoneidad de servicio de telefonía fija” y el caso contra BellSouth, por “Confidencialidad de información sobre facturación detallada entregada a persona distinta del titular” fueron los primeros casos resueltos de este tipo. Cabe señalar que esta vía puede ser utilizada por usuarios de manera simultánea y paralela a la tramitación de una denuncia ante el Trasu. Además del desperdicio de recursos asociado a esta duplicación, ello puede implicar el riesgo de que ambas instituciones establezcan criterios opuestos en el mismo caso. A la fecha, la CPC tiene 14 expedientes sobre materias similares. Este número puede elevarse a medida que esta nueva vía de defensa de los usuarios de telefonía, se difunda.

Defensoría del Pueblo

La intervención de la Defensoría del Pueblo en materia de reclamos de servicios públicos de telecomunicaciones se inició con la designación del Defensor Adjunto para Servicios Públicos en el año 1998. A partir de esta fecha las coordinaciones de Osiptel con la Defensoría se hicieron regulares, especialmente por solicitudes de

Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi es el órgano administrativo competente, a escala nacional, para conocer los procesos referidos a las presuntas infracciones al Decreto legislativo N°716 que puedan presentarse en todos los sectores de consumo, salvo la excepción establecida en ‘norma expresa de rango legal’, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de dicho cuerpo legal”.

información sobre los recursos aceptados para trámite en el Trasu, así como sobre problemas específicos de los servicios.

La intervención de la Defensoría ha propiciado el debate público, generalmente en la prensa escrita, de temas de interés directo de los consumidores.

Asociaciones de consumidores

Las asociaciones tienen como finalidad representar los intereses de sus asociados, defenderlos y tramitar en su nombre cualquier reclamo. Los procedimientos de reclamos para servicios de telecomunicaciones establecen que éstos podrán ser tramitados no sólo por los titulares de los servicios, sino también por las asociaciones, siempre que éstas demuestren tener el poder respectivo. Si bien las asociaciones de consumidores en el Perú están adquiriendo un rol más activo, aún se encuentran en un estado de desarrollo inferior al alcanzado por otras asociaciones de consumidores de países latinoamericanos como Argentina y Brasil.

El rol de las asociaciones en materia de reclamos de servicios públicos de telecomunicaciones se ha centrado fundamentalmente en labores de orientación y asesoría de usuarios, así como de mediación entre éstos y sus operadores en primera instancia y con el Trasu en última instancia. En la mayoría de los casos las asociaciones han participado a través de denuncias públicas en prensa y radio, ejerciendo más un rol de presión y disuasión que de representación.

Los efectos de la presencia y participación de las asociaciones de consumidores en temas relacionados a prestación de servicios públicos han sido diversos; en los casos de denuncias respecto a irregularidades en los servicios³⁹ han contribuido con las labores de fiscalización y solución de reclamos por parte del organismo regulador, así como han promovido respuestas a vacíos normativos. Sin embargo, algunos temas de carácter altamente técnicos han sido manejados públicamente de manera poco adecuada, dificultando la labor reguladora en aspectos tarifarios y de información.

³⁹ ASPEC hizo pública la denuncia respecto a la falta de información sobre tarifas aplicadas en el uso de las tarjetas prepago 147 de la empresa Telefónica. Luego de las acciones de fiscalización pertinentes, Osiptel emitió la sanción respectiva.

4.1.2. Los casos más frecuentes

El Osiptel, a través del Trasu debe tramitar y pronunciarse en última instancia sobre los reclamos presentados ante empresas proveedoras de servicios públicos de telecomunicaciones, esto es telefonía fija, celular, servicios públicos móviles (telefonía satelital, radio troncalizado, buscapersonas), televisión por cable, acceso a Internet y servicios de valor añadido entre otros.

El volumen de reclamos está relacionado a la penetración de los servicios (número de usuarios atendidos), así como a la existencia proveedores y/o servicios alternativos (grado de competencia) y a la capacidad e interés de los operadores para suministrar información adecuada respecto de las características de los servicios que proveen.

El servicio que presenta mayor participación en la tramitación de reclamos es el de telefonía fija, con cerca de un millón setecientos mil líneas en servicio y que sólo es provisto por la empresa Telefónica del Perú. El segundo servicio con mayor incidencia de reclamos es el de telefonía móvil celular, con aproximadamente un millón doscientos mil abonados y dos operadores (Telefónica y BellSouth). En tercer lugar se encuentra el servicio de televisión por suscripción.

Así, aproximadamente el 95% de los reclamos que alcanzan la segunda instancia en el Trasu de Osiptel son presentados por los abonados y usuarios del servicio de telefonía básica fija. La empresa operadora de este servicio reporta a Osiptel un promedio mensual de 8 100 reclamos en el ámbito nacional; cifra que se ha mantenido en los últimos dos años. Menos de un 12% de estos reclamos se declara procedente en primera instancia; el resto son reclamos potenciales en segunda y última instancia. Hasta inicios del presente año alcanzaban la última instancia en el Trasu aproximadamente 500 expedientes por mes (estando vigente el procedimiento de tres instancias CD 007-94/Osiptel). Con el nuevo (CD 015-99/Osiptel) procedimiento que establece únicamente dos instancias, el promedio de reclamos que llegan al Trasu al mes es de 1 200.

Los conceptos reclamados en este servicio han variado en el tiempo. Desde la privatización de las empresas la evolución de los reclamos se ha relacionado directamente a la modernización y expansión de la red básica. Por ejemplo, en el año 1995 el concepto más reclamado fue el de llamadas de larga distancia internacional vía discado directo (DDI), estrechamente relacionado a los servicios

de entretenimiento para adultos. Osiptel emitió una medida normativa específica para el bloqueo del DDI cuando el abonado lo solicite. Esta norma tuvo como resultado una significativa reducción de los reclamos por este motivo.

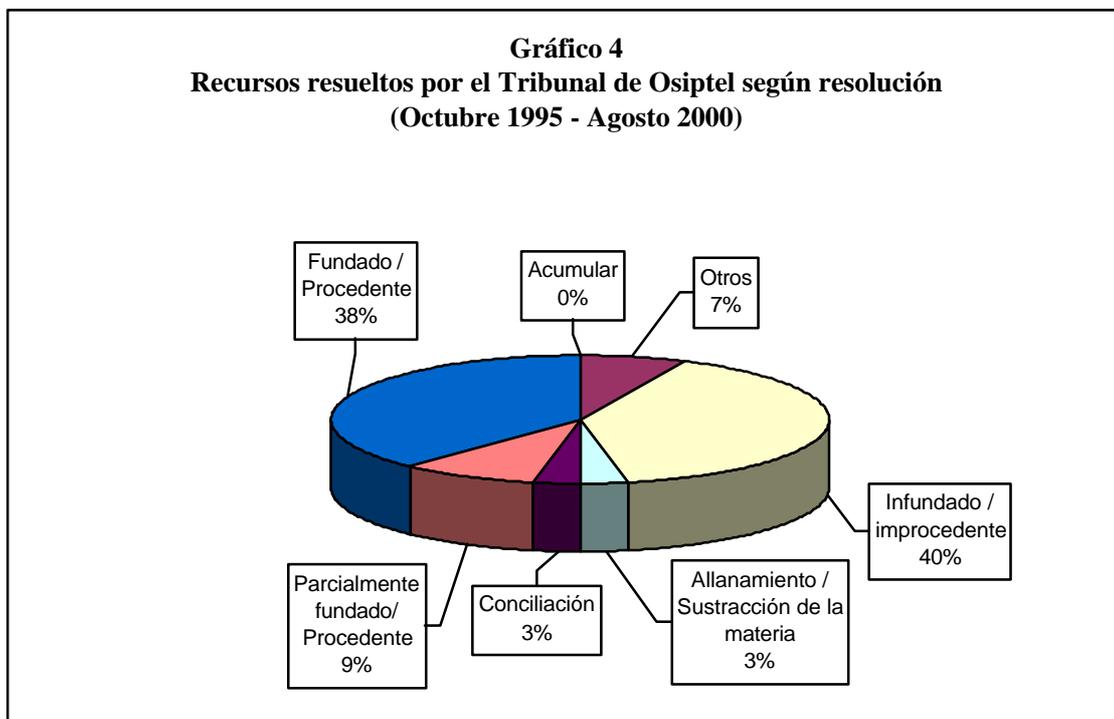
Las materias más reclamadas actualmente en el servicio de TF son la facturación del servicio (que incluye los rubros: llamadas locales (SLM), llamadas larga distancia nacional (LDN), llamadas larga distancia internacional (LDI), fijo-móvil, llamadas a la serie 808 (relacionadas a los servicios de horóscopo, entretenimiento para adultos, entre otros); y el cobro por servicios no solicitados (opcionales como Memovox, y suplementarios)

Cabe resaltar que desde 1998, casi el 100% de los reclamos tramitados ante la empresa operadora del servicio de telefonía fija se refieren a conceptos facturables. El usuario no reconoce el monto cobrado, resultado del total de llamadas o pasos (unidades de medida de la duración de la comunicación).

El concepto facturado más reclamado se refiere a llamadas de un teléfono fijo a otro teléfono fijo dentro del área local. El problema puede explicarse por la imposibilidad del usuario de verificar su consumo detallado en la factura telefónica, ya que el monto por este concepto aparece agregado. El segundo concepto reclamado es el de llamadas de un teléfono fijo a un celular, en cuyo caso la información también aparece agregada en el recibo, aunque es posible identificar cuánto del total facturado corresponde a llamadas a clientes de uno u otra empresa operadora de este servicio (Telefónica o BellSouth). Paralelamente, los reclamos referidos a llamadas de larga distancia han ido decreciendo en los tres últimos años debido a la implementación de normas como la del bloqueo del DDI y la modificación a las áreas de cobertura local (intra departamental a partir de 1999).

Mientras que medidas como las anteriormente expuestas reducen la incidencia de reclamos, la modernización de la red genera nuevas preocupaciones a los usuarios. Este es el caso de los servicios 808, prestados por empresas de valor añadido a través de las facilidades de red inteligente.

Puede apreciarse en el siguiente gráfico que más del 50% de reclamos son declarados fundados por el Trasu.



Del total de recursos resueltos por el Trasu desde octubre de 1995 a julio del año 2000 (cerca de 24,000 expedientes), un 54% ha sido declarados a favor de los intereses de los usuarios. Menos de 4% de los casos fue resuelto vía conciliación, que en el nuevo procedimiento se establece como opcional.⁴⁰

4.2 . El sector eléctrico

La Ley de Concesiones Eléctricas (LCE) estableció en su artículo 93 que “las reclamaciones de los usuarios respecto a la prestación del Servicio Público de Electricidad serán resueltas en última instancia administrativa por el Ministerio de Energía y Minas...”. Esta norma fue modificada por la Ley 26734 (diciembre de

⁴⁰ La conciliación empresa – cliente, en muchos casos parece desfavorable a este último ya que la empresa cuenta con mayor información y manejo de las pruebas de las que depende el resultado.

1996), Ley de Creación de Osinerg, que transfirió esta función al nuevo organismo. Así, según esta ley, corresponde a Osinerg cumplir, entre otras, la función de velar por el cumplimiento de la normativa que regula la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario; y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de los contratos de concesión eléctrica.

En lo que respecta al subsector eléctrico, Osinerg se ha organizado de la siguiente manera: una línea funcional encargada de supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos de concesión, normas técnicas y de calidad; una segunda línea, responsable de administrar las fiscalizaciones llevadas a cabo por empresas contratistas (terceros); y una tercera responsable de proponer el marco normativo de usuarios y atender las solicitudes de apelaciones y quejas de los usuarios del servicio de electricidad.

El total de empresas bajo el ámbito de supervisión y fiscalización de la Gerencia de Electricidad es de 112, entre operadores privados y de empresas del Estado en las actividades de generación, autoproducción, transmisión y distribución.

4.2.1. Entidades competentes

Al igual que el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, para el caso de servicios de electricidad los procedimientos administrativos establecen que las empresas son las primeras responsables para la atención y solución de reclamos de sus usuarios, y en segunda y última instancia se pronuncia el Osinerg.⁴¹ En este sentido, el Consejo Directivo de Osinerg aprobó en 1998 las Normas que regulan el procedimiento administrativo de reclamos de usuarios del servicio público de electricidad.⁴² Este fue el primer procedimiento de reclamos, que establece una instancia en la empresa y la segunda y última en Osinerg. A fines de 1999, se aprobó un nuevo procedimiento de reclamos,⁴³ que aplica los mismos criterios para los sectores de saneamiento, telecomunicaciones y electricidad.

⁴¹ La Ley de Concesiones Eléctricas obliga a Osinerg a resolver en última instancia administrativa los reclamos denegados de los usuarios de servicios públicos de electricidad.

⁴² Aprobado por resolución 180-98-OS-CD.

⁴³ Directiva No. 001-99-OS-CD.

Empresas de servicios públicos de electricidad

El procedimiento de reclamos es aplicable a todas las empresas concesionarias de servicios públicos de electricidad, sean estas públicas o privadas. El marco normativo emitido por el organismo regulador establece que las empresas que proveen los servicios públicos de electricidad deben ser las primeras en resolver los reclamos de sus clientes, absteniéndose de discriminar entre titulares o usuarios, y sin distinguir su condición de usuario final o no, de persona natural o jurídica. Se establece que las empresas deberán organizar una instancia especial (primera instancia) para dar trámite y resolver los reclamos de los usuarios, y se las obliga a informar a los usuarios sobre los requisitos y demás aspectos relacionados con el procedimiento que debe seguirse para interponer una reclamación.

El procedimiento contempla la obligación del concesionario para citar al usuario reclamante a una audiencia única (conciliación); la asistencia del usuario a la audiencia no es obligatoria. Si no hubiera conciliación el procedimiento seguirá su curso. Las empresas consideran este requisito costoso e ineficiente.

El concesionario podrá declarar improcedente la reclamación solamente cuando el recurrente carezca de evidente interés o legitimidad para obrar; cuando no exista conexión entre los hechos expuestos como fundamento de la pretensión y el petitorio; cuando el petitorio sea jurídica o físicamente imposible; y, cuando carezca de competencia. En el caso de ser admitida la reclamación, tras la etapa de investigación y celebración de audiencia, el concesionario resolverá la reclamación, emitiendo la resolución correspondiente. El plazo máximo para pronunciarse es de 30 días. Si la empresa no se pronuncia con respecto al reclamo en ese plazo, el usuario está facultado para interpretar la ausencia de respuesta como una aceptación de su reclamo, lo cual se denomina “silencio administrativo positivo”.

Frente a una respuesta no satisfactoria de la empresa, el usuario puede presentar un recurso de reconsideración ante la misma empresa, si tiene nuevas pruebas que sustentan su posición. El concesionario tiene un plazo máximo de 30 días hábiles para resolver su recurso. El recurso de reconsideración no es un paso obligatorio. El usuario puede presentar un recurso de apelación cuando no está de acuerdo con la resolución del concesionario. Dicho recurso obliga al concesionario a que éste eleve el expediente a Osinerg, para que se resuelva en última instancia administrativa.

Osinerg

Osinerg es la segunda y última instancia dentro del procedimiento de reclamos en la vía administrativa. La instancia que resuelve es el Consejo Directivo, que cuenta con el apoyo de la Gerencia de Electricidad para admitir, dar trámite, elaborar los proyectos de resolución y notificar el resultado del expediente. No existe un órgano específico, como el Trasu de Osiptel, dedicado a la solución de reclamos de los usuarios.

El proceso de resolución de reclamos se inicia en la Gerencia de Electricidad. Se asigna un especialista para el seguimiento del expediente, quien puede convocar a una audiencia de conciliación. Según los datos de Osinerg, entre el 25 y 30% de casos se resuelven a través de este mecanismo alternativo. No se intenta de manera más frecuente porque implica costos muy elevados. Luego de verificar los medios probatorios, el especialista de la Gerencia de Electricidad prepara un proyecto de resolución..

El Consejo Directivo revisa los expedientes y resuelve sobre la base de la documentación presentada y los medios probatorios evaluados por la Gerencia de Electricidad. De acuerdo a información proporcionada por Osinerg, debido al volumen de expedientes por mes sobre los que se debe resolver, en la práctica el Consejo Directivo no tiene tiempo para revisar cada uno de los expedientes y proyectos de resolución, salvo los casos especiales o difíciles.

Hasta la fecha no se ha establecido precedentes obligatorios sobre los casos resueltos, pero la Gerencia de Electricidad se encuentra evaluando la emisión de herramientas que faciliten la predecibilidad de las resoluciones de los reclamos resueltos por el Consejo Directivo.

El área de resolución de reclamos de la Gerencia de Electricidad no sólo se encarga de elaborar los proyectos de resolución, sino adicionalmente de evaluar el alcance de las normas de reclamos, de los reglamentos existentes del sector que tienen efecto sobre los procedimientos de reclamos y de proponer las modificaciones respectivas. En este contexto, dicha área ha elaborado proyectos de normas para

aprobación del MEM (autoridad del sector). Sin embargo, estas iniciativas no han generado mayor interés en el MEM.⁴⁴

Indecopi

Hasta la fecha la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi no ha recibido ningún reclamo sobre servicio de electricidad sustentado en el Decreto Legislativo 716, que tendría que ser admitido, en aplicación de su interpretación de dicha norma.

Defensoría del Pueblo

La intervención de la Defensoría del Pueblo en materia de reclamos de servicios públicos de electricidad, al igual que en el caso de telecomunicaciones, se inició con la designación del Defensor Adjunto para Servicios Públicos en el año 1998. La Defensoría se ha centrado en aspectos de cobros indebidos y devoluciones.⁴⁵ Muchos de estos casos, resueltos por Osinerg, fueron llevados al Poder Judicial por los usuarios, insatisfechos con el sentido de la resolución de Osinerg. Osinerg defendió ante el Poder Judicial su posición con éxito, pues durante varios años sus resoluciones fueron consistentemente ratificadas. Sin embargo, el Poder Judicial ha variado el sentido de sus resoluciones en los últimos meses, para adoptar la posición de la Defensoría. Según lo informado por funcionarios de Osinerg, ello se debe a la constante presión de la Defensoría sobre los jueces.

4.2.2. Los casos más frecuentes

El promedio mensual de reclamos que recibe Osinerg actualmente es de aproximadamente 180 casos (con el procedimiento anterior a agosto de 1999, el promedio mensual llegaba a solamente 74 expedientes). Este incremento se explica por la eliminación de los pagos de trámite de reclamo y del pago de las pruebas por parte del usuario (el procedimiento establece que el costo de la contrastación del

⁴⁴ Un caso relevante al respecto fue el proyecto de modificación del art. 177 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, con el que se proponía esclarecer el actual vacío frente a los reclamos por recuperos relacionados a robos de energía, el mismo que no fue aprobado.

⁴⁵ Osinerg sostiene que en los casos en los que el usuario ha realizado pagos en exceso por errores en la facturación corresponde una revisión de lo pagado hasta los 12 meses anteriores a la interposición del reclamo. Ello en aplicación de una norma específica de la LCE. La Defensoría sostiene que la revisión debe llegar hasta los cinco años anteriores a la interposición del reclamo, por ser esta la norma general establecida por el Código Civil.

medidor, aproximadamente S/.60 deberá asumirlo la empresa concesionaria; en caso se resolviera que el reclamo del usuario es improcedente o infundado, éste tendrá obligación de reembolsar el costo de la contrastación).

Osinerg debe resolver las apelaciones en un plazo máximo de 30 días útiles contados desde la fecha de recepción de la apelación, pudiendo revocar o confirmar el fallo de la empresa privada. Es opcional para el organismo regulador convocar a reuniones de conciliación.

La aplicación del silencio administrativo en segunda instancia en electricidad, a diferencia de la segunda instancia en telecomunicaciones, favorece al regulador y no al usuario. Ello debido a que frente al incumplimiento del plazo de respuesta se aplica el Silencio Administrativo Negativo; es decir, el usuario no puede entender que su reclamo ha sido considerado favorablemente. En este contexto, Osinerg no tiene presión por el plazo y los usuarios optan por esperar la resolución, frente a la alternativa de acudir al Poder Judicial.

Del total de casos resueltos en última instancia por Osinerg cerca de un 70% han sido declarados favorables a los usuarios, ya sea por ser total o parcialmente fundados.

Al igual que en el sector telecomunicaciones, la mayor parte de reclamos resueltos por Osinerg provienen de usuarios de empresas concesionarias en Lima. Edelnor concentra aproximadamente el 80% de casos, lo cual no significa necesariamente que Edelnor tenga una política de maltrato al usuario o sistemas administrativos ineficientes. Esto se puede entender por que esta empresa es la que ha enfrentado la expansión de su red de servicios entre los estratos de menores recursos, y, por lo tanto, más sensibles al monto de la facturación. Por ello, los clientes de Edelnor suelen reclamar por cantidades que los clientes de Luz del Sur no reclaman.

De acuerdo al análisis de las estadísticas de reclamos, los funcionarios de Osinerg consideran que las empresas que proporcionalmente enfrentan mayores problemas de atención con sus clientes son Hidrandina en primer lugar (La Libertad), y, en segundo lugar, Edelnor (Lima Norte). En el resto del país, donde la distribución está todavía a cargo de empresas estatales, la situación es muy mala para los usuarios, según los funcionarios de Osinerg. Las deficiencias se vinculan más a la incapacidad técnica y de gestión de las empresas. Sin embargo, los usuarios no

reclaman, probablemente porque están acostumbrados a recibir un mal servicio de una empresa del sector público.

Los casos más frecuentes son los siguientes:

- **Recuperos por robos de energía.** Los recuperos se originan en las facturaciones menores a las debidas. Estos errores en beneficio del usuario detectados por las empresas (normalmente la empresa hace un estudio histórico del consumo e inspecciones cuando detecta montos sospechosamente bajos de facturaciones) dan lugar a un cobro por lo consumido y no cobrado en los meses pasados. En estos casos, la Ley de Concesiones Eléctricas autoriza a la empresa a revisar los cobros por un período máximo de los 12 meses anteriores a la fecha de detección, sin intereses ni moras.⁴⁶

Cuando la facturación inferior a la debida se debe al robo de energía por parte del usuario, el Reglamento de la Ley en su art. 177 autoriza a la empresa a estimar y valorizar la cantidad de energía consumida (también por un máximo de 12 meses) aplicando la tarifa vigente a la fecha de detección considerando los intereses compensatorios y recargos por mora correspondientes. Sin embargo, cuando la empresa aplica esta disposición y el usuario reclama a Osinerg, este organismo declara que no puede reconocer los robos de energía -por tratarse de un tema penal que se debe ventilar primero ante el Poder Judicial- y los trata como "errores de cobranza". Las empresas no pueden, entonces, aplicar intereses y recargos por los montos correspondientes a energía robada. En opinión de las empresas, esta política alienta los robos de energía, pues no hay sanción. Los funcionarios de Osinerg señalan que existe un vacío en el reglamento que no permite una solución adecuada a estos casos.

- **Pagos en exceso.** La LCE no establece el plazo de revisión de cobros en exceso por parte de las empresas, en lo que sería la situación inversa al de los recuperos. En este contexto, las empresas aplican el criterio de los 12 meses,

⁴⁶ Artículo 92 de la Ley de Concesiones Eléctricas establece: "Cuando por falta de adecuada medición o por errores en el proceso de facturación se considere importes distintos a los que efectivamente correspondan, los concesionarios procederán al recupero o al reintegro según sea el caso. El monto a recuperar por el concesionario se calculará a la tarifa vigente a la fecha de detección y considerando un periodo máximo de 12 meses anteriores a la fecha. El recupero se efectuará en 10 mensualidades iguales sin intereses ni moras".

por interpretar que, por equidad, debe aplicarse igual norma a la de los recuperos. Por su parte, Osinerg aplica la Ley de Protección del Consumidor (art. 29: “Los pagos hechos en exceso del precio estipulado son recuperados por el consumidor [...] La acción para solicitar la devolución de estos pagos prescribe en un año contado a partir de la fecha en que tuvo lugar el pago”).

Osinerg ha tenido que resolver numerosos reclamos, especialmente de pequeñas empresas, por este concepto, que alegan que la revisión debe efectuarse de acuerdo con las normas del Código Civil, que establecen cinco años. Según los funcionarios de Osinerg, estos reclamos son alentados por “asesores” especialistas en facturación, ex trabajadores de las empresas eléctricas, que obtienen como ganancia un porcentaje del reembolso que pueda obtener el usuario. Osinerg se reafirma en el criterio de los 12 meses, aplicando el D. Leg. 716. Sin embargo la Defensoría del Pueblo presiona por que se modifique esta posición. Varios de estos casos han ido al Poder Judicial. Osinerg ganó 11 casos de ellos, hasta que en el 2000 la misma sala de la corte superior cambió su fallo.

- **Contribuciones reembolsables.** Son los aportes necesarios para extender la red pública de transmisión hasta el lugar de la vivienda. De acuerdo a la Ley del sector, el usuario paga el costo de la extensión de la red, pero obliga al concesionario a devolver esta contribución en un plazo determinado. De acuerdo a los concesionarios, estos reclamos provienen por la indebida aplicación de una disposición transitoria de la Ley de Concesiones Eléctricas, que estableció el punto de quiebre para determinar cuándo corresponde la devolución para extensiones realizadas con anterioridad a la vigencia de la ley.
- **Deudas de terceros.** Las empresas sostienen que la “deuda persigue al predio” para los casos de inquilinos que no pagan el servicio. De acuerdo a este criterio, el responsable de la deuda siempre será el dueño del predio. Los concesionarios se basan en una resolución Directoral del MEM de 1995, que establece ese principio. Pero Osinerg estima que no es legal aplicar dicha norma, ya que una Resolución Directoral no puede modificar una norma con rango de ley, como es el caso del Código Civil, norma que establece que el propietario no tiene la obligación de asumir las deudas contraídas por el ocupante. Por ello, considera que el pago del servicio es una obligación contractual entre el inquilino y la

empresa concesionaria. Además, considera que la empresa tiene la facultad de cortar el servicio a los 60 días de falta de pago, y que el no hacerlo perjudica al propietario. Sin embargo, cuando Osinerg resuelve estos casos, aplica la regla de que el propietario paga las deudas por servicio de electricidad, pero reconoce excepciones; por ejemplo cuando el inquilino ha suscrito un contrato de suministro con la empresa concesionaria, o cuando el propietario ha comprado el inmueble después de haberse generado la deuda con la empresa.

- **Cobros excesivos.** Estos reclamos están vinculados a la falta de credibilidad del usuario en los medidores instalados, por lo que asumen que su facturación excesiva. En tales casos, la empresa debe realizar la contrastación del medidor contratando los servicios de una empresa contrastadora autorizada por Indecopi.

Con el procedimiento de reclamos de 1998, los reclamantes debían pagar el costo de la contrastación. Sin embargo, con la nueva directiva emitida en agosto de 1999 se estableció que es responsabilidad del concesionario asumir el costo de la prueba, y sólo en caso que se demuestre que el reclamo del usuarios es infundado, la empresa podrá cobrar el costo de dicha contrastación. Este es el concepto de reclamos que presenta mayor incremento en el tiempo.

- **Robo de medidores.** El reglamento de la LCE no establece el criterio que se debe aplicar en estos casos. Las empresas consideran que el propietario es el responsable de su medidor y, por ello, le trasladan el costo de instalación de un nuevo medidor. Osinerg considera que este criterio no es correcto, pues son las empresas las que han decidido la instalación de los medidores en la vía pública para que su personal pueda tener acceso a ellos. En muchos casos se sospecha que es el propio personal de la empresa el que roba los medidores, por lo que reclamos respecto a esta materia obtiene un pronunciamiento de Osinerg favorable al usuario, no permitiendo que se le cobre a lo usuario el valor del nuevo medidor para reemplazar al robado.

4.3. Análisis comparativo institucional

Información al usuario: La factura de servicios

La factura es el medio de comunicación entre la empresa y el usuario, al establecer el monto a pagar por la cantidad de electricidad consumida. En el caso del servicio eléctrico, las facturas son tan sencillas que el usuario puede comprender fácilmente sus consumos promedio por mes respecto de unidades de medida simples.

En el caso de la telefonía fija, los conceptos facturados en la misma comprenden más de un servicio, cada uno con diferente unidad de medida y diferente tarifa (llamadas locales, a celulares, a 808, de larga distancia y servicios suplementarios y opcionales). La factura no contiene necesariamente detalle de consumo para los dos principales conceptos: llamadas locales y a celulares, y tampoco existe un seguimiento del promedio de consumo de los usuarios.

Por ello, es de esperar que la insatisfacción de los usuarios en cuanto a la cantidad y calidad de información que recibe sea mayor en el sector telecomunicaciones que en el de energía.

Tarifas y consumos promedio

Desde la privatización de ambos sectores se ha realizado un esfuerzo consistente en ajustar las tarifas a los costos reales de provisión de servicios, lo que de por sí genera insatisfacción en los usuarios acostumbrados a servicios subvencionados por el Estado. El incremento periódico de tarifas es para ambos sectores un indicador permanente de insatisfacción que incentiva el reclamo del usuario, aunque podría señalarse que este problema tiene un impacto mayor en el sector eléctrico, pues este servicio alcanza a una población más pobre, mucho más sensible a los más pequeños incrementos.

Otro aspecto importante de destacar es el consumo promedio. Mientras en el sector eléctrico se puede establecer que los hogares realizan consumos mensuales de electricidad con cierta regularidad, no sucede lo mismo con la telefonía fija, que permanentemente incorpora el acceso a nuevos servicios a través de su red (p. ej. llamadas a servicios 808, a radio *trunking* digital —Nextel—, acceso a Internet, etc.).

Estos nuevos servicios son o pueden ser prestados por operadores distintos al operador fijo.

Especialización y autonomía del órgano de resolución de reclamos

Las leyes para ambos sectores establecen genéricamente que es el regulador la última instancia administrativa para resolver el reclamo del usuario. A partir de ello, Osiptel construyó, por normativas propias, un Tribunal especializado e independiente de los órganos directivos y gerenciales. En Osinerg, el órgano directriz de la institución asumió la función de resolver conflictos.

Los avances y experiencias de Osiptel en cuanto a la organización y desarrollo de un órgano especializado para resolver los reclamos de usuarios han demostrado que la especialización y autonomía contribuyen a una mayor eficiencia institucional, mayor neutralidad y, por ende, mayor seguridad jurídica para el mercado.

Gratuidad de procedimiento

En ambos sectores, a raíz de la estandarización de procedimientos realizada en 1999, el criterio de gratuidad ha quedado asegurado. No obstante, es importante destacar que para el caso eléctrico el organismo regulador ha establecido que en caso de resultado desfavorable al usuario, éste deberá asumir los costos de las pruebas actuadas por el regulador. El mecanismo es útil para desalentar los reclamos no justificados o maliciosos. En el sector telecomunicaciones no se han aplicado tales mecanismos, lo que contribuye a la alta tasa de reclamos reiterativos cuyos costos son asumidos por el regulador.

Silencio administrativo

La aplicación del silencio administrativo permite agilizar trámites y reducir los costos de solución de reclamos. El silencio administrativo positivo (SAP) asegura al usuario que, frente al incumplimiento del plazo establecido para la resolución de su caso, se entenderá que su reclamo ha sido fundado.

En el caso del sector eléctrico, el SAP sólo se aplica en la primera instancia en la empresa operadora, pero no en la segunda. Cuando Osinerg tarda en resolver, se aplica el silencio administrativo negativo (SAN). Por ello, Osinerg entiende que al usuario le conviene esperar su resolución, antes que apresurarse a llevar su caso al

Poder Judicial. Esta situación puede resultar favorable en el corto plazo a Osinerg, pero en el mediano plazo implica una acumulación de expedientes cuyo efecto es desfavorable para el usuario.

En el caso del sector telecomunicaciones, el SAP se aplica también para las resoluciones del Trasu, con la posibilidad de que pueda declarar el SAN en casos específicos. A la fecha, el Tribunal de Osiptel no ha declarado SAN para ningún expediente.

Jurisprudencia y precedentes

La consistencia de los fallos o pronunciamiento ofrece a los usuarios y empresas información determinante para saber si le conviene presentar o continuar el caso y las pruebas que se deben presentar para proporcionar información suficiente al regulador. El Tribunal de Osiptel ha establecido lineamientos para sus resoluciones y los ha hecho públicos, de manera tal que las partes conocen los criterios con que se aplican para establecer el resultado final.

5. CONCLUSIONES

• **Diferencia fundamental en la estructura de los dos sectores**

En lo que se refiere al sector telecomunicaciones, todas las controversias seleccionadas implicaban conflictos entre dos partes privadas. En el sector eléctrico se tuvo que estudiar conflictos entre agentes privados y alguna entidad del gobierno involucrada en el sector pues los organismos reguladores, a pesar de tener la facultad de resolver conflictos entre privados, no han recibido ninguna demanda. Ello se debe, principalmente, a las diferentes estructuras de los sectores. El sector de telecomunicaciones está completamente en manos privadas, hay una empresa dominante muy fuerte, y existe la presión de otras empresas por entrar al mercado a competir en los distintos servicios. Además, la tecnología se desarrolla rápidamente, por lo que continuamente aparecen nuevos servicios y opciones que pueden cambiar la estructura del mercado. Todo ello genera oportunidades de conflictos entre agentes privados. En el sector eléctrico, en cambio, existen varias empresas privadas, ninguna de las cuales es significativamente poderosa, hay una fuerte presencia del Estado como productor y no se dan mayores cambios tecnológicos.

Otras diferencias en la estructura de estos mercados tienen especial impacto en las relaciones empresa prestadora-usuarios. La primera se refiere la posibilidad de cambio. El servicio de energía eléctrica no admite posibilidad de cambio de proveedor, pues las concesiones en la distribución eléctrica constituyen monopolios naturales con delimitación geográfica. La telefonía fija no tiene sustitutos plenamente similares, pero la telefonía celular se ha convertido en un servicio alternativo que afecta el grado de competencia. Las concesiones para telefonía fija que se han entregado a otros entrantes impondrán un mayor grado de competencia, pero sólo en áreas muy limitadas. Una segunda se refiere al número y nivel socioeconómico de los usuarios. Los usuarios finales del sector eléctrico reciben este servicio desde aproximadamente tres millones de conexiones domiciliarias a nivel nacional, mientras que la telefonía fija, prestada por un único operador a nivel nacional, tiene aproximadamente 1,7 millones de líneas en servicio. Se puede decir que el servicios de energía eléctrica es imprescindible para

garantizar un nivel de vida mínimo. El servicio de telefonía, aunque importante para la calidad de vida, puede ser eliminado por las familias que ven sus ingresos reducidos.

- **Diferencias en el marco regulatorio de cada sector**

Tanto en el sector de telecomunicaciones como en el eléctrico, los marcos regulatorios enfrentan problemas de falta de flexibilidad y claridad de las normas, lo que se constituyó en uno de los factores principales para la generación de controversias, o, en todo caso, obstaculizó su solución. En el caso del sector de telecomunicaciones, aunque el marco regulatorio enfrenta dificultades para proteger la leal competencia y evitar el abuso de la posición de dominio, especialmente luego de la apertura del sector a finales de 1998, la legislación es percibida como bastante completa y clara. Dado que Osiptel tiene la atribución de dictar normas reglamentarias dentro de ciertos márgenes, existe una mayor flexibilidad normativa, pues este organismo puede corregir normas y llenar vacíos normativos. En el caso del sector eléctrico, no se percibe un manejo regulatorio claro y transparente. Contribuye a ello el hecho de que importantes leyes fueron agregadas después de varios años de iniciada la reforma y, especialmente, que el organismo regulador no tuviera facultades normativas, lo que significa que toda iniciativa normativa debía ser tramitada a través del Ministerio de Energía y Minas.

En cuanto al diseño de las instituciones, en ambos sectores faltan elementos normativos imprescindibles para asegurar la autonomía política y financiera de los organismos reguladores. La autonomía demostrada por Osiptel durante su existencia se ha debido más a la capacidad técnica de sus integrantes que a un marco institucional seguro que defendiera a la institución de presiones políticas. Los mecanismos de protección a Osiptel, permanencia en el cargo y participación de agentes privados en el directorio, no parecen ser suficientes ni los más adecuados.

En cuanto al marco normativo para la solución de controversias, el sector telecomunicaciones demuestra por lejos un mayor desarrollo y perfeccionamiento, probablemente por las propias necesidades del mercado.

- **Delimitación de funciones y atribuciones**

En el caso del sector de telecomunicaciones existen áreas grises en cuanto a la delimitación de funciones, algunas de las cuales se han ido aclarando a lo largo de los años gracias a la coordinación y a correcciones normativas, como las controversias con empresas que no son calificadas como empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones pero que actúan en este mercado. La Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel ha resuelto este problema al establecer que este organismo es competente para todas las controversias vinculadas a acciones u omisiones que afecten el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. No se ha podido evaluar los efectos que tendrá esta norma en la delimitación de funciones con Indecopi, pero es probable que también origine problemas de interpretación. Por otro lado, persiste la duplicidad de funciones entre Indecopi y Osiptel en cuanto a los reclamos presentados por usuarios que invoquen la Ley de Protección del Consumidor. Es previsible que este problema se agrave en la medida en que los usuarios presenten un mayor número de denuncias ante Indecopi, las que, además, podrían ser paralelas a las denuncias tramitadas por Osiptel.

En el caso del sector eléctrico, coexisten el Ministerio que ha retenido la función normativa y tres organismos reguladores con importantes funciones en el sector: Osinerg, CTE e Indecopi. Comparativamente, la suma de las funciones de las tres entidades (en cuanto a regulación de políticas de competencia) no son equivalentes a las de Osiptel. En particular se puede destacar que Osinerg es, más que un organismo regulador, un organismo fiscalizador del cumplimiento de las normas que emite el Ministerio de Energía y Minas y no tiene facultades normativas, es decir no tiene las facultades de emitir mandatos y cubrir vacíos legales, como si las tiene Osiptel.⁴⁷ Por un lado, esto hace más inflexible el marco normativo al dificultar la introducción de mejoras en la legislación. Por otro lado, el recorte de funciones debilita a Osinerg y lo hace más dependiente del Poder Ejecutivo.

⁴⁷ Es previsible que esta situación cambie, pues la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Actividad Privada en los Servicios Públicos promulgada en julio del 2000 dotaría a Osinerg con la función normativa. Sin embargo, aún no es posible evaluar el impacto de esta reforma y su puesta en práctica.

- **Autonomía**

Inserción de los organismos reguladores dentro del Poder Ejecutivo

Osiptel, CTE, Osinerg e Indecopi son organismos públicos descentralizados integrantes del Poder Ejecutivo. De acuerdo a las normas constitucionales de organización del Estado, en el Perú, los ministros responden políticamente ante el congreso y ante la opinión pública por la actuación de los organismos descentralizados a su cargo. A menos que la Constitución confiera a un organismo la condición de “organismo constitucional autónomo” y regule su organización y mecanismos de designación de sus directivos, como el caso del Banco Central de Reserva y Contraloría General de la República, no es posible que exista dentro del Poder Ejecutivo organismos políticamente autónomos. La naturaleza de “organismo público descentralizado” ha servido para justificar —de manera legítima desde el punto de vista legal— la intervención y presión política de los ministros sobre los organismos reguladores, a pesar de que las leyes de creación de éstos declaren su autonomía y los provean de ciertas garantías.

Mecanismo de designación de los titulares, integración de los directorios y estabilidad en el cargo

Los presidentes de Osiptel, CTE, Osinerg e Indecopi son designados por el presidente de la República, con la firma de varios ministros. Osiptel tenía un directorio con representación de los usuarios y de las empresas prestadoras del servicio, lo que no fue ni suficiente ni adecuado para garantizar una mayor transparencia, autonomía y responsabilidad en la función.

En casi todos los casos, las normas señalan que los miembros del directorio pueden ser “removidos” por resolución suprema del presidente de la República “motivada”, lo que significa que se debe justificar el cese de un director por razones de peso. Sin embargo, durante la existencia de todos estos organismos y otros que tienen normas similares, nunca se ha dado el caso de que el presidente de la República haya removido a un director o presidente de organismo expresando los motivos. La consecuencia de una discrepancia entre el Poder Ejecutivo y un miembro de un organismo ha sido siempre la simple publicación de una resolución suprema aceptando la renuncia del funcionario.

Todo esto indica que los mecanismos legales introducidos en el marco legal para garantizar la independencia y estabilidad de los organismos reguladores no son los más efectivos. La experiencia que muestra el funcionamiento de estos organismos es que los más autónomos han sido los que demostraban una alta capacidad técnica e institucional, que los legitimaba y autorizaba para mantener sus posiciones e influir sobre los ministros y el presidente.

Sujeción a normas y directivas de carácter presupuestario

Aunque los organismos reguladores se financian con tasas de regulación directamente recaudadas (excepto Indecopi) deben cumplir con las normas de ejecución presupuestaria contenidas en la ley anual de presupuesto del sector público y están sujetos a las directivas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas. Son dos los aspectos relevantes. El más importante es el remunerativo, pues el MEF aprueba las escalas salariales de todos los organismos. Así, las remuneraciones del personal de Osiptel, por ejemplo, no han sido reajustadas en los últimos años, lo que ha ocasionado la pérdida de numerosos funcionarios de primera línea y técnicos. El segundo aspecto importante se refiere a las limitaciones que Fonafe impone para la aplicación y retención de los excedentes. Debido a la crisis fiscal, se ha dictado ya un decreto de urgencia que ordenó la transferencia de parte de los excedentes de la CTE, Osinerg y Osiptel al Tesoro Público. Ello refuerza los argumentos que las empresas supervisadas plantean acerca de que las tasas de supervisión son excesivas y que el gobierno debería reconocer que éstas son, en realidad, impuestos.

Existencia de asimetrías de poder entre reguladores y regulados

La fuerza del *lobby* empresarial es mucho más notoria en el caso de las telecomunicaciones, entre otros factores por las características de la concesión. TdP es una empresa fuerte, que goza de una buena imagen ante la opinión pública y ante personajes influyentes del gobierno gracias a una fuerte inversión en relaciones públicas y marketing institucional. En contraste, Osiptel, aunque ha dado muestras de poder político, por restricciones de presupuesto no tiene capacidad de competir con TdP ante otras instancias cuando esto es necesario.

En el caso de la energía eléctrica, las empresas productoras y prestadoras son más numerosas y más pequeñas, lo cual genera un efecto inverso al que se observa en telecomunicaciones, es decir, las empresas no gozan de suficiente poder de negociación ni tienen la suficiente presencia frente a las distintas instancias de gobierno.

Percepción general sobre la autonomía de los organismos reguladores

Indecopi es visto como el organismo más autónomo y neutral, lo cual pone de manifiesto las ventajas de un organismo diseñado con comisiones especiales para la solución de controversias y posiblemente de un organismo intersectorial.

La CTE y Osinerg son percibidos por las empresas del sector como entidades integradas por técnicos prejuiciosos contra la empresa privada y que, además, responden a las directivas del Ministerio de Energía y Minas. La todavía fuerte presencia de organismos públicos en la generación y distribución de electricidad incrementa esta percepción negativa, pues las empresas privadas que participan en el sector no solamente se enfrentan a los organismos reguladores, si no que deben tratar comercialmente con empresas públicas, que también responden a mandatos del MEM.

La percepción de Osiptel en el sector privado es mixta. Las empresas que han tenido controversias con la empresa dominante del mercado ven a Osiptel como una entidad crecientemente débil, que intenta mantenerse neutral y que busca mecanismos creativos y pragmáticos para hacer frente a las presiones y compromisos con TdP. TdP, por su parte, tiene la convicción de que Osiptel responde a presiones de la prensa, asociaciones de usuarios y Defensoría del Pueblo, que comparten una visión sesgada contra las empresas monopólicas y extranjeras.

• **Deficiencias en los mecanismos de resolución de controversias**

En el caso del sector de telecomunicaciones, el análisis de los procedimientos y organismos encargados de la solución de controversias así como el análisis específico de las controversias seleccionadas mostró algunas deficiencias en el marco normativo. En ambas controversias, se encontró que Osiptel no contaba con los medios necesarios para mostrar las faltas y lograr un efecto disuasivo

significativo. Por un lado, los órganos encargados del manejo de la controversia, en particular el de primera instancia, se sintieron significativamente limitados en cuanto a sus capacidades de obtener pruebas. Por otro lado, la estructura de sanciones no resultaba adecuada para desalentar las infracciones. El marco regulatorio mostró además una debilidad (demasiada rigidez) en cuanto a su capacidad de adaptación a cambios tecnológicos.

Es importante anotar que muchos de estos problemas podrían quedar resueltos con la implementación de la nueva Ley de Facultades de Osiptel y la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Actividad Privada en los Servicios Públicos.

El análisis de las dos controversias seleccionadas en telecomunicaciones sugiere que el origen de éstas es más el resultado de la estructura y características propias del sector (búsqueda de competencia pero con presencia de una empresa fuertemente dominante) que de problemas en su marco regulatorio. Así, las controversias analizadas, como muchas otras del sector, están en su mayoría relacionadas a aspectos de abuso de posición de dominio y competencia desleal.

En el caso de los órganos reguladores del sector eléctrico, los mecanismos para la resolución de controversias están menos desarrollados y la injerencia sobre temas importantes está dispersa: Osinerg resuelve los reclamos de los usuarios, la CTE los temas de tarifas, el MEM ve el tema de violación de contratos en las empresas concesionarias e Indecopi el tema de fusiones.

El análisis de las controversias mostró que las características de la estructura de estos organismos y su debilidad institucional los hacen más vulnerables a las presiones políticas. El caso de la controversia sobre el VNR mostró claramente los problemas de no contar con procedimientos y órganos especialmente diseñados para la solución de controversias en la CTE. El análisis del caso mostró que, independientemente de la razón que pudiera tener cada una de las partes, las empresas se encontraban en una situación desventajosa dado que no tenían acceso a un órgano neutral que resolviera el conflicto. Sólo pudieron presentar un recurso de reconsideración frente al mismo personal con el que había surgido la controversia, pues no había dentro de la CTE una instancia independiente y tampoco contaban con un contrato de concesión que incluyera una cláusula arbitral.

Cabe mencionar, que el análisis del caso y de las entrevistas realizadas, sugiere que la controversia o interpretación de la ley para la determinación del VNR surgió del propio personal técnico de la institución (y no de una imposición política). La posición y el manejo de la controversia por parte de dicho cuerpo técnico mostró además, una posición de rigidez técnica más que de compromiso o preocupación por los aspectos legales y regulatorios económicos. Ello podría estar explicado por la composición de la CTE, la cual está conformada principalmente por ingenieros en su mayoría provenientes de las empresas eléctricas públicas concesionadas. En una segunda etapa, el manejo de la controversia sí se politizó.

El análisis de la controversia relacionada a los actos de concentración de empresas en el sector mostró un manejo técnico y autónomo por parte de Indecopi, aunque mostró también la existencia e importancia de las presiones políticas en el sector, especialmente a través de la participación (carente de sustento técnico de acuerdo a la mayoría de expertos en el sector) de Osinerg, impulsada por el Ministerio de Energía y Minas. De acuerdo a algunos expertos y análisis periodísticos sobre el tema, dicha participación estuvo más bien relacionada al interés de ejercer presión sobre las empresas para lograr acuerdos con respecto a otros problemas del sector.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÁZAR, Lorena, Lixin COLIN XU y Ana ZULUAGA: “Institutions, Politics and Contracts: The Privatization Attempt of the Water and Sanitation Utility of Lima, Peru”, Documento de trabajo, Banco Mundial, Washington D.C., 1994.

ALCÁZAR, Lorena y Manuel A. ABDALÁ: “Institutions, Politics and Contracts: The Case of the Aguas Argentinas Concession”, Documento de trabajo, Banco Mundial, Washington D.C., 1999.

ALCÁZAR, Lorena y Penelope BROOK COWEN: “Institutions, Politics and Contracts: Private Sector Participation in Urban Water Supply”; Propuesta de investigación, Banco Mundial, Washington D.C., 1996.

AMADO, José Daniel y Luis Marcelo DE BERNARDIS: “Electricidad y telecomunicaciones”, en: Beatriz Boza (ed.), *Invirtiendo en el Perú. Guía Legal de Negocios*, PromPerú, Lima, 1994.

APOYO Consultoría S.A.: “Situación y perspectivas del sector eléctrico”, Servicio de Asesoría Empresarial. Lima (SAE), 1999a.

—: “Situación y perspectivas del mercado de telecomunicaciones en el Perú”, Servicio de Asesoría Empresarial, (SAE), Lima, 1999b.

APOYO Comunicaciones S.A.: *¿Por qué seguir privatizando? La privatización y la inversión privada en el Perú*, Documento presentado en el evento Inversión Privada: Agenda Pendiente, Confiep, Lima, 1999.

BARNETT, William y Glenn CARROL: “How Institutional Constraints Affected the Organization of Early U.S. Telephony” En: *Journal of Law Economics and Organizations*, Vol 9, n°1, 1993, pp. 98 – 126.

BARON, David P.: “Regulation and legislative choice”, en *RAND Journal of Economics*, Vol 19, n°3, otoño, 1988, pp. 467-477.

BRADBURD, Ralph: “Regulatory Rigidity: Causes, Consequences and Implications for Public Policy in Developing Countries”, Documento de trabajo 152, Center for Development Economics, Williams College, Massachusetts, 1996.

CAMPODÓNICO, Humberto: “La inversión en el sector de telecomunicaciones del Perú en el período 1994-2000”, *Serie Reformas Económicas*, Naciones Unidas y Cepal, Santiago de Chile, 1999a.

— : “Las reformas estructurales del sector eléctrico peruano y las características de la inversión 1992-2000”. *Serie Reformas Económicas*, Naciones Unidas y Cepal, Santiago de Chile, 1999b.

CAMPOS, José Edgardo: “Legislative Institutions, Lobbying, and the Endogenous Choice of Regulatory Instruments: A Political Economy Approach to Instrument Choice”, en *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol 5. n°2, otoño 1989, pp. 333-350.

CURIEL, Claudia y Eduardo GARMENDIA: “Analysis of the Institutional Design of Organizations for the Defense of Competition Reference”, en Beatriz Boza (ed.), *Peru’s Experience in Market Regulatory Reform*, Indecopi, Lima, 1998.

CROCKER, Keith y Scott E. MASTEN: “Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-Cost Economics for Public Utility Regulation”, en *Journal of Regulatory Economics* 9, 1996, pp. 5-39.

DEMSETZ, Harold: “Why regulate utilities?”, en: *The Journal of Law and Economics*, n°11, abril 1968, pp. 55-66..

ESHAFANI, Hadi SALEHI: “Regulation, Institutions, and Economic Performance. The Political Economy of the Philippines Telecommunications Sector”, Documento de trabajo 1294, Banco Mundial, Washington D.C, 1994.

EYZAGUIRRE, Hugo, Raúl ANDRADE y Roger SALHUANA: “El impacto del poder judicial en las decisiones empresariales en el Perú”, Instituto APOYO, Documento de Trabajo 98-01, Lima, 1999.

GALLARDO, José: “Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: El caso de los monopolios naturales”, Documento de trabajo n°164, Centro de Investigaciones Sociales, Económicas, Políticas y Antropológicas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

GUASCH, Luis y Pablo SPILLER: *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*, Documento mimeografiado, Banco Mundial, Washington D.C., 1998.

HILL, A. Y Manuel ABDALÁ: “Regulation, Institutions and Commitment: Privatization and Regulation in the Argentine Telecommunications Sector”, Documento de trabajo 1216, Banco Mundial, Washington D.C, 1993.

LEVY, B y P. SPILLER: “Regulation, Institutions and Commitment in Telecommunications: A Comparative Analysis of Five Country Studies”, Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics, 1994.

LAFFONT, Jean-Jacques y Jean TIROLE: *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, Cambridge, 1994.

MUÑOZ, Oscar: *Estrategias de desarrollo en economías emergentes*, Serie Docente 21, Cieplan, mayo 2000, pp. 276

NORTH, Douglass: *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Nueva York, 1990.

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones: *La apertura del mercado de las telecomunicaciones en el Perú*, Memoria 1996, Osiptel, Lima, 1996.

—: *La transformación de las telecomunicaciones en el Perú*, Memoria 1994, Osiptel, Lima, 1994.

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía: *Memoria anual 1998*. Osinerg, Lima 1998.

ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y Pierina Pollarolo (Eds.): “Reforma del Poder Judicial”, en *Task Forces. Agenda para la Primera Década*, Instituto APOYO, 2000.

ROMER, Thomas y Howard ROSENTHAL: “Modern Political Economy and the Study of Regulation”, en: Elizabeth Bailey (Ed), *Public Regulation: New Perspectives on Institutions and Politics*, MIT Press, Cambridge, 1987.

SHIRLEY, Mary y Lixin COLIN XU: “Information, Incentives and Commitment; An Empirical Analysis of Contracts between Government and State Enterprises”, Documento de trabajo, Banco Mundial, Washington, 1998.

SPILLER, Pablo y Cezley I SAMPSON: “Regulation, Institutions and Commitment: The Jamaican Telecommunications Sector”, Documento de trabajo, Banco Mundial, Washington D.C., 1994.

SPILLER, Pablo e Ingo VOGELSANG: "Regulation, Institutions, and Commitment: In the British Telecommunications Sector", Documento de trabajo, Banco Mundial, Washington D.C., 1994.

TÁVARA, José: "Privatización y regulación en el sector eléctrico y las telecomunicaciones: lecciones de la experiencia peruana", en Denis Sulmont y Enrique Vásquez (eds),. *Modernización Empresarial en el Perú*, Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, Lima, 1988.

TÁVARA, José: "Las políticas antimonopolio y la promoción de la competencia en el Perú", Documento de Trabajo n°138, Cisepa, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

TIROLE, Jean: *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, 1988.

URBIZTONDO, Santiago, Daniel ARTANA y Fernando NAVAJAS.: *La autonomía de los entes reguladores argentinos: aguas y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones*, Documento de Trabajo R-340, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 1999.

VISCUSI, Kip, John M. VERNON y Joseph E. HARRINGTON: *Economics of Regulation and Antitrust.*, D.C. Heath Company, Massachusetts y Toronto, 1990, pp. 759.

ANEXO

Controversias entre empresas con participación de Osiptel

(Sumilla de casos)

<i>Controversia</i>	<i>Fecha inicio</i>	<i><u>Causa de la controversia</u></i>	<i>Comentarios</i>
Entre CPTSA y Empresa Difusora de Radio Tele S.A. – Panamericana – Telemovil (Tele 2000)	Marzo – 1994	Tarifas de interconexión Por desacuerdo entre las partes en la interpretación de los cargos que correspondía aplicar a la interconexión de sus redes. Se inició ante el Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. Se remitió a Osiptel en octubre de 1994.	Concluyó con la suscripción de un acuerdo de conciliación propiciado por el Cuerpo Colegiado designado para resolver la controversia.
CPTSA – Tele 2000 S.A.	Febrero – 1995	Cálculo de montos adeudados Para la liquidación de los montos adeudados por el tráfico cursado entre ambas redes entre octubre de 1991 y noviembre de 1994, y por teléfonos públicos (vinculado al caso anterior)	Finalizó, en mayo de 1996, por acuerdo de conciliación cuyos términos fueron aprobados por el Cuerpo Colegiado.
Tele 2000 S.A. – Telefónica del Perú S.A.	Abril – 1995	Calidad del servicio de interconexión Osiptel dispuso de oficio el inicio de la controversia por el deterioro de la calidad de interconexión de las redes.	Luego de un largo proceso de mediación con la participación de Osiptel, las partes suscribieron un convenio marco.
Tele 2000 S.A. – Telefónica del Perú S.A.	Mayo – 1995	Abuso de posición de dominio (roaming) Sobre interpretación y ejecución contractual de <i>roaming</i> . En febrero de 1996 se llegó a un acuerdo, pero en febrero de 1997 se retomó la controversia.	Resuelta en segunda instancia en diciembre de 1997, mediante la emisión de un mandato de Osiptel en el cual estableció las condiciones técnicas y económicas conforme a las cuales Telefónica debía otorgar a los usuarios de Tele 2000 acceso al <i>roaming</i> automático nacional (Mandato 001-97-PD/Osiptel).

Alliance S.A. – Tele Cable S.A.	Oct. – 1995	Competencia desleal Por incumplimiento de obligaciones de leal competencia, al transmitir la demandada un canal distinto "Uranio 15" en la frecuencia número 15 (infracción al Reglamento de Circuito Cerrado de Televisión).	Se resolvió en febrero de 1997 por conciliación entre las partes.
Red Científica Peruana (RCP) – Telefónica del Perú S.A.	Febrero – 1996	Competencia desleal, abuso de posición de dominio e infracciones del contrato de concesión Por abuso de posición de dominio e incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de concesión por parte de TdP. En octubre de 1997 el CCO declaró fundada la demanda. Esta resolución fue apelada por TdP en todos sus extremos y por RCP únicamente en el tema de la sanción. Dicha resolución fue confirmada en parte por la segunda instancia, que revocó la multa a TdP.	Concluyó en la vía administrativa en febrero de 1998. TdP impugnó mediante acción contenciosa administrativa ante el Poder Judicial la resolución, cuyo trámite judicial aún no concluye. En marzo de 2000 el Primer Juzgado Corporativo Especializado en lo Contencioso Administrativo declaró infundada la demanda planteada por TdP contra dos resoluciones de presidencia de Osiptel. TdP apeló esta resolución, lo cual debe ser resuelto en última instancia por la Sala Contencioso Administrativa.
Telefónica del Perú – RCP	Agosto – 1996	Competencia desleal Por la supuesta campaña pública de agravios realizada por la RCP en perjuicio de Telefónica. En mayo de 1997 el CCO declaró fundada en parte la demanda, determinando que algunos de los actos denunciados constituían competencia desleal. La resolución fue apelada por RCP.	La Presidencia del Consejo Directivo confirmó la decisión adoptada en primera instancia.
Editrade S.A., IBM del Perú S.A. y Limatel S.A.	Agosto – 1997	Interconexión Iniciada de oficio por Osiptel por considerarse que existía un conflicto de intereses entre las empresas operadoras, lo que afectaba el interés de los usuarios y de otras empresas operadoras. En mayo de 1998 el CCO declaró obligatoria la interconexión entre las empresas que fueron parte del procedimiento.	La resolución del CCO fue apelada por IBM del Perú, siendo confirmada en segunda instancia por la Presidencia del Consejo Directivo del Osiptel en agosto de 1998.

PC Company S.A. (LIMANET) – Telefónica del Perú S.A.	Marzo – 1998	Competencia desleal Esta controversia se acumuló posteriormente con otra iniciada en octubre de 1998 por supuesto incumplimiento de las obligaciones de leal competencia, interconexión de servicios y aspectos técnicos.	Concluyó con el desistimiento por parte de PC Company S.A. en junio de 1999.
PC Company S.A. (LIMANET) – Telefónica del Perú S.A.	Nov. – 1998	Abuso de posición de dominio (Cobros indebidos) Por haber facturado Telefónica supuesto servicios no brindados y cobrar tarifas por encima de los topes máximos autorizados por Osiptel.	En febrero de 1999 el CCO declaró infundada la demanda. La demandante no apeló.
PC Company S.A. (LIMANET) – Telefónica del Perú S.A.	Febrero – 1999	Abuso de posición de dominio Por brindar condiciones diferentes de competencia, usar información privilegiada y abusar de su posición de dominio.	El CCO declaró concluido el proceso sin pronunciarse sobre el fondo por cuanto PC Company S.A. no absolvió la excepción planteada por Telefónica, ni subsanó el defecto por la cual ésta fue amparada en el plazo otorgado.
Telefónica del Perú – RCP	Marzo – 1999	Competencia desleal Por actos de competencia desleal bajo la modalidad de violación de normas, por encontrarse RCP supuestamente prestando servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional mediante la utilización de un equipo denominado Aplio sin contar con la correspondiente concesión.	El CCO declaró improcedente la demanda por considerar que los hechos no constituían actos de competencia desleal ni de competencia prohibida. TdP apeló la resolución y antes de que culmine el procedimiento en segunda instancia se desistió del mismo.
TVS Iquitos S.R.L. – T.V. Cable San Juan S.R.L.	Junio – 1999	Competencia desleal Por la comisión de supuestos actos de competencia desleal (retransmisión de la señal de diversos canales de televisión por cable sin contar con la autorización correspondiente). La demanda fue planteada inicialmente en Indecopi.	El CCO declaró infundada la demanda al constatarse que la demandada contaba con derechos de transmisión a través de una empresa vinculada. La demandante no apeló.
Córix Perú S.A. – Telefónica del Perú S.A.	Nov. – 1999	Corte del servicio La demandante solicitó que TdP reinstale sus líneas de acceso primario y que cese las hostilidades.	La demanda fue declarada improcedente en vista que el CCO carece de competencia para conocer procedimientos relacionados exclusivamente a cortes de servicios.

Tele Cable S.A. – Telefónica del Perú S.A. y Telefónica Multimedia S.A.C.	Enero –2000	Abuso de posición de dominio Por la supuesta comisión de prácticas contrarias de la libre competencia derivadas de la celebración de convenios de exclusividad con dos programadores	Se encuentra en trámite de solución en primera instancia administrativa.
Empresa Interamericana de Radiodifusión S.A. – Telefónica Multimedia S.A.C.	Marzo –2000	Abuso de posición de dominio Por la supuesta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia y posible vulneración de la libertad de expresión al haberse suspendido la transmisión de su señal televisiva en la red de la demandada.	La demandada planteó una excepción de incompetencia, que fue declarada fundada por la segunda instancia.
Compañía Telefónica Andina S.A. – Telefónica del Perú S.A.	Marzo –2000	Interconexión Por la interrupción del servicio de tránsito conmutado hacia la red móvil de BellSouth Perú.	Se encuentra en trámite de solución en primera instancia administrativa.
BellSouth Perú S.A. – Compañía Telefónica Andina S.A.	Abril – 2000	Pago de cargos Por la liquidación y pago de los montos correspondientes al tráfico ingresado en su red sin que mediase un contrato de interconexión.	Se encuentra en trámite de solución en primera instancia administrativa.
BellSouth Perú S.A. – Telefónica del Perú S.A.	Junio – 2000	Pago de cargos Controversia planteada a fin de que la demandada les abone los montos correspondientes a llamadas realizadas desde teléfonos públicos hacia su red.	El CCO declaró fundada en parte la excepción de incompetencia planteada por la demandada y remitió el expediente a la Cámara de Comercio de Lima.
BellSouth Perú S.A. – Telefónica del Perú S.A.	Junio – 2000	Pago de cargos Por el supuesto incremento unilateral en el índice de morosidad que se aplica entre las liquidaciones de tráfico de ambas empresas, a fin de que se abone los montos retenidos indebidamente.	Se encuentra en trámite de solución en primera instancia administrativa.