

La mejor protección al usuario de servicios públicos de telecomunicaciones, a partir de la regulación de OSIPTEL e INDECOPI

JAIIME LÓPEZ MATZUOKA*

SUMARIO:

Introducción. 1. Regulando al usuario de servicios públicos: una mirada a la región. 1.1. El usuario del sector telecomunicaciones. 1.2. Experiencias comparativas. 2. La regulación peruana de protección al usuario. 2.1. Ámbito Constitucional. 2.2. El mercado y la protección del Estado a través del INDECOPI. 2.3. El sector telecomunicaciones y la normativa OSIPTEL. 3. El usuario peruano en el servicio de telecomunicaciones. 3.1. OSIPTEL y el usuario en el servicio de telecomunicaciones. 3.2. Definición normativa. 3.3. Ámbito de protección. 3.4. Mecanismos de protección. 3.5. Procedimiento. 4. INDECOPI y el usuario del servicio de telecomunicaciones. 4.1. Definición normativa y doctrinal. 4.2. Ámbito de Protección. 4.3. Mecanismos de protección. 4.4. Procedimiento. 5. Delimitación de la competencia de protección al usuario. 5.1. Distinción de competencias en función de la actividad. 5.2. Análisis comparativo de las definiciones de consumidor y usuario señaladas por OSIPTEL e INDECOPI. 5.3. El real ámbito de protección al usuario en el sector telecomunicaciones. 5.4. Limitaciones resaltadas de la comparación. 6. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La realidad del usuario del sector de telecomunicaciones y la protección de sus intereses, ante un servicio inadecuado o un limitado margen de decisión, es la consigna de los marcos regulatorios; los cuales buscan evitar circunstancias que atenten contra los derechos de los individuos a recibir un servicio idóneo.

En el marco de protección de estos derechos, tanto el INDECOPI¹ como OSIPTEL² -organismos de fiscalización y control de calidad de los servicios-

* Bachiller en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Círculo de Derecho Administrativo.

1. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
2. Organismo supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones

tienen como misión regular el mercado de las telecomunicaciones para la protección de los usuarios del servicio en los diferentes aspectos relacionados a este último (calidad del servicio, instalaciones, facturaciones, servicios complementarios, etc.).

¿Cuál es el límite de actuación de ambas? No está delimitado totalmente. Esto motiva que la conexión entre OSIPTEL e INDECOPI sea indispensable y coordinada, por lo que resulta imperioso que se produzca en condiciones de fluidez y permanencia.

Así, cada marco regulatorio de la relación usuario-empresa (o consumidor- proveedor de servicio) debe tener un conjunto de directrices que permita su aplicación sistemática, para la protección eficiente de los derechos de los individuos como consumidores (usuarios); es decir, el derecho de acudir ante las entidades en defensa de sus intereses, evitando generar confusión en esta doble legislación de control por parte del Estado.

1. REGULANDO AL USUARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS: UNA MIRADA A LA REGIÓN

La apertura de los mercados, en el marco del fenómeno de la globalización, alcanzó también a los servicios públicos que -al igual que el resto de actividades económicas- dejaron de tener al Estado como principal agente, concentrándose en la captación de inversiones que den movimiento al aparato productivo de las naciones.

Debido a su naturaleza, ciertas actividades pasaron a tener esta categoría de servicios públicos, las cuales fueron producto del desarrollo de los derechos económicos y sociales internalizados por la población como necesarios³; fruto del avance paulatino de la concepción de los derechos humanos, en mérito al carácter progresista que posee (es decir que está en continua redefinición, ampliando su significado)⁴.

3. Pues un servicio público tiene una generalidad, que hace que éste «pueda ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna», tal como lo señala DROMI, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1987. p 8.

4. Elementos dinamizados, en el entendido que existe un interés público y, por tanto, una necesidad pública que satisfacer.

En Latinoamérica, la existencia de innumerables intereses deseando ser satisfechos, generó que los países -en medio de una reestructuración política, institucional y económica- entendieran que la mejor asignación de los recursos requería de una reingeniería de gasto social y una promoción de la inversión por parte de los particulares; elementos necesarios para cubrir de manera más eficaz las actividades que el Estado realizaba de manera deficiente, el cual terminó guardando para sí el rol fiscalizador.

Por el panorama socio-político de cambio que les ha tocado vivir a los países de la región en los últimos veinte años, la característica resaltante aún es la de una población poco consciente en el ejercicio de sus derechos participativos; lo cual obliga a que las políticas en materia de servicios públicos, no se agoten sólo en la regulación del servicio, sino que se manifieste en campañas de concientización del usuario para crear una cultura ciudadana. Esta labor se torna difícil, teniendo en cuenta que el objetivo es la armonización de diversos intereses difusos de por medio.

En ese sentido, la integración que la tecnología producirá en el sector telecomunicaciones -en virtud a la telefonía inalámbrica o a una única red de fibra óptica- es un desafío para la labor reguladora y de gestión de los servicios; fomentando que las políticas de defensa del consumidor tiendan a ser homogéneas.

1.1. El usuario del sector telecomunicaciones

El sector telecomunicaciones, al estar de la mano del desarrollo tecnológico continuo, se ha transformado en una actividad donde la participación de los consumidores se ha ido modificando, en un escenario de constante concientización de derechos y deberes, convirtiendo a éstos, en sujetos más activos.

Lo anterior tiene como marco la existencia de una relación trilateral en los servicios públicos -también en el sector telecomunicaciones- que se grafica en tres elementos esenciales: regulador (la Administración Pública) -empresa regulada (gestora del servicio)- sociedad usuaria; los cuales se relacionan dependientemente, generando derechos y obligaciones⁵. La subrelación empresa regulada -sociedad usuaria, aún es vista desde un ámbito indirecto y de protección mediata, como una regulación desde las si-

5. Tal como lo señala KRESALJA, Baldo en su artículo *El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos*. En: Revista *Thémis* N° 39, pp. 39-98.

tuaciones competenciales de cuyo resultado (protección de la calidad del servicio prestado, obligación de modernización del servicio, sistema de atención de reclamos) debe surgir el resguardo al consumidor.

Si embargo, si bien lo anterior favorece que en el mercado existan mejores condiciones para la contratación de los servicios, no resultaría suficiente ante la desigualdad en el manejo de la información -conocida como Asimetría Informativa-; que finalmente obliga al regulador a tomar en cuenta tanto el poder de dominio que tiene el prestador de servicios de telecomunicaciones, al actuar como agente económico racional (maximización de utilidad, reducción de costos), como la defensa del usuario del servicio de telecomunicaciones.

1.2. Experiencias comparativas

Previamente a analizar el caso del usuario (consumidor) peruano, es preciso echar un vistazo a las realidades cercanas de la región.

En el caso de Chile, la actividad de servicios públicos se ha desarrollado competitivamente, tornándose en un paradigma en el campo de concesiones y privatizaciones⁶; sin embargo, en materia de protección al consumidor aún no existe la operatividad suficiente. La institución encargada de velar por el consumidor es el Servicio Nacional de Atención al Consumidor (SERNAC), el cual requiere de modificaciones en su estructura facultativa para atender eficientemente los reclamos de los usuarios; poniendo más énfasis en la función de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que es la llamada a resolver los casos del sector.

Con relación al caso colombiano, éste es uno de los primeros países de Latinoamérica que emprendió un proceso de apertura de las telecomunicaciones, y cuenta desde 1991 con normas que reconocen los derechos de los usuarios⁷. Asimismo, establece el silencio administrativo positivo, si el consumidor reclama ante el prestador; lo cual muchas veces evita que se dilaten los reclamos por alguna inactividad, cuando los casos dirigen primero ante la Administración. La Superintendencia de Servicios Públicos Domici-

6. El proceso de reforma se inició con la expedición de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 18, 168/1982; la cual sufrió algunas modificaciones con la Ley N° 19,302/1994 también conocida como la Ley 3-A.

7. En el año 1992, mediante Decreto N° 2122, se creó la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones; asimismo, mediante la Ley N° 142 (1994) -modificada posteriormente por la Ley N° 335 (1996)- se aprobó la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

liarios, es la entidad encargada de resolver en segunda instancia administrativa.

En el caso del vecino altiplánico, Bolivia⁸, la historia de los usuarios de servicios públicos se analiza en función a dos momentos específicos, antes y después de la creación del Sistema de Regulación Sectorial-SIRESE, que proporcionó a los usuarios una efectiva protección, mediante superintendencias (cada una dentro de su ámbito sectorial) que velan por el cumplimiento de los mecanismos de reclamo ante los prestadores o ante la misma entidad reguladora, en el caso de no ser atendidos por las primera.

Anteriormente, el Poder Ejecutivo era quien concentraba la función de control de los servicios en Bolivia⁹, lo cual tornaba al reclamo en una verdadera odisea por el nivel de burocracia que se producía. Particularmente, en el sector telecomunicaciones, se crearon Oficinas del Consumidor (ODECO) como primera instancia y la Superintendencia de Telecomunicaciones, como segunda.

En Ecuador, desde la década de los noventa, existen normas de protección al consumidor (Ley de Defensa del Consumidor y posteriormente Ley Orgánica de Defensa del Consumidor) que fueron desarrollándose paulatinamente e institucionalizándose¹⁰; debido a que anteriormente existían distintas dependencias que hacían engorroso el trámite. Así, el legislador ecuatoriano empezó a relacionar los intereses del consumidor y los de las empresas prestadoras, logrando incorporar conceptos novedosos (servicios públicos domiciliarios, obligaciones de los consumidores, responsabilidad de los proveedores).

La constitución ecuatoriana, dedica dos artículos al régimen de protección en los servicios (artículos 20° y 92°), relacionados a la responsabilidad del Estado de promover tanto el acceso a la actividad y a la información, como la libertad de elección; además de normar acerca del control de calidad y de la defensa del consumidor. La función de la Defensoría del Pueblo también resultó de vital importancia (mediante su Defensoría adjunta del Consumidor), no limitándose a los servicios públicos.

8. Cuya Ley de Telecomunicaciones N° 1632, entró en vigencia a partir de 1995, derogando la de 1971.

9. Recordemos que el mercado de telecomunicaciones boliviano, respecto al servicio local y larga distancia, recién inició su proceso liberalizador a partir del año 2000.

10. Creándose, por ejemplo, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones – CONATEL en el año 1995; asimismo, para el año 2003 entró en operación el Centro Especializado de Atención al Usuario.

En Venezuela¹¹, la Constitución de 1999 estableció el derecho a un servicio de calidad y a obtener la información adecuada y no engañosa¹². Al igual que otros países de la región, posee un organismo de defensa llamado INDECU (heredero del anterior Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor-IDEC).

Aunque limitado en materia de cierres y multas, esta institución venezolana está más orientada a la prevención y educación. Con relación a las telecomunicaciones, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹³ es la que regula los derechos específicos de los usuarios en el sector; aunque, por la coyuntura política del país, no puede consolidarse una efectiva actividad privada que conlleve eficiencia y universalidad en la prestación.

2. LA REGULACIÓN PERUANA DE PROTECCIÓN AL USUARIO

Antes de analizar la normativa de protección al usuario, cabe señalar que dentro de la normativa de protección al consumidor de cada sector, puede distinguirse dos nociones diferenciadas, el consumidor como cliente y el consumidor como destinatario final.

La noción del consumidor como cliente incluye tanto al que contrata bienes y servicios para consumo propio, como a quien realiza una actividad empresarial; definición que es uniformemente utilizada en Europa (en materia antitrust), la cual es aplicable a la actividad de telecomunicaciones, que no distingue el nivel en la cadena de producción-consumo¹⁴.

El consumidor final, se caracteriza en general, por aquel que adquiere un determinado bien o servicio para su uso privado; aunque dicha definición se ha logrado ampliar hacia la concepción de un consumidor constituido por pequeños empresarios que también sufren de la asimetría infor-

11. País donde la renovación en telecomunicaciones se produjo en 1991, con la venta de parte del paquete accionario de la Empresa Telefónica Nacional y la creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones-CONATEL.

12. El artículo 108° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la obligación del Estado de garantizar el acceso universal a la información; por otro lado, el artículo 110°, inc. 1) del mismo texto constitucional consagrar el acceso a la tecnología como un derecho fundamental de los ciudadanos.

13. Promulgada en el año 2000 y que puso fin a la vigencia de la anterior Ley de 1940.

14. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 19.

mativa, por la limitada capacidad de obtener recursos que le permitan realizar una elección adecuada e idónea como agente razonable.

2.1. Ámbito Constitucional

Tanto en materia de servicios públicos, como para la actividad empresarial, la Constitución de 1993 declara el rol subsidiario del Estado, lo que significa que su participación se limita y reduce a casos específicos y donde exista una verdadera necesidad pública no cubierta por inversión de particulares¹⁵; es decir, la participación como agente productivo del Mercado se encuentra limitada.

Así, la función de control del Estado se expresa en nuestra Constitución Política, en el artículo 65°, mediante el cual se señala que el Estado tiene el rol de defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, asegurando un trato adecuado y razonable por los proveedores de productos o servicios; es decir, que la actividad se realice de manera óptima.

De esta manera, el Estado busca que al consumidor se le proporcione la información adecuada para la toma de sus decisiones de consumo y que se vea protegido en los ámbitos de salud y seguridad; por lo cual, el rol de los organismos supervisores -fruto del desarrollo normativo de esta prescripción constitucional- es el adecuado y efectivo control de la idoneidad del servicio¹⁶.

El desarrollo de la protección constitucional se refleja -con relación a las políticas de promoción de la inversión privada en el sector telecomunicaciones- en la existencia tanto del OSIPTEL como del INDECOPI (en lo que es de su competencia).

2.2. El mercado y la protección del Estado a través del INDECOPI

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual - INDECOPI¹⁷, tiene como misión la defensa de los intereses de

15. Esto dentro del marco del sistema económico social de mercado, que junto a la subsidiariedad del Estado coloca a la libre iniciativa empresarial de los privados, tal como lo señala LAZARTE MOLINA, Jorge en su artículo: *El concepto de servicio público en el Derecho peruano*. En: *Ius et Veritas* N° 26, Año XIII.

16. Lo cual implica la existencia de condiciones mínimas para asegurar un Standard de calidad, tal como lo señala los lineamientos sobre protección al consumidor del INDECOPI, Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INCECOPI, publicada el 09 de julio del año 2001.

17. Creado mediante Decreto Ley N° 25868, publicado el 24 de noviembre del año 1992.

los agentes que participan en los distintos mercados económicos -generados y por generarse- siendo uno de sus vértices, el velar por la idoneidad de los bienes y servicios ofertados en el mercado; a fin de evitar que los intereses económicos que se generan del intercambio de aquellos, no afecten, en este caso, a los consumidores.

Debido a las políticas de apertura de los Mercados de bienes y servicios hacia la inversión privada, se tuvo que llevar a cabo un proceso de desregulación de todas las normas que centralizaban en el Estado, las actividades empresariales y de agente exclusivo de ciertas actividades.

Esta apertura conllevó, posteriormente, a regular de manera sectorizada el desarrollo de las actividades de inversión, estableciendo los mecanismos de control de la participación competencial en el Mercado de los diferentes agentes económicos y las medidas de protección para los consumidores.

Como ya se mencionó, una de las funciones de INDECOPI es el control de la idoneidad de los bienes y servicios ofertados en el mercado, con el fin de evitar que se afecte el interés de los consumidores. Esto se hizo posible, gracias a que se constituyó como un organismo técnico y autónomo, facultado a poder sancionar a los agentes que vulneren las normas de competencia y de protección a los consumidores.

Específicamente, la Comisión de Protección al Consumidor, es la encargada de recibir las denuncias de los problemas que surjan en la relación consumidor- proveedor (sobre idoneidad del servicio, calidad, utilización de métodos coercitivos, falta de información o inexactitud de la misma, acceso a información relevante y acerca de las normas de publicidad).

Asimismo, a través del Servicio de Atención al Consumidor, el INDECOPI complementa el sistema para ejercer la función de protección del consumidor. En tal sentido, la Ley de Protección al Consumidor¹⁸, legitima a aquel que se considere afectado por una conducta que constituya infracción, a iniciar un procedimiento administrativo ante el INDECOPI.

Ahora, si bien no pueden otorgarse indemnizaciones, pueden aplicarse medidas correctivas de naturaleza sancionatoria, las cuales tienen como finalidad que se deje sin efecto la actividad atentatoria de derechos y que se

18. Decreto Legislativo N° 716, cuyo Texto Único Ordenado se aprobó mediante Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, publicado el 11 de diciembre del año 2000.

reponga el estado de normalidad, cambiado por la deficiencia del proveedor de servicio.

2.3. El sector telecomunicaciones y la normativa OSIPTEL

En materia de servicios públicos, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL, en la entidad creada por el Estado para ejercer su función de regulación, específicamente en el área de Telecomunicaciones; en virtud de las reformas estructurales que permitieron, en la década de los noventa, una apertura de los servicios hacia la inversión privada¹⁹.

El OSIPTEL, como ente regulador del mercado de las telecomunicaciones, tiene entre sus funciones la vigilancia del servicio ofrecido a la universalidad de usuarios; constituyéndose en el mecanismo que provee el Estado para una adecuada protección de los intereses de los agentes involucrados.

El Estado otorgó al OSIPTEL la labor de hacer cumplir las normas de libre competencia y prevenir las prácticas anticompetitivas que afecten el bienestar de los consumidores (mediante control de tarifas, estándares de calidad, obligación de interconexión, etc.). El punto de contacto con la regulación de ámbito general, es la aplicación supletoria de toda la normativa de libre competencia (entendida en sentido amplio) y protección al consumidor; si la normativa sectorial no cubriera o no tuviera los principios de interpretación para ciertos casos.

En ese sentido, el OSIPTEL, en materia de reclamos, dicta normas que siguen todos los operadores del sector y actúa como instancia superior; sobre la base de un criterio de usuario que no distingue entre si es final o no (consumidor-cliente). Respecto a lo último, este organismo ha delegado en el Tribunal de Solución de Reclamos de Usuarios de Servicio Públicos de Telecomunicaciones-TRASU la función de última instancia administrativa y en la Gerencia de Usuarios, la labor de facilitar al consumidor las herramientas adecuadas para su protección.

19. Sector regulado por el Decreto Legislativo N° 702 – Declaran de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la Promoción de Inversión Privada, publicado el 07 de noviembre del año 1991; el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 13-93-TCC, publicado el 06 de mayo del año 1993 y por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, publicada el 29 de julio del año 2000.

3. EL USUARIO PERUANO EN EL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES

Respecto al panorama del sector, debemos definir su importancia en virtud de los sucesivos cambios que se suscribieron, merced a la apertura del mercado de servicios en general -y específicamente en el sector telecomunicaciones- hacia los capitales privados.

Es conocida la reestructuración del sector desde el año 1991²⁰, iniciada para ofrecer un marco adecuado para la renovación del servicio de telecomunicaciones, comenzando por una Ley de Telecomunicaciones²¹ que permitió el ingreso de capitales privados, encargando el proceso de privatización de la Compañía Peruana de Teléfonos-CPT y de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones-ENTELPERU a un órgano llamado Comité Especial de Telecomunicaciones.

Para efectos de la investigación, debemos señalar que en enero de 1993 se crea el OSIPTEL²², dentro del plan del gobierno para lograr una desmonopolización del mercado, promoviendo la libre competencia en los servicios donde era posible en este caso logrando que las empresas estatales ya mencionadas se fusionen y puedan ser adquiridas por Telefónica de España.

Así como ya se menciona en el capítulo anterior, existe una relación trilateral que se grafica en la triada regulador-prestador-usuario, donde la subrelación prestador-usuario se ve afectada por una desigualdad en el manejo de la información la llamada Asimetría Informativa, que obliga al regulador a tomar en cuenta tanto el poder de dominio que tiene el prestador de servicios de telecomunicaciones, al actuar como agente económico racional (maximización de utilidad, reducción de costos), como la defensa del usuario del servicio de telecomunicaciones.

20. Para noviembre de 1991 estaba en vigencia la nueva Ley de Telecomunicaciones, y entre el periodo comprendido entre 1993 y 1994 se crea el OSIPTEL, se expide la Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia-Ley N° 26285 (14/01/1994) y se llevan a cabo los procesos de privatización de ENTELPERU y la Compañía Peruana de Teléfonos.

21. Decreto Legislativo N° 702 (noviembre de 1991)

22. Mediante el Decreto Legislativo N° 702, se sustituyó a la Comisión Reguladora de Tarifas de Telecomunicaciones por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL.

Finalmente, redondeamos esta idea expresando que el usuario de telecomunicaciones, ante deficiencias técnicas del servicio, excesos en la facturación cobros indebidos o excesivos; acudirá en reclamo a la empresa operadora en primera instancia y al OSIPTEL en segunda instancia.

3.1. OSIPTEL y el usuario en el servicio de telecomunicaciones

EL OSIPTEL como entidad pública descentralizada, posee un Reglamento²³ que lo faculta en forma expresa con potestades regulatorias, correctivas, sancionadoras y de solución de controversias; lo cual -posteriormente- se complementa con la instalación del Tribunal de Solución de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones-TRASU (en el año 1995), que se encarga de los reclamos que fueron desestimados en primera instancia por las empresas operadoras, actuando entonces como última instancia administrativa. Además, empieza a operar la Gerencia de Usuarios cuya labor es la de facilitar al consumidor -que reclama por problemas de facturación, calidad del servicio, instalación y otros- la utilización de instrumentos para su protección.

De esa manera, el OSIPTEL regula y supervisa el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones, gracias a que posee autonomía técnica, económica, financiera, funcional y administrativa; de conformidad con lo establecido por la normativa de telecomunicaciones.

En ese sentido, este regulador tiene como objetivos: incrementar la competencia en los mercados de telecomunicaciones, impulsar y promover el acceso universal a los servicios de telecomunicaciones, orientar a los usuarios y cautelar sus derechos; así como lograr eficacia eficiencia y transparencia de la totalidad de funciones y procesos de gestión institucional. Específicamente, en el tema de reclamos, se encarga de expedir la normativa que siguen los operadores de telecomunicaciones y actúa como instancia superior a la establecida por los prestadores del servicio.

3.2. Definición normativa

Con respecto a un criterio de usuario determinado, la normativa del OSIPTEL no distingue entre la condición de si éste es destinatario final o no²⁴, sino que establece que el usuario es la persona natural o jurídica que,

23. Decreto Supremo N° 62-94-PCM (09 de agosto del año 1994).

24. Tema tratado en el punto 2 de la presente investigación.

en forma eventual o permanente, tiene acceso a algún servicio público o privado de telecomunicaciones²⁵.

Sin embargo, realiza ciertas precisiones respecto a la definición de usuario, de acuerdo a la modalidad del servicio y las condiciones que faciliten la labor de fiscalización y análisis de los reclamos llegados al organismo regulador:

- Persona natural o jurídica que en forma eventual o permanente tiene acceso al servicio público de telefonía fija²⁶.
- Persona natural que por su vinculación familiar, laboral, comercial o de índole análoga con el abonado, hacer uso del servicio²⁷.
- Persona natural o jurídica que en forma eventual o permanente tiene acceso a algún servicio público o privado de telecomunicaciones²⁸.
- Abonado o persona natural o jurídica que por su vinculación familiar, laboral, comercial o de índole análoga con el abonado, hace uso del servicio, en forma eventual o permanente²⁹.

Adicionalmente, se establece otras precisiones complementarias:

- Usuario Moroso: usuario con deuda exigible³⁰.

-
25. Glosario de Términos del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 06-94-PCM; Definiciones del Contrato de Concesión ENTEL PERÚ S.A., aprobado por Decreto Supremo N° 11-94-TC y Anexo I del Reglamento de Calidad del Servicio Portador en la Modalidad de Arrendamiento de Circuitos, aprobado por Resolución N° 027-2001-CD/OSIPTEL.
 26. Glosario de las Condiciones de Uso para la Prestación del Servicio Público de Telefonía Fija bajo la Modalidad de Abonado - Resolución N° 012-98-CD/OSIPTEL y artículo 1° del Reglamento del Sistema de Preselección del Concesionario del Servicio Portador de Larga Distancia, aprobado por Resolución N° 006-99-CD/OSIPTEL.
 27. Artículo 4° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos Móviles, aprobada por Resolución N° 002-2000-CD/OSIPTEL.
 28. Procedimiento de Supervisión del Plan Mínimo de Expansión de las Empresas de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 050-CD-2000/OSIPTEL.
 29. Artículo 4° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet, aprobada por Resolución N° 015-2001-CD/OSIPTEL.
 30. Artículo 1° del Reglamento del Sistema de Llamada por llamada en el Servicio Portador de Larga Distancia, aprobado por Resolución N° 061-2001-CD/OSIPTEL.

- Usuario de buscapersonas: persona natural o jurídica que utiliza el servicio de buscapersonas³¹.
- Usuario del servicio móvil celular paga: modalidad donde las tarifas son de cargo del usuario del servicio móvil que inicie o reciba la comunicación. En este caso, cuando los usuarios del servicio fijo inicien la comunicación, sólo pagaran las tarifas por llamadas telefónicas que corresponden al servicio fijo³².
- Usuario del servicio telefónico: persona natural o jurídica que, en forma eventual o permanente, tiene a algún servicio telefónico³³.

3.3. Ámbito de protección

Es este usuario quien al contratar el servicio público de telecomunicaciones, sea persona natural o jurídica debe tener las condiciones adecuadas para poder obtener el servicio que realmente desea (el usuario es llamado abonado para efectos del servicio) y al cual se le establecen condiciones de uso; es decir, se garantiza y determina los derechos y obligaciones de los usuarios y empresas operadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones, las cuales son de cumplimiento obligatorio y regulan las relaciones entre ellos. Por tanto todo abonado (usuario) puede ejercer los derechos que otorgan estas condiciones.

3.4. Mecanismos de protección

Los mecanismos establecidos para la protección al usuario están dados en base a los tipos de reclamos, basados en problemas considerados como susceptibles de ser reclamados: facturación, cobro del servicio, instalación o activación, traslado del servicio, suspensión o corte del servicio, calidad e idoneidad en la prestación del servicio (que incluyen la veracidad de la información que se brinda, falta de entrega del recibo o de la copia del recibo que se solicita³⁴, etc.):

-
31. Disposición Preliminar del Sistema de Tarifa del Servicio de Buscapersonas, aprobado por Resolución N° 020-98-CD/OSIPTTEL.
 32. Artículo 1° del Sistema de Tarifas que se aplicará a las comunicaciones cursadas entre el usuario del servicio de telefonía fija y usuarios de telefonía móvil celular, aprobado por Resolución N° 005-96-CD/OSIPTTEL.
 33. Disposición Preliminar del Sistema de Tarifa del Servicio de Buscapersonas, aprobado por Resolución N° 020-98-CD/OSIPTTEL.
 34. Resolución N° 015-2002-CD/OSIPTTEL.

- **Facturación:** cuando no se reconoce los montos que figuran en el recibo, con relación al servicio público de telecomunicaciones sea por la tarifa aplicada o por el título del cual se deriva el derecho de la empresa para cobrarlos. Si son reclamos por servicios suplementarios o adicionales, incluirá los montos por el concepto reclamado incluso de recibos anteriores del cual se presenta el reclamo.
- **Cobro del servicio:** si los montos cobrados por el servicio son por conceptos distintos a los oportunamente facturados, desconociendo el consumo del servicio o del título del cual se deriva el cobro.
- **Instalación o Activación:** que se produce cuando el operador no cumple la instalación del servicio ya contratado, se estableciera un plazo mayor al permitido por la normativa vigente para dicha instalación, o no se cumple con activar o desactivar los servicios suplementarios solicitados.
- **Traslado del Servicio:** cuando el operador no cumpliera con el servicio en la fecha para la cual se contrató, no se manifiesta con respecto a la solicitud de traslado del servicio, o el usuario no está conforme con la solución propuesta por el operador.
- **Suspensión o Corte del servicio:** si se sufre de una suspensión injustificada del servicio o se corta el mismo sin cumplir el procedimiento vigente.
- **Calidad e idoneidad del servicio, y la veracidad informativa:** cuando se generan problemas de funcionamiento de red, ruido, interferencia, servicio intermitente, o si la empresa no informa con veracidad sobre el servicio o los reclamos realizados, etc.

3.5. Procedimiento

El usuario inicia su reclamo ante la entidad prestadora de servicios, siendo el Tribunal de Solución de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones-TRASU, quien se encarga de los reclamos que fueron desestimados en primera instancia por las empresas operadoras; actuando entonces como última instancia administrativa.

Para efectos de reclamos sobre facturación, reclamos sobre conceptos pagados o por cobrarse y problemas de instalación, activación del servicio o corte del mismo; OSIPTEL³⁵ establece un procedimiento por el cual el usua-

35. Resolución N° 015-2002-CD/OSIPTEL.

rio tiene 02 meses para poder hacer efectivo sus reclamos. El agente operador del servicio tiene 40 días³⁶ para resolver, luego del cual si el usuario no está conforme puede apelar (dentro de los 15 días útiles de la resolución de primera instancia) ante el TRASU quien tiene 40 días para resolver finalmente, lo que pone fin a la instancia administrativa.

Respecto a los casos de falta de idoneidad en el servicio, luego de reportado el suceso -para lo cual se tiene 04 días- la empresa operadora debe darle solución en 130 días, luego de lo cual el usuario puede apelar (dentro de los quince días útiles de la resolución de primera instancia) ante el TRASU, quien a su vez tiene 40 días para resolver finalmente; y al igual que en los casos anteriores pone fin a la instancia administrativa.

4. INDECOPI Y EL USUARIO DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES

El INDECOPI fue creado³⁷ con el propósito de dar protección a la competencia en el mercado, estableciendo las políticas generales.

Como un órgano de línea, la Comisión de Protección al Consumidor se encarga de establecer mecanismos para la protección de los derechos fundamentales de los consumidores, como el derecho a la información idónea sobre los bienes y servicios ofertados; supervisando que los proveedores cumplan las obligaciones que les corresponden como agentes económicos dentro del intercambio comercial.

Los comerciantes y/o empresarios como proveedor que son -sean personas naturales o jurídicas-, realizan operaciones de venta de bienes o prestación de servicios habitualmente al público. Estos productos o servicios generan una retribución económica, la cual puede generar abusos de los agentes ofertantes, este abuso limita el ejercicio del derecho a los adquirentes; por lo que el consumidor tendrá derecho a reclamo.

4.1. Definición normativa y doctrinal

El consumidor, a efectos de la protección de la normativa sobre la materia³⁸, es aquella persona natural o jurídica que adquiere utiliza o disfruta

36. No es necesario el pago del monto discutido para reclamar.

37. Decreto Ley N° 25868 (24/11/1992).

38. Decreto Supremo N° 716 (11/09/1991), y mediante Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI (11/12/2000) se aprobó el Texto Único Ordenado.

de productos o servicios como destinatarios finales. Por el contrario, no son consumidores aquellos que incorporan los productos o servicios adquiridos en sus actividades empresariales; a excepción de aquellos a los que se refiere el precedente de observancia obligatoria recaído en la Resolución N° 422-2003/TDC-INDECOPI (MILNE & CO. S.A. versus REYNALDO MOQUILLA S.R.L.), emitido por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, el cual establece que:

"(...) Las personas naturales o jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y por tanto son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquirirán o utilicen productos ya sean bienes o servicios para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos proveedores (...)"

4.2. **Ámbito de Protección**

Dentro de la normativa del consumidor, podemos distinguir que existen derechos a ser protegidos:

- El consumidor tiene derecho a recibir toda la información que requiera de los proveedores para poder realizar una adecuada elección en la adquisición de productos o servicios, así como para su uso.
- El consumidor tiene derecho a obtener idoneidad del producto o servicio, que es cuando la calidad ofertada concuerda con la calidad.
- Derecho a exigir que el proveedor ofrezca como garantía implícita, que lo que oferta es idónea para su uso previsible, tal como lo esperaría un consumidor razonable.
- Derecho a no ser discriminado, que es cuando se le da un trato inequitativo e injusto al consumidor, lesionando sus derechos. Se debe tener cuidado en el análisis a realizar, dado que no siempre un trato diferenciado para la selección del público objetivo constituye por sí mismo un mecanismo ilícito; puesto que puede sustentarse en razones objetivas y justificadas.

La Comisión de Protección al Consumidor (CPC) es la competente para conocer las presuntas infracciones, así como sancionar administrativamente y aplicar medidas correctivas establecidas en la Ley de Protección al Consumidor; salvo que su competencia sea negada por norma expresa.

La Ley de Protección al Consumidor tiene como ámbito de aplicación todas las relaciones de consumo en el territorio nacional, relación de consumo constituida por tres elementos, como ya se había mencionado en el capítulo anterior: un usuario o consumidor final, un proveedor (en este caso agente operador) y un producto o servicio susceptible de una transacción comercial.

Las sanciones que la Comisión puede aplicar son las de amonestación y multas hasta 100 UIT³⁹, asimismo puede aplicar medidas correctivas como forma de revertir los hechos al estado de cosas anterior a la infracción: decomiso y destrucción, clausura temporal del establecimiento, publicación de avisos rectificatorios, reparación y/o reposición de productos, o devolución del monto pagado por el adquirente (usuario o consumidor)⁴⁰.

4.3. Mecanismos de protección

Debemos señalar que la Comisión tiene entre sus funciones la de solucionar y resolver los reclamos y controversias surgidas entre los usuarios y los operadores de los servicios públicos, como competencia residual; es decir, para los casos no contemplados en las normas pertinentes (en este caso el sector telecomunicaciones).

Así, el consumidor cuenta con dos vías para dar solución a su reclamo. La primera consiste en un servicio de atención gratuito de reclamos (Sistema de Apoyo al Consumidor del INDECOPI) en el cual consumidor y proveedor pueden llegar a un acuerdo conciliatorio, procurando resolver con carácter vinculante los reclamos de los consumidores.

La segunda vía es un procedimiento formal de denuncias por presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor, debiendo cumplirse con lo establecido por el Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos del INDECOPI.

4.4. Procedimiento

El Decreto Legislativo N° 807 regula el procedimiento que debe aplicar la Comisión en los procedimientos de protección al consumidor, debiendo

39. Unidad Impositiva Tributaria.

40. Precedentes de Observancia Obligatoria: Resolución N° 085-96-TDC sobre idoneidad, garantía y voluntad conciliadora; Resolución N° 095-96-TDC sobre advertencia de riesgos y peligros de productos; Resolución N° 0422-03-TDC sobre consumidor final; Resolución N° 102-97-TDC sobre información y Resolución N° 277-99-TDC sobre la Competencia de la Ley de Protección al Consumidor.

aclarar que, en materia de servicios públicos, el INDECOPI garantiza el derecho del usuario⁴¹ para que tramite su reclamo sin exigir pago previo por parte de la concesionaria.

Asimismo, durante la tramitación del reclamo, el servicio no puede ser cortado ni suspendido, siempre que el usuario cumpla con las demás obligaciones que no seán reclamadas; además, las facturas posteriores no deberán incorporar la deuda reclamada, ni intereses y moras, hasta que se resuelva el reclamo.

Por otro lado, la tramitación de una investigación por presunta violación de normas de protección al consumidor puede iniciarse de oficio o a petición de parte, investigación que está a cargo de la Comisión de Protección al Consumidor.

Esta Comisión, es el único órgano administrativo que es competente para conocer e investigar de las presuntas infracciones a las normas del consumidor, así como para sancionar administrativamente y aplicar medidas correctivas; por lo cual, cuenta con facultades para el decomiso y destrucción de la mercadería incautada, clausurar temporalmente establecimientos comerciales, etc.

Por tanto, el INDECOPI tiene estos mecanismos para sancionar las prácticas atentatorias contra los consumidores, estableciendo instancias para una posible conciliación con los proveedores, con la finalidad de llegar a soluciones satisfactorios para ambos.

En este contexto, si el consumidor quiere exigir la devolución del dinero, cambio de producto o indemnizaciones, se verá forzado accionar en el Poder Judicial; dado que a nivel administrativo sólo se puede producir una sanción por parte del Estado, pues el consumidor no ve una solución real y práctica a su problema sólo con la coerción por parte de la Administración.

Por ejemplo, si estos reclamos son de poco valor, usualmente se incurrirá en costos de acceso al Poder Judicial, con lo cual es más factible acudir a una vía administrativa alterna, por ser mucho menos costosa; sin embargo, esto sólo se reflejará en denuncias que no impliquen un valor patrimonial muy elevado. Lo ideal, sería otorgar mayor validez a la actuación administrativa en sede judicial, o establecer un mecanismo que le proporcione un mérito mayor a los medios probatorios actuados en el proceso adminis-

41. Artículo 14° del TUO de la Ley de Protección al Consumidor.

trativo; para efectos de lograr un mejor reconocimiento y acreditación de los detrimentos patrimoniales sufridos por causa de la conducta del proveedor⁴².

En conclusión, si durante el trámite de una denuncia, no se produce un acuerdo conciliatorio y se declara fundado el reclamo, el INDECOPI impondrá únicamente una sanción administrativa al proveedor; mas no puede ordenar realizar una acción de reintegro patrimonial a favor del reclamante, por lo que los procedimientos que garanticen estos tipos de derechos e indemnizaciones se realizan frente a los jueces en un proceso ordinario establecido en el Código Procesal Civil, según la cuantía discutida.

La denuncia a presentarse a la Comisión debe ir dirigida a la Secretaría Técnica de la misma, conteniendo los siguientes datos: Nombre o Razón Social, RUC o DNI (de ser el caso), domicilio y teléfono del denunciante (persona natural, persona jurídica o asociación de consumidores) y/o del representante; nombre o razón social y domicilio del proveedor, resumen de los hechos materia de denuncia especificando el bien o servicio resumen de los hechos materia de la denuncia.

5. DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DE PROTECCIÓN AL USUARIO

Habiendo establecido el marco sobre el cual se ha desarrollado la noción de consumidor en sentido lato y en el sector telecomunicaciones (determinado como usuario de un servicio público), debemos concretizar los alcances más resaltantes respecto de lo ya expuesto, para poder determinar meridianamente la distinción competencial a la cual pretendemos llegar.

El Perú y el resto de países latinoamericanos han desarrollado políticas tendientes a propiciar que las inversiones que implican prestaciones periódicas y permanentes de satisfacción necesaria de la Sociedad -llámese satisfacción del interés público- que posean un marco diferenciado respecto de las actividades desarrolladas por los privados; pues si bien estas últimas también son importantes, pueden ser pasibles de ser sustituidas (actividades de privados en cualquier mercado económico relevante).

Así, las actividades en los servicios públicos que originariamente debieron ser realizadas por el Estado, son ahora realizadas por los privados que

42. Situación que amerita analizarse en otra investigación.

observan económicamente eficiente el incursionar en estas actividades. Por esto se estableció una regulación para cada actividad relativa a la inversión y desarrollo de los servicios públicos (telecomunicaciones, saneamiento, electricidad, etc.), así como directivas para armonizar la relación Estado-concesionario-usuario; esto en virtud de la incipiente cultura de consumidor (y de usuario) que existe en esta parte del mundo, inmersa a la globalización con un atraso de aproximadamente una década.

El principio de establecer la protección al consumidor, específicamente al usuario de telecomunicaciones, pasa no sólo por la asimetría informativa, tiene un carácter aún mayor, definido por la asimetría técnica -es decir, que el usuario puede tener acceso a la información- pero por la complejidad de los componentes y determinantes de los costos del servicio. Así, es mayormente difícil que el usuario pueda saber a ciencia cierta los pormenores de lo que se le ofrece y si se está cumpliendo con las obligaciones propias del servicio.

Tal como observamos del desarrollo de los capítulos anteriores, el INDECOPI se encarga de tutelar el libre mercado, la defensa del consumidor y la protección de las creaciones intelectuales; propugnando que, sobre la base de una libre y leal competencia, los consumidores tengan la posibilidad de elegir entre varias opciones (precios competitivos determinados por la oferta y la demanda y calidad óptima de lo que contrataron)⁴³.

El OSIPTEL, como ya se había definido anteriormente, tiene la misión de regular el mercado de las telecomunicaciones no sólo a nivel de la provisión misma del servicio, en cumplimiento de los principios generales del sector (universalidad, no discriminación, unidad, equidad, etc.), sino que su finalidad está directamente relacionada con la colectividad; es decir, es indispensable para la vida social, lo cual conlleva a una necesaria continuidad y regularidad en el servicio.

El OSIPTEL cumple con asegurar que el servicio sea prestado respetando los estándares de calidad y eficiencia, solicitando la información a los prestadores, fiscalizando la elaboración de los planes tarifarios, dando la

43. Dado que fue traspasado al INDECOPI las funciones de protección al consumidor que antes las tenían las municipalidades; la normativa relacionada a la protección en materia de consumidor, como recordaremos, se regula por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 716 (aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, publicado el 11/12/2000).

adecuada garantía a los usuarios con información sobre sus derechos y funcionando como ente resolutor; es decir, como instancia administrativa de los conflictos suscitados con los proveedores.

Es necesario considerar que el Estado, al establecer organismos reguladores para los sectores privatizados de servicios públicos, establece normas técnicas para que el regulador tenga el ejercicio práctico de sus facultades; lo cual no sólo es una inversión inicial por parte del Estado, sino que en adelante todo servicio que se prestará por parte de la Administración tendrá un costo que terminará siendo asumido por el usuario que decida hacer uso de ese mecanismo.

Finalmente, resumimos lo ya expuesto sobre el rol de OSIPTEL, con respecto al usuario, señalando que los casos en los cuales interviene el regulador son a) Reclamos donde el operador es instancia, b) Por denegación de atención, c) Determinación de infracciones e imposición de sanciones⁴⁴.

5.1. Distinción de competencias en función de la actividad

Observando al INDECOPI y su labor en el Mercado, reafirmamos la idea ya expresada, en el sentido de considerarla como una institución intermediaria entre los agentes del mercado (entidades, proveedores, consumidores, etc.), con una normatividad variada y altamente tecnificada, para poder cumplir con su rol de agente regulador eficientemente.

Sin embargo, haciendo una aproximación más clara, podemos notar que ese rol, dada la diversidad de funciones asignadas desde su creación, va más allá de ser un simple regulador de actividades; se ha ido convirtiendo en ese árbitro que el mercado requiere para funcionar leal y honestamente⁴⁵, entendiéndose como el que debe mantener la neutralidad para un correcto desenvolvimiento del Mercado.

Por tanto, estamos ante la protección general, en materia de consumidor, que constituye la política del Estado al dar apertura a los diferentes mercados de bienes y servicios; sin embargo, dada la extensa funcio-

44. Mediante Res N° 007-94-CD/OSIPTEL, se aprobó la Directiva de Procedimientos referidos a los Reclamos de Usuarios; por Res N° 036-97-/OSIPTEL se complementó ésta. Finalmente, por Resolución N° 001-95-CD/OSIPTEL (06/01/1995) se aprobó el Reglamento de Solución de Controversias en Vía Administrativa.

45. Tal como lo señalan los informativos publicados por el mismo INDECOPI sobre su labor, posición que también internalizan los demás reguladores. Recordaremos que fue creado con fecha 24/11/1992, mediante Decreto Ley N° 25868.

alidad del INDECOPI⁴⁶, la protección ofrecida al consumidor si bien es cierto tiene un sentido conciliatorio con el proveedor del bien comercializado o sancionador en caso de reticencia; puede terminar ocupando un segundo plano.

Este marco general busca que la relación entre el proveedor y el consumidor tenga como resultado un manejo de información adecuada, un producto o servicio idóneo, predictibilidad del producto y un trato equitativo.

Todo lo anterior se ha ido desarrollando merced a los cambios en materia de consumidor que se han venido dando desde la década de los noventa, produciéndose una variación, por parte del consumidor, de su rol en la relación existente con el proveedor; se ha incentivado una cultura del consumo en el mercado peruano; en otras palabras se ha producido una "revolución del consumidor"⁴⁷.

Esto ha sido posible, dado los diversos cambios que se han producido, centrado principalmente en la adopción de un sistema de leal y honesta competencia, basado en la concurrencia de proveedores que compiten en el Mercado por captar la preferencia; para lo cual se creó un marco jurídico adecuado para la protección del consumidor, que bien puede ser uno de los más completos de Latinoamérica.

Merced a este basamento normativo, el Estado actúa como arbitro -dirime conflictos- en el Mercado, señalando directivamente los pasos para el mejor cumplimiento de la normas y el conocimiento de los deberes y derechos de los involucrados en la actividad.

Todo lo anterior se redondea, en la ya mencionada cultura del consumo que por, parte de los proveedores, conlleva a la mejora de los niveles de atención y satisfacción de los consumidores; asimismo, conlleva por parte

46. Indecopi está conformado por siete comisiones, con relación a la defensa de la competencia que son, Protección al consumidor, Represión de la Competencia Desleal, Libre Competencia, Fiscalización *Dumping* y Subsidios, Reglamentos Técnico-Comerciales, Acceso al Mercado, Procesos Concursales; además de contar con tres oficinas, Signos Distintivos, Inventiones y Nuevas Tecnologías y Derechos del Autor.

47. El INDECOPI, mediante Documentos de Trabajo, como el N° 001-2000, es de la opinión que se ha dado avances cualitativos en la protección de derechos de los consumidores, cambios que han permitido que el mismo consumidor sea conciente de su rol y sus derechos para exigir una idoneidad en lo que recibe de los proveedores, sin embargo falta por trabajar la plataforma conceptual del consumidor conforme a criterios de asimetría informativa.

de estos últimos, un ejercicio mejor de sus derechos y de los mecanismos para hacerlos valer.

Al tener claro la diferenciación de los niveles de actuación y protección que se manejan en la legislación peruana en materia de protección de consumidor, podemos enmarcar lo que significa esto a nivel sectorial (sector telecomunicaciones); a saber, orientar a los usuarios del servicio y cautelar sus derechos dentro de los principios de universalidad y transparencia.

5.2. Análisis comparativo de las definiciones de consumidor y usuario señaladas por OSIPTEL e INDECOPI

El consumidor, regulado en el marco general de protección -Decreto Legislativo N° 716⁴⁸- es entendido como aquella persona o institución que adquiere algún tipo de bien o servicio como destinatario final, es decir que dedica éste para su uso personal o familiar; concepto establecido mediante un precedente de observancia obligatoria, del cual ya habíamos hecho mención, emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual⁴⁹ en el caso Cheenyi E.I.R.L. versus KONIKA S.A., en la cual el Tribunal razona respecto a la realidad de la protección al consumidor:

"Bajo esta perspectiva, la justificación de un juego de normas especiales obedecería a que un grupo de agentes económicos está en la posibilidad de abusar de otro, aprovechando que los primeros tienen una mayor concentración de recursos económicos que les permite imponer condiciones a los segundos. (...) Esta Sala considera que tal aproximación no es compatible con

48. El desarrollo de las normas de protección al consumidor se inician con el Decreto Supremo N° 036-83-JUS, del año 1983, pero cuyo espíritu no reflejaba una real protección al consumidor, como si un rol de intervención del Estado. Todo esto se varió con la dación de la Ley de creación del INDECOPI (Decreto Ley N° 25868, del 24 /11 1992) y de la Ley de Protección del Consumidor (Decreto Legislativo N° 716, del 07/11/1999).

49. El precedente de observancia obligatoria, emitido en el caso CHEENYI E.I.R.L. versus KONIKA S.A., Exp. N° 102-95 C.P.C., Res. N° 101-96-TDC, de fecha 18/11/1996, señalaba que «Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. NO se consideran por tanto consumidores y usuarios para efectos de la Ley a los proveedores que adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de la actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículo 1° y 3° inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser considerados consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes.

la realidad de los casos que se presenta en el área de protección al consumidor, ni con el régimen legal vigente (...), En primer lugar (...) existe una gran cantidad de competidores (...). Los proveedores no se enfrentan a la necesidad de satisfacer la demanda del consumidor particular, sino de un conjunto (...). Si los consumidores advierten que lo ofrecido no responde a sus expectativas, el resultado será un desplazamiento de la demanda (...)"

Este criterio fue modificado⁵⁰, merced al reciente precedente sentado en el caso MILNE & CO. S.A. versus REYNALDO MOQUILLAZA S.R.L., pues ya no se considera al consumidor como el sujeto ubicado el último eslabón de la cadena producción - consumo; cambiando el criterio de la protección de último eslabón de la cadena al de equilibrio de la desigualdad informativa; puesto que se determinó que la realidad muestra que no sólo el consumidor lato sufre de esta diferenciación.

"El pequeño empresario, al sufrir los efectos de la desigualdad en la relación de consumo, califica, en ciertos casos específicos, como consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor. Dichos casos específicos serán aquellos en los que la adquisición o el uso, por necesidades de su actividad profesional, se refieran a productos en los que no pueda esperarse un grado de conocimiento o especialización que haga desaparecer la desigualdad entre el pequeño empresario y el proveedor del bien o servicio de que se trate".

De esa manera, se estableció el precedente de observancia obligatoria que definiría al consumidor de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716, como la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato.

Así, las personas naturales y/o jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo para efectos de la Ley de Protección al Consumidor, cuando debido a las necesidades de su

50. El precedente MILNE & CO. S.A. versus REYNALDO MOQUILLAZA S.R.L., Exp. N° 535-2001-CPC, Res. N° 422-2003/TDC-INDECOPI, de publicado de fecha 14 de diciembre de 2003, significó un salto jurisprudencial importante a nivel de protección al usuario, pues ya no considera sólo al destinatario final sino que ensancha el concepto, sobre la base de la parte más débil de la relación de consumo, como «*las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios que son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo*».

actividad empresarial adquieren utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores.

Como puntualizáramos previamente, el OSIPTEL cumple con determinar las condiciones y la modalidad del servicio y de los reclamos; estableciendo como criterio de usuario a la "persona natural o jurídica que en forma eventual o permanente tiene acceso al servicio público de telefonía"⁵¹, al cual también se le conoce como abonado.

Por tanto, para entender la debida protección del usuario del servicio de telecomunicaciones, se debe tener en cuenta los problemas suscitados en la relación prestador-usuario, motivo por el cual, como ya hemos bosquejado, se establecen tipos de reclamo (facturación, cobro por el servicio, instalación y/o traslado del servicio, suspensión o corte, calidad de idoneidad, veracidad informativa).

Entonces, advertimos que la definición del marco general, si bien se ha acercado un poco a la definición más amplia que se maneja a nivel de regulación de prestadores de servicio, no logra desligarse completamente de la definición basada en la cadena producción - consumo y de destinatario final (último eslabón), aunque se debe reconocer el gran avance realizado en el desarrollo de la tesis de la asimetría informativa a efectos de establecer el ámbito subjetivo de protección.

5.3. El real ámbito de protección al usuario en el sector telecomunicaciones

Sabemos que el Estado interviene cuando no es económicamente eficiente el generar un procedimiento adecuado, para lo cual establece mecanismos y procedimientos que aseguren un debido procedimiento y una pluralidad de instancias.

Por eso, entrando al tema del consumidor y los servicios públicos, se debe diferenciar, la existencia de una legislación marco, dada por el TUO del Decreto Legislativo N° 716 y las normas que se emitieron fruto de la apertura de los servicios públicos a la inversión privada, en este caso el sector telecomunicaciones.

51. Glosario de las Condiciones de Uso para la prestación del servicio público de telefonía fija, bajo la modalidad de abonado, Res N° 012-98

Así, si bien en el marco general, existen ciertas diferenciaciones para determinar el ámbito subjetivo de protección del Decreto Legislativo N° 716, como el hecho que el consumidor puede ser el destinatario final en la relación producción - consumo y/o también está inmerso en la definición las empresas que sufren de la asimetría informativa; el marco particular no distingue entre consumidor final o no, pues sigue la teoría del consumidor cliente, ya desarrollado anteriormente⁵².

Entonces, se establece, a nivel sectorial, un conjunto de condiciones sólo a efectos de poder clasificar al consumidor, y se puntualizan definiciones que faciliten la identificación del usuario y la información relevante del servicio que contrató; para efectos de brindarle información y protección adecuada en caso de reclamos.

La política de protección al usuario de telecomunicaciones no hace la distinción entre el titular del servicio o el usuario, que teóricamente se hace necesaria en el marco general para hacer más eficiente la solución (merced a la existencia de distinta normativa para cada área de regulación del Mercado), puesto que no sólo existe la Comisión de Protección al Consumidor, sino la de Represión de la Competencia Desleal, Libre Competencia, Fiscalización Dumping y Subsidios, Reglamentos Técnico-Comerciales, Acceso al Mercado, etc.; todas ellas con un propio ámbito subjetivo, que busca extender su regulación donde sea necesario y estando dentro del supuesto que la legislación de cada órgano tenga para su función.

Básicamente, si tenemos que definir puntos de contacto entre ambas normatividades, se debe partir de dos modalidades de actuación: a) Supervisión de la calidad del servicio, b) Solución de Controversias entre los usuarios de los servicios públicos y los prestadores.

A tales efectos, se intenta cumplir con un rol facilitador en materia de protección al usuario, intentando dar una eficiente solución al reclamo presentado; para eso se establecen mecanismos que acerquen al prestador y al usuario mediante etapas conciliatorias y obligaciones para que se ponga a la vista y se difunda los derechos y obligaciones propios del servicio.

52. Noción que incluye tanto al que contrata servicios y bienes para consumo propio, como para quien realice una actividad empresarial, no distinguiendo al usuario dentro de su nivel en la cadena producción - consumo.

5.4. Limitaciones resaltadas de la comparación

Tal como lo hemos venido analizando, la existencia de los dos niveles de protección (marco general y normativa de sector) busca que no exista demasiados vacíos con respecto a la defensa del consumidor - usuario inmerso en el Mercado; lo cual no implica que sea lo ideal.

En líneas generales, el marco sectorial establece a los prestadores de servicios necesariamente como primera instancia de reclamos, dado que el OSIPTEL, como regulador del servicio de telecomunicaciones, establece una plataforma para la protección del usuario sobre la base del Tribunal de Solución de Reclamos; el cual intervendrá sólo en el caso que el usuario no sea escuchado, su reclamo no haya sido tramitado adecuadamente, o si se denegó el reclamo en la primera instancia.

Sin embargo, debemos tener en cuenta la existencia de un plazo menor en cuanto a la oportunidad de reclamo de los usuarios. Por ejemplo, en materia de devolución por cobro indebido a nivel administrativo en telecomunicaciones se tiene con dos meses para efectuar el reclamo; en cambio, en el marco general se cuenta con un año⁵³.

Por tales razones, el consumidor está en la capacidad de hacer su reclamo en cualquiera de los procedimientos establecidos en ambos niveles, puesto que el INDECOPI no podría negarse a atender dicho caso.

La existencia de esta duplicidad de competencia se debe a una interpretación hecha por parte del INDECOPI, que mediante un precedente de observancia obligatoria interpretó como competencia exclusiva e irrenunciable la facultad de conocer las infracciones al Decreto Legislativo N° 716; a menos que dicha competencia se niegue por Ley⁵⁴, tal como lo dispuso el Tribunal:

"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 lo señalado por el artículo 1° de dicha Ley.

Por otra parte, la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi es el órgano administrativo competente, a escala nacional, para conocer los pro-

53. Res. de Consejo Directivo N° 015-02-CDOSIPTEL y artículo 29° del TUO del Decreto Legislativo N° 716.

54. Res. N° 277-99, de fecha 18/08/1999, donde el Tribunal estableció la sujeción hacia el Decreto Legislativo N° 716 y la posibilidad de ver casos donde puedan ser competentes otros reguladores.

cesos referidos a las presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 716 que puedan expresarse 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”.

Esta posición colisiona definitivamente con las prerrogativas de los reguladores, puesto que, pese a la existencia del Decreto Legislativo N° 702 que otorga expresamente la facultad al OSIPTEL para fiscalizar la calidad del servicio y ser el ente que resuelve los reclamos de los usuarios, esto no es suficiente para ser una excepción de la competencia del INDECOPI.

Finalmente, si bien el reclamo ante un regulador suele ser menos costoso -en la mayoría de veces es gratuito, gastándose sólo en gastos mínimos- también es cierto que eso implica una excesiva carga de trabajo del OSIPTEL, lo cual tendría como principal motivo, el hecho de que mediante el INDECOPI se está aliviando un poco la carga administrativa.

6. CONCLUSIONES

En primer lugar, debemos resaltar la creciente concientización ciudadana sobre los derechos de los consumidores y, más aún, de los usuarios de telecomunicaciones; lo cual no sólo es gracias a la difusión masiva, sino también por la búsqueda eficiente por parte de los reguladores, de caminos de solución adecuados.

En el tema que nos avoca, el OSIPTEL cuenta con las facultades de regular el desempeño de los prestadores, fiscalizar el régimen tarifario y la calidad del servicio, establecer políticas de atención al usuario; basados en los derechos del consumidor de este sector al acceso al servicio, así como a utilizarlo y disfrutarlo, y a un servicio regular y continuo.

De esta manera, la existencia de un regulador específico hace que ése sea quien cumpla el rol del Estado de velar por el bienestar del consumidor. Por eso, dado que estamos ante la existencia de dos marcos de protección, debemos optar por el más específico y técnico, como lo es el OSIPTEL; esto implica que la interpretación de la limitación establecida en el Decreto Legislativo N° 716, "negada por norma expresa con rango de ley", debe ser vista como el ejercicio del OSIPTEL de las facultades de regulación y control; puesto que debe primar la norma particular sobre la general, máxime si la regulación de telecomunicaciones es más técnica y apropiada.

Sin embargo, debemos hacer la salvedad que en temas de publicidad engañosa, debe ser el INDECOPI quien se encargue de la fiscalización de

ese sector, pues a diferencia del sector de servicio público de telecomunicaciones, el ámbito objetivo no principalmente la prestación del servicio, sino la actividad publicitaria y su implicancia en el régimen de protección al consumidor.

De esta manera se puede establecer una especie de interpretación; de lo contrario, el INDECOPI debe de automarginarse mediante un mecanismo de derivación de competencia administrativa y funcional hacia el OSPI-TEL; lo cual implica una campaña conjunta de difusión de los derechos y obligaciones de los usuarios, con la salvedad que hacia ambos se pueden dirigir las denuncias y/o reclamos del sector.