

# UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“La vulneración a la libertad contractual de los usuarios en la contratación de ofertas y/o promociones de los servicios en telecomunicaciones mediante el telemarketing de las empresas operadoras, en Tacna, en el año 2015”**

## **TESIS**

Presentada por:

**Bach. Bryan Kevin Castillo Del Prado**

Para optar el Título Profesional de:

**ABOGADO**

TACNA – PERU

2016

# INDICE

<b>INTRODUCCION</b> .....	5
---------------------------	---

## **CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	7
2. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION .....	9
3. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA .....	10
4. DELIMITACION DE LA INVESTIGACION .....	11
5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION .....	11

## **CAPITULO II: MARCO TEORICO**

### **SUBCAPITULO I: LA CONTRATACION ESTANDARIZADA**

I. PRIMERA PARTE: LA CONTRATACION EN MASA	
1. Introducción .....	13
2. Aparición de la contratación en masa .....	14
3. La libertad contractual en los contratos en masa .....	17
4. Las clausulas generales de contratación .....	20
4.1. CGC aprobadas administrativamente .....	21
4.2. CGC no aprobadas administrativamente .....	22
5. El contrato de adhesión .....	23
6. Los contratos a distancia .....	25

### **II. SEGUNDA PARTE: EL CONTRATO DE CONSUMO**

1. Introducción .....	27
2. La relación de consumo y el contrato de consumo .....	28
3. Formación de los contratos de consumo: La oferta al consumidor .....	31
4. Sujetos de la relación de consumo .....	33
4.1. Delimitación Jurídica del consumidor .....	33
4.2. Delimitación Jurídica del proveedor .....	36
5. El consumidor ordinario y el consumidor razonable .....	38
6. Fallas del mercado vinculadas a los contratos de consumo .....	43
6.1. Los costos de transacción .....	43
6.2. La asimetría informativa .....	45

### III. TERCERA PARTE: EL CONTRATO DE CONSUMO EN EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

1. Introducción .....	47
2. Delimitación de los sujetos intervinientes .....	48
2.1. El abonado y los usuarios .....	48
2.2. Las empresas operadoras.....	49
3. Los mecanismos de contratación de los servicios de telecomunicaciones .....	50

### SUBCAPITULO II: LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES Y LOS USUARIOS

#### I. PRIMERA PARTE: LA DEFENSA Y PROTECCION DEL CONSUMIDOR

1. Introducción .....	54
2. El consumidor en la Constitución .....	55
2.1. La Constitución Económica .....	55
2.2. La Economía Social de Mercado en la Constitución de 1993 .....	61
2.3. Principios de la Constitución Económica de 1993 .....	63
2.4. El reconocimiento de los consumidores y usuarios a nivel constitucional .....	69
3. Delimitación del Derecho del Consumidor.....	73
3.1. Conceptualización .....	73
3.2. Sistemas de Protección.....	74
3.3. Notas características .....	76

#### II. SEGUNDA PARTE: LOS USUARIOS EN LOS SERVICIOS PUBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

1. Introducción .....	78
2. El proceso de privatización y liberalización de las telecomunicaciones en Perú ...	79
2.1. El proceso de privatización de las telecomunicaciones en Perú.....	80
2.2. El proceso de liberalización de las telecomunicaciones en Perú.....	84
3. Los servicios públicos en telecomunicaciones .....	86
3.1. Delimitación del servicio público .....	86
3.2. Delimitación jurídica del servicio público.....	88
3.3. Principios del servicio público.....	90
3.4. Los servicios públicos en la ley de telecomunicaciones .....	95
4. La regulación de los servicios públicos en telecomunicaciones .....	97
4.1. Delimitando el proceso de regulación .....	97
4.2. El Organismo Regulador de la Inversión Privada en Telecomunicaciones: OSIPTEL.....	102
4.3. Funciones de OSIPTEL.....	104
4.4. Modalidades de actuación de OSIPTEL .....	107
4.5. El Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios en Servicios de Telecomunicaciones: TRASU .....	109

5. Derechos de los Usuarios en los Servicios Públicos de Telecomunicaciones .....	110
5.1. El Derecho del Usuario.....	110
5.2. Principales derechos de los usuarios en los servicios públicos de telecomunicaciones .....	111

### **SUBCAPITULO III: LAS VENTAS AGRESIVAS EN LOS SERVICIOS EN TELECOMUNICACIONES**

I. PRIMERA PARTE: EL TELEMARKETING EN LAS VENTAS AGRESIVAS	
1. Introducción .....	123
2. El Telemarketing.....	124
2.1. Delimitación del Telemarketing .....	124
2.2. El Telemarketing como método comercial agresivo.....	125
3. La regulación de las ventas agresivas.....	127
3.1. La Regulación de las ventas agresivas en el Derecho Comparado.....	127
3.2. La Regulación de las ventas agresivas en el Derecho Peruano .....	132
II. SEGUNDA PARTE: EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMO EN LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES	
1. Introducción .....	133
2. El Procedimiento de Reclamo.....	134
2.1. Canales de presentación.....	134
2.2. Legitimidad activa.....	135
2.3. Materias reclamables.....	136
2.4. Etapas del procedimiento.....	139
3. El procedimiento por veracidad de la información: Una solución ineficaz a las ventas agresivas.....	141
3.1. La presentación del problema .....	141
3.2. El resultado del reclamo.....	142

### **CAPITULO III: MARCO OPERATIVO**

1. HIPOTESIS GENERAL .....	144
2. HIPOTESIS ESPECIFICAS.....	144
3. OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES.....	144
4. DISEÑO DE LA INVESTIGACION .....	145
5. POBLACION Y MUESTREO.....	145
6. TECNICAS E INSTRUMENTOS .....	147

## **CAPITULO IV: PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS**

1. DESCRIPCION DE LA APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO .....	148
2. PRESENTACION DE LOS RESULTADOS .....	149
3. COMPROBACION DE LAS HIPOTESIS .....	170

## **CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

1. CONCLUSIONES .....	174
2. RECOMENDACIONES.....	175

# INTRODUCCIÓN

La sociedad de consumo es, sin duda, el resultado de una progresiva evolución de las relaciones comerciales entre los individuos. Desde acciones incipientes donde el consumo encontraba su principal justificación en la supervivencia y conservación de la especie, hasta hoy en día, donde las transacciones comerciales se dan sin límites fronterizos a través de diversos medios electrónicos. Históricamente, este proceso se vio impulsado por el acontecimiento de la Revolución Industrial en vista a las imperantes ideas liberales que concibieron la producción en masa en los mercados.

De esa manera, la relación interpersonal que en un momento existía entre el comprador y el vendedor cambió diametralmente a un escenario donde se ubicaba el consumidor frente a un proveedor generalmente no identificado y señalado como la empresa. Es así que, en ese contexto, las empresas con el propósito de desplazar la demanda de la competencia innovaron diversas técnicas de mercadeo para agilizar las contrataciones en el mercado y, satisfacer así, las apremiantes necesidades de consumo. Una clara muestra de ello, es la comúnmente conocida contratación estandarizada que se caracteriza por contratos con un contenido pre-dispuesto por la empresa.

Lo anterior, en un primer momento recibió diversos cuestionamientos dirigidos a la inexistencia de la negociación en tales contratos y, asimismo, a la marcada diferencia de poderío económico entre los contratantes. Esto incentivó la idea de que el Estado debe cumplir un papel fundamental para la defensa y protección del consumidor, debido a la desigualdad con las empresas del mercado. Lo que en buena cuenta ha contribuido a la promulgación de normas que amparen a los consumidores. No obstante, la contratación en masa en la actualidad no es el problema fundamental por el que se debe dar protección a los consumidores. Esto porque cualquier cuestionamiento a la validez de los contratos en masa es de por sí una polémica superada puesto que reducen exponencialmente los costos de transacción favoreciendo a los consumidores.

En ese entendimiento, la investigación no cuestiona la contratación en masa, sino demuestra que el avance de los contratos de consumo en el mercado, no han ido a la par con las medidas regulatorias en defensa y protección del consumidor y, en consecuencia,

se ha dado una vulneración a los derechos de los consumidores. El mercado de las telecomunicaciones no es indiferente a ese panorama, siendo uno de los escenarios donde las contrataciones estandarizadas se dan cada vez con más frecuencia a través del telemarketing desde los *call-center* de las empresas operadoras, dirigiendo ofertas y/o promociones a indistintos usuarios con la finalidad de que estos últimos contraten nuevos servicios. Esta modalidad de mercadeo en la contratación de los servicios en telecomunicaciones no resulta peligrosa de no ser porque la evidencia empírica nos ha demostrado que desencadena serios problemas que vulneran la libertad contractual debido a que las empresas operadoras dan información confusa, imprecisa e incluso fraudulenta durante la contratación vía telefónica.

En ese sentido, el presente estudio demuestra que la contratación de servicios en telecomunicaciones por las ofertas y/o promociones vía telefónica dirigidas por las empresas operadoras a los usuarios vulnera la libertad contractual, siendo así un método comercial agresivo debido a la falta del deber en la veracidad en la información por parte de la empresa operadora. El desarrollo de la investigación se encamina aclarando que la contratación en masa no es perniciosa para los consumidores y, así detallar las principales modalidades de la contratación en masa particularmente en el mercado de las telecomunicaciones. Posteriormente, se precisan los derechos de los consumidores reconocidos en los instrumentos constitucionales y legales con énfasis en los principales derechos de los usuarios en telecomunicaciones. Finalmente, veremos el marco regulatorio existente acerca de los métodos comerciales agresivos de manera general en el ámbito internacional y, además en nuestro ordenamiento jurídico, con la intención de resaltar la ineficacia del procedimiento administrativo establecido por el Organismo Regulador de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) para resolver la problemática suscitada en casos que versan de la veracidad de la información en las ofertas y/o promociones en las contrataciones vía telefónica.

# CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

## 1. Planteamiento del problema

### 1.1. Descripción del problema

En nuestros días, el progresivo avance del mercado impulsado por la sociedad de consumo nos demuestra que diversos bienes y servicios son adquiridos por los consumidores utilizando mecanismos contractuales que han desplazado a la contratación tradicional. Dichas construcciones contractuales en base a la imperante contratación en masa es lo que en buena cuenta ha permitido agilizar la contratación y, consecuentemente, la satisfacción oportuna de nuevas necesidades. El mercado de telecomunicaciones no es ajeno a dicho panorama, siendo uno de los mercados donde la contratación de los servicios resulta exponencialmente vertiginoso. Una clara muestra se evidencia en los contratos concluidos a través de conversaciones telefónicas entre los usuarios y las empresas operadoras.

Lo anterior es, sin duda, un paradigma de las nuevas modalidades contractuales que han facilitado las transacciones comerciales, sin embargo, dicha fórmula contractual no ha ido a la par de las medidas regulatorias en defensa y protección de los derechos de los consumidores, provocando serios inconvenientes en la contratación de los servicios en telecomunicaciones. La problemática nos presenta un escenario donde las prácticas comerciales utilizadas por las empresas operadoras, implican un método agresivo dirigido a los usuarios para contratar sus servicios. Esto se traduce en la realidad mediante el uso del telemarketing, con la persistencia de las llamadas telefónicas a los usuarios con la finalidad de dar a conocer ofertas y/o promociones de sus servicios aparentemente ventajosos, pero que una vez, finalizada la comunicación telefónica resultan desventajosos debido a la falta de la veracidad en la información en el momento de la contratación.



Nótese entonces que aquí no sólo se formula una oferta persuasiva, sorpresiva e inadvertida al consumidor sino además un atentado en la veracidad de la información proporcionada. Dicha práctica comercial provoca que el consumidor vea reducida su libertad contractual debido a un corto espacio de tiempo sin oportunidad de evaluar precios ni comparar el servicio de diferentes empresas operadoras, pero fundamentalmente, por la presentación de información confusa, incompleta y fraudulenta que acrecienta aún más la grieta de la asimetría informativa en estos contratos de consumo.

Es necesario enfatizar que el Organismo Regulador de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) ha establecido un procedimiento de reclamo cuando los usuarios se ven afectados por la falta de veracidad en la información. No obstante, el procedimiento concluye en una resolución que faculta a los titulares del servicio a la migración del servicio o la solicitud de baja sin el pago de penalidades. A nuestro saber dicha decisión por parte del TRASU (Tribunal Administrativo de Resolución de Reclamos de Usuarios), no resuelve en absoluto el incumplimiento en la falta de veracidad de la información debido a que dichas facultades supuestamente legitimadas al usuario a través de la resolución del ente regulador estuvieron presentes desde el momento de la contratación vía telefónica. Toda vez que, los contratos telefónicos que versan de servicios de telecomunicaciones permiten que el abonado pueda migrar de servicio o solicitar la baja eximido del pago de penalidades.

Ante estas evidentes muestras que vulneran sistemáticamente los derechos de los consumidores, es que la presente investigación demuestra que la contratación telefónica de los servicios en telecomunicaciones en base a ofertas y/o promociones dirigidas por el telemarketing de las empresas operadoras es un método comercial agresivo debido a la falta de veracidad en la información brindada perjudicando finalmente la libertad contractual de los usuarios.

## **1.2. Antecedentes**

Se han consultado las bases de datos de las distintas bibliotecas de universidades del país verificándose que no existe algún estudio del presente problema que se pretende investigar.

## **2. Justificación e importancia de la investigación**

### **2.1. Justificación de la investigación**

El Estado tiene un deber medular en la promoción, protección y defensa de los derechos de los consumidores, evitando los eventuales métodos de venta agresiva por parte de las empresas. Así, la protección del consumidor en el mercado de telecomunicaciones se encuentra a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), que ha normado una gama de derechos y obligaciones, así como, procedimientos administrativos para la defensa y protección de los derechos de los consumidores.

No obstante a lo anterior, el ente regulador no ha establecido normas específicas en protección a los usuarios de los servicios en telecomunicaciones frente a la contratación a través del telemarketing empleado por las empresas operadoras, de manera persuasiva e inadvertida y proporcionando información confusa, incompleta e incluso fraudulenta, siendo así una venta agresiva que mancilla la libertad contractual de los usuarios.

En consecuencia, la evidencia empírica del perjuicio ocasionado a los derechos de los consumidores por esta renuente práctica comercial nos demuestra la necesidad de una regulación específica que permita la protección y defensa de los usuarios en la contratación telefónica a través de telemarketing de las empresas operadoras.

## **2.2. Importancia de la investigación**

La contratación en los servicios en telecomunicaciones, como son la telefonía fija, telefonía móvil, TV por cable e internet, a través de las ofertas y/o promociones de las empresas operadoras empleando el telemarketing, nos demuestra la necesidad de una regulación específica de protección a los usuarios en telecomunicaciones, debido a la presencia de frecuentes problemas relacionados a la falta de veracidad en la información en las ventas realizadas bajo dicha técnica de mercadeo.

La presente investigación demuestra lo descrito y da una propuesta específica para la protección de la libertad contractual de los usuarios en los contratos de servicios con las empresas operadoras del mercado de telecomunicaciones. Con lo anterior se consigue una protección adecuada para la garantía de la libertad contractual y el cumplimiento de la veracidad de la información en las ofertas y/o promociones en la contratación de servicios en telecomunicaciones a través del telemarketing de las empresas operadoras.

## **3. Establecimiento de la pregunta significativa**

### **3.1. Formulación del problema**

- ✓ ¿La contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico vulnera la libertad contractual constituyendo un método comercial agresivo que no garantiza la veracidad en la información, en Tacna, en el año 2015?

### **3.2. Problemas específicos**

- ✓ ¿La contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico constituye un método comercial agresivo, en Tacna, en el año 2015?

- ✓ ¿La contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico no garantiza la veracidad en la información, en Tacna, en el año 2015?

#### **4. Delimitación de la investigación**

a. Delimitación temática y especificidad

El tema está referido al Derecho de Consumidor. Específicamente se investigará la problemática de la contratación de las ofertas y/o promociones de los servicios de telecomunicaciones por el medio telefónico de las empresas operadoras; que se presentan en los contratos de consumo que son iniciados a través de llamadas telefónicas por asesores de venta de las empresas operadoras dirigidas a los usuarios.

b. Delimitación espacial

El estudio se desarrollará en el Distrito de Tacna.

c. Delimitación temporal

El periodo que se utilizará como parte de la investigación abarcará el año 2015.

d. Delimitación social

Los usuarios de servicios en telecomunicaciones del Distrito de Tacna.

e. Delimitación subjetiva

Los usuarios de servicios en telecomunicaciones del Distrito de Tacna.

#### **5. Objetivos de la investigación**

##### **5.1. Objetivo general**

- ✓ Determinar si la contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico vulnera la libertad contractual, en Tacna, en el año 2015.

## **5.2. Objetivos específicos**

- ✓ Establecer que la contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico constituye un método comercial agresivo, en Tacna, en el año 2015.
  
- ✓ Establecer que la contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico no garantiza la veracidad en la información, en Tacna, en el año 2015.

# **CAPITULO II: MARCO TEORICO**

## **SUBCAPITULO I**

### **LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA**

#### **I. PRIMERA PARTE: LA CONTRATACION EN MASA**

##### **1. Introducción**

Los individuos desde las incipientes formas de organización han establecido mecanismos para regular las relaciones jurídicas patrimoniales. Ello se explica debido a que las necesidades son progresivamente ilimitadas mientras que los recursos no lo son y, por tanto, el intercambio de bienes o servicios en el mercado permiten la conservación de los mismos y la satisfacción de diversas necesidades.

En respuesta a lo anterior, la llegada de la contratación en masa trajo consigo una serie de contratos pre-determinados en los mercados cambiando radicalmente el contenido de las relaciones comerciales. Un fenómeno denominado como la sociedad de consumo estaba sucediendo, caracterizada por nuevas estructuras contractuales expresadas en formularios predispuestos, ventas a domicilio, ventas a distancia, etcétera.

De esa manera, el mercado disminuyó exponencialmente los costos de transacción vinculados a la negociación en el contrato con la finalidad de facilitar la adquisición de bienes o servicios, pues resultaría impensable que en un mercado con una cantidad considerable de proveedores y consumidores, estos últimos se encuentren obligados a negociar cada una de las condiciones de sus transacciones. Esto ha llevado a asegurar que la contratación tradicional ha quedado en desfase a la contratación estandarizada de cara al mercado en la actualidad. Nosotros creemos que es inevitable voltear la mirada a la nueva realidad en los contratos puesto que la dinámica de las relaciones económicas-

sociales demuestra cómo se afirman poderosamente un determinado tipo de técnicas formativas del contrato, que van sobreponiéndose a las formas de contratación clásica.

En las siguientes líneas abordaremos este fenómeno desde sus orígenes y aparición en la sociedad contemporánea para posteriormente exponer algunas de sus principales expresiones tales como las cláusulas generales de contratación, los contratos de adhesión y los contratos a distancia.

## **2. Aparición de la contratación en masa**

Desde el comienzo de las civilizaciones los hombres han comercializado, éstas manifestaciones contractuales se daban en un primer momento en razón satisfacer sus necesidades básicas y obedeciendo a su naturaleza eminentemente social. Es así, que los primeros intercambios en aquel entonces se hicieron entre tribus a través del trueque, término que proviene del verbo “trocar” que significa entregar una cosa a cambio de otra; sin embargo, con el progresivo avance de las relaciones comerciales surgieron algunas dificultades, tales como en la valorización de los bienes, así como, en el traslado de estos últimos, sumado a lo dificultoso que resultaba encontrar a una contraparte que necesitara el bien a intercambiar.<sup>1</sup>

Ante esta problemática, la acuñación de la moneda aparece como una respuesta necesaria a todas aquellas dificultades para facilitar las transacciones comerciales, esto debido a su peculiaridad fraccionable, portable, no percedera y además de contener un respaldo económico. Una referencia histórica de ese proceso lo relata el historiador René Sédillot: “Cuando aparecen las primeras monedas para los pagos internacionales, monedas animales, vegetales, o minerales, se imponen por sí mismas, sin que sea necesario convertirlas en un primer término. La gran moneda internacional que se impuso fue el cauri, esa concha blanco amarilla clara, semejante a la porcelana que se recogen antes y después de las grandes mareas los indígenas de las Islas Maldivas, en el

---

<sup>1</sup> CORNEJO RAMIREZ, Enrique (2013): “Comercio Internacional” en Teoría del Comercio Internacional. Universidad Continental, p. 18

Océano Indico. Desde este centro ha irradiado durante siglos hacia el este hacia Indonesia, Filipinas, Nueva Zelanda; hacia el norte, la India, Indochina y China; hacia el oeste, todo el continente africano hasta Mauritania. El cauri se ha empleado, como joya, atesoramiento y moneda de pago ha sido para muchos pueblos durante siglos – y aún milenios – el instrumento universal de pagos”.<sup>2</sup>

Aunque lo anterior, sin duda favoreció exponencialmente a las relaciones comerciales, no fue hasta la llegada del comercio marítimo donde comenzaron a avizorarse las transacciones a una considerable escala. Esto nos sitúa a aquellos años en que la navegación había mejorado enormemente con la utilización en toda Europa de un invento chino muy antiguo conocido como la brújula. Desde ese entonces, se fue fortaleciendo un cambio cualitativo en el comercio internacional, proceso que ulteriormente se aceleraría con los descubrimientos geográficos y en invento de la máquina de vapor que permitió viajes más rápidos por la vía marítima.

Progresivamente así, el auge del movimiento industrial y económico del mundo moderno se inicia a partir de la segunda mitad del siglo XVIII en Europa donde se da la denominada Primera Revolución Industrial, cuyas manifestaciones venían representadas por el maquinismo, la ampliación de los mercados, el desarrollo de medios de transporte, cambios institucionales así como cambios en la mentalidad de los agentes económicos. Esta serie de fenómenos industriales originaron serias transformaciones en el esquema de producción, comercialización y consumo de los bienes que hasta entonces se venía expresando en una forma limitada y rudimentaria.

En tanto, desde la perspectiva jurídica aquel cambio en las estructuras económicas transformó radicalmente el contenido de las relaciones entre comprador y vendedor. Con la llegada de la producción en masa era evidente que las relaciones de consumo no podían canalizarse a través de relaciones interindividuales por lo que el nuevo esquema económico terminó estableciendo nuevas formas contractuales con el fin de permitir un intercambio de bienes y

---

<sup>2</sup> SEDILLOT, Rene (1975): “Historia de las principales monedas”. Editorial Guadarrama, p. 56



servicios en forma rápida y segura.<sup>3</sup> Dichas construcciones contractuales cambiaron diametralmente la noción clásica del contrato que estuvo presente hasta ese entonces diseñado en base a la igualdad de los contratantes, así como también, en las tratativas previas a la formación del contrato.

Es así que el proceso de industrialización para la satisfacción oportuna de necesidades en el mercado trajo consigo la contratación en masa que terminó con el mito de igualdad de poder en la negociación que concebía la noción clásica del contrato.<sup>4</sup> De tal manera, que los contratos de la moderna economía de masa ahora se encontraban unilateralmente predispuestos, es decir, el texto contractual no surgía de una tratativa entre la empresa y el cliente, sino más bien viene de la elaboración por la misma empresa que presenta al cliente un contrato completamente pre-confeccionado y no modificable.<sup>5</sup>

En vista de dichos acontecimientos, es evidente que en nuestro contexto hemos dejado las épocas de comerciantes propietarios de navíos que navegan en busca de productos nuevos o de tiempos de pequeñas asociaciones comerciales con estructura familiar. Nos encontramos por el contrario, en días en los que se crean grandes empresas que cada vez utilizan nuevas fórmulas contractuales para el comercio de los bienes y servicios, donde el común denominador de las diversas expresiones de la contratación en masa se caracterizan entre sí por la elaboración previa de las condiciones por uno de los contratantes con el fin de reducir los costos de transacción vinculados a la negociación contractual y así facilitar las transacciones en el mercado. Como bien identifica, De la Puente y Lavalle, las ventas de la estandarización se expresan en la agilidad de la negociación, el ahorro de costos, la reducción de precios y el ahorro de tiempo.<sup>6</sup>

De lo contrario, como puntualiza Bullard Gonzáles, en una sociedad de masas, con un mercado generalizado y masivo, si en cada transacción que se da los costos fuesen elevados; los bienes y servicios como el transporte público, los restaurantes, los seguros, los bancos, los supermercados, el teatro, los cines, las

---

<sup>3</sup> REZZÓNICO, Juan Carlos (1987): "Contratos con cláusulas predispuestas". Editorial Astrea, p. 390

<sup>4</sup> VEGA MERE, Yuri (2001): "Contratos de consumo". Editorial Grijley, p. 160

<sup>5</sup> ROPPO, Vincenzo (2009): "El contrato". Editorial Gaceta Jurídica, p. 63

<sup>6</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1991): "El Contrato en General". Fondo Editorial PUCP, Tomo III, p. 119

playas de estacionamiento, los colegios, las universidades, los hoteles, los parques de diversiones, los sistemas de ahorro colectivo, entre otros, no serían viables si no existieran formas de reducir los costos de transacción vinculados a su aprovechamiento.<sup>7</sup>

### **3. La libertad contractual en los contratos en masa**

Históricamente, por el principio de la autonomía privada que se fundó en los filósofos de la Escuela Moderna del Derecho Natural, quienes señalaban que en la razón humana se encuentra el origen del derecho y que el principio del voluntarismo o consensualismo explicaban las instituciones jurídicas. Encontramos que, Domat y Pothier, precursores de la codificación francesa, debido a su marcada adhesión a la voluntad humana como motor del obrar humano, proveyeron de argumentos para explicar la fuerza obligatoria de los contratos a través del señorío de la voluntad.<sup>8</sup> Una evidencia de lo anterior lo encontramos en palabras de Duguit, quien expone que la autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad en general, es la libertad jurídica y es, en suma el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito.<sup>9</sup>

Así pues, dicha autonomía de la voluntad que explicaban los franceses sostiene que la libertad de los individuos se encuentra garantizada en el poder de creación de situaciones jurídicas como en los contratos. En otras palabras, la libertad contractual estaba concebida como la capacidad libre de autodeterminación, mediante el cual las relaciones jurídicas son creadas o modificadas por la sola decisión del individuo.

Ahora bien, en la teoría contractual clásica, la manifestación de esa libertad se proyecta en dos dimensiones. Esto es, de acuerdo a Roppo, a través de la libertad contractual o de configuración interna (posibilidad de fijar los términos y

---

<sup>7</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo (1993): “¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor” en *El Derecho Civil Peruano Perspectivas y problemas actuales*. Fondo Editorial PUCP, p. 21

<sup>8</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOZ MOZOS, José Luis; SOTO, Carlos Alberto (2001): “Contratación Contemporánea. Contratos modernos. Derecho del Consumidor”. Palestra Editores y Editorial Themis S.A., p. 527

<sup>9</sup> DUGUIT, Leon (1975): “Las transformaciones del Derecho Público y Privado”. Editorial Heliasta S.R.L., p. 193

condiciones de un contrato), y la libertad de contratar o de conclusión (posibilidad de decidir si se contrata o no y con quién).<sup>10</sup> De esa manera, el principio de la libertad contractual permite por un lado decidir con quién celebrar un contrato, así como, dejarlo sin efecto, y por otro, determinar el contenido del mismo, sea en condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás tratativas. No obstante, no sería mucho tiempo hasta que la llegada de la contratación en masa cambiaría diametralmente la mirada a dicho principio debido a las nuevas modalidades contractuales que surgieron en el mercado. La contraposición se daba en vista que el derecho contractual tradicional, las relaciones jurídicas nacen de un consentimiento libre y autónomo y donde existe la colaboración entre ellos para el diseño del contrato; en tanto, en las nuevas relaciones jurídicas masificadas, no existe la participación de uno de los intervinientes en la elaboración del esquema del contrato, no pudiendo negociar su contenido y encontrándose por sobretodo su libertad contractual limitada.

Una muestra de lo anterior, se dio en buena cuenta con la aparición de las cláusulas generales de contratación, las cuales generaron diversas críticas<sup>11</sup>. La crítica se presentaba esencialmente porque las condiciones contractuales concernientes a precios, tarifas, retribuciones y cláusulas que inciden sobre los aspectos económicos, como aquellas relativas a limitaciones o exclusiones de la responsabilidad, vencimientos, rescisiones, entre otras, son delimitadas únicamente por el vendedor; sin embargo, tales disquisiciones en torno a la validez de las cláusulas generales en los contratos es una polémica superada.

Aunque latente era dicha polémica, el creciente avance de las relaciones comerciales exigía que una de las vallas que había que saltar era el concepto de contrato, que era entendido como un acuerdo igualitario, libre consensuado, determinado en sus alcances por las partes que lo concluían.<sup>12</sup> Esto en el entendimiento que la dinámica del Derecho Contractual debe estar acorde, guardar si es posible, una relación de correspondencia con el tráfico económico, con la rapidez que exigen las transacciones económicas que se presentan bajo el

---

<sup>10</sup> ROPPO, Vincenzo (2009): Ob. Cit., pp. 65 y 66

<sup>11</sup> Raymond Saleilles, nos relata que para muchos hombres de Derecho, especialmente los más sensibles, pero también apegados a las nociones tradicionales, la contratación estandarizada suponía un grave atentado al dogma de la autonomía de la voluntad. Véase: VEGA MERE, Yuri (2001): Ob. Cit., p. 33

<sup>12</sup> VEGA MERE, Yuri (2001): Ob. Cit., p. 31

contexto del mercado.<sup>13</sup> En esa línea de pensamiento, con acierto Ferri dice que “la economía moderna, caracterizada por la producción estandarizada y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo de ellos, ha favorecido la difusión de un tipo particular de negociación orientada a permitir la rapidez de la circulación de los productos a través de la predisposición de los esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del *iter* formativo del contrato”.<sup>14</sup>

El entendimiento de lo anterior en el mercado se vio impulsado por la confianza que dio a los consumidores de una visión del contrato estandarizado como medio eficaz para la satisfacción oportuna de las necesidades pese a la inexistencia de la negociación. De esa manera, no resulta extraño que la libertad contractual haya sido recortada en la contratación masiva como respuesta necesaria a las exigencias de los consumidores en las transacciones del mercado. De haber sido de otra manera, en virtud de la autonomía de la voluntad se hubiese defendido que cada una de las cláusulas de los innumerables contratos en el mercado sean negociadas por los contratantes, ocasionando que los costos vinculados a dicha negociación hagan prohibitivos la adquisición de bienes y servicios, perjudicando finalmente a los consumidores.

Es por eso que, aunque todavía existen cuestionamientos para algunos dogmáticos respecto a la validez de la contratación masiva por la ausencia de la libertad contractual, lo cierto es que la razón de ser de un contrato es constituirse como el instrumento más eficaz para lograr finalidades económicas determinadas. En ese orden de ideas, es preciso recordar que el contrato, cualquiera sea su denominación o concepción, aparece como el andamiaje jurídico de una operación esencialmente económica. Siguiendo a Bullard Gonzáles, es el sinónimo legal del concepto económico de transacción; en ese sentido, tanto la contratación paritaria como la masiva persiguen el mismo fin: intercambiar bienes y servicios. En consecuencia, desde un punto de vista económico, persiguen lo mismo.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo (1984): “El contrato por adhesión a cláusulas generales”. Editorial Universidad, p. 219

<sup>14</sup>FERRI, Luigi (2004): “Lecciones sobre el contrato: Curso de derecho civil”. Editorial Grijley , p. 201

<sup>15</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo (2006): “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Palestra Editores, Segunda Edición, p. 267

#### 4. Las cláusulas generales de contratación

En el terreno de las relaciones contractuales, uno de los hijos predilectos de la masificación fue, y sigue siendo, la estandarización de las cláusulas generales de contratación por parte de las empresas.<sup>16</sup> En ese sentido, las cláusulas generales de contratación vienen a ser condiciones que se encuentran predisuestas de forma abstracta por una de las partes en la contratación. Dicha abstracción no significa que se redacten simplemente como un proyecto, como algo que no va a tener realización concreta, sino que la única razón de ser es formar efectivamente parte de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.<sup>17</sup>

Ahora bien, la importancia de dichas cláusulas generales de contratación para el mercado es, sin duda, significativo. De la Puente y Lavalle así señala entre sus principales bondades: (i) constituyen una racionalización de la actividad contractual masificada; (ii) reducen los costos de celebración y regulación de los contratos celebrados por la empresa; (iii) facilitan la división del trabajo; (iv) agiliza la coordinación del trabajo; y, (v) se calcula anticipadamente los costos de transacción.<sup>18</sup>

En ese orden de ideas, tal finalidad por la cual las cláusulas generales de contratación cumplen eficazmente su rol de permitir la celeridad del comercio masivo de bienes y servicios se dará siempre que contengan determinadas características. Así pues, indica a continuación: (i) la predisposición, referida a la elaboración previa y unilateral de las cláusulas por una de las partes contratantes, llamado el predisponente; (ii) la generalidad, exige que tales cláusulas sean uniformes y abstractas para una cantidad indefinida de contratos; (iii) la inmutabilidad, consiste en que dichas cláusulas no pueden ser objeto de modificación alguna por la otra parte, asegurando un trato igual en toda la masa de consumidores.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> VEGA MERE, Yuri (2001): Ob. Cit, p. 44

<sup>17</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; CARDENAS QUIROS, Carlos; GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2000): "Contrato y Mercado". Editorial Gaceta Jurídica S.A., p. 43

<sup>18</sup> *Ibidem.*, p. 47

<sup>19</sup> *Ibidem.*, p. 49

Por tales razones, las cláusulas generales de contratación conllevan a la idea que son un fenómeno propio de la industrialización y, a su vez, de la exigencia de mayores necesidades de los consumidores. Queda respaldado que el propósito de las diversas legislaciones ha sido y es receptar, un fenómeno propio de la sociedad capitalista del cual no se puede eludir. Nuestro código civil<sup>20</sup> no ha sido ajeno a la regulación de dichas cláusulas, en tanto ha sido regulado diferenciando las cláusulas generales de contratación en razón de su aprobación administrativa que a continuación veremos.

#### **4.1. CGC aprobadas administrativamente**

Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa son aquellas que mediante un procedimiento son sometidas a revisión por la autoridad administrativa competente para que sean depuradas a fin de merecer la aprobación administrativa y puedan ser incorporadas automáticamente en todas las ofertas que se formulen para contratar.

De acuerdo a De la Puente y Lavalle, esta forma de regulación recogida en el artículo 1393°<sup>21</sup> del código civil, garantiza la idoneidad de dichas cláusulas para contratar. Esa idoneidad nos dice que se manifiesta en dos aspectos. Primero, en la aptitud para regular un tráfico de masas con clientes anónimos cuyas necesidades, consideradas como las necesidades de una generalidad de terceros, deben ser satisfechas adecuadamente; y, segundo, en la equidad, en el sentido de que se encuentren debidamente protegidos los derechos de ambas partes, especialmente de los consumidores.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> El código civil se ocupa de regular las cláusulas generales de contratación en sus artículos 1392° a 1401°. Al respecto el artículo 1392° define a las cláusulas generales de contratación como “aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

<sup>21</sup> De acuerdo al artículo 1393° del Código Civil se define de la siguiente manera: “Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395”.

<sup>22</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; CARDENAS QUIROS, Carlos; GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2000): Ob. Cit., p. 55

Además, cabe mencionar que el artículo 1395<sup>o</sup><sup>23</sup> recoge una facultad atribuida a los contratantes ante la presencia de cláusulas que han sido aprobadas administrativamente, en tanto establece que las partes contratantes pueden convenir que determinadas cláusulas no se incorporen a la oferta en el contrato particular.

En ese sentido, se permite a la parte contratante que diseña las cláusulas la facultad de incorporarlas en todos los contratos con arreglo a ellas reduciendo así los costos de transacción que involucraría negociar cada una de tales cláusulas con la otra parte contratante.

#### **4.2. CGC no aprobadas administrativamente**

Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se encuentran recogidas en el artículo 1397<sup>o</sup><sup>24</sup> del código civil, a diferencia de lo anterior, se incorporan a la oferta de un contrato siempre que cumplan determinadas condiciones. Éstas son que hayan sido conocidas por la contraparte o hayan podido conocerse usando una diligencia ordinaria. Además respecto al segundo supuesto existe la presunción que se han conocido cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

En cuanto a lo anterior, De la Puente y Lavalle explica que nos encontramos en contratos diferentes en cada supuesto. Así pues, afirma que en el caso de las cláusulas que son conocidas por la contraparte, se trata de simples contratos ordinarios en los cuales tanto el oferente de la oferta como el destinatario de la misma conocen todos los términos de ésta, por lo cual su aceptación da lugar a la celebración de un contrato con contenido conocido; mientras que, en el caso de las cláusulas que han podido conocerse con la diligencia ordinaria, se refieren a contratos de

---

<sup>23</sup> De acuerdo al artículo 1393<sup>o</sup> del Código Civil: “Las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebran”.

<sup>24</sup> De acuerdo al artículo 1397<sup>o</sup> del Código Civil se define de la siguiente manera: “Las cláusulas generales de contratación no aprobadas automáticamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria”.

consumo en donde la oportunidad de conocer las cláusulas por haberlas tenido a la vista o haber tenido acceso a ellas, determinará la diligencia ordinaria.

Ahora bien, acerca de la diligencia ordinaria de los contratantes en los contratos de consumo existen diversas disquisiciones teóricas para su conceptualización. No obstante, creemos que fundamentalmente la responsabilidad para el conocimiento de estas cláusulas es compartida, tanto el proveedor de informar como del consumidor de informarse. En ese sentido, consideramos que el citado acierta diciendo que el artículo 1397° impone a las partes deberes recíprocos, que tienen carácter precontractual: el predisponente tiene la obligación de que sus cláusulas generales sean conocibles, o sea una carga de cognoscibilidad; la contraparte debe tratar de informarse de ellas, o sea tiene una carga de diligencia.<sup>25</sup>

## **5. El contrato de adhesión**

La contratación estandarizada se proyecta a través de las cláusulas generales de contratación que son incorporados en contratos, comúnmente denominados contratos de adhesión. Esto es, que las cláusulas de su contenido son predisuestas por una de las partes contratantes y la otra parte no puede modificarlas, sino sólo aceptarlas o rechazarlas. Como bien dice Duguit, se caracterizan porque no tenemos aquí dos voluntades en presencia una de otra, que entran en contacto y se ponen de acuerdo. Las dos voluntades no se conocen y no pactan por un acuerdo las condiciones del pretendido contrato.<sup>26</sup>

Tal particularidad, en líneas de Roppo, define que el perfil de la adhesión deriva fundamentalmente de la desigualdad de poder contractual de las partes: el contratante más fuerte “dicta ley” al contratante más débil. Este es un dato fisiológico del contrato.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; CARDENAS QUIROS, Carlos; GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2000): Ob. Cit., p. 59

<sup>26</sup> DUGUIT, Leon (1975): Ob. Cit., p. 225

<sup>27</sup> ROPPO, Vincenzo (2009): Ob. Cit., p. 63



Aunque lo anterior resulta evidente, se expone que en esta forma de contratos sí encontramos una breve sección negociada, en vista que en un esquema de contratos por adhesión, no se puede ordinariamente comprender todos los elementos de cada contrato. De la Puente y Lavalle, en ese sentido, describe que algunos ejemplos serían que un banco dejará al cliente la libertad de la suma a depositar; una empresa ferroviaria dejará al viajero la elección del tren, de la clase o del lugar del destino; una fábrica de automóviles dejará al comprador la elección del tipo de máquina que desea, aun cuando todas las otras condiciones contractuales sean fijadas precedentemente. Siendo así, en los contratos por adhesión deberá distinguirse una parte general del contenido contractual – predispuesta- relativa a las condiciones generales comunes a todos los contratos similares, y una parte especial –que se acordará vez por vez- relativa a las condiciones particulares del caso singular.<sup>28</sup>

Vistas así las cosas, en los contratos de adhesión, la libertad de configuración; es decir, la negociación, en absoluto no se encuentra presente. No existe de ninguna manera una negociación de condiciones contractuales pues en ninguno de los casos expuestos se realiza un negocio respecto de las condiciones generales aplicada a los contratos de adhesión como para diferenciarlo en un solo contrato en particular. Toda vez, que sólo existe la expresión unilateral de la voluntad de uno de los contratantes en aceptar o rechazar las condiciones diseñadas.

En ese mismo sentido, en nuestra legislación civil, la figura del contrato de adhesión bien ha sido regulada como el apego de uno de los contratantes a las condiciones exigidas por el otro sin la posibilidad de modificarlas para la celebración del contrato. Así, encontramos en el artículo 1390° del Código Civil se define de la siguiente manera: *“El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”*.

---

<sup>28</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; CARDENAS QUIROS, Carlos; GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2000):.Ob. Cit., p. 106

Además, el Código de Protección y Defensa del Consumidor a través del artículo 48º, exige el cumplimiento de determinados requisitos a los contratos de consumo celebrados por adhesión, tales como: *“a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual. b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción. c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”*.

## **6. Los contratos a distancia**

La contratación a distancia en la actualidad es, sin duda, el mecanismo contractual más utilizado en el mercado. Estos contratos a distancia, también comúnmente llamados entre ausentes, se caracterizan porque son celebrados entre el consumidor y el proveedor no presentes en un mismo lugar y utilizando diversos mecanismos electrónicos.

Ahora bien, una inicial cuestión que debemos de aclarar es respecto al momento que se entiende perfeccionado el contrato a distancia. De acuerdo a De Pablo Contreras, son cuatro teorías que se edifican sobre el momento de perfección del contrato: (i) criterio de la emisión o declaración: cuando el ofrecido emite su declaración de voluntad aceptando la oferta; (ii) criterio de la expedición: cuando el ofrecido se desprende de su declaración, dirigiéndola al oferente; (iii) criterio de la recepción: cuando el oferente recibe la aceptación del ofrecido; (iv) criterio del conocimiento: cuando el oferente conoce la aceptación del ofrecido.<sup>29</sup>

Entonces, ¿cuál es el criterio reconocido por nuestra legislación civil? La respuesta encuentra su respaldo en el criterio del conocimiento, por lo que el contrato se concluye en el momento en que el oferente conoce la aceptación. Así de acuerdo al artículo 1373º del Código Civil se señala: *“El contrato queda*

---

<sup>29</sup> DE PABLO CONTRERAS, Pedro (2008): “Curso de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones”. Editorial Colex, p. 399 y 400

*perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente*". En ese sentido, como bien dice Blossiers Hüme, el contrato a distancia solo existe cuando ambas partes están informadas de que hay acuerdo entre ellas. Esto es que, conocida la aceptación, el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar que el oferente toma conocimiento de la aceptación.<sup>30</sup>

Habiendo realizado dicha precisión, es importante resaltar que el papel que cumplen estos contratos es transcendental en el mercado. Así pues, si hay algo de lo que no hay dudas en esta fórmula contractual, es que ha aportado considerables ventajas de cara a la contratación clásica. Siguiendo a Bernal Fandiño, destacan entre las principales a la reducción de tiempo que implica el desplazamiento hasta el establecimiento comercial, evitando así a los consumidores las filas de espera en las cajas, asimismo, se evita la dificultad de encontrar parqueo, también no interesa si hay mal tiempo, y entre otras comodidades que implica adquirir productos sin salir de casa.<sup>31</sup>

Queda claro entonces, que la contratación a distancia tiene como una de sus principales aportes a la reducción de los costos de transacción para que los consumidores puedan satisfacer sus necesidades de manera oportuna ahorrando tiempo, dinero y esfuerzo; sin embargo, así como pueden existir destacables bondades, también pueden encontrarse serias dificultades que desencadenen desleales prácticas comerciales. Esto es expuesto por Vega Mere, quien explica que algunas modalidades de los contratos a distancia, bajo ciertas condiciones, pueden llegar a convertirse en verdaderas prácticas coercitivas, aun cuando no sean, *per se*, ni ilegítimas ni ilícitas. Siendo así, el citado autor describe a las siguientes: (i) la venta fuera del establecimiento comercial; (ii) la remisión inconsulta de productos al consumidor. En cuanto al punto (i), se encuentra el caso de la "venta por correspondencia", donde el bien es presentado en la publicidad y el producto no ha sido visto físicamente por el consumidor; y por otro lado, también está el caso de las "ventas puerta por puerta", donde la iniciativa de compra no parte del potencial cliente, que además no ha concurrido a ningún

---

<sup>30</sup> BLOSSIERS HÜME, Juan José (2003): "Derecho Informático: Contratación Civil & Comercial". Editorial Portocarrero, p. 103

<sup>31</sup> BERNAL FANDIÑO, Mariana (2012): "Ventas a distancia y su tratamiento en el nuevo estatuto del consumidor". Revista Vniversitas N° 124 de la Pontificia Universidad Javeriana, p. 47 y 48.

centro de comercialización en el que se ofrezca productos como el que es llevado a su domicilio, motivo por el cual no ha hecho comparación de precios o calidades. En tanto el punto (ii), se entiende a la remisión inesperada como el mecanismo por el cual el comerciante pretende generar un cargo automático en un sistema de débito o bien dar al silencio el carácter de aceptación de dicho cargo.<sup>32</sup>

Como vemos, en un principio existen marcadas ventajas que ofrecen los contratos a distancia para la satisfacción oportuna de las necesidades de los consumidores, no obstante, resulta evidente que ésta fórmula contractual sin una adecuada regulación acerca de la publicidad comercial, así como, de las ofertas y/o promociones, y fundamentalmente respecto a la veracidad de la información del producto o servicio, pueden convertirse en prácticas comerciales agresivas que mancillen sistemáticamente los derechos de los consumidores.

## **II. SEGUNDA PARTE: EL CONTRATOS DE CONSUMO**

### **1. Introducción**

La invención de nuevas estructuras contractuales por la llegada de la contratación en masa en el mercado dio origen a los contratos de consumo. Esta nueva relación que se apartaba de las relaciones interpersonales del comprador y vendedor se convirtieron en relaciones comerciales entre proveedor y consumidor. Un cambio que aunque puede parecer denominacional, es fundamentalmente jurídico, pues se encuentra determinado por diversos derechos y obligaciones que progresivamente ha ido diseñando el Derecho.

Así pues, en un primer momento la aparición de los contratos de consumo como fenómeno natural de la industrialización tuvo una precaria regulación por lo que se recurría a la legislación civil ante eventuales problemas entre los contratantes. Evidentemente, debido a las particularidades de los contratos de consumo que distan de los contratos civiles se ocasiono que la regulación en base a dicha legislación civil no encontraba un respaldo jurídicamente coherente.

---

<sup>32</sup> VEGA MERE, Yuri (2001): Ob. Cit., pp. 109 y ss.

Ante ello surge la necesidad de una regulación especializada para esta fórmula contractual que permita delimitar en estricto un contrato de consumo y la precisión de las condiciones que caracterizan a los partícipes de la relación de consumo a fin de establecer sus derechos y obligaciones. Una tarea que no ha sido nada fácil debido al efecto que la delimitación jurídica da en el mercado y principalmente en la economía.

A fin de alcanzar un entendimiento de lo anterior, nos ocuparemos del contrato de consumo desde la formación de estructura por la oferta y la aceptación, la delimitación de los participantes en la relación contractual y finalmente de algunas fallas vinculadas a su utilización en el mercado.

## **2. La relación de consumo y el contrato de consumo**

Antes de entrar en la delimitación del contrato de consumo, es de suma importancia referirnos a la relación de consumo pues esta constituye la esencia en la actuación de los agentes económicos en el mercado. Así pues, la relación de consumo se encuentra regulada por la concurrencia de tres componentes que están íntimamente ligados: (i) el consumidor; (ii) el proveedor; y, (iii) el producto o servicio susceptible de transacción comercial.<sup>33</sup> Como vemos, además de los agentes económicos, la nota característica que lo representa es que el bien o servicio sólo sea susceptible de transacción, es decir, no necesariamente nos encontraremos ante una relación de consumo en la contratación.

Lo anterior, de acuerdo a Durand Carrión encuentra su sustento en que “si revisamos la doctrina, en ésta se habla de RELACIÓN DE CONSUMO no de CONTRATO DE CONSUMO, porque lo que se tutela no es la relación específica de una persona en particular sino a todo aquel que se encuentra en una relación de mercado es decir de expectativa comercial entre quien provee bienes o servicios y quien está en condiciones de recibirlos”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar (2007): “Tratado del derecho del consumidor en el Perú”. Universidad San Martín de Porres Fondo Editorial, Primera Edición, p. 224

<sup>34</sup> *Ibíd.*, 225

Desde la perspectiva jurídica, lo referido por el citado autor encuentra cabida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, que dispone en el numeral 5 artículo IV: *“Relación de consumo.- Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III”*. De ahí, que nos trasladamos a revisar el numeral 1 del Artículo III: *“El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta”*.

Así pues, dicha regulación tuitiva del consumidor, en líneas de Vega Mere, se sostiene en que las normas de protección no actúan sólo a partir del acto de consumo sino, por el contrario, los derechos que se tutelan y los deberes que se exigen a los proveedores en el mercado capturan al consumidor y a sus expectativas desde un momento previo a la adquisición.<sup>35</sup> De tal manera, el texto normativo vigente, persigue proteger a los consumidores incluso cuando no han celebrado un contrato con el proveedor, esto en el sentido que, que algunas prácticas de mercadeo de los proveedores pueden afectar significativamente al consumidor potencial en una etapa pre-contractual del contrato de consumo.

Una vez realizadas dichas precisiones, veamos en estricto la configuración del contrato de consumo. En líneas de Baca Oneto: *“El contrato de consumo se vincula con los contratos en masa, caracterizados porque se trata de contratos masivos o estándares y porque su contenido viene predispuesto por el proveedor, reduciéndose del todo o casi del todo la capacidad de negociación, como una forma de reducir costos de transacción”*.<sup>36</sup> De ello, se desprende que sin lugar a dudas, el contrato de consumo se edifica apartándose de las tradicionales concepciones del contrato en el mercado que se daban con anterioridad entre el vendedor y el comprador. Con acierto pues, Diez Picazo señala, que desde el momento que se elaboran los estatutos de los consumidores, comienzan a coexistir dos regulaciones sobre derechos de contratos: un derecho de contratos en general o derecho de contratos común

---

<sup>35</sup> VEGA MERE, Yuri (2001): Ob. Cit., p. 91

<sup>36</sup>BACA ONETO, Víctor Sebastián (2013): “Protección al Consumidor. Colección por el Vigésimo Aniversario del INDECOPI”. Q&P Impresores SRL, p. 42

regido por esquemas tradicionales y el derecho de los contratos de los destinatarios finales.<sup>37</sup>

De entrada a la delimitación jurídica del contrato de consumo, El Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tal sentido, define en el artículo 45º al contrato de consumo, de la siguiente manera: *“El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica”*.

Asimismo, el artículo 47º del citado cuerpo normativo, establece la protección mínima que deben contener, las cuales son: (i) la constancia inequívoca de la voluntad del consumidor siendo responsabilidad del proveedor establecer restricciones o condiciones especiales del producto o servicio; (ii) la prohibición de inclusión de cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el consumidor en los contratos; (iii) el reconocimiento del derecho de emplear para resolver el contrato los mismos medios empleados al celebrarlo sin exigir formalidades adicionales; (iv) el respeto al tamaño mínimo de 3 milímetros para los caracteres de los términos contractuales garantizando así su legibilidad; y, (v) la obligación del proveedor de entregar una copia de los contratos al consumidor, incluidas las cláusulas generales de contratación.

En suma, el contrato de consumo se constituye como una modalidad contractual que deriva de la contratación en masa, a través de la cual se ha regulado como el vehículo de las transacciones en el mercado, entre los consumidores y proveedores. Es así que, las particularidades que se desprenden de dicha forma de contratar la distinguen de la contratación clásica y la evocan como expresión de la disciplina jurídica del derecho de consumidor, incorporado regulaciones especiales en virtud de la defensa y protección de los consumidores.

---

<sup>37</sup>DIEZ-PICAZO, Luis (1991): “Masificación y Contrato” en Derecho de Daños. Editorial Depalma, p. 16

### 3. Formación de los contratos de consumo: La oferta al consumidor

En general, la formación de los contratos se da en un escenario donde transitan necesariamente la oferta y la aceptación de los contratantes respecto a la transacción de un determinado bien. Así pues, en líneas de Ferri nos dice, “una oferta que parte de un contratante y, sucesivamente, la aceptación de otro, las dos declaraciones forman ahora una única declaración cuya paternidad corresponderá a ambos contratantes”.<sup>38</sup>

En la línea jurídica, lo anterior ha sido recogido en nuestra legislación civil en el artículo 1373<sup>o</sup>, el cual dispone: *“El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”*. Así pues, la oferta resulta ser un elemento vertebral en la celebración de un contrato, pues que permite a una de las partes dirigir a la otra una propuesta atractiva y una vez recibida la aceptación del último, conseguir el perfeccionamiento del contrato.

Ahora bien, veamos que en el mercado nos encontraremos frente a una oferta dirigida a un número indeterminado de personas, generalmente a través de publicidad comercial sea en televisión, radio, paneles, folletería, e incluso por medio de llamadas telefónicas desde *call-center*. Todo esto en razón que las empresas realizan seductoras ofertas y/o promociones con el propósito de conseguir la demanda de los consumidores, para finalmente vender sus productos o brindar sus servicios.

Ante la previsión de tal fenómeno comercial, nuestro código civil; ha regulado dicha modalidad de oferta a través del artículo 1388<sup>o</sup>, que señala: *“La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal”*.

De lo anterior, si bien la legislación civil ha intentado regular la oferta en un mercado contemporáneo, en su intento ha fracasado por su vaga precisión. El

---

<sup>38</sup>FERRI, Luigi (2004): Ob. Cit., p. 88



legislador de aquel entonces ha legislado pensando en la contratación clásica y no en los contratos modernos del mercado que contienen particularidades distintas que los separa de los contratos comunes y, es por tanto, que resulta cuestionable aplicar esta regulación a los contratos de consumo. La razón es simple, el peligro de esa fórmula legal, exime la obligatoriedad de la oferta a los oferentes pues finalmente la inversión los hace destinatarios de su misma oferta, permitiendo cambiar las condiciones de la oferta. Estas razones, nos lleva a coincidir con Alpa, quien afirma que “el régimen por el cual se inclinó el codificador de 1984 al regular la oferta al público fue formulado para la contratación común, tradicional, no tuvo en cuenta al consumidor”<sup>39</sup>.

De allí que surge la necesidad encontrar en la legislación especializada un mejor respaldo. El Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 46º, se encarga claramente de esto indicando: *“La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”*. De esta manera, la oferta obligará a los proveedores frente a los consumidores, incluso cuando no figuren las condiciones expuestas de manera explícita en el contrato. Como vemos, este enfoque de la oferta es más coherente con el mercado, pues si la empresa a través de publicidad comercial intenta sorprender a los consumidores, se verá obligada a respetar su propuesta. Tal como indica Carbonell O'brien, “Para que de esta manera, dicha oferta, promoción y publicidad realizada por el proveedor en la contratación sea efectiva y sin pretexto alguno. Y así, evitar la publicidad, oferta o promoción engañosa, la cual infringe el principio de veracidad. (...) El proveedor tiene la obligación de cumplir con los beneficios mencionados en el momento de darle la información al

---

<sup>39</sup> ALPA, Guido (2001): “Derecho del Consumidor”. Editorial Gaceta Jurídica, Primera edición, Cit., p. 149

consumidor acerca del producto por lo cual, así este no lo haya estipulado en el contrato lo tiene que cumplir”.<sup>40</sup>

Resulta pues que lo expuesto, demuestra que tanto la legislación como la doctrina coinciden en que la oferta en los contratos de consumo debe recibir un tratamiento diferente a los contratos comunes. Sea así el escenario de una empresa que dirige la oferta a un número indeterminado de consumidores o a un consumidor en específico, a través de publicidad comercial, o en todo caso, a través de agentes de venta, la oferta se considerara de un valor firme e irrevocable.

#### **4. Sujetos de la relación de consumo**

##### **4.1. Delimitación Jurídica del Consumidor**

De manera preliminar a conocer la definición jurídica actual del consumidor que sigue nuestro ordenamiento jurídico, es necesario precisar brevemente las teorías que se construyen para definir el status jurídico del mismo, para posteriormente delimitar aquella por la cual nuestro sistema jurídico se ha orientado.

De acuerdo a Calle Casusol, existen dos teóricas claramente diferenciadas, por una parte se encuentra la teoría objetiva y, por otro lado, la teoría subjetiva. En la teoría objetiva, el consumidor es el destinatario de los bienes y servicios que son producidos para su destrucción inmediata o continuada a través de su utilización; por otro lado, la teoría subjetiva, presta su atención a la persona del consumidor y a la función que este último ejecuta dentro del ciclo de producción- distribución- consumo, que al acto propiamente dicho; de esa manera, se exigen al menos dos condiciones para el calificativo de consumidor: (i) que adquiera o consuma el bien o servicio; (ii) que el bien no se incorpore a un proceso productivo o

---

<sup>40</sup> CARBONELL O'BRIEN, Esteban (2010): “Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Jurista Editores, p. 178 - 179

que reingrese al mercado vía intercambios.<sup>41</sup> Así pues, la primera teoría expuesta centra su mirada en el acto de consumo indistintamente al sujeto consumidor; en tanto, la segunda teoría por el contrario, cambia la mirada hacia las condiciones que debe reunir el sujeto para ser considerado consumidor, fundamentalmente en que este último una vez adquirido el bien, no lo utilice en un nuevo proceso productivo sino únicamente para su propia satisfacción.

Ahora bien, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico actual ¿cuál es la teoría que ha adoptado el legislador? De una revisión del Código de Protección y Defensa del Consumidor, no hay duda que la postura que se ha seguido es la teoría subjetiva, es decir, aquella que considera sólo a los consumidores que agotan el bien para sus propios fines, que dicho sea de paso, ha recibido diversos matices a través de la jurisprudencia del INDECOPI. Aunque nuestra intención no es desarrollar exhaustivamente esa progresiva evolución que tuvo el consumidor en la legislación y en la jurisprudencia administrativa, sino más bien precisar quién es el consumidor en la actual legislación, consideramos destacar la decisión más importante sobre la cual se ha ido construyendo la idea del consumidor final que actualmente se encuentra regulada en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Así, nos encontramos con el primer precedente de observancia obligatoria en cuanto a este tema en el caso Cheenyi E.I.R.L. v. Kónica S.A.<sup>42</sup>, donde el Tribunal decidió:

*“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*

---

<sup>41</sup> CALLE CASUSOL, Jean Paul (2002): “Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa”. ARA Editores, Primera Edición, p. 93, 94

<sup>42</sup> Resolución N° 101-96/TDC-INDECOPI, de 18 de diciembre de 1996. El caso versa de la adquisición de un laboratorio fotográfico y una impresora de papel por parte de Cheenyi a Kónica, a fin de brindar el servicio de revelado de fotografías. Dicho maquina se averió, lo que motivó la denuncia a Kónica por infracción a las normas de protección al consumidor. Siendo así, el Tribunal consideró que la maquina había sido adquirida para brindar un servicio de revelado, esto es, la adquisición tuvo como finalidad los fines propios de la actividad del proveedor. Habiéndose incorporado al proceso económico, entonces la denunciante no podía ser considerada consumidor, por no ser destinatario final.

*natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un 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 cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 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 consideradas consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes”.*

Como vemos, en dichas líneas se gestó la idea del consumidor final - aún en vigencia del Decreto Legislativo N° 716-; esto es, el consumidor que agota el bien o servicio para su propia satisfacción, vale decir de forma personal, familiar o dentro de su entorno social. Tal como es expuesto por Carbonell O'brien, anteriormente se le consideraba consumidor únicamente al destinatario final, entendido este como la persona natural o jurídica que ocupa el último eslabón de la cadena de producción-consumo, no obstante, luego se decidió mediante jurisprudencia administrativa que el consumidor es la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto, sea un bien o servicio, para fines personales, familiares o de su entorno inmediato, y que los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo.<sup>43</sup>

En buena cuenta el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en ese sentido ha realizado ciertas precisiones. Entre las más vitales consideramos por ejemplo la calidad del consumidor que puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica, siempre que esta última cumpla las siguientes exigencias: (i) sea un microempresario de acuerdo a ley; (ii) los productos o servicios no formen parte del giro propio del negocio; y (iii) exista una situación de asimetría informativa.<sup>44</sup> Por otro lado,

---

<sup>43</sup> CARBONELL O'BRIEN, Esteban (2010: Ob. Cit., p. 42

<sup>44</sup> En ese sentido, la Resolución N° 4093-2012/CPC-INDECOPI, del 13 de noviembre de 2012, indica: “En atención a lo anterior, cuando un microempresario adquiere un producto o servicio y solicita la tutela administrativa otorgada por el Código, la Comisión deberá efectuar un análisis del caso en concreto a fin de establecer si dicho microempresario se encuentra o no dentro del ámbito de protección de la norma. A dichos efectos resultará necesario verificar, los siguientes aspectos: • Si nos encontramos ante un microempresario •

también es importante destacar que el consumidor será aquel que se encuentra directa o indirectamente en una relación de consumo; esto permite ampliar el umbral de protección a los consumidores potenciales, integrados por todas aquellas personas susceptibles de adquirir los productos o servicios puestos en el mercado.<sup>45</sup>

Así pues, en vista de lo descrito el texto actual del Código del Consumidor lo recoge en el Artículo IV del Título Preliminar Numeral 1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley 29571, de la siguiente manera:

*“1. Consumidores o usuarios*

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

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

*1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”.*

#### **4.2. Delimitación Jurídica del Proveedor**

Del otro lado de la relación del consumo nos encontramos con el proveedor, quien con el progresivo avance de las necesidades de los consumidores ha adquirido diversas denominaciones pero que en esencia

---

De encontramos frente a un microempresario, determinar si el producto o servicio está relacionado con el giro propio del negocio • Respecto de los bienes no relacionados con el giro propio de su negocio, se deberá determinar si evidencia una situación de asimetría informativa”.

<sup>45</sup> En ese sentido, la Resolución N° 0641-2013/SPC-INDECOPI, del 14 de marzo del 2013, señala: “En ese mismo sentido, deberá considerarse como parte de la relación de consumo, al consumidor potencial, cuando éste se encuentre en una etapa preliminar o expuesta a una relación de este tipo. Este consumidor, es aquel que, sin haber adquirido, usado o disfrutado el bien objeto de controversia se encuentra en proceso de adquirir o disfrutar dicho bien o está expuesto a la contratación, uso o disfrute de una relación de este tipo”.

su actividad consiste en la venta de un producto o en la prestación de un servicio. Este proceso, de acuerdo a Calle Casusol, debido a que la complejidad de las relaciones comerciales ha generado la imposibilidad de que los propios fabricantes puedan dirigirse directamente al consumidor para colocar sus productos en el mercado como representantes de los fabricantes, tales como los distribuidores, importadores, suministradores y vendedores.<sup>46</sup>

En tal sentido, el Código del Consumidor ha distinguido un abanico amplio de denominaciones para considerar al proveedor como son los distribuidores o comerciantes, los productores o fabricantes, los importadores y los prestadores de servicios. Tanto así que se ha incluido tanto a las personas de derecho público como de derecho privado, lo cual permite que incluso las instituciones del Estado puedan ser eventualmente sancionadas si transgreden los derechos de los ciudadanos, salvo se haya actuado en ejercicio de sus funciones públicas,<sup>47</sup> o cuando haya realizado actividad prestacional de carácter asistencial.<sup>48</sup>

Cabe señalar además, lo comentado por Carbonell O'brien, que la norma agrega en forma enunciativa y no limitativa a los proveedores a distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, prestadores, importadores, entre otros; entonces la norma no es *numerus clausus*, sino *numerus apertus*, de tal forma que son proveedores todas aquellas personas que cumplan con la características de tales y no exclusivamente los que la norma menciona.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> CALLE CASUSOL, Jean Paul (2002): Ob. Cit., p. 110

<sup>47</sup> Resolución N° 1916-2010/SC2-INDECOPI, del 25 de agosto de 2010. El caso versa de una denuncia a INDECOPI debido a no haber dado un certificado luego de una conferencia que organizó la misma entidad. El Tribunal indicó que no se trataba de una actuación como proveedor pues si bien podía ser equivalente a un servicio educativo, en esencia la entidad estatal había actuado en cumplimiento de su función de difusión de sus servicios de los cambios producidos en su normatividad y no bajo una racionalidad de competencia conducente a posicionar un servicio en el mercado y captar la preferencia de los consumidores.

<sup>48</sup> Resolución N° 1818-2006/TDC-INDECOPI, del 15 de noviembre de 2006. El caso versa de una denuncia a ESSALUD por haber prestado un servicio no idóneo en vista de no detectar a tiempo un tumor debido a una errónea interpretación de las mamografías que le hicieron a la denunciante durante los años 2002 a 2004. El Tribunal estableció que en estos casos los servicios no se prestan en el mercado, falta un ánimo lucrativo y se retribuyen mediante recursos públicos aunque pueda haber un pago a cargo del consumidor. Además, el proveedor tiene la obligación de prestarlos, y el usuario que acude a una dependencia estatal no tiene posibilidad de elección.

<sup>49</sup> CARBONELL O'BRIEN, Esteban (2010): Ob. Cit., p. 51

De esa manera, lo descrito queda expuesto en el vigente texto del Código del Consumidor en el Artículo IV del Título Preliminar Numeral 2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley 29571, de la siguiente manera:

*“2. Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:*

*1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.*

*2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.*

*3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.*

*4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores”.*

## **5. El consumidor ordinario y el consumidor razonable**

La necesidad de delimitar el estándar del consumidor que debe ser protegido en las relaciones de consumo ha llevado a diversas disquisiciones teóricas respecto al consumidor razonable y el consumidor ordinario. Tal necesidad se ha dado en buena cuenta debido al impacto que se puede dar en el funcionamiento del mercado, en el sentido que delimita en qué casos el proveedor debe responder por los actos del consumidor en la adquisición del bien o servicio.

Como hemos visto con anterioridad el Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley 29571 considera que corresponde proteger al consumidor final, sin precisar el concepto o las características del mismo. Al respecto surgen entonces dos corrientes, una de ellas que considera que a quien se debe proteger jurídicamente es al consumidor razonable y otra que considera que el protegido debe ser el consumidor medio u ordinario. En líneas simples, si se considera que el consumidor es razonable, se presume que actúa con diligencia al adquirir un producto o servicio, por lo que no podría reclamar ante su negligencia; en tanto, si se considera al consumidor como ordinario, será protegido incluso ante situaciones de aparente descuido.

Ahora cabe preguntarnos, ¿Cuál ha sido el criterio que ha seguido nuestro Código del Consumidor? Veamos que tempranamente la jurisprudencia administrativa siguiendo el modelo Anglosajón importó la figura del consumidor razonable a través del precedente de observancia obligatoria recaído en la Resolución N° 085-1996/TDC-INDECOPI<sup>50</sup>; y posteriormente, dicho criterio se consagró legislativamente con el Decreto Legislativo N° 1045, indicando que *“La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias”*<sup>51</sup>; entendiéndose la diligencia ordinaria como una actuación del consumidor razonable.

Posteriormente, aunque el Proyecto del Código de Consumo pretendía establecer claramente un estándar de consumidor ordinario, el Código de Protección y Defensa del Consumidor no ha introducido formalmente dicho parámetro del consumidor ordinario, pero tampoco se ha pronunciado expresamente a favor del criterio del consumidor razonable, salvo en los casos de bienes o servicios riesgosos en los que se exige la diligencia ordinaria. Aun así, la falta de expresión respecto a la figura del consumidor razonable ha seguido presente en diversas resoluciones de INDECOPI.

---

<sup>50</sup> Resolución N° 085-1996/TDC-INDECOPI, del 30 de noviembre de 1996. El caso versa de una denuncia a Kouros E.I.R.L. por la venta de un zapato de cuero que se rompió en la parte superior luego de sólo dos meses de uso. El Tribunal estableció que la garantía implícita no implica que el proveedor deba responder cuando el producto no ofrece la mejor calidad posible, sino que el bien o servicio sea idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente esperaría un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria.

<sup>51</sup> Véase el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1045 – Decreto Legislativo que aprueba la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor.



No obstante, la adopción de dicho criterio ha sido objeto de diversos cuestionamientos por algunos autores en la doctrina nacional. Esto en el sentido que la materialización del consumidor razonable no se traduce con la realidad de muchos peruanos que no gozan de un nivel educativo ni cultural aceptable, y asumiendo ello, se desprotegería a un importante sector de los ciudadanos que finalmente son quienes más protección debe cautelarles el Estado.

Dentro de esa posición encontramos a Durand Carrión, quien afirma que, el ideal del hombre razonable o diligente, es pues un ser especial que no existe en nuestra realidad, no es el consumidor promedio, sino alguien que está por encima del promedio. Además nos dice que lo paradójico del consumidor diligente es que está relacionado directamente con aquellas personas informadas y la información tiene que ver mucho con el status educativo, que en nuestro país es considerablemente bajo, y son precisamente estas personas las que más necesitan del INDECOPI; son las personas más pobres, los más desinformados, los desplazados, es decir cómo se expresa en política, son los “ciudadanos de a pie” los que más necesitan de la acción y de la defensa de sus derechos como consumidores.<sup>52</sup> En ese mismo orden de ideas, Kresalja Roselló, acota que el modelo neoliberal aplicado a partir de la década de 1990 no ha podido superar las carencias actuales como calidad en la educación pública, mala distribución del ingreso y problemas de vivienda que han segmentado el consumo haciendo que el Estado excluya a millones de compatriotas por no calzar en la condición de consumidor razonable. Toda vez, que se ha hecho una aplicación parcial y limitada del mandato constitucional que obliga al Estado a proteger a los intereses de los consumidores y usuarios.<sup>53</sup>

De manera antagónica a tales ideas, encontramos a Bullard Gonzales, quien es un asiduo defensor de la figura del consumidor razonable. Él nos dice que, la defensa que se hace de usar un consumidor medio u ordinario se basa principalmente en la idea de que el estándar de consumidor razonable no es real, y que por ello, se suele afirmar que el estándar debe ser realista y reflejar lo que el consumidor de carne y hueso es, y no lo que podría ser. Así pues, nos dice

---

<sup>52</sup> DURAND CARRION, Julio (2008) “El Consumidor Razonable o Diligente, el Mito que puede crear un Cisma entre los Peruanos”, en Revista Derecho & Sociedad, Edición N° 31, p. 28, 29

<sup>53</sup> KRESALJA ROSELLO, Baldo (2010): Ob. Cit., p. 183

que se trata de un falso dilema, por dos razones: (i) Es absurdo establecer un estándar en función a lo que las personas son, pues la idea del estándar es mejorar la conducta, no perpetuar las conductas inadecuadas.; (ii) Los consumidores se comportan en el mercado de manera consistente con el presupuesto de razonabilidad y la operación de los mercados solo se explica sobre la base de tal consistencia. En otros términos, más allá de algunos casos aislados, los consumidores no se comportan como idiotas, con lo cual no existirá en el común de los casos diferencias entre el consumidor ordinario y el consumidor razonable.<sup>54</sup> Asimismo, el citado autor enfatiza que: “Hablar de un consumidor razonable no es hablar de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador y frío, capaz de analizar con detalle todas las alternativas como si fuera una calculadora. Por el contrario, es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquiera según las circunstancias”.<sup>55</sup>

Vistas así las cosas, consideramos que aunque puede haber agudas críticas al consumidor razonable basadas en el nivel educativo y social de un gran sector de la población peruana, y de ese modo, justificar la incorporación del consumidor medio, creemos que con acierto no se ha adoptado dicha figura, esto porque la incorporación de un estándar no debe sustentarse en la protección de consumidores porque la mayoría sean descuidados, sino más bien, la guía para incorporar un determinado estándar debe ser el incentivar determinadas conductas. Así pues, el estándar del consumidor razonable calza mejor si queremos un modelo de mercado con consumidores responsables que actúen con diligencia ordinaria; es decir, consumidores que se informan antes de adquirir el bien o servicio, comparan precios con otros proveedores del mercado, evalúan su límite presupuestario y finalmente elijan.

Ahora bien, cabe precisar respecto a la diligencia ordinaria, que ésta dependerá de diversas circunstancias fundamentalmente vinculadas a la información relevante sobre las características y cualidades de los bienes o servicios. Tal

---

<sup>54</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo (2011): “¿Es el consumidor un idiota?: El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario” en Ensayos sobre Protección al Consumidor en el Perú. Universidad del Pacífico, p. 188

<sup>55</sup> Ídem.

como afirma Maguiña Pardo, “la información que el consumidor ordinariamente diligente toma en cuenta para tomar una decisión de consumo, es aquella que se encuentra a su alcance en el mercado; es decir, aquella que se deriva de las diferentes fuentes de información que tiene en el mercado (...) En consecuencia, el consumidor razonable no es aquel que antes de tomar su decisión de consumo busca toda la información existente respecto de todos y cada uno de los productos que se distribuyen en el mercado, ni un consumidor experto en relación con los proceso de producción de los productos que ofrece el proveedor; si no que se trata de un consumidor que antes de tomar una decisión de consumo tiene una diligencia ordinaria, es decir, antes de comprar, se informa respecto del bien que pretende adquirir con los medios que están a su alcance, compara dicha información y finalmente elige el producto que satisface sus necesidades”.<sup>56</sup>

A modo de ejemplificar en el mercado de telecomunicaciones: Un consumidor actúa con diligencia ordinaria al adquirir un servicio de internet, cuando se informa de la velocidad de navegación, del cargo fijo mensual así como de un eventual plazo forzoso en la contratación, así pues, el proveedor deberá brindarle los diversos planes de internet que cuenta la empresa operadora. Por el contrario, no se esperaría que aquel consumidor sea razonable si se le exige que investigue la tecnología de redes que utiliza la empresa operadora para conocer la velocidad de la red, esto de por sí sería un contrasentido a la diligencia ordinaria.

De esa manera, debemos de comprender que la figura del consumidor razonable no es de aquel consumidor minucioso en todas sus elecciones del mercado, sino aquel que analiza la información que tiene a la mano generalmente brindada por el proveedor, pues es quien se encuentra en una mejor posición en cuanto a la información. Esto sin perjuicio del deber del consumidor a solicitar aquella información que resulta importante para la adquisición del bien o servicio. Por tanto, no hay razones para que la figura del consumidor sea asediada pues en buena cuenta consigue incentivar conductas responsables en los consumidores,

---

<sup>56</sup> MAGUIÑA PARDO, Ricardo (2001): “Estándar del consumidor”. Editorial Gaceta Jurídica, pp. 33 y 34

y con consumidores bien informados las empresas serán eficientes y competitivas.

## **6. Fallas del mercado vinculadas a los contratos de consumo**

### **6.1. Los costos de transacción**

El teorema los de costos de transacción <sup>57</sup>, postula que cualquier contratación genera de por sí, costos para su concretización; o como diría Bullard, “contratar cuesta y el hecho que el mercado no es otra cosa que un inmerso conglomerado de transacciones (contractuales), nos lleva a considerar que utilizar el mercado puede ser costoso”<sup>58</sup>. En líneas de Roppo, estos son los costos relativos a la búsqueda de la contraparte, a las tratativas con ella, a la redacción del contrato, a la gestión de la relación contractual. El cálculo de la eficiencia implica no solo el cálculo de los recursos directamente puestos en juego como objeto del contrato, sino también el cálculo de costos de transacción referidos al mismo.<sup>59</sup>

De esa manera, lo anterior nos dice que se trata de todo un conglomerado de costos vinculados más allá del propio precio del producto o servicio. Para esclarecer el panorama, imaginemos que en el mercado de telecomunicaciones un individuo desea un servicio de telefonía fija en su domicilio, así previamente va a utilizar recursos para su objetivo, localizará una empresa operadora que le brinde una cobertura afín a sus necesidades, con una tarifa acorde a su capacidad presupuestaria, luego negociará con el vendedor algunas de las estipulaciones o cláusulas contractuales referida a la forma de pago o al ciclo de facturación, y finalmente es posible que requiera el traslado de un técnico de la empresa para que realice las instalaciones correspondientes a fin de asegurar la calidad del servicio de internet contratado. Como vemos, para la prestación del servicio, es decir, el contrato o, en cualquier otro supuesto de relación

---

<sup>57</sup> La teoría de los Costos de Transacción fue escrita por Ronald H. Coase en su obra “The Problem of Social Cost” publicado originalmente en “The Journal of Law and Economics”, vol. 3, october, 1960.

<sup>58</sup> BULLARD, Alfredo (2006): “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Palestra Editores, 2da Edición, p. 104

<sup>59</sup> ROPPO, Vincenzo (2009): Ob. Cit., p. 90

contractual, se utilizan importantes costos de transacción. Estos son en sí los costos de transacción.

Ahora bien, puede parecer una idea bastante simple pues el hecho de contratar siempre lleva a diferentes gastos para los contratantes; sin embargo, conduce fundamentalmente, a una conclusión que nos permite entender la actuación del Estado en los mercados. Así pues, la explicación de este teorema se sostiene en dos formulaciones, la primera de ellas señala que: “Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente”<sup>60</sup>; en tanto la segunda apunta: “Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente”.<sup>61</sup>

¿Esto que nos quiere decir? Ciertamente que, el Derecho únicamente debe intervenir en las relaciones comerciales cuando evidencia altos costos en las transacciones. Esto, siguiendo a Calle Casusol, es sumamente importante en el ámbito de las relaciones de consumo; así por ejemplo, el número de agentes, la falta de experiencia de mercado, así como la complejidad de los procesos o desconocimiento de las características de un bien o servicio, pueden dificultar la contratación pueden dificultar la contratación y con ello, restringir la posibilidad del mercado de alcanzar la eficiencia; esto permite explicar porqué en este tipo de casos el mercado no resulta por sí mismo suficiente para solucionar estas disfunciones.<sup>62</sup>

Ante tales circunstancias en el mercado, el teorema de Coase explica que el Derecho debe actuar para reducir los costos de transacción eliminando dichas disfuncionalidades en el mercado. En el caso de los contratos de consumo, el mecanismo más interesante de reducción de estos costos es la propia estandarización de las condiciones contractuales.<sup>63</sup> Esta estandarización se traduce en la realidad, a través de cláusulas generales de contratación, condiciones publicitadas en las envolturas de los productos

---

<sup>60</sup> BULLARD, Alfredo (2006): Ob. Cit, p. 108

<sup>61</sup> Ídem.

<sup>62</sup> CALLE CASUSOL, Jean Paul (2002): Ob. Cit., p. 78

<sup>63</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo (1993): Ob. Cit., p. 21

o en páginas de internet, avisos en establecimientos sobre las características de los bienes, entre una diversidad de herramientas análogas que permiten al consumidor conocer de manera más sencilla su pretendida adquisición.

De esa manera, se evita que la existencia de costos de transacción acentúe la posición de desventaja o inferioridad en la que se encuentran los consumidores respecto de los proveedores y, además permite que en tanto estos costos no sean prohibitivos, es decir, cuando no resulte demasiado costoso la adquisición de un bien o servicio, los individuos llevarán a cabo transacciones generalizadas, creando así nuevos mercados.

## **6.2. La asimetría informativa**

La asimetría, es decir aquella desigualdad entre el consumidor y proveedor, es otra falla inherente a los mercados. Con anterioridad se afirmaba que el desequilibrio de dicha relación de consumo se debía eminentemente al poder económico que ostentaba el proveedor frente al consumidor débil. Así por ejemplo, Morote Núñez escribe que la asimetría en el poder económico consiste en la verificación de un status económico superior en las empresas respecto del consumidor comprendiendo la observación de sus patrimonios.<sup>64</sup> No obstante, en nuestros días se entiende que no se sustenta en la asimetría de poder económico sino, fundamentalmente en la asimetría de la información. Esto es ilustrativamente expuesto por Bullard Gonzales indicando que el poder económico puede ser un medio para obtener mejor información y para desarrollar mecanismos para aprovecharla pero incluso en el caso de un sastre humilde e independiente que hace ternos para ejecutivos destacados de empresas (donde la diferencia de poder económico estaría favoreciendo al consumidor); el sastre cuenta con una mejor información que le permite sacar partido al redactar las cláusulas que imprime al dorso de su boleta de recojo, y donde, por ejemplo, limita su propia responsabilidad.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> MOROTE NUÑEZ, Hugo (1993): "La protección del consumidor en el Código Civil" en El Derecho Civil Peruano Perspectivas y problemas actuales. Fondo Editorial PUCP, p. 181

<sup>65</sup>BULLARD GONZALES, Alfredo (2006): Ob. Cit., p. 510

Habiendo realizado dicha aclaración, Calle Casusol nos da una conceptualización señalando que “la asimetría informativa es la incapacidad de una de las partes de la relación de consumo para acceder a información relevante y, en algunos casos, para procesar la información compleja”.<sup>66</sup> Una incapacidad a nuestro entender, se debe a que el acceso a la información relevante puede resultar costosa para uno de los contratantes, generalmente para el consumidor. La más clara muestra de ello, se puede evidenciar en los diversos bienes o servicios puestos al mercado por los proveedores, ante los cuales el consumidor desconoce la calidad de lo ofrecido, los términos y condiciones para su adquisición, las advertencias y precauciones para el uso del bien, el precio en comparativa de otros bienes o servicios similares, etcétera. Conocer todo aquello que de antemano sabe el proveedor es, sin duda, la demostración que el consumidor se encuentra en una situación asimétrica respecto a la información.

Ahora bien, intentar solucionar la asimetría informativa en las relaciones de consumo es de por sí una utopía, no solo porque la asunción de los costos exigibles a los contratantes harían prohibitivas las transacciones, sino porque la asimetría informativa es un fenómeno natural de los mercados, es algo que ha existido, existe y seguirá existiendo. Sin embargo, esta situación de hiposuficiencia es importante pues no solo sirve para definir la relación de consumo y determinar las personas que son tuteladas por el Derecho, sino también permite justificar la intervención del Derecho en este campo.<sup>67</sup>

Desde la perspectiva jurídica entonces el Derecho, puede incentivar que el proveedor proporcione información relevante, pues es evidente que está en una mejor posición para hacerlo, o evitar que informen a los consumidores la existencia de sus productos o servicios, omitiendo los componentes negativos, como por ejemplo, las propiedades o características peligrosas del bien, los problemas y riesgos que pueden derivar de su uso, entre otras. Sin embargo, es importante recordar que no siempre el proveedor es el que

---

<sup>66</sup> CALLE CASUSOL, Jean Paul (2002): Ob. Cit., p. 72

<sup>67</sup> *Ibidem.*, p. 74

tenga que proporcionar la información relevante, si bien corresponde al proveedor trasladar la información que resulta costosa para el consumidor, en algunas situaciones dicho costo podrá ser asumido directamente por este último por existir niveles bajos de asimetría de información.

De esa manera, si el consumidor adquiere información de su propia experiencia de consumo o la de otros consumidores, así como de la publicidad u otra información que proviene del propio mercado se encuentra en capacidad de asumir el costo de la información. En tanto, si no fuese así y, existan altos niveles de asimetría de información en el mercado, esto justificaría la intervención del Derecho a través del establecimiento de normas destinadas a revertir dicha situación y garantizar que el consumidor adquiere información relevante.

### **III. TERCERA PARTE: EL CONTRATO DE CONSUMO EN EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES**

#### **1. Introducción**

Hemos visto que el contrato de consumo se erige como una fórmula contractual contenida de derechos y obligaciones que persiguen proteger al consumidor y el proceso competitivo en el mercado. Es así que el mercado de las telecomunicaciones no es ajeno a dicho panorama, pues también ha construido una normativa especializada para aquellos contratos de prestación de servicios por parte de las empresas operadoras.

En buena cuenta ha sido el fenómeno de la liberalización del mercado en telecomunicaciones que ha dado paso a la inversión privada y, consecuentemente el camino a la libre competencia, permitiendo que cada vez un número considerable de individuos puedan acceder a contratar diversos servicios de diversas empresas operadoras, siendo en nuestros días los servicios solicitados con más frecuencia la telefonía fija o móvil, TV por cable e internet.

En ese sentido, a fin de cautelar la protección del consumidor de prácticas comerciales desdeñables, el Estado a través de la creación del Organismo Regulador de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTTEL) ha



diseñado la normativa que establece los mecanismos de contratación permitidos en dicho ámbito.

A fin de conocer acerca de dichas construcciones legales y contractuales, las siguientes líneas versaran del contenido de los contratos de servicios en telecomunicaciones, en la delimitación de los sujetos involucrados en la relación contractual y, en la descripción de los mecanismos que disponen éstos últimos para contratar los servicios de las empresas operadoras.

## **2. Delimitación de los sujetos intervinientes**

### **2.1. El abonado y los usuarios**

De una parte en la contratación de los servicios públicos en telecomunicaciones se encuentran los usuarios, que dicho sea de paso, es una denominación bastante general y que eventualmente es utilizada de manera indistinta para referirse a los abonados y a los usuarios en estricto<sup>68</sup>. No obstante, existen marcadas diferencias entre ellos no sólo de índole conceptual que los delimitan en el ejercicio de sus derechos.

En líneas generales se puede afirmar que el abonado es “aquella persona natural o jurídica que ha celebrado un contrato de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones con alguna de las empresas operadoras de dichos servicios, independientemente de la modalidad de pago contratado”<sup>69</sup>. En tanto, el usuario es “aquella persona natural o jurídica que en forma eventual o permanente, tiene acceso a algún servicio público o privado de telecomunicaciones”<sup>70</sup>. De esa manera, toda persona que utilice un servicio sea de telefonía fija o móvil, cable e internet, entre otros, será considerado como usuario, por otro lado, para la calidad de abonado se exige la titularidad del servicio que acredita que dicho servicio ha sido contratado a su nombre. A modo de ejemplificar en el ámbito de las

---

<sup>68</sup> Así por ejemplo, el artículo 3º del Reglamento de Calidad de la Atención a Usuarios aprobado por Resolución Nº 127-2013-CD/OSIPTEL, señala: “Usuario: A todo aquel abonado, usuario u otra persona que, a través de: (i) los servicios de información y asistencia telefónica, o (ii) las oficinas comerciales, de las empresas operadoras realice algún trámite vinculado a los servicios que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la presente norma”.

<sup>69</sup> OSIPTEL (2015): “Glosario de Términos de Telecomunicaciones”, Editora Imprenta Ríos S.A.C., p. 6

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 374

telecomunicaciones, podemos imaginar que un padre de familia que contrata el servicio de telefonía fija para su hogar tendrá la calidad de abonado del servicio, en tanto sus demás familiares como lo serían su esposa o sus hijos e incluso él mismo, por el sólo hecho de utilizar dicho servicio son considerados como los usuarios.

Como vemos la principal diferencia que salta entre ambos se encuentra en que los abonados ostentan la titularidad del servicio a diferencia de los usuarios que son quienes utilizan el servicio pero de aquella diferencia se desprenden otras que repercuten directamente en el ejercicio de determinados derechos. En ese sentido, en el TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos en Telecomunicaciones que versa de los derechos y obligaciones de las empresas operadoras, abonados y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, se dispone que: “Los abonados podrán ejercer todos los derechos que esta norma regula. Los usuarios pueden ejercer los derechos que establece la presente norma, salvo los derechos relativos a: (i) la modificación o extinción del contrato de abonado; (ii) la modificación de los sistemas o modalidades tarifarias; y, (iii) la contratación de servicios suplementarios, adicionales y demás prestaciones contempladas en la presente norma”<sup>71</sup>. Esto es, que el abonado como es quien celebra el contrato, únicamente éste último podrá modificarlo, tal vez a través de migraciones a distintos planes tarifarios; resolverlo, sea dándole la baja definitiva o realizando la portabilidad numérica a una empresa diferente; o contratar servicios adicionales, como la suscripción a números cortos, quedando excluidas dichas facultades a los usuarios por no contar con vínculo contractual con la empresa operadora.

## **2.2. Las empresas operadoras**

Por otro lado de la relación contractual en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones se encuentran la empresa operadora, que es “aquella persona natural o jurídica que cuenta con un contrato de

---

<sup>71</sup> De acuerdo al Artículo 2º del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

concesión o registro correspondiente para prestar uno o más servicios públicos de telecomunicaciones”.<sup>72</sup>

Aquello significa que a fin de que una empresa se encuentre facultada a prestar un servicio público en telecomunicaciones requiere de un título habilitante, en este caso denominado como la concesión. Entendiéndose esta figura, en palabras de Muñoz Machado, que “la concesión se articula mediante un contrato en el que se conjugan derechos y obligaciones recíprocos que vinculan estrechamente al Estado condeciente y al gestor privado del servicio público. Se produce así un vínculo bilateral por medio del cual se pueden imponer a las empresas concesionarias del servicio público, múltiples condiciones sobre la prestación del mismo, lo cual es además vigilado y controlado por la Administración Pública”.<sup>73</sup>

De ese modo, el Estado conserva la titularidad del servicio público pero transfiere la gestión del mismo a la empresa concesionaria. Cabe señalar que dentro de esos servicios que puede prestar la empresa operadora, los que se encuentran vinculados en la prestación de servicios a los usuarios son los servicios finales, los servicios de difusión y los servicios de valor añadido, pues estos son los que derivan de la relación contractual, pudiendo ser así por ejemplo, servicios de telefonía fija o móvil, televisión de paga, internet, entre otros vinculados a estos últimos.

### **3. Los mecanismos de contratación de servicios en telecomunicaciones**

Los mecanismos en la contratación son aquellas herramientas mediante las cuales las personas naturales o jurídicas manifiestan su voluntad para: (i) la contratación; (ii) la resolución; (iii) la modificación de los términos o condiciones de la contratación; (iv) la migración a planes tarifarios; (v) la afiliación a tarifas promocionales, que requieran aceptación o solicitud previa por parte del abonado; o (vi) cualquiera de las prestaciones contempladas en la presente

---

<sup>72</sup> OSIPTEL (2015): Ob. Cit., p. 98

<sup>73</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): “Servicio público y mercado. Las telecomunicaciones”. Editorial Civitas S.A., Tomo II, p. 214

norma.<sup>74</sup> Cabe señalar además, que dichos actos se aplican respecto de cualquier servicio público de telecomunicaciones.

En ese sentido, los mecanismos de contratación a fin de que cualquier persona pueda acceder a los servicios públicos en el mercado de telecomunicaciones son diversos, pudiendo ser celebrados desde marcaciones por mensajes de texto hasta contratos por escrito. Esta diversidad ha sido regulada por OSIPTEL. A través del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones<sup>75</sup> en su artículo 18º que versa de los siguientes mecanismos de contratación:

- (i) Cualquier documento escrito;
- (ii) Grabación de audio o video, la cual deberá comprender el íntegro de la comunicación entre el solicitante del servicio o el abonado, según corresponda, y la empresa operadora, desde que dicha comunicación se establece hasta su finalización;
- (iii) Medios informáticos, que incluyan la utilización de contraseña o claves secretas que la empresa operadora le hubiere proporcionado previamente al abonado;
- (iv) Marcación simple, para la contratación de prestaciones no continuadas de servicios, cuya utilización será empleada únicamente para realizar: (a) llamadas o remitir mensajería que sea tarifada individualmente, (b) afiliaciones a tarifas promocionales o establecidas que permitan la adquisición de paquetes de tráfico a través de la disposición del saldo de las recargas realizadas en los servicios bajo la modalidad prepago, (c) afiliaciones a servicios adicionales que no impliquen el pago de una renta fija periódica, y (d) adquisición de eventos específicos, para el servicio de distribución de radiodifusión por cable. En ningún caso, este mecanismo podrá ser utilizado para realizar migraciones de planes

---

<sup>74</sup> De acuerdo al Artículo 117º del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones

<sup>75</sup> Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL. Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/res138-2012-cd-condiciones-uso>

tarifarios o modificaciones en las condiciones del plan tarifario del abonado;

- (v) Marcación doble (solicitud y confirmación) , para la suscripción de servicios de contenido a ser provistos a través de mensajería o comunicaciones de voz, que impliquen prestaciones en forma continuada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 118-A; y,
- (vi) Otro mecanismo que haya sido aprobado previamente por el OSIPTEL.

Cabe señalar, que las empresas operadoras tienen la obligación de comunicar al OSIPTEL, de manera previa a su utilización, los mecanismos que implementen en referencia a dichos mecanismos de contratación, así como los mecanismos de seguridad que serán empleados para tales efectos.

Asimismo, es preciso indicar los actos realizados utilizando el mecanismo de contratación señalado en el numeral (ii), la empresa operadora deberá requerir al abonado los datos personales que acrediten su identidad, para lo cual adicionalmente al número de documento legal de identificación del abonado (Documento Nacional de Identidad, Carné de Extranjería, Registro Único de Contribuyentes), deberá solicitar el lugar y fecha de nacimiento. Adicionalmente, la empresa operadora podrá solicitar el nombre del padre y/o madre, o alguna contraseña o clave secreta u otros datos que otorguen una mayor seguridad. En cualquier caso, la empresa operadora deberá entregar al abonado, de manera inmediata, un código o número correlativo de identificación del pedido realizado, debiendo mantener un registro de pedidos.

Así pues, en cualquier modalidad de contratación la carga de la prueba respecto de la solicitud y/o aceptación del servicio en telecomunicaciones corresponde a la empresa operadora<sup>76</sup>. Siendo así, en una eventual controversia respecto a la contratación de algún determinado servicio, es la empresa operadora quien debe acreditar mediante un documento escrito, la grabación de un audio u otros

---

<sup>76</sup> De acuerdo al Artículo 120º del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones

medios de contratación, que el usuario realmente ha solicitado la contratación del cuestionado servicio.

Por último, para efectos de la contratación se encuentra establecido que las empresas operadoras se encuentran prohibidas:<sup>77</sup>

- (i) Restringir al abonado la posibilidad de utilizar cualquiera de los mecanismos de contratación que se hayan implementado para la celebración de los contratos de prestación de servicios;
- (ii) Condicionar la contratación del servicio a la utilización de alguno de dichos mecanismos en particular;
- (iii) Incluir en el contrato de abonado del servicio principal -y sus anexos, si los hubiera-, cláusulas referidas a la opción de contratar servicios suplementarios o adicionales u otras prestaciones derivadas o vinculadas con la prestación del servicio. En todos los casos, éstos últimos deberán contratarse en un mecanismo de contratación específico y distinto del referido contrato de abonado principal.

---

<sup>77</sup> De acuerdo al Artículo 9º de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones

## **SUBCAPITULO II**

# **LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y LOS USUARIOS**

### **I. PRIMERA PARTE: LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

#### **1. Introducción**

Un hito en materia de protección al consumidor se dio con el discurso de John F. Kennedy el 15 de marzo de 1962 ante el Parlamento de los EEUU, pues incentivó que diversas naciones comenzaran a promover el respeto de los derechos de los consumidores. En tal discurso el presidente Kennedy señaló que “por definición, el término consumidores nos incluye a todos”, asimismo enfatizó “ellos (los consumidores) son el grupo económico más amplio que afecta y es afectado por casi cada decisión económica pública o privada. No obstante, es el único grupo importante cuyas opiniones a menudo no son escuchadas”. De esa manera, estableció como los principales derechos de los consumidores, el derecho a la seguridad (the right to safety), a ser informado (the right to be informed), a escoger (the right to choose), y a ser escuchado (the right to be Heard; a los que se agregaron otros en 1985, cuando se publica la Resolución de las Naciones Unidas 39/258, sobre Directrices para la Protección del Consumidor.

Nuestro modelo constitucional no ha sido ajeno a esa progresiva evolución en la protección de los consumidores. De una breve revisión de las constituciones de 1979 y 1993, se puede evidenciar el énfasis progresivo por la defensa de los consumidores y la eficiencia en el mercado. La Constitución de 1979 aunque concebía una tendencia marcada en la que el Estado era el promotor de la economía e interventor de las actividades económicas, se preocupaba por el interés de los consumidores. No obstante, con la Constitución de 1993, se postula una economía social de mercado que da énfasis a la protección a la

iniciativa privada es libre, pero a su vez, establece el deber estatal de vigilar la libre competencia de aquellas prácticas dominantes o monopólicas, en razón de la protección y defensa del interés de los consumidores y usuarios.

Visto así, en el modelo actual si bien la economía social de mercado incentiva la inversión privada, y al mismo tiempo, permite la intervención del Estado a fin de garantizar el derecho de los consumidores. Una dicotomía que puede parecer contradictoria, pero que en realidad enarbola el deber del Estado de promover y preservar el correcto funcionamiento del mercado con normas reguladoras sea a nivel judicial, arbitral y administrativo, que pueden ir desde la aprobación de cláusulas generales de contratación hasta la imposición de sanciones.

En ese sentido, en las siguientes líneas abordaremos el derecho del consumidor desde el enfoque constitucional detallando las principales componentes de nuestro modelo económico y el reconocimiento de los consumidores a nivel constitucional para posteriormente desarrollar lo que ha venido a denominarse la disciplina del Derecho del consumidor con sus principales modelos de protección y las notas que lo caracterizan.

## **2. El Consumidor en la Constitución**

### **2.1. La Constitución Económica**

El término “Constitución Económica” según se relata, parece haber sido puesto en circulación por primera vez en la década del veinte, en la República Alemana de Weimar. Aunque existe diversas versiones sobre la fecha de aparición y quién lo utiliza por primera vez, lo cierto es que es en Alemania, a partir de 1925, cuando su empleo se encuentra generalizado. A esta conclusión llega García Belaúnde en base al clásico libro de Carl Schmitt *Der Hüter der Verfassung*, con el que dio ingreso al término en la literatura constitucional alemana; no obstante, su postura es lamentablemente polémica frente al término, por lo que parece ser que Beckerath en 1932 perfila el concepto de la constitución económica, señalando a tal como el ordenamiento de la propiedad, del contrato y del



trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y la técnica de la producción y la distribución.<sup>78</sup>

A partir de ese momento, las constituciones además de contener la clásica enunciación de normas y principios que conforman el régimen político, incorporarían una serie de preceptos y reglas jurídicas que establecen el desarrollo del modelo económico con énfasis en lo referente a las actividades empresariales y la actuación del Estado para regular dicho ejercicio. Es así que, el término de “Constitución Económica” es utilizado para referirse a los principios y reglas constitucionales que regulan el régimen político-económico en un determinado Estado<sup>79</sup>. En ese sentido, Gaspar Ariño nos dice que “se entiende por constitución económica el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económica-social de un país según un orden que se encuentra reconocido en la constitución”.<sup>80</sup> Del mismo modo, Bassols Coma señala categóricamente que debe entenderse por constitución económica, “a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica”.<sup>81</sup>

Ahora bien en nuestro país, la Constitución Económica que ha consagrado nuestra vigente Constitución es resultado de un cambio diametral en el modelo económico en relación a su antecesora, pues regula contrariamente las libertades de la inversión privada y la intervención del Estado en la economía. Ello es expuesto con acierto por Kresalja Roselló al exponer: “El rol del Estado en la economía cambia en forma sustantiva en lo que va de la Constitución de 1979 a la de 1993. Se trata de una variación importante

---

<sup>78</sup> GARCIA BELAUNDE, Domingo (1989): “Teoría y práctica de la Constitución Peruana”. Editorial EDDILI, p. 53 y 54

<sup>79</sup> Cabe señalar que el término de “Constitución Económica”, no deja de ser equívoco, por lo que puede entenderse de diversas maneras: (i) Entendida como sistema económico subyacente a un ordenamiento jurídico; (ii) Entendida como orientación general de un texto constitucional; (iii) El sistema económico que es regulado expresamente en un determinado texto constitucional. Véase GARCIA BELAUNDE, Domingo (1989): Ob. Cit., p. 61

<sup>80</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1993): “Economía y Estado”. Editorial Alebedo-Perrot, p. 103

<sup>81</sup> BASSOLS COMA, Martín (1988): “Constitución y Sistema Económico”. Editorial Tecnos, p. 17

que pone de manifiesto, más allá de declaraciones principistas, una distinta concepción del Estado. En la Constitución de 1979, el Estado estaba encargado de promover el desarrollo económico y social, formular y planificar la política económica pública y concertar con la actividad privada, mientras que en la Constitución de 1993 se ha optado por un modelo liberal, que si bien continua manteniendo la cláusula que afirma que la iniciativa privada en una economía social de mercado, ahora el Estado ya no formula la política económica o planifica, no se obliga a prestar directamente los servicios públicos y su actuación empresarial se encuentra fuertemente limitada”.<sup>82</sup>

Como vemos este cambio sustancial que se ha experimentado en el modelo económico obedece sin duda, a los distintos contextos y, para su cabal entendimiento analizaremos a continuación las circunstancias socio-jurídicas que han motivado los diferentes modelos económicos y esto es, diferentes constituciones económicas, en dichos textos constitucionales.

### **2.1.1. La Constitución Económica de 1979**

El contexto de la Constitución de 1979, nos recuerda García Belaúnde, relatando que al instalarse la Asamblea Constituyente en el mes de julio de 1978, el escenario que se presentaba era un Estado que dominaba gran parte del movimiento económico, una política distribucionista que no había logrado sus objetivos, un sector privado amenazado, un sector público en dificultades, un país lleno de carencias y en plena crisis, ante ello, claramente los debates girarían precisamente en torno a dicha situación y a la manera de superarlos.<sup>83</sup> Siendo así, en el debate de la Asamblea Constituyente se enfrentaron las opiniones de quienes fueron dos de los principales artífices de la referida constitución, Ernesto Alayza Grundy, del Partido Popular Cristiano, y Luis Rodríguez Vildósola, del Partido Aprista, que a su vez hicieron mayoría frente a varios grupos de la

---

<sup>82</sup> KRESALJA, Baldo (2010): “El principio de subsidiariedad en materia económica”. Palestra Editores, Primera Edición, p. 68

<sup>83</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1989): Ob. Cit., p. 72

izquierda radical provenientes del Frente Obrero Campesino Estudiantil Popular, el Partido Socialista Revolucionario, el Partido Comunista Peruano, el Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos y, la Unidad Democrática Popular (UDP).

En ese sentido, cabe señalar que dos fueron los puntos más controvertidos. El primero correspondiente a la planificación. El artículo 111<sup>o</sup> estableció que *“el Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad del sector público y orientan en forma concertada la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio”*. Esto debido a que la idea de que la planificación es necesaria se asienta en la creencia de que el mercado ha fracasado para lograr el crecimiento económico con pleno empleo. Y un segundo aspecto fue el correspondiente a las reservas. El artículo 114<sup>o</sup> dispuso que *“por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos”*. Esto es que el Estado podía decidir intervenir directamente en determinada actividad económica. Se trata pues de una técnica de intervención pública en la economía que equivale a la prohibición del derecho de iniciativa privada en determinado sector. Al establecerse una reserva puede ello llevar a un proceso de expropiación o simplemente a la exclusión de la actividad privada.<sup>84</sup>

Como es evidente, lo anterior es sólo una pequeña muestra de entre muchas, de las preponderantes potestades del Estado en materia económica. Así pues, en la Constitución de 1979 encontramos que, el Estado podía ejercer actividad empresarial,<sup>85</sup> el Estado podía reservarse sectores económicos mediante ley,<sup>86</sup> el Estado podía intervenir en la actividad económica con medidas transitorias de

---

<sup>84</sup> KRESALJA, Baldo (2010): Ob. Cit., p. 71-73

<sup>85</sup> Véase artículo 113<sup>o</sup> de la Constitución de 1979.

<sup>86</sup> Véase artículo 114<sup>o</sup> de la Constitución de 1979.

carácter extraordinario,<sup>87</sup> el Estado sólo prohibió los monopolios privados.<sup>88</sup> Todo aquello, debido a las imperantes ideas del gobierno militar, pero que, sin embargo, terminaron en el fracaso y en una severa crisis política y económica, por la mala administración de las numerosas empresas públicas. Es así que, Chirinos Soto, expone dicha realidad, la actividad empresarial del Estado, no sirve con eficacia fines tan bellos como se suelen describir, sino que incurre en pérdida. La pérdida ensancha el déficit presupuestario. El déficit induce las emisiones de billetes. Las emisiones envilecen la moneda. Los precios suben constante y aceleradamente. Es la inflación. Es la crisis.<sup>89</sup>

En términos generales, resulta evidente que el modelo económico instaurado en la Constitución de 1979 puso de manifiesto un arraigado optimismo en los esfuerzos del Estado que en la del mercado para el desarrollo económico. Una desconfianza en la inversión privada y una limitada competencia debido a la exorbitante influencia de las empresas públicas. Se consideró que el Estado se encontraba obligado a promover las condiciones para la libertad e igualdad, sobredimensionado así su capacidad para tales fines. No nos queda dudas por tanto que, la Constitución de 1979 tenía más confianza en el Estado que en la iniciativa privada, como el engranaje público idóneo para el desarrollo de la economía.

### **2.1.2. La Constitución Económica de 1993**

El panorama de la Constitución de 1993 resulta considerablemente diferente a su antecesora. La desastrosa administración de las empresas publicas marcada significativamente durante el gobierno de Alan García, sumado a las imperantes ideas liberales que influenciaron la conducta de Fujimori en su afán de adquirir poderes más amplios dieron en buena cuenta la promulgación de la vigente constitución.

---

<sup>87</sup> Véase artículo 132º de la Constitución de 1979.

<sup>88</sup> Véase artículo 133º de la Constitución de 1979.

<sup>89</sup> CHIRINOS SOTO, Enrique (1984): "La nueva constitución. Al alcance de todos": AFA Editores Importares, p. 124

Las referencias históricas de lo anterior saltan a la luz. Así pues, Sánchez Albavera expone que durante el primer gobierno de Alan García, ya había surgido en el Perú un pensamiento conservador que buscaba reducir la actividad empresarial del Estado, entre otras razones, por el sistemático deterioro de las finanzas públicas y por el crecimiento del aparato burocrático.<sup>90</sup> En tanto, García Belaúnde nos dice que en ese contexto, el presidente Alberto Fujimori, se encontraba sin mayoría en las cámaras y siendo así, el 05 de abril de 1992 dio un golpe de Estado con el apoyo del Ejército. Fujimori pensó entonces en una democracia plebiscitaria, al mejor estilo napoleónico pero la presión internacional lo hizo cambiar de opinión, y por eso convocó, para regularizar su situación, a elecciones para una asamblea que llamó Congreso Constituyente Democrático, que posteriormente luego de largos debates, se sancionó la actual constitución en diciembre de 1993, que empezó a regir, para efectos prácticos, en enero de 1994.<sup>91</sup>

En vista de tales acontecimientos la Constitución de 1993 cambia la mirada diametralmente respecto al modelo económico a diferencia de su antecesora, la Constitución de 1979. En ese sentido, deposita enteramente su confianza en la inversión privada dejando atrás aquellos visos de estatismo que concibió en años anteriores. El nuevo modelo económico instaurado por ideas liberales se hizo efectivo a través de una economía social de mercado que disponía a la iniciativa privada como el principal responsable en el mercado, mientras que, la actuación estatal se reducía a un vigilante del proceso competitivo. Entre las principales innovaciones redactadas en la vigente constitución destacan que, la libre iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado,<sup>92</sup> el Estado garantiza la libertad de empresa y estimula creación de la riqueza,<sup>93</sup> el Estado facilita y vigila

---

<sup>90</sup> SANCHEZ ALBAVERA, Fernando (1989): “Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución” en La Constitución diez años después. Editorial Fundación Friedrich Naumann, p. 84

<sup>91</sup> GARCIA BELAUNDE, Domingo (2014): “La Constitución Peruana de 1993: Sobreviviendo pese a todo pronóstico” en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 216

<sup>92</sup> Véase artículo 98º de la Constitución de 1993.

<sup>93</sup> Véase artículo 59º de la Constitución de 1993.

la libre competencia combatiendo las prácticas que la limiten, así como, el abuso de posiciones dominantes o monopólicas,<sup>94</sup> y fundamentalmente, la esencia del modelo económico vigente a través del principio de subsidiaridad, por el cual se desprende que la intervención estatal únicamente podrá darse de manera excepcional. A ese respecto, con acierto Kresalja Roselló, dice que el punto neurálgico en la Constitución de 1993 lo constituye el rol del Estado en la economía y es por el artículo 60º en virtud del cual se consolida la actuación del Estado como subsidiario en materia empresarial, y no cabe duda que, a diferencia de la Constitución de 1979, la Constitución de 1993 tiene más confianza en la iniciativa privada en el mercado que en el Estado.<sup>95</sup>

## **2.2. La Economía Social de Mercado en la Constitución de 1993**

Cuando escuchamos la connotación de economía social de mercado salta a la luz diversos cuestionamientos referidos a su conceptualización y consecuente práctica en las decisiones económicas del país. Esta problemática tanto conceptual y pragmática se debe a que el concepto de economía social de mercado ha sido objeto de diversas interpretaciones. A saber de Kresalja Roselló, aquello se debe a que dicho modelo ha recibido influencias de dos sistemas opuestos, por un lado la economía de libre mercado donde el Estado es un mero vigilante de la economía y, por otro lado, la economía dirigida o de planificación donde el Estado lleva la responsabilidad económica. De estas posiciones antagónicas, la economía social de mercado viene a suponer una combinación que busca superar las imperfecciones de ambas formas extremas.<sup>96</sup>

En ese sentido, resulta evidente que el carácter social es lo característico de este modelo pero ¿qué debemos de entender como orientación social en el mercado a la luz de este nuevo modelo? Un acercamiento al entendimiento de dicho carácter social, Quispe Correa lo expone

---

<sup>94</sup> Véase artículo 61º de la Constitución de 1993.

<sup>95</sup> KRESALJA, Baldo (2010): Ob. Cit., p. 130

<sup>96</sup> KRESALJA, Baldo (2010): Ob. Cit., pp. 162 y 163

argumentando que el contenido social que se asigna al mercado destaca la condición humana de quienes intervienen en el proceso económico. Esto es, que no debe propugnar la indiferencia estatal; si bien no se apoya la planificación compulsiva, tampoco es posible admitir un gobierno ausente de los problemas sociales o de la crisis que puedan afectar incluso la propia economía.<sup>97</sup> De esa manera, la característica social del modelo de mercado adoptado exige que la actuación del Estado no sea indiferente pero tampoco intervencionista, es decir, la actuación estatal en el mercado sólo se efectuará en aquellas situaciones en la que el mismo mercado, así como, la sociedad en general se encuentren en peligro.

En esa línea de pensamiento, las palabras de Baldo Kresalja y César Ochoa delimitan que la Economía Social de Mercado se constituye como un sistema donde la iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen pertenencia, de modo que el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades. Así pues, el Estado actúa cuando el mercado presenta fallas o cuando las conductas empresariales falsean las reglas de la libre y legal competencia, constituyendo, a su entender, el mejor sistema para asegurar el bienestar de la colectividad.<sup>98</sup>

Asimismo, desde una óptica constitucional lo anterior ha sido recogido por el Tribunal Constitucional delimitando nuestro modelo con las siguientes notas características: (i) el Estado busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social, (ii) el Estado emerge como garante final del interés general, (iii) el Estado se reserva, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> QUISPE CORREA, Alfredo (2002): "La Constitución Económica". Editorial Grafica Horizontes, p. 44

<sup>98</sup> KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César (2009): "Derecho Constitucional Económico". Fondo Editorial de la PUCP, p. 359

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00019-2006-PI/TC, del 14 de marzo de 2007. Fundamentos Jurídicos N° 17, 19 y 23

## 2.3. Principios de la Constitución Económica de 1993

### 2.3.1. El Principio de Subsidiariedad

Uno de los cambios de dirección fundamentales que recibió la Carta de 1993 es, sin duda, la consagración del principio de subsidiariedad. De una política nacionalista e intervencionista estatal a una en que el Estado solo actuaría en el mercado de manera residual. La lógica que se sigue parte de la confianza depositada en la inversión privada para el desarrollo económico. Tal como expone Kresalja Roselló, el principio de subsidiariedad está expresamente contenido en el texto constitucional y no cabe duda que, a diferencia de la Constitución de 1979, la Constitución de 1993 tiene más confianza en la iniciativa privada en el mercado que en el Estado.<sup>100</sup>

Así pues, la actuación subsidiaria en la economía se expresa en la libre competencia impulsada por el rol del incentivo a la inversión privada que llevará a las condiciones necesarias para un mercado eficiente, sin embargo, el ente estatal se encargará de corregir aquellas imperfecciones y fallas del mercado producto de prácticas anticompetitivas y de dirigir mediante políticas regulatorias el buen accionar de los empresarios en el mercado. En otras palabras, siguiendo a Teresa Tovar, la intervención del Estado al regular el mercado es excepcional; toda regulación debe justificarse por la presencia de una falla de mercado, es decir por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen libre de competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos.<sup>101</sup>

Siendo así, no cabe duda que nos encontramos ante un modelo económico que busca la prevalencia de las libertades individuales pero ¿es realmente la libertad el principio de justificación para la

---

<sup>100</sup> KRESALJA, Baldo (2010): Ob. Cit., p. 130

<sup>101</sup> TOVAR MENA, Teresa (2006): "Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones". ARA Editores, Primera Edición, p. 48



actuación subsidiaria estatal?, en buena cuenta las justificaciones dogmáticas respecto a la libertad individual propugnada por las imperantes corrientes liberales han ayudado a este cambio en el modelo económico; no obstante, la verdadera justificación en la que debe centrarse la mirada a este principio es la correcta asignación de recursos.

En realidad esta explicación económica es bastante sencilla. Veamos pues, que el Estado en un principio era considerado como una cooperativa encargada de todas las exigencias sociales destinando con esfuerzos sinceros pero limitados sus recursos. En la actualidad, aquello es impensable, imagínese que el ente estatal debe satisfacer hoy en día las necesidades de los individuos de toda una sociedad, por un lado no sólo los recursos humanos del aparato gubernamental se sofocarían, sino además, los recursos económicos inevitablemente se agotarían condenando a la sociedad. Es por ello, que el Estado tiene un deber medular en cuanto a la asignación de recursos a fin de satisfacer determinadas exigencias sociales y para esto el principio de subsidiariedad le permite administrar correctamente sus recursos debido a que su intervención sólo será en casos en los que el proceso competitivo no alcance la eficiencia para los ciudadanos. En ese sentido coincidimos plenamente con Torres y Torres Lara, cuando sostienen una crítica a la visión de una Constitución como pliego de reclamos en donde todos le van a pedir todo al Estado, pues esto desarrolla una psicología dependiente, afirmando por el contrario que un Estado eficiente tiene que concentrar sus pocos recursos en lo fundamental, pues se ha sobredimensionado las posibilidades de su desarrollo.<sup>102</sup>

Ahora bien, la aplicación del principio de subsidiariedad de acuerdo a la Constitución debe superar dos vallas: (i) la necesidad que sea autorizado por ley expresa, (ii) el alto interés público o la alta

---

<sup>102</sup> TORRES Y TORRES LARA, Carlos (1993): "La Nueva Constitución del Perú, 1993". Editorial Asesora Andina S.A., p. 108

manifiesta conveniencia nacional. Esto visto desde los poderes del Estado, no dejan dudas que la permisibilidad de dicha actuación se encontrara en manos del Congreso. Será el debate político de los sectores parlamentarios quienes determinen si se merece la actuación estatal en determinado ámbito del mercado y así posteriormente sea formalmente autorizado por una ley del mismo Congreso.

Resulta entonces que el principio de subsidiariedad por donde lo veamos no significa inacción y que por el contrario se ha constituido como el elemento vital para el Estado Social y Democrático de Derecho, en el sentido que respeta los derechos y libertades individuales sin dejar de lado su función garantizadora que no puede ser indiferente ante las actividades económicas de los particulares. En el entendido que conlleva a una asignación eficiente de los recursos estatales para con los ciudadanos.

### **2.3.2. La Iniciativa Privada Libre y la Libertad de Empresa**

La iniciativa privada nace de la idea que por largo tiempo se ha pensado que el Estado funciona como un dador de los pliegos de reclamos de todos los ciudadanos, sobredimensionado sus recursos y capacidades para alcanzar el desarrollo económico sostenible. En ese sentido, Kresalja Roselló señala que la iniciativa privada libre se edifica en un mercado que le pertenece a los particulares y no al Estado, y por tanto, no es tarea del Estado la creación de la riqueza, pues ello se encuentra reservado a los particulares; el reconocimiento de la iniciativa privada como un derecho económico es un acto de sensatez y coherencia con lo que en la práctica es el mercado, un sistema auto dirigido que puede ser regulado, y donde la iniciativa privada es un pre-requisito.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> KRESALJA, Baldo (2010): Ob. Cit., p. 108

Tal es así, que Gaspar Ariño, describe cuatro libertades esenciales contenidas en ella misma, señalando: (i) Libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; (ii) Libertad de organización; (iii) Libertad de competencia; y, (iv) Libertad para cesar las actividades<sup>104</sup>. Nótese entonces que esta libertad no se agota en el solo acceso al mercado, sino que se proyecta en la vida empresarial definiendo su propia organización y las estrategias de mercadeo para competir con otros empresarios. Finalmente, se encuentre también dentro de esa proyección de la libertad de empresa, que ante alguna eventualidad se pueda optar por el cese de las actividades de la empresa.

No obstante, la consagración constitucional y legal de la libertad de iniciativa privada, no da derecho a ejercerla sin restricciones. Dicho derecho, deberá resguardarse con una legislación que prohíba y sanciones los eventuales abusos de los agentes económicos con la finalidad de disciplinar la actividad en el mercado.<sup>105</sup> Algunas muestras del límite de la iniciativa privada se pueden encontrar cuando por ejemplo una persona no podría ejercer su iniciativa orientándola a la producción y comercialización de drogas, una discoteca que no brindara garantías a los asistentes podría ser clausurada aunque se alegara que esta medida atentara contra la libertad de trabajo, o el caso de un grifo que no cumpliera con expensas medidas de seguridad.<sup>106</sup>

Siendo así, la libertad de empresa que se proyecta en la iniciativa de los particulares para realizar actividad empresarial en condiciones de competencia y, satisfacer las diversas necesidades que demanda la sociedad se regirá por estándares que no limiten pero que sí delimiten el buen accionar de los particulares en el mercado.

---

<sup>104</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar y ARIÑO SANCHEZ, Rafael (2004): "La libertad de empresa". ARA Editores, Primera Edición, p. 297

<sup>105</sup> TOVAR MENA, Teresa (2006): Ob. Cit., pp. 51 y 52

<sup>106</sup> QUISPE CORREA, Alfredo (2002): Ob. Cit., p. 42

### 2.3.3. El Principio de la Libre Competencia

El principio de la libre competencia se edifica sobre la base de la igualdad de los competidores ante la ley que sirve de garantía para que nuevos actores económicos reciban los incentivos suficientes para entrar a competir al mercado evitando así, prácticas anticompetitivas y barreras burocráticas que desincentiven a nuevos competidores. De esa manera, el Estado debe ser un fiero guardián de la libre competencia para que el mercado no se desnaturalice. Con esa libertad el usuario determinara empresas, marcas, calidades y precios de sus preferencias y con esta actitud solo podrán sobrevivir las empresas eficientes, las que producen con mejor calidad y a un costo menor. No es el Estado el que impone sus gustos sino el público.<sup>107</sup>

En ese mismo sentido, Quintana expone, “en un mercado que funciona bajo condiciones de competencia, las condiciones de venta (precio, cantidad, calidad, servicios pre postventa, etc.) se determinan como resultado de la confluencia de la demanda de los consumidores o clientes por productos o servicios con la oferta de bienes por parte de los productores y comercializadores”.<sup>108</sup>

El anterior escenario se conoce como “competencia perfecta” y requiere determinadas condiciones, tales como: (i) Productos homogéneos: todos los bienes ofertados deben tener características idénticas o muy similares; (ii) Gran número de vendedores y compradores: Las compras y ventas se producen entre un sinnúmero de proveedores y clientes; (iii) Información Perfecta: Todos los participantes en el mercado deben tener información completa y simétrica sobre las características y calidad de los productos, cantidades producidos, precios cobrados, entre otros; y, (iv) Ausencia de barreras importantes de acceso al mercado: La posibilidad de

---

<sup>107</sup> QUISPE CORRERA, Alfredo (2002): Ob. Cit., p. 52

<sup>108</sup> QUINTANA, Eduardo (2013): “Libre Competencia. Colección por el Vigésimo Aniversario del INDECOPÍ”. Q&P Impresores SRL, p. 14

entrada y salida de empresas en el mercado debe ser libre, es decir, no deben existir obstáculos.<sup>109</sup>

Sin embargo, la competencia perfecta descrita es inexistente por diversas fallas que se presentan en el mercado ocasionando abusivos poderes de dominio o monopólicos que finalmente perjudican el sistema económico entero. De allí, que el Estado tiene un rol vital para reprimir dichas eventuales prácticas anticompetitivas. Es de destacar por eso, que las leyes que prohíben el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la libre competencia tienen como objetivo fundamental combatir situaciones que distorsionan el funcionamiento fluido del mercado para garantizar a los consumidores un ejercicio libre de su derecho a elegir entre diversos productos y servicios.<sup>110</sup>

En ese sentido, consideramos que con acierto Baldo Kresalja y Cesar Ochoa afirman que la competencia no es solo un derecho, sino también una obligación en una Economía Social de Mercado; en ese sentido, se le regula y protege por considerarla fundamental al sistema y beneficiosa para los empresarios, consumidores y la sociedad en su conjunto.<sup>111</sup> Así pues, con el principio de la libre competencia no es suficiente proteger a los competidores, sino proteger a todos los participantes del proceso competitivo, en el que sin duda, los consumidores se encuentran en un estado de indefensión antes los actos inescrupulosos de los empresarios, como por ejemplo podrían ser a la utilización de la marca ajena con el fin de aprovecharse de la reputación ganada o realizar hechos destinados a engañar o confundir a los consumidores respecto de los productos o denigrar los productos de su contrincante a través de publicidad.

---

<sup>109</sup> Ídem.

<sup>110</sup> CALLE CASUSOL, Jean Paul (2002): Ob. Cit., p. 55 y 56

<sup>111</sup> KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César (2009): Ob. Cit., p. 455

## **2.4. El reconocimiento de los derechos de consumidores y usuarios a nivel constitucional**

En nuestra vigente Constitución encontramos tan solo un artículo en el que se dispone de manera directa y bastante general un deber del Estado para la defensa del interés de los consumidores y usuarios. En efecto, el mencionado artículo señala:

*“Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.*

Dicho artículo ha llevado a una discusión bizantina y superada respecto si los derechos de consumidores deben considerarse como derechos fundamentales, en buena cuenta porque no se encuentran taxativamente en la lista de derechos fundamentales y tampoco el citado artículo los señala así de manera clara.

En opinión de Diez Picazo, por citar un ejemplo, nos dice que en vista que la Constitución española no sitúa la disposición que ordena a los poderes públicos asegurar la defensa de los consumidores y usuarios, dentro del capítulo que el texto constitucional dedica a los derechos fundamentales, esto permite concluir que es erróneo considerar que existe un derecho constitucional a la protección de los consumidores.<sup>112</sup> Dicha visión es equivocada, pues si fuese así, los derechos sociales y económicos, así como, los derechos políticos que se encuentran regulados en capítulos diferentes al capítulo de los derechos fundamentales, no serían derechos fundamentales y por tanto no serían principales. Lo cual resulta totalmente absurdo.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> DIEZ PICAZO, Luis (1995): “¿Una nueva doctrina general del contrato?” En Revista del Instituto Peruano de Estudios Forenses, N° 01, p. 46

<sup>113</sup> VEGA MERE, Yuri (2001): Ob. Cit., p. 140

Lo anterior como vemos es impensable en tiempos neoconstitucionales, y es precisamente, dicha imperante corriente que a saber de Sosa Sacio, en el texto constitucional no se consagra en realidad derechos, sino deberes estatales a favor de los intereses de los consumidores pero que en vista del constitucionalismo contemporáneo es congruente que el Tribunal Constitucional haya considerado que existen derechos fundamentales a favor de los usuarios y consumidores, utilizando para ello la cláusula de derechos no enumerados.<sup>114</sup>

Así pues, coincidimos que la llegada del neoconstitucionalismo cambio diametralmente la mirada hacia la protección de los consumidores. Para ello se ha construido una exigencia a los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales de la persona en diversas dimensiones y, sin duda, como todos los seres humanos somos consumidores y usuarios, en buena medida no se puede afirmar que aquellos derechos que se desprenden de las relaciones de consumo, no sean considerados derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, a nivel constitucional se ha indicado que en el artículo 65 del texto constitucional se encuentran consagrados los derechos a la información, a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores; pero que estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución<sup>115</sup>. Indicando, también que el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor, no sólo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65° de la Constitución, los cuales se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios<sup>116</sup>. La justificación a lo anterior, en líneas del tribunal constitucional, obedece a que el *numerus apertus*

---

<sup>114</sup> SOSA SACIO, Juan Manuel (2011): En "Ensayos sobre Protección al Consumidor". Universidad del Pacífico, primera edición, p. 152

<sup>115</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3315-2004-AA/TC, de 17 de enero de 2005. Fundamento Jurídico N° 10.

<sup>116</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, Fundamento Jurídico N° 32.

consagrado en el artículo 3º de la Constitución debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que en modo alguno pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita. Sentenciando que, en ese contexto los derechos de acceso al mercado, la libertad de elección e igualdad de trato, el derecho a la asociación en pro de la defensa corporativa de los consumidores y usuarios, la protección de los intereses económicos, el derecho a la reparación por los daños y perjuicios y el derecho a la pluralidad de oferta forman parte del repertorio constitucional<sup>117</sup>.

Por otro lado, además se precisó que el mencionado artículo funciona como un derrotero jurídico binario, a saber: (i) establece un principio rector para la actuación del Estado; y, (ii) consagra un derecho personal y subjetivo. Así, la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios; en el segundo sentido, contiene una facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses. Y que todo ello, se sustenta en una serie de principios<sup>118</sup>:

- (i) El principio pro consumidor, que plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.
- (ii) El principio de proscripción del abuso del derecho, que plantea que el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.

---

<sup>117</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1865-2010-PA/TC, de 20 de julio de 2011. Fundamento Jurídico N° 22 y 23.

<sup>118</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1865-2010-PA/TC, de 20 de julio de 2011. Fundamento Jurídico N° 12 y 15



- (iii) El principio de isonomía real, que plantea que las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios debe establecerse en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.
- (iv) El principio *restitutio in íntegrum*, que plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.
- (v) El principio de transparencia, que plantea que el Estado asegure que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.
- (vi) El principio de veracidad, que plantea que el Estado asegure la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor transmite a los consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que les ofertan.
- (vii) El principio *indubio pro consumidor*, que plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.
- (viii) El principio pro asociativo, que plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.

Por lo expuesto, se puede afirmar que los derechos del consumidor en la Carta de 1993 a través del Tribunal Constitucional se han ido ampliando progresivamente en vista de nuevos conflictos que aparecen en las relaciones de consumo, generalmente motivadas por prácticas comerciales coercitivas. En ese sentido, los intereses de los consumidores y usuarios que el Estado se ha comprometido a defender según el citado artículo 65<sup>o</sup> son más amplios y pueden adquirir un contenido variado y cambiante.<sup>119</sup> Todo esto ha llevado a que se consagre un deber especial de protección, como mandato principalmente dirigido al Estado, y además de un derecho fundamental complejo “a la protección del interés de los consumidores y usuarios”, que permite a los consumidores exigir la tutela de sus derechos.

### **3. Delimitación del Derecho del Consumidor**

#### **3.1. Conceptualización**

Liminarmente, el derecho del consumidor tiene un ámbito de aplicación extremadamente amplio que hace difícil el poder intentar cualquier definición final al respecto, por eso se señala que la complejidad del conjunto de actividades que comprende no tiene límites; y más aún va ampliando su ámbito de acción día a día.<sup>120</sup> No obstante, una aproximación nos dice Durand Carrión, exponiendo que: “El Derecho del Consumidor engloba en primer lugar las normas (leyes y reglamentos) que al crear derechos específicos, protegen directamente al consumidor. Asimismo abarca normas que tratan de asegurar la aplicación eficiente de estos mismos derechos, así como aquellos que aseguran su representación ante los órganos estatales con poder de decisión sobre el mercado. También son parte de este Derecho los mecanismos jurídicos que tratan de racionalizar y dirigir el comportamiento de los consumidores, el Derecho del Consumidor no es en esencia solamente un cuerpo normativo de protección directa al consumidor, sino también aquellas reglas de racionalización del consumo”<sup>121</sup>. En ese sentido, el principal aporte de esta

---

<sup>119</sup>KRESALJA, Baldo (2010): Ob. Cit., p. 177

<sup>120</sup> DURAND CARRIÓN, Julio (1995): Ob. Cit., p. 31

<sup>121</sup> DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar (2007): Ob. Cit., p.80

rama del derecho ha sido el de haber otorgado la calidad de sujeto de derecho al consumidor e institucionalizar la protección jurídica del consumidor, con normas y mecanismos adecuados tanto en el ámbito administrativo como judicial.<sup>122</sup>

El entendimiento de lo anterior encuentra sustento debido a que el consumidor es un amateur en el mercado, no tiene conocimientos ni experiencia, es un aficionado frente al proveedor profesional; por lo que se encuentra en una evidente situación de inferioridad.<sup>123</sup> Sin embargo, es vital enfatizar que el Derecho del Consumidor no apunta a crear a un sujeto privilegiado en el mercado, que goce de cuanta protección se le ocurra al legislador. No es esa la intención, sino por el contrario, se debe tomar consciencia que no siempre es confiable que las únicas medidas sean dejadas en manos de un modelo de competencia perfecta, que no existe ni ha existido. Y asimismo, también es conveniente apuntalar que el consumidor no baje la guardia y crea que el Estado es su redentor, renunciando a conocer sus derechos y a exigir su respeto irrestricto. El éxito del Derecho del consumidor, depende, en gran medida, de un sistema en el que los cimientos han sido confiados al propio consumidor, como consumidor responsable y diligente.<sup>124</sup>

### **3.2. Sistemas de Protección**

En términos generales, a saber de Calle Casusol<sup>125</sup>, se puede distinguir dos grandes modelos teóricos, tales son:

(i) **Modelo formal: individualista y autónomo**

El modelo formal sugiere que el mejor sistema de protección al consumidor es la autotutela. El consumidor, en tanto personaje

---

<sup>122</sup> ALBALADEJO CAMPOY, Miguel Ángel (1980): "Estatuto del Consumidor". Editorial Instituto Nacional de Prospectiva, p. 15-16

<sup>123</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos (1994): "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones" en Anuario de Derecho Civil Vol. N° 47, p. 44

<sup>124</sup> VEGA MERE, Yuri (2001): Ob. Cit., p. 171

<sup>125</sup> CALLE CASUSOL, Jean Paul (2002): Ob. Cit., pp. 79 y ss.

central del mercado, cuenta con garantías adecuadas para encabezar su propia defensa. Así pues, se considera que los consumidores conocen sus derechos y disponen de la capacidad necesaria para negociar el ámbito de las transacciones que entablan con los comerciantes; es decir, los consumidores son conscientes de sus propias obligaciones y evalúan su alcance.

(ii) Modelo adaptador: dualista y colectivo

El modelo adaptador por el contrario al modelo anterior, considera que el sistema de autotutela no funciona en la realidad debido a la existencia de fallas en el mercado. En abono de este modelo, se señala que la empresa es quien cuenta con la información respecto de las características y condiciones de los productos o servicios que ofrece en el mercado, y por tanto, será quien la administre en su propio beneficio.

(iii) Modelo participativo y voluntario

Finalmente, se habla de un modelo que se distancia de los dos anteriores, que asume más bien una posición proactiva que privilegia el fortalecimiento de las políticas de competencia. En ese sentido, concede a los actores privados un papel privilegiado, pues asume que estos últimos son más aptos que cualquier aparato gubernamental a la hora de garantizar el buen rendimiento del juego del mercado, así pues, el Estado intervendrá solo en aquellas situaciones en donde existen altos costos de transacción que impidan que el problema sea resuelto directamente por los autores privados

Asimismo, este modelo se caracteriza por: (i) los códigos de conducta negociados entre las agrupaciones profesionales de algunos sectores de la actividad, las autoridades administrativas encargadas de la ejecución de la política de consumo y/o organización de consumidores; (ii) los convenios colectivos del consumo o acuerdos

negociados colectivamente entre las organizaciones de consumidores y algunas agrupaciones profesionales, que tratan sobre todo de las condiciones generales de las transacciones realizadas en el sector; (iii) las publicaciones por los poderes públicos de recomendaciones o directrices que precisen los derechos y obligaciones respectivos de las partes en el marco de ciertas transacciones realizadas entre consumidores y profesionales; (iv) la formulación por parte de organismos públicos o privados, de legislaciones tipo o de modelos susceptibles de servir como marco de referencia; (vi) el funcionamiento de procedimientos informales y parajudiciales destinados a facilitar la expresión de los litigios que oponen a consumidores y profesionales.

A saber del citado autor, este último modelo es el más adecuado para promover políticas eficientes de protección a los consumidores, debido a que no justifica la intervención del Estado en todos los casos, sino que toma en consideración los costos involucrados para corregir las fallas que se presentan. Solo en caso de altos costos de transacción y altos niveles de asimetrías de información, se justificara la intervención del Estado. En caso no exista ello, será más eficiente que los problemas que genera el mercado sean resueltos por los propios actores privados.

### **3.3. Notas características**

Siguiendo a Calle Casuso<sup>126</sup>, considera que los principales caracteres del Derecho del Consumidor, son:

(i) Enfoque colectivo

El Derecho del consumidor, se caracteriza por el enfoque colectivo del problema. Se ha considerado que no es función de esta disciplina proteger intereses particulares sino más bien el

---

<sup>126</sup> *Ibidem.*, p. 85 y ss.

interés colectivo de los consumidores. Se protege al grupo humano que constituye una verdadera clase en el mercado moderno.

(ii) Función preventiva y tutelar

Las normas de consumo se caracterizan porque cumplen una función preventiva. Ello se puede apreciar con nitidez en los casos de riesgos de daños originados en el uso y consumo de los productos, en los que el derecho busca evitar que los bienes colocados en el mercado generen daños. La eficacia de las normas de consumo, sin embargo, se ven debilitadas cuando ocurren daños. Por esto, junto a las normas de carácter preventivo, es necesario que existan normas reparatorias con el fin de no desproteger a los consumidores como víctimas del daño.

(iii) Carácter interdisciplinario

El Derecho del consumidor, está integrado por normas de derecho privado y de derecho público. A través de las primeras generalmente se busca determinar las obligaciones y derechos que les corresponden tanto al consumidor como al proveedor en el tráfico comercial. En tanto, con las segundas, el Derecho busca establecer medidas preventivas no solo en cuanto a la seguridad del producto, antes de su venta, sino también en lo relativo a la erradicación de los riesgos de daños una vez que los productos o servicios han sido introducidos al mercado.

(iv) Carácter imperativo

El Derecho del consumidor, es una disciplina que requiere de normas escritas para establecer las obligaciones y derechos de los consumidores. No obstante ello, y de manera muy similar a

lo que ocurre en el derecho comercial, el derecho del consumidor también puede formarse en base a las costumbre y sus generalmente aceptados en el mercado. En ese sentido, los usos y costumbres aceptados en el mercado no solo podrán servir para colmar las lagunas del Derecho, sino también para interpretar la ley.

(v) **Carácter universal**

Finalmente, el Derecho del consumidor es una disciplina cosmopolita. Su aplicación está restringida no solo al ámbito interno de un país, sino que se extiende en forma universal. El estatuto del consumidor ha adquirido hoy en día carácter de ciudadanía universal, una clara muestra de ello, son las normas supranacionales que con carácter de directrices regulan ciertos sectores importantes del consumo en el seno de la Unión Europea.

## **II. SEGUNDA PARTE: LOS USUARIOS EN LOS SERVICIOS PUBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**

### **1. Introducción**

Uno de los mercados que en la actualidad es requerido con bastante frecuencia por los consumidores es, sin duda, el mercado de las telecomunicaciones. Esta consecuencia, se ha dado en buena cuenta al desencadenamiento de la liberalización de las empresas estatales que en un primer momento brindaban dichos servicios. La entrega de estas últimas a manos privadas, ha sido vital para abrir camino a la libre competencia y, con esto a la entrada de nuevos competidores en el mercado.

De esa manera, el servicio público de las telecomunicaciones fue entregado progresivamente a través de la concesión a diferentes empresas operadoras y, por su lado, el aparato estatal dedicó sus esfuerzos a vigilar dicho mercado en

vista de eventuales prácticas desleales que puedan afectar el proceso competitivo y, así finalmente a los usuarios. El llamado a dicha función se hizo a través de entidades reguladoras, cuya principal razón de ser consistía en vigilar, fiscalizar y sancionar a las empresas operadoras que infrinjan las normas de libre competencia y los derechos de los usuarios.

En Perú, se siguió tal proceso a partir de la concesión a Telefónica Internacional de propiedad de Telefónica de España, dentro de un periodo de concurrencia limitada, pero posteriormente se liberalizó el mercado abriendo paso a nuevos competidores que en la actualidad destacan la ahora Telefónica del Perú S.A. (Movistar), América Móvil S.A.C. (Claro), Viettel (Bitel), Entel (Entel), entre otras empresas operadoras. A su vez, se dio la creación del Organismo Supervisor de la Inversión Privada de las Telecomunicaciones (OSIPTEL) contando con el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) para resolver los procedimientos de reclamo que se suscitan ante eventuales daños que mancillen los derechos de los usuarios en los servicios brindados por las empresas operadoras.

En tal sentido, nos avocaremos en adelante al proceso normativo de la privatización y liberalización de las telecomunicaciones en el Perú para seguir con el desarrollo del servicio público en general y además específicamente en vinculado a las telecomunicaciones. Por último, veremos al ente regulador en telecomunicaciones con sus principales funciones y, asimismo los principales derechos reconocidos por la normativa a los usuarios.

## **2. La Privatización y Liberalización de las Telecomunicaciones en el Perú**

Históricamente, de acuerdo a Teresa Tovar a nivel internacional los mercados en telecomunicaciones han seguido un proceso con tres etapas notoriamente definidas: (i) Propiedad estatal de las empresas que brindaban servicios de telecomunicaciones en condiciones de monopolio; (ii) Privatización de las empresas estatales con la fijación de un periodo de limitación de competencia, a



favor de la empresa resultante de privatización; (iii) Apertura del mercado a la libre competencia.<sup>127</sup>

Ciertamente, lo anterior ha ocurrido en el Perú, donde el proceso inicialmente se impuso por el estatismo empresarial en la década de los ochenta y posteriormente en los finales de los noventa con la liberalización y apertura del mercado. A fin de comprender tal acontecimiento lo abordaremos en las siguientes líneas destacando los principales sucesos que motivaron el cambio de dirección en el sector de las telecomunicaciones.

## **2.1. El Proceso de Privatización de las Telecomunicaciones en Perú**

En el Perú, el fenómeno de la privatización de las empresas estatales se produjo a principios de la década de los noventa, esto debido a diversas razones de orden político como económico. Así la mala experiencia en la administración de las empresas estatales sumado a las imperantes ideas liberales en el modelo económico propiciaron una reestructuración del ámbito de las telecomunicaciones dando paso a la entrada de inversión privada.

Históricamente, hasta inicios de los años noventa el Estado peruano gestionaba directamente los servicios de telecomunicaciones a través de dos empresas estatales: La Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CTP) que operaba con exclusividad el servicio de telefonía local fija en Lima Metropolitana y el Callao; y la empresa Entel Perú S.A. (ENTEL) que se encargaba de los servicios portador de larga distancia nacional e internacional, telefonía fija para todas las provincias del Perú, con excepción de Lima Metropolitana y Callao. Esta situación ocurrió desde 1970, cuando el gobierno militar dictó la llamada Ley de Telecomunicaciones. Dada la importancia estratégica de este sector, el gobierno de entonces consideró que no podía permitirse la participación de la inversión privada, tanto nacional como extranjera.

---

<sup>127</sup> TOVAR MENA, Teresa (2006): Ob. Cit., p. 94

Sin embargo, aquel modelo no tuvo buenos resultados y por el contrario se dieron diversos problemas en el sector, uno de los principales era la limitada e ineficiente cobertura, donde la calidad del servicio, entonces, era pobre y las operaciones sufrían de las fallas propias de la gestión estatal – solo entre 35% y 40% de todas las llamadas telefónicas era completado-. Otro rasgo de ese periodo fue la ineficiencia en el servicio técnico, el cual podía demorar mucho para brindar una solución. Además que tampoco existía una unidad destinada a recibir los reclamos de los usuarios.<sup>128</sup>

Dicha experiencia es expuesta por Távara Martín ilustrativamente: “Las deficiencias en la gestión de estas empresas empezaron a ser cada vez más visibles, y llamaron la atención de la opinión pública. El servicio telefónico estaba fuera del alcance de la mayoría de la población, y la espera por una línea telefónica tomaba muchos años. Algunos observadores comentan, irónicamente, que al registrar los nacimientos de sus hijos era prudente que los padres registraran también su inscripción en la lista de espera de la compañía telefónica. En realidad, la única manera de obtener una línea telefónica era mediante una transferencia privada en el mercado secundario, lo que suponía el pago de sumas cercanas a los dos mil dólares”.<sup>129</sup>

Así pues, la suma de esas falencias en buena cuenta propició a que se plantee la necesidad de un cambio destinado a superar tres retos: (i) desafiar la idea de que las telecomunicaciones eran un monopolio natural; (ii) cuestionar a la propiedad estatal como la forma más eficiente de proveer los servicios de telecomunicaciones; y, (iii) encontrar nuevos enfoques regulatorios que generen incentivos en los operadores. Asimismo, cabe anotar que dicho fenómeno se presentaba también en otros países de la región. Por lo que se afirma que la reforma del sector de telecomunicaciones en América Latina fue respuesta a tres factores: (i) las crisis económicas que atravesaban varios países en la década de los

---

<sup>128</sup>OSIPTEL (2014): El Boom de las Telecomunicaciones. Prepress and Printing, Primera Edición, p. 28-35

<sup>129</sup> TAVARA MARTIN, José Ignacio (2000): “Privatización y regulación en el sector eléctrico y las telecomunicaciones” en Modernización Empresarial en el Perú. Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, p. 185 y 186

ochenta, aunadas a la presión de las instituciones internacionales sobre los países en desarrollo para que reformen sus economías; (ii) el mal desempeño del Estado en el sector telecomunicaciones; y, (iii) los desarrollos tecnológicos que hacían cada vez menos sostenible la visión de que la actividad de las telecomunicaciones sea un monopolio natural.<sup>130</sup>

De esa manera, el estado peruano dispuso la privatización de las empresas de telecomunicaciones con el fin de transferir CPT y ENTEL a un operador telefónico de primer nivel mundial que asumiera la tarea de ejecutar la modernización del sector en un periodo de concurrencia limitada. Este proceso, se inicia en noviembre de 1991, con la entrada en vigencia el Decreto Legislativo 702 (Nueva Ley de Telecomunicaciones) que diseñó el nuevo perfil del sector pues en esta norma se abandona el modelo de la empresa estatal como proveedora exclusiva de los servicios de telecomunicaciones, y se concede un papel protagónico a la inversión privada y a la competencia, al mismo tiempo, el Estado conserva la función reguladora y la encomienda a un ente especializado que denomina Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Posteriormente, en junio de 1992 se dio el siguiente paso con la transición hacia el nuevo modelo: se nombró un Comité Especial de Telecomunicaciones (Cepri de Telecom), encargado de conducir el proceso de transferencia al sector privado de las empresas del sector, la CTP y ENTEL, así recogiendo elementos del ámbito internacional y adaptándolos a la realidad local, el Cepri diseñó una estrategia cuyos lineamientos principales sirvieron para realizar la exitosa subasta de estas dos empresas.<sup>131</sup>

Lo anterior sería una suerte de monopolio temporal que obedecería a dos objetivos fundamentales: (i) modernizar los servicios que presentaban bajos niveles de calidad, con inversión que sería pagada por los usuarios; y, (ii) facilitar la recientemente creado Organismo Supervisor de Inversión

---

<sup>130</sup> BALDEON MIRANDA, Carlos (2014): "La autorización del servicio público. Bases para una liberalización plena del sector Telecomunicaciones". Adrus Editores, p. 100

<sup>131</sup> OSIPTEL (1998): "Memorial Anual Abril 1998 – Marzo 1999. Cinco años en el mercado de las telecomunicaciones". p. 19

Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) prepararse y fortalecerse antes que se produzca la introducción de competencia activa en el mercado.<sup>132</sup>

Cabe anotar que la característica más destacada de este proceso fue la concesión a la empresa ganadora de un “periodo de concurrencia limitada”<sup>133</sup> por cinco años, durante el cual la empresa ofrecería los servicios de telefonía fija local y larga distancia en condiciones monopólicas. En ese escenario, de los ocho postores precalificados<sup>134</sup> resulto ganador el consorcio liderado por Telefónica Internacional, propiedad de Telefónica de España. La cifra pagada por este consorcio ascendía a los US\$ 2002 millones, que fue cuatro veces mayor al precio base fijado en US\$ 536 millones. Así pues, en el mes de febrero de 1994, a través de una subasta pública, el Estado peruano vendió un paquete de sus acciones en CPT y en ENTEL, a la empresa Telefónica Internacional S.A. de España. Lo anterior, se concretó en junio del mismo año mediante contratos de concesión<sup>135</sup>, concesionando el Estado peruano a CPT para la prestación del Servicio Portador y el Servicio Telefónico Local en las ciudades de Lima y Callao, y ENTEL para la prestación del Servicio Portador, Servicio Telefónico Local y de Larga Distancia Nacional e Internacional; y posteriormente, en diciembre, ambas empresas se fusionaron para cambiar la denominación por Telefónica del Perú S.A.A.

---

<sup>132</sup>BALDEON MIRANDA, Carlos (2014): Ob. Cit., p. 102

<sup>133</sup> Acerca de la concurrencia limitada: A través de la Ley 26285, publicada el 29 de diciembre de 1993, se dispuso fijar un periodo de concurrencia limitada a favor del operadora ganador de la subasta pública, en el sentido, que los servicios públicos de telecomunicaciones sean desmonopolizados progresivamente. Durante dicho periodo, nuevos operadores no podían ingresar al mercado, siendo reservado a una sola empresa por un periodo de 05 años, desde el 27 de junio de 1994 hasta el 27 de junio de 1999.

<sup>134</sup> Al respecto, un total de ocho operadores habían aprobado la calificación de Cepri de Telecom para presentarse como postores, sin embargo, solo tres fueron los consorcios que el 28 de febrero de 1994 participaron finalmente en la subasta: (i) Telefónica del Perú, compuesto por Telefónica Internacional de España, Graña y Montero, y el Banco Wiese; (ii) Peruvian Telecommunications Holdings Limites, integrado por Southwestern Bell Internacional, Korea Telecom, Daewoo Telecom, Condumex-Carso y el Banco de Crédito; y (iii) Telecomunicaciones Peruanas, donde figuraban GTE, Companhia Portuguesa Marconi, y la Empresa Brasileira de Telecomunicaciones.

<sup>135</sup> Acerca del contrato de concesión: Mediante la referida Ley 26285 se estableció que los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tendrían el carácter de contrato-ley. De esta forma, el Estado buscada dar seguridad y garantías a la empresa operadora que resulte concesionada luego de la venta de CPT y ENTEL.

## 2.2. El Proceso de Liberalización de las Telecomunicaciones en Perú

El proceso de liberalización a diferencia del proceso de privatización tuvo por objeto eliminar las restricciones que impone el Estado, a las actividades económicas que eran prestadas en exclusiva por el único operador en ese momento, permitiendo así el ingreso de nuevos agentes privados al mercado de telecomunicaciones. A este proceso de liberalización, Souvirón Morenilla, se ha referido indicando que la liberalización y, con ello, la desregulación, promueve que se produzca finalmente el fenómeno denominado “despublificación el mismo que busca la eliminación de los monopolios públicos de servicios y genera la apertura de un sector a la libre iniciativa y la competencia.<sup>136</sup> Este proceso es descrito por Baldeón Miranda, señalando que puede ser conseguida en dos fases: (i) supresión de obstáculos que dificultan o traban la libre actividad económica; y, (ii) dictado de nuevas reglas en las que se establece el modo de actuación del Estado como árbitro vigilante de la actividad económica, promoviendo la competencia.<sup>137</sup>

Ahora bien, en el contexto peruano, una vez transferido CPT y ENTEL a Telefónica Internacional S.A. de España, para posteriormente fusionarse y denominarse Telefónica del Perú S.A.A, se estableció el contrato de concesión dentro de un periodo de concurrencia limitada durante 05 años; es decir, ningún otro operador podría ingresar al mercado, siendo los servicios de telecomunicaciones únicamente brindados por tal operador. Sin embargo, se consideró adelantar la fecha de finalización del denominado periodo de concurrencia limitada, y así iniciar el proceso de apertura del mercado de las telecomunicaciones hacia un régimen de libre competencia.

En buena cuenta, lo anterior se dio debido a que se habían cumplido las metas que motivaron dicho periodo de concurrencia limitada. A saber de

---

<sup>136</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, José María (2004): “La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos Jurídicos” en Privatizaciones y Liberalización en España: Balance y Resultados. Editorial Comares, Tomo I, pp. XXII - XXIII

<sup>137</sup> BALDEON MIRANDA, Carlos (2014): Ob. Cit., p. 108, 109

Távora Martín, entre aquellas: “El contrato de concesión establecía diversas metas cuantitativas específicas que el operadora se obligaba a cumplir en plazos determinados, las que incluían la instalación de nuevas líneas y teléfonos públicos, e índices de calidad del servicio. El contrato también establecía las tarifas por los principales servicios, las cuales se ajustarían de acuerdo con un cronograma hasta la finalización del periodo de concurrencia limitada”.<sup>138</sup> En ese mismo orden de ideas, una referencia histórica del Libro Blanco sobre la apertura de las Telecomunicaciones en el Perú describe: “En este contexto, un elemento adicional era el hecho que la razones que motivaron la entrega del periodo de exclusividad por 5 años al operador privado –Telefónica- había desaparecido pues este periodo fue otorgado a cambio del cumplimiento de una serie de metas de expansión y calidad, las cuales ya habían sido cumplidas o estaban por serlo. Entre las principales metas estaba la expansión de líneas de abonado, teléfonos públicos, así como la mejora de la calidad del servicio y el rebalanceo tarifario, entre otras”.<sup>139</sup>

Es así que el proceso de liberalización comienza en agosto de 1998 cuando se promulgó una nueva norma que disponía la “conclusión anticipada”<sup>140</sup> en los contratos de concesión suscritos con Telefónica del Perú. Esto además se reafirmó con la publicación de los Lineamientos de Política de Apertura de Mercado de las Telecomunicaciones en el Perú<sup>141</sup>, en donde se regulaba tarifas, concesiones, interconexión, acceso universal, libre competitiva, entre otros aspectos que incentivarían el proceso competitivo en el mercado de las telecomunicaciones.

De esa manera, se dieron los primeros cimientos para abrir el camino a la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, que en nuestros días además de Telefónica del Perú (MOVISTAR), se han sumado a la entrada de América Móvil (CLARO), Viettel (BITEL) y Entel (ENTEL) en los

---

<sup>138</sup> TAVARA MARTIN, José Ignacio (2000): Ob. Cit., p. 188

<sup>139</sup> OSIPTEL (1998): “Libro blanco sobre la apertura de las telecomunicaciones en el Perú” p. 08

<sup>140</sup> Acerca de la reducción del periodo de concurrencia limitada. Mediante el Decreto Supremo N° 021-98-MTC se dispuso la reducción del referido periodo de concurrencia limitada a 04 años; es decir hasta agosto de 1998.

<sup>141</sup> Mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, de 4 de agosto de 1998.

últimos años, que ha aportado una reducción significativa a los precios de los servicios de telecomunicaciones, lo que demuestra en buena cuenta que la apertura y liberalización del mercado ha sido beneficiosa para los usuarios.

### **3. Los Servicios Públicos en Telecomunicaciones**

#### **3.1. Delimitación del Servicio Publico**

El concepto de servicio público se comienza a construir en Francia con los aportes doctrinarios de juristas como Duguit, Hauriou y Jeze. En ese contexto, Duguit consideraba que el servicio público encontraba su fundamento en una íntima conexión entre la posesión del poder y la obligación de llevar a cabo ciertas actividades y de prestar ciertos servicios y que dicho concepto constituía el límite del poder de los gobernantes. En esa misma línea llegó incluso a definir al Estado como una cooperativa de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes, en la cual dicho ente ejercía el control en la economía.<sup>142</sup>

En vista de dicha situación se realizaron esfuerzos por distinguir los conceptos de “función pública” y “servicio público”. Según se comenta se definió que el término “función pública” haría referencia a toda actividad soberana que se desarrolle en la consecución de los fines esenciales, la misma que durante el Siglo XIX, era propia del Estado y se manifestaba por medio de su normatividad jurídica. Por su parte, “servicio público” sería aquella actividad del Estado, directa e indirecta, encaminada a la consecución del bienestar general, finalidad que no sería esencial a la razón de ser del Estado, pero sí indispensable para la vida social”.<sup>143</sup>

Siendo así, el contenido del servicio público responde a necesidades básicas de las personas y tiene un impacto decisivo en el bienestar y en el desarrollo del país toda vez que afecta la comunicación de las personas, la formación de capital humano y el funcionamiento de todo el aparato

---

<sup>142</sup>BALDEON MIRANDA, Carlos (2014): Ob. Cit., p. 32

<sup>143</sup>Ibidem., p. 33

productivo.<sup>144</sup> Una conceptualización en cuanto a lo anterior nos dice Gaspar Ariño quien expone: “Servicio público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”.<sup>145</sup> Nótese entonces que el rasgo característico es el carácter público de la prestación, es decir, un servicio con exclusividad del Estado sea ejercido por el mismo ente estatal o gestionado por privados, en el sentido que está destinado a satisfacer las diversas exigencias sociales de la comunidad.

Para dicho quehacer el Estado incorpora la actividad del servicio público a través del proceso denominado “*publicatio*” que resulta ser un acto de declaración de una actividad o un sector público, como servicio público y significa que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares sin previa concesión. Una concesión de carácter constitutivo, en el sentido de que supone la transferencia estatal a aquellos, de algunas facultades o poderes de actuación que antes no tenían.<sup>146</sup> Es así que el Estado mediante una declaración llamada “*publicatio*” se reserva para sí determinada actividad en relación a la prestación de un servicio público aunque en nuestros días es usualmente entregada en concesión.

Ahora cabe preguntarnos ¿cuáles son estas actividades cuyo cumplimiento se incorpora el ente estatal? En respuesta a esta interrogante coincidimos con lo que bien expone Leon Duguit, quien nos dice que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo aumenta el número de servicios públicos.<sup>147</sup>

Se puede concluir entonces, que en el servicio público no actúa la mano invisible del mercado, sino la mano pública del Estado, pues se trata de una

---

<sup>144</sup> TAVARA MARTIN, José Ignacio (2000): Ob. Cit., p. 186

<sup>145</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): “Principios de Derecho Público Económico”. ARA Editores, Primera Edición, p. 564

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 555

<sup>147</sup> DUGUIT, Leon (1975): “Las transformaciones del Derecho Público y Privado. Editorial Heliasta S.R.L., Primera Edición, p. 34



excepción al principio general de libertad económica, y las decisiones que se adopten al brindarlo no siguen siempre la lógica del mercado, no obstante, ello debe matizarse, pues en nuestros días se suele brindar en régimen de concesión y con obligación de competir con terceros. En tal sentido, el poder del gobierno mediante los organismos reguladores *ad-hoc* sobre las empresas concesionarias, se manifiesta de diversas maneras, por ejemplo fijando estándares técnicos que dan seguridad y uniformidad en el servicio, la determinación de la cobertura del mismo en condición de igualdad para los usuarios, la aprobación previa de presupuestos y tarifas, el control de costos para lograr que sean razonables, entre otros.<sup>148</sup>

### **3.2. Delimitación jurídica de Servicio Público**

Una primera aproximación a la denominación de servicio público recogido en el ordenamiento jurídico lo encontramos en nuestra vigente Constitución, que dispone:

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

Este artículo si bien no nos proporciona una idea clara de que debemos considerar como servicios públicos, entendemos que la intención del constituyente ha sido destacar que el Estado tiene el deber de evaluar y así establecer de acuerdo a las necesidades sociales, los servicios públicos en determinados contextos. Cabe señalar que el texto constitucional remarca su actuación pero de ninguna manera señala que el Estado debe gestionarlos directamente. Esto se condice con el principio de subsidiariedad, en el sentido que el Estado como gestor directo de los servicios públicos ha ido desapareciendo paulatinamente dando paso a la gestión indirecta a través de las empresas privadas. No obstante, la actuación estatal no debe ser indiferente, pues a su vez, se encuentra obligado a defender el interés de los consumidores y usuarios que exigen una gestión eficiente, segura y, de ser posible, menos costosa.

---

<sup>148</sup> KRESALJA, Baldo (2010): Ob. Cit., p. 173

Por su parte, el Tribunal Constitucional coincide señalando: “Si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y nuestro texto constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto”.<sup>149</sup>

De esa manera, de una breve revisión en nuestro ordenamiento jurídico, encontraremos algunas pinceladas del concepto jurídico de servicio público de acuerdo a diferentes sectores económicos:

- ✓ En el sector de las telecomunicaciones: D.S. N° 013-93-TCC – Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. *“Artículo 40°.- Serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de esta Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por la presente Ley y podrá ser reglamentada cuando por las características del servicio ello fuere necesario. Los servicios portadores serán considerados necesariamente servicios públicos”.*
  
- ✓ En el sector de electricidad: D. Ley N° 25844 – Ley de Concesiones Eléctricas. *“Artículo 2°.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad: a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo y destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y, b) La transmisión y distribución de electricidad. El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública”.*
  
- ✓ En el sector de saneamiento: Ley N° 26338 – Ley General de Servicios de Saneamiento. *“Artículo 3°.- Declárese a los Servicios de*

---

<sup>149</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00034-2001-PI/TC, de 15 de febrero de 2005. Fundamento Jurídico N° 37

*Saneamiento como servicios de necesidad y utilidad pública y de preferente interés nacional, cuya finalidad es proteger la salud de la población y el ambiente”.*

- ✓ En el sector de hidrocarburos: D.S. N° 042-2005-EM – Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. *“Artículo 79º.- La distribución de gas natural por red de ductos es un servicio público. El Ministerio de Energía y Minas otorgará concesiones para la distribución de gas natural por red de ductos a entidades nacionales o extranjeras que demuestren capacidad técnica y financiera”.*

### **3.3. Principios del Servicio Publico**

El entendimiento de aquello que debe considerarse como servicio público nos lleva a la necesidad de conocer los principales principios que rigen en todo servicio público. De esa manera, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional se han encargado de delimitar las principales principios que inspiran su estructura.

Lo anterior, en palabras de Jorge Danós permite que dichos principios orienten los derechos y obligaciones de los usuarios como al privado encargado de la gestión, así enuncia las siguientes finalidades: (i) se generan obligaciones para las empresas prestadoras; (ii) se confiere potestades al Estado para regular y supervisar la correcta prestación de los servicios públicos con la finalidad de garantizar el acceso de ellos a la población; y, (iii) se otorga derechos a los usuarios para el disfrute de dicha prestación y para exigir a las entidades estatales que la garanticen a través del ejercicio de sus poderes públicos.<sup>150</sup>

En ese entendimiento, el Tribunal Constitucional se ha referido a dichos principios determinando: (i) su naturaleza esencial para la comunidad; (ii) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo; (iii) su naturaleza

---

<sup>150</sup> DANOS ORDOÑEZ, Jorge (2009): “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana” en Teoría de los Servicios Públicos. Editorial Grijley, Primera Edición, pp. 27 y 28

regular, es decir, que debe mantener un standar mínimo de calidad; y, (iv) la necesidad que su acceso se dé en condiciones de igualdad.<sup>151</sup>

A fin de vincular el panorama respecto al contenido de dichos principios al mercado de telecomunicaciones, veremos a continuación los aportes de la doctrina respecto a cada principio y su reflejo en los servicios públicos en telecomunicaciones.

### **3.3.1. Principio de Naturaleza Esencial**

El cuanto al principio de naturaleza esencial del servicio público, Gaspar Ariño expresa que no se trata de actividades necesarias al ser del Estado, como son las actividades de soberanía, sino de actividades de mera utilidad pero –bien entendido- de actividades indispensables para la vida de la sociedad, y eso es lo que justifica la asunción por el Estado; este carácter indispensable es la clave de la comprensión de su régimen jurídico. Asimismo, explica la variabilidad de dichas actividades según los momentos históricos, según los países y según las diversas zonas o territorios dentro de un país.<sup>152</sup> En ese orden de ideas, Baldeón Miranda dice que la esencialidad de un servicio es determinada por las necesidades sociales que imperan en un contexto específico, las mismas que condicionan a las decisiones del legislador, así pues, el carácter esencial se configura espontáneamente desde la sociedad y con anterioridad a una decisión legislativa; el legislador se limita a realizar una declaración formal a través de la cual reconoce que cierta actividad resulta indispensable y primordial, en atención a un momento histórico determinado.<sup>153</sup> De esa manera, queda en evidencia la razón de ser de los servicios públicos es que sean indispensables para la sociedad en un determinado momento que permitirá al legislador la declaración como una actividad de carácter esencial.

---

<sup>151</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00034-2004-AI/TC de 15 de febrero de 2015. Fundamento Jurídico N° 40.

<sup>152</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): Ob. Cit., p. 568

<sup>153</sup> BALDEON MIRANDA, Carlos (2014): Ob. Cit., p. 37

Desde la perspectiva de las telecomunicaciones, lo encontramos en los servicios de telefónica fija o móvil, cable e internet, que no solo son vitales para la comunicación oportuna con personas de nuestro entorno, sino fundamentalmente para realizar diversas transacciones en el mercado con celeridad reduciendo exponencialmente los costos de transacción, y así facilitando las transacciones en el mercado.

Lo anterior ha sido reflejado a través de diversas herramientas que se han regulado para promover la competencia y fortalecer a los usuarios en los servicios de telecomunicaciones. Por explicar, la portabilidad numérica ahora permite que los usuarios puedan trasladarse de un operador móvil a otro, conservando su número telefónico, esto anteriormente no existía y perjudicaba enormemente a los usuarios pues no generaba incentivos para que puedan portar a una empresa diferente debido a que perdían la titularidad de sus números telefónicos con los cuales las personas de su entorno se comunicaban. También se puede ejemplificar con lo referido al desbloqueo de equipos terminales que permite a los usuarios usar el telefónico móvil adquirido en determinada empresa operadora con el chip de cualquier operador móvil. Vemos pues que lo acontecido han sido claras respuestas a la esencialidad de las telecomunicaciones en la vida de los usuarios, que con mayor frecuencia han ido utilizándolos para diversas necesidades.

### **3.3.2. Principio de Necesaria Continuidad**

El principio de necesaria continuidad, nos dice Gaspar Ariño debe de ser una prestación regular y continua; la continuidad, la habitualidad, la profesionalidad y uniformidad son notas de esencia del servicio público.<sup>154</sup> Así también precisa Baldeón Miranda, quien señala que la continuidad del servicio público implica que debe ser prestado de forma permanente, sin interrupciones y con un funcionamiento normal

---

<sup>154</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): Ob. Cit., p. 568

ajeno a paralizaciones arbitrarias<sup>155</sup>. De ese modo, se apunta que dicho principio alude a la obligación de las empresas operadoras de brindar un servicio sin interrupciones o suspensiones del servicio de manera injustificada en vista del carácter esencial que revisten a las prestaciones involucradas.

Así en el sector de las telecomunicaciones, en cuanto a las prestaciones de los servicios en telecomunicaciones, estas deben ser prestadas con un estándar de calidad ininterrumpida. Ergo, no tiene sentido para nadie contratar un servicio con frecuente intermitencia o disfuncionalidades en la señal. Esto se puede ver en el servicio de telefonía cuando se presentan imposibilidades para llamadas entrantes o salientes, en el servicio de internet ante la presencia de fallas en la velocidad, o en el servicio de televisión de paga cuando se dan interrupciones en la transmisión de los canales de televisión.

### **3.3.3. Principio de Naturaleza Regular**

En cuanto a la naturaleza regular, Baldeón Miranda explica que el carácter regular alude a la existencia de criterios mínimos de calidad que aseguren la satisfacción del interés colectivo; en virtud de dicho principio las empresas operadoras deben realizar las prestaciones con sujeción a los estándares de calidad del servicio que hayan sido establecidos para su funcionamiento en el marco jurídico aplicable, con la finalidad de garantizar las prestaciones efectivas a los usuarios.<sup>156</sup> De esa manera, existe una exigencia a que las prestaciones del servicio público no sean deficientes sino por el contrario cumplan con la calidad suficiente para satisfacer a la comunidad.

Lo anterior en el mercado de las telecomunicaciones evoca a la existencia de un marco normativo que precisa con claridad los estándares de calidad que deben sujetarse los servicios brindados

---

<sup>155</sup> BALDEON MIRANDA, Carlos (2014): Ob. Cit., p. 38

<sup>156</sup> *Ibíd.*, p. 40 y 41

por las empresas operadoras. Veamos así por ejemplo que en el servicio de internet, la empresa operadora debe garantizar como mínimo el 40% de la velocidad contratada; esto es, que el usuario pueda navegar con dicho porcentaje de la velocidad del internet, en caso contrario, la empresa operadora se encontraría incumpliendo un estándar de calidad establecido legalmente.

#### **3.3.4. Principio de Igualdad**

En lo referido al principio de igualdad, Baldeón Miranda explica que se manifiesta a través de dos (02) formas: (i) en la obligación de las empresas operadoras de contratar con toda persona que requiera la prestación del servicio público, sin distinción alguna; y, (ii) en el contenido de la relación contractual, el cual debe ser idéntico para cada una de las categorías de usuarios establecidas.<sup>157</sup> Queda entonces en evidencia que aquello que se persigue con este principio es la igualdad de trato en los usuarios, sea en la adquisición de determinado servicio público sin discriminación alguna, así como, en la estandarización de las condiciones contractuales para dicha contratación.

Así, en el ámbito de las telecomunicaciones encontramos su aplicación que en el primer supuesto, se entiende que cualquier usuario pueda contratar determinado servicio sin condicionamientos discriminatorios por parte de la empresa que en su eventual caso podrían llevar a una negativa en la contratación, en tanto, en el segundo supuesto, los planes de servicio establecidos por la empresa operadora y plasmados en contratos de adhesión deberán dar el mismo acceso en condiciones a los usuarios que contraten en base a ellos.

---

<sup>157</sup>Ibíd., p. 39

### 3.4. Los Servicios Públicos en la Ley de Telecomunicaciones

El marco jurídico de las telecomunicaciones en el Perú ha establecido diversas modalidades de la actividad de los servicios públicos en dicho sector. En ese sentido, encontramos el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones<sup>158</sup> y su Reglamento<sup>159</sup>, que distinguen las diversas modalidades de los servicios en telecomunicaciones. Así pues, delimitaremos cada uno de ellos en base a la clasificación establecida en ambos cuerpos jurídicos.

En razón de la utilización y naturaleza del servicio:<sup>160</sup>

#### i) Servicios Públicos

Son considerados servicios públicos de telecomunicaciones: (i) aquellos declarados como tales en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones; (ii) aquellos que se encuentren a disposición del público en general; y, (iii) aquellos cuya utilización implique el pago de una contraprestación.

#### ii) Servicios Privados

Son aquellos servicios que han sido establecidos por una persona natural o jurídica para satisfacer sus propias necesidades de comunicación dentro del territorio nacional. Además, cabe precisar que no podrá clasificarse como servicio privado cuando es ofrecido a terceros a cambio de una contraprestación que tenga relación con el servicio.

---

<sup>158</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC

<sup>159</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N° 20-2007-MTC

<sup>160</sup> Véase Artículo 9° del T.U.O de la Ley Telecomunicaciones y Artículo 22° de su Reglamento.



iii) Servicios Privados de Interés Público

Son considerados servicios privados de interés público aquellos denominados de radiodifusión y que incluyen emisiones sonoras y de televisión.

En razón del establecimiento de la red del servicio:<sup>161</sup>

i) Servicios Portadores

Los servicios portadores son aquellos que utilizando la infraestructura del sistema portador, tienen la facultad de proporcionar la capacidad necesaria para el transporte y enrutamiento de las señales de comunicaciones, permitiendo la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Estos servicios pueden ser desarrollados tanto por empresas privadas como por empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado y requerirán de concesión expresa para su ejercicio.

ii) Servicios Finales

A los servicios finales se les denomina también teleservicios y son aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios. Forman parte de estos servicios finales, entre otros, los siguientes: i) El servicio telefónico, fijo y móvil; ii) El servicio télex; iii) El servicio telegráfico (telegramas); y, iv) Los servicios de radiocomunicación: radioaficionados, fijo, móvil y busca personas.

---

<sup>161</sup> Véase Artículo 8º del T.U.O de la Ley Telecomunicaciones y Artículo 21º de su Reglamento.

iii) Servicios de Difusión

Son servicios de difusión los servicios de telecomunicaciones en los que la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción. Se considera servicios de difusión entre otros, los siguientes: i) Servicio de radiodifusión sonora; ii) Servicio de radiodifusión de televisión; iii) Servicio de distribución de radiodifusión por cable; y, iv) Servicio de circuito cerrado de televisión.

iv) Servicios de Valor Añadido

Son servicios de valor añadido aquellos que utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base. Se considera como servicios de valor añadido entre otros el facsímil, el videotex, el teletexto, la teleacción, telemando, telealarma, almacenamiento y retransmisión de datos, teleproceso, entre otros.

#### **4. La regulación en los servicios públicos de telecomunicaciones**

##### **4.1. Delimitando el proceso de regulación**

La grave crisis que atravesó el capitalismo desde fines de la década de 1920 y durante la de 1930 generó un ambiente intelectual fuertemente contrario a las políticas de "laissez faire". Los objetivos de asegurar el pleno empleo y reducir las fluctuaciones económicas se pusieron en el centro de las agendas de la política pública. Fue entonces que en Estados Unidos se impulsaba una política que rompía radicalmente con el modelo anterior, incorporando un régimen de regulación de los monopolios naturales que incluía los servicios de utilidad pública tales como telecomunicaciones, agua, electricidad, gas, petróleo, transporte, entre otros. Estas regulaciones estaban orientadas a mejorar la eficiencia y a prevenir la competencia

excesiva que a menudo había llevado a guerras de precios desestabilizadoras y, finalmente para asegurar el acceso universal a los servicios.

Lo anterior en líneas de Gaspar Ariño, obedece a que al liberalizar y privatizar sectores públicos del mercado, existen algunos factores determinantes de tensiones, oscilaciones o alteraciones, hay que mantener bajo control. Estos en la mayoría de casos, el propio equilibrio del mercado determina dicho control, pero en otros casos, la regulación toma relevo. Así, la regulación en el mercado mantiene los abastecimientos de electricidad, de gas, de combustibles, o los transportes terrestres, o las comunicaciones inalámbricas, dentro de parámetros señalados.<sup>162</sup>

En ese orden de ideas, el citado autor describe las técnicas regulatorias más destacables<sup>163</sup>, tales son:

(i) Regulación de Precios

Es la técnica que la ciencia económica estudia con mayor interés y tiene un amplio desarrollo en la literatura especializada. Se aplica a todos aquellos supuestos en que la libre formación de precios no es posible, sea porque la oferta es insuficiente, porque la demanda es excesivamente rígida o por tratarse de cuellos de botella en los que la parte débil no tiene posibilidades reales de discutir el precio. La solución son los “precios regulados” cuyo principio básico es la cobertura de costes más un adecuado retorno del capital (normalmente el que cubra su coste de oportunidad) creando además incentivos para la innovación tecnológica y la inversión en activos fijos.

---

<sup>162</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): Ob. Cit. 661

<sup>163</sup> *Ibidem.*, p. 671 y ss.

(ii) Desagregación de actividades

Esta técnica es de base jurídica, y tiene como finalidad aislar, dentro de cada sector, las distintas actividades que lo integran, distinguiendo aquellos segmentos del mercado donde existen dificultades estructurales para establecer la competencia o esta es todavía incipiente, de aquellos otros en que la pluralidad de operadores y la competencia son inmediatamente posibles. Es muy usada en política de la competencia, para corregir las concentraciones excesivas cuando dan lugar a abusos de posición de dominio.

(iii) Obligación de dar acceso a terceros a las propias instalaciones o servicios:

Esta obligación se corresponde con el derecho de acceso a las infraestructuras y redes existentes (red de alta tensión, de gasoductos, de oleoductos, red telefónica, etc.) que se reconoce a los nuevos entrantes en el sector para que puedan incorporarse a la oferta en condiciones equitativas. Este derecho/obligación incorpora la necesidad de ajustar muchos elementos (puntos de acceso, modalidades, cantidades, reservas, etc.) y, sobre todo, el precio. En ocasiones el acceso exige llevar determinados equipos a las instalaciones de otro operador, que no puede negarse a su establecimiento siempre que sea razonablemente posible y se abone el uso de las instalaciones ajenas a su justo precio.

(iv) Obligación entre interconexión de las redes e interoperabilidad de los servicios

La interconexión regulada es necesaria para compensar los efectos de las economías de red, que hacen que la red grande no tenga incentivos para interconectarse con la pequeña, a la que puede expulsar fácilmente del mercado. Lo mismo ocurre con la interoperabilidad de los servicios cuando discurren sobre redes (caso

típico, los servicios de telecomunicaciones). En ambos casos, la regulación se encarga de decir cómo debe realizarse la interconexión, que estándares se utilizan y, naturalmente, que precio debe pagarse, cuando las partes no se ponen de acuerdo por sí mismas.

(v) Regulación específica de los cuellos de botella

En los sectores estratégicos surgen diversos cuellos de botella, que requieren soluciones específicas para evitar que estrangulen la competencia. Puede ser el caso del bucle local en las telecomunicaciones, de los slots de despegue y aterrizaje en los grandes aeropuertos o de los derechos de paso en cualquier infraestructura; cuando están dominados por un único titular pasan a considerarse “instalaciones esenciales” (*essential facilities*) y no pueden regirse exclusivamente por la autonomía de la voluntad de su titular sino que han de hacerlo en condiciones reguladas, cada uno según sus necesidades específicas.

(vi) Imposición de cargas de servicio público

En los sectores estratégicos el mero hecho de realizar una oferta comercial “al público” puede conllevar diversas cargas regulatorias, desde las más livianas de hacer la oferta en condiciones transparente y no discriminatorias, hasta las más gravosas de incorporar a la misma determinadas prestaciones y facilitarlas (gratuitamente o a precio controlado) a todos los usuarios. Naturalmente, el “modo” en que se prestan los servicios también puede someterse a cargas en beneficio de la continuidad y regularidad de la prestación, de la igualdad y transparencia en su contratación o de la oferta a los usuarios de unas prestaciones concretas.

(vii) Mantenimiento del servicio universal

El servicio universal es la carga de servicio público más característica, y consiste en un conjunto mínimo de prestaciones que ha de hacerse llegar a todos los ciudadanos a precio asequible en todo territorio nacional. Lógicamente, de este servicio se encargaran al menos una de las empresas competidoras en cada circunscripción territorial; esta responsabilidad debe ser neutral a efectos competitivos, por lo que esta empresa no debe ganar ni perder con este servicio, lo que incorpora un complejo juego de trasvases financieros en aquellos casos en que el precio no cubra los costes, puesto que tales deben repartirse entre todos los competidores.

(viii) Concesión de derecho de paso

El servicio público no solo conlleva cargas; estas van acompañadas de algunos privilegios, que en cierto modo las compensan, el más señalado de los cuales es el de la disposición de derechos de paso para el tendido de las infraestructuras y redes que sean necesarias. Estos derechos de paso se proyectan sobre el dominio público (normalmente al viario) de las administraciones públicas y alcanzan también a la propiedad privada, puesto que las empresas a las que se reconocen son beneficiarias de los procedimientos de expropiación forzosa o de imposición de servidumbres, lo que naturalmente conlleva a la obligación de pagar su justo precio.

(ix) Técnicas instrumentales

La regulación posee un conjunto de técnicas generadas por los distintos reguladores que ya son características de la misma. Una de ellas es la de audiencias públicas destinadas a oír al sector antes de tomar una decisión importante, normalmente normativa, construidas sobre el modelo de las Notice of Proposed Rulemaking norteamericanas. Otras son las instrucciones circulares, con las que

los reguladores ejercitan una potestad normativa de segunda orden, subordinada a las leyes y reglamentos estatales, pero igualmente vinculantes. Otra técnica muy extendida es la emisión de documentos de estudio, interpretativo, recomendaciones y otros textos, no vinculantes, pero que envían claros mensajes al sector de lo que está considerando hacer el regulado o de como resolverá una situación delicada en caso de presentarse. Otras es la creación de foros especializados, con carácter formalmente consultivo o sin él, pero que sirven de punto de encuentro a todos los interesados para discutir delante del regulador los problemas del sector.

(x) Técnicas generales de aplicación importante en materia regulatoria

Al igual que para dar efectividad a los derechos de paso hay que acudir a la potestad expropiatoria, otras técnicas bien conocidas del Derecho Administrativo general se aplican con especial intensidad –y con algunos cambios- en la regulación de los sectores estratégicos. Sirvan de ejemplo las autorizaciones, inspecciones y sanciones. Las autorizaciones se matizan en la regulación económica en el sentido de que se convierten en títulos habilitantes siendo la llave para operar y es lógico que en sectores regulados se configuren con especial cuidado. Las inspecciones y sanciones tienen también su propia particularidad, consistente en que la actividad inspectora aparece en ocasiones separada de la resolutoria de los expedientes y que la potestad sancionadora de los reguladores independiente es absorbida en sus niveles más importantes y en muchas ocasiones por los gobiernos.

#### **4.2. El Organismo Regulador de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en Perú: OSIPTEL**

A inicios de los años noventa en el Perú ocurrió un cambio conceptual del rol del Estado en la economía. Se transfirió entonces al sector privado la responsabilidad de desarrollar actividades productivas y los servicios,

mientras que el Estado se reservó para sí la función de promotor y regulador de la inversión privada. El sector de las telecomunicaciones no fue ajeno a estas transformaciones, iniciando el proceso privatizador con la venta al consorcio liderado por Telefónica de España de las acciones de ENTEL Perú y la Compañía Peruana de Teléfonos S.A; en tanto, el proceso regulatorio se dio inicio con la promulgación de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Legislativo 702, noviembre 1991), en virtud del cual se creó legalmente OSIPTEL en sustitución de la Comisión Reguladora de Tarifas de Telecomunicaciones.<sup>164</sup> Así pues, OSIPTEL fue creado el 11 de julio de 1991 mediante Decreto Legislativo N° 702<sup>165</sup>, e inició sus actividades con la instalación de su primer Consejo Directivo el 26 de enero de 1994.

Dicho acontecimiento de reestructuración y privatización del sector de telecomunicaciones, de acuerdo a Teresa Tovar obedecía a dos principales objetivos: (i) Modificación del marco regulatorio, pasando el Estado de prestador de servicios a regulador de los mismos (...) la ley vigente entonces prohibía las inversiones privadas. Simplemente estaba planteada en una mecánica totalmente distinta. El cambio absoluto, total y radical del marco regulatorio fue un requisito necesario; (ii) creación e implementación del órgano regulador que asuma este nuevo rol del Estado. Se creó e implementó OSIPTEL.<sup>166</sup>

De esa manera, OSIPTEL aparece como el ente regulador que respondería a las exigencias de la inversión privada abandonando el modelo de la empresa estatal como proveedora exclusiva y, a su vez, promoviendo la liberalización del mercado de telecomunicaciones incentivando la competencia como el mecanismo eficiente para el desarrollo de dicho mercado.

---

<sup>164</sup> OSIPTEL (1996): "Memoria 1996. La Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones en el Perú", p. 13

<sup>165</sup> Con el Decreto Legislativo N° 702, del 05 de noviembre de 1991, se creó OSIPTEL; así en el artículo 79° dispone: "La Comisión de Tarifas de Comunicaciones, que en adelante se denominará Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, se encargará de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de tarifas".

<sup>166</sup> TOVAR MENA, Teresa (2006): Ob. Cit., p. 64



Así, en la actualidad OSIPTEL es conceptualizado como el organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de Derecho Público, patrimonio propio y autonomía técnica, administrativa, económica y financiera, ejerciendo las funciones, competencias, y facultades contempladas en su reglamento (Decreto Supremo N° 008-2001-PCM).<sup>167</sup>

#### **4.3. Funciones de OSIPTEL**

En líneas de Teresa Tovar, a OSIPTEL le fueron asignadas dos funciones en dos niveles: (i) la preservación y promoción de la competencia efectiva y justa (ámbito de la política de competencia, que incluye desregulación y mínima intervención); y, (ii) la facultad de corregir y sancionar conductos o actos contrarios a la normas sobre libre y leal competencia al resolver los conflictos suscitados entre empresas con relación a las obligaciones sobre la materia (funciones de agencia de competencia, que incluye la imposición de medidas correctivas y sanciones administrativas).<sup>168</sup>

En ese sentido, legislativamente se ha asignado a OSIPTEL las funciones en dos instrumentos legales, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada de los Servicios Públicos<sup>169</sup> y de manera más específica al sector de telecomunicaciones, el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones<sup>170</sup>, los cuales disponen las funciones siguientes:

(i) Función supervisora

Comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida

---

<sup>167</sup> OSIPTEL (2015): Ob. Cit., p. 192

<sup>168</sup> TOVAR MENA, Teresa (2006): Ob. Cit., p. 71 y 72

<sup>169</sup> Véase Artículo 3° de la Ley N° 27332.

<sup>170</sup> Véase Título IV del Decreto Supremo N° 008-2001/PCM

por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas. Esta función permite al OSIPTEL verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas operadoras así como de los reglamentos a los que deben ceñirse.

(ii) Función reguladora

Comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito. Es la facultad que tiene el OSIPTEL de fijar tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones; actualmente estas tarifas son establecidas libremente por cada empresa operadora, de acuerdo con las condiciones de oferta y demanda en el mercado; no obstante, el OSIPTEL puede establecer tarifas tope para determinados servicios.

(iii) Función Normativa

Comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador. Por medio de la función normativa, El OSIPTEL dicta reglamentos en cuanto a los temas

necesarios de regular en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones tales como: sistemas tarifarios, procedimientos de reclamos, organización interna del OSIPTEL, proceso de aprobación de reglamentos, normas y regulaciones, lineamientos y criterios para la existencia de contabilidad separada en las empresas operadoras, lineamientos para la interconexión de servicios y redes, estándares de calidad y las condiciones de uso de los servicios que se encuentren bajo su competencia, relaciones entre las empresas comercializadoras y las empresas operadoras y, entre aquellas y los usuarios del servicio; en aquellos aspectos relativos a la comercialización de tráfico de telecomunicaciones y otros.

(iv) Función fiscalizadora y sancionadora

Comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión. La función fiscalizadora y sancionadora permite al OSIPTEL imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

(v) Función de solución de controversias

Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados. Esta función, autoriza a los órganos funcionales competentes del OSIPTEL a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto, entre empresas operadoras, y entre éstas y el usuario. Quedan excluidas de esta

función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI. La función de resolver controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos.

- (vi) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan

El OSIPTEL tiene como competencia exclusiva para reconocer y resolver los reclamos presentados por usuarios contra empresas operadoras, en segunda instancia que estén relacionadas con las diversas materias reclamables.

#### **4.4. Modalidades de actuación de OSIPTEL**

Por lo general, como indica Bullard Gonzáles, un organismo regulador, como es el caso de OSIPTEL, normalmente actúa *ex ante*, es decir, antes que el bien se venda o el servicio se preste. Establece previamente los precios, condiciones y características que se deben reunir, y la empresa o proveedor en cuestión tendrá que acatarlos. Asimismo, esto se debe a que la regulación se concentra mucho más en el resultado antes que el proceso. Fijan el precio, establecen la calidad, determina las condiciones de contratación.<sup>171</sup> No obstante, si bien la regulación se caracteriza fundamentalmente por una regulación *ex ante*, las acciones *ex post* no se encuentran relegadas, pues en ocasiones el regulador hará uso de estas acciones para corregir eventuales fallas del mercado.

En vista de lo anterior, así por ejemplo las funciones regulatorias y normativas se da en las actuaciones *ex ante*, mientras que, las actuaciones *ex post* se cumplen básicamente mediante la función de solución de controversias entre las empresas y entre las empresas y los usuarios.

---

<sup>171</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo (2006): Ob. Cit., p. 907

#### **4.4.1. Actuación ex ante**

En cuanto a la acción *ex ante*, OSIPTEL de acuerdo con su función de preservar la competencia, vigila el mercado, haciendo uso de las atribuciones que le confieren la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento de dicha ley, su reglamento general y las diversas normas específicas en materia de tarifas, interconexión, contabilidad separada, etc. Así, OSIPTEL puede supervisar el cumplimiento de los sistemas de tarifas en caso de servicios sujetos a regulación de precios o inclusive, en casos de servicios no regulados, de las tarifas fijadas libremente por las propias empresas, verificando que se den condiciones de competencia. En el ejercicio de esta función, puede detectar por ejemplo, la existencia de subsidios cruzados, de cláusulas de atadura, etc.<sup>172</sup>

#### **4.4.2. Actuación ex post**

Ahora, respecto a la acción *ex post*, el Reglamento de OSIPTEL señala que este es competente para conocer en la vía administrativa las controversias entre empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones o entre estas y otras empresas no operadoras. OSIPTEL será competente tanto si la controversia se presenta entre dos empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, como en el caso de una controversia entre una empresa de telecomunicaciones y una empresa comercializadora no operadora. En tal sentido, conoce de cualquier controversia que surja entre empresas, respecto del mercado de servicios de telecomunicaciones, en lo referente a: (i) prácticas restrictivas de la competencia; (ii) abuso de posición de dominio; y, (iii) actos de competencia desleal.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> TOVAR MENA, Teresa (2006): Ob. Cit., p. 85

<sup>173</sup> *Ibidem.*, p. 91

#### **4.5. El Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios en Servicios de Telecomunicaciones: TRASU**

El TRASU es el “Órgano de OSIPTEL competente para conocer y resolver, en segunda instancia administrativa, los reclamos y quejas de los usuarios contra las empresas operadoras, así como, para sancionar, conforme a su competencia”.<sup>174</sup> Creado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 013-95-CD/OSIPTEL, publicada el 24 de septiembre de 1995 en el Diario Oficial El Peruano, como última instancia administrativa para la solución de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

De esa manera, corresponde al TRASU resolver en última instancia los recursos de apelación y las quejas presentadas por los usuarios ante las Empresas Operadoras respecto de las materias de su competencia, imponiendo las sanciones correspondientes ante las infracciones cometidas por las Empresas Operadoras dentro de un procedimiento de solución de reclamos, conforme a lo dispuesto por el Reglamento General de Infracciones y Sanciones; así como la expedición de las resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria en materia administrativa, y los lineamientos que orienten a los usuarios y a las Empresas Operadoras sobre los alcances y criterios de interpretación de las normas que regulan la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, en los aspectos que fueren de su competencia.

En cuanto a la actuación procesal del TRASU, ésta se rige, fundamentalmente, por las disposiciones contenidas en N° 015-99-CD/OSIPTEL, Directiva que establece las normas aplicables para los procedimientos de atención a los reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones y sus correspondientes modificatorias (Directiva de Reclamos), en las Resoluciones N° 01-98-LIN/TRASU-OSIPTEL, N° 01-99-LIN/TRASU-OSIPTEL, N° 01-2000-LIN/TRASU-OSIPTEL, N° 01-2004-LIN/TRASU-OSIPTEL y N° 001-2007-LIN/TRASU-OSIPTEL (Lineamientos Resolutivos del Tribunal Administrativo de

---

<sup>174</sup> OSIPTEL (2015): Ob. Cit., p. 370

Solución de Reclamos de Usuarios de OSIPTEL), en las Resoluciones N° 01-99-MP/TRASU-OSIPTEL y N° 001-2006-MP/TRASU-GUS-OSIPTEL (Relación de Medios Probatorios que serán actuados por las Empresas Operadoras) y en del Consejo Directivo N° 003-2003-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (Reglamento de Organización y Funciones del TRASU).

## **5. Derechos de los Usuarios en los Servicios Públicos de Telecomunicaciones**

### **5.1. El Derecho del Usuario**

Como hemos visto con anterioridad, la noción del consumidor se construyó progresivamente debido a la situación de indefensión de estos frente a las eventuales prácticas comerciales desleales de las empresas del mercado. Y evidentemente el mercado de las telecomunicaciones no ha sido indiferente a dicho desarrollo tuitivo. Es así, que en líneas de Guido Alpa, para construir la tutela de los usuarios en el sector de las telecomunicaciones se deben asumir algunos criterios ordenantes, tales como: (i) El sustrato económico y sociológico de las telecomunicaciones; (ii) El andamiaje jurídico, compuesto por sus fuentes; y, (iii) El análisis de los efectos de las normas, de los aparatos administrativos, de las acciones colectivas e individuales operantes en el ámbito de la autonomía privada.<sup>175</sup>

Lo anterior en buena cuenta, a saber de Gaspar Ariño, porque en la compleja sociedad contemporánea los usuarios de los servicios públicos tienen mucho que decir respecto a la gestión de dichos servicios. El usuario aislado tiene naturalmente unos derechos, adquiridos vía contrato o estatuto, que puede obtener por sí mismos; pero agrupados, a través de las pertinentes asociaciones, tienen otros que complementa tanto a los aludidos derechos individuales cuanto a la protección que recibe de la administración. El contenido de estos derechos es de obtención de información, garantía de los contratos o de la posición asumida frente al operador, procedimientos ágiles y sumarios, etc., aspectos estos en que se

---

<sup>175</sup> ALPA, Guido (2004): Ob. Cit., p. 311

confía al usuario plena capacidad de iniciativa y, muchas veces, de disposición. Así pues, se parte del supuesto de que el poder económico de las operadoras de telecomunicaciones necesita este contrapeso porque el usuario depende en exceso de las telecomunicaciones como para poder negociar libremente con la operadora que le presta sus servicios.<sup>176</sup>

## **5.2. Principales derechos de los usuarios en los servicios públicos en telecomunicaciones**

Los principales derechos de los usuarios en telecomunicaciones se encuentran en un decálogo que ha sido una elaboración de OSIPTEL, resaltando aquellos derechos que con mayor incidencia son vulnerados, entre los diversos derechos que cuentan los usuarios en servicios de telecomunicaciones. Así tenemos, un decálogo de derechos fundamentales sistematizado por el ente regulador disponible para que los usuarios de una manera sencilla puedan conocer antes, durante y después de contratar un servicio en telecomunicaciones con las empresas operadoras.

A continuación detallaremos brevemente cada uno de ellos.<sup>177</sup>

### **5.2.1. Solicitar y recibir información clara, oportuna, detallada y actualizada**

La información cumple un rol vital en los contratos de prestación de servicios con las empresas operadoras. De esa manera, la responsabilidad acerca del conocimiento de la misma para el usuario corresponde a este último y, a su vez, a la empresa operadora. En ese escenario cada vez que un usuario requiera información respecto a un posible servicio a contratar, la empresa operadora está obligada a brindarle información clara, veraz, detallada y precisa para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada. De

---

<sup>176</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): Ob. Cit., p. 829 y 830

<sup>177</sup> Una guía interactiva sobre el Decálogo de los Usuarios de Servicios de Telecomunicaciones se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Orientacion\\_Usuarios/guia\\_derechos\\_usuario\\_2015/Guia\\_del\\_Usuario\\_OSIPTEL.html#2](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Orientacion_Usuarios/guia_derechos_usuario_2015/Guia_del_Usuario_OSIPTEL.html#2)



esa manera, las empresas operadora deben dar tal información como mínimo respecto a los siguientes tópicos<sup>178</sup>:

- (i) El servicio ofrecido
- (ii) Las diversas opciones de planes tarifarios;
- (iii) Los requisitos para acceder al servicio;
- (iv) La cobertura y alcance del servicio;
- (v) Las características, modalidades y limitaciones del servicio ofrecido;
- (vi) La periodicidad de la facturación;
- (vii) El plazo del contrato de prestación de servicios, causales de resolución anticipada, penalidades, si las hubiera y sus consecuencias o alcances económicos;
- (viii) El plazo y condiciones de los contratos adicionales a que hace referencia el artículo 16-A°;
- (ix) Los alcances y uso de los equipos terminales que sean provistos por la empresa operadora, en especial, las opciones de servicios que el equipo y la red permitan, y cuyo uso se encuentre sujeto a contratación previa o a tarificación por consumo efectivamente realizado
- (x) El procedimiento para dar de baja el servicio contratado bajo la modalidad prepago a que se refiere el artículo 14;
- (xi) La velocidad de transmisión contratada y velocidad de transmisión mínima garantizada en Megabits por segundo (Mbps), especificándose para cada caso, la velocidad de descarga (downlink) y de envío de información (uplink), así como las condiciones que influyen en dichas velocidades, para el servicio de acceso a Internet (fijo y móvil);
- (xii) La capacidad de descarga en Megabytes (MB) o Gigabytes (GB), en los casos que corresponda, para el servicio de acceso a Internet (fijo y móvil);
- (xiii) Las tecnologías a las que se puede acceder desde el equipo terminal adquirido a la empresa operadora, para los servicios

---

<sup>178</sup> Véase artículo 6° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

públicos móviles y de acceso a Internet (fijo y móvil); así como los sistemas operativos que utilice el equipo terminal en el caso de los servicios públicos móviles;

- (xiv) Las condiciones de prestación del servicio de roaming internacional, las tarifas aplicables para los destinos frecuentes y, de ser el caso, para las zonas de frontera, así como el procedimiento para su activación y desactivación;
- (xv) La relación y el número de señales de programación, para el servicio de distribución de radiodifusión por cable; y,
- (xvi) La dirección de las oficinas de pago y otros medios habilitados para el pago de los servicios, así como el horario de atención de las oficinas de pago de la empresa operadora.

Cabe señalar que si bien existe una obligatoriedad para las empresas operadoras de informar a los usuarios del servicio, aquello no exime a estos últimos el deber de solicitar información adecuada para contratar. De ese modo se recomienda:

- (i) Analizar las necesidades, calcular los gastos y evaluar el plan tarifario que resulte más conveniente.
- (ii) Informarse de manera clara, completa, oportuna y veraz con toda la información que la empresa operadora debe proporcionar, a fin de tomar la mejor decisión.
- (iii) Consultar las tarifas, promociones, condiciones, plazos, penalidades y otros conceptos aplicables al contrato.
- (iv) Verificar antes de firmar el contrato que incluya todo lo ofrecido y acordado por la empresa operadora.

### **5.2.2. Recibir un servicio de calidad**

La empresa operadora está obligada a brindar un servicio ininterrumpido que cumpla con los requisitos de calidad establecidos. Generalmente, los principales problemas relacionados con la calidad del servicio de la telefonía fija o móvil, tv por cable e internet, se generan por el inadecuado funcionamiento de la red, como por

ejemplo: interferencias durante la comunicación, la llamada se corta, los canales de televisión por cable no se ven adecuadamente, no tener el servicio contratado a pesar de estar al día en los pagos, entre otros.

En esos casos, la empresa operadora no podrá efectuar cobros por el periodo de duración de la interrupción del servicio, debiendo realizar la devolución de los montos que correspondan en el supuesto que el servicio se haya pagado en forma adelantada.

Así pues, ante dichas eventualidades en el servicio brindado por la empresa operadora, el usuario deberá reportar los inconvenientes de calidad a la empresa operadora a fin de dejar constancia de tales problemas y posteriormente no se cobre por el periodo que no ha tenido funcionamiento,

### **5.2.3. Recibir el contrato de servicio**

En cuanto a la obligación de la empresa operadora a entregar el contrato de servicio al usuario existen dos escenarios que dependen del mecanismo de contratación utilizado. En ese sentido nos encontramos: <sup>179</sup>

- (i) Cuando la contratación se realice en forma presencial, deberá ser entregada inmediatamente al momento de la contratación, mediante documento físico. un original del contrato y, sus respectivos anexos, si los hubiere.
- (ii) En los casos en que la contratación no se celebre de manera presencial, la empresa operadora deberá entregar la referida documentación dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a la celebración del contrato, mediante documento físico, salvo que el abonado solicite expresamente que la entrega se realice a través de medios electrónicos, en cuyo

---

<sup>179</sup> Véase artículo 9º de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

caso la empresa operadora deberá hacerla efectiva dentro de los dos (2) días útiles posteriores a la celebración del contrato.

En ambos casos la carga de la prueba respecto de la entrega de la documentación en virtud del contrato estará a cargo de la empresa operadora.

Asimismo, en caso el contrato se haya deteriorado o extraviado, la empresa operadora deberá expedir o remitir las copias que correspondan, dentro de los cinco (5) días hábiles de realizada la solicitud respectiva, pudiendo aplicar una tarifa por concepto de expedición de copia del contrato de abonado, únicamente cuando esta haya sido entregada a través de medio impreso, a requerimiento del abonado<sup>180</sup>.

#### **5.2.4. Pagar sólo por los servicios que han sido contratados y expresamente aceptados.**

Este derecho se refiere a que la empresa debe cobrar únicamente por los servicios efectivamente prestados y que hayan sido solicitados. Por ello, es fundamental que antes de aceptar o firmar un contrato, el usuario debe haber comprendido a cabalidad el contenido del mismo a fin de que en la facturación del servicio no sea sorprendido por conceptos relacionados con servicios de los cuales no tuvo conocimiento en el momento de la contratación.

Existe además una lista de conceptos que pueden ser facturados por las empresas operadoras, encontrándose prohibida la inclusión de conceptos adicionales. Siendo así, los conceptos que podrán ser facturados por la empresa operadora de manera taxativa<sup>181</sup>:

- (i) Tarifa o renta fija, de acuerdo a la periodicidad pactada;

---

<sup>180</sup> Véase artículo 10º de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

<sup>181</sup> Véase artículo 32º de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

- (ii) Tarifa de instalación o acceso al sistema;
- (iii) Consumos efectuados;
- (iv) Servicios suplementarios, adicionales y otras prestaciones contempladas en la presente norma;
- (v) Otros servicios públicos de telecomunicaciones prestados por terceros que hayan contratado el servicio de facturación y recaudación con la empresa operadora respectiva, siempre que resulten de regímenes aprobados por el Consejo Directivo del OSIPTEL;
- (vi) Recarga o habilitación del servicio contratado, mediante tarjetas de pago;
- (vii) Pago al contado o financiamiento de equipo terminal y/o alquiler de otros equipos requeridos para la utilización del servicio, especificándose el número de cuota a pagar y el número de cuota restante, según corresponda;
- (viii) Financiamiento de deuda;
- (ix) Descuentos, devoluciones y/o compensaciones;
- (x) Recuperación de inversión realizada para el desarrollo de infraestructura específica, a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 16, especificándose el número de cuota a pagar y el número de cuota restante, según corresponda; y/o
- (xi) Intereses.

De esa manera, en ningún caso la empresa operadora facturará en el recibo correspondiente cobros por concepto de gastos de cobranza, penalidades o cobros de similar naturaleza. Y ante supuestos en que se hayan facturado conceptos similares a los descritos que no reconozca el usuario, este último podrá reclamar a fin de no realizar el pago por servicios que no ha contratado.

#### **5.2.5. Exigir un código de reclamo**

Este derecho se encuentra vinculado al procedimiento de reclamo, esto es, ante eventuales problemas con la prestación del servicio por

parte de la empresa operadora como por ejemplo en la calidad del servicio, facturación o cobros indebidos, descuentos indebidos a recargas, contrataciones no solicitadas, entre otros, se ha establecido un procedimiento de reclamo, el mismo que cuenta con plazos, recursos e instancias que permiten una efectiva atención de los reclamos presentados por los abonados y usuarios.

Así pues, la empresa operadora está obligada a recibir y asignar un código de reclamo a cualquier reclamo formulado por los abonados y/o usuarios del servicio sea telefónicamente, personalmente, a través de un escrito o página web.

En todos los casos, el reclamo puede ser presentado por el abonado o el usuario. El reclamo es gratuito y no necesita de abogado ni de tramitador al momento de presentación del reclamo. Además la empresa operadora deberá informar al usuario sobre su derecho de acceder al expediente y el plazo máximo de la empresa operadora para resolver el reclamo.

#### **5.2.6. Dejar de pagar el monto que es materia de reclamo.**

Este derecho se encuentra en relación con el reclamo por facturación, donde se cuestiona el monto facturado que no reconoce el usuario por considerarlo diferente a su renta fija o por haber tenido periodos de tiempo con el servicio averiado.

En ese sentido, el pago del monto reclamado queda suspendido hasta que se resuelva el reclamo respectivo, garantizando así que en los casos que se dé la razón al usuario, este no tenga que realizar mayores trámites para la devolución del monto indebidamente cobrado. Así pues, el usuario solo debe pagar el monto del recibo con el que se encuentra de acuerdo, quedando la empresa operadora imposibilitada de condicionar la presentación del reclamo al pago del monto reclamado.

Para efectos de la devolución de los montos reclamados, se siguen las siguientes reglas<sup>182</sup>:

- (i) Si el usuario no realizó el pago del monto reclamado, las empresas operadoras deberán dejar sin efecto la facturación.
- (ii) Si el usuario realizó el pago del monto reclamado, las empresas operadoras deberán devolver el monto reclamado. Las devoluciones a las que se refiere el artículo 13, deberán ser realizadas por la empresa operadora a más tardar en el recibo correspondiente al segundo ciclo de facturación inmediato posterior. En caso el usuario de por terminada la relación contractual y por ende no hayan facturaciones siguientes la devolución deberá realizarse en la misma moneda en la que se efectuó la facturación.

#### **5.2.7. Requerir el detalle de las llamadas entrantes**

Este derecho consiste en que a solicitud del abonado, la empresa operadora está obligada a proporcionar el registro de información de las llamadas entrantes al servicio telefónico del abonado (que comprende en general las comunicaciones de voz que son recibidas por los abonados del servicio telefónico fijo y de los servicios públicos móviles), con una anterioridad no mayor a dos (2) meses de realizada la solicitud<sup>183</sup>.

Dicha solicitud deberá ser presentada personalmente por el abonado, en cualquiera de las oficinas de la empresa operadora, verbalmente o por escrito. La empresa operadora podrá permitir otros mecanismos adicionales para la presentación de esta solicitud. La emisión de este registro podrá generar el pago de una tarifa.

---

<sup>182</sup> Véase artículo 13º y 14º del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

<sup>183</sup> Véase artículo 65 de las Condiciones de Uso

En el documento que se entregue al abonado se detallará el número llamante, la fecha, la hora de inicio y duración de la comunicación. La empresa operadora podrá entregar esta información, de acuerdo a lo indicado por el abonado, en la propia oficina de la empresa, o en el domicilio señalado por el abonado, mediante un documento impreso, por medios electrónicos, o por cualquier soporte informático que tenga la capacidad de almacenar información, en un plazo máximo de quince (15) días útiles posteriores a la presentación de la solicitud.

En caso la empresa operadora se negara a brindar este registro, o no cumpliera con entregarlo en el plazo indicado, el abonado podrá iniciar un procedimiento de reclamo.

#### **5.2.8. Cambiar de empresa de telefonía y mantener el número**

Todos los abonados del servicio de telefonía fija y móvil, independientemente de su modalidad de contratación (prepago o postpago) tienen derecho a cambiar de una empresa operadora a otra (Concesionario Cedente – Concesionario Receptor), conservando su número telefónico a través de la Portabilidad Numérica. Para tal efecto, el abonado tiene que presentar una solicitud en la empresa operadora con la que desea contratar a través del formato de portabilidad<sup>184</sup>.

En cuanto a la duración de dicho trámite, en el servicio móvil, el trámite de portabilidad numérica se realizará en el plazo máximo de 24 horas, salvo los casos en que la solicitud de portabilidad sea presentada en domingo o feriado, o el día previo a estos.

Cabe señalar que el abonado que solicita la portabilidad siempre tendrá habilitado el servicio, salvo en el momento en que se produzca el cambio. Este periodo sin servicio durará como máximo 3 horas,

---

<sup>184</sup> Véase artículo 8º del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, Resolución de Consejo Directivo N° 166-2013-CD/OSIPTEL



entre las 0:00 horas y las 6:00 horas de la fecha programada para la ejecución de la portabilidad<sup>185</sup>.

El trámite de portabilidad es gratuito, sin embargo se debe considerar:

- (i) En el caso del servicio móvil, el abonado deberá asumir el costo por la adquisición del nuevo chip (SimCard)
- (ii) En el caso de telefonía fija, el abonado deberá asumir el costo de instalación del servicio fijado por la nueva empresa operadora.

Por otro lado, únicamente se podrá negar la portabilidad cuando el abonado se encuentre en alguno de los siguientes supuestos<sup>186</sup>:

- (i) El abonado, a la fecha de la solicitud de portabilidad, tiene suspendido el servicio por mandato judicial, por deuda, por declaración de insolvencia, por uso indebido del servicio o por uso prohibido, de acuerdo a lo establecido en las Condiciones de Uso.
- (ii) El abonado, a la fecha de la solicitud de portabilidad, tiene deuda exigible, respecto al último recibo telefónico emitido, con el Concesionario Cedente.
- (iii) El abonado, a la fecha de la solicitud de portabilidad, no cuenta con una relación contractual con el Concesionario Cedente por haberse dado de baja y no se encuentra dentro del plazo de los treinta (30) días calendario al que se refiere el artículo 8°.

En definitiva, este derecho además de garantizar que el abonado no vea limitada su decisión de cambiarse de empresa operadora, busca fomentar la competencia entre las empresas en beneficio de los usuarios, pues tendrán que esforzarse por conservar a sus abonados y atraer a nuevos clientes.

---

<sup>185</sup> Véase artículo 15° del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, Resolución de Consejo Directivo N° 166-2013-CD/OSIPTEL

<sup>186</sup> Véase artículo 4° del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, Resolución de Consejo Directivo N° 166-2013-CD/OSIPTEL

### **5.2.9. Suspender temporalmente el servicio**

El abonado puede solicitar la suspensión del servicio por un periodo de hasta dos (02) meses. Esta suspensión se puede solicitar por un mínimo de 15 días calendario y hasta un máximo de dos meses (consecutivos o no) en el lapso de un año de servicio. El abonado deberá precisar en la solicitud el periodo que durará la suspensión y, una vez presentada la solicitud, la empresa tendrá como máximo 5 días hábiles para atender su pedido. Cabe señalar, que en caso de contratos con plazo forzoso, se ampliará el plazo permanencia del contrato de manera automática por el periodo de duración de la mencionada suspensión<sup>187</sup>.

Respecto a la facturación, la empresa operadora no podrá cobrar por el servicio durante dicho periodo, únicamente puede cobrar las deudas que el abonado tuviera pendiente. Por otro lado, la reactivación del servicio es automática del término del plazo de suspensión y la empresa operadora que presta el servicio, podrá cobrar una tarifa por la reactivación del mismo<sup>188</sup>.

De ese modo se busca proteger a los abonados que no puedan afrontar el pago de sus servicios por situaciones pasajeras, sin que por ello deban dar de baja a sus servicios.

### **5.2.10. Dar por terminado el contrato de servicio, sin condiciones o pago alguno, salvo que se haya pactado un periodo mínimo de permanencia**

Los abonados tienen derecho a dar por concluido el contrato de servicio, sin condicionamiento al pago de las deudas pendientes, utilizando cualquiera de los canales que existen para contratar el servicio. Para ello, deben de comunicar a la empresa operadora la

---

<sup>187</sup> Véase artículo 56º de las Condiciones de Uso

<sup>188</sup> Véase artículo 57º de las Condiciones de Uso

decisión de finalizar el contrato cuando el usuario lo considere conveniente, respetando lo acordado en el mismo y el procedimiento establecido para tal fin. Esto podrá ser comunicado a través de cualquiera de los mecanismos de contratación que hayan sido implementados y utilizados por la empresa operadora, indicando la fecha en la cual terminará el contrato; en caso contrario, éste quedará resuelto automáticamente luego de transcurrido cinco (5) días hábiles, desde la fecha en que se efectuó la comunicación respectiva<sup>189</sup>.

Cabe señalar que la regla general en los servicios de telefonía móvil es el contrato de duración indeterminada salvo en el caso de celebrar adicionalmente un contrato por financiamiento de equipos terminales<sup>190</sup>, en tanto, los servicios de telefonía fija, tv por cable e internet siempre que sean celebrados por escrito pueden fijar un plazo forzoso al usuario; no obstante este último puede solicitar la baja pero con el pago de las penalidades que devienen del incumplimiento del plazo forzoso<sup>191</sup>.

Finalmente, la empresa operadora está prohibida de dar por terminado el contrato por causales distintas a las previamente establecidas, a diferencia del abonado que puede solicitar la baja del servicio sin expresión de causa.

---

<sup>189</sup> Véase artículo 76º de las Condiciones de Uso

<sup>190</sup> Véase artículo 16º de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

<sup>191</sup> De acuerdo al artículo 16º de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones: Para el cálculo de las penalidades la determinación del importe a ser pagado por el abonado, la empresa operadora deberá: a) Tomar como valor de referencia para el cálculo, el precio del equipo terminal ofrecido bajo la modalidad prepago, al momento de la contratación; b) Descontar el monto efectivamente pagado por el abonado por el equipo terminal, del precio del equipo terminal prepago; y, c) Multiplicar el valor obtenido en el literal b), por el resultado de dividir el número de meses restantes para el cumplimiento del plazo establecido en el contrato adicional, entre el número total de meses pactado en el referido contrato.

# **SUBCAPITULO III**

## **LAS VENTAS AGRESIVAS EN LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES**

### **I. PRIMERA PARTE: EL TELEMARKETING EN LAS VENTAS AGRESIVAS**

#### **1. Introducción**

La entrada de nuevos actores al mercado aunada a las exigencias de los consumidores ha incentivado a las empresas en asumir un rol más activo en el mercado a través de diferentes técnicas de mercadotecnia con la finalidad de desplazar la demanda de la competencia. Esas diversas formulaciones se han visto expresadas a través del telemarketing; sin embargo, la utilización de esta técnica de mercadeo, en el afán de conseguir un mejor posicionamiento en el mercado han ocasionado la ruptura de la competencia leal y la formulación de prácticas comerciales que sumergen al consumidor en una relación contractual cuyas condiciones desconocía o en la que sencillamente no deseaba encontrarse.

Así pues, el telemarketing enfocado únicamente a las ventas sin considerar en absoluto derechos vitales de los consumidores se ha convertido en verdaderos métodos comerciales agresivos. Ante este fenómeno, las regulaciones han saltado a la luz para controlar las llamadas telefónicas que realizan eventualmente los asesores de venta desde los call-center de las empresas operadoras.

Una clara muestra de la perspectiva jurídica, en el derecho comparado lo prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, en tanto que, que la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de Norteamérica, dispuso la Ley de la Comisión Federal de Comercio donde se sancionan las prácticas comerciales desleales que pueden

considerarse como agresivas. Mientras que en nuestro país, se ha promulgado la Ley 29571 –Código de Protección y Defensa del Consumidor- que establece un amplio abanico de métodos comerciales abusivos, en donde incluye a los métodos comerciales coercitivos, los métodos comerciales agresivos o engañosos y, finalmente, los métodos abusivos en el cobro.

En vista de ello, el último tema de la investigación versará de la visión del telemarketing en el mercado, y como este último puede convertirse en una verdadera práctica comercial agresiva. Asimismo, revisaremos la regulación internacional de la Unión Europea y Norteamérica para luego entrar en nuestra legislación y, demostrar la ineficacia de los procedimientos de reclamo que se han establecido ante prácticas comerciales agresivas que afecta la veracidad de la información en los contratos de servicios de telecomunicaciones mediante el telemarketing.

## **2. El Telemarketing en las ventas agresivas**

### **2.1. Delimitación del Telemarketing**

Los orígenes del telemarketing se remontan a 1881, año en el que el pastelero berlinés KRANLER ofreció telefónicamente a sus clientes los dulces fabricados por él, consiguiendo duplicar sus ventas. No obstante, la primera campaña moderna y masiva de telemarketing la realizó Lee lacocca en Ford en 1962, con la ayuda de Murray Roman, que ha sido uno de los especialistas más reconocidos dentro del marketing telefónico. Se puso en marcha un programa de 20 millones de llamadas para obtener visitantes a los distribuidores Ford con el fin de hacer un test de conducción. Duró dos años y medio, utilizó 15.000 televendedores, y consiguió dos visitar por día, alcanzando con ello un gran número de ventas.<sup>192</sup>

---

<sup>192</sup> ALET, Josep (2007): "Marketing directo e interactivo. Campañas efectivas con sus clientes". ESIC Editorial, p. 273

En vista de lo anterior, el telemarketing consiste en la aplicación sistemática del teléfono a la realización de funciones de marketing. Este es el medio más inmediato del marketing directo.<sup>193</sup> De esa manera, la técnica utilizada en este tipo de marketing se basa en el contacto del vendedor con el cliente potencial a través del teléfono. Luego de haber realizado una recogida de datos, se identifican los clientes potenciales y se clasifican en base a criterios diferenciados.<sup>194</sup>

Por lo expuesto, el telemarketing persigue crear y explotar una relación directa entre una empresa y su público objetivo, ya sean clientes, clientes potenciales, canales de distribución y otras personas de interés, tratándolas como individuos y generando tanto respuestas mediables como transacciones en cualquier punto. En ese sentido, la más importante función de este método comercial es, sin duda, realizar ventas a distancia.

## **2.2. El Telemarketing como método comercial agresivo**

El Telemarketing por sí mismo no es un método comercial agresivo. Sin duda, su utilización no sólo genera mayores ganancias en los empresarios, sino que además, permite conocer a los consumidores una variedad de ofertas del mercado para que así puedan decidir por una elección de consumo, y con todo esto, se genera el movimiento del engranaje del sistema económico. El problema entonces, en este método comercial recae fundamentalmente en su mala práctica comercial reflejada en el contenido de la oferta; donde se puede presentar información fraudulenta o se omite información relevante al consumidor, con la intención de generar mayores ventas. Esto sumado a la insistencia de estas llamadas telefónicas ante la negativa del consumidor.

El entendimiento de lo anterior no resulta extraño pues a saber del telemarketing, es vista la oferta como un medio de posicionamiento a fin de conseguir nuevos clientes resaltando únicamente los aspectos atractivos y dejando de lado información respecto a condiciones presumiblemente

---

<sup>193</sup>ídem.

<sup>194</sup> ALVAREZ SANCHEZ, José Manuel (2005): "Telemarketing. La red como soporte de marketing y comunicación". Editorial Ideas Propias, p. 5

desfavorables por las cuales el consumidor no contrataría. Veamos pues así que una clara exposición de la literatura comercial enseña: “Una buena oferta debería incluir, por lo tanto, una presentación y descripción de todos los factores que aumentan el valor y disminuyen el riesgo y otros costes, además de los del precio. Todo dirigido a conseguir que se perciba el mayor valor posible, reduciendo, así, su precio real y eliminando la resistencia del comprador”.<sup>195</sup>

De esa manera, tal visión de la oferta enfocada a vender sin preocuparse en absoluto del consumidor constituye una venta agresiva, generando no solo desconfianza por la pérdida de valor en la empresa sino también transacciones que mancillan abiertamente la libertad contractual del consumidor. Todo ello obedece a la agresividad con que actúan tales vendedores da lugar a una verdadera presión psicológica que a veces incita al consumidor a realizar la operación propuesta, incluso con la única finalidad de conseguir que el vendedor se marche, lo deje en paz.<sup>196</sup> Además se suma la imposibilidad de realizar útiles comparaciones con los productos o servicios ofrecidos por otras empresas; y no poder recurrir al intervalo de tiempo que a menudo media entre el momento de la elección y el momento de la adquisición.<sup>197</sup>

Así pues, coincidimos plenamente con Kotler cuando expone que: “El telemarketing correctamente diseñado y dirigido proporciona muchos beneficios, incluyendo la comodidad de compra y mayor información del producto o servicio. Sin embargo, la explosión en el marketing telefónico de salida no solicitado durante años ha molestado a muchos consumidores, que se oponen a las “llamadas telefónicas basura” casi a diario.”<sup>198</sup>

Una referencia bastante clara del telemarketing puede convertirse peligrosamente en un método comercial agresivo es relatado por el citado autor. En 2003, cuando los legisladores estadounidenses respondieron con

---

<sup>195</sup> ALET, Josep (2007): Ob. Cit., p. 129

<sup>196</sup> VEGA MERE, Yuri (2001): Ob. Cit., pp. 115 y 116

<sup>197</sup> ALPA, Guido (2004): Ob. Cit, pp. 271 y 272

<sup>198</sup> KOTLER, Philip y ARMSTRONG, Gary (2013): “Fundamentos de Marketing”. Editorial Pearson, p. 430

el Registro nacional de no llamar, que es administrado por la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*, FTC). La legislación prohíbe la mayoría de las llamadas de telemarketing a los números de teléfono registrados. Los consumidores respondieron con entusiasmo. Hasta la fecha, más de 191 millones de números telefónicos de hogar y móvil han sido registrados en [www.donotcall.gov](http://www.donotcall.gov) o llamando al 888 -382-1222. Las empresas que rompen las leyes de no llamar pueden ser multadas hasta por 16 000 dólares por violación. Como resultado, reporta un portavoz de la FTC, el programa “ha sido excepcionalmente exitoso”.<sup>199</sup>

En definitiva entonces no quedan dudas que el telemarketing utilizado de manera incorrecta por las empresas, en el sentido de afectar a la veracidad en la información, así como, la persistencia de los telemercaderes ante la negativa de contratar del consumidor, constituyen métodos comerciales agresivos que mancillan sistemáticamente la libertad contractual de los consumidores.

### **3. La Regulación de las Ventas Agresivas**

#### **3.1. La Regulación de las ventas agresivas en el Derecho Comparado**

##### **3.1.1. La Regulación Europea: La Directiva 2005/29/CE**

En la Comunidad Europea el cuerpo normativo vigente en relación a las prácticas engañosas y agresivas lo encontramos en la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (en adelante La Directiva)<sup>200</sup>. Los antecedentes se encuentran en el Libro Verde sobre las Comunicaciones Comerciales en el Mercado Interior y, sucesivamente, en el Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Comunidad Europea<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Ídem.

<sup>200</sup> Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:es:PDF>

<sup>201</sup> Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A132028>



La implementación de La Directiva obedece a que en aquel entonces se necesitaba un marco de referencia que tuviera un deber de carácter general en relación con las prácticas comerciales desleales. Como bien anunciaba el texto del Libro Verde, el principal problema que se planteaba en el mercado interior radicaba en las diferencias entre legislaciones nacionales sobre prácticas comerciales entre empresas y consumidores. Así pues, la Directiva luego de varios años de consulta a consumidores, empresas y administraciones públicas, surge como respuesta a dichas inconsistencias como una herramienta de armonización jurídica estableciendo los supuestos que serán considerados como actos desleales por la legislación de los Estados miembros. Dicho sea de paso, es una Directiva de regulación de máximos por lo que los Estados miembros no pueden adoptar previsiones más estrictas que las contenidas en la misma.

En su contenido La Directiva establece Las prácticas prohibidas en esta directiva abarcan desde el ensayo de una regla general y la definición de los conceptos de prácticas engañosas o agresivas (los dos tipos de conductas prohibidas), e incluso la tipificación de 31 conductas prohibidas por sí mismas.

La regla general dispone dos criterios para el análisis de la práctica comercial, los cuales se dan cuando: (i) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional; (ii) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores<sup>202</sup>. El primero es una prohibición al proveedor de actuar con mala fe en las relaciones de consumo, en tanto, el segundo se da cuando la conducta está destinada a influenciar a una decisión equivocada al consumidor.

---

<sup>202</sup> Véase artículo 5º de La Directiva

En cuanto a las prácticas comerciales engañosas y agresivas<sup>203</sup>, éstas especifican la prohibición general en el entendido de que son consideradas como las prácticas desleales más frecuentes. En ese sentido La Directiva diferencia a ambas disponiendo que: (i) una práctica se considera engañosa cuando en su presentación general se oculta o falsea información respecto a las principales características del producto que haga o pueda hacer que el consumidor tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado; (ii) una práctica es agresiva cuando se vulnera de forma importante la libertad de elección o conducta del consumidor mediante el empleo del acoso, la coacción incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida haciéndolo adoptar una decisión de consumo que de otro modo no hubiera tomado.

Cabe señalar que para la determinación de una práctica comercial agresiva incluso se ha establecido elementos para su determinación, siendo estas: (i) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; (ii) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; (iii) la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor; (iv) obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato; (v) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

Y finalmente, La Directiva dispone de un listado de prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Véase artículo 6º, 7º, 8º y 9º de La Directiva.

<sup>204</sup> Véase el Anexo I de La Directiva.

De esa manera, encontramos en la Unión Europea una Directiva que, sin duda, ha abierto una nueva puerta al mercado, eludiendo las barreras existentes entre los Estados miembros, pero que fundamentalmente contiene disposiciones hacia la protección al consumidor ante las frecuentes prácticas engañosas y agresivas que realizan las empresas a fin de conseguir mayores ventas en el mercado.

### **3.1.2. La Regulación Norteamericana: Federal Trade Commission**

En los Estados Unidos de Norteamérica la legislación en materia de competencia desleal se encuentra a cargo de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission, en adelante FTC). Así, en la Ley de la Comisión Federal de Comercio se dispone las prácticas comerciales desleales que pueden considerarse como agresivas. Dicho sea de paso, esta regulación a diferencia de la emitida por la Comunidad Europea, es general y abstracta pues permite a la interpretación administrativa o judicial dar contenido concreto a las prohibiciones.

Así pues, en su contenido encontramos como métodos ilegales de competencia desleal a: (i) los métodos de competencia desleal en el comercio o que afectan el mismo, y las prácticas desleales y actos de mala fe o prácticas en el comercio o que afectan el mismo, son declaradas ilegales.<sup>205</sup>

Asimismo, la FTC ha establecido la Regla de Ventas de Telemarketing (*Telemarketing Sales Rule*, TSR), que les brinda a los consumidores la posibilidad de controlar la cantidad de llamadas de telemarketing que reciben en sus hogares y de esa manera dar protección contra las llamadas de telemarketing no deseadas que

---

<sup>205</sup> Véase Sección 5, parágrafo a) del Federal Trade Commission Act. Disponible en: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/statutes/federal-trade-commission-act/ftc\\_act\\_incorporatingus\\_safe\\_web\\_act.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/statutes/federal-trade-commission-act/ftc_act_incorporatingus_safe_web_act.pdf)

eventualmente pueden convertirse en verdaderas prácticas comerciales agresivas.

Un caso ejemplificador de lo señalado y en relación a la investigación en estudio, lo encontramos en el caso FGH Internacional. En este caso, los cargos imputados por la FTC, los demandados FGH Internacional pagaron \$940,000 en concepto de reparación para los consumidores afectados por haber comercializado engañosamente sus programas de estudio en el hogar entre los consumidores de habla hispana. La FTC alegó que los telemercaderes de los demandados se identificaron como afiliados a un programa del gobierno y que las personas que recibían las llamadas habían sido seleccionadas para recibir materiales subvencionados para estudiar idioma inglés o capacitarse en mecánica del automóvil. De acuerdo a la FTC, independientemente de que los consumidores aceptaran o no el ofrecimiento, les llegaría por el sistema de cobro contra entrega (C.O.D) un paquete conteniendo cintas de video, discos para computadora y libros de ejercicios por un costo de entre \$150 y \$300. La FTC alegó que los consumidores que rechazaron el paquete o que llamaron a la compañía para cancelar, a menudo recibieron una llamada de un segundo telemercader que se hacía pasar por un abogado que los amenazaba con tomar acciones legales en caso de que el consumidor no pagara.

En vista de tales conductas en desmedro de los consumidores, la orden estipulada les impuso a los demandados FGH International Corp.; Inti California; FGH International S.R.L.; Jhonny Rojas y Wilson Rojas una sentencia por \$6.6 millones. Además, se les prohíbe a los demandados lo siguiente: (i) vender programas de instrucción; y, (ii) ofrecer mediante el sistema de telemercadeo cualquier producto o servicio, a menos que primero depositen una fianza de cumplimiento de \$1, 000,000. Los términos de la sentencia también les prohíben a los demandados hacer cualquier declaración falsa relacionada a la comercialización de programas de instrucción o cualquier otro

producto o servicio y les prohíbe violar la Regla de Ventas de Telemarketing incluidas sus disposiciones No Llamadas. La sentencia final estipulada fue expedida en la Corte Federal de Distrito para el Distrito Central de California en fecha 11 de octubre de 2005.<sup>206</sup>

### **3.2. La Regulación de las ventas agresivas en el Derecho Peruano**

En nuestra legislación, la Ley 29571 –Código de Protección y Defensa del Consumidor- establece un amplio abanico de métodos comerciales abusivos, en donde incluye a los métodos comerciales coercitivos, los métodos comerciales agresivos o engañosos y, finalmente, los métodos abusivos en el cobro.

Respecto a los métodos comerciales coercitivos se han establecido de manera enunciativa mas no limitativa, el derecho de los consumidores frente a actos coercitivos de los proveedores. Precizando además que todas aquellas ofertas que realicen los proveedores se sujetarán a las limitaciones establecidas en el articulado, esto a efectos de que sea extensivo a cualquier medio de comunicación utilizado para dar a conocer las ofertas de productos o servicios.<sup>207</sup>

En cuanto a los métodos agresivos, se han definido de una manera similar a La Directiva de la Comunidad Europea, indicando así que los métodos comerciales agresivos o engañosos implican que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida y el dolo. Estableciendo así, una lista enunciativa de aquellas prácticas comerciales consideradas agresivas.<sup>208</sup>

Asimismo, en los ambos escenarios descritos, precisa que tales prácticas son indistintas al tipo de contratación, es decir, así sea la contratación

---

<sup>206</sup> Véase: <https://www.ftc.gov/es/noticias/2005/10/la-ftc-contin%C3%BAa-actuandoen%C3%A9rgicamente-en-casos-de-estafas-dirigidas-consumidores>

<sup>207</sup> Véase el artículo 56º de la Ley 29671.

<sup>208</sup> Véase el artículo 58º de la Ley 29571.

efectuada mediante contratos dentro o fuera del establecimiento del proveedor, ventas telefónicas, a domicilio, por catálogo, mediante agentes, contratos a distancia y comercio electrónico o modalidades similares, les serán aplicables las prohibiciones de dicha disposición.

## **II. SEGUNDA PARTE: EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMO EN LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES**

### **1. Introducción**

Ningún mercado es, sin duda, ajeno a los problemas entre los proveedores y consumidores. Las fallas del mercado como la asimetría informativa en el momento de la contratación sumado a los eventuales inconvenientes en el producto o en el servicio evidencian el tráfico natural en las transacciones comerciales. Por esa razón, no resulta extraño que en alguna oportunidad nos hubiésemos sentido insatisfechos luego de nuestra compra incluso cuando en el momento previo a la contratación tuvimos la certeza de realizar una correcta elección de consumo.

Esta experiencia incomoda es inevitable. Nadie tiene la certeza de que la adquisición del producto o la prestación del servicio se encuentren fuera de riesgos que mancillen su integridad para cumplir las expectativas del consumidor; sin embargo, ante dichas dificultades pre-contractuales y contractuales que perturban los presupuestos básicos en derechos del consumidor se han ido construyendo normas procedimentales para solucionar el conflicto.

De ese modo, en el ámbito de las telecomunicaciones ha sido el ente regulador (OSIPTEL) el llamado a diseñar un procedimiento de reclamo sencillo, gratuito y célere para resolver los problemas suscitados en la prestación de servicios de las empresas operadoras a los usuarios. Así pues, en vía administrativa el usuario podrá reclamar todas aquellas situaciones previstas como materias reclamables ante la empresa operadora y, en caso no consigan una respuesta favorable por esta última, podrán poner a conocimiento del ente regulador a fin de que resuelva de manera definitiva.

En ese sentido, a efectos de definir el decurso del procedimiento veremos algunas generalidades del procedimiento de reclamo, para así finalmente, examinar en estricto el procedimiento de reclamo por veracidad de la información pues es el que se encuentra íntimamente vinculado a las ofertas y/o promociones, donde encontramos débiles resultados en las resoluciones emitidas por el tribunal del organismo regulador en materia de protección a los usuarios de los servicios en telecomunicaciones.

## **2. El Procedimiento de Reclamo**

Una de las funciones atribuidas a los organismos reguladores es la función normativa que comprende la facultad de dictar en el ámbito de su materia y competencia, normas que regulen los procedimientos a su cargo para solucionar y resolver reclamos de los usuarios referidos a sus derechos. La intención es conseguir una vía expeditiva en términos y plazos donde los usuarios puedan encontrar tutela y garantía.

Siendo así, el procedimiento de reclamo en el ámbito de las telecomunicaciones es el medio por el cual los abonados y usuarios pueden exigir a la empresa operadora una reparación por el perjuicio de sus derechos derivados de la prestación de los servicios. Para ello, OSIPTEL ha diseñado dicho procedimiento a través del Reglamento de Atención de Reclamos de Usuarios mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 047-2015-CD-OSIPTEL que deroga a su antecesora la Directiva de Reclamos de Usuarios que fue aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-99-CD/OSIPTEL<sup>209</sup>.

### **2.1. Canales de presentación**

Con la intención de habilitar un acceso oportuno a los usuarios de servicios en telecomunicaciones, se ha dispuesto que la empresa operadora está obligada a recibir y atender cualquier reclamo formulado por los abonados

---

<sup>209</sup> Asimismo la Directiva de Reclamos ha sido modificada progresivamente a través de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 015-2002-CD/OSIPTEL, N° 044-2002-CD/OSIPTEL, N° 096-2003-CD/OSIPTEL, N° 030-2004-CD/OSIPTEL, N° 076-2005-CD/OSIPTEL, N° 114-2011-CD/OSIPTEL y N° 006-2012-CD/OSIPTEL.

y/o usuarios del servicio a través de cualquiera de los cuatro (04) canales de atención para la forma de su presentación<sup>210</sup>:

- (i) Telefónicamente: La empresa operadora deberá llenar el formulario correspondiente. En estos casos, en la misma comunicación, las empresas operadoras deberán proporcionar al usuario el número o código correlativo de identificación del reclamo.
- (ii) Personalmente: En los casos de reclamos presentados personalmente, una copia del formulario, con el sello de recepción de la empresa operadora y con los datos completos, deberá ser entregada al usuario.
- (iii) Por escrito: El usuario deberá presentar el escrito de reclamo, en original y copia. La copia del reclamo constituye la única constancia de su presentación. La empresa operadora se encuentra prohibida de exigir la utilización del formulario para la presentación del reclamo.
- (iv) Por página web de Internet: Las empresas operadoras que dispongan de una página web de Internet, deberán incluir en su página principal un mecanismo en línea que permita a los usuarios, durante las veinticuatro (24) horas del día, la presentación de sus reclamos. Luego de presentado el reclamo, las empresas operadoras deberán proporcionar al usuario una constancia de su recepción, en la que se aprecie: la fecha y hora de su presentación y el texto del reclamo con indicación de su número o código correlativo de identificación.

## **2.2. Legitimidad activa**

Un tema que muchas veces es cuestionado por los usuarios debido a la desinformación es el referido a la presentación de los reclamos. Se piensa que únicamente los titulares (abonados) del servicio pueden presentar los reclamos ante la empresa operadora, sin embargo, esto no es así. En vista que el servicio no sólo es utilizado por el abonado sino también por personas que no necesariamente cuentan con vínculo contractual con la

---

<sup>210</sup> Véase artículo 50<sup>o</sup> del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.



empresa operadora, se ha establecido que reclamante será todo aquel que haga uso del servicio. De esa manera, las personas que pueden presentar un reclamo son las siguientes<sup>211</sup>:

- (i) Los abonados de servicios públicos de telecomunicaciones.
- (ii) Los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- (iii) Las personas que hubieran solicitado la instalación o activación de un servicio público de telecomunicaciones.

Cabe señalar que las personas señaladas serán denominadas indistintamente usuarios teniendo en cuenta que en el caso de quienes no son abonados del servicio objeto del reclamo, la condición de usuario queda acreditada mediante la presentación del recibo o comprobante de pago objeto de reclamo, del último recibo que hubiere recibido, u a través de cualquier otro medio que sirva para tal fin.

Además cabe la posibilidad de la representación para que el usuario en caso se encuentre imposibilitado de presentar el reclamo personalmente pueda designar un representante para iniciar el procedimiento de reclamo, así como para realizar cualquier acto que se derive del mismo. En estos casos, será suficiente que el representante cuente con un poder general otorgado mediante documento escrito donde adjuntará copia del documento legal de identificación del usuario. Asimismo, las asociaciones de usuarios podrán iniciar el procedimiento de reclamo, así como realizar cualquier acto que se derive del mismo, en representación de sus asociados y de quienes les confieran poder<sup>212</sup>.

### **2.3. Materias reclamables**

En este punto debemos enfatizar que no todo es reclamable y para ello se ha dispuesto aquellas situaciones que vulneran los derechos del usuario en la prestación del servicio para que pueda reclamar, es decir, únicamente

---

<sup>211</sup> Véase artículo 25º del Reglamento de Atención de Reclamos.

<sup>212</sup> Véase artículo 26º del Reglamento de Atención de Reclamos.

por tales objetos de reclamo los usuarios podrán hacer valer sus derechos. Así se ha señalado que serán reclamables las siguientes materias<sup>213</sup>:

- (i) Facturación: Montos que figuran en el recibo o comprobante de pago del servicio que se reclama y respecto de los cuales el usuario no reconoce el consumo o la utilización del servicio. No se incluyen dentro de este concepto, aquellas peticiones destinadas a cuestionar la legalidad de las tarifas.
- (ii) Cobro: Montos cobrados al usuario por conceptos distintos a los oportunamente facturados o que el usuario desconoce por haber sido anteriormente pagados o los montos cobrados habiendo solicitado la baja del servicio sin que la empresa operadora hubiere cumplido con efectuarla o habiéndola efectuado realiza el cobro
- (iii) Calidad o idoneidad en la prestación del servicio: Problemas derivados de un inadecuado funcionamiento de la red y/o en el acceso a los servicios brindados por la empresa operadora que generen insatisfacción del usuario; así como los problemas de idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones.
- (iv) Veracidad de la información brindada por la empresa operadora al usuario: Veracidad de la información brindada por la empresa operadora al usuario vinculada con la prestación del servicio público de telecomunicaciones.
- (v) Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo o de la facturación detallada solicitada por el usuario.
- (vi) Incumplimiento de ofertas y promociones vinculadas a la prestación del servicio público de telecomunicaciones.
- (vii) Suspensión, corte o baja injustificada del servicio: Suspensión, corte o baja injustificada del servicio o sin observar el procedimiento establecido en la normativa vigente, incluyendo el corte del servicio público móvil y/o bloqueo del equipo terminal móvil, por uso prohibido del servicio en establecimientos penitenciarios.

---

<sup>213</sup> Véase artículo 28º del Reglamento de Atención de Reclamos.

- (viii) Instalación o activación del servicio: Incumplimiento de la empresa operadora en la instalación o activación del servicio que hubiere sido solicitado.
- (ix) Baja o desactivación del servicio: Incumplimiento de la empresa operadora en ejecutar la baja o desactivación del servicio que hubiere sido solicitado.
- (x) Traslado del servicio: Incumplimiento de la empresa operadora en efectuar el traslado del servicio en la fecha en la que se hubiere comprometido, o cuando frente a una solicitud de traslado, el usuario no hubiere recibido respuesta o no se encontrase conforme con la misma.
- (xi) Tarjetas de pago físicas o virtuales: Problemas en el acceso al servicio mediante sistemas de tarjetas de pago, o en la prestación del servicio activado mediante sistemas de tarjetas de pago, tales como, descuentos indebidos de los saldos o del crédito.
- (xii) Contratación no solicitada: Imputación por la contratación de un servicio público de telecomunicaciones u obligaciones de pago por la prestación del mismo, sin que el usuario haya solicitado o expresado su consentimiento para dicha contratación.
- (xiii) Incumplimiento de condiciones contractuales: Incumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato vinculadas a la prestación del servicio público de telecomunicaciones, o cuando aplique condiciones distintas a las pactadas en el contrato, salvo que se refieran a modificaciones tarifarias conforme a lo establecido en la normativa vigente o se trate de modificaciones contractuales más beneficiosas aprobadas por el OSIPTEL.
- (xiv) Incumplimiento de los derechos reconocidos en la normativa sobre usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.
- (xv) Cualquier materia relacionada directamente con la prestación del servicio público de telecomunicaciones contratado.
- (xvi) Otras materias que señale el Consejo Directivo del OSIPTEL.

## 2.4. Etapas del procedimiento

Como habíamos mencionado, el procedimiento de reclamo es el vehículo por el cual los usuarios pueden hacer valer sus derechos. De esa manera, cuenta con dos instancias. La primera instancia se encuentra a cargo de la empresa operadora, mientras la segunda instancia en el TRASU, que dicho sea de paso, resuelve de manera definitiva en la vía administrativa.

Los reclamos son presentados ante la empresa operadora para que resuelva en el establecido plazo legal dependiendo de la materia reclamable. Asimismo debe tenerse en cuenta que el plazo de presentación no haya prescrito. Y una vez presentado el reclamo, se puede esperar los siguientes posibles escenarios:

- (i) Que el reclamo haya sido acogido por la empresa operadora declarándolo a favor del usuario.
- (ii) Que el reclamo no haya sido acogido por la empresa operadora declarándolo en contra del usuario, en cuyo caso el usuario podrá presentar una apelación.
- (iii) Que el reclamo no haya sido contestado por la empresa operadora dentro del plazo legal, en cuyo caso el usuario podrá presentar una queja.

Es así que en caso la empresa operadora declare improcedente o infundado el reclamo puede el usuario presentar la apelación, en tanto, si la empresa operadora no resuelve el reclamo dentro del plazo legal, el usuario podrá presentar una queja. En ambos casos, dichos recursos serán presentados ante la empresa operadora que tendrá la obligación de elevar todo lo actuado al TRASU para que resuelva de manera definitiva el reclamo.

A continuación presentamos un cuadro que puede ilustrar lo referido a la presentación de los reclamos en relación a los plazos de las materias reclamables:

(i) Plazos para interposición de reclamos

RESPONSABLE	MATERIA	PLAZO
USUARIO	Facturación	Dos (02) años desde el vencimiento del recibo.
	Cobro	Dos (02) años desde el vencimiento del recibo.
	Demás casos	En tanto subsista el perjuicio.

(ii) Plazos para el procedimiento en primera instancia

RESPONSABLE	MATERIA	PLAZO
EMPRESA OPERADORA	Calidad, idoneidad del servicio y veracidad de la información.	Tres (03) días hábiles.
	Suspensión, corte o baja injustificada, corte del servicio o bloque por uso prohibido.	
	Falta de entrega del recibo o la copia de la facturación.	
	Facturación cuyo monto reclamado no exceda el 0,5 % de la UIT.	Quince (15) días hábiles.
	Tarjetas de pago.	
	Instalación o activación del servicio.	
	Traslado del servicio.	
	Demás casos (Contratación no solicitada, incumplimiento de condiciones contractuales, facturaciones cuyo monto reclamado sea mayor de 0,5% de la UIT.)	Veinte (20) días hábiles.
Materias reclamables previstas en otras normas.	El que establezca la norma.	

(iii) Plazos para el procedimiento en segunda instancia

RESPONSABLE	MATERIA	PLAZO
	Suspensión, corte o baja injustificada, corte del servicio o	Quince (15) días hábiles

TRASU	bloque por uso prohibido.	desde la recepción del recurso.
	Tarjetas de pago.	
	Traslado del servicio.	
	Falta de entrega del recibo o la copia de la facturación.	
	En los demás casos.	Veinticinco (25) días hábiles desde la recepción del recurso.
	Materias reclamables previstas en otras normas.	El que establezca la norma.

### 3. El procedimiento por veracidad de la información: Una solución ineficaz a las ventas agresivas

#### 3.1. La presentación del problema

En toda esa gama de materias reclamables, es indudable que el usuario presenta un reclamo con la intención de alcanzar la satisfacción de un determinado derecho que la empresa operadora ha vulnerado. Así pues, si un usuario presenta un problema de calidad lo que reclama es que la calidad sea reestablecida, si el usuario presenta un problema con un cobro indebido reclama que aquel monto sea anulado, o si presenta problemas con la suspensión o baja injustificada del servicio que tal servicio sea reactivado; no obstante, ante la presencia del problema por la veracidad de la información el resultado no es el esperado.

Veamos primero el escenario donde se ocasiona este problema. Un asesor de venta (call center) se comunica mediante una llamada telefónica con el usuario y le da a conocer diversas condiciones ventajosas en relación al servicio para que sea contratado por el usuario. El usuario generalmente ante la insistencia, el escaso tiempo de elección, la falsa creencia de las condiciones ventajosas, entre otras situaciones que merman su libertad de elección, termina aceptando el servicio. El asesor de venta procede a la grabación de voz donde el usuario emite la aceptación de la oferta y el

contrato queda así concluido. Hasta allí no hay mayores dificultades. No estamos ante una práctica comercial ilegal ni mucho menos prohibida e incluso el usuario no es obligado ni amenazado a contratar, pues en todo momento puede rechazar la oferta formulada. Sin embargo, la frecuencia de esta práctica por las empresas operadoras en miras a un mejor posicionamiento en el mercado ha llevado a la presión en los usuarios a contratar más de sus servicios, generando así problemas que afectan sistemáticamente la libertad contractual.

¿Cómo se ocasiona este problema? Generalmente ocurre en los contratos celebrados telefónicamente donde la información proporcionada por la empresa operadora es incompleta o falsa ocasionando que muchos de los usuarios se vean posteriormente en situaciones incómodas con procedimientos de reclamo por facturaciones que no correspondían a lo ofrecido, contratación de servicios adicionales e incluso con problemas en la calidad del servicio.

### **3.2. El resultado del reclamo**

Ante dicha dificultad, el ente regulador ha visto la necesidad de incluir dentro de las materias reclamables una referida a la veracidad de la información en los supuestos en que la empresa no cumpla con aquellas condiciones proporcionadas en la oferta al usuario. Para ello, el usuario sigue un procedimiento de reclamo -como cualquier otra materia reclamable- ante la empresa operadora y en caso este sea denegado o no hubiese respuesta oportuna puede dirigirlo al TRASU para que resuelva de manera definitiva.

Aparentemente un procedimiento sencillo, célere y eficaz pero esto no es así. De las resoluciones emitidas por OSIPTEL encontramos débiles soluciones para los usuarios. Estas en la parte resolutive indican dos opciones:

- (i) El derecho a resolver el contrato sin el pago de penalidades.
- (ii) El derecho a solicitar la migración de su servicio a uno que se adecúe a sus necesidades.

Siendo así, aquello que dispone el TRASU son facultades que el usuario pudo hacer antes de comenzar el procedimiento de reclamo pues la normativa es clara al indicar que los contratos telefónicos no pueden llevar un plazo forzoso ni mucho menos el pago de penalidades por resolución del contrato; por otro lado, el usuario también pudo migrar en cualquier momento a un plan de servicio similar al ofrecido.

¿Entonces para qué nos sirve el procedimiento de reclamo POR FALTA DE VERACIDAD? La realidad es dura pero certera. De nada en absoluto. Las resoluciones emitidas por OSIPTEL demuestran la débil protección a los usuarios en telecomunicaciones respecto a las ventas a través del telemarketing de las empresas operadoras, no solo porque se ha establecido un procedimiento que no resguarda sus derechos sino también porque el usuario se ve forzado que ante el incumplimiento deba de reclamar otros procedimientos.



# **CAPITULO III: MARCO OPERATIVO**

## **1. HIPOTESIS GENERAL**

La contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico vulnera la libertad contractual constituyendo un método comercial agresivo que no garantiza la veracidad en la información, en Tacna, en el año 2015.

## **2. HIPOTESIS ESPECIFICAS**

### **2.1. Hipótesis específica 01**

La contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico constituye un método comercial agresivo, en Tacna, en el año 2015.

### **2.2. Hipótesis específica 02**

La contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico no garantiza la veracidad en la información, en Tacna, en el año 2015.

## **3. OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES**

### **3.1. HIPOTESIS GENERAL**

VARIABLE: Vulneración de la libertad contractual en los contratos de consumo del mercado de telecomunicaciones.

INDICADOR: Grado de vulneración de la libertad contractual.

### **3.2. HIPOTESIS ESPECIFICAS**

HIPOTESIS ESPECÍFICA I

VARIABLE: Coercitividad del método comercial de venta.

INDICADOR: Nivel de selección adversa.

HIPOTESIS ESPECÍFICA II

VARIABLE: Veracidad de la información durante la oferta.

INDICADOR: Nivel de asimetría informativa.

#### **4. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **4.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

El tipo de estudio por la finalidad de la presente investigación es *aplicada*, porque pretende demostrar la necesidad de una regulación acorde a la contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico.

Por el ámbito en que se desarrollará la presente investigación es *sociojurídica*, porque se encuentra constituida por la investigación jurídica de carácter formal a través del estudio e interpretación de la legislación, jurisprudencia y doctrina de autores respecto al derecho de consumidor. Además, se acopiará información sobre la percepción de los usuarios y la opinión de expertos para determinar la dimensión social del problema

##### **4.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN**

El nivel de investigación es *explicativo*, puesto que se demuestra que la contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas a través del medio telefónico a los consumidores constituye un método comercial agresivo debido a la falta de veracidad en la información.

#### **5. POBLACIÓN Y MUESTREO**

##### **5.1. POBLACIÓN**

El universo o población estará constituido por los usuarios en servicios de telecomunicaciones, del Distrito de Tacna.

## 5.2. MUESTRA

Para determinar los efectos de la contratación de servicios en telecomunicaciones por el medio telefónico en la libertad contractual se realizó una encuesta a los usuarios en servicios de telecomunicaciones del Distrito de Tacna. El tamaño de la muestra se obtuvo en función al número de 85,228 ciudadanos del Distrito de Tacna de acuerdo a la información proporcionada en la página institucional del INEI.<sup>214</sup> Esta muestra probabilística ha sido determinada a través de la fórmula estadística consignada en la obra de Nuria CORTADA DE KOHAN conocida como “Muestra al Azar”<sup>215</sup>, con un margen de error de muestreo del +-5% y el +-95% de confiabilidad.

Donde:

Z	:	Desviación estándar
E	:	Error de muestreo
P	:	Probabilidad de ocurrencia de casos
Q	:	1-P
N	:	Tamaño del universo de población

Valores estadísticos constantes para determinar el tamaño de una muestra estadísticamente significativa.

Z	:	1.96 (95%); 2 (95.50%); 2.58 (99.00%)
E	:	0.05 (5%)
P	:	0.50
Q	:	1-P
N	:	85228
n	:	382

Totalizando 382 unidades de análisis sobre las que se efectúa el muestreo.

---

<sup>214</sup>Extraído de: <http://proyectos.inei.gob.pe/web/poblacion/>

<sup>215</sup>CORTADA DE KOHAN, Nuria y CARRO, José Manuel (1978): “Estadística Aplicada”. Editorial Universitaria de Buenos Aires Eudeba S.E.M., Séptima Edición.

### **5.3. SELECCIÓN DE LA MUESTRA**

Una vez que se ha determinado el tamaño de la muestra, constituido por 382 usuarios de servicios en telecomunicaciones, se ha seleccionado la muestra a través de una selección determinada a discreción del investigador dentro del Distrito de Tacna.

## **6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

### **6.1. TÉCNICAS**

Para investigar los casos se ha empleado la técnica de la encuesta.

### **6.2. INSTRUMENTOS**

Los datos requeridos para llevar a cabo el desarrollo de la investigación fueron obtenidos a través de cuestionarios.

# **CAPITULO IV: PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS**

## **1. DESCRIPCIÓN DE LA APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO**

### **1.1. Fases del planteamiento de la investigación**

La información ha sido obtenida a través de la encuesta realizada a los usuarios en servicios de telecomunicaciones que han recibido ofertas y/o promociones en los servicios de telefonía fija, telefonía móvil, TV por cable e internet, a través del medio telefónico dirigidas por asesores de venta de las empresas operadoras.

La muestra fue tomada durante el mes de diciembre del 2015 en la ciudad de Tacna, desde el 02 de diciembre hasta el 30 de diciembre.

### **1.2. Procesamiento de los datos**

Para la tabulación de los datos se ha utilizado cuadros en hoja electrónica del programa Microsoft Excel, en una hoja se ha confeccionado un cuadro matriz donde se alimentaron los datos obtenidos de los cuestionarios, asignando una columna por pregunta y colocando en filas cada unidad de análisis con las respuestas, para obtener el resultado de la sumatoria de todas las respuestas. En una segunda hoja se han enlazado los resultados de la primera hoja con las sumatorias y se han plasmado los textos del cuestionario, de modo que en esta segunda hoja nos sirve de cuadro base con los resultados. Y finalmente en base a la segunda hoja es que se ha confeccionado los gráficos de barras.

## **2. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS**

### **2.1. Diseño de presentación de los resultados**

La información recopilada luego de ser procesada a través de las herramientas de la estadística descriptiva, es presentada por medio de cuadros y gráficos, en el siguiente orden:

- ✓ Datos de las unidades de análisis.
- ✓ Información sobre la contratación de servicios en telecomunicaciones por el medio telefónico.
- ✓ Información sobre el método comercial agresivo en la contratación de servicios en telecomunicaciones por el medio telefónico.
- ✓ Información sobre la veracidad de la información en la contratación de servicios en telecomunicaciones por el medio telefónico.

### **2.2. Presentación de la información**

La información obtenida se ha trasladado a los cuadros estadísticos y se han estructurado gráficas para su mejor apreciación de los porcentajes y niveles de composición de sectores o ítems, que en la parte inferior se hace un comentario destacando algún hecho significativo, si lo hubiere.

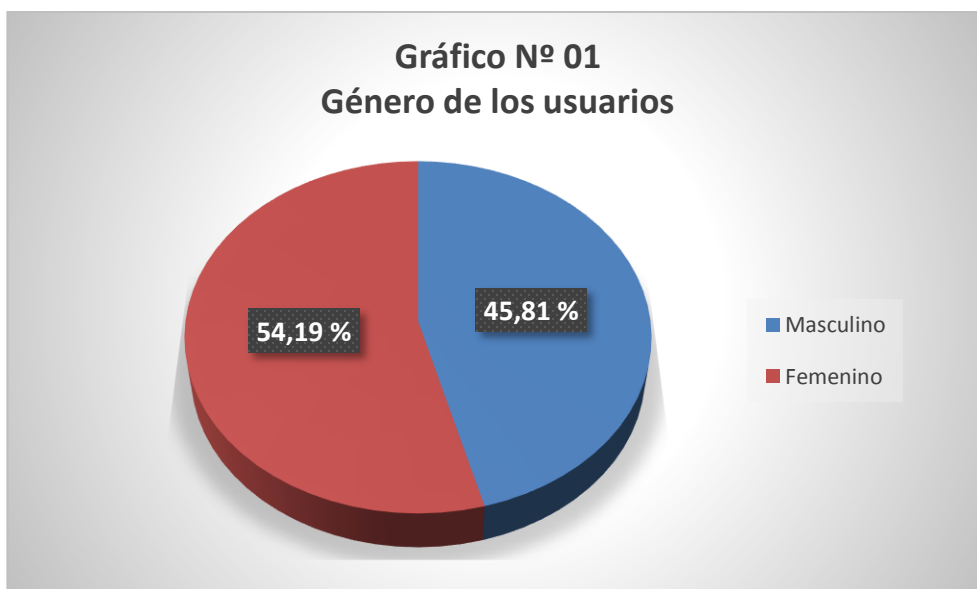
### **2.3. Datos de las unidades de análisis**

Las unidades de análisis tienen determinadas características, las que son expuestas en los primeros cuadros, para posteriormente pasar a detallar el objeto mismo de nuestra investigación.

Para las variables se han recogido los datos de los usuarios de servicios en telecomunicaciones que han recibido ofertas y/o promociones a través del medio telefónico para contratar en el servicio de telefonía fija, telefonía móvil, TV por cable e internet, de alguna empresa operadora del mercado de telecomunicaciones.

## 2.4. Resultados

CUADRO N° 01		
GENERO DE LOS USUARIOS		
ALTERNATIVAS	N°	%
Masculino	175	45,81
Femenino	207	54,19
TOTAL	382	100



✓ **DESCRIPCION:**

En el cuadro N° 01 y gráfico N° 01 se consideran los porcentajes del género, sea masculino o femenino, de los usuarios de servicios públicos en telecomunicaciones encuestados.

✓ **ANALISIS:**

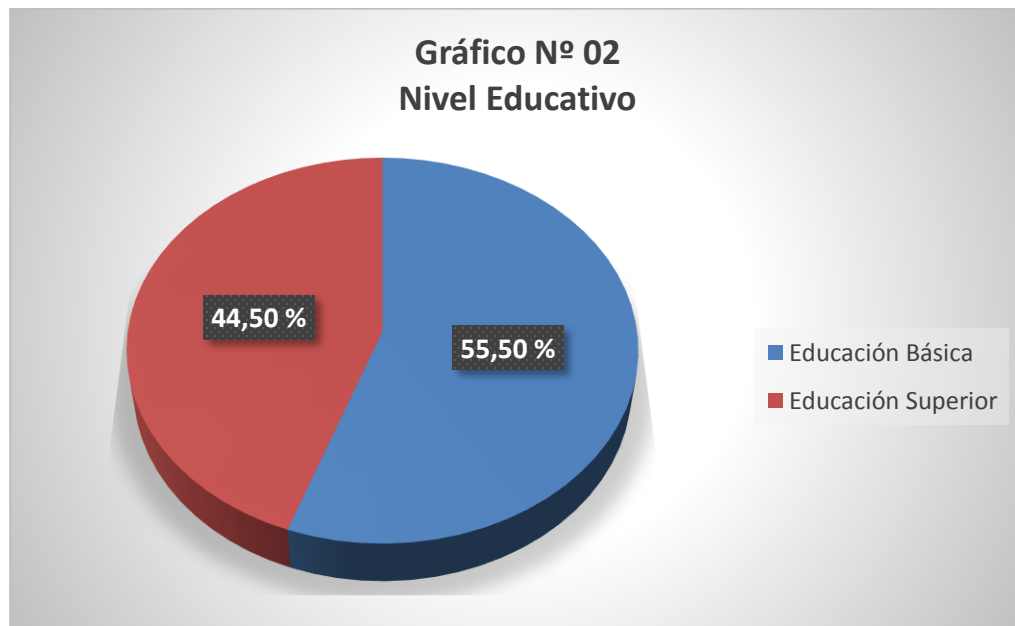
Del cuadro N° 01 y gráfico N° 01 se desprende que un 54.19% de los usuarios encuestados son mujeres, mientras que, un 45.81% son hombres.

✓ **INTERPRETACIÓN:**

Se ha tomado como muestra a 382 usuarios de servicios públicos en telecomunicaciones del Distrito de Tacna. En ese sentido, de los usuarios encuestados resulta que un 54.19% de los usuarios encuestados son mujeres, mientras que, un 45.81% son hombres.



CUADRO Nº 02		
NIVEL EDUCATIVO		
ALTERNATIVAS	Nº	%
Educación Básica	212	55,50
Educación Superior	170	44,50
TOTAL	382	100



✓ **DESCRIPCION:**

En el cuadro N° 02 y gráfico N° 02 se consideran los porcentajes del nivel educativo, sea educación básica o educación superior, de los usuarios de servicios públicos en telecomunicaciones.

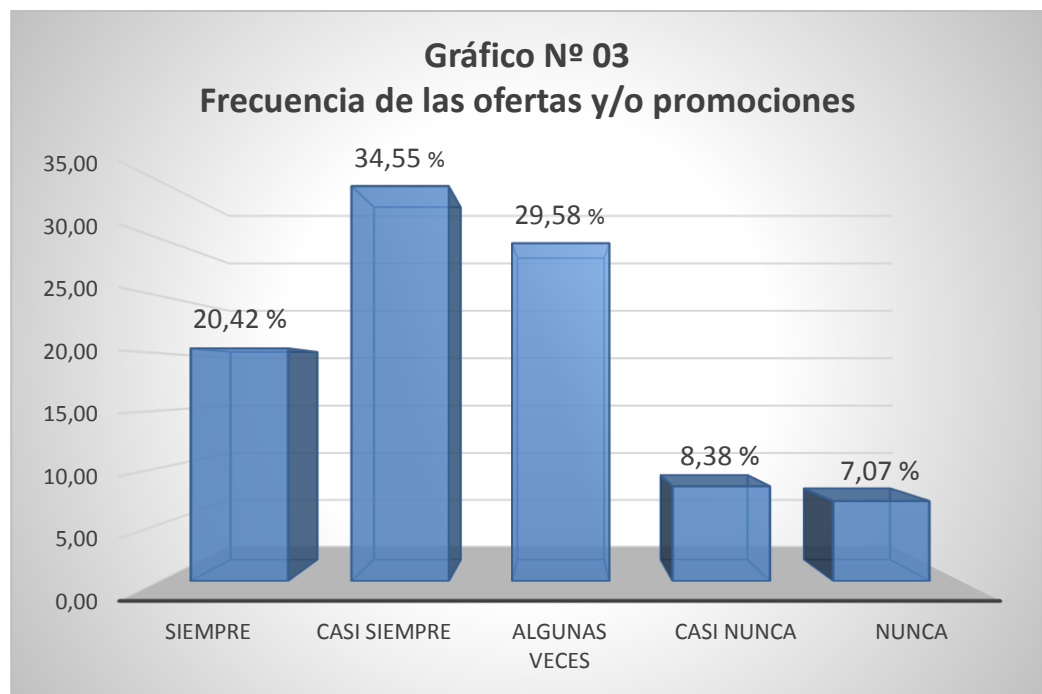
✓ **ANALISIS:**

Del cuadro N° 02 y gráfico N° 02 se desprende que un 44.50% han culminado la educación superior, en tanto, un 55.50% han culminado la educación básica.

✓ **INTERPRETACION:**

Se puede evidenciar que exista una mayor cantidad de usuarios en relación de consumo con las empresas operadoras que sólo han culminado la educación básica. Esto puede explicar en buena cuenta las debilidades educativas que presenta un importante sector de usuarios para una adecuada decisión de consumo en el mercado, ante eventuales ofertas y/o promociones de las empresas operadoras pues se encuentran en una situación de indefensión más marcada respecto a los usuarios con educación superior para reducir la asimetría informativa.

CUADRO N° 03		
FRECUENCIA DE OFERTAS Y/O PROMOCIONES		
ALTERNATIVAS	Nº	%
Siempre	78	20,42
Casi siempre	132	34,55
Algunas veces	113	29,58
Casi nunca	32	8,38
Nunca	27	7,07
TOTAL	382	100



✓ **DESCRIPCIÓN:**

En el cuadro N° 03 y gráfico N° 03 se consideran los porcentajes de la frecuencia de las ofertas y/o promociones de las empresas operadoras dirigida a los usuarios vía telefónica.

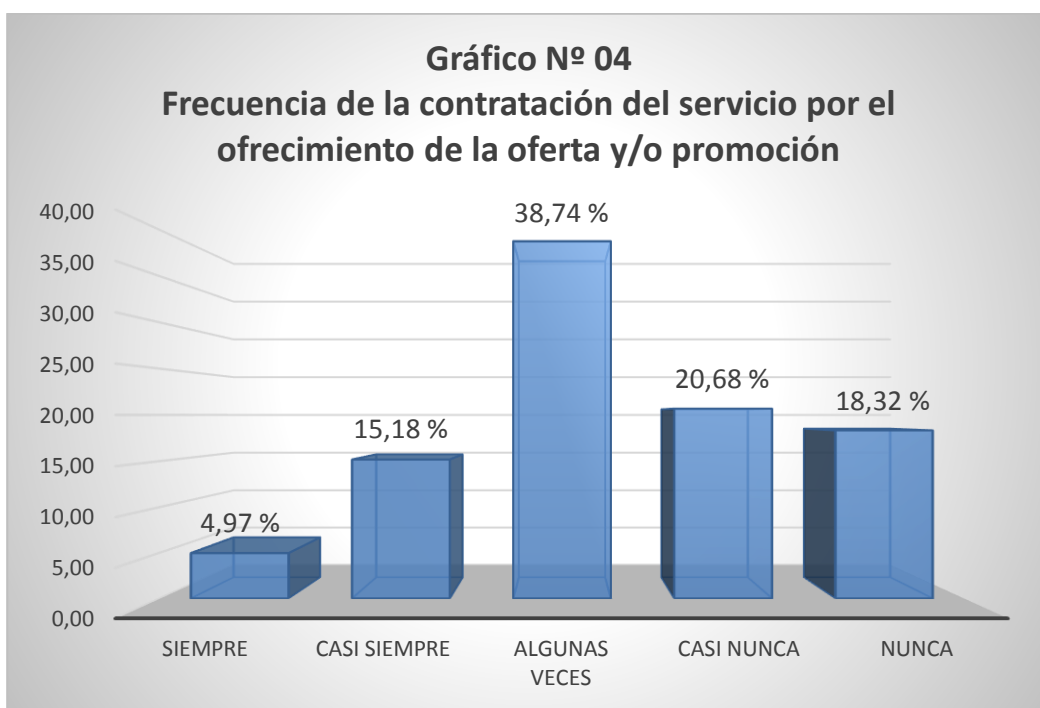
✓ **ANALISIS:**

Del cuadro N° 03 y gráfico N° 03 se desprende respecto a la frecuencia de las ofertas y/o promociones de las empresas operadoras dirigidas a los usuarios vía telefónica. De esa manera, de los usuarios encuestados en relación a recibir ofertas y/o promociones, un 20,42% afirma que SIEMPRE, un 34,55 afirma que CASI SIEMPRE, un 29.58% afirma que ALGUNAS VECES, un 8,38% afirma que CASI NUNCA, y, un 7.07% afirma que NUNCA.

✓ **INTERPRETACIÓN:**

Se evidencia que existe una mayor cantidad de usuarios que han recibido al menos una vez, ofertas y/o promociones de las empresas operadoras vía telefónica, siendo así el 84.55%, a diferencia de los usuarios que afirman que nunca han recibido ofertas y/o promociones, siendo estos últimos un 15.45%. Ello se traduce en que el ofrecimiento de ofertas y/o promociones de parte de las empresas operadoras es, sin duda, una práctica comercial bastante frecuente pues resulta de un bajo costo para estas últimas realizar llamadas a los usuarios exponiendo sus promociones con el fin de conseguir la contratación de sus servicios.

CUADRO Nº 04		
FRECUENCIA DE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO POR EL OFRECIMIENTO DE LA OFERTA Y/O PROMOCIÓN		
ALTERNATIVAS	Nº	%
Siempre	19	4,97
Casi siempre	58	15,18
Algunas veces	148	38,74
Casi nunca	79	20,68
Nunca	70	18,32
TOTAL	382	100



✓ **DESCRIPCIÓN:**

En el cuadro N° 04 y gráfico N° 04 se consideran los porcentajes de la frecuencia de la contratación de servicios en telecomunicaciones en base a ofertas y/o promociones dirigidas por las empresas operadoras vía telefónica.

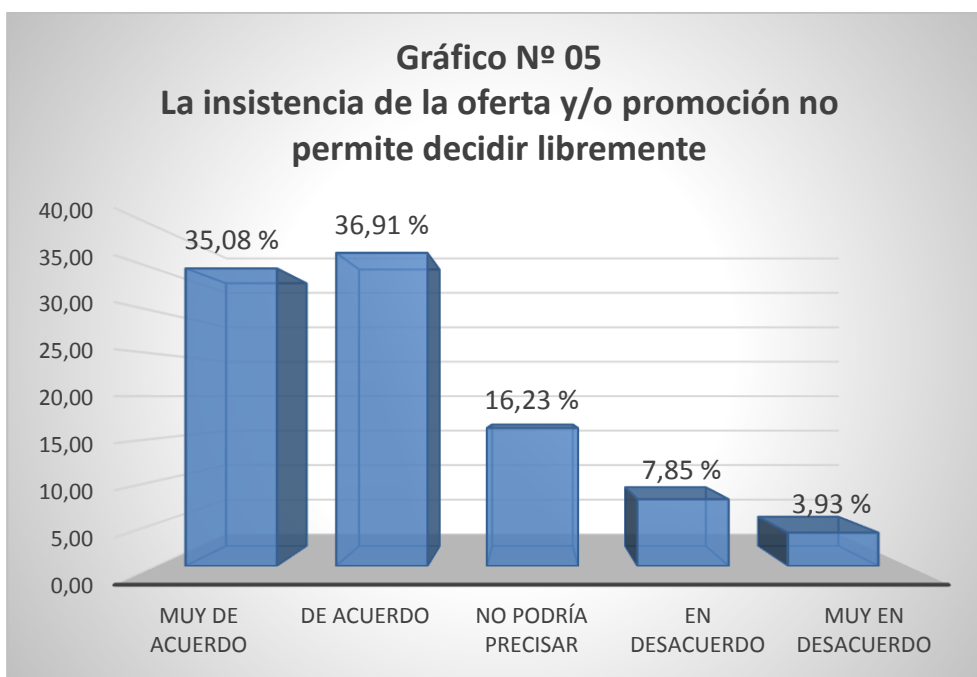
✓ **ANALISIS**

Del cuadro N° 04 y gráfico N° 04 se desprende respecto a la frecuencia de la contratación de servicios en telecomunicaciones en base a ofertas y/o promociones dirigidas por las empresas operadoras vía telefónica. De esa manera, de los usuarios encuestados en relación a contratar por la proposición de ofertas y/o promociones, un 4,97% afirma que SIEMPRE, un 15,18 afirma que CASI SIEMPRE, un 38.74% afirma que ALGUNAS VECES, un 20,68% afirma que recibe CASI NUNCA, y, un 18.32% afirma que NUNCA.

✓ **INTERPRETACION:**

Se evidencia que la mayor cantidad de usuarios afirman que algunas veces han terminado contratando los servicios de las empresas operadoras ante las ofertas y/o promociones dirigidas vía telefónica, siendo éstos un 58.89%. Esto puede explicar la eficacia de esta técnica de mercadeo para conseguir la venta de diversos servicios de las empresas operadoras. No obstante y, no menos importante, es de resaltar que un 39% afirma que casi nunca o nunca, ha contratado ante la propuesta de la empresa operadora vía telefónica. Este considerable número de usuarios puede explicar la desconfianza que existe en las empresas operadoras del cumplimiento de sus eventuales propuestas.

CUADRO Nº 05		
LA INSISTENCIA DE LA OFERTA Y/O PROMOCIÓN NO PERMITE DECIDIR LIBREMENTE		
ALTERNATIVAS	Nº	%
Muy de acuerdo	134	35,08
De acuerdo	141	36,91
No podría precisar	62	16,23
En desacuerdo	30	7,85
Muy en desacuerdo	15	3,93
TOTAL	382	100



✓ **DESCRIPCIÓN:**

En el cuadro N° 05 y gráfico N° 05 se consideran los porcentajes de la apreciación respecto a la insistencia de la oferta y/o promoción por la empresa operadora dirigida a los usuarios, lo que imposibilita que estos últimos puedan decidir libremente respecto a la contratación de determinado servicio en telecomunicaciones.

✓ **ANÁLISIS:**

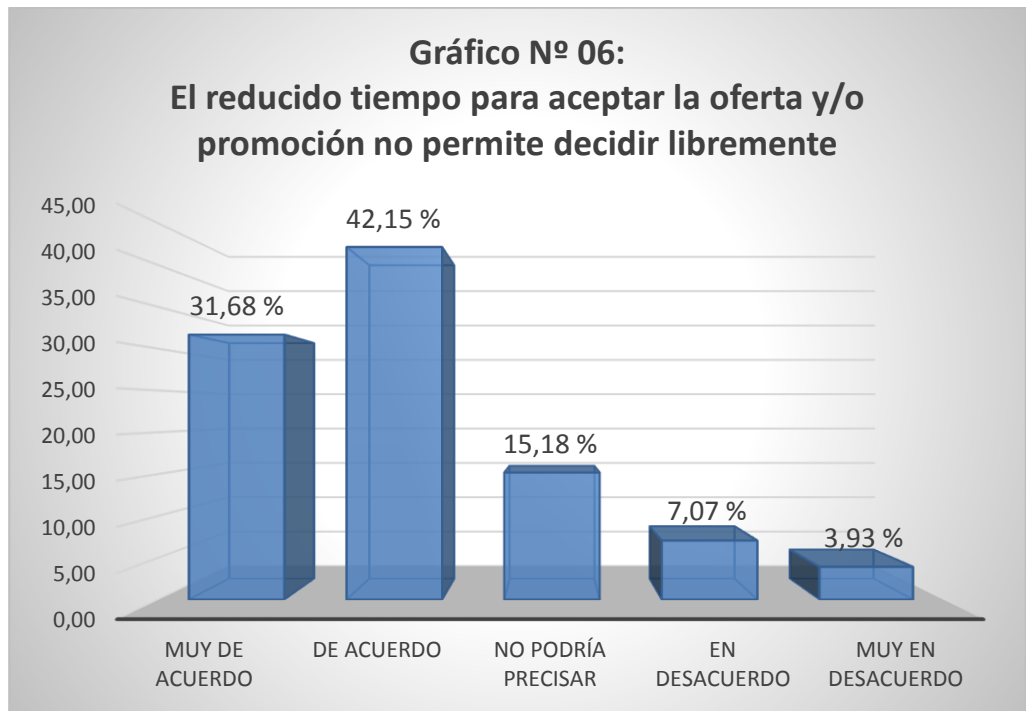
Del cuadro N° 05 y gráfico N° 05 se desprende respecto a la libertad de decisión para contratar de los usuarios ante las ofertas y/o promociones dirigidas por las empresas operadoras vía telefónica. De esa manera, de los usuarios encuestados en relación a que la insistencia en el ofrecimiento de los servicios de la empresa operadora no le permiten decidir libremente, un 35.08% está MUY DE ACUERDO, un 36.91% está DE ACUERDO, un 16.23% NO PODRÍA PRECISAR, un 7.85% está en DESACUERDO, y, un 3.93% está MUY EN DESACUERDO.

✓ **INTERPRETACIÓN:**

Se evidencia que la mayor cantidad de usuarios están de acuerdo en que la insistencia en el ofrecimiento de los servicios de la empresa operadora no le permiten decidir libremente, siendo estos un 71.99%. Esto explica que esta técnica de mercadeo es percibida por los usuarios como una práctica comercial agresiva, en el sentido que les reduce la libertad de contratar por la presión ejercida sobre ellos de parte de los asesores de venta de las empresas operadoras. Lo que finalmente puede resultar en decisiones de consumo realizadas más por presión que por propia decisión del usuario.



<b>CUADRO Nº 06</b>		
<b>EL REDUCIDO TIEMPO PARA ACEPTAR LA OFERTA Y/O PROMOCIÓN NO PERMITE DECIDIR LIBREMENTE</b>		
ALTERNATIVAS	Nº	%
Muy de acuerdo	121	31,68
De acuerdo	161	42,15
No podría precisar	58	15,18
En desacuerdo	27	7,07
Muy en desacuerdo	15	3,93
<b>TOTAL</b>	<b>382</b>	<b>100</b>



✓ **DESCRIPCION:**

En el cuadro N° 06 y gráfico N° 06 se consideran los porcentajes de la apreciación del reducido tiempo en el ofrecimiento de la oferta y/o promoción por la empresa operadora dirigida a los usuarios, lo que imposibilita que estos últimos puedan decidir libremente respecto a la contratación de determinado servicio en telecomunicaciones.

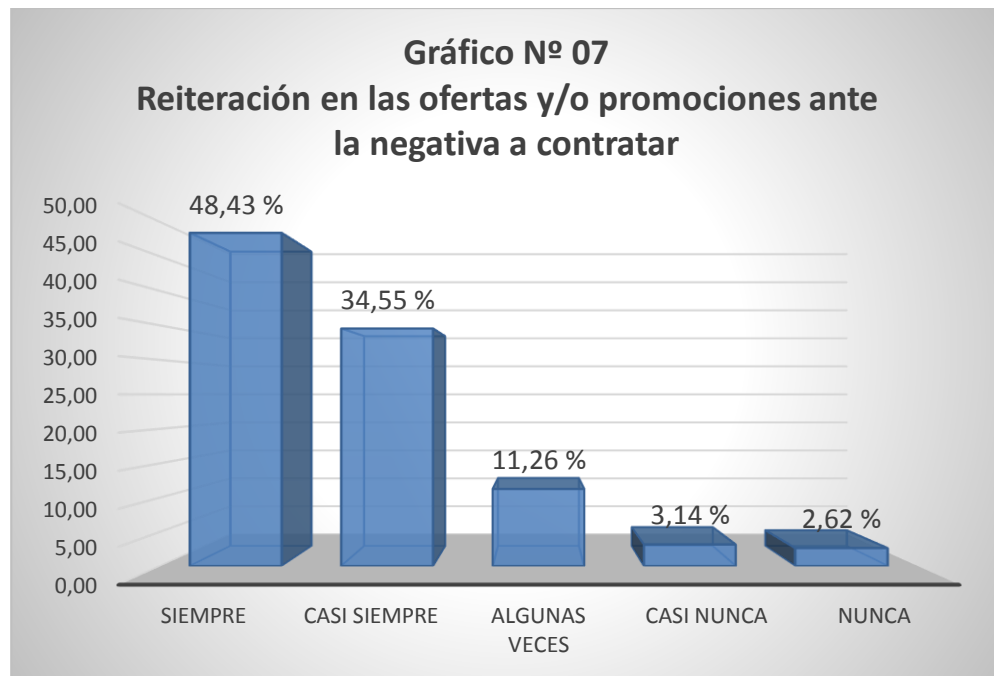
✓ **ANALISIS:**

Del cuadro N° 06 y gráfico N° 06 se desprende respecto a la libertad de decisión para contratar de los usuarios ante las ofertas y/o promociones dirigidas por las empresas operadoras vía telefónica. De esa manera, de los usuarios encuestados en relación a que el reducido tiempo en el ofrecimiento de los servicios de la empresa operadora no le permiten decidir libremente, un 31.68% está MUY DE ACUERDO, un 42.15% está DE ACUERDO, un 15.18% NO PODRÍA PRECISAR, un 7.07% está en DESACUERDO, y, un 3.93% está MUY EN DESACUERDO.

✓ **INTERPRETACIÓN:**

Se evidencia que la mayor cantidad de usuarios están de acuerdo en que el reducido tiempo en el ofrecimiento de los servicios de la empresa operadora no le permiten decidir libremente, siendo estos un 73.83%. Esto explica que esta técnica de mercadeo es percibida por los usuarios como una práctica comercial agresiva, en el sentido que les reduce la libertad de contratar por el reducido espacio de tiempo durante la comunicación telefónica de parte de los asesores de venta de las empresas operadoras.

CUADRO Nº 07		
REITERACIÓN EN LAS OFERTAS Y/O PROMOCIONES ANTE LA NEGATIVA A CONTRATAR		
ALTERNATIVAS	Nº	%
Siempre	185	48,43
Casi siempre	132	34,55
Algunas veces	43	11,26
Casi nunca	12	3,14
Nunca	10	2,62
TOTAL	382	100



✓ **DESCRIPCIÓN:**

En el cuadro N° 07 y gráfico N° 07 se consideran los porcentajes de la apreciación en la reiteración del ofrecimiento de la oferta y/o promoción por la empresa operadora dirigida a los usuarios, pese a que estos últimos puedan manifiesten su negativa a contratar determinado servicio en telecomunicaciones.

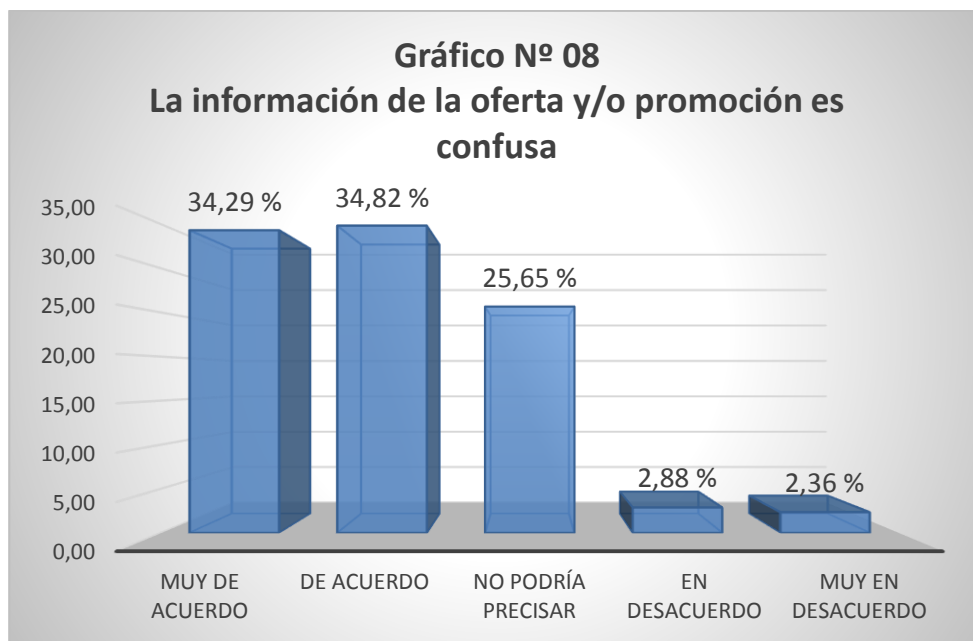
✓ **ANALISIS:**

Del cuadro N° 07 y gráfico N° 07 se desprende respecto a la libertad de decisión para contratar de los usuarios ante las ofertas y/o promociones dirigidas por las empresas operadoras vía telefónica. De esa manera, de los usuarios encuestados en relación a que existe reiteración en el ofrecimiento de los servicios de la empresa operadora pese a la negativa de contratar, un 48.43% afirma que SIEMPRE, un 34.55% afirma que CASI SIEMPRE, un 11.26% afirma que ALGUNAS VECES, un 3.14% afirma que CASI NUNCA, y, un 2.62% afirma que NUNCA.

✓ **INTERPRETACIÓN:**

Se evidencia que existe una cantidad bastante considerable de usuarios que han recibido al menos por una segunda vez, ofertas y/o promociones de las empresas operadoras vía telefónica pese a su negativa a contratar el servicio propuesto, siendo así el 94.24%, a diferencia de los usuarios que afirman que nunca han recibido una reiteración de las ofertas y/o promociones, siendo estos últimos un 5.76%. Ello se traduce en que el ofrecimiento de ofertas y/o promociones de parte de las empresas operadoras se da en sucesivas oportunidades incluso cuando el usuario no desea contratar el servicio. Esto constituye en buena cuenta un método comercial agresivo por la insistencia de conducir de cualquier manera al usuario a contratar el servicio propuesto.

<b>CUADRO N° 08</b>		
<b>LA INFORMACIÓN DE LA OFERTA Y/O PROMOCIÓN ES CONFUSA</b>		
ALTERNATIVAS	Nº	%
Muy de acuerdo	131	34,29
De acuerdo	133	34,82
No podría precisar	98	25,65
En desacuerdo	11	2,88
Muy en desacuerdo	9	2,36
<b>TOTAL</b>	<b>382</b>	<b>100</b>



✓ **DESCRIPCION:**

En el cuadro N° 08 y gráfico N° 08 se consideran los porcentajes de la apreciación de que la información brindada por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción es confusa para los usuarios, lo que imposibilita que estos últimos puedan decidir adecuadamente respecto a la contratación de determinado servicio en telecomunicaciones.

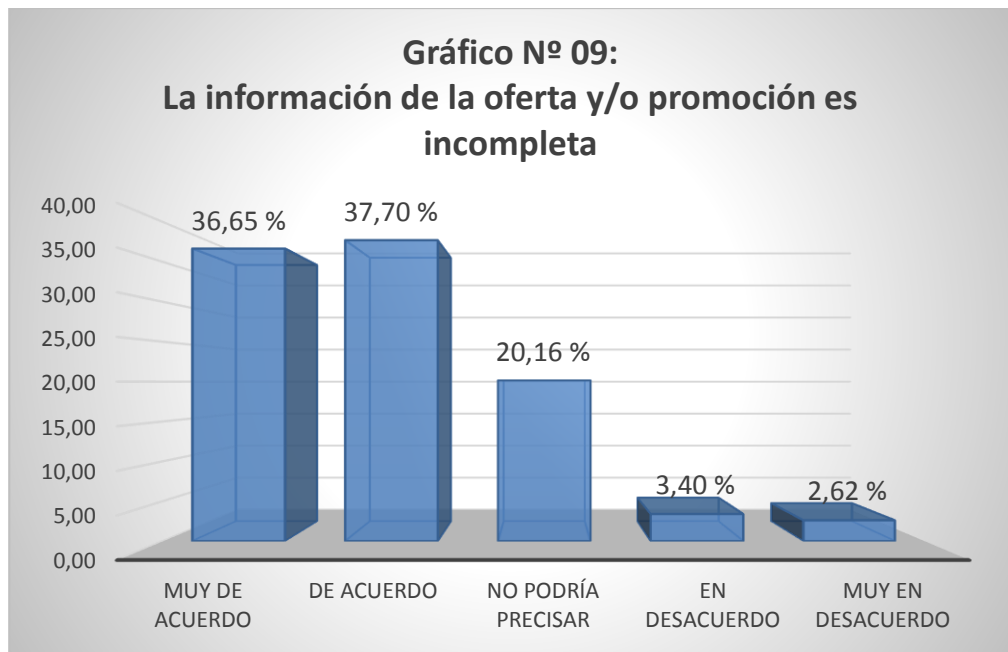
✓ **ANALISIS:**

Del cuadro N° 08 y gráfico N° 08 se desprende respecto a la información brindada por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción vía telefónica. De esa manera, de los usuarios encuestados en relación a que la información brindada por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción es confusa, un 34.29% está MUY DE ACUERDO, un 34.82% está DE ACUERDO, un 25.65% NO PODRÍA PRECISAR, un 2.88% está en DESACUERDO, y, un 2.36% está MUY EN DESACUERDO.

✓ **INTERPRETACION:**

Se evidencia que la mayor cantidad de usuarios están de acuerdo en que la información brindada por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción vía telefónica es confusa, siendo estos un 69.11%. Esto explica que la información respecto a la oferta y/o promoción es percibida por los usuarios como confusa e imprecisa, en el sentido que la utilización de palabras técnicas respecto a, por ejemplo la calidad del servicio, o los ciclos de facturación del mismo, termina confundiendo al usuario de si se encuentra aceptando condiciones adecuadas y favorables.

<b>CUADRO N° 09</b>		
<b>LA INFORMACIÓN DE LA OFERTA Y/O PROMOCIÓN ES INCOMPLETA</b>		
<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>N°</b>	<b>%</b>
Muy de acuerdo	140	36,65
De acuerdo	144	37,70
No podría precisar	77	20,16
En desacuerdo	13	3,40
Muy en desacuerdo	10	2,62
<b>TOTAL</b>	<b>382</b>	<b>100</b>



✓ **DESCRIPCION:**

En el cuadro N° 09 y gráfico N° 09 se consideran los porcentajes de la apreciación de que la información brindada por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción es incompleta para los usuarios, lo que imposibilita que estos últimos puedan decidir adecuadamente respecto a la contratación de determinado servicio en telecomunicaciones.

✓ **ANALISIS:**

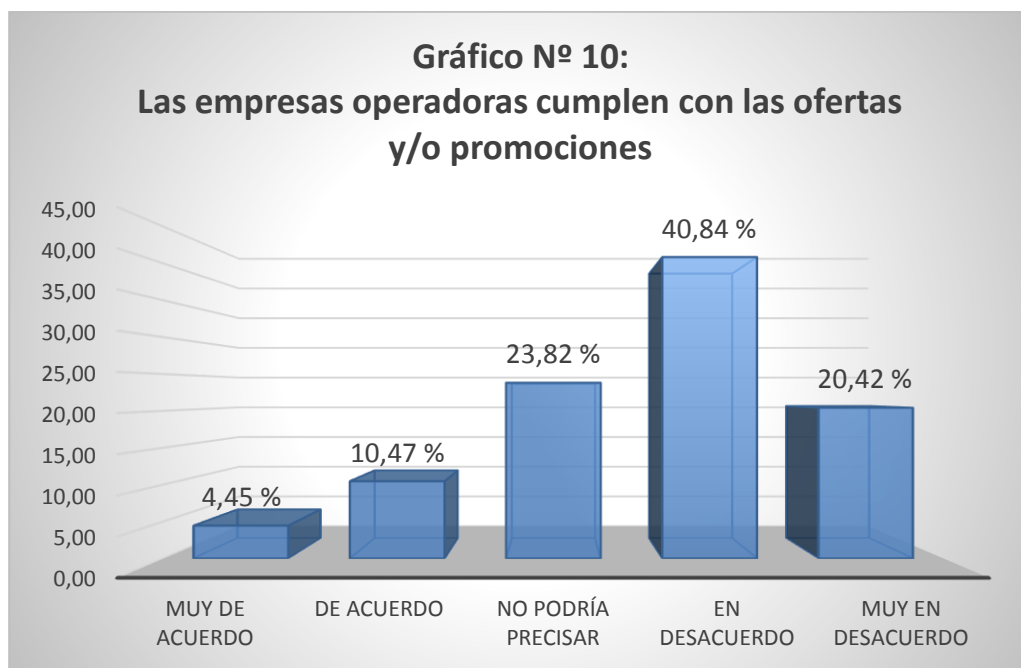
Del cuadro N° 09 y gráfico N° 09 se desprende respecto a la información brindada por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción vía telefónica. De esa manera, de los usuarios encuestados en relación a que la información brindada por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción es imprecisa, un 36.65% está MUY DE ACUERDO, un 37.70% está DE ACUERDO, un 20.16% NO PODRÍA PRECISAR, un 3.40% está en DESACUERDO, y, un 2.62% está MUY EN DESACUERDO.

✓ **INTERPRETACION:**

Se evidencia que la mayor cantidad de usuarios están de acuerdo en que la información brindada por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción vía telefónica es incompleta, siendo estos un 74.35%. Esto explica que la información respecto a la oferta y/o promoción es percibida por los usuarios como incompleta e insuficiente, en el sentido que el reducido tiempo de la comunicación telefónica sólo le permite conocer al usuario las condiciones ventajosas de la empresa operadora, sin considerar, que a su vez podrían existir condiciones que no resultan ventajosas pero que no son comunicadas al usuario pues lo que busca la empresa operadora es conseguir la contratación de este último.



CUADRO N° 10		
LAS EMPRESAS OPERADORAS CUMPLEN CON LAS OFERTAS Y/O PROMOCIONES		
ALTERNATIVAS	Nº	%
Muy de acuerdo	17	4,45
De acuerdo	40	10,47
No podría precisar	91	23,82
En desacuerdo	156	40,84
Muy en desacuerdo	78	20,42
TOTAL	382	100



✓ **DESCRIPCION:**

En el cuadro N° 10 y gráfico N° 10 se consideran los porcentajes de la apreciación de que las empresas operadoras cumplen con las condiciones respecto de la oferta y/o promoción propuesta vía telefónica a los usuarios.

✓ **ANALISIS:**

Del cuadro N° 10 y gráfico N° 10 se desprende respecto al cumplimiento de las condiciones propuestas por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción vía telefónica. De esa manera, de los usuarios encuestados en relación a que las empresas operadoras cumplen con las condiciones respecto de la oferta y/o promoción propuesta, un 4.45% está MUY DE ACUERDO, un 10.47% está DE ACUERDO, un 38.82% NO PODRÍA PRECISAR, un 40.84% está en DESACUERDO, y, un 20.42% está MUY EN DESACUERDO.

✓ **INTERPRETACION:**

Se evidencia que la mayor cantidad de usuarios están en desacuerdo en que las empresas operadoras cumplen con las condiciones respecto de la oferta y/o promoción brindada vía telefónica, siendo estos un 61.26%. Esto explica que la información respecto a la oferta y/o promoción es percibida por los usuarios como falsa, en el sentido que existen desconfianza en que las empresas operadoras cumplen las supuestas condiciones ventajosas informadas vía telefónica a los usuarios. Esta falta de credibilidad en las empresas operadoras se debe en buena cuenta a que la experiencia empírica de los usuarios les ha demostrado que las ofertas y/o promociones tienden a ser engañosas de supuestas condiciones favorables para los mismos.

### 3. COMPROBACIÓN DE LA HIPOTESIS

Para la comprobación de las hipótesis se ha tenido en cuenta que nos encontramos investigando casos comunes de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, por lo que se pretende demostrar que en la mayoría de los casos, se verifica las hipótesis planteadas; sin embargo, adicionalmente al análisis cuantitativo, se va a realizar la comprobación a través del análisis cualitativo, en función de estadística descriptiva, utilizando los porcentajes obtenidos para inferir, de la información tabulada, la confirmación o rechazo de las hipótesis.

#### 3.1. Hipótesis específicas

##### 3.1.1. Hipótesis 01

*“La contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico constituye un método comercial agresivo, en Tacna, en el año 2015”.*

Sobre el particular, en el cuadro N° 05 y gráfico N° 05 se observa que la mayor cantidad de usuarios están de acuerdo en que la insistencia en el ofrecimiento de los servicios de la empresa operadora no le permiten decidir libremente, siendo estos un 71.99%. De la misma manera, en el cuadro N° 06 y gráfico N° 06 se observa que la mayor cantidad de usuarios están de acuerdo en que el reducido tiempo en el ofrecimiento de los servicios de la empresa operadora no le permiten decidir libremente, siendo estos un 73.83%. Ello evidencia que, esta técnica de mercadeo es percibida por los usuarios como un método comercial agresivo, en el sentido que les reduce la libertad de contratar tanto por la presión ejercida y por el reducido espacio de tiempo durante la comunicación telefónica de parte de los asesores de venta de las empresas operadoras.

Asimismo, en el cuadro N° 07 y gráfico N° 07 se observa que una cantidad bastante considerable de usuarios han recibido al menos por una segunda vez, ofertas y/o promociones de las empresas operadoras vía telefónica pese a su negativa a contratar el servicio propuesto, siendo así el 94.24%. Ello se traduce en que, el ofrecimiento de ofertas y/o promociones de parte de las empresas operadoras no cesa ante la negativa del usuario a contratar el servicio, sino que por el contrario, es reiterativo. Lo cual constituye sin duda, un método comercial agresivo, por la persistencia de la empresa operadora en conducir de cualquier modo al usuario a contratar el servicio propuesto.

Todo lo expuesto, nos lleva a concluir que **la primera hipótesis específica ha sido confirmada** en todo sus extremos.

### **3.1.2. Hipótesis 02**

*“La contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico no garantiza la veracidad en la información, en Tacna, en el año 2015”.*

Sobre el particular, en el cuadro N° 08 y gráfico N° 08 se observa que la mayor cantidad de usuarios están de acuerdo en que la información brindada por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción vía telefónica es confusa, siendo estos un 69.11%. De la misma manera, , en el cuadro N° 09 y gráfico N° 09 se observa que la mayor cantidad de usuarios están de acuerdo en que la información brindada por la empresa operadora respecto de la oferta y/o promoción vía telefónica es incompleta, siendo estos un 74.35%. Ello evidencia que, la información respecto a la oferta y/o promoción es percibida por los usuarios como confusa e imprecisa, en el sentido que la utilización de palabras técnicas terminan confundiendo al usuario de si se encuentra aceptando condiciones favorables y, a su

vez, que la información respecto a la oferta y/o promoción es percibida por los usuarios como incompleta e insuficiente, en el sentido que el reducido tiempo de la comunicación telefónica sólo le permite conocer al usuario una pequeña porción de las supuestas condiciones ventajosas que le da a conocer la empresa operadora pero no aquellas condiciones que pueden resultar desventajosas, pues estas no son comunicadas al usuario.

Asimismo en el cuadro N° 10 y gráfico N° 10 se observa la mayor cantidad de usuarios están en desacuerdo en que las empresas operadoras cumplen con las condiciones respecto de la oferta y/o promoción brindada vía telefónica, siendo estos un 61.26%. Ello se traduce en que, no sólo la información respecto a la oferta y/o promoción es percibida por los usuarios como confusa e incompleta, sino también como fraudulenta, en el sentido que existe una marcada desconfianza en que las empresas operadoras cumplen las supuestas condiciones ventajosas de las ofertas y/o promociones informadas vía telefónica a los usuarios. Esta falta de credibilidad en las empresas operadoras se debe en buena cuenta a que la experiencia empírica de los usuarios les ha demostrado que las ofertas y/o promociones tienden a ser engañosas respecto a las supuestas condiciones favorables.

Todo lo expuesto, nos lleva a concluir que **la segunda hipótesis específica ha sido confirmada** en todo sus extremos.

### **3.2. Hipótesis general**

*“La contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del medio telefónico vulnera la libertad contractual constituyendo un método comercial agresivo que no garantiza la veracidad en la información, en Tacna, en el año 2015”.*

Los resultados presentados en las hipótesis específicas confirman que existe una afectación significativa a la libertad contractual de los usuarios

debido al método comercial agresivo utilizado por las empresas operadoras que no garantiza la veracidad en la información, en la contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a través del medio telefónico.

De tal manera, se verifica que dicha fórmula de mercadeo se encuentra progresivamente mancillando los derechos de los usuarios relacionados con la libertad contractual y que, consecuentemente, esto demuestra una indiferencia del ente regulador en la regulación de esta modalidad de contratos por *call-center*, que como se observa perjudica a los usuarios por la información confusa, imprecisa y fraudulenta, lo que sin duda, acrecienta aún más la asimetría informativa en los contratos de consumo y los posiciona en una grave situación de indefensión. Siendo así, de vital importancia una regulación acorde a esta nueva forma de contratar en el mercado de telecomunicaciones que cautele los derechos e intereses de los usuarios en la contratación de los servicios vía telefónica de las empresas operadoras.

Por lo expuesto, **se procede a confirmar la hipótesis** en el sentido que la contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a través del medio telefónico constituye un método comercial agresivo que no garantiza la veracidad en la información.

# CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

## 1. CONCLUSIONES

### **PRIMERA:**

En razón de la insistencia en un reducido espacio de tiempo donde se desarrolla la propuesta de la oferta y/o promoción vía telefónica, existen evidentes razones por las cuales la contratación de servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras mediante el telemarketing es un método comercial agresivo. Toda vez que, el usuario interceptado por el asesor de venta desde un *call-center* se encuentra en un escenario desprevenido y sorprendido, aunado a la persistencia de las ofertas y/o promoción imposibilitando al usuario un tiempo de reflexión para la comparación con servicios similares ofrecidos por diferentes empresas operadoras a fin de alcanzar una adecuada decisión de consumo. No obstante, la negativa a contratar tales ofrecimientos no cesa la insistencia de la empresa operadora, pues continúan con sucesivas llamadas a fin de conseguir que el usuario contrate de cualquier su servicio.

### **SEGUNDA:**

A causa del método comercial agresivo en el ofrecimiento de ofertas y/o promociones de servicios en telecomunicaciones por las empresas operadoras a través de llamadas telefónicas, se concluye que existe un grave atentado a la veracidad de la información lo cual dilata aún más la asimetría informativa en tales contratos. Se brinda información confusa e imprecisa, conteniendo así tecnicismos acerca de las condiciones e incluso se omite información relevante para que el usuario pueda alcanzar una adecuada decisión de consumo. Toda vez que, esta información conduce a los usuarios a contratar nuevos servicios

donde la empresa operadora incumple sus propuestas indicadas durante la comunicación telefónica sin garantizar en absoluto la veracidad de la información.

### **TERCERA:**

La contratación de ofertas y/o promociones en los servicios en telecomunicaciones ofrecidos por las empresas operadoras a los consumidores a través del telemarketing, sin duda vulnera la libertad contractual en vista que se ha convertido en un método comercial agresivo que ejerce presión sobre los usuarios y a su vez, no brinda información relevante para una adecuada decisión de consumo. En ese sentido, la autonomía privada de los usuarios para contratar, es decir, para la aceptación de la oferta y/o promoción, es limitada debido a la información distorsionada aunado a la insistencia del asesor de venta en un reducido espacio de tiempo de elección. Lo que ocasiona que los usuarios contraten nuevos servicios más por coacción que por su propia libertad contractual.

## **2. RECOMENDACIONES**

### **PRIMERA:**

Resulta de vital importancia que OSIPTEL establezca una regulación específica para esta modalidad de contratación a través del telemarketing. Esto en el sentido que la información proporcionada por la empresa operadora durante la comunicación telefónica con el usuario sea veraz respecto a la oferta y/o promoción. Una posibilidad adoptada podría ser que la empresa remita mediante el envío de un mensaje de texto sin costo alguno, las condiciones relevantes como la calidad del servicio, los ciclos de facturación, los gastos del servicios y fundamentalmente, los eventuales beneficios de la promoción así como también, el enlace que redirija al usuario a la página web donde se encuentra la totalidad de la información de la oferta y/o promoción. Asimismo, permitir al usuario un tiempo razonable de aproximadamente 48 horas contado desde el momento en que es recibido el mensaje de texto con la información y el enlace de internet de la oferta y/o promoción, para que pueda reflexionar sobre la



propuesta y así finalmente aceptar o rechazar la propuesta, ello en el sentido que el reducido espacio de tiempo de duración de la comunicación telefónica no le permite al usuario realizar comparaciones con servicios similares ofrecidos por diferentes empresas operadoras, así como tampoco, evaluar su capacidad presupuestaria, evitando con lo señalado a que el usuario sea impulsado a contratar a ciegas por la insistencia y evitar de esa manera la vulneración a la falta de veracidad en la información.

## **SEGUNDA:**

En vista que las empresas operadoras insisten en reiteradas ocasiones pese a la negativa de los usuarios a contratar la oferta y/o promoción del servicio de telecomunicaciones ofrecido mediante el telemarketing, OSIPTEL debe establecer una regulación dirigida a que durante la comunicación telefónica entre el asesor de venta y el usuario, se informe a este último de la existencia de la Black List (Lista Negra) por la cual el número telefónico del usuario puede acceder a un registro de quienes no desean recibir más promociones y/o ofertas a través de llamadas telefónicas. De esa manera, el usuario podría decidir libremente respecto a permitir a la empresa realizar sucesivas llamadas de ofertas y/o promociones, o por el contrario, a restringir a la empresa dichas llamadas telefónicas. Con esto, se evitaría que el telemarketing utilizado por las empresas operadoras se convierta en un método comercial pernicioso para los derechos de los usuarios en telecomunicaciones.

## BIBLIOGRAFIA

ALPA, Guido (2004): "Derecho del Consumidor". Editorial Gaceta Jurídica.

ALBALADEJO CAMPOY, Miguel Ángel (1980): "Estatuto del Consumidor". Editorial Instituto Nacional de Prospectiva.

ALET, Josep (2007): "Marketing directo e interactivo. Campañas efectivas con sus clientes". ESIC Editorial.

ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOZ MOZOS, José Luis; SOTO, Carlos Alberto (2001): "Contratación Contemporánea. Contratos modernos. Derecho del Consumidor". Palestra Editores y Editorial Temis S.A.

ALVAREZ SANCHEZ, José Manuel (2005): "Telemarketing. La red como soporte de marketing y comunicación". Editorial Ideas Propias

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1993): "Economía y Estado". Editorial Alebedo-Perrot..

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): "Principios de Derecho Público Económico". ARA Editores.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar y ARIÑO SANCHEZ, Rafael (2004): "La libertad de empresa". ARA Editores.

BACA ONETO, Víctor Sebastián (2013): "Protección al Consumidor. Colección por el Vigésimo Aniversario del INDECOPI". Q&P Impresores SRL.

BALDEON MIRANDA, Carlos (2014): "La Autorización de Servicio Público. Bases para una liberalización plena del sector Telecomunicaciones". Adrus Editores.

BASSOLS COMA, Martin (1988): "Constitución y Sistema Económico". Editorial Tecnos.

BERNAL FANDIÑO, Mariana (2012): "Ventas a distancia y su tratamiento en el nuevo estatuto del consumidor". Revista Universitas N° 124 de la Pontificia Universidad Javeriana.

BLOSSIERS HÜME, Juan José (2003): "Derecho Informático: Contratación Civil & Comercial".

BULLARD GONZALES, Alfredo (1993): "¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor" en El Derecho Civil Peruano Perspectivas y problemas actuales. Fondo Editorial PUCP

BULLARD, Alfredo (2006): "Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales". Palestra Editores.

CALLE CASUSOL, Jean Paul (2002): "Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa". ARA Editores.

CARBONELL O'BRIEN, Esteban (2010): "Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor". Jurista Editores.

CHIASSONI, Pierluigi (2013) "El Análisis Económico del Derecho". Palestra Editores.

CHIRINOS SOTO, Enrique (1984): "La nueva constitución. Al alcance de todos": AFA Editores Importares.

CORNEJO RAMIREZ, Enrique (2010): "Comercio Internacional" en Teoría del Comercio Internacional. Universidad Continental.

CORTADA DE KOHAN, Nuria y CARRO, José Manuel (1978): "Estadística Aplicada". Editorial Universitaria de Buenos Aires Eudeba S.E.M.

DANOS ORDOÑEZ, Jorge (2009): "El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana". Editorial Grijley.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1991): "El Contrato en General". Fondo Editorial PUCP.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; CARDENAS QUIROS, Carlos; GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2000): "Contrato y Mercado". Editorial Gaceta Jurídica S.A.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro (2008): "Curso de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones". Editorial Colex.

DIEZ-PICAZO, Luis (1991): "Masificación y Contrato" en Derecho de Daños. Editorial Depalma.

DIEZ PICAZO, Luis (1995): "¿Una nueva doctrina general del contrato?" En Revista del Instituto Peruano de Estudios Forenses.

DUGUIT, Leon (1975): "Las transformaciones del Derecho Público y Privado. Editorial Heliasta S.R.L.

DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar (1995): "Tutela Jurídica del Consumidor y de la Competencia". Editorial San Marcos.

DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar (2007): "Tratado de derecho del consumidor en el Perú". Universidad de San Martín de Porres Fondo Editorial.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004): "Ley de Protección al Consumidor". Editorial Rodhas.

FERRI, Luigi (2004): "Lecciones sobre el contrato: Curso de derecho civil". Editorial Grijley.

FORNO, Hugo (1991): "La Oferta al Publico: Razones para una discrepancia". En Derecho N° 45.

GARCIA BELAUNDE, Domingo (1989): "Teoría y práctica de la Constitución Peruana". Editorial EDDILI.

GARCIA BELAUNDE, Domingo (2014): "La Constitución Peruana de 1993: Sobreviviendo pese a todo pronóstico" en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César (2009): "Derecho Constitucional Económico". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Lima.

KRESALJA ROSELLO, Baldo (2010): "El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las constituciones de 1979 y 1993". Palestra Editores.

KOTLER, Philip y ARMSTRONG, Gary (2013): "Fundamentos de Marketing". Editorial Pearson.

MAGUIÑA PARDO, Ricardo (2001): "Estándar del consumidor". Editorial Gaceta Jurídica.

MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos (1994): "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones" en Anuario de Derecho Civil Vol. Nº 47

MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): "Servicio público y mercado. Las telecomunicaciones". Editorial Civitas S.A.

OSIPTEL (1996): "Memoria 1996. La Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones en el Perú".

OSIPTEL (1998): "Libro blanco sobre la apertura de las telecomunicaciones en el Perú".

OSIPTEL (2014): El Boom de las Telecomunicaciones. Prepress and Printing.

POSNER, Richard A. (2007): "El análisis económico del derecho". México DF: Fondo de Cultura Económica.

QUINTANA, Eduardo (2013): "Libre Competencia". Colección por el Vigésimo Aniversario del INDECOPI". Q&P Impresores SRL.

QUISPE CORREA, Alfredo (2002): "La Constitución Económica". Editorial Grafica Horizontes.

REZZÓNICO, Juan Carlos (1987): "Contratos con cláusulas predispuestas". Editorial Astrea.

ROPPO, Vincenzo (2009): "El contrato". Editorial Gaceta Jurídica.

SANCHEZ ALBAVERA, Fernando (1989): “Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución” en La Constitución diez años después. Editorial Fundación Friedrich Naumann.

SEDILLOT, Rene (1975): “Historia de las principales monedas”. Editorial Guadarrama.

SOUVIRÓN MORENILLA, José María (2004): “La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos Jurídicos” en Privatizaciones y Liberalización en España: Balance y Resultados. Editorial Comares.

SÚMAR ALBÚJAR, Oscar [editor] (2011): “Ensayos sobre Protección al Consumidor”. Universidad del Pacífico.

TAVARA MARTIN, José Ignacio (2000): “Privatización y regulación en el sector eléctrico y las telecomunicaciones” en Modernización Empresarial en el Perú. Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.

TOVAR MENA, Teresa (2006): “Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones”. ARA Editores.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos (1993): “La Nueva Constitución del Perú, 1993”. Editorial Asesora Andina.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo (1984): “El contrato por adhesión a cláusulas generales”. Editorial Universidad.

VEGA MERE, Yuri (2001): “Contratos de consumo”. Editorial Grijley.

## ANEXOS

### ANEXO Nº 01

#### FICHA DE ENCUESTA DIRIGIDA A LOS USUARIOS DE SERVICIOS EN TELECOMUNICACIONES SOBRE LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS EN TELECOMUNICACIONES POR EL MEDIO TELEFONICO

DISTRITO DE TACNA, AÑO 2015

#### INSTRUCCIONES

La encuesta es totalmente anónima. Se pretende investigar los efectos en la libertad para contratar los servicios en telecomunicaciones por el medio telefónico. Por favor, responda con precisión.

Fecha:

1. Sexo:
  - a) Masculino
  - b) Femenino
  
2. Nivel Educativo
  - a) Educación Básica
  - b) Educación Superior
  
3. ¿Con qué frecuencia recibe usted ofertas de servicios en telecomunicaciones de una empresa operadora a través de llamadas telefónicas?
  - a) Nunca
  - b) Casi Nunca
  - c) Algunas veces
  - d) Casi siempre
  - e) Siempre
  
4. ¿Ha contratado usted algún servicio en telecomunicaciones por el ofrecimiento de una oferta y/o promoción de la empresa operadora a través de llamadas telefónicas?
  - a) Nunca
  - b) Casi Nunca
  - c) Algunas veces
  - d) Casi siempre
  - e) Siempre
  
5. La insistencia para aceptar la oferta y/o promoción de los servicios de una empresa operadora a través de llamadas telefónicas no le permiten decidir libremente:
  - a) Muy de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No podría precisar
  - d) En desacuerdo
  - e) Muy en desacuerdo

6. El reducido tiempo para aceptar la oferta y/o promoción de los servicios de la empresa operadora a través de llamadas telefónicas no le permiten decidir libremente:
  - a) Muy de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No podría precisar
  - d) En desacuerdo
  - e) Muy en desacuerdo
  
7. Las empresas operadoras pese a la negativa de su usted en aceptar la oferta y/o promoción de sus servicios insisten con llamadas a su teléfono en varias oportunidades:
  - a) Muy de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No podría precisar
  - d) En desacuerdo
  - e) Muy en desacuerdo
  
8. La información respecto a la oferta y/o promoción que le brinda a usted la empresa operadora a través de llamadas telefónicas es confusa:
  - a) Muy de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No podría precisar
  - d) En desacuerdo
  - e) Muy en desacuerdo
  
9. La información respecto a la oferta y/o promoción que le brinda a usted la empresa operadora a través de llamadas telefónicas es incompleta:
  - a) Muy de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No podría precisar
  - d) En desacuerdo
  - e) Muy en desacuerdo
  
10. Las empresas operadoras cumplen con todas las condiciones de las ofertas y/o promociones informadas a usted mediante las llamadas telefónicas:
  - a) Muy de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No podría precisar
  - d) En desacuerdo
  - e) Muy en desacuerdo