



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**“La naturaleza jurídica de los actos emitidos por las empresas
operadoras del servicio público de telecomunicaciones en ejercicio de
su facultad para resolver reclamos, desde la perspectiva funcionalista
de nuestro actual ordenamiento jurídico administrativo”**

AUTOR:

Bach. Flores Mejía Deyby Augusto

ASESOR:

Dr. Anacleto Guerrero Víctor Ruperto

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

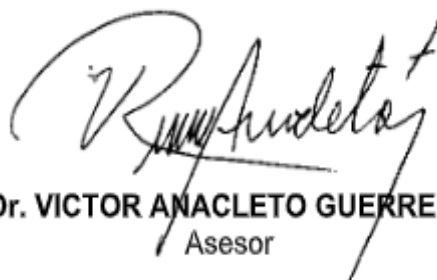
Fecha de sustentación: 05 de enero de 2023

LAMBAYEQUE, 2023

Tesis denominada “La naturaleza jurídica de los actos emitidos por las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones en ejercicio de su facultad para resolver reclamos, desde la perspectiva funcionalista de nuestro actual ordenamiento jurídico administrativo” **presentada para optar el TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO, por:**



Bach. Flores Mejía Deyby Augusto
Autor



Dr. VICTOR ANACLETO GUERRERO
Asesor

APROBADO POR:



Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE
Presidente del Jurado



Mag. MARY ISABEL COLINA MORENO
Secretario del Jurado



Abog. LUPERCIO CORDOYA ROMERO
Vocal del Jurado

DEDICATORIA

*A mis padres, por el constante apoyo que me brindaron a lo largo de mi vida
universitaria y en especial durante el tiempo que duró esta investigación.*

AGRADECIMIENTO

A María Mejía Pérez, mi madre, quien se constituyó como primera fuente de apoyo e hizo posible que continuara con la presente investigación.

Al profesor Vicente Cairampoma Arroyo, quien me brindó una pequeña entrevista permitiéndome delimitar el tema central de esta investigación.

A mi familia, novia e institución laboral -OSIPTEL- que de cierta forma hicieron posible esto.



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
UNIDAD DE INVESTIGACION



ACTA DE SUSTENTACIÓN
A C T A DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL N° 02-2023-UI-FDCP

Sustentación para optar el Título de ABOGADO de: **Deyby Augusto Flores Mejía.**

Siendo las 11:00 a.m. del día lunes 05 de enero del 2023 se reunieron vía Plataforma Virtual MEET de Google Suite de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", los miembros del jurado evaluador de la tesis titulada: "**LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LAS EMPRESAS OPERADORAS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES EN EJERCICIO DE SU FACULTAD PARA RESOLVER RECLAMOS, DESDE LA PERSPECTIVA FUNCIONALISTA DE NUESTRO ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO**", designados por Decreto N° 39-2022-FDCP-VIRTUAL de fecha 28 de febrero del 2022, con la finalidad Evaluar y Calificar la sustentación de la tesis antes mencionada, por parte de los Señores Catedráticos:

PRESIDENTE : Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE.
SECRETARIO : Mag. MARY ISABEL COLINA MORENO.
VOCAL : Abog. LUPERCIO CORDOVA ROMERO

La tesis fue asesorada por DR. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO, nombrada por Decreto N°39-2022-FDCP-VIRTUAL de fecha 28 de febrero del 2022.

El acto de sustentación fue autorizado por Resolución N°304-2022-VIRTUAL-UI-FDCP-UNPRG de fecha 19 de diciembre del 2022.

La tesis fue presentada y sustentada por el bachiller **Deyby Augusto Flores Mejía** y tuvo una duración de 30 minutos. Después de la sustentación y absueltas las preguntas y observaciones de los miembros del jurado; se procedió a la calificación respectiva, obteniendo el siguiente resultado: **APROBADO con la nota de 16 (Dieciséis) en la escala vigesimal, mención de BUENO. Por lo que queda APTO** para obtener el Título Profesional de **ABOGADO**, de acuerdo con la Ley Universitaria 30220 y la normatividad vigente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Siendo las 12:38 p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico suscribiendo los miembros del jurado el Acta; quedando registrado el video en el link: https://drive.google.com/file/d/1yyxfJLWB7EFIpQop6sxbKLxdYJ_K0X/view?usp=share_link

Lambayeque, lunes 05 de enero del 2023

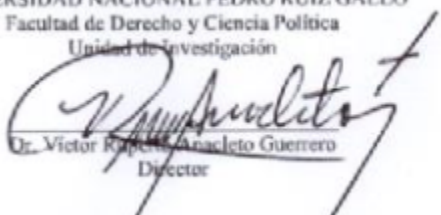

Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE
Presidente del Jurado


Mag. MARY ISABEL COLINA MORENO
Secretario del Jurado


Abog. LUPERCIO CORDOVA ROMERO
Vocal del Jurado

Certificación: El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, certifica la veracidad del contenido del Acta de sustentación de tesis Virtual N° 02-2023-UI-FDCP correspondiente a Deyby Augusto Flores Mejía, evento que se ha realizado de manera virtual el día lunes 05 de enero del 2023 y aparece registrada en el archivo correspondiente.

Lambayeque, 08 de marzo del 2023

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Investigación

Dr. Victor Ruperto Anacleto Guerrero
Director

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

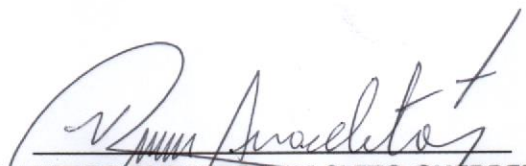
Yo, DR. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO, Asesor de Tesis de Bach. Deyby Augusto Flores Mejía, titulada ***“LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LAS EMPRESAS OPERADORAS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES EN EJERCICIO DE SU FACULTAD PARA RESOLVER RECLAMOS, DESDE LA PERSPECTIVA FUNCIONALISTA DE NUESTRO ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO”***, luego de la revisión exhaustiva del documento, constato que la misma tiene un índice de similitud de 16%(DIECISEIS %) verificable en el reporte de similitud del programa TURNITIN.

El suscrito analizo dicho reporte y concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 02 de noviembre del 2022



Bach. Flores Mejía Deyby Augusto
Autor


DR. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
D.N.I.
ASESOR

La naturaleza jurídica de los actos emitidos por las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones en ejercicio de su facultad para resolver reclamos, desde la perspectiva funcionalis

INFORME DE ORIGINALIDAD

16%

INDICE DE SIMILITUD

16%

FUENTES DE INTERNET

2%

PUBLICACIONES

6%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

hdl.handle.net

Fuente de Internet

2%

2

dspace.unitru.edu.pe

Fuente de Internet

1%

3

www.osiptel.gob.pe

Fuente de Internet

1%

4

regulatel.osiptel.gob.pe

Fuente de Internet

1%

5

www.scribd.com

Fuente de Internet

1%

6

revistasmarcialpons.es

Fuente de Internet

1%

7

works.bepress.com

Fuente de Internet

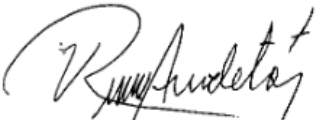
1%

8

vsip.info

Fuente de Internet

<1%


Dr. VICTOR ANACLETO GUERRERO
Asesor




Recibo digital


Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por **Turnitin**. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Deyby Augusto Flores Mejía
Título del ejercicio: REVISION DE TESIS
Título de la entrega: La naturaleza jurídica de los actos emitidos por las empresa...
Nombre del archivo: INFORME_FINAL_TESIS_3.docx
Tamaño del archivo: 3.62M
Total páginas: 107
Total de palabras: 24,497
Total de caracteres: 139,249
Fecha de entrega: 02-nov.-2022 01:11p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega... 1942623221



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO



TESIS:

"La naturaleza jurídica de los actos emitidos por las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones en ejercicio de su facultad para resolver reclamos, desde la perspectiva funcionalista de nuestro actual ordenamiento jurídico administrativo"

AUTOR:

Bach. Flores Mejía Deyby Augusto

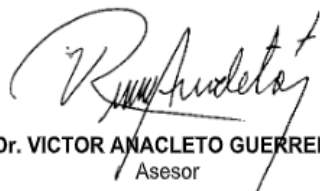
ASESOR:

Dr. Anacleto Guerrero Víctor Ruperto

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

LAMBAYEQUE, 2022



Dr. VICTOR ANACLETO GUERRERO
Asesor

ÍNDICE

RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
I ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	11
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.	11
1.1. Planteamiento del problema.....	11
1.2. Formulación del problema.	15
1.3. Justificación e importancia del estudio.	15
1.3.1. Justificación del estudio.....	15
1.3.2. Importancia del estudio.....	18
1.4. Objetivos.....	21
1.4.1. Objetivo General.....	21
1.4.2. Objetivos Específicos.....	21
1.5. Hipótesis.	21
1.6. Variables.....	22
1.6.1. Variable independiente.	22
1.6.2. Variable dependiente.....	22
1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.	22
1.7.1. Métodos.	22
1.7.1.1. Métodos generales.....	22
1.7.1.2. Métodos específicos.	23
1.7.2. Técnicas.	23
1.7.3. Instrumentos.....	23
II CAPITULO II	24
2.1. La Administración Pública.....	24
2.1.1. Antecedente de la Administración Pública	24
2.1.2. Delimitación del concepto de administración pública en el Perú.....	25
2.1.3. Teorías de conceptualización de administración pública	31
2.1.3.1. <i>Concepción subjetiva</i>	31
2.1.3.2. <i>Concepción funcionalista</i>	34
2.1.3.3. Concepción Jurídico-Formal	37
2.1.3.4. Concepciones Mixtas	38

2.2. Las Empresas Operadoras del Servicio Público de Telecomunicaciones en el Ordenamiento Jurídico Administrativo Peruano	40
2.2.1. Las Empresas Operadoras del Servicio Público de Telecomunicaciones como Entidades Administrativas.....	43
2.3. El servicio Público de Telecomunicaciones	45
2.3.1. Naturaleza Jurídica del Vínculo Relacional entre Empresa Operadora y Usuario del Servicio Público de Telecomunicaciones	46
2.4. Acto Administrativo	50
2.4.1. Elementos del Acto Administrativo	53
2.4.1.1. Elemento Subjetivo	53
a) Competencia	55
b) Imparcialidad.....	61
2.4.1.2. Elemento Formal	66
c) Motivación.....	67
d) Procedimiento como aspecto formal.....	71
e) Potestad Resolutiva en el Procedimiento	72
2.4.1.3. Elemento Objetivo.....	76
2.4.1.4. Finalidad Pública como elemento	77
2.5. Los actos decisorios de las empresas operadoras del servicio público de Telecomunicaciones.....	82
2.5.1. Análisis de sus elementos	82
2.6. Planteamiento como actos administrativos fictos	85
2.7. El régimen jurídico de los actos emitidos por las Empresas Operadoras del Servicio Público de Telecomunicaciones en Latino América	88
III CAPÍTULO III	92
3.1. Resultados de la observación estadística realizada por el Osiptel (Repositorio del OSIPTEL)	92
3.2. Propuesta de solución a la problemática actual.....	97
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFÍA.....	104

RESUMEN

Es incuestionable que el servicio público de telecomunicaciones resulta ser un servicio esencial para el desarrollo en la actividad económica en el Perú; por ello, el Estado en ejercicio de su rol garante no solo debe prever que la prestación del servicio se lleve a cabo en condiciones adecuadas, sino también debe garantizar la protección del usuario frente a los conflictos que puedan surgir de la prestación de dicho servicio por parte de las empresas operadoras —concesionarios del servicio—.

Por tal motivo y a efectos de ejercer un mayor control, nuestro ordenamiento jurídico administrativo ha optado por considerar a estas empresas privadas, como parte de la administración pública en determinadas situaciones jurídicas concretas. En mérito a ello, parte de la doctrina nacional no tiene inconvenientes en manifestar que las decisiones adoptadas en el ejercicio de esa potestad administrativa son actos administrativos, tal como también lo ha manifestado el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios -TRASU- a través del precedente de observancia obligatoria recaído en el expediente N.º 0032112-2019/TRASU/ST-RA, en el cual manifiesta que las empresas operadoras “*constituyen órganos resolutivos de primera instancia*”, por ende emiten actos administrativos; no obstante, el presente trabajo académico tiene por finalidad escudriñar dichos actos, analizar si realmente los actos emitidos bajo potestad resolutoria de las empresas operadoras, deberían ser considerados como actos administrativos; de modo tal que, se ha tomado como punto de partida el estudio de los elementos estructurales del acto administrativo a fin de cotejarlos en la medida posible con los actos emitidos por estas empresas.

ABSTRACT

It is unquestionable that the public telecommunications service turns out to be an essential service for the development of economic activity in Peru; Therefore, the State in exercising its guarantor role must not only provide that the provision of the service is carried out in adequate conditions, but must also guarantee the protection of the user against conflicts that may arise from the provision of said service by part of the operating companies —service concessionaires—.

For this reason and in order to exercise greater control, our administrative legal system has chosen to consider these private companies as part of the public administration in certain specific legal situations.

Due to this, part of the national doctrine has no problem in stating that the decisions adopted in the exercise of that administrative power are administrative acts, as has also been stated by the Administrative Tribunal for the Solution of User Claims - TRASU- through of the mandatory compliance precedent set forth in file No. 0032112-2019/TRASU/ST-RA, in which it states that the operating companies "constitute decision-making bodies of first instance", therefore they issue administrative acts; however, the purpose of this academic work is to scrutinize said acts, to analyze whether the acts issued under the resolving power of the operating companies should really be considered as administrative acts; in such a way that, the study of the structural elements of the administrative act has been taken as a starting point in order to compare them as far as possible with the acts issued by these companies.

INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación del decreto ley N.º 26111 que marca la transición del “Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos” a “Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos”, hasta el actual Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante D.S. 004-2019-JUS, se ha optado por incluir dentro del rango de aplicación del procedimiento administrativo a las empresas privadas que prestan servicios públicos; por el motivo que determinadas actuaciones jurídicas de estas empresas privadas tienen relevancia jurídica para nuestro ordenamiento jurídico administrativo.

Pues bien, parte de estas empresas privadas que prestan servicios públicos, son las denominadas “empresas operadoras” del Servicio Público de Telecomunicaciones, las cuales tienen naturaleza jurídica privada; dado que, su actividad principal es la prestación de un servicio a cambio de una contraprestación económica; sin embargo, cabe señalar que desde la constitución del Organismo Regulador del sector de las Telecomunicaciones —OSIPTEL—, estas empresas operadoras actúan dentro del procedimiento administrativo de reclamos como órganos resolutores de primera instancia y en consecuencia emiten actos administrativos que inciden sobre la esfera de los derechos de sus usuarios.

No obstante, frente al hecho de que estas empresas privadas se constituyan en la parte con mayor dominio en la relación privada “empresa operadora - usuario”, además ostentan la potestad de resolver reclamos en primera instancia, actuando como autoridad administrativa y a la vez, como parte dentro de un procedimiento

administrativo en el que resuelven un conflicto de intereses. Por este motivo, surgen dos puntos críticos que requieren ser abordados en esta investigación.

El primero de ellos, corresponde al acto emitido por estas empresas operadoras, más allá de la potestad y el reconocimiento como órgano resolutor que le haya otorgado nuestro ordenamiento jurídico, realmente estas declaraciones deberían constituir actos administrativa o darles tal calificación, para lo cual será necesario recurrir al análisis de los elementos que conforman un acto administrativo propio y cotejarlo con los actos emitidos por las empresas operadoras.

El segundo punto que se abordará corresponde a la capacidad de las empresas operadoras de actuar como un verdadero órgano resolutor de la administración pública que permita garantizarle al usuario un procedimiento administrativo imparcial y en conformidad con el ordenamiento jurídico administrativo.

CAPITULO I

I ASPECTOS METODOLÓGICOS.

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1.Planteamiento del problema.

El cambio de modelo económico en el Perú durante la última década del siglo XX y la liberalización de los servicios públicos económicos replanteó un cambio estructural económico en el Estado, generando que este abandone su participación en determinados sectores económicos esenciales como los de energía, transporte, saneamiento y telecomunicaciones, los cuales pasaron a manos de empresas privadas a través de los contratos de concesión, sin que ello involucre apartarse de su rol garante de dichos servicios.

En el caso del servicio público de telecomunicaciones, estas empresas privadas denominadas empresas operadoras, son personas jurídicas del régimen privado creadas con el objetivo de prestar un servicio a cambio de un contraprestación económica; es decir, persiguen un fin lucrativo desde su creación; no obstante, nuestro ordenamiento jurídico administrativo, a través del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General le ha otorgado la calidad de administración pública, las ha premunido de poder para resolver los reclamos presentados por administrados (usuarios del servicio); por ende, actúan como administración pública solo para la resolución de los reclamos interpuestos en primera instancia.

Dada la naturaleza para las que fueron creadas, el ordenamiento jurídico al otorgarles la facultad de emitir actos administrativos las coloca en contraposición a

su naturaleza económica, imponiéndoles como finalidad en sus actuaciones salvaguardar el interés público, aún en contra de sus intereses económicos.

En ese sentido se puede entender que nuestro ordenamiento jurídico administrativo actual, se acoge plenamente a la teoría funcional para darle la calificación de administración pública y con ello la potestad de resolver reclamos y emitir actos en apariencia administrativos.

Sin embargo, en el ejercicio de esa potestad, estas empresas privadas deben resolver un conflicto de intereses, en la que indefectiblemente involucra sus intereses particulares, a la vez debe actuar imparcialmente para brindar una solución y brindar la tutela efectiva de los derechos de los usuarios del servicio público de telecomunicaciones; en otras palabras, son autoridad y parte dentro de un procedimiento administrativo de reclamo.

Esta facultad de emitir actos administrativos se desprende de forma implícita del artículo 1 del Título preliminar del T.U.O. de Ley de Procedimiento administrativo general, así como también en el artículo 39° del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹, el cual prescribe lo siguiente:

El usuario podrá autorizar, a través de las modalidades previstas para la presentación de reclamos indicadas en el artículo 50, que la notificación de los actos administrativos que se emitan en el procedimiento administrativo asociado a su reclamo se realice a través de medios electrónicos a la dirección válida de correo electrónico que él indique. En estos casos, la

¹ Aprobada mediante Resolución De Consejo Directivo N° 015-99-CD-OSIPTEL.

empresa operadora deberá contar con una constancia de la aceptación expresa del usuario acerca de esta modalidad de notificación. (énfasis agregado)

Aunado a ello, el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios del Servicio Público de Telecomunicaciones —en adelante TRASU— ha reconocido a través del precedente de observancia obligatoria recaído en el expediente N.º 0032112-2019/TRASU/ST-RA, que las empresas operadora son entidades públicas para efectos de resolución de reclamos en primera instancia; es decir, tendrían la calificación de “*administración pública*”, para determinadas actuaciones; por ende la potestad de emitir actos administrativos, tal como lo ha señalado en los considerando 9, 10, 11 y 12 de la resolución N.º 0064487-2020-TRASU/OSIPTTEL del 19 de junio de 2020, mediante el cual, el Tribunal, sostiene que al ser consideradas —según el T.U.O. de la LPAG— como entidades de la Administración Pública a las personas jurídicas bajo el régimen privado, ello no implica que dejen de lado su naturaleza privada —de su constitución—, por el contrario implica que los concesionarios del servicio deben respetar las disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico administrativo, en tanto ejerzan función administrativa o presten algún servicio público. Asimismo, en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, las empresas operadoras, se les asigna la competencia de resolver los reclamos de los usuarios en primera instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 22º del Reglamento de Reclamos y lo dispuesto en el artículo 74º del T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 252º del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC.

Finalmente, en el decimosegundo considerando del precedente de observancia obligatoria, el Tribunal del Osiptel concluye que las empresas operadoras ostentan la calidad de órgano resolutorio y por ende de entidad, resaltando que dicha competencia la adquiere en el desarrollo de un procedimiento administrativo de reclamo; por lo que se vincula a la aplicación del marco normativo establecido en el T.U.O. de la LPAG.

En ese sentido, queda claro que el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones —Osiptel— reconoce que los actos decisorios emitidos por las empresas operadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones tendrían la calidad de actos administrativos; no obstante, no ha previsto que la emisión de actos administrativos implica que estos sean emitidos únicamente por la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa conferido por la ley y además dichos actos administrativos tengan características y cumplan requisitos para su calificación como tal.

En la práctica, la solución a los conflictos generados por la prestación del servicio público de telecomunicaciones a manos de las empresas operadoras —empresas privadas— representa un problema mayor desde la perspectiva que la relación co; toda vez que de una parte la empresa operadora facultada con mayor información respecto al servicio que presta, se le suma la potestad otorgada por la norma de darle solución a los conflictos a través de actos administrativos, lo cual acentúa y refuerza la asimetría informativa del servicio prestado.

Por este motivo, resulta necesario analizar si es adecuado que las empresas operadoras del servicio público de Telecomunicaciones ostenten la calidad de

administración pública, para resolver reclamos a través de sus actos decisorios y como consecuencia verificar si dichos actos deben ser considerados como actos administrativos.

1.2. Formulación del problema.

¿Es conveniente que nuestro actual sistema jurídico administrativo otorgue la potestad de emitir actos administrativos a las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, a efectos de salvaguardar el interés general?

1.3. Justificación e importancia del estudio.

1.3.1. Justificación del estudio.

La presente investigación tiene como justificación de estudio, determinar si resulta posible que una persona jurídica privada, como es el caso de las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, deban emitir actos administrativos; es decir, si el Estado a través del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones está garantizando la protección de los derechos del usuario y el interés general al considerar que las empresas operadoras son entidades públicas y pueden emitir actos administrativos, tal como lo ha expuesto en el precedente de observancia obligatoria recaída en el expediente N.º N.º0032112-2019/TRASU/ST-RA.

Aunado a ello, se toma en cuenta que nuestro actual ordenamiento jurídico administrativo ha optado por colocar bajo el ámbito de su aplicación la actuación de ciertas personas jurídicas de régimen privado, esto debido a la naturaleza de las actividades económicas que realizan; en otras palabras, por la actividad de carácter prestacional económica denominada “servicio público”. Como bien afirma Danós

(2009), los servicios públicos son “actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional, respecto de los cuales corresponde al estado cumplir con un rol garante o asegurador de la satisfacción de las necesidades públicas para alcanzar el bienestar general” (P. 18).

En el desarrollo de esta actividad económica de carácter prestacional, se presentan conflictos entre las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones y los usuarios de estos servicios; frente a esta situación nuestro ordenamiento jurídico administrativo a previsto otorgarle al usuario la facultad de reclamar ante estas empresas operadoras de acuerdo a las materias contempladas en el artículo 28° del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios del Servicio Público de Telecomunicaciones; y por otra parte a premunido a estas empresas operadoras con la potestad administrativa para resolver dichos reclamos a través de actos de administrativos.

Todo acto administrativo, debe contener dentro de sus elementos estructurales ciertas características al momento de ser expedidos, tales como ser emitido por un órgano competente, deben expresar su respectivo objetivo, debe encontrarse debidamente motivado, debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación y adecuarse a las finalidades de interés público, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente alguna finalidad que sea personal de la propia autoridad; sin embargo, el cumplimiento de tales requisitos son importantes para determinar su validez, mas no para su emisión.

Pero que sucede en el caso de los actos emitidos por las empresas operadoras

del servicio público; las cuales desde su creación han sido constituidas con el fin de lucrar; es decir, persiguen un fin económico que responde a las necesidades de los titulares o socios de la empresa; pues bien, al momento de resolver un reclamo en el que se cuestiona determinado importe; ya sea que el usuario solicite la resolución contractual del servicio o la anulación del reintegro del precio del equipo terminal adquirido como parte de un contrato adicional, devendría en detrimento económico para la empresa privada; por lo que su capacidad de actuar imparcialmente y en búsqueda de satisfacer el interés general se podría ver afectada, en consecuencia el acto administrativo emitido podría contener defectos en sus elementos estructurales.

Adicionalmente, la relación asimétrica concesionario-usuario resulta desde un primer momento deficiente para el usuario; dado que es la empresa operadora quien conoce a mayor detalle el servicio que presta, la cobertura de su señal, y la información respecto al plan, servicio y condiciones de la prestación, por lo que es la administración pública llamada a equilibrar esa relación, de ahí el rol garante del estado; no obstante, aunque parezca contradictorio, a pesar de que en la mayoría de los casos es la empresa operadora la que vulnera los derechos de los usuarios, la norma la ha premunido de potestad para resolver dichos reclamos a través de actos administrativos; lo que implica, que pueda existir un empoderamiento desmedido hacia la empresa operadora.

Por ello, tiene como justificación el estudio del presente problema, poder determinar si el actual ordenamiento jurídico está garantizando realmente la protección al usuario del servicio público de telecomunicaciones, al premunir a las

empresas privadas con la potestad de emitir actos administrativos.

1.3.2. Importancia del estudio.

Con el cambio del modelo económico de la Constitución Política del Perú de 1993 y la despublificación de los servicios públicos económicos prestados por el estado, se produjo una liberalización económica, la cual para Aragón Reyes citado por (Vignolo Cueva, 2018) “trajo consigo no solo cambios prestacionales y normativos en los diversos sectores económicos del país, sino que también supuso la creación de una nueva estructura organizativa administrativa en el Perú”(p.322).

Como consecuencia de la referida reorientación del papel del Estado en la economía se crearon organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras (Danós Ordoñez, 2004, pág. 60).

Esa reorientación del Estado peruano en la economía y el mayor intervencionismo privado en las actividades económicas prestacionales implicó una mayor regulación y cambio de estructura organizacional en la economía peruana, debido a la liberalización del mercado en los sectores económicos prestacionales; para ello, la creación de los organismos reguladores permitió que dichas personas

jurídico privadas mantengan un estándar de calidad en la prestación de los servicios públicos y a su vez garantizar el interés público a través de la protección de los derechos de los administrados.

Nuestro ordenamiento jurídico, desde la promulgación de la ley 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General” en el año 2001 les ha otorgado la calificación de administración pública a las personas jurídicas bajo régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa.

Pero el resultado de otorgarles la calificación de administración pública, trae con ello, otorgarles el poder de emitir actos considerados administrativos; aun cuando resulta cuestionable si con dichos actos persiguen salvaguardar su interés particular por sobre el interés general que la norma le impone.

Respecto a la finalidad pública de sus actuaciones autores como Richard M. Tirado (2001), señala que no pueden ser extensibles a las personas del régimen privado, pues tienen como finalidad principal lucrar y competir en un mercado determinado; por lo tanto, el interés privado siempre va a prevalecer sobre el interés general y resulta difícil, intentar que estas protejan el interés público que no es y no debe ser su competencia (pág. 179).

En ese sentido, el verdadero acto administrativo lo dicta la administración concedente, en delegación de potestades a favor del concesionario, el cual dicta actos, pero son actos con una especial relevancia jurídica-administrativa; sin embargo, no llegan a convertirse en actos administrativos en sentido estricto; toda vez que su ejecutoriedad y ejecución forzosa dependen de la administración pública quien en última instancia dicta el título; además hay que comprender que la

delegación de potestades en favor de entes privados nunca pueden llevar aparejada la máxima expresión de la administración pública, la autotutela administrativa. (Barcelona Llop, 1995, pág. 132)

Este es el caso de las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, tienen la potestad de emitir actos administrativos en respuesta a los reclamos presentados por los administrados o usuario de dicho servicio, pero estos actos son cuestionables desde el punto de vista jurídico formal; toda vez que el acto administrativo una vez emitido se presume válido; esto porque la potestad de actuar del órgano o entidad administrativa proviene de una norma que lo crea y otorga las facultades para emitir actos administrativos; es decir, que al ser el estado mismo quien actúa a través de ese órgano se predica la presunción de validez de sus actos, sin mediar cuestionamiento alguno.

Sin embargo, en el caso de estas empresas operadoras, sucede lo contrario; al emitirse el acto administrativo cabe preguntarse si resolvió para salvaguardar su propio interés o realmente actuó de forma imparcial tomando como único interés al resolver el interés público; por ende, el sesgo de parcialidad siempre se encuentra presente en el actuar de las empresas operadoras.

El profesor Juan Carlos Morón (2019) manifiesta que:

El contenido de cada actuación pública debe perseguir aquellas finalidades general y específica que le corresponde, quedándole vedada cualquier posibilidad de desvío para satisfacer –abierta o encubiertamente- algún interés privado o personal de los agentes públicos, de grupos de poder u otro interés público indebido, ajeno a la competencia ejercida por el órgano

emisor. (pág. 222)

En mérito a ello, es necesario evaluar que alternativa resulta mejor para garantizar no solo la protección de los derechos de los usuarios del servicio público de telecomunicaciones que resulta en la mayoría de casos ser la parte agraviada por la actuación de estas empresas que actúan como órgano *parajuridiccional* en primera instancia, y como parte ante la instancia impugnatoria; sino también salvaguardar el interés general en la emisión de dichos actos decisorios.

1.4.Objetivos.

1.4.1. Objetivo General.

❖ Analizar si los actos emitidos por las empresas operadoras, en ejercicio de su potestad resolutoria en primera instancia, deberían ser considerados como actos administrativos.

1.4.2. Objetivos Específicos.

❖ Analizar si corresponde que las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones sean consideradas como entidades administrativas como bien lo ha señalado el OSIPTEL en el precedente de observancia obligatoria.

❖ Revisar en la legislación comparada si los actos que brindan respuesta a los reclamos de los usuarios del servicio público de telecomunicaciones, han sido considerados como actos administrativos.

1.5.Hipótesis.

Si las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones dejan de ser consideradas como administración pública para efectos de resolución de reclamos entonces se garantizaría un procedimiento imparcial con mejor eficacia

en la protección del interés general.

1.6. Variables.

1.6.1. Variable independiente.

Las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones

1.6.2. Variable dependiente.

Un procedimiento administrativo imparcial y con mayor eficacia en la protección del interés general

1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.7.1. Métodos.

1.7.1.1. Métodos generales.

❖ **El Método Inductivo:** Se utilizó el razonamiento para obtener conclusiones que parten de hechos aceptados como válidos de manera individual, para formular conclusiones generales.

❖ **El Método Deductivo:** Se realizó un examen de postulados y principios de aplicación general y de comprobada validez, tomando conclusiones generales para explicar casos particulares.

❖ **El Método Dialéctico:** Se aplicó un análisis crítico de las percepciones y teorías de diversas fuentes nacionales y extranjeras, comparando proposiciones (tesis) y contraproposiciones (antítesis), resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final (conclusión).

❖ **El Método Histórico-comparativo:** Se estableció la semejanza de los casos bajo análisis a través de la comparación, infiriendo conclusiones acerca de sus características comunes.

1.7.1.2. Métodos específicos.

- ❖ El Método de la observación.
- ❖ El Método estadístico

1.7.2. Técnicas.

❖ **Documentales:** Se realizó la recolección de datos documentados, como fuente de la información bajo análisis.

❖ **Entrevistas:** Para el desarrollo de la investigación se realizó la entrevista a dos especialistas del tema.

1.7.3. Instrumentos.

❖ **Ficha Resumen:** Se empleó con el propósito de obtener resúmenes de texto de estudio que permita manejar la información valiosa.

II CAPITULO II

2.1.La Administración Pública

2.1.1. Antecedente de la Administración Pública

Conceptualizar a la administración pública no ha sido tarea fácil; hoy en día no existe consenso respecto a su delimitación; por ello, es necesario cuestionarnos si efectivamente una persona jurídica de derecho privado debe ser considerada como administración pública.

Está en claro que la idea de administración pública nace con la revolución francesa y con lo que se denominaría la división de poderes, que surge a consecuencia del absolutismo monárquico y la opresión al pueblo, este último en busca de esa liberación señorial actúa proponiendo el ideal de la limitación a ese poder a través del denominado “*sistema de frenos y equilibrios*”.

La revolución de 1789 produjo un cambio profundo en las sociedades del continente europeo y en sus ordenamientos jurídicos. Instauró, para limitar el poder de los monarcas, nuevos principios e instituciones que determinaron la aparición de normas jurídicas de naturaleza hasta entonces desconocida. (Boquera Oliver J. M., s.f., pág. 35).

Pues esta tiene como base principal la división de poderes, postulado que inicialmente fue planteado por John Locke (poder Legislativo, poder judicial y un poder federativo) y posteriormente por Montesquieu, este último propondría la división en un poder Legislativo, judicial y ejecutivo; a ello, se hace presente el postulado de Rousseau y el principio de legalidad, mediante el cual propone al poder legislativo y la función de legislar como la piedra angular de ese sistema

tripartito, aun cuando Montesquieu plantea una igualdad de poderes.

En definitiva, la revolución francesa del siglo XVIII, y los aportes ideológicos que contribuyeron al cambio estructural del estado quedaron establecidos en la ley de la asamblea constituyente del 16-24 de agosto de 1790 que determinaron el nacimiento de la administración pública como poder ejecutivo.

En palabras del profesor Antonio Abruña (2010) la administración pública, es una organización sometida a la ley, a través de la cual se representa el cambio que trajo consigo la revolución, pues se da un cambio importante, se sustituye la voluntad del príncipe —subjetividad y arbitrariedad—, por la voluntad general, que se constituye en un conjunto normativo; es decir objetivo, igualitario y previsible, en garantía de la libertad individual. En consecuencia, un sometimiento de la administración pública al derecho. (pág. 40)

2.1.2. Delimitación del concepto de administración pública en el Perú.

Delimitar el concepto de administración pública no es tarea fácil, aun cuando en la doctrina nacional y el derecho comparado existen claras diferencias y atribuciones para la función administrativa que realizan; por ello, es necesario partir de la conceptualización a la que nuestro actual ordenamiento jurídico se ha acogido y a partir de ello buscar una solución para el problema materia de investigación.

El punto de partida de lo que ahora se conoce como administración pública en el Perú tiene su origen en la transformación económica de los años 90's en el Perú, época que marcó un importante cambio en nuestra economía.

Al respecto Vignolo Cueva (2018) manifiesta lo siguiente:

La liberalización peruana de inicios de los años noventa, apoyada en el influjo fundamental del principio de subsidiariedad horizontal, produjo no sólo cambios prestacionales y normativos en sectores económicos (con la consecuente reducción del Estado prestador), sino que también supuso la creación de una nueva estructura organizativa administrativa que sirva y se acomode a ciertas características de unas aparentes [nuevas] potestades regulatorias. Desde una versión más estricta y ejecutiva, estas estructuras comportan una adaptación de la policía administrativa y otras competencias administrativas que modulan una intervención sobre estos sectores económicos liberalizados. (pág. 83)

En ese sentido, señala Vignolo Cueva (2018) que dicho cambio, de los años noventa en el Perú, resultó decisivo por una parte para el absentismo de la presencia estatal en los sectores productivos y de servicios públicos; y por otra porque frenó los procesos de nacionalizaciones confiscatorios. (pág. 89)

Durante la vigencia de la constitución política de 1979, el estado peruano era titular y proveedor de la mayoría de los servicios públicos económicos; por tal motivo el cambio económico que trajo consigo la Constitución Política de 1993 contribuyó al rescate económico que necesitaba en aquella época el Perú, pero este cambio económico, produjo ciertos cambios en el derecho administrativo y por ende, en la concepción de lo que ahora entendemos como administración pública en el Perú; así pues, pasó de ser un estado prestador a un estado regulador en esos sectores económicos; pues bien la entrada en vigencia del Decreto legislativo 702

y la derogación del entonces Decreto Ley 19020 de 1970, denota la materialización de este gran cambio; en el que el estado peruano a través de su empresa nacional en telecomunicaciones del Perú S.A. (ENTEL-Perú) tenía a cargo la explotación directa del espectro de telecomunicaciones y excepcionalmente se le permitía a otras empresas privadas acceder a prestar el servicio de telefonía local; sin embargo, este aporte significativo, traslada a la empresa privada como preferente para prestar el servicio público de telecomunicaciones.

Es en ese sentido que, los servicios públicos económicos pasaron a manos de personas jurídico privadas quienes se encargaron de prestarlos, pero el estado peruano tomó un rol regulador y supervisor de dichas actividades, a través de los organismos reguladores.

Explica Danós Ordoñez (2004) que, no todos los reguladores fueron creados previendo el proceso de privatización de los sectores productivos y de servicio públicos. Cita textualmente el autor que uno de estos casos corresponde al de Osiptel² que se constituyó antes de la privatización de las acciones de las empresas públicas de telefonía; así también el caso de Ositran³ que fue creado en fecha previa al inicio del proceso de otorgamiento de concesiones de infraestructura de transporte de uso público; sin embargo, resalta que en el caso del OSINERG — actualmente Osinergmin⁴— se llevó a cabo con posterioridad a este proceso y del establecimiento del nuevo marco regulador del sector. (pág. 60)

² Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.

³ Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

⁴ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, creado el 31 de diciembre de 1996.

Sin embargo, el rol regulador del estado alcanza su verdadero sentido con la iniciativa de inversión privada en los sectores económicos liberalizados en el Perú, tal es así que en el caso del sector de telecomunicaciones con el ingreso de empresas privadas a dicho sector.

Es a partir de entonces que comienza un cambio en la administración pública en el Perú, con los organismos reguladores y más adelante las propias empresas privadas con facultad para resolver reclamos en primera instancia, como si de una administración pública se tratara.

Nuestro ordenamiento jurídico administrativo desde la promulgación de la ley 27444 en el año 2001 hasta la última modificatoria del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS, ha optado por incluir a las personas jurídico privadas dentro de la denominación de “administración pública” para efectos de aplicación de la norma, tal como se indica:

“La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada. (énfasis agregado). (artículo I del Título preliminar

del T.U.O. de la Ley 27444)

En este contexto, Morón Urbina (2019) manifiesta que a pesar de ser considerada como entidad de la administración pública para efectos de aplicación de la Ley del procedimiento administrativo general, no pierde su naturaleza de persona jurídica privada, pues es su régimen predominante. Asimismo, colige que la Administrativización de sus procedimientos está referido a todo aquello que resulte necesario sin que altere su naturaleza privada (pág. 41).

Es en base a lo expuesto, se debe entender que en el caso de las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, como empresas privadas que prestan un servicio público, solo actuarán como administración pública para los casos en los que intervienen resolviendo los reclamos de los usuarios en primera instancia, para lo cual es cuestionable si resulta necesario que dejen de lado su naturaleza privada y actúen en búsqueda de salvaguardar el interés general, lo cual resulta contradictorio de acuerdo con lo expuesto por Morón Urbina porque en ese caso deberán alterar su naturaleza; es aquí donde urge la necesidad de definir a la administración pública y valorar si las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones deben ser consideradas como administración pública al resolver reclamos.

Para tener un alcance de la conceptualización de “administración pública”, debemos remontarnos, al intento de definición normativa y formal que nuestro ordenamiento jurídico infructuosamente ha pretendido; para ello es necesario

apreciar que el Proyecto de la Ley de Bases de la Administración Pública⁵ la conceptualiza “como toda estructura organizativa del Estado con personalidad jurídica, que realiza función administrativa, se encuentra regida por normas de derecho público y cuenta con patrimonio propio para la realización de las actividades prevista en su Ley de creación” (pág. 70).

De la definición anterior, el profesor Piero Rojas (2015) sostiene que una de las características para conceptualizarla, es partir de que se trata de estructuras organizativas, por lo que deben estar definidas y mantener unos parámetros de actuación. Adicionalmente a ello, las entidades deben ejercer función administrativa y deberán estar regidas, en su actuación, por las normas de derecho público. (Pág. 202)

Ahora bien, la conceptualización a la que se hace referencia en el proyecto de la Ley de bases de la Administración Pública, está enfocada en las entidades públicas, aquellas que han sido creadas mediante una ley que determina su alcance y funciones administrativas; sin embargo, el caso de las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, las cuales se constituyen como empresas privadas, no estarían dentro del alcance de este concepto por la sencilla razón que su existencia no obedece al objetivo de alcanzar la protección del interés general como razón fundamental.

Por su parte, el OSIPTEL, ha señalado en el precedente de observancia obligatoria recaído en el expediente N.º 0032112-2019/TRASU/ST-RA, que las

⁵<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/10/Anteproyecto-de-Ley-de-Bases-de-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica1.pdf>

empresas operadoras son órganos resolutorios de primera instancia, por lo que su actuación, para efectos de resolución de reclamos, se vinculan positivamente a lo establecido en la Ley del procedimiento administrativo general y demás normas y reglamentos que le son aplicables. (pág. 3)

A partir de este punto, es necesario comprender por qué nuestro ordenamiento jurídico administrativo ha adoptado por considerar a las empresas operadoras como entidades públicas y a su vez facultarlas a emitir actos administrativos.

2.1.3. Teorías de conceptualización de administración pública

Debido a que la conceptualización de lo que es Administración Pública no ha sido nada pacífico en la doctrina, es necesario revisar cada de uno de los enfoques conceptuales propuestos para determinar si efectivamente las empresas operadoras como personas jurídico-privadas, pueden o no actuar en ejercicio del poder público.

Asimismo, cada teoría se ha inclinado en resaltar algún elemento o rasgos característicos de lo que conformarían en general la actividad administrativa o por organización de la entidad a calificar, lo cual conlleva a complicar su definición, más aun tomando en cuenta los diversos ordenamientos jurídicos.

2.1.3.1. Concepción subjetiva

Esta teoría toma como punto de partida el estudio del sujeto que detenta el poder, el cual se intenta conceptualizar a partir de su conformación orgánica y que a diferencia del criterio funcional que tiene como sustento y elemento principal a la función administrativa; la teoría subjetiva parte de determinar que órganos o entes deben ser considerados administración pública, esta es la interrogante que se

plantea a lo largo de su desarrollo y que busca responder a través de la vertiente orgánica y la vertiente personalista.

Para el precursor del criterio subjetivo-orgánico, Garrido Falla (1982), la administración pública desde la perspectiva de la actividad administrativa que realiza —sentido objetivo— no es homogénea, pues la actividad desplegada por el poder ejecutivo no solo involucra actos de ejecución, sino también actos de legislación (reglamentos) y de jurisdicción; por lo que en sentido subjetivo, esta no es sino el sujeto de aquella actividad, por lo que concluye que la administración pública es un complejo orgánico incorporado en el poder ejecutivo. (págs. 39-40)

Debe entenderse entonces, que para el precursor de este criterio, la actividad administrativa deja de ser un criterio residual —como se había estructurado desde la perspectiva residual de aquella época— y pasa a ser una actividad heterogénea que comprende y desarrolla no solo actividad de ejecución de leyes, sino también ejercicio de actividades paralegislativas y parajurisdiccionales, como reglamentar su propia actividad y resolver conflictos en vía administrativa; por tal motivo concluye que no es posible encasillar la actividad de la administración pública al mero hecho de hacer cumplir la norma. Por otra parte es de advertir que pone mayor énfasis en analizar al sujeto que ejerce esta actividad considerada administrativa, puesto que únicamente es administración pública este conjunto orgánico que forma parte del poder ejecutivo, de ahí que se considera un criterio subjetivista orgánico; sin embargo, no se ha dejado de lado la propuesta de mantener en análisis y como parte fundamental para conceptualizar a la administración, el hecho de la actividad que esta realiza, por tanto, no es posible catalogar su concepción como puramente

subjetiva.

Las contrariedades que pueden advertirse al analizar este criterio, como bien se ha dejado en claro en su concepto, es que únicamente son parte de este conjunto denominado administración pública, los órganos que conforman al ejecutivo; no obstante, se sabe pues que en el parlamento y poder judicial y Tribunal constitucional existen órganos encargados de funciones materialmente administrativas como la contratación personal, de adquisición de equipos entre otros, los cuales, bajo el análisis de este criterio no podrían ser considerados administración pública; asimismo bajo esta concepción no podrían estar incluidas las personas jurídicas privadas que ejerzan función administrativa.

Entrena Cuesta (1960) afirma que la conceptualización de la administración pública se desarrolla, desde el punto de vista subjetivo y objetivo. En cuanto al primero, parte de la perspectiva de la organización de la administración; y respecto al segundo desde la actividad que esta realiza” (págs. 57).

En ese sentido, podemos identificar que la administración pública desde una perspectiva subjetiva orgánica explica que la actividad administrativa es una actividad heterogénea; dado que, en ejercicio de su potestad, la administración pública puede resolver conflictos y reglamentar su actuación; además señala que toda la actividad podría adscribirse a las funciones legislativa, judicial o ejecutiva; sin embargo, la conceptualización de la administración pública basada en el criterio subjetivo, si bien es un criterio fuerte, porque ha dejado de lado la calificación basándose únicamente en la función realizada por el sujeto como único presupuesto detentador del órgano, sino que la incluyó como parte del sustento principal el

aspecto subjetivo (orgánico) de los sujetos que actúan en ejercicio de ese poder, es de advertirse que ha omitido otros organismos que podrían ostentar la calificación como es el caso del Tribunal constitucional.

Finalmente, cabe resaltar una segunda propuesta planteada por García de Enterría & Fernández, el criterio personalista, a través del cual se imparte que “para el derecho administrativo la administración es una persona jurídica (...) la personificación de la administración pública es así dato primario y sine qua non del derecho administrativo” (s.f., pág. 30).

Para este autor, los sujetos que tendrían la calificación de administración pública no podrían ser otros que el poder ejecutivo, legislativo, judicial, los gobiernos centrales y regionales; toda vez que estos tienen responsabilidad directa por sus actos; en consecuencia, ningún otro órgano podría serlo por carecer de personalidad jurídica; tenga en cuenta además que el carácter de personificar a la administración pública y no al estado como persona jurídica para el derecho interno, es difundida con gran amplitud en el sistema jurídico español, así tenemos que tanto Garrido Falla y García de Enterría mantienen esa postura.

2.1.3.2. *Concepción funcionalista*

A través de esta teoría se ha buscado conceptualizar a la administración pública a partir del ejercicio de las funciones que esta realiza; sin importar cuál sea la organización que ejerce esta función ya sea proveniente del poder legislativo, judicial o incluso el mismo ejecutivo, siempre que estemos en presencia del ejercicio de función administrativa estaremos frente a la administración pública.

Asimismo, esta teoría funcionalista ha adoptado diversas variantes, por

explicar algunas de ellas, tenemos a la variante materialista; la misma que plantea como presupuesto fundamental la ejecución de la ley; es decir la materialización de lo ordenado por una norma a través del acto administrativo; por ende, se considerará como administración pública a los sujetos que en ejercicio de la función administrativa puedan materializarla a través de un acto administrativo.

A mayor abundamiento, Fraga (1934) ha propuesto tres criterios necesarios para definir la función administrativa y a partir de ella encaminarnos a un concepto de administración pública desde la teoría funcionalista material, la primera propuesta es la producción de efectos jurídicos siempre bajo la norma del derecho objetivo, una segunda referida a los efectos que produce dicho acto administrativo; en otras palabras, busca la ejecución de actos necesarios para concretar el objetivo de la norma legal. (págs. 54-55)

En esa misma línea, Roberto Dromi (1997) nos plantea una propuesta importante para identificar este criterio, pues para él, la función administrativa objetivamente comprende un conjunto de actividades dirigidas a un mismo fin — interés colectivo—, prescindiendo del órgano o agente que lo realiza, estaremos en presencia de administración pública. (pág. 124)

Bajo estas dos variantes de la concepción funcionalista de la administración pública, la actuación propuesta es insuficiente para abordar el alcance conceptual de administración pública, así tenemos que por el mero hecho de que pueda ejecutar una norma y por ende la materialización de dicha ejecución, es decir, la emisión de un acto administrativo. En el caso en concreto de las empresas operadoras de telecomunicaciones, están facultadas a emitir actos administrativos (según lo

expuesto en el precedente de observancia obligatoria del OSIPTEL y su respectivo reglamento); es decir, ejecutan las normas reglamentarias y normas legales a través de la emisión de actos administrativos; en otras palabras, ejercen función administrativa de forma temporal, mientras resuelven reclamos.

Pero cabe resaltar que se deja de lado en cierta forma el horizonte tuitivo de la actuación administrativa, el interés público, hasta este momento tanto de lo propuesto por Fraga no se ha mencionado acerca del interés general que se busca en cada actuación de la administración pública y que a la vez forma parte de los elementos estructurales del acto administrativo emitido, que si bien, es un tema que se abarcará más adelante, es necesario señalar que en la definición debería estar comprendido dicho elemento.

Una tercera vertiente de esta teoría, plantea como propuesta de diferenciación y determinación para conceptualizar a la administración poniendo en manifiesto como aspecto principal, el sentido residual de la misma; es decir, todo lo que no sea legislar o juzgar es función administrativa; por ende, en el momento que estemos frente a esta función, estaremos ante una verdadera administración pública. Foderé (1875) señalaba que “la administración es pues el gobierno del país menos la confección de leyes y acción de justicia entre los particulares” (págs.3-4).

Sin embargo, esta vertiente es la más distante para darnos alcances precisos de lo que debería ser administración pública; toda vez que ha omitido en su fundamentación explicar la potestad que tiene la administración pública de resolver controversias a través de las resoluciones administrativas (*función parajurisdiccional*), así como reglamentar procedimientos (*función*

paralegislativas), que si bien no se equiparan a una ley o sentencia judicial propias de la función legislativa y judicial respectivamente; empero, si ejercen acción de justicia en sede administrativa que decidirá o influirá sobre una situación jurídica concreta del administrado y la elaboración de reglamentos que regulará la actuación en el entorno de un procedimiento administrativo.

Por ese motivo, este criterio no termina de aclarar esa ambigüedad respecto a la amplitud de la administración en su actuación y más aún en el caso de las personas jurídicas de régimen privado; dado que serían de plano administración pública sin mediar cuestionamiento alguno.

2.1.3.3. Concepción Jurídico-Formal

Desarrollada por Boquera Oliver, esta concepción que se desprende de la teoría funcional, es una matización entre los criterios anteriormente abordados, ha tomado las ideas más importantes del criterio funcional, subjetivo y teleológico para explicar y llegar a un punto que permita identificar cuando estamos en presencia de la administración pública.

En esta concepción los actos administrativos y actos privados son actos jurídicos y la única forma para determinar frente a qué acto nos encontramos radica en la voluntad creadora de la relación u obligación; es decir si es bilateral o unilateral, por lo que se podrá decir en este último caso que estamos frente a un acto proveniente del poder público si es una de las partes es la que crea u origina esta relación o vínculo jurídico de derecho.

En esta concepción, la idea principal de administración pública toma como punto de apoyo el poder de eficacia del acto; así sostiene que las leyes y sentencias

con calidad de cosa juzgada su cuestionamiento es restringido caso contrario de lo que sucede con el acto administrativo, del cual se predica la presunción *iuris tantum* de legalidad. (Boquera Oliver J. M., 1996, pág. 66).

Se entiende de lo antes mencionado por el autor que, independiente del sujeto que emite el acto administrativo, es decir persona jurídica público o privada premunida del poder público, siempre debe buscar el cumplimiento de la ley y en consecuencia alcanzar el fin público; por ende, ante el cumplimiento de esos presupuestos se podrá decir que estamos ante una administración pública.

2.1.3.4. Concepciones Mixtas

Finalmente y no por ello menos importante, se propuso desarrollar una conceptualización de la administración pública a través de una combinación de los criterios antes expuestos, esto debido a la complejidad que implica conceptualizar a la administración pública desde una sola concepción; así mismo, los criterios subjetivos y jurídico formales han tenido mayor trascendencia y precisión al intentar conceptualizarlo; esto es debido a que han abordado los elementos de organización sin dejar de lado el de la función administrativa, las consecuencias que generan los actos emitidos por estas y el sujeto del cual provienen dichos actos.

Siendo así, para cierta parte de la doctrina, ha considerado un criterio mixto en el que se analice y explique la administración pública desde los diversos elementos que la conforman, tales como la naturaleza jurídica de su constitución, la actividad, el efecto jurídico de sus actos entre otros.

Para el profesor Antonio Abruña (2010) la Administración Pública se define como una organización del poder público premunida con potestad administrativa.

Por tal motivo, al provenir del poder público le persiguen otros elementos como el de un fin público, el ejercicio de sus funciones dirigido a salvaguardar los intereses generales, la necesidad de su eficacia, entre otros. (pág.69)

Es clara la concepción desde este punto de vista planteado, toda vez que busca abarcar con mayor precisión el concepto de lo que debería ser administración pública, y como bien se ha mencionado, es imposible conceptualizarla a partir de un solo criterio; dado la complejidad y evolución de esta institución jurídica.

De cara a esta concepción, como bien lo ha expuesto al profesor Abruña (2010), para identificar a la administración pública se valora estos dos elementos, la naturaleza de la organización (desde una perspectiva jurídico-formal) y el régimen jurídico formal de los actos. (pág. 70)

De lo expuesto, se desarrolla ampliamente lo que a buena cuenta podría ser lo necesario para calificar un determinado ente como administración pública, pues se ha tomado como primer punto de partida, la naturaleza de la organización; es decir, como es que se crea la entidad; en el caso de la entidades públicas tienen como fuente de poder de creación a la norma, la misma que establece el fin, funciones y estamentos en general que justifican su existencia y la protección al interés general, como segundo punto a tener en cuenta, está referido al régimen jurídico de sus actos, en este extremo, se debe esclarecer que al ser administración pública que forma parte de la organización del poder ejecutivo, no involucraría en su actividad, la potestad de legislar (exceptuando la promulgación de decretos legislativos y de urgencia) y tampoco ejercer función judicial, aunque ello involucre la potestad para resolver conflictos de intereses en sede administrativa, por lo que

su actuación se traduce en actos administrativos, los mismos que se imponen bajo la presunción iuris tantum de legalidad.

Sin embargo, es necesario aclarar que, a diferencia de los criterios señalados anteriormente, ninguno de estos ha prestado atención al elemento del interés público como fin intrínseco para darle la calificación; si bien es cierto que debe entenderse que toda actuación administrativa persigue el interés público; no obstante, no se ha desarrollado más respecto a este elemento; dado que únicamente se ha tratado de forma tácita; caso contrario ha sucedido con la teoría mixta expuesta, el elemento del interés público ha tomado relevancia; por tal razón se considera necesario abarcar el tema del interés público en la actuación de las denominadas personas jurídico privadas administrativas, en especial relevancias las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, quienes actúan bajo su naturaleza privada.

2.2.Las Empresas Operadoras del Servicio Público de Telecomunicaciones en el Ordenamiento Jurídico Administrativo Peruano

Habiendo determinado cada concepto formulado en las teorías conceptuales, es necesario recurrir al análisis de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, como es el caso del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante T.U.O. de la LPAG)– aprobado por el D.S. 004-2019-JUS-; para ello, nos remitiremos al inciso 8 artículo I del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo, en el cual expresamente se indica lo siguiente:

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la

Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública ... 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

En esa misma línea, el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones – norma jurídica sectorial- aprobado mediante D.S. 013-93-TCC establece en su artículo 74° que:

Toda empresa que preste servicios públicos de telecomunicaciones deberá establecer una vía expeditiva para atender los reclamos relacionados con los servicios que planteen los usuarios. El plazo y términos para resolver el reclamo son los previstos en el reglamento. En caso de que la empresa no resuelva el reclamo dentro del plazo fijado en el reglamento, se entenderá resuelto éste en favor del usuario. El Reglamento establecerá los casos en los que el usuario podrá recurrir al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones en caso de denegación de reclamos.

Aunado a ello, cabe precisar que el Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por Resolución de Consejo directivo N° 047-2015-CD-Osiptel en su artículo 22° prescribe que las empresas operadoras se constituyen en un órgano de resolución

de primera instancia administrativa, claro está que dicha atribución únicamente se ejerce al momento en el que resuelven los reclamos presentados por los usuarios con relación a los servicios que presta; por otro lado, reitera su condición de vía previa en el artículo 3° del mismo cuerpo normativo; además ha optado por considerar -consecuentemente a su determinación como órgano resolutorio- que los actos emitidos en atención a los reclamos resueltos por las empresas operadoras son actos administrativos, tal como se prescribe en el artículo 39°.

Asimismo, sin dejar de lado la consideración del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios —TRASU— del Organismo Regulador, ha dejado en claro que las empresas operadoras en su condición de órganos resolutorios, son entidades públicas; por ende, los efectos de sus actos emitidos en primera instancia tienen calidad de acto administrativo, así lo señala en el considerando 12 del precedente de observancia obligatoria recaída en el expediente N.º 0032112-2019/TRASU/ST-RA.

Siendo esto así, las empresas de naturaleza privada que prestan servicio público de telecomunicaciones se les equipara a una entidad pública en cuanto a la potestad de resolver los reclamos en primera instancia a través de actos administrativos, lo cual implica que el usuario deba reclamar previamente ante la empresa operadora, constituyendo una vía previa y obligatoria de agotar, antes de recurrir al organismo regulador como segunda instancia; no obstante, resulta imperiosa la necesidad de manifestar que aun cuando el T.U.O. de la LPAG ha señalado para los fines de aplicación de dicho cuerpo normativo, se entenderá como entidad pública a las personas jurídicas privadas que prestan servicios públicos,

hace referencia a aquellas entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la presente norma, mas no se puede deducir que les está otorgando dicha calidad.

2.2.1. Las Empresas Operadoras del Servicio Público de Telecomunicaciones como Entidades Administrativas

Hablar de definición de administración pública en nuestro ordenamiento jurídico es un tema en desarrollo, dado que en el conglomerado normativo de nuestra administración pública, más que una definición propia, ha procedido a señalar taxativamente a ciertos organismos del estado como entidades administrativas; por ejemplo, si nos remitimos a la ley de contrataciones del estado –D.L. 1444- en su artículo 3° nos muestra su alcance de aplicación para determinadas entidades públicas; asimismo, la ley N.º 27785 –Ley del Sistema Nacional de Control y de Contraloría General de la República en su artículo 3°, referido al ámbito de su aplicación, nos detalla a que entidades estatales alcanza el ámbito de su norma y así esto se repite con cada una de las normas especiales.

El proyecto de la Ley de Bases de la Administración Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 0223-2014-JUS lo define como “toda estructura organizativa del Estado con personalidad jurídica, que realiza función administrativa, se encuentra regida por normas de derecho público y cuenta con patrimonio propio para la realización de las actividades prevista en su Ley de creación.”

Para ello, la definición que se ha señalado únicamente abarcaría a todo organismo público; dado que, nos expresa que dicha entidad ha sido creada por una ley, la cual le otorga el poder público y a su vez la premune de determinadas

facultades y obligaciones que debe cumplir en ejercicio de la función administrativa para alcanzar la satisfacción del interés general, esta sería pues la idea primordial sobre la que descansaría el concepto de entidad pública.

Las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones – empresas concesionarias- son personas jurídico-privadas, a las cuales el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, las define como “*Persona natural o jurídica que cuenta con concesión, autorización o registro para la prestación de uno o más servicios de telecomunicaciones.*”⁶

En otras palabras, podría ser cualquier persona natural o jurídica que bajo el contrato de concesión del espectro radioeléctrico o autorización podría prestar un servicio público de telecomunicaciones, y no necesariamente se requerirá de la promulgación de una ley que cree una entidad pública para la prestación de dicho servicio; lo cual guarda estrecha relación con la subsidiariedad del estado en la actividad económica.

Es por ello que nuestro ordenamiento jurídico ha premunido a estas empresas de una forma especial para asignarles la calidad de administración pública; es decir, las faculta para actuar como aparente administración pública frente a determinados hechos, mas no resulta extensible para cualquier acto que provenga de su actuar propio como empresa; en otras palabras, las empresas operadoras son y serán siempre una persona jurídica privada que especialmente actúan como una entidad pública para un situación jurídica concreta, por la razón que al desarrollar una actividad económica que tiene gran trascendencia para la

⁶ “Anexo - Glosario de Términos”

sociedad y cuya calificación se enmarca como un servicio público, el estado en aplicación de su rol garantista las ha colocado bajo el ámbito de la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo.

2.3.El servicio Público de Telecomunicaciones

La principal norma que regula la actividad prestacional del servicio de Telecomunicaciones en general es el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, de la cual se desprende que los servicios de telecomunicaciones se dividen en, Servicios Portadores, Teleservicios o Servicio finales, Servicio de Difusión y Servicios de Valor Añadido, los mismos que están clasificados según el artículo 9° en, servicios Públicos, Privados y De Radiodifusión: Privados de Interés Público.

A este punto, se deberá comprender que no todos los servicios de telecomunicaciones han sido considerados como servicios públicos, en consecuencia, las relaciones que encuentran amparo en la protección del poder público como una relación administrativa es la que surge del conflicto entre los usuarios y empresas operadoras de aquellos servicios que son considerados como servicios públicos.

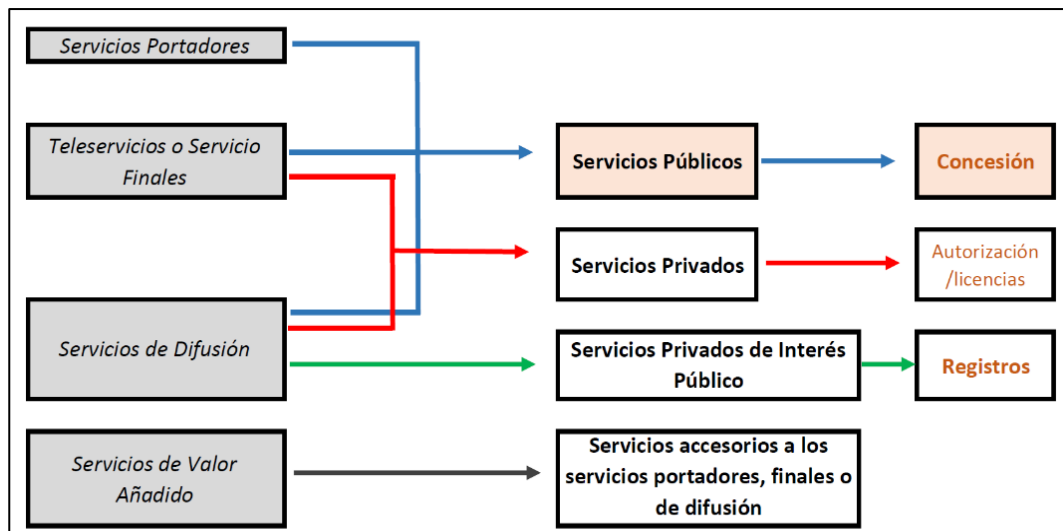
La diferencia entre los servicios de telecomunicaciones de carácter público y privado radica esencialmente y de acorde con el artículo 41° de dicho cuerpo normativo, en la satisfacción de necesidades de comunicación del grupo de individuos al cual está dirigido.

Siendo así, la emisión de actos administrativos por parte de las empresas operadoras, se daría únicamente en la relación usuario-concesionario en el caso de

los servicios públicos de telecomunicaciones.

Figura 1

Clasificación del Servicio de Telecomunicaciones



2.3.1. Naturaleza Jurídica del Vínculo Relacional entre Empresa Operadora y Usuario del Servicio Público de Telecomunicaciones

La empresa operadora del servicio público de telecomunicaciones se constituye como persona jurídica de derecho privado; por ende, su naturaleza es privada y su fin es cumplir con el objetivo para el cual fue creada, pero también ostenta ciertas funciones públicas (impuestas); por otro lado tenemos a los usuarios de dicho servicio público que pueden ser personas jurídicas o naturales que buscan satisfacer una necesidad; pero la respuesta a esta controversia trasciende más allá de lo que aparenta ser una respuesta sencilla.

Por separado ambos sujetos en esta relación cumplen y tienen fines

particulares; no obstante, al momento de la celebración del contrato de prestación del servicio público de telecomunicación; uno de los sujetos adopta la condición de abonado o usuario del servicio público de telecomunicaciones y el otro sujeto es el concesionario prestador de dicho servicio; así lo ha determinado el T.U.O. de las Condiciones de Uso⁷ cuando establece que *“La presente norma tiene carácter imperativo y es de cumplimiento obligatorio por parte de los abonados, los usuarios y las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, salvo los casos en que la presente norma permita pacto en contrario”*.

Cabe precisar que, se excluye del estudio de esta relación jurídica, aquella que surge de la celebración de un contrato que nada tiene que ver con la prestación del servicio público de telecomunicaciones, como resulta ser el caso en que ambas partes celebren la compra-venta de un equipo terminal o la contratación de algún seguro de protección por dicho equipo únicamente, dando como consecuencia que frente a esta situación estaríamos ante una relación consumidor-empresa privada.

Ahora bien, habiendo diferenciado que no todas las relaciones contractuales entre concesionario y usuario están bajo el amparo de una relación prestacional de servicio público, es menester indicar que aun cuando la norma otorga la calidad de abonado o usuario del servicio público, no deja de ser una relación entre dos privados que de por medio está la contraprestación económica, sino que la norma sectorial busca proteger a una de las partes que es el abonado o usuario de dicho servicio; toda vez que, a través del contrato de adhesión el concesionario impone sus términos y condiciones para la prestación de dicho servicio, lo cual evidencia

⁷ Aprobado mediante Resolución De Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL

que el Estado en ejercicio de ese rol garante protege a la parte más débil -el usuario o abonado del servicio público-.

Sin embargo, resulta complejo determinar si a pesar de celebrado el contrato de prestación del servicio público de telecomunicaciones genera una relación pública o privada entre ambas partes, y es que su determinación no es pacífica, puesto que cierta parte de la doctrina ha señalado que la relación es meramente privada y que la norma únicamente establece límites y condiciones de protección al usuario en caso una eventual transgresión o afectación a los derechos de este último; para lo cual, toma como sustento que las empresas operadoras son personas jurídicas privadas a las cuales únicamente se le otorgó la gestión de dicho servicio y el contrato de adhesión celebrado evidenciaría que la imposición de la voluntad del concesionario y el estado es el real garante.

En contraposición a dicha postura, surge la concepción *iuspublicista* de la relación concesionario-usuario, mediante la cual busca sostener que la relación es reglamentaria o estatutaria en virtud de que la norma rige la conducta de ambas partes por el esencial carácter prestacional del servicio; la cual encuentra sustento en que a partir de la celebración del contrato para prestación del servicio público de telecomunicaciones es que el sujeto adquiere la calidad de abonado o usuario y es a partir de ese momento en que ambas partes se someten formalmente al imperio normativo; en otras palabras una “Administrativización” de las relaciones jurídico privadas entre privados.

En esa línea, el profesor Juan Carlos Benalcazar (2008, citando a Salas, 1975) sostiene que existen relaciones administrativas entre los particulares, en el

caso que uno ellos ejerza potestad administrativa por delegación —singular o institucional— o facultades que le son propias a la administración, entendido en sentido subjetivo. Para los demás casos, las relaciones que se forjan entre privados, son de naturaleza privada, aunque tenga intereses públicos de por medio. (pág. 56)

Al respecto, es necesario señalar que en cuanto a la prestación de un servicio público económico —como es el caso de las telecomunicaciones— el Estado es el garante de dicha actividad cuya encargatura se encuentra a manos de una persona jurídica privada, como es su prestación, esto tiene que ver con la subsidiaridad del estado en la economía y el rol garante que mantiene.

Ahora bien, el Estado y su regulación están presentes desde el momento en que nace esa relación entre usuario y concesionario del servicio público; dado que como ya se explicado, una persona natural o jurídica que requiere la prestación de dicho servicio adquiere la calidad de abonado o usuario a partir de la contratación del servicio y una vez así se pone al amparo y protección de la norma, la cual establece las garantías mínimas que debe brindar la empresa operadora; así el estado también regula las cláusulas de los mecanismos de contratación empleados por las empresas operadoras; sin embargo, no hay que perder de vista que la libertad de establecer precios, otorgar beneficios y condiciones es tarea exclusiva de los concesionarios, por lo que no pierde esa naturaleza privada.

Determinar la naturaleza de dicha relación es materia de una investigación ardua y profunda respecto a los elementos que conforman la relación, desde el momento comercial hasta la celebración y posterior consolidación, a través de la prestación del servicio público; sin embargo, no cabe la menor duda que al

momento de resolver un reclamo, presentado por los usuarios del servicio público de telecomunicaciones, la relación se torna pública; pues como bien se explicó, en ese instante la empresa operadora actúa como órgano resolutorio de primera instancia y con potestad especial para resolver y emitir actos administrativos; por lo que cualquier actuación vinculada al procedimiento de reclamo a partir de aquel momento se encuentra bajo el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico administrativo.

2.4. Acto Administrativo

Para entender si la manifestación de voluntad de las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones puede ser calificada como un acto administrativo, resulta pertinente analizar el alcance normativo y doctrinal del acto administrativo, así como cada uno de los elementos que lo conforman y cotejarlo con los actos emitidos por las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones.

El acto administrativo según el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, lo define como *“las declaraciones de las entidades que, en el marco de las normas del derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”*

Al respecto, según nuestra norma, el acto administrativo constituye una *“declaración”* de *“las entidades”* sin especificar si estas entidades deben ser de naturaleza pública o privada, simplemente son entidades en sentido general, lo cual prevé que los actos administrativos provengan de órganos públicos y

excepcionalmente de personas jurídicas de naturaleza privada; como se verá más adelante.

Ahora bien, respecto al acto administrativo como “*declaración*”, la doctrina peruana aún permanece dividida en cuanto al alcance de la manifestación de la voluntad que se traduce en una declaración, así tenemos que la declaración puede ser cualquier tipo de declaración, como de juicio, deseo y conocimiento; sin embargo, otra parte de la doctrina sostiene que no cualquier declaración constituye un acto administrativo, sino aquellas que están directamente relacionadas con la producción de efectos jurídicos sobre una situación jurídica concreta; por ende, los actos que expresan deseo o manifiestan una opinión no todos constituyen propiamente un acto administrativo.

Para el profesor Víctor Baca (2002) el contenido del acto administrativo no son solo las declaraciones de voluntad, pues según explica un acto administrativo podría contener un juicio, como en el caso de los informes; o podría ser de conocimiento como los certificados; finalmente un deseo como es el caso de las propuestas (págs.183-184). Siguiendo esta misma interpretación del acto administrativo podemos mencionar a García de Enterría y Zanobini.

Con una postura contraria y más restrictiva de la conceptualización del acto administrativo, Ramón Huapaya (2010) manifiesta que para darle la calificación de acto administrativo a una declaración deben concurrir dos elementos importantes, primero que se trate de una decisión de carácter regulador; es decir que produzca efectos sobre los terceros, segundo que esta decisión sea dictada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la que

provenga de un reglamento, en otras palabras que la atribución del poder provenga de una norma con rango legal. (pág. 133)

Para este autor, las demás declaraciones como las de juicio, conocimiento y deseo siguen siendo actos administrativos, pero con carácter no decisorio por lo que no trascienden directamente sobre los terceros; en otras palabras, carecen de elemento regulador y necesitan del acto administrativo principal (pág. 132).

Con la delimitación conceptual expuesta, se puede claramente colegir que los actos emitidos por las empresas operadoras no son una declaración juicio puesto que las decisiones tomadas no sirven de informe previo para el acto administrativo, ni tampoco constituyen un certificado o una propuesta; lo cierto es que dichos actos constituyen declaraciones de voluntad con carácter regulatorio dentro de una relación jurídica de derecho público; por lo que podrían ser actos administrativos, puesto que, ante una somera comparación conceptual, se acoplan perfectamente a la definición establecida en el ordenamiento jurídico administrativo -T.U.O. de la LPAG-.

Sin embargo, es necesario analizar si los actos emitidos por las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones realmente constituyen verdaderos actos administrativos; dado que, en apariencia son declaraciones de una entidad —pública o privada— que en ejercicio de la potestad administrativa inciden directamente sobre los derechos del usuario de este servicio, pero resulta trascendente evaluar y cotejar los elementos internos de la declaración vertida por estas entidades a efectos de poder determinar si realmente tienen la naturaleza de un acto administrativo.

2.4.1. Elementos del Acto Administrativo

Toda actuación de la administración pública no conlleva necesariamente a la emisión de un acto administrativo; no obstante, todo acto que se entiende como administrativo debe estar conformado por elementos propios que determinan su naturaleza.

De ello parte la idea principal de analizar los actos expedidos por los concesionarios de servicios públicos, específicamente de las empresas operadoras de telecomunicaciones y en base a esto, determinar cuál es el elemento discordante con las actuaciones de los privados.

Para el profesor Béjar Rivera (2018) los elementos que conformarían al acto administrativo serían, “elemento subjetivo, objetivo, formal y teleológico o Causal.” En base a estos elementos se pretende deconstruir el acto decisorio de las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones.

2.4.1.1. Elemento Subjetivo

En una relación jurídica administrativa están presentes dos partes, un sujeto del cual proviene la declaración que dará origen al acto administrativo y el otro sujeto sobre el cual recaerán los efectos de dicho acto, ambos sujetos son necesarios para la relación jurídica; sin embargo, se requiere únicamente de la voluntad de la autoridad administrativa para su emisión, aun cuando esa voluntad sea promovida por el interés del administrado; es por ello que, su análisis resulta muy importante desde este extremo de la relación jurídica.

Al respecto, el artículo 61.2 del T.U.O. de la LPAG, en cuanto a la autoridad administrativa, establece que es “el agente de las entidades que bajo cualquier

régimen jurídico y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos.” [subrayado agregado]

En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha dejado en claro que, sin importar la naturaleza de su organización, una persona de naturaleza jurídica privada, puede participar en el procedimiento administrativo como autoridad administrativa; por ende, en la relación jurídica procedimental, el sujeto emisor del acto administrativo resulta ser la empresa operadora del servicio público.

Por ello, es necesario conocer que la actuación válida de la entidad pública está sometida al cumplimiento de determinados requisitos que debe cumplir para que el sujeto pueda emitir un acto administrativo que al menos en presunción se pueda afirmar que su actuación persigue el horizonte tuitivo de toda actuación administrativa, el fin público.

En palabras del profesor Víctor Baca (2002) son tres los aspectos que se refieren al autor del acto: “la persona jurídico-pública con capacidad, el órgano competente y el titular del órgano” (pág. 219).

Pues bien, para brindar un mayor alcance respecto a lo que se manifiesta de estos tres aspectos partimos de la persona jurídica con capacidad, en ese sentido nos referimos a la entidad pública, la cual tiene la capacidad atribuida por la ley para desenvolverse en la esfera del derecho, tanto en las relaciones jurídico privadas como públicas; es decir, es un sujeto que asume obligaciones, por otra parte su capacidad le permitirá obrar a través de actuaciones en las esferas que indefectiblemente involucre el derecho privado como celebración de contratos

privados así como en la esfera del derecho público en las que actúa en el ejercicio de potestades administrativas, además como entidad pública también asume competencias las cuales le son atribuidas por la ley, pero a su vez entidad pública distribuye esta competencia a sus distintos órganos.

Para ejemplificar lo antes mencionado, citaremos al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, está conformada por el consejo directivo, la presidencia, la secretaría técnica de solución de reclamo, entre otros, cada uno de estos órganos tiene funciones delegadas por la propia entidad administrativa.

Finalmente, cuando se habla del titular del órgano claramente hace referencia a la autoridad administrativa, quien precede al órgano administrativo y del cual se habla sobre la imparcialidad en su actuación, es en base a estos tres criterios es que se analiza a la empresa operadora como órgano resolutor de primera instancia.

a) Competencia

Podemos considerar que es la atribución de potestades específicas a una persona jurídica o a un órgano para el ejercicio de determinadas funciones administrativas, dicha potestad proveniente de la norma, inviste de poder las actuaciones de la persona jurídica para que a través de sus actos pueda alcanzar el fin público establecido en la norma.

En una opinión más acertada, para el profesor Juan Carlos Cassagne (2017) la competencia proviene de una norma, la misma que va a determinar la aptitud legal órgano para ejercicio de una determinada actividad -base de un principio de

especialidad-; por ende, se ve obligado a actuar sobre la base de una norma. (pág. 272)

Es en este sentido, corresponde determinar cómo es que se ha atribuido la potestad administrativa a las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones.

Para ello debemos recurrir al análisis del artículo I del Título preliminar del T.U.O. de la Ley del Procedimiento administrativo general, en el que se puede advertir que los privados que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, podrían hacerlo a través de los medios de habilitación como la autorización, concesión o delegación de facultades.

Siendo esto así, es necesario comprender si es posible que mediante la autorización se les otorguen potestades administrativas a las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones por el solo hecho de estar habilitado a través de esta técnica jurídica; para Laguna de Paz (2006) “la autorización es un acto declarativo de derechos que confiere a su titular una situación jurídicamente protegida, sin perjuicio de su necesaria adaptación a las cambiantes exigencias del interés general” (pág. 37).

De ello, se desprende que la autorización como técnica jurídica implica el cumplimiento de determinados requisitos para la permisión del ejercicio de un derecho preexistente – característica declarativa-; es decir, el ejercicio del derecho está sometido al cumplimiento de determinados requisitos impuestos reglamentariamente, de ser el caso que sea necesaria la autorización para el ejercicio de una potestad pública, se admitiría que es un derecho preexistente e inherente al

sujeto privado, lo cual no resulta posible; dado que la potestad para emitir actos administrativos proviene del poder público únicamente atribuido por norma con rango legal; no obstante, resulta factible que mediante la autorización se levanten ciertas restricciones para la prestación de servicios vinculados a las telecomunicaciones, como es el caso de los servicios de valor añadido.

Entiéndase que según el Texto Único de la Ley de Telecomunicaciones aprobado mediante Decreto Supremo N.º 013-93-TCC en el artículo 14º expresamente diferencia que servicios serán otorgados mediante la autorización y cuales otros a través de la concesión; así se advierte que en el caso de los servicios finales privados y de radiocomunicación se requerirá de autorización, permiso y licencia para su ejercicio.

Con respecto a la concesión, como bien lo señala Antonio Abruña (2010) “la administración pública concedente se reserva el ejercicio del poder público, otorgando solamente la gestión de la actividad material que debe ejercerse en conformidad con las normas que ella misma dicta” (pág. 92).

Es por ello que, a través de la celebración del contrato de concesión, lo que se busca es la encargatura de la gestión de una determinada actividad, como lo es el de las telecomunicaciones; por ende, lo que concede es el uso del espectro radioeléctrico y no la función pública.

Aunado a ello, Abruña sostiene que ser concesionario de un servicio público, genera una obligación de sujeción a las normas reglamentarias de derecho administrativo que se establecen para la prestación de dicho servicio; sin embargo, menciona que el hecho de someterse a esas normas no significa que al concesionario

se le otorga poder público (pág. 82).

Asimismo, de la revisión de los contratos de concesión no es posible advertir que expresamente se otorguen potestades administrativas para resolver reclamos y emitir actos administrativos, pero resulta necesario resaltar que los contratos de concesión en el sector de telecomunicaciones imponen como obligación a las empresas concesionarias, el cual se constituye en el establecimiento de un procedimiento para la atención de reclamos, tal como se muestra a continuación:

Figura 2:

Contrato de concesión para la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

SECCIÓN 8.11: REQUISITOS DE ASISTENCIA A ABONADOS Y USUARIOS.

- (a) No Discriminación. La EMPRESA CONCESIONARIA establecerá y mantendrá servicios de información y asistencia eficientes para ayudar a ABONADOS y USUARIOS en la solución de cuestiones relativas a instalación, servicios, guías telefónicas y cualquier otro aspecto relativo a los SERVICIOS CONCEDIDOS. En la prestación de dichos servicios, la EMPRESA CONCESIONARIA no discriminará entre las distintas categorías de ABONADOS y USUARIOS.
- (b) Solución de Reclamos y Conflictos. La EMPRESA CONCESIONARIA establecerá un procedimiento eficiente para la solución de conflictos con sus ABONADOS y USUARIOS, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, y con el Reglamento de OSIPTEL.
- (c) Requisitos de Asistencia Mínima. La EMPRESA CONCESIONARIA como mínimo prestará durante el PLAZO DE LA CONCESION los siguientes servicios de asistencia a los ABONADOS y USUARIOS:

Nota. Contrato de concesión celebrado, el 16 de mayo de 1994, entre el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de la República del Perú ("MINISTERIO"), actuando en representación de la República del Perú, representado por el viceministro de Comunicaciones, el Sr. Willy A. Contreras López y la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES DEL PERU S.A. -ENTEL S.A la "EMPRESA CONCESIONARIA"; tomado de: <https://www.osiptel.gob.pe/media/bzybh0qb/contrato-01.pdf>.

Sin embargo, que en el contrato de concesión se haya estipulado como cláusula que las empresas operadoras deban prever un procedimiento para la atención de los reclamos de usuarios, no implica que este procedimiento tenga carácter jurídico-administrativo tampoco que la relación jurídica de ambas partes

se encuentre bajo el amparo de la protección del derecho público, por último no se desprende que el estado delegue una potestad pública para el ejercicio de determinadas funciones que permitan la emisión de actos administrativos; sino que, ello corresponde a la atribución de una obligación, la misma que a su vez se constituye en una cláusula remisiva al Reglamento de Atención de Reclamos de Usuarios del Servicio Público de Telecomunicaciones del OSIPTEL.

Siendo así, del análisis del ordenamiento jurídico sectorial, se advierte que no ha delegado directamente la potestad para emitir actos administrativos por parte de las empresas operadoras, téngase en cuenta que las potestades administrativas no se presumen; no obstante, el 74° del Decreto Supremo 013-93-TCC de 2007 (Perú), prescribe lo siguiente:

Toda empresa que preste servicios públicos de telecomunicaciones deberá establecer una vía expeditiva para atender los reclamos relacionados con los servicios que planteen los usuarios. El plazo y términos para resolver el reclamo son los previstos en el reglamento. En caso de que la empresa no resuelva el reclamo dentro del plazo fijado en el reglamento, se entenderá resuelto a favor del usuario. El Reglamento establecerá los casos en los que el al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones en caso de denegación de reclamos.⁸

Como ya se ha dado a denotar en los párrafos anteriores y de acuerdo con el consenso de la doctrina mayoritaria, la delegación resulta ser la técnica idónea para viabilizar el ejercicio de determinadas funciones públicas. Así el profesor Antonio

⁸ Texto Único Ordenado De La Ley De Telecomunicaciones, Decreto Ley No. 26096.

Abruña (2010) sostiene que el ejercicio de la función pública en el caso de los sujetos privados se puede llevar a cabo siempre que exista la concurrencia de dos condiciones esenciales; la primera, esta referida al instrumento con el cual se delega la potestad administrativa, pues solo es posible a través de una norma con rango de ley o que se le haya facultado al organismo u órgano cedente mediante ley; como segunda condición, nos plantea que en el ejercicio de la función pública se cumplan los requisitos formales que son propios del ejercicio del poder público (pág. 98-99).

En atención a ello, del Decreto Supremo N.º 013-93-TCC se advierte que la delegación de la potestad para resolver reclamos en primera instancia derivada de la propia norma y que ha sido complementada por los acuerdos del consejo directivo del OSIPTEL a través de su reglamento.

Por su parte, Vicente Cairampoma (2021) manifiesta que de conformidad con las características de cada actividad, los organismos reguladores en ejercicio de su función normativa son los encargados de establecer procedimientos de atención reclamos para aplicación de los concesionarios, todo ello a través de sus resoluciones de Consejo Directivo. (p. 11)

Es en sentido, que el OSIPTEL parece haber delegado la facultad de resolver reclamos en primera instancia a las empresas operadoras, y la posibilidad de dicha facultad se vislumbra de lo establecido en el artículo 22º del Reglamento de Atención de Reclamos en el que expresamente denomina como órgano de resolución de primera instancia a las empresas operadoras de los reclamos presentados por los usuarios con relación a los servicios que presta; reglamento cuya aprobación se realizó mediante resolución de consejo directivo N.º 047-2015-

CD-OSIPTEL; es decir, mediante acuerdo del consejo directivo, máximo órgano del Regulador y que además está contemplado en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

b) Imparcialidad

Nuestro ordenamiento jurídico administrativo, lo ha contemplado como un principio institucional que constituye una garantía rectora a la actividad de la administración pública; por ello, su desarrollo está plasmado en el título preliminar, específicamente en el inciso 1.5 artículo I del Título Preliminar del T.U.O. de la L.P.A.G. de 2019, que marca la pauta en la actividad propia de la autoridad, al establecer que las autoridades administrativas deben actuar sin discriminación durante todo el desarrollo del procedimiento administrativo, por lo tanto insta a la autoridad administrativa a brindar un tratamiento igualitario a los administrados que comparecen ante ella, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y en atención al interés general.

La imparcialidad como principio rector en el procedimiento administrativo, guarda estrecha vinculación con el derecho constitucional a la igualdad, pues la Constitución Política del Perú de 1993 en el inciso 2 artículo 2° prescribe que “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

En esa misma línea y con respecto al principio de imparcialidad complementado por el principio de igualdad, Allan Brewer-Carías (2011) sostiene que la administración, durante la tramitación del procedimiento administrativo, no debe beneficiar ilegítimamente en perjuicio de algunas de las partes, pues toda

decisión adoptada debe ser objetiva, conforme al ordenamiento jurídico y persiguiendo el interés general que motiva su actuación; salvo en aquellos casos en los que debido a circunstancias especiales de los administrados, amerite un trato diferente (pág. 14).

Por un lado, el principio de imparcialidad desarrolla el trato igualitario entre las partes que intervienen en el desarrollo del procedimiento; es decir, busca que la autoridad administrativa, otorgue un trato igualitario estableciendo una relación de semejanza en los administrados frente a las oportunidades de defensa que se den en el procedimiento; por otra parte, está la imparcialidad desde el punto de vista de la actividad de la autoridad administrativa, el deber de actuar sin favoritismo hacia alguna de las partes.

El elemento de la imparcialidad en el acto administrativo está arraigado a dos aspectos muy importantes de la actividad administrativa, el principio de legalidad y la finalidad pública, este último también como elemento del acto administrativo; respecto al principio de legalidad, la actuación de las entidades públicas está vinculada plenamente a lo establecido en la ley, sin que estas puedan actuar más allá de lo no contemplado en la norma y dado que la finalidad pública está impuesta por la misma norma, la administración pública queda conminada a la búsqueda del interés público en cada una de sus actuaciones.

Ahora bien, resulta trascendente explicar que del principio de legalidad se desprenden dos principios que resultan necesarios conocer, el principio de objetividad y el principio de imparcialidad. Así García Costa (2011), sostiene que “la objetividad opera con el Parlamento cuyos mandatos adoptan la forma de leyes,

y la imparcialidad despliega su eficacia *ad extra*, relacionando a la Administración con los administrados. (pág. 31)”

Lo que ha buena cuenta, se entiende que la vinculación positiva de la administración a la norma se lleva a cabo simultáneamente en dos sentidos, el primero en aplicación de la norma de acuerdo a la voluntad normativa que se estableció por el poder legislativo, y el segundo en la actuación frente al administrado.

Es por ello, que el principio de imparcialidad en nuestro ordenamiento jurídico está plenamente desarrollado desde la perspectiva de la administración y administrado, cuando se pone en manifiesto que la autoridad administrativa actúa de forma igualitaria para los administrados, resolviendo siempre conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

La imparcialidad como actividad propia del funcionario de la administración pública, está regida a que no exista algún tipo de preferencia entre los administrados que comparecen ante un conflicto de intereses; esto a efectos de que la actuación sea puramente imparcial y de esta forma garantizar que se actúe sin discriminación o preferencia hacia alguna de las partes; a su vez, resulta imprescindible que los intereses particulares de la autoridad administrativa no perturben la toma de una decisión basada en la protección al interés general.

Ahora bien, trasladando esta garantía a la actuación de las empresas operadoras, se advierte cierta discrepancia en cuanto a este requisito elemental del sujeto que emite el acto administrativo, como bien se ha explicado; dado que, las empresas operadoras actúan facultadas para resolver un conflicto de interés, no es

posible que actué bajo un conflicto de interés personal, lo cual no se aleja de la realidad de las empresas operadoras que, al fin y al cabo, en su actuación puede afectar los derechos de los usuarios y que además cuentan con potestad para decidir sobre ese conflicto.

En ese sentido, el inciso 5 del artículo 99° del T.U.O. de la L.P.A.G. en cuanto a las “causales de abstención” prescribe que la abstención no se aplica en los casos de contratos de prestación de servicios públicos.

Esta excepción tiene amparo desde dos criterios que se desprenden de la propia norma; el primero, que de ser el caso que no exista esta excepción las empresas operadoras no podrían resolver los reclamos; dado que, tendrían un conflicto de interés por cuanto son ellos los mismos quienes transgreden los derechos de los usuarios y estas mismas resuelven dicho conflicto; el segundo, consistente en la atribución de equipararlas como administración pública no tendría sentido que sean consideradas como tal si no pudieran emitir actos propios al resolver los reclamos de los usuarios.

Bajo este razonamiento, en el caso de las entidades públicas, cuando las autoridades administrativas se encuentren en una situación de conflicto de interés deben abstenerse de participar en dicho procedimiento, pero lo que ocurre en el caso de las empresas operadoras es contradictorio desde esta perspectiva, puesto que el personal que resuelve los reclamos, digamos que el área legal de dichas empresas resuelven los reclamos en primera instancia, aquel personal –que no tiene calidad de servidor público- fue contratado para defender y salvaguardar los intereses de las empresas operadoras (salvaguardar sus intereses económicos y privados); en

otras palabras, cuando resuelven reclamos a través de actos administrativos, debería entenderse que lo hacen en respeto de la norma, actuando de forma imparcial — anteponiendo el interés general al propio— aun cuando ello implique detrimento económico; pero aun así queda la incertidumbre de poder determinar si al momento de resolver los reclamos de los usuarios, estas lo hacen salvaguardando sus intereses propios o es una actuación realmente imparcial y solo actúan defendiendo el interés general.

En esa misma línea de pensamiento, el profesor Rafael Caballero (2021) sostiene que no todo es válido al momento de recurrir al derecho privado para el ejercicio de determinadas funciones públicas pues, aunque muy técnica o neutral que parezca la actuación de estas entidades con personificación privada, existen garantías, como es el caso de la imparcialidad, que solo el régimen público puede proporcionar. (Pág. 14)

Debido a ello se puede identificar un primer aspecto contradictorio, el cual radica en el interés del sujeto que emite el acto administrativo, como se ya se explicó, las entidades administrativas son creadas por ley y desde su constitución actúan como tal; por ende, se presume que sus actuaciones administrativas persiguen únicamente el interés general; a diferencia de las personas jurídicas privadas a las que se le ha premunido de potestad para actuar equiparadas como una entidad administrativa (órgano resolutor) y desde su creación obedecen a alcanzar fines propios y económicos como es el caso de las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones y que sin mediar esto se les conmina a perseguir un fin público aun en contravención a sus fines propios, por tal motivo no resulta

posible aplicar la misma presunción de imparcialidad en un procedimiento de reclamo iniciado ante las empresas operadoras; dado que, siempre se podrá alegar ese sesgo de parcialidad al momento de emitir un acto administrativo.

2.4.1.2. Elemento Formal

En cuanto a este elemento, es necesario señalar que la formalidad de presentación del acto administrativo, involucra la forma en cómo se manifiesta la voluntad de la administración pública; es decir, el envase que contiene dicho acto, por ende, el acto administrativo no siempre está contenido en una resolución administrativa, pero siempre deberá quedar constancia de dicha manifestación a través de medio escrito.

Excepcionalmente, como se ha descrito en la doctrina española hay determinados actos, que no se expresan en forma escrita, porque los órganos de los que proceden deliberan y acuerdan de modo verbal como es el caso de los órganos colegiados (Muñoz Machado, 2015)

Sin embargo, los acuerdos constan en acta como medio de prueba, por lo que el acta tiene una naturaleza de probanza del acuerdo “*Ad probationem*”, es un acto formal que recoge los acuerdos adoptados. (Baca Oneto V. S., 2002)

En breve explicación, los actos administrativos dictados por autoridades unipersonales nacen a partir del momento en que se materializan de forma escrita, mientras que, en los acuerdos de órganos colegiados, el acto nace de forma verbal, al momento de la de liberalización y adopción del acuerdo y se plasma en un acta como medio de prueba. Pero dado el caso de las empresas operadoras, el único

medio por el cual reviste de formalidad sus actos emitidos, sería a través de la forma escrita, y los cuales se materializan a través de cartas.

c) Motivación

El artículo 6° del T.U.O. de la L.P.A.G, aprobado mediante Decreto supremo 004-2019-JUS, establece que *“la motivación debe ser expresa mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifiquen el acto adoptado”*.

En ese sentido, para Jaime Rodríguez-Arana (2011) la motivación de la actuación administrativa constituye una característica constitucional, por lo tanto es una manifestación de objetividad, pues ello implica que por mandato constitucional, la actuación de todas las entidades administrativas se satisface a partir de la racionalidad (pág.216).

Al respecto, se puede comprender que el actuar de la administración pública con base objetiva en el ordenamiento jurídico permite demostrar que actúa persiguiendo el interés general que en pocas palabras es a lo que debería estar orientada toda actuación administrativa y que en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones tiene como base de su actuación la defensa de los intereses y derechos de los usuarios, según lo establecido en el artículo 65° La Constitución Política del Perú.

Asimismo, el actuar objetivo al que hace referencia el profesor Rodríguez-Arana, implica que el acto administrativo es el resultado de la actividad racional de la administración pública basada en el cumplimiento de lo establecido en el

ordenamiento jurídico pero que a su vez implica no una simple deliberación por parte de la autoridad administrativa, sino que requiere orden de los hechos y normas jurídicas que justifican su emisión a fin de salvaguardar el interés general, lo que se ha resumido en racionalidad.

A diferencia de los sujetos de derecho privado, la administración pública está obligada a que, en todo momento, su actuación esté dirigida a satisfacer el interés general y eso queda denotado en los actos administrativos que emite.

No obstante, cabe precisar que en el caso de las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, la cuales son de naturaleza privada, al actuar como organismos resolutorios de primera instancia, no quedan exentas de la obligación de motivar sus resoluciones. Sin embargo, muchas de las empresas operadoras, incurrir en esta causal de nulidad cuando no motiva adecuadamente o simplemente no motivan la resolución (ver figura N.º 3), por lo que en términos generales únicamente declaran infundado o improcedente los reclamos presentados; pero el problema de la motivación de los actos administrativos, no es exclusivo de estas empresas operadoras, también es una constante en la actuación administrativa de las entidades públicas.

Frente a esta situación el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios –TRASU- mediante el precedente de observancia obligatoria recaído en el expediente N.º 0032112-2019/TRASU/ST-RA desarrolla como dos puntos importantes respecto a esta carencia de las empresas operadoras, de las cuales la primera consiste en determinar si se encuentra debidamente motivada la Resolución de Primera Instancia y la segunda que de no encontrarse motivada la

Resolución de Primera Instancia, qué implicancias tendría en el pronunciamiento del TRASU.

Uno de los motivos por los cuales el Tribunal del OSIPTEL aprobó la emisión del precedente de observancia obligatoria radica en la falta de motivación de las resoluciones de primera instancia; a modo de muestra, se presenta el caso N.º 0137515-2018-TRASU/ST-RA, en el que el reclamante, tiene como sustento de reclamo el siguiente:

“Reclamo la facturación del recibo del mes de abril con fecha de vencimiento del veintidós de abril del presente año, debido a que el plan dúo que he contratado es por el monto de sesenta y nueve soles con noventa céntimos. Sin embargo, el monto que me pretenden cobrar por el servicio es de ochenta y tres soles de los cuales no reconozco diez soles. Dando lugar a la incorrecta aplicación de la tarifa que corresponde. Asimismo, no se me ha notificado el recibo de pago del servicio del mes referido, vulnerando mi derecho a conocer el monto facturado e incumpliendo la obligación de entregar el recibo. Conforme a TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”⁹

El reclamante presenta el reclamo por facturación del servicio por el importe de S/ 10.00 e incumplimiento de entrega de recibo como materias reclamadas, con un claro sustento además del incumplimiento de las condiciones contractuales pactadas entre la empresa operadora y el abonado.

⁹ El reclamo fue transcrito textualmente conforme al formulario de reclamo y con la autorización del reclamante.

Por su parte la empresa operadora, no ha brindado ningún sustento que motive a declarar infundado el pedido del usuario, tal como se muestra a continuación:

Figura 3

Extracto de la resolución de primera instancia.

Ref. : S.T. 74328304
Reclamo N° BR0132793

Hola Lylly:

Tenemos el gusto de saludarte, así como dar respuesta a tu reclamo presentado el 4/5/2018 , donde indicas no estar de acuerdo con el incremento de tarifa.

Al respecto, te informamos que el incremento de precio promocional del paquete contratado se llevó a cabo habiéndose cumplido con el procedimiento y plazos establecidos en la normativa vigente sobre la materia. Por lo expuesto su reclamo por la facturación del servicio ha sido declarado Infundado, de conformidad con las Resoluciones 047-2015-CD/Osiptel y -138-2012-CD/Osiptel y sus modificatorias.

En tal sentido, te invitamos a apersonarte a nuestros centros de atención presencial o telefónico con la finalidad de poder solicitar información detallada sobre los beneficios de este servicio, en caso no desee contar con este servicio existe la posibilidad de cambiar a otro plan de tu preferencia o de lo contrario solicitar la baja final del servicio.

Asimismo, te informamos que usted tiene derecho a interponer recurso de apelación, a través de nuestra página web, en nuestras oficinas dentro del plazo de 15 días útiles, contados a partir de notificada la presente. El recurso debe ser efectuado por el reclamante y excepcionalmente por una tercera persona, siempre que cuente con el poder respectivo.

Nos despedimos, reiterándote nuestra consideración y compromiso de atención y servicio.

Cordialmente,

Nota. El sustento expuesto corresponde a la resolución de primera instancia recaída en el procedimiento de reclamo N.º BR0132793; (Fuente: propia)

Sin lugar a duda, un acto administrativo carente de motivación, del cual no puede advertirse la racionalidad en el contenido de dicho acto; sin embargo, es necesario, dejar en claro que no todas las empresas operadoras incumplen esta obligación de forma tan evidente. Respecto a este tipo de resoluciones en primera instancia, sin duda conlleva a plantearnos la interrogante, si realmente las empresas operadoras buscan otorgar la solución al reclamo de forma imparcial respetando el interés general.

d) Procedimiento como aspecto formal

Respecto al procedimiento administrativo ante las empresas operadoras, el cual se encuentra establecido en el Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios del Servicio Público de Telecomunicaciones, se advierte que la potestad delegada daría inicio con el reclamo presentado por el usuario y concluiría con la emisión de la resolución de primera instancia que contendría el acto administrativo; posteriormente, realizaría actos de trámite como elevar el recurso de apelación o la queja presentada por el usuario, entre otros.

La declaración de improcedencia es una novedad en el Reglamento, dicha declaración fue introducida con la modificatoria aprobada por Resolución de Consejo Directivo N.º 266-2018-CD/OSIPTEL de fecha 06 de diciembre de 2018, la cual habilita a la empresa operadora a no elevar el recurso de apelación en caso haya sido interpuesto extemporáneamente; es decir que una vez transcurrido los quince días hábiles con los que contaba el usuario para impugnar la resolución de primera instancia, la empresa operadora no elevará el recurso de apelación con los actuados procedimentales para revisión en segunda instancia; por ello, la modificatoria introduce la declaración de improcedencia que será emitida y notificada al usuario, dicha declaración constituye un acto de trámite irrecurrible en vía administrativa, pero aún así se ha previsto que en caso de que exista transgresión al procedimiento de reclamo, el usuario pueda presentar una queja alegando deficiencia o defecto en el acto de notificación, solo en ese supuesto el expediente será revisado por el TRASU.

El artículo 1° del Reglamento establece “las disposiciones que obligatoriamente deberán aplicar las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones para la atención de los reclamos de usuarios”; asimismo, el artículo 3° de dicho cuerpo normativo, señala expresamente que la interposición de reclamos ante las empresas operadoras constituye vía previa; es decir, resulta obligatoria.

e) Potestad Resolutiva en el Procedimiento

Respecto al tipo de procedimiento llevado a cabo ante las empresas operadoras, difiere en cuanto a un procedimiento trilateral propio o triangular, para el profesor Ramón Parada (2010) en el procedimiento trilateral, resalta como característica importante la imparcialidad del órgano administrativo, situándola en una posición de independencia frente a los intereses contrapuestos de los administrados y en los que no tiene involucrados sus intereses (pág. 202).

Se debe entender entonces que en un procedimiento administrativo trilateral, un órgano de la administración pública decide un conflicto de intereses, pero lo que determina que este procedimiento sea un procedimiento triangular va más allá de que sea un procedimiento heterocompositivo, lo que realmente define a este tipo de procedimiento es la independencia e imparcialidad del órgano administrativo. Para Hugo Gómez Apac (2011) “la independencia e imparcialidad de la autoridad que resuelve el conflicto y la naturaleza del conflicto suscitado entre los dos administrados” (pág. 16).

En el caso de las empresas operadoras, el usuario es quien a través de su reclamo da inicio al procedimiento administrativo, pero este procedimiento tiene

como antecedente un conflicto de interés por la afectación a los derechos que la norma le atribuye en su condición de usuario del servicio, afectación generada por la propia empresa operadora.

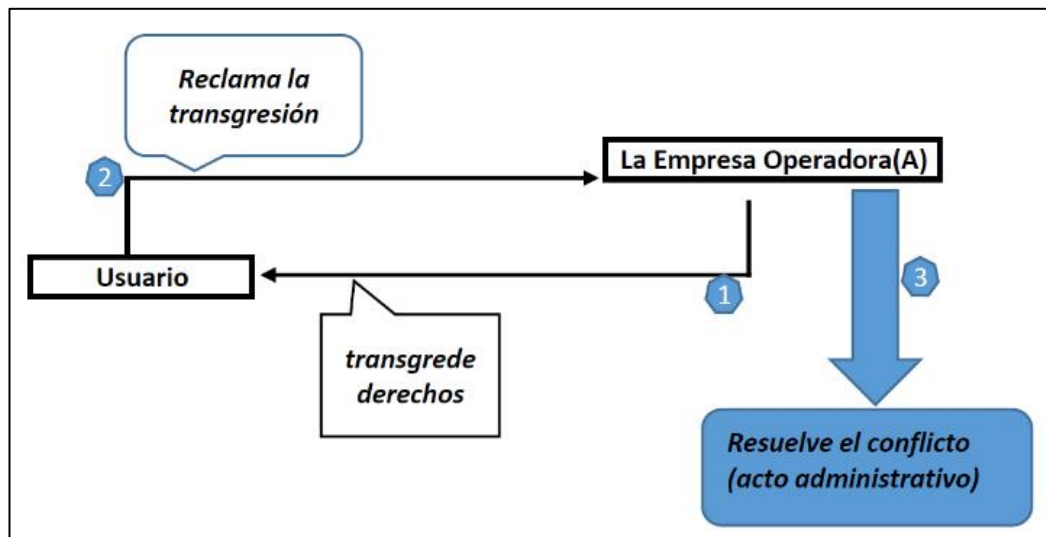
A diferencia de los procedimientos trilaterales, en los procedimientos de evaluación previa el órgano de la entidad administrativa es el que emite el acto administrativo en primera instancia, siendo recurrido por el administrado, es elevado a la instancia administrativa superior; sin embargo, hay que tomar en cuenta el interés a proteger por parte de un órgano de la administración pública es el interés general, mas no un interés particular económico propio. A diferencia de un procedimiento administrativo común, en este procedimiento especial es la misma empresa operadora quien transgrede o afecta derechos de los usuarios y esta misma da solución a dicho conflicto; en otras palabras, constituye la parte transgresora del procedimiento y a la vez es autoridad administrativa resolutoria, cabe aclarar que no ejercita esta doble conducta simultáneamente lo hace, pero en etapas diferentes. Así pues, en un primer momento son dos particulares en una relación prestacional económica en la cual uno de ellos, el usuario, intenta hacer prevalecer sus derechos por considerarlos afectados, y en un segundo momento, es la empresa operadora quien actúa ya no como una empresa privada, sino como un órgano resolutor administrativo, pero que de por medio están sus propios intereses particulares, debido a su naturaleza privada.

Para ejemplificar lo expuesto, se muestra un cuadro enumerado en el que previo al inicio del procedimiento debe existir una acción transgresora al menos así, se lleva a cabo cuando el usuario interpone su reclamo; y finalmente la empresa

operadora resuelve el reclamo que tiene como origen una transgresión por parte de esta.

Figura 4

Flujo del procedimiento de reclamo ante la empresa operadora



En este escenario, la **Figura 44** muestra el flujo del procedimiento del reclamo ante las empresas operadoras, la misma que en un primer momento se da origen con la transgresión de la empresa operadora; posterior a ello, el usuario solicita a la empresa operadora el cese de un acto o cumplimiento de cláusulas contractuales, finalmente este flujo culmina con la respuesta de la empresa operadora quien actúa como autoridad administrativa resolviendo un conflicto de intereses y pone fin a la instancia.

Una postura contraria a lo expuesto por Gómez Apac, es la del profesor Richard Martín Tirado (2001), quien sostiene que “el procedimiento administrativo trilateral podría ser llevado a cabo ante dos o más administrados, administrados y la administración pública y entre entes de la administración pública, lo que denomina tesis amplia del concepto de procedimiento trilateral” (pág. 225).

Lo cierto respecto al procedimiento ante las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, es que su estructura es la de un procedimiento bilateral, en donde las empresas operadoras resuelven un conflicto de intereses actuando como juez y parte, sobre el cual no se advierte independencia e imparcialidad respecto al asunto en controversia lo cual no resulta aplicable en este procedimiento de primera instancia, porque es la empresa operadora quien prevalece como la parte reclamada, el usuario como parte reclamante y la empresa operadora como órgano resolutor.

La relación generada entre la empresa operadora y el usuario, es una relación asimétrica impuesta por las fallas del mercado, en donde una de las partes es la parte más fuerte, por contar con mayor información y además que es la parte prestadora del servicio; y del otro lado la parte más débil que estaría conformada por el usuario del servicio que desconoce los términos técnicos, desconoce el proceso de facturación y puede verse afectada por el incumplimiento de la empresa operadora, pero además de estar inmersos en una relación asimétrica, nuestro ordenamiento jurídico, la ha premunido de potestad administrativa para resolver los reclamos en primera instancia administrativa.

Por tal motivo, es cuestionable la posición demasiado ventajosa en la que se encuentran las empresas operadoras en la relación jurídica (relación prestacional) y más aún que tengan la potestad de resolver reclamos; si bien es cierto, que el ordenamiento jurídico propone la revisión de dichos actos emitidos en primera instancia ante un verdadero procedimiento trilateral, el Tribunal del OSIPTEL, no

queda duda que ha fortalecido a un más la asimetría de esta relación en primera instancia.

2.4.1.3. Elemento Objetivo

El artículo 3.2° del T.U.O. de la L.P.A.G., establece que los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos.

De lo expuesto, se entiende que existe una diferencia entre lo que se considera el objeto del acto administrativo y su contenido. Como bien lo explica el profesor Víctor Baca (2002), el objeto del acto administrativo puede ser una actividad, un bien o una situación jurídica propia de la autoridad administrativa, sobre la cual la administración pública debe declarar algo; es decir, el motivo por el cual la autoridad administrativa se pronuncia; así mientras el objeto se define como el punto de partida sobre el cual la administración se pronunciará, el contenido es esa declaración o pronunciamiento —exteriorización de voluntad—. (pág. 306)

En el caso del acto administrativo emitido por las empresas operadoras, el objeto estaría conformado por una conducta o hecho que el usuario considera lesiva y sobre la cual, la empresa operadora deberá emitir un pronunciamiento, pero no se debe confundir al reclamo presentado por el usuario, con el objeto mismo del acto; toda vez que el reclamo estaría conformado por la pretensión del administrado y los hechos materiales que la sustentan.

Por otra parte, el contenido del acto administrativo, está referido a la

declaración que hará la empresa operadora respecto a la situación jurídica que el usuario o reclamante plantea como conflicto de interés. Para Jorge Danós (2010) el contenido del acto administrativo, no es mas que la manifestación de voluntad de la autoridad administrativa que produce efectos jurídicos en una situación jurídica concreta (pág. 27).

2.4.1.4. Finalidad Pública como elemento

En nuestro ordenamiento jurídico administrativo, específicamente en el T.U.O. de la L.P.A.G., recoge como uno de los requisitos de validez del acto administrativo, la finalidad pública; por lo tanto, la actuación de la administración pública siempre deberá adecuarse a la finalidad contemplada en las normas administrativas, sin que ello implique perseguir fines particular a favor de terceros o propios; así como tampoco está permitido que se persiga otra finalidad distinta a la expresamente indicada en la norma.

Para el profesor Víctor Baca (2002), la administración pública a través del acto administrativo, persigue un doble fin; el primero de ellos —fin genérico— que es propio de toda actuación administrativa, persigue la satisfacción del interés general, el mismo que se fundamenta en el “ordenamiento constitucional y jurídico general”, y el fin específico que está vinculado a los “derechos e intereses de los administrados”, estos últimos se encontrarían inmersos dentro de los primeros (pág. 318).

Al respecto, resulta necesario señalar que el acto administrativo cumple con una doble dimensión finalista, en cuanto a su finalidad como elemento, tiene a su

cargo una finalidad específica o concreta, la misma que guarda una estrecha relación con la finalidad general establecida por la norma; toda vez que, al garantizarse la protección de los derechos de los usuarios del servicio público, se estaría cumplimiento el mandato constitucional.

En esa misma línea Juan Carlos Morón Urbina (2019), explica que toda actividad administrativa de forma mediata o inmediata se centra en satisfacer el interés general, la cual se constituye como la finalidad objetiva de la administración pública, asimismo no queda excluido el fin concreto de cada acto administrativo que debe concordar con el interés público. (pág. 222)

Sobre el particular, se puede decir que el OSIPTEL como organismo regulador y las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones — empresas concesionarias—, tienen como finalidad general de sus actos, que el efecto buscado a través de esto, se encuentre vinculado a la constitución y normas relacionadas a salvaguardar o proteger a los usuarios del servicio público, así lo establece el artículo 65° de la Constitución Política del Perú [1993], al señalar que, “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.”

Es así que, los actos administrativos emitidos por las empresas operadoras y del OSIPTEL, deben garantizar la protección del interés general a través de una solución imparcial y justa de los conflictos que puedan generarse en desarrollo de la relación jurídica entre estas empresas operadoras y los usuarios, en ese sentido se podrá decir que el acto administrativo cumple las dos dimensiones de la finalidad

pública como elemento; si solo si, la finalidad específica de dicho acto—protección de los derechos del usuario del servicio— guarda estrecha relación con el interés general.

Sin embargo, determinar si la actuación de las empresas operadoras se ajusta a un fin puramente público no resulta fácil desde el aspecto conceptual; dado que la definición de lo que resulta ser el interés público, es tan amplia que la doctrina lo prevé como un concepto jurídico indeterminado, justamente por la amplitud que involucra definir dicho término.

El Tribunal Constitucional a pesar que reconoce que el interés general es un concepto jurídico indeterminado; no obstante, en la sentencia recaída en el expediente N.º 3283-2003-AA/TC (caso TAJ MAHAL DISCOTEQUE), esboza un aparente concepto de lo que es el interés público, señalando que “se denomina como interés público al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritúa o tasa como “algo” necesario, valioso e importante para la coexistencia social” (considerando 33).

Sin embargo, otorgar una definición acerca de lo que es un concepto jurídico indeterminado es un tema que requiere una amplia investigación la cual no será abordada en esta investigación.

Ahora bien, tomando en cuenta que las empresas operadoras prestan un servicio público, el estado peruano como garante solo concede la gestión de dichos servicios a los privados (empresas operadoras) para la prestación de un servicio que se reconoce como esencial para el bienestar general de la sociedad; es por ello, que su prestación adecuada resulta de interés general y protección por el estado, como

el fin principal de su actividad administrativa.

Para el profesor Martínez López-Muñiz [citado por Víctor S. Baca (2009)] define al servicio público como una actividad esencial para el desarrollo de la comunidad, pero no cualquier actividad económica es considerada esencial, solo aquella que resulta tan importante para el desarrollo de toda una sociedad, como es el caso del servicio de distribución de agua potable, energético, desarrollo vial y las telecomunicaciones, entre otras; de tal forma que es reservada por la ley a la titularidad en exclusiva por el Poder Público, sin perjuicio que su gestión pueda ser encomendada a terceros a través de gestión indirecta (pág. 363).¹⁰

Siendo así, resulta necesario que el Estado garantice, no solo la prestación del servicio bajo condiciones mínimas sino, la protección del usuario frente a los conflictos que en ejercicio de esa prestación se originan, al respecto el Decreto Supremo N.º 013-93-TCC, en su artículo 2º así lo declara al prescribir lo siguiente, “Declárese de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de libre competencia. Su fomento, administración y control corresponde al Estado de acuerdo a la presente Ley.”

Tomando en consideración que el Estado, a través del OSIPTEL garantiza no solo la efectiva prestación del servicio, sino que también garantiza el respeto de los derechos de los usuarios, lo cual se concretiza mediante la resolución de los recursos de apelación, quejas o denuncias en sede administrativa; ello, no significa

¹⁰Víctor Baca Oneto, “servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano”, en el libro: Teoría de los Servicios Públicos (Lima: Grijley, 2009), pág. 363, quien cita a José Luis Martínez López Muñiz, “El Sector Eléctrico en España”, en Revista del Instituto de Estudios Económicos 4 (1991), pp. 318 y 319.

que únicamente es el ente regulador quien tiene la responsabilidad de actuar imparcialmente en la solución de conflicto, sino también, las empresas operadoras que actúan en una primera instancia como órganos resolutores resolviendo los reclamos de los usuarios.

Se entiende entonces, que los actos administrativos en primera instancia tienen como fin concreto garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos de los usuarios del servicio público.

Pero resulta cuestionable, si realmente las empresas operadoras anteponen sus intereses particulares al interés público, lo que acarrearía en algunos casos el detrimento económico a su patrimonio. Para Martín Tirado (2001), respecto a la finalidad pública que deben perseguir las empresas operadoras, manifiesta que no pueden ser extensibles a las personas del régimen privado, pues tienen como finalidad principal lucrar y competir en un mercado determinado; por lo tanto, el interés privado siempre va a prevalecer sobre el interés general y resulta difícil, intentar que estas protejan el interés público que no es y no debe ser su competencia. (págs. 179-180)

En toda actuación administrativa, tanto en la causa y finalidad que persigue cada acto administrativo es objetiva. Así también lo manifiesta Leandro López Peña (2016)¹¹, cuando magistralmente manifiesta que el móvil de actuar de la administración pública es objetivo, por cuanto el estado se justifica en la satisfacción del interés público, se legitima por ese motivo; pero cuando dicho

¹¹ EDMER LEANDRO LOPEZ-PEÑA (2016). El Interés Público como concepto jurídico Teoría de la determinación en sentido general. [Tesis Doctoral UDC/2016]. Repositorio Universidad de Coruña. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/18407>

móvil se formaliza en la Constitución Política alcanza el nivel de garantía, de modo que, el interés público sobrelleva a la objetividad; dado que ya se conoce con anterioridad a su actuación el motivo por el que el Estado actúa (págs. 13-14).

Ello implica que, deben actuar en búsqueda de cada fin concreto del acto; es decir, deben emitir un acto administrativo que resulte ser la valoración correcta de los hechos y medios probatorios que permita determinar si existe afectación a los derechos de los usuarios del servicio público de telecomunicaciones, una solución justa aun en contra de sus propios intereses económicos —en caso de las empresas operadoras—; dado que la finalidad que persigue la administración pública o cualquier órgano al cual se le delega potestades administrativas, debe procurar cumplir sus funciones en base a los estatutos constitucionales y normativos, de los cuales en el caso del servicio público de telecomunicaciones, es garantizar la protección de los usuarios y la solución correcta a sus reclamos.

2.5.Los actos decisorios de las empresas operadoras del servicio público de Telecomunicaciones

2.5.1. Análisis de sus elementos

Es posible prever, bajo el análisis ya realizado, que los actos emitidos por las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, no reúnan realmente todos los requisitos; adolecen de la presencia de dos de los elementos que conformarían el acto administrativo, como son el elemento de la imparcialidad y el elemento de la finalidad pública; toda vez que, debido a la naturaleza que ostenta, su actuación en la relación jurídico administrativa en la que se encuentran sometidas por mandato legal y su situación de ventaja desproporcionada frente al usuario,

dichos elementos resultan ser cuestionables a la luz de la correcta actuación de una administración pública propia; en sentido se ha visto conveniente cotejar a través de un cuadro comparativo los elementos del acto administrativo y los actos emitidos por las empresas operadoras.

Figura 5
Cuadro comparativo

Elementos		Acto administrativo/Entidad Pública	Acto administrativo/Empresas Operadoras
Elemento Subjetivo	Competencia	La potestad es atribuida por ley o norma con rango legal, la misma que determina la potestad, funciones y prerrogativas de su actuación.	La potestad de resolver los reclamos en primera instancia ha sido delegada e implementada a través del Reglamento de Atención de Reclamos -Resolución de consejo directivo N° 047-2015-CD-OSIPTEL; sin embargo, es necesario recalcar que mediante el T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones, no se advierte una delegación propia de dicha facultad a las empresas operadoras.
	Imparcialidad	La norma ha previsto a la abstención como una figura efectiva para salvaguardar la imparcialidad en la actuación administrativa, siempre que pueda afectar la situación de igualdad de las partes en conflicto.	Resulta cuestionable que la empresa operadora actué de forma imparcial; dado que, al momento de resolver el reclamo entran en conflicto sus intereses particulares con los intereses propios del particular e incluso con el interés general, colocándose en una situación privilegiada, frente al usuario.
Elemento Formal	Motivación	Los actos administrativos emitidos pueden contener defectos en la motivación. Por lo tanto, las Entidad Públicas no están exentas.	Pueden existir defectos en la motivación. Por lo tanto, estas empresas privadas no están exentas de transgredir este elemento.
	Procedimiento	El procedimiento general como norma común está contemplado en el T.U.O de la LPAG, además cada entidad pública establece un procedimiento especial, el cual puede estar contenido en el T.U.P.A. o reglamento.	Corresponde a un procedimiento de primera generación de carácter bilateral, establecido por el Reglamento de Atención de Gestiones y Reclamos de Usuarios del Servicio Público de Telecomunicaciones.
Elemento Objetivo	Objeto	Puede estar referido a un bien, un permiso, licencia una situación jurídica concreta.	Situación jurídica concreta que se subsume en los conceptos reclamables contemplados en el art. 28° del Reglamento.
	Contenido	Involucra la declaración por parte de la administración pública respecto del objeto.	Involucra la declaración por parte de las empresas operadoras – órganos resolutivos de primera instancia- respecto del objeto.
Elemento Causal	Finalidad Pública	Al ser entidades públicas creadas por ley, la persecución de la finalidad pública es el único horizonte tuitivo de su actuación; por ende, la finalidad pública es objetiva y no existe algún interés particular o adicional que perturbe el alcanzar dicho interés.	La finalidad de su constitución es generar riquezas; sin embargo, la norma le impone una segunda finalidad temporal y especial, únicamente al momento de resolver reclamos en primera instancia, lo cual resulta contradictorio con la finalidad de creación.

2.6.Planteamiento como actos administrativos fictos

En palabras del profesor Vicente Cairampoma, *“los actos emitidos por las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones serían considerados actos administrativos fictos; es decir, que para ciertos efectos y determinadas circunstancias constituyen actos administrativos, aunque sus elementos no sean totalmente iguales en esencia a los de un acto administrativo emitido por una entidad pública.”*¹² (Vicente Cairampoma, entrevista personal, 22 de setiembre de 2021)

La ficción como técnica de apoyo en la actuación administrativa tiene una determinada función, atribuirle una cualidad a algo que carece de ella; así en palabras del profesor Diego Marín-Barnuevo Fabo citado por Tomás Cano Campos (2020) manifiesta que “La ficción no considera verdadero un hecho cualquiera, sino que considera acaecido algo que es falso, pero con una falsedad por completo evidente, manifiesta y asumida, de modo que no resulta engañosa” (pág. 15).

Aunado a ello, el mismo autor (Campos, 2020) citando textualmente a “VON IHERING (1997): El espíritu del Derecho romano” transcribe que “Puede, pues, llamarse a la ficción una mentira técnica consagrada por la necesidad”.

Siendo así, se podría asumir que los actos emitidos por las empresas operadoras no serían actos administrativos; sin embargo, en uso de la ficción legal podrían ser considerados como actos administrativos cuyo efecto sería atribuirle la misma eficacia que la de un acto administrativo dictado por una entidad pública.

¹² Entrevista realizada al profesor Vicente Cairampoma Arroyo, Vocal del Tribunal Administrativo de Solución de Conflictos de Reclamos de Usuarios del Servicio Público de Telecomunicaciones – OSIPTEL y director del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA-PUCP).

No obstante, para entender más a fondo si la calificación de acto administrativo ficto resulta aplicable para los actos emitidos por las empresas operadoras es necesario tomar como referencia la técnica del silencio administrativo positivo; a través de esta técnica lo que se busca es salvaguardar al administrado de la inactividad de la administración pública; por ello, tomando consideración que el acto administrativo como bien lo define el artículo 1° del T.U.O. de la Ley 27444, implica una declaración de la autoridad administrativa que a buena cuenta se manifiesta como una exteriorización de la voluntad, pero sucede lo contrario ante la aplicación del silencio administrativo, pues al no existir una declaración, es evidente que no podría hablarse de un acto administrativo; sin embargo, la ficción legal nos permite asumir que estamos frente a una declaración ficta, ya sea en favor o en contra de lo solicitado por el administrado, que acarrea los efectos de un verdadero acto administrativo— en el caso del silencio administrativo positivo-.

Ahora bien, como lo manifiesta Garrido Falla (1955), “para que la inactividad de la administración produzca efectos jurídicos es necesario que un precepto legal así lo establezca” (pág. 88); en efecto, la ficción legal requiere que la propia norma establezca su aplicación; por ende, si nos remitimos a la derogada ley 29060 “Ley del Silencio administrativo” en su artículo 2° establecía que, “los administrados podrán presentar un declaración Jurada ante la propia entidad que configuró dicha aprobación ficta, con la finalidad de hacer valer el derecho conferido ante la misma o terceras entidades de la administración, constituyendo el cargo de recepción de dicho documento, prueba suficiente de la resolución

aprobatoria ficta de la solicitud o trámite iniciado.”

Pero que es lo que sucede en el caso de los actos emitidos por las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, como bien lo ha manifestado el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios del OSIPTEL en el precedente de observancia obligatoria contenido en la resolución N.º 0064487-2020-TRASU/OSIPTEL, las empresas operadoras son órganos resolutivos de primera instancia y los actos que emiten son actos administrativos; por otra parte, ni normas especiales ni comunes (el T.U.O. de LPAG) han establecido que los actos emitidos por estas personas jurídicas constituyan actos administrativos fictos como resultantes de la aplicación de alguna técnica legal.

En ese sentido, los actos emitidos por las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones constituyen actos administrativos, y que tiene como sustento la propia norma común y especial, debido a la concepción funcionalista sobre el cual se construye nuestro sistema jurídico administrativo, por el solo hecho del ejercicio de las funciones que esta realiza, sin importar cuál sea la organización que ejerce esta función ya sea proveniente del poder legislativo, judicial, ejecutivo, incluso una entidad privada, siempre que estemos en presencia del ejercicio de función administrativa estaremos frente a la administración pública.

2.7.El régimen jurídico de los actos emitidos por las Empresas Operadoras del Servicio Público de Telecomunicaciones en Latino América

Figura 6

Procedimiento de reclamo en Bolivia

País	Legislación	Procedimiento	Observación
Bolivia	*D.S. N.º 27172 "Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Sectorial- SIRESE", "Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, para el Sistema de Regulación Sectorial - SIRESE"	Primera instancia: El usuario presenta un <u>reclamo directo</u> ante el operador del servicio. Segunda instancia: El usuario que no esté de acuerdo con la respuesta a su reclamo, está facultado a realizar una <u>reclamación administrativa</u> ante el órgano administrativo correspondiente y con ello se desarrolla la audiencia de avenimiento (llevado a cabo como un procedimiento Trilateral) y es aquí donde se emite el acto administrativo. De no estar de acuerdo con dicho acto administrativo se podrá interponer un recurso de revocatoria.	El procedimiento administrativo de solución de reclamos se lleva a cabo, recién ante el órgano administrativo y es en ese momento que se considera una reclamación administrativa; asimismo, se entiende que la respuesta al reclamo directo (ante la empresa operadora) <u>no constituye un acto administrativo</u> ; no obstante, la reclamación ante las empresas operadoras resulta ser obligatoria previamente al inicio del procedimiento administrativo de reclamo. El procedimiento administrativo es trilateral y el acto administrativo se emite con posterioridad a la audiencia de avenimiento (conciliación caso de Perú)
Ref.	https://www.att.gob.bo/content/mi-reclamo https://www.att.gob.bo/content/leyes-y-decretos https://www.att.gob.bo/content/procedimiento-para-realizar-un-reclamo Autoridad de Fiscalización y Control Social de Telecomunicaciones y Transportes (ATT)		

Figura 7
Procedimiento de reclamo en Guatemala

País	Legislación	Procedimiento	Observación
Guatemala	<p>*Ley de Protección al Consumidor y Usuario.</p> <p>*Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario.</p> <p>*Memorando de Entendimiento entre la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor y la Superintendencia de Telecomunicaciones.</p> <p>*Ley 6715 de "Procedimientos Administrativos" (Ley de Procedimientos Administrativos)</p>	<p>1° Fase (única instancia). - Se da inicio con el reclamo del usuario ante la Dirección de Asistencia y Ayuda al Consumidor – DIACO, la cual ofrece la mediación de conflictos entre los usuarios y los Operadores. En esta parte del procedimiento administrativo, se lleva a cabo la mediación entre las partes, con la intervención de la Superintendencia de Telecomunicaciones (como órgano de apoyo técnico), si las partes concilian, se da por concluido el procedimiento; sin embargo, si no se llegara hacia algún acuerdo entre partes, la DIACO emite la resolución final.</p>	<p>El procedimiento administrativo ante la DIACO es único; no obstante, existe una etapa para que las partes puedan conciliar. Si ambas partes no arriban a un acuerdo entonces se emitirá la resolución que causa estado, sobre dicha resolución recaen los recursos contenciosos administrativos. Las empresas operadoras no emiten actos administrativos, el procedimiento es llevado a cabo como un procedimiento trilateral.</p>
Referencia	https://www.diacogob.gt/		

Figura 8
Procedimiento de Reclamo en Panamá

País	Legislación	Procedimiento	Observación
Panamá	<p>*Resolución N.º: JD-109 de 2 de octubre de 1997, se aprueba el procedimiento para atender las reclamaciones que se presenten al Ente Regulador en materia de Telecomunicaciones y sus modificaciones. Resolución AN No.5161-AU de 5 de marzo de 2012, se encuentra en vigencia el nuevo Procedimiento único para la presentación, tramitación y decisión de las reclamaciones que interpongan los clientes de los servicios públicos. *Ley No. 26 (De 29 de enero de 1996) Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos.</p>	<p>1° Fase (etapa no administrativa). - El usuario debe reclamar ante la empresa prestadora del servicio cualquier inconformidad con la prestación del servicio, para esto la empresa cuenta con <u>30 días calendarios</u> para brindar la respuesta al reclamo.</p> <p>2° Fase (primera instancia). - En caso de no encontrarse conforme con la respuesta brindada por la empresa prestadora, los usuarios pueden reclamar ante la Dirección Nacional de Atención al Usuario de la Autoridad Nacional de Servicios Públicos (ASEP), la cual está obligada a brindar una respuesta en un plazo de 15 días hábiles; no obstante, en caso el usuario no haya recurrido ante la empresa prestadora, se rechazará el reclamo y será derivado a la empresa prestadora (Artículo 2° de lo establecido en la Resolución N.º JD- 109); si el reclamo fuera admitido, se le notificará dicho reclamo a la empresa prestadora para que en un plazo de 7 días hábiles, absuelva dicho reclamo, aportando los medios probatorios pertinentes. una vez absuelto el reclamo, la ASEP emitirá pronunciamiento. (artículo 4.2° de la Res. JD-109).</p> <p>3° Fase (segunda instancia). - cualquiera de las partes que no se encuentre de acuerdo con la resolución emitida por el ente regulador, podrá interponer recurso de reconsideración³ (artículo 15° de la Res. JD-109).</p>	<p>En el caso de Panamá el procedimiento administrativo se origina con el reclamo del usuario ante la ASEP, si bien es cierto, la presentación del reclamo ante la empresa prestadora constituye una obligación por parte del usuario; no obstante, el procedimiento administrativo se inicia con el reclamo ante la Dirección Nacional de Atención al Usuario (órgano de la ASEP), en donde se lleva a cabo la solución del conflicto como primera instancia del procedimiento. Posteriormente, ante el desacuerdo con la resolución de primera instancia, es posible interponer los recursos impugnatorios establecidos en el reglamento ante la DNAU, el cual eleva dicho recurso al área de asesoría Legal de la ASEP para emitir la resolución que causa estado al procedimiento administrativo. En conclusión, la respuesta emitida por las empresas prestadoras del servicio de telecomunicaciones <u>no constituye un acto administrativo.</u></p>
Ref.	https://www.asep.gob.pa/?page_id=11873 , https://www.asep.gob.pa/?page_id=13061 https://www.asep.gob.pa/?page_id=182583 , https://www.asep.gob.pa/		

Figura 9
Procedimiento de reclamo en Chile

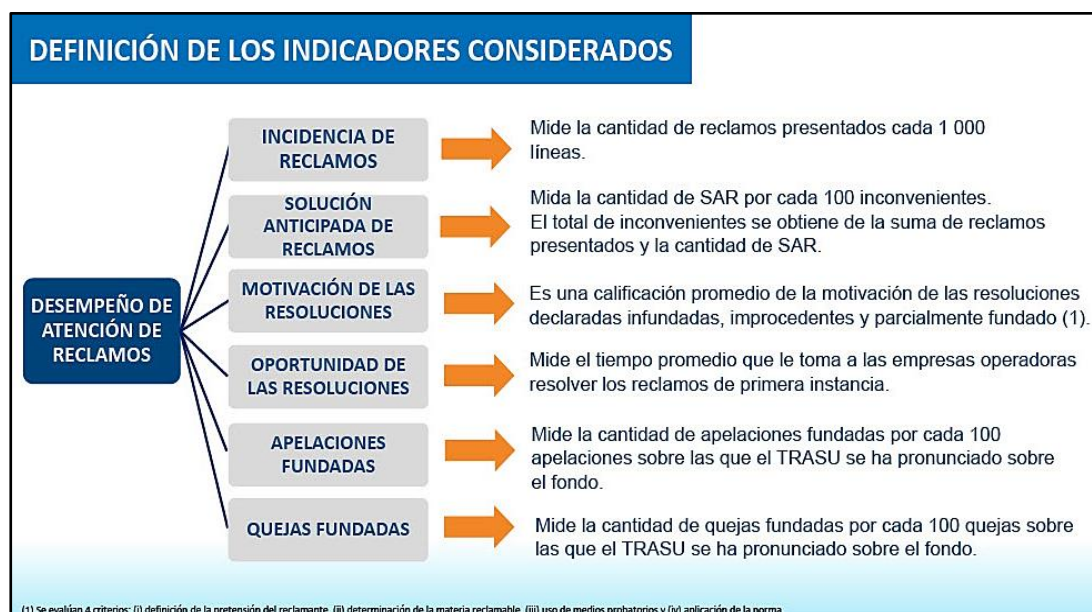
País	Legislación	Procedimiento	Apreciación
Chile	Ley N.º 19.880 "BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE RIGEN LOS ACTOS DE LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO." "Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones" (D.S. 556) y su modificación a través del D.S.	1º Fase. - Reclamo ante el concesionario. - se lleva a cabo ante la concesionaria, el usuario presenta un reclamo por la disconformidad en la prestación del servicio, la concesionaria debe responder en 05 días hábiles. 2º Fase. - Reclamo de insistencia ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL). - Los usuarios que no se encuentren de acuerdo con la respuesta brindada por la concesionaria o por falta de respuesta de la misma, pueden presentar un reclamo ante la SUBTEL (organismo resolutor) dicho reclamo tendrá como consecuencia la emisión de una resolución (artículo 19º de su Reglamento). 3º Fase. - interposición de recursos administrativos. - De no encontrarse satisfecho con la resolución emitida por la Subtel el usuario podrá interponer el recurso administrativo de reposición, jerarquía y Revisión (Artículo 59º de la Ley 19.880).	El reclamo ante la concesionaria resulta ser un trámite obligatorio, así se entiende de lo expuesto en el artículo 15º de su Reglamento; sin embargo, el reglamento no contempla a la respuesta brindada por los concesionarios como un acto administrativo, lo cual se deduce por dos razones fundamentales, <u>la primera</u> , es que se ha previsto que en caso de inconformidad con la respuesta al reclamo por la concesionaria el usuario puede presentar un nuevo reclamo (reclamo de insistencia) ante la SUBTEL, en donde se da original a un procedimiento de reclamo trilateral, y la segunda razón recae sobre cuya respuesta puede interponerse un recurso administrativo. En esa misma idea, si nos remitimos al artículo 59º de la Ley 19.880 contempla que los recursos de reposición, jerarquía y revisión en relación del principio de impugnabilidad (artículo 15º) contemplan que dichos recursos administrativos solo serán
referencias	https://www.subtel.gob.cl/quienes-somos/divisiones-2/fondo-de-desarrollo-de-las-telecomunicaciones/		

III CAPÍTULO III

3.1. Resultados de la observación estadística realizada por el Osiptel (Repositorio del OSIPTEL)

La información presentada en el cuadro estadístico adjunto, fue extraída del repositorio institucional del OSIPTEL, en el cual se muestra el “Ranking de Desempeño de la Atención de Reclamos” de dos periodos 2020-II y 2021-I, el mismo que constituye una evaluación semestral de las seis principales empresas concesionarias del servicio público de telecomunicaciones en el Perú, en relación con la gestión de los reclamos, por lo que a continuación se detallan los indicadores:

Figura 10
Indicadores



Nota. Sobre la base de estos indicadores el OSIPTEL ha evaluado el desempeño de atención de reclamos de las empresas operadoras. Adaptado del Repositorio Institucional del OSIPTEL, 2022, <https://repositorio.osiptel.gob.pe/handle/20.500.12630/779>.

El indicador que nos servirá es el de “Apelaciones fundadas”; toda vez que, a partir de este indicador, nos permitirá deducir si realmente las empresas operadoras han fundamentado adecuadamente las resoluciones de primera

instancia.

Cabe precisar que el análisis realizado por el OSIPTEL, únicamente se basa en resoluciones en las cuales el TRASU se ha pronunciado sobre el fondo de la pretensión; a fin de ilustrar a mayor detalle se explica lo siguiente, en el año 2018 el TRASU contaba con tres grupos de atención, los cuales estaban conformados por los equipos de forma, de quejas y fondo.

En el caso del equipo de forma, estaba conformado por asistentes legales y analistas que realizaban un primer filtro procedimental a los procedimientos administrativos cuyo recurso de apelación había sido elevado para su análisis en segunda instancia; el objetivo de este equipo era el de verificar si la empresa operadora había cumplido con atender el reclamo dentro de los plazos establecidos en el Reglamento, como por ejemplo si la resolución de primera instancia y cargo de notificación habían sido emitidas correctamente y dentro del plazo establecido, si el acuse de notificación había sido realizado al correo electrónico señalado por el reclamante en su formulario de reclamo; en pocas palabras, se verificaba si la emisión del acto administrativo había seguido el procedimiento regular para emisión y posterior notificación.

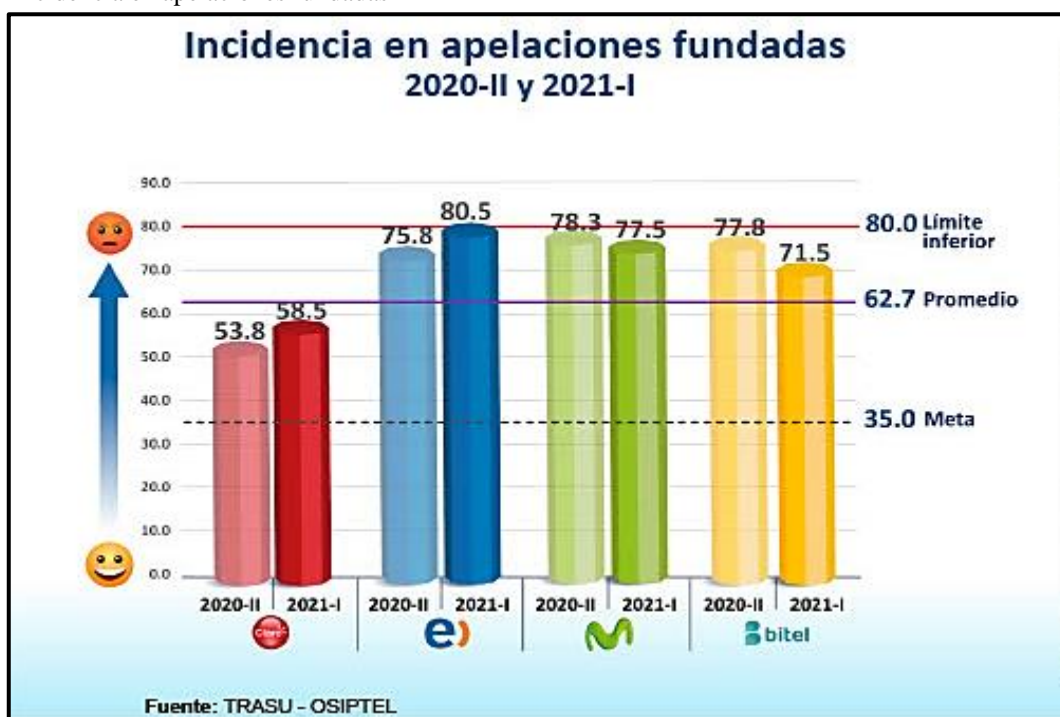
Por otra parte, el equipo de quejas estaba conformado por un grupo de asistentes legales conjuntamente con un coordinador quienes se dedicaban a analizar las transgresiones al procedimiento de reclamo, tales como las que están indicadas en el artículo 70° del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios del Servicio Público de Telecomunicaciones, de los cuales se verifican como transgresiones, la falta de respuesta al reclamo, el requerimiento de pago y

suspensión del servicio con reclamo en trámite durante la tramitación del procedimiento de reclamo, la negativa a permitir presentación de un reclamo, recurso de apelación o queja, la negativa a recibir el pago de la parte que no es materia de reclamo, la negativa a brindar acceso al expediente u otorgar copias simples o certificadas de todo o parte del expediente de reclamo, entre otros defectos de tramitación que impidan ejercer el derecho de defensa del usuario.

Finalmente, el equipo de fondo, cuyo desempeño se justificaba con el análisis del fondo de la controversia, analizar si la norma había sido correctamente aplicada, si los medios probatorios fueron actuados correctamente y si efectivamente existía vulneración al usuario del servicio del servicio público de telecomunicaciones.

En base a este último análisis —de fondo— está referido el cuadro estadístico presentado por el OSIPTEL. El análisis realizado toma como referencia los recursos de apelación resueltos en segunda instancia de cada 100 expedientes.

Figura 11
Incidencia en apelaciones fundadas



Nota. Resultados de evaluación de los periodos 2020-II y 2021-I, tomado de *Repositorio Institucional del OSIPTEL*; 2022; <https://repositorio.osiptel.gob.pe/handle/20.500.12630/779>.

Figura 12
Motivación de las resoluciones en primera instancia



Nota. información tomada de <https://repositorio.osiptel.gob.pe/handle/20.500.12630/779>.

Al respecto, se ha mostrado la **Figura 12** y **Figura 8** , de los cuales el primero de ellos —incidencia en apelaciones fundadas **Figura 7**—, muestra los resultados de dos periodos de evaluación 2020-II y 2021-I en ambos periodos se advierte un incremento de las resoluciones revocadas en segunda instancia, a su vez el OSIPTEL respecto a este indicador deja en claro dos extremos, uno negativo que corresponde a límite inferior de 80 resoluciones revocadas y un extremo positivo correspondiente a la meta de 35 resoluciones revocadas de cada 100 resoluciones que sirven como muestra para su análisis; de ello, se desprende que el objetivo de esta evaluación es poner en conocimiento al usuario y a la empresa operadora que la incidencia de resoluciones fundadas deben reducirse, lo que ha buena cuenta implica que las resoluciones en primera instancia sean motivadas adecuadamente, merituando los medios probatorios que sirven de sustento en la resolución de primera instancia.

El segundo de los cuadros —**Figura 8**— referido a la “Motivación de las resoluciones” de los periodos 2020-II y 2021-I, nos muestra que LAS EMPRESAS OPERADORAS han motivado las resoluciones de primera instancia, tal como se muestra en el cuadro; sin embargo, la diferencia entre ambos resultados debería ser inversamente proporcional; es decir que, si incrementan la cantidad de resoluciones motivadas en primera instancia, entonces debería disminuir la cantidad de resoluciones revocadas en segunda instancia; sin embargo, de ambas figuras mostradas se verifica que la cantidad de resoluciones revocadas en segunda instancia incrementó en las empresas de América Móvil S.A.C. (Claro) y Entel Perú S.A. (Entel).

3.2. Propuesta de solución a la problemática actual

La extensión del derecho administrativo a personas jurídicas que no constituyen propiamente entidades públicas, se llevó a cabo por la denominada “Huida del Derecho Administrativo”, que actualmente la doctrina viene estudiando a efectos de comprender si dicho fenómeno trae aparejado consigo consecuencias positivas para garantizar una mayor eficacia en la protección del interés público.

Por ello, pretender solucionar el inconveniente de las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones y en general de todos concesionarios que ejercen función administrativa, desterrándolos por completo del ámbito de aplicación y ejercicio de la potestad administrativa no resultaría ser la solución más factible al problema en la actualidad, —pues la extensión del derecho administrativo a entidades distintas a las públicas es un fenómeno que tiene como punto de partida la liberalización económica de los años 90’S en el Perú y desde un poco antes en otras partes del mundo—; toda vez que, acarrearía un mayor gasto presupuestal para el estado, habría que designar un órgano de primera instancia para el Organismo regulador e incrementar el personal, modificar la estructura general del trato normativo para estas empresas, entre otros cambios legislativos, el cambio más importante se daría en el T.U.O. de la LPAG, implicaría la derogación del inciso 8 del artículo I del título preliminar de dicho cuerpo normativo.

Respecto al tema de la huida del derecho, el profesor Rafael Caballero (2021), plantea que la extensión del derecho administrativo se ha llevado a cabo en una triple dimensión, una extensión reactiva, extensión asimilativa y una extensión adaptativa o sustitutiva del derecho administrativo, esta última es la que nos interesa

estudiar (pág. 13- 18), y sobre la cual sostiene que “es la que se proyecta sobre sujetos y entidades verdaderamente privados, pero que por razón de sus funciones se colocan respecto de terceros en una posición semejante a la de una autoridad pública, con poderes de decisión unilateral. (pág. 19)”

No obstante, resulta cuestionable que las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones ejerzan la función pública y emitan actos en apariencia administrativo; porque como ya se ha visto, existen elementos estructurales en sus actos decisorios, que su cumplimiento no puede ser garantizado por la propia empresa operadora, como son la imparcialidad de su actuación y la búsqueda de la protección real de los derechos de los usuarios del servicio lo que a buena cuenta se traduce en la protección del interés general.

Debido a ello, resulta necesario tener un instrumento de control con estándares mínimos que garanticen el actuar de la empresa operadoras, desde un punto de vista que permitan acreditar que las empresas operadoras actúan de forma imparcial y a su vez respetando los derechos de los usuarios al momento de resolver los reclamos.

Señala Rafael Caballero, que la técnica de las acreditaciones para el ejercicio de funciones públicas viene impulsada por el Derecho de la Unión Europea, para quien no es suficiente el elemento del pronunciamiento del poder público —o incluso la designación por decisión soberana del legislador— sobre quién queda apoderado para ejercer una función pública o de interés general, sino que además requiere que ese sujeto supere un examen objetivo de condiciones a reunir. Prevalece así el fondo sobre la forma, las competencias acreditadas sobre la

designación oficial. Lo relevante no es la naturaleza pública o privada de la entidad u organismo que desempeña unas funciones públicas sino la organización y el procedimiento interno con que lo hace, con un perfil técnico y ajeno a contaminaciones externas. (pág. 30)

En este aspecto, resulta importante resaltar que el OSIPTEL viene elaborando un “Ranking de Desempeño de la Atención de Reclamos” en el que se evidencia que las empresas operadoras no buscan de manera eficiente resolver el conflicto dilucidado ante su instancia, ya sea porque no valoran adecuadamente los medios probatorios, lo cierto es que refuerza la incertidumbre respecto a la real intención de estas empresas privadas; es decir, si buscan solucionar realmente el conflicto de intereses entre estas y los usuarios o simplemente intentan salvaguardar sus propios intereses encubriéndolos a través de una motivación deficiente.

Pues bien, el estado debería buscar acreditar que estas empresas operadoras se encuentran en posibilidad de poder actuar de forma imparcial; para ello, como propuesta de solución o mejora al sistema actual, resulta importante que el organismo regulador, pueda designar un órgano que constantemente evalúe incidencias entre las resoluciones de primera instancia y segunda instancia tomando como resultado el porcentaje de resoluciones revocadas en segunda instancia por el Tribunal del OSIPTEL, únicamente de aquellos casos en donde corresponda ser evaluado el derecho sustantivo del usuario, a efectos de reducir la brecha de resoluciones incorrectamente motivadas e incrementar a su vez la protección de los derechos de los usuarios del servicio público de telecomunicaciones.

Ahora bien, esta obligación debería ser impuesta como requisito previo a la

renovación de la concesión del espectro radioeléctrico; es decir que, previamente a la renovación de cada concesión, el órgano administrativo designado por el OSIPTEL deberá informar cual es el resultado de su evaluación.

CONCLUSIONES

Nuestro actual ordenamiento jurídico administrativo, parte de la doctrina y la actividad propia del sistema administrativo mantienen vigente la propuesta de que los actos emitidos por los concesionarios del servicio público de telecomunicaciones son actos administrativos; sin embargo, otra parte de la doctrina nacional como es el caso del profesor Richard Martín Tirado e internacional como Rafael Caballero, coinciden con la idea de que por más técnico y elaborado que sea el procedimiento administrativo llevado antes los privados, siempre habrá garantías que únicamente podrán ser plenamente ejecutadas por una entidad pública, pues es el caso de la imparcialidad y la finalidad pública, ambos elementos estructurales se constituyen como requisitos de validez del acto administrativo; no obstante, hablar de una transgresión a esos elementos sería admitir que entonces los actos emitidos por las empresas operadoras son actos administrativos; sin embargo, un acto administrativo es válido; y por ende, se presume eficaz por la presunción de validez que persigue a todo acto administrativo que emana de una entidad pública en ejercicio de potestades atribuidas por la norma, presunción que se aplica por el hecho de que al ser una entidad pública quien expide dicho acto, pues no persigue un interés particular propio distinto a su naturaleza pública que involucre un incremento patrimonial económico, que lo limite a actuar de forma parcializada en el procedimiento administrativo; asimismo el fin que persigue en cada actuación viene impuesto por la propia norma; es decir, que la finalidad que persigue es objetiva, por cuanto se ciñe a lo plenamente establecido en la constitución política, normas sectoriales y comunes. Finalmente, ante el incumplimiento o actuación que

de forma encubierta busque beneficiar o satisfacer intereses personales acarrearía la imposición de una sanción disciplinaria a sus autoridades, lo que no sucedería jamás con las empresas operadoras; por esa razón los actos emitidos por las empresas operadoras no deberían ser considerados actos administrativos; dado que, a la fecha no han podido demostrar que actúen de forma imparcial y persiguiendo plenamente el interés público en su actuación, pues además a sus actos no les son predicables la presunción de validez.

Por otra parte, considerar que las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones son entidades públicas, sería ratificar que estas tienen la potestad de emitir actos administrativos, pues por el mismo motivo por el que no deben emitir actos administrativos no deben ser consideradas entidades públicas; cabe resaltar que si bien el Tribunal de Solución de Reclamos del Osiptel, ha optado por asumir que las empresas operadoras son órganos resolutorios de primera instancia, se entiende que no las equipara como una entidad pública propia de la administración, por el contrario se entiende que son órganos externos que coadyuvan y a la vez forman parte de la administración pública.

Al respecto de la legislación comparada, se puede advertir dos puntos importantes; el primero de ellos, es que la mayoría de los países latinoamericanos, ha considerado a los concesionarios del servicio público de telecomunicaciones como entidades u órganos administrativos de resolución de conflictos en primera instancia y se ha instaurado un órgano o ente de mayor jerarquía para la revisión de los actos emitidos por los concesionarios, por lo que guardan mucha similitud con el tratamiento que se le viene dando en el Perú; por otra parte, el segundo punto está

referido al caso de Panamá, según la investigación realizada los actos emitidos por los concesionarios del servicio público no son actos administrativos y los procedimientos de atención de reclamos llevados a cabo ante estos operadores no constituyen una primera instancia administrativa, aunque si es un requisito previo para recurrir ante la autoridad administrativa; en otras palabras, no han optado por considerarlas como entidades públicas y sus actos no tienen la calidad de un acto administrativo; lo que conlleva que los procedimientos de reclamos, sean en un primer momento, atendidos por los concesionario —empresas privadas— y un posterior análisis desde la perspectiva del procedimiento administrativo ante entidades públicas, lo que garantiza que el usuario pueda alcanzar la protección de sus derechos de forma imparcial y respaldado en que la única finalidad en la que se respalda el pronunciamiento del ente administrativo no es mas que el cumplimiento de la constitución, de las normas comunes y especiales, sin que de por medio exista un interés económico o patrimonial el cual genere incertidumbre sobre el usuario.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ Abruña Puyol, A. (2010). *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano* (primera ed.). Lima: Paletta Editores.
- ❖ Baca Oneto, V. S. (2002). *Notas al Curso de Derecho Administrativo*. (F. d.-U. Piura, Ed.) Piura.
- ❖ Baca Oneto, V. S. (2009). Servicio Público, Servicio Esencial y Servicio Universal en el Derecho Peruano. En c. O. Vignolo, *Teoría de los Servicios Públicos* (pág. 404). Lima: Grijley E.I.R.L.
- ❖ Barcelona Llop, Javier; “*Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los actos administrativos*”; Servicios de publicaciones de la universidad de Cantabria; Europa Artes Gráficas S.A.; págs. 599; Url: https://books.google.com.pe/books?id=9CE4v0h56ZwC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false.
- ❖ Boquera Oliver, J. M. (1996). *Tratados y Manuales "Derecho Administrativo"* (décima ed.). Madrid, España: Civitas.
- ❖ Boquera Oliver, J. M. (s.f.). *Derecho Administrativo* (Décima edición ed.). España.
- ❖ Brewer-Carías, A. R. (2011). *Los Principios del Procedimiento Administrativo en el Código De Procedimiento Administrativo Y de lo Contencioso Administrativo de Colombia*. Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, (pág. 33). El Salvador.
- ❖ Cairampoma Arroyo, V. A. (2021). RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRIVADOS (CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS) QUE SE ENCUENTRAN BAJO EL ÁMBITO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. 1-18.
- ❖ Cassagne, J. C. (2017). *Derecho Administrativo*. Lima, Perú: Palestra.
- ❖ Danos Ordoñez, Jorge. (2009). *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- ❖ Dromi, R. (1997). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.
- ❖ Fodéré, P. (1875). *Compendio del Derecho Administrativo* (segunda Edición ed.). (M. A. Fuentes, Trad.) Lima: imprenta del Estado.

- ❖ Fraga, G. (2000). *Derecho Administrativo*. México: Porrúa.
- ❖ García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (s.f.). *Curso de Derecho Administrativo I* (decimosexta ed.). Pamplona, España: Civitas.
- ❖ Garrido Falla, F. (1982). *Tratado de Derecho Administrativo* (sexta ed., Vol. I). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- ❖ Laguna de Paz, J. C. (2006). *La Autorización Administrativa* (Primera ed.). Navarra, España: Aranzadi SA.
- ❖ Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Vol. Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.
- ❖ Muñoz Machado, S. (2015). Actos Administrativos Y Sanciones Administrativas Tomo XII. En *Tratado De Derecho Administrativo Y Derecho Público General* (cuarta edición ed.). Madrid, España: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición.
- ❖ Parada Vásquez, J. R. (2010). *Derecho Administrativo - Parte General* (decimioctava ed.). Marcial Pons.

REVISTAS

- ❖ Benalcázar Guerrón, J. C. (s.f.). La Naturaleza Jurídica de las Relaciones entre Usuarios de los Servicios Públicos y los Consecionarios. *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 55-78.
- ❖ Boncanegra Sierra, R. (2005). En La teoría del acto administrativo (pág. 216). Madrid, España: *IUSTEL*.
- ❖ Caballero, R. (2021). La Extensión del Derecho Administrativo y su Proyección Contencioso-Administrativa. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 7-65.
- ❖ Campos, T. C. (2020). La presunción de validéz de los actos administrativos. (I. N. Pública, Ed.) Reala - *Revista de Estudios de La Administración Local y Autonómica*(14), 6-28. doi:<https://doi.org/10.24965/reala.i14>
- ❖ Danós Ordoñez, J. (s.f.). ¿Constituye el Acto Administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano?, *Círculo de Derecho Administrativo*. Págs. 21-37

- ❖ Danós Ordoñez, J. (2004). Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Lima, pags. 60.
- ❖ Entrena Cuesta, R. (mayo/agosto de 1960). El concepto de administración pública en la doctrina y el derecho positivo españoles. *Revista de Administración pública*(32), 55-74.
- ❖ Fernando, G. F. (1955). La llamada doctrina del silencio administrativo. (M. I. Políticos, Ed.) *Revista de Administración Pública N° 16*, 85-115. Obtenido de <https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/40508>
- ❖ Garcia Costa, F. M. (enero-abril de 2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. *DA. Revista Documentación Administrativa*, 21-42.
- ❖ Gómez Apac, H. (s.f.). El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional? *Círculo de Derecho Administrativo*, 15-42.
- ❖ Martín Tirado, R. (2001). El procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho & Sociedad*, 221-234.
- ❖ Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2011). Discrecionalidad y Motivación del Acto Administrativo en la Ley Española de Procedimiento Administrativo. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP N° 67*, 207-229.
- ❖ Rojas, P. (2015). Administración pública y los principios de Derecho Administrativo en el Perú. *Revista Digital de Derecho Administrativo*(13), 193-209.
- ❖ Vignolo Cueva, O. (2018). LAS PRIMERAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS REGULATORIAS EN EL PERÚ. (I. 2341-2135, Ed.) *Revista Aragonesa de Administración Pública*(num. 51), 321-363.

LINKOGRAFÍA

- ❖ LOPEZ-PEÑA, EDMER LEANDRO (2016). El Interés Público como concepto jurídico Teoría de la determinación en sentido general. [Tesis Doctoral UDC/2016]. Repositorio Universidad de Coruña. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/18407>; octubre de 2021.

- ❖ <https://repositorio.osiptel.gob.pe>
- ❖ <https://repositorio.osiptel.gob.pe/handle/20.500.12630/4/recent-submissions>.
- ❖ <https://www.att.gob.bo/content/mi-reclamo>
- ❖ <https://www.att.gob.bo/content/procedimiento-para-realizar-un-reclamo>
- ❖ <https://www.diaco.gob.gt/>
- ❖ https://www.asep.gob.pa/?page_id=11873
- ❖ https://www.asep.gob.pa/?page_id=13061
- ❖ https://www.asep.gob.pa/?page_id=182583
- ❖ <https://www.asep.gob.pa/>
- ❖ <https://www.subtel.gob.cl/quienes-somos/divisiones-2/fondo-de-desarrollo-de-las-telecomunicaciones/>
- ❖ <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/10/Anteproyecto-de-Ley-de-Bases-de-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%ABlica1.pdf>; consulta marzo 2021
- ❖ <https://www.osiptel.gob.pe/portal-de-operadoras/pedidos-de-opinion/renovacion-de-contratos-de-concesion/renovacion-de-contrato-a-telefonica-del-peru/>
- ❖ http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_892.pdf
- ❖ https://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/servicios_publicos/TUOReglamento-de-laLey.pdf
- ❖ <https://www.osiptel.gob.pe/>