

# EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRILATERAL COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL SECTOR ELÉCTRICO PERUANO

## THE TRILATERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE AS A DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM IN THE PERUVIAN ELECTRICAL SECTOR

**Erick E. Vargas Guevara**

Abogado por la PUCP. Asociado de Quiñones Alayza Abogados.

---

### RESUMEN

En el presente artículo, caracterizamos al Procedimiento Administrativo Trilateral como un medio para que las empresas o agentes del sector eléctrico peruano puedan solucionar sus controversias. Para ello, es necesario echar un vistazo a las posibles causas que pueden originar conflictos en el sector, y las vías por las que se puede tramitar su solución. Entre esas vías, es de interés para este trabajo la que ha ideado el Derecho Administrativo peruano –el Procedimiento Administrativo Trilateral–, que se erige en el sector eléctrico a través de la función de solución de controversias de OSINERGMIN, y que es ejercida por sus órganos resolutorios. En tal sentido, analizamos dicha función, su justificación, y los límites de la competencia de OSINERGMIN para ejercerla, tanto en lo relativo a las materias que pueden ser conocidas por la entidad, como en lo que respecta a su relación con otras vías de solución de controversias, con especial referencia a la establecida en el ámbito del COES.

**PALABRAS CLAVE:** Procedimiento Administrativo Trilateral; solución de controversias; sector eléctrico; Organismo Regulador; COES; OSINERGMIN

---

### ABSTRACT

In this paper, we define the disputes settlement administrative proceeding as a mechanism designed in Peru for electric sector companies or agents to solve their controversies. To this effect, it is necessary to have a look to the possible causes that may provoke conflicts in the sector, and the applicable ways to solve them. Among these ways, we will study the one that Peruvian Administrative Law has devised –the disputes settlement administrative proceeding–, set in the electric sector through OSINERGMIN’s disputes settlement function, and which is performed by its problem-solving bodies. In that sense, we analyze that function, its justification, and the thresholds of OSINERGMIN’s administrative competence to perform it, with regard to the topics that could be assessed by this agency, and in connection with its relation with other disputes settlement means, considering a special reference to the one established in COES’ scope.

**KEY WORDS:** Administrative Proceeding; disputes settlement; electric sector; Regulatory Agency; COES; OSINERGMIN

## **SOBRE EL ARTÍCULO**

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 06 de agosto de 2019 y aprobado para su publicación el 10 de agosto de 2019.

El presente trabajo de investigación se basa parcialmente en el Informe sobre Expediente Único elaborado por el autor para optar por el Título Profesional de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

## **SOBRE EL AUTOR**

Abogado por la PUCP. Adjunto de docencia de los cursos “Derecho Administrativo II” y “Derecho de las Telecomunicaciones” en la Facultad de Derecho de la PUCP. Primer puesto del XXII Curso de Extensión Universitaria en Regulación de las Telecomunicaciones del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Asociado de Quiñones Alayza Abogados. Contacto: [evargasg@pucp.pe](mailto:evargasg@pucp.pe).

## **SUMARIO:**

- I. Introducción
- II. Las controversias en el sector eléctrico peruano
- III. La vía administrativa para la solución de controversias en el sector eléctrico
  - 3.1. El procedimiento administrativo trilateral
  - 3.2. La función de solución de controversias de los Organismos Reguladores
  - 3.3. La aplicación del procedimiento administrativo trilateral a través de la función de solución de controversias en el sector eléctrico
  - 3.4. Las materias que pueden ser resueltas mediante la vía administrativa de solución de controversias en el sector eléctrico
  - 3.5. Relación de la vía administrativa de solución de controversias con otras vías
- IV. Reflexiones finales
- V. Bibliografía

## I. Introducción.

En sociedad, las personas nos relacionamos y vinculamos de distintas formas, en búsqueda de distintas finalidades. Por ello, es inevitable que en esa interacción surjan choques de intereses donde cada una de las partes crea tener la razón, por lo que es necesario que en una sociedad moderna existan los mecanismos disponibles, céleres e idóneos para que los interesados puedan llegar a una solución.

El sector eléctrico no es ajeno a esta realidad. Y la particularidad en este caso, como en el contexto de otros sectores regulados, es que cuando los agentes tienen algún desacuerdo, deben discutir sobre la interpretación o aplicación de normas de Derecho público que rigen el ámbito regulado. Entonces, debido a la especialidad y conocimiento necesarios para comprender las reglas del sector eléctrico, la Administración cuenta con un mecanismo para resolver estas controversias, para que así sean examinadas por peritos en la materia.

## II. Las controversias en el sector eléctrico peruano.

En primer lugar, corresponde definir lo que entendemos por “controversia”. De acuerdo con GONZÁLEZ, es la contingencia procedimental consistente en la probabilidad de que el conflicto sea discutido; es decir, la eventualidad de que el sujeto pasivo de la pretensión discutida, contradiga o convierta la existencia misma del conflicto afirmado por su contraparte. En tal sentido, la noción de “controversia” se relaciona con la de “conflicto”, que consiste en la colisión de intereses (González 1994: 116).

El sector eléctrico se encuentra configurado por el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, “LCE”), su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM (en adelante, “RLCE”), y la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (en adelante, “LADEGE”). La actividad eléctrica está desintegrada verticalmente en tres actividades: generación, transmisión y distribución, de tal forma que las compañías eléctricas pueden realizar sólo un tipo de operación dentro de un sistema interconectado, con restricciones para las concentraciones (Santiváñez 2001: 27). Por ello, los actores que participan en el sector son los generadores, transmisores, distribuidores, a lo que podemos añadirle los usuarios del servicio (ya sean libres –los de mayor consumo– o regulados)<sup>1</sup>.

Respecto al diseño institucional, el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, “MEM”) es la autoridad sectorial, contando con funciones normativas y de planificación<sup>2</sup>; el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, “OSINERGMIN”) es la entidad reguladora, contando con funciones regulatorias, supervisoras, normativas, entre otras<sup>3</sup>; y el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, “COES”), que realiza funciones de coordinación y de administración del Mercado Mayorista de Electricidad, contando para ello con la potestad de emitir decisiones obligatorias para las empresas del sector<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sobre la caracterización de los usuarios en el sector eléctrico, puede verse: CAIRAMPOMA, Alberto y Paul VILLEGAS. 2017. “The legal regime of electricity service users in Peru”. *Journal of Energy & Natural Resources Law*. Londres, volumen 35, pp. 441-450. DOI: <https://doi.org/10.1080/02646811.2017.1355642>

<sup>2</sup> Conforme a su Ley de Organización y Funciones, Ley 30705.

<sup>3</sup> Conforme a su Ley de creación, Ley 26734.

<sup>4</sup> Conforme a la LADEGE.

Las controversias que puedan surgir en el sector eléctrico giran en torno a las empresas de generación, transmisión, distribución y a los usuarios, que pueden enfrentarse entre ellas o con el MEM, OSINERGMIN o el COES, existiendo más de una vía y un fuero para discutir los conflictos. Para efectos del presente artículo, nos referiremos sólo a los conflictos surgidos entre administrados (empresas o usuarios), excluyendo los conflictos entre autoridades, entre autoridades y administrados<sup>5</sup>, y los promovidos mediante un reclamo presentado por un usuario.

Las materias sobre las cuales podrían versar las controversias son: (1) asuntos vinculados a la suscripción de un Contrato de Suministro Eléctrico (*Power Purchase Agreement*); (2) pago de compensaciones originadas en transgresiones a la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, aprobada mediante Decreto Supremo 020-97-EM; (3) acceso y conexión a redes; (4) pago de valorizaciones de transferencias de potencia y energía; (5) compensación por uso de instalaciones; (6) pago de peajes de transmisión; entre otras.

Con respecto a las vías por las cuales se pueden resolver las controversias, podemos identificar las autocompositivas (transacción extrajudicial y conciliación) y las heterocompositivas, que incluyen la vía arbitral, judicial, del COES y la administrativa de solución de controversias ante OSINERGMIN. En el presente trabajo, analizaremos esta última, que ha sido instaurada en nuestro ordenamiento para la solución de los conflictos que pueden surgir de la interacción de los agentes en el sector eléctrico, y determinaremos cómo se relaciona con otros mecanismos de solución de conflictos.

Respecto a la experiencia comparada, podemos notar que en el ordenamiento chileno se ha configurado una instancia específica para la solución de controversias suscitadas en el sector eléctrico, denominada "Panel de Expertos". Éste es definido como un órgano jurisdiccional autónomo, altamente especializado, que no forma parte ni del Poder Judicial ni de la Administración del Estado, creado por la Ley para la resolución de acotadas pero relevantes controversias suscitadas en el sector eléctrico (Vergara 2014: 70).

En este país, el Decreto con Fuerza de Ley 4/20.018<sup>6</sup>, modificado por la reciente Ley 20.936, establece que ésta entidad conoce las discrepancias que se susciten: (1) entre el Coordinador y las empresas sujetas a su coordinación, con motivo de decisiones de coordinación; y, (2) entre empresas eléctricas, con motivo de la aplicación técnica o económica de la normativa del sector eléctrico y que, de común acuerdo, sometan a su dictamen (art. 208).

### III. La vía administrativa para la solución de controversias en el sector eléctrico.

#### III.1. El procedimiento administrativo trilateral.

En el Perú, además de haberse regulado un procedimiento administrativo común, se han configurado procedimientos especiales, siendo uno de ellos el Procedimiento Administrativo Trilateral (en adelante, "PAT"). Su antecedente se encuentra en normas que regulan materias

<sup>5</sup> Con respecto a los conflictos surgidos entre la Administración Pública y los administrados, y las posibles vías para su solución, puede verse: MASUCCI, Alfonso. 2009. "El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa". *Revista de Administración Pública*. Madrid, número 178. pp. 9-35.

<sup>6</sup> Que fija el Texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley 1, de minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica.

concretas, como el Decreto Legislativo 701<sup>7</sup> de 1991, y en el Decreto Ley 26111, que modificó el Decreto Supremo 006-67-SC, Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos<sup>8</sup>. Actualmente, podemos ubicar la regulación del PAT en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 6-2017-JUS (en adelante, "TUO LPAG"), así como en leyes especiales.

El PAT también es conocido como "procedimiento contencioso", "procedimiento arbitral" o "procedimiento triangular". Pero, ¿en qué consiste? Siguiendo a ZEGARRA VALDIVIA, podemos determinar que el fin del PAT es proporcionar a las autoridades administrativas instrumentos de resolución de conflictos (Zegarra 2014: 15), que se aplican en caso de litigios entre particulares, incluyendo a personas jurídicas sujetas al Derecho privado que presten servicios públicos (Santofimio 2001: 228).

De acuerdo con MORÓN URBINA, el PAT es "aquel desarrollado en el ámbito de la Administración Pública dirigido a decidir un conflicto de intereses suscitado con motivos de la actuación pública o en asuntos de interés público y en donde la autoridad ejerce el rol de instructor de la causa con facultades inherentes a la jurisdicción retenida" (Morón 2001: 329). DANÓS ORDÓÑEZ resalta la imparcialidad con la que actúa y decide la Administración Pública en este procedimiento, lo cual contrasta con el típico procedimiento administrativo bilateral, en el que la Administración es, al mismo tiempo, parte y decisora (Danós 2001: 32)<sup>9</sup>. A pesar de esta nota de imparcialidad, debemos llamar la atención del hecho que la neutralidad de la Administración nunca es absoluta respecto del conflicto que debe resolver, en tanto que es garante del interés público (Rojas 2001: 159).

De acuerdo con el TUO LPAG, el PAT es "el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar [del TUO LPAG]" (art. 227). El PAT se rige por lo dispuesto en normas especiales y, de manera supletoria, por el mismo TUO LPAG (art. 228). Es importante señalar que en el caso peruano, no se admite que la Administración Pública pueda ejercer función jurisdiccional, pues ello no es permitido por la Constitución Política, que reserva su ejercicio al Poder Judicial. Por tanto, al solucionar controversias la Administración actúa en ejercicio de potestades administrativas (Danós 2004: 78).

El PAT inicia mediante una reclamación o de oficio (art. 229, inc. 1 TUO LPAG). Con relación a los sujetos del PAT, MORÓN URBINA identifica dos tipos de conflictos: (1) surgidos entre administrados, en cuyo caso los asuntos en litigio están bajo tutela estatal, y donde existe una competencia primaria de la autoridad administrativa pues la situación contenciosa no ha sido conocida anteriormente por ninguna autoridad administrativa o judicial; y (2) surgidos entre la Administración y los administrados, que son generados por la actuación ejecutiva del Estado, en asuntos de competencia secundaria pues el tribunal administrativo decide asuntos contenciosos cuyo origen está en un acto administrativo (Morón 2001: 330).

De acuerdo con el TUO LPAG, los contendientes son denominados "reclamante" y

<sup>7</sup> "Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia".

<sup>8</sup> En dicha modificación, se consideró que la Ley es de aplicación a "los procesos administrativos que se siguen ante las diversas entidades de la Administración Pública que resuelven cuestiones contenciosas entre dos o más particulares, entre éstos y la Administración Pública o entre entidades de esta última" (art. 1, inc. a).

<sup>9</sup> Véase también: GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. 1981. "Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos". *Revista de estudios de la vida local*. Número 211, pp. 431-432.

“reclamado” (art. 227, inc. 2), y son los verdaderos protagonistas en el PAT, llegando incluso a poder emplear fórmulas de autocomposición de intereses admitidas por la entidad administrativa, por lo que el PAT adquiere algunos aspectos de un procedimiento compositivo de intereses. Es por este hecho que en el PAT son vigentes una serie de principios también reconocidos en el ámbito procesal, que rigen su dinámica: (1) dualidad de partes; (2) igualdad de partes; y, (3) contradicción de partes (Zegarra 2014: 31).

Sin embargo, el PAT sigue siendo un procedimiento administrativo y no un proceso civil, diferenciándose materialmente de éste en tanto que, como todo procedimiento tramitado en el ámbito administrativo, se caracteriza por su flexibilidad e informalismo (Gómez 2011: 23). Así, por ejemplo, en el PAT la autoridad administrativa podrá permitir, si lo considera apropiado y razonable, la entrega de la contestación del “reclamado” luego del vencimiento del plazo (art. 231, inc.3 TUO LPAG).

Entre otras particularidades jurídicas del PAT, podemos identificar las siguientes: (1) es objeto de instrucción y resolución por organismos ubicados fuera del Poder Judicial pero dentro del ámbito de las autoridades del Poder Ejecutivo o de órganos autónomos, perfilados generalmente bajo la forma de tribunales administrativos; (2) para efectos de su calificación interna, los PAT son procedimientos de evaluación previa con silencio negativo; (3) los PAT son resueltos por un organismo con facultades para determinar autónomamente el Derecho aplicable al caso; (4) las decisiones administrativas pueden generar precedentes administrativos; y (5) los actos administrativos agotan la vía administrativa (Morón 2001: 332-333).

El PAT finaliza, comúnmente, con una resolución de la autoridad administrativa, que debe cumplir con los requisitos del acto administrativo y, además, pronunciarse sobre todas las cuestiones de forma y fondo que plantee el procedimiento, con independencia de si han sido o no alegadas (Zegarra 2014: 66). Pero debido a que los protagonistas en el PAT son los contendientes, éstos pueden suscribir acuerdos, pactos, convenios o contratos que deben ser aprobados por la Administración, y que importan una transacción extrajudicial o conciliación (art. 236, inc. 1 TUO LPAG). Además, conforme a la última modificación del Decreto Legislativo 1272, los contendientes también pueden desistirse del procedimiento o de su pretensión.

Estas formales “especiales” de finalización del PAT son reconocidas en tanto que, a diferencia de los procedimientos comunes, en el PAT se reconoce a los ciudadanos no como sujetos pasivos frente a la Administración, sino como verdaderos titulares de intereses, y cuya resolución de conflictos puede darse no solo a través de la entidad, sino mediante autocomposición (Zegarra 2014: 69). Cabe resaltar que, a pesar de haber aceptado la autocomposición del PAT, la Administración “podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general” (art. 236, inc. 3 TUO LPAG).

En seguida, cabe preguntarse cuáles son los procedimientos que pueden pertenecer al género de los PAT. Podemos afirmar que todos aquellos supuestos en los que la ley confiere potestades a los órganos de la Administración Pública para resolver en sede administrativa controversias que enfrenten a dos o más particulares entre sí, pueden ser encauzados en el PAT regulado en el TUO LPAG (Zegarra 2005: 263-264). Complementariamente, de acuerdo con MARTIN TIRADO, para que un procedimiento sea trilateral, debe ser (1) especial, en tanto que el PAT ha sido pensado para una hipótesis particular; (2) su materia debe corresponder a una propia de la Administración Pública, lo que quiere decir que las

controversias deben implicar una actuación de una entidad pública o de un asunto de interés público, además de versar sobre una materia singular; y (3) las autoridades que resuelven las controversias propias de este tipo de procedimientos deben ser imparciales (Martín 2003: 469-470). Estas mismas características son reconocidas en la Casación 2819-2013-CALLAO (séptimo considerando).

También se ha caracterizado a este tipo de procedimientos de acuerdo a lo siguiente: (1) no presuponen acuerdo alguno, pues se trata de un cauce formal establecido por la ley que tiene que ser transitado por los administrados para dilucidar determinados conflictos; (2) solo operan cuando existe un conflicto actual; y (3) culminan con la emisión de un acto administrativo (Zegarra 2014: 15).

### III.2. La función de solución de controversias de los Organismos Reguladores.

#### A) Justificación de la creación de Organismos Reguladores: breve aproximación

La existencia de los Organismos Reguladores responde a un cambio de rol en el Estado con relación a la economía y a la prestación de los servicios públicos. Siguiendo a MUÑOZ MACHADO, podemos afirmar que la vinculación del Estado con la economía cambió radicalmente en los años finales del Siglo XX, teniendo como consecuencia la privatización de muchas empresas estatales y la liberalización de gran parte de sectores económicos (con su consiguiente apertura a la libre competencia). En esa nueva situación, lo que al Estado le interesa fundamentalmente es asegurar que las prestaciones de bienes y servicios a los ciudadanos se mantengan, pero sin ofrecerlos directamente, sino mediante exigencias a las empresas y asegurándose de que se cumplan.

Así, el Estado pasa de ser fundamentalmente un prestador de bienes y servicios y asegurador directo del funcionamiento y calidad de los mismos, a la condición de garante de dichas prestaciones; ello, con el fin que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas. En tal sentido, la función de regulación<sup>10</sup> cobró importancia, entendida ésta como el poder de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su afán de beneficio sea compatible con las exigencias del interés general (Muñoz 2011: 498-500). Ello justifica la existencia de los “marcos regulatorios”, que otorgan estabilidad y consistencia a los principios y criterios generales, que el Estado y el prestador conocen y aceptan respetar (Sarmiento 2008: 303).

En este marco, el Estado ejerce su función regulatoria a través de entidades que crea para ese fin, que deben ser lo suficientemente fuertes para balancear las demandas de los distintos grupos de interés alrededor del servicio público (Quintanilla 2004: 18). De esta forma, en materia de infraestructura vinculada a servicios públicos, uno de los instrumentos más importantes a fin de establecer reglas de juego claras y estables es la creación de Organismos Reguladores independientes del poder político. De forma que la existencia del servicio público<sup>11</sup>, que es una actividad de interés general, garantizado o por una persona

<sup>10</sup> Entendemos el término “regulación” de acuerdo a lo señalado por SORACE cuando afirma que engloba diversas formas de ejercicio de poderes autoritativos unilaterales, mediante las cuales algunas actividades son prohibidas, autorizadas, impuestas, o son aplicadas sanciones (Sorace 2006: 60).

<sup>11</sup> Según el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, éste presenta las características de esencialidad, utilidad pública e interés nacional (Tribunal Constitucional 2006: fundamento 10). Sobre la caracterización y marco jurídico del

pública o por una persona privada vinculada a una persona pública, y sometida a un régimen jurídico general, justifica la creación de los agentes reguladores (Morand-deviller 2010: 521-544).

Coincidimos con PERRINO, cuando señala que la función primordial de estos organismos independientes de la Administración Central, inspirados en el modelo de las comisiones independientes de los Estados Unidos, es la de velar por el adecuado funcionamiento de los sectores económicos bajo su supervisión, con el fin de garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de servicios competitivos y de alta calidad en beneficio de los usuarios (Perrino 2013: 804).

En el Perú, los Organismos Reguladores nacieron con sus respectivas leyes de creación, conforme se desarrollaba durante la década de los noventas el proceso de promoción de la inversión privada en servicios públicos y obras de infraestructura (Danós 2010: 181), para luego uniformizarse su régimen con la dación de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. De acuerdo con la norma, los Organismos Reguladores son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de Derecho Público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera (art. 2)<sup>12</sup>. Además, conforme la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los Organismos Reguladores en el Perú se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional (art. 32).

De esta forma, en el Perú se habría adoptado el modelo de agencias para gestionar la regulación de los servicios públicos, las que, de acuerdo con ESTEVE PARDO, son grandes oficinas especializadas, cuya organización y composición se pretende que les confiera una posición neutral tanto frente a los intereses del gobierno como frente a los propios intereses de los operadores sujetos a regulación (Esteve 2013: 473). Así, los Organismos Reguladores en Perú son entidades que actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada tipo de servicio público y la que se derive de los respectivos contratos de concesión, cuya misión es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicios públicos y de los compromisos contraídos en los citados contratos de concesión, y que ejercen sus potestades también con el objeto de generar condiciones de competencia donde fuese posible (Danós 2010: 183-184).

## B) Las funciones de los Organismos Reguladores

El objeto de la regulación y de los Organismos Reguladores no es solo promover la competencia, sino también los objetivos públicos, entendiéndose éstos como objetivos económicos (asegurar el normal funcionamiento del mercado, por ejemplo) y objetivos sociales (deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos, por ejemplo) (Ferney 2016: 277-288).

Para cumplir de la manera más eficaz posible el objetivo de interés general que constituye

---

servicio público en el Perú, puede verse: HUAPAYA TAPIA, Ramón. 2015. "Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano". *Revista Ius et Veritas*. Lima, número 50. pp. 368-397.

<sup>12</sup> Véase también: TASSANO, Hebert. 2008. "Los organismos reguladores de servicios públicos". *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 4, pp. 89-106.



el cometido de los Organismos Reguladores, la Ley 27332 y las demás leyes y disposiciones reglamentarias especiales que disciplinan su régimen establecen el conjunto de sus funciones y potestades de carácter público (Danós 2010: 183). Para ello, los Organismos Reguladores han sido dotados de ciertas características que les permite cumplir con sus funciones, tales como un mandato independiente, estabilidad del directorio, presupuesto autónomo, entre otros (Quintanilla 2004).

De acuerdo con la Ley 27332 (art. 3), en concordancia con la Ley 29158 (art. 32, inc. 3), dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, sancionadoras, de solución de controversias y de solución de reclamos. Estas funciones se encuentran vinculadas estrechamente con el objeto de cada entidad reguladora.

### C) La función de solución de controversias

De acuerdo con la Ley 27332, la función de solución de controversias de los Organismos Reguladores comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre ellos, reconociendo o desestimando los derechos invocados (art. 3, inc. e). Como ya se mencionó, esta función es de carácter netamente administrativo y no jurisdiccional, pudiendo ser objeto de posterior revisión judicial (Danós 2004: 79).

El reconocimiento de esta función para los Organismos Reguladores se justifica en el hecho que los conflictos suscitados en los sectores regulados tienen un fuerte componente técnico y económico, siendo éstos antes los mejores preparados para resolverlos. Esta función se origina así en el cambio de faceta de la Administración, de ser gestora a ser garante, en tanto que el regulador la ejerce en defensa del buen funcionamiento del sistema en su conjunto. Por eso al regulador se le asigna esta función con cierta amplitud, para resolver sobre todos o algunos de los aspectos sometidos a regulación (Ariño 2010: 31-33).

En esa línea, DANÓS señala que en las épocas en las que el Estado peruano prestaba servicios públicos, directamente o a través de empresas estatales, no existía instancia alguna en sede administrativa para la solución de controversias con usuarios u otros agentes, siendo recién con la privatización de empresas de servicios públicos y con el inicio del proceso de otorgamiento de concesiones, que se toma conciencia de la necesidad de establecer un mecanismo que permita la solución en sede administrativa de los posibles conflictos suscitados en los sectores regulados (Danós 2004: 76). El Estado pasa a desarrollar un papel de intermediario o regulador de las condiciones de mercado, siendo uno de sus instrumentos de regulación la facultad de dirimir controversias entre los agentes de cada sector (Zegarra 2014: 12). Este mecanismo se erige entonces como alternativa al Poder Judicial, debido a la poca confianza que se tiene en él (Gómez 2009: 372).

En el Perú, la función de solución de controversias se ejerce en el marco de un procedimiento que cumple con los requisitos para ser considerado un PAT, en tanto que: (1) es especial puesto que no concierne a Administración-administrado, sino a dos administrados que buscan dirimir un conflicto; (2) su materia está vinculada al ámbito de competencia de los Organismos Reguladores, que se desenvuelven en el campo del Derecho Público; y (3) existen órganos resolutivos independientes creados para tramitar estos procedimientos.

En la experiencia comparada, podemos destacar el caso colombiano, donde mediante Ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos Inmobiliarios, se atribuye a las Comisiones de Regulación la competencia de dirimir controversias. En dicho contexto, la Corte

Constitucional de Colombia (Sentencia C-150 de 2003) descartó la posibilidad de que estas funciones sean judiciales, y afirmó que son verdaderas funciones administrativas, teniendo en cuenta además que las decisiones que se emiten en el marco de ellas provienen de organismos administrativos, en el contexto de la función de regulación de los servicios públicos (Gil 2009: 20-24)<sup>13</sup>.

Por su parte, en el ordenamiento norteamericano se usó la doctrina del Tribunal Supremo de la “jurisdicción primaria administrativa” para justificar por qué cuando una ley crea un ente público y le atribuye competencia para resolver en sede administrativa cierto tipo de casos, los tribunales judiciales deben abstenerse de intervenir. Con ello, se busca obtener un mayor grado de coherencia y uniformidad en la aplicación de la ley (Danós 2004: 81)<sup>14</sup>.

### III.3. La aplicación del procedimiento administrativo trilateral a través de la función de solución de controversias en el sector eléctrico.

La función de solución de controversias se materializa en los Organismos Reguladores al contar en su estructura con un Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, “TSC”), que las resuelve en última instancia administrativa, que debe constituir un órgano neutral, integrado por expertos técnicos que actúen independientemente respecto del propio Organismo Regulador, del gobierno y de los agentes privados involucrados. Ello es vital, en tanto que corresponde al ente regulador articular los diferentes intereses de los prestadores con los de los clientes o usuarios, para garantizar el buen funcionamiento del sector (Tassano 2006: 250)<sup>15</sup>.

En el sector eléctrico, es OSINERGMIN la entidad que ejerce la función administrativa de solución de controversias, de acuerdo con la Ley 27332, su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM (art. 44 y siguientes) (en adelante, “RGO”), el Texto Único Ordenado del Reglamento para la Solución de Controversias, aprobado por el regulador mediante Resolución 223-2013-OS-CD (en adelante, “RSC”) y el nuevo Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución 044-2018-OS-CD (en adelante, “ROR”).

De acuerdo con estas normas, la función de solución de controversias es ejercida dentro de OSINERGMIN por los Cuerpos Colegiados<sup>16</sup>, en primera instancia administrativa, y por el TSC<sup>17</sup>, en segunda y última instancia administrativa. Ambos órganos son denominados

<sup>13</sup> Véase también: PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. 2013. “La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”. *Revista digital de Derecho Administrativo*. Bogotá, número 9, pp. 15-40.

<sup>14</sup> Véase también: MAIRAL, Héctor. 1993. “La ideología del servicio público”. *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, número 14, p. 420.

<sup>15</sup> Véase también: TASSANO, Hebert. 2007. “Los tribunales administrativos en el marco de la regulación económica de los servicios públicos”. En: AA.VV. *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra. pp. 399-422.

<sup>16</sup> ROR:

Artículo 5.- “Competencia de los Cuerpos Colegiados de Solución de Controversias

Los Cuerpos Colegiados de Solución de Controversias tienen competencia nacional para conocer y resolver en primera instancia administrativa, las controversias que surjan entre los agentes sujetos al ámbito de regulación y supervisión de OSINERGMIN, entre dichos agentes y los usuarios libres o consumidores independientes, así como entre éstos, respecto de materias relacionadas con aspectos técnicos o legales contenidos en la normativa, en la regulación o en los contratos de concesión, que no tengan otra vía normativa o contractualmente prevista”.

<sup>17</sup> ROR:

“resolutivos”. Asimismo, la vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSINERGMIN (art. 47 RGO). De esta forma, al ejercer la función de solución de controversias, OSINERGMIN tramita y resuelve el conflicto en el marco de un PAT.

En el sector eléctrico, los sujetos que pueden iniciar un PAT para resolver controversias ante los órganos resolutivos del OSINERGMIN como reclamantes, atendiendo a la materia y contenido de cada caso, son los generadores, transmisores, distribuidores, y usuarios libres de electricidad (art. 46 RGO). El sujeto reclamado, dependiendo del caso, puede ser uno de dichos agentes, e incluso una empresa del sector hidrocarburos o gas natural.

El sector de la Administración encargado de conocer el caso (los órganos resolutivos de OSINERGMIN) cuenta con algunas de las facultades propias de la jurisdicción, tales como la facultad de convocar la cuestión en conflicto, convocar a las partes a su sede, emplear los medios coercitivos para lograr el cumplimiento de sus mandatos, decidir el conflicto (sin carácter de cosa juzgada), y hacer cumplir sus resoluciones (Morón 2001: 332-333). Ello debe entenderse a la luz de la atenuación de los principios de oficialidad (o impulso de oficio) y de verdad material, que es consecuencia del rol que cumple la Administración en los PAT (Zegarra 2014: 30).

Además, los órganos resolutivos de OSINERGMIN tienen reconocidas las siguientes facultades adicionales: (1) solicitar aclaración de la reclamación admitida a trámite (art. 230, inc. 3 TUO LPAG) (art. 26 RSC); (2) declarar en rebeldía al administrado que no presentó su contestación a la reclamación dentro de los 15 días hábiles de notificada ésta (art. 231, inc. 1 TUO LPAG), así como declarar en abandono el procedimiento (art. 25 RSC); (3) permitir la presentación de la contestación fuera del plazo si lo considera apropiado y razonable (art. 231, inc. 3 TUO LPAG); (4) imponer medidas cautelares (art. 234, inc. 1 TUO LPAG) (art. 46 RSC); (5) aprobar acuerdos, pactos, convenios o contratos con los administrados que importen una transacción extrajudicial o conciliación (art. 236, inc. 1 TUO LPAG) (arts. 3, 40, 41 y 42 RSC); y (6) continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general, en caso apruebe los mencionados acuerdos o se declare el abandono o desistimiento del procedimiento (art. 236, inc. 3 TUO LPAG) (art. 25 y 40 RSC).

Además, el marco normativo establece obligaciones en general para las entidades de la Administración Pública que son especialmente aplicables en el marco del PAT ante OSINERGMIN. Por ejemplo: (1) la obligación de un miembro del Cuerpo Colegiado o del TSC de abstenerse por estar incurso en algunas de las causales establecidas en el TUO LPAG (art. 97 TUO LPAG) (art. 24 RSC); (2) la obligación de suspender el procedimiento si se está tramitando un proceso judicial previo vinculado con la materia (art. 73 TUO LPAG) (art. 99 RGO); (3) la obligación de suspender el procedimiento si surge una cuestión contenciosa que requiera pronunciamiento previo del Poder Judicial (art. 13 Texto Único Ordenado de

---

Artículo 9.- “Competencia del Tribunal de Solución de Controversias

El Tribunal de Solución de Controversias-TSC tiene competencia nacional para:

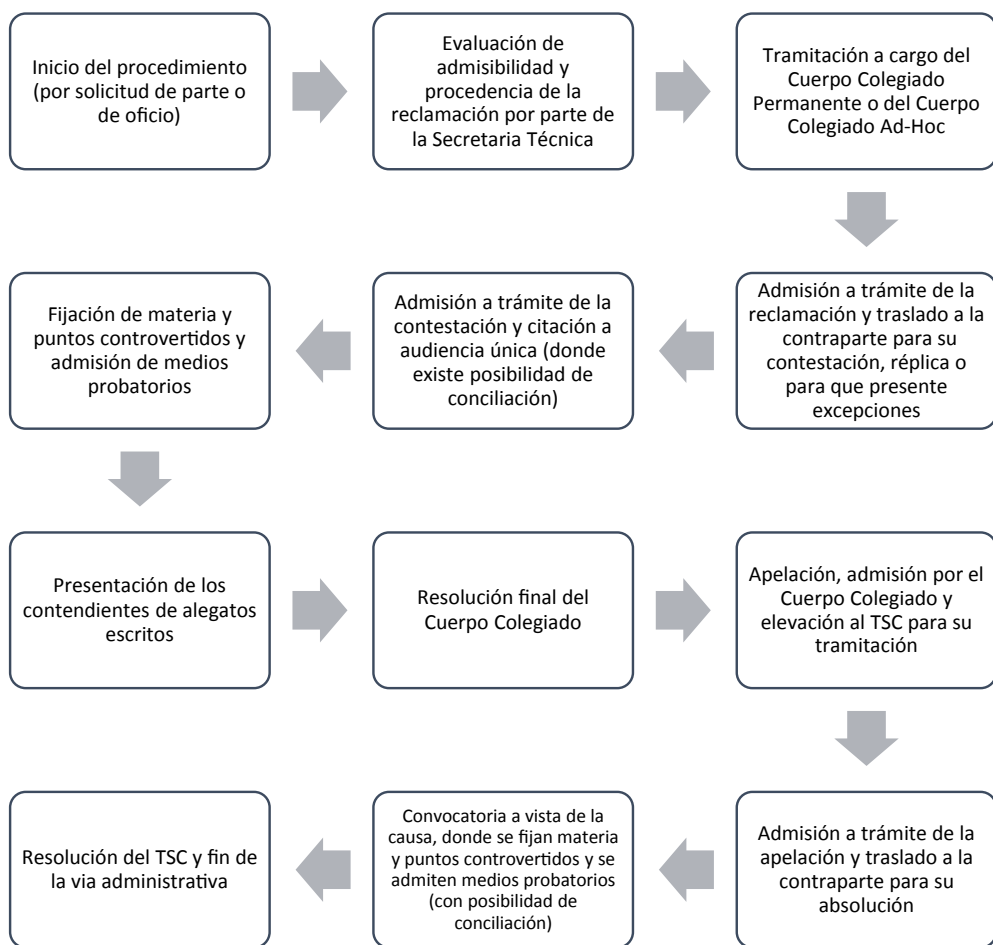
9.1 Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa, las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de los Cuerpos Colegiados de Solución de Controversias, sobre las controversias que surjan entre los agentes sujetos al ámbito de regulación y supervisión de OSINERGMIN, entre dichos agentes y los usuarios libres o consumidores independientes, así como entre éstos.

9.2 Conocer y resolver en última instancia administrativa las impugnaciones a las decisiones del Comité de Operación Económica del Sistema (COES) que afecten a los usuarios regulados, de acuerdo con el último párrafo del artículo 14 de la Ley 28332 [...]”.

la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, “LOPJ”); (4) la obligación de declarar la prescripción de la posibilidad del administrado de presentar un reclamo (art. 2001, inc. 1 Código Civil)<sup>18</sup>; o (5) la obligación de pronunciarse acerca de las excepciones en general que presenten los administrados, al inicio o al final del procedimiento (art. 37 RSC).

A continuación, presentamos un diagrama en el que se observa el desarrollo de un PAT de solución de controversias en el sector eléctrico:

**Cuadro 1:** Diagrama del PAT en el sector eléctrico



Las resoluciones finales emitidas por el TSC que, al resolver casos particulares, interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones correspondientes a la

<sup>18</sup> Artículo 2001.- “Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:  
1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico [...]”.

materia, constituirán automáticamente precedente de observancia obligatoria en materia administrativa<sup>19</sup> (art. 53 RSC).

Además, las resoluciones que agotan la vía administrativa pueden ser impugnadas judicialmente mediante una acción contencioso administrativa, conforme lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS (en adelante, "LPCA").

### III.4. Las materias que pueden ser resueltas mediante la vía administrativa de solución de controversias en el sector eléctrico.

#### A) La delimitación del campo de actuación de OSINERGMIN

La facultad de las entidades regulatorias de resolver controversias surgidas en su ámbito no es ilimitada. Así, OSINERGMIN sólo podrá conocer y resolver los procedimientos en los que la controversia y las partes estén bajo su ámbito de competencia (art. 3, inc. e) Ley 27332) (art. 44 RGO). De esta forma, la competencia de OSINERGMIN se halla establecida con carácter obligatorio y previo a la posibilidad de que las empresas ventilen sus conflictos ante sus instancias resolutorias (Tassano 2006: 261). Las normas que regulan las competencias de OSINERGMIN en cuanto a su función de solución de controversias –el RGO, el RSC y el ROR– delimitan las materias que pueden ser conocidas por la entidad (art. 46 RGO):

- a. Controversias entre generadores, entre generadores y transmisores, y entre transmisores del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, "SEIN"), distintas a las originadas en el COES y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.
- b. Controversias entre transmisores y usuarios libres, y entre distribuidores y usuarios libres del subsector eléctrico, que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión y/o de los sistemas de distribución eléctrica.
- c. Controversias entre generadores y distribuidores, entre generadores y usuarios libres, entre distribuidores, entre usuarios libres y entre transmisores y distribuidores eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.
- d. Controversias iniciadas en segunda instancia ante el TSC por un usuario regulado en impugnación de una decisión del COES, siempre que ésta le afecte (supuesto contemplado en la LADEGE, art. 14, último párrafo).
- e. Otras controversias que determine el Consejo Directivo de OSINERGMIN.

Las controversias que no cumplan con tales requisitos, tendrían que ser resueltas por el Poder Judicial o un Tribunal Arbitral (en caso exista un convenio arbitral de por medio).

Como puede notarse, la naturaleza de las controversias resueltas por los órganos resolutorios de OSINERGMIN tiene un efecto importante sobre el funcionamiento del sector

<sup>19</sup> Sobre la naturaleza del precedente administrativo y su contraste con el precedente judicial, puede verse: CAIRAMPOMA, Alberto. 2014. "La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano". *Revista Derecho PUCP*. Lima, número 73. pp. 483-504.

eléctrico y abordan los aspectos más controvertidos y problemáticos del marco regulatorio y del diseño del marco eléctrico peruano. De esta forma, la solución adecuada que se brinde a estos problemas tendrá efectos sobre la competencia, inversión y eficiencia en el sector (Tassano 2006: 258).

## **B) Los criterios de delimitación de competencia de OSINERGMIN**

MUÑOZ MACHADO define la competencia como el conjunto de facultades, de poderes o de atribuciones que corresponden a un órgano en relación con los demás, teniendo como características una facultad de obrar y ser exclusiva e irrenunciable (Muñoz 2011: 52). De acuerdo con el TUO LPAG, la competencia es un requisito de validez del acto administrativo (art. 3, inc. 1), reconociendo que ésta tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan (art. 70, inc. 1).

Antes de proseguir con el PAT, los órganos resolutivos tienen la obligación de asegurarse de su propia competencia cada que reciban un reclamo, conforme el TUO LPAG (art. 89). Acto seguido, y conforme con el RGO, si se verifica que el caso vincula a dos generadores, un generador y un transmisor, o dos transmisores, basta que la materia controvertida sea objeto de regulación o supervisión de OSINERGMIN para que sea competente para resolverla. En cambio, si un usuario libre está en disputa con un transmisor o con un distribuidor, OSINERGMIN deberá verificar si se está dificultando o limitando el acceso del usuario a redes. En el resto de casos, OSINERGMIN deberá verificar, luego de haber determinado que el aspecto está bajo su regulación o supervisión, que la materia se vincula con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión.

Entonces, podemos observar hasta tres criterios objetivos que OSINERGMIN deberá verificar en cada caso para declararse competente para pronunciarse sobre una controversia: (1) si se relaciona con materias sujetas a su supervisión, regulación y/o fiscalización<sup>20</sup>; (2) si se dificulta o limita el acceso del usuario a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión y/o de los sistemas de distribución eléctrica; y (3) si la controversia se relaciona con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión, que además estén sujetos a la supervisión y regulación de OSINERGMIN.

Opinamos que lo único que OSINERGMIN debería verificar en cada caso es si la materia controvertida se vincula a aspectos bajo su regulación o supervisión. Limitar la competencia en controversias entre transmisores y usuarios libres y entre distribuidores y usuarios libres solo a supuestos en los que se esté dificultando o limitando el acceso a redes implica negar que pueda existir otro tipo de controversia regulatoria entre estos actores. Además, respecto a las controversias entre generadores y distribuidores, entre generadores y usuarios libres, entre distribuidores, entre usuarios libres y entre transmisores y distribuidores eléctricos, cabe preguntarse cuáles son las materias que, siendo objeto de regulación o supervisión de OSINERGMIN, no se relacionan con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contrato de concesión. Nosotros creemos que no existe ninguna, por lo que la diferenciación no es pertinente.

<sup>20</sup> Al respecto, entendemos la supervisión y la fiscalización como sinónimos, de acuerdo con el planteamiento de ZEGARRA VALDIVIA, Diego. 2016. "La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio". *THÉMIS-Revista de Derecho*. Lima, número 69. pp. 123-131.

Ahora bien, corresponde averiguar qué materias se encuentran sujetas a supervisión o regulación por parte de OSINERGMIN. De acuerdo con la Ley 26734, el OSINERGMIN es el regulador y supervisor “[...] de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, **en los subsectores de electricidad** [...]” (art. 1). [El énfasis es nuestro].

Con respecto a la función reguladora de OSINERGMIN, el RGO establece que esta entidad establecerá las siguientes tarifas en el mercado regulado (art. 28 RGO)<sup>21</sup>:

- a. Tarifas en barras en el sector electricidad.
- b. Tarifas para los usuarios de servicio público de electricidad.
- c. Tarifas de transmisión principal y secundaria en el sector electricidad.
- d. Tarifas de distribución de electricidad, entre otras.

Además, el RGO establece las materias que corresponde a OSINERGMIN supervisar en los subsectores de electricidad (art. 34 RGO)<sup>22</sup>:

- a. Los niveles de calidad, seguridad y eficiencia, definidos en la normatividad correspondiente, en la prestación de los servicios de electricidad, incluyendo las relaciones de las empresas de electricidad con los usuarios y el cumplimiento de las obligaciones de cobertura y expansión del servicio.
- b. El cumplimiento de las disposiciones normativas y/o reguladoras, dictadas por OSINERGMIN en el ejercicio de sus funciones, entre otras.

Por tanto, OSINERGMIN debería ser competente para conocer todas las controversias vinculadas a las materias antes señaladas, sin entrar en distinciones poco útiles con relación al tipo de agentes involucrados.

Finalmente, en el caso de controversias iniciadas por los usuarios regulados, consideramos que el reclamado debe ser el COES por haber sido el organismo que emitió la decisión que los afecta. La regulación no contempla otro supuesto en el que el COES pueda ser parte en un PAT ante OSINERGMIN, pero creemos que ello es posible –siempre que no se esté discutiendo una decisión del COES, en cuyo caso se debe seguir el mecanismo establecido por la LADEGE y demás normas que regulan al COES– en tanto que el COES se encuentra bajo supervisión y regulación de OSINERGMIN.

<sup>21</sup> En concordancia con la Ley 27332 (art. 3, inc. 1, lit.b):

Artículo 3.- “Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: [...] b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito [...]”.

<sup>22</sup> En concordancia con la Ley 27332 (art. 3, inc. 1, lit. a):

Artículo 3.- “Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas [...]”.

### C) La poca utilidad de una diferenciación

El RGO hace distinciones de poca utilidad, complicando la tarea del regulador de determinar su competencia en cada caso concreto. Por ejemplo, en caso los contendientes sean, por un lado, un transmisor o un distribuidor y, por el otro, sea un usuario libre, se exige que la controversia verse exclusivamente sobre una limitación o dificultad para el usuario de acceder a redes. Recordemos que el RGO reconoce el principio de libre acceso, según el cual “la actuación de OSINERGMIN deberá orientarse a garantizar a los usuarios de servicio público [...], el libre acceso a los servicios de suministro de energía eléctrica [...], siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes” (art. 4 RGO).

La razón de esta regulación es que, como se reconoce en doctrina, la infraestructura que se construye en las industrias de redes (entre las cuales se encuentra la industria eléctrica) es de suma importancia en tanto que sirve de soporte imprescindible para prestar los servicios a través de ella. De esta forma, al permitirse el acceso libre a los usuarios del servicio eléctrico a las redes de transmisión y distribución, se fomenta la competencia entre ellos (Soto 2012: 227-228). Este principio tiene sus orígenes en el mundo anglosajón, con el término “Open Access”<sup>23</sup>.

Por tanto, en este supuesto, los órganos resolutivos de OSINERGMIN tendrán competencia para conocer las controversias que se encuentren relacionadas con el principio de “Open Access”, en donde un usuario se vea imposibilitado o limitado en su derecho de acceder a redes de transmisión o distribución. Sin embargo, como regulador del sector eléctrico, OSINERGMIN supervisa el cumplimiento de los concesionarios de sus obligaciones legales (art. 101, inc. a) LCE), entre las cuales se encuentra la de los concesionarios de transmisión y distribución de permitir la utilización de sus sistemas y redes por parte de terceros (arts. 33 y 34 LCE)<sup>24</sup>. Entonces, basta con que se reconozca que el OSINERGMIN será competente para conocer asuntos bajo su regulación o supervisión, pues lo relativo al “open access” encaja en este supuesto.

En el caso de las controversias entre generadores y distribuidores, entre generadores y usuarios libres, entre distribuidores, entre usuarios libres y entre transmisores y distribuidores eléctricos, el RGO exige que las materias no solo estén sujetas a la supervisión y regulación de OSINERGMIN, sino que también se relacionen con “aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión”. La interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados ha sido materia de una discusión aparte en muchos procedimientos.

De acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la norma refiere a una esfera de realidad cuyos límites

<sup>23</sup> Véase además: PIROPATO, Marissa. 2000. “Open Access and the Essential Facilities Doctrine: Promoting Competition and Innovation”. *University of Chicago Legal Forum*. Chicago, volumen 2000, número 1, pp. 369-411; y KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y Eduardo QUINTANA SÁNCHEZ. 2005. “La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú”. *Revista Ius et Veritas*. Lima, número 31, pp. 59-89.

<sup>24</sup> Artículo 33.- “Los concesionarios de transmisión están obligados a permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, quienes deberán asumir los costos de ampliación a realizarse en caso necesario, y las compensaciones por el uso, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley”.  
Artículo 34.- “Los Distribuidores están obligados a: [...] d) Permitir la utilización de todos sus sistemas y redes por parte de terceros para el transporte de electricidad, excepto cuando tenga por objeto el suministro de electricidad a Usuarios Regulados dentro o fuera de su zona de concesión, en las condiciones establecidas en la presente Ley y en el Reglamento [...]”.



no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Sin embargo, la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de sus aplicaciones, las que sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición objetivable (García y Fernández 2006: 495-496).

Consideramos que para desentrañar qué significan los “aspectos técnicos, regulatorios, normativos”, es preciso tener en cuenta el escenario en el que los Organismos Reguladores desenvuelven sus actividades. Así, podemos aplicar el método de interpretación de tipo sistemático por ubicación de la norma, que implica considerar el conjunto, subconjunto, grupo normativo, en el cual la norma se halla incorporada, con el fin de esclarecer lo que quiere decir la norma (Rubio 2014: 245). En este caso, el contexto de la norma que determina la competencia de OSIPTEL son leyes especiales que configuran el sector eléctrico, como lo son la LCE, RLCE y la LADEGE.

Con respecto a los aspectos técnicos, cabe hacer referencia a la penetración que la normativa técnica ha tenido en el Derecho, facilitada por la aparición de servicios de red como el eléctrico, lo cual responde a una realidad objetiva que se origina en el progreso científico, tecnológico y de la experiencia en la sociedad postindustrial. Por tanto, las normas técnicas tienen un fundamento científico, debiendo ser técnicamente viables y contar con un mínimo arraigo en la realidad económica e industrial. Los ingenieros y la ingeniería cobran, así, importancia en el Derecho Administrativo (Tarrés 2001: 81-242). Por tanto, las controversias que podrán ser conocidas por OSINERGMIN deberán estar vinculadas con normas técnicas o propias de la ingeniería, donde no baste el solo conocimiento jurídico para su esclarecimiento. Al tener el sector eléctrico fundamentos eminentemente técnicos<sup>25</sup>, OSINERGMIN podrá tener competencia para conocer prácticamente todas las controversias vinculadas con él.

Respecto de los aspectos regulatorios, corresponde entenderlos como los vinculados a la regulación en tanto actividad de poder público que se proyecta sobre sectores económicos o con un marcado componente económico, vitales para la sociedad, cuyos objetivos son: (1) activar y mantener los mecanismos de competencia entre los operadores; y, (2) atender las exigencias de aseguramiento del interés público o bien común (Esteve 2010: 305).

De esta forma, la “regulación” se identifica con la actividad regulatoria del Estado, que puede ser definida como una expresión del poder del Estado de intervención en la economía, donde existe un alto grado de tecnicidad (Pimiento 2013: 20-21). Además, la puesta en marcha de la función regulatoria supone la reunión de varias condiciones: una posición de exterioridad con respecto al juego económico; la capacidad de arbitrar los intereses presentes; y una acción continua con el fin de establecer los ajustes necesarios (Chevallier 2004: 58). En la misma línea, también se ha definido a la regulación como aquél conjunto de normas o de acciones específicas, impuestas por una autoridad pública, que interfieren directamente el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente, alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y empresas (De la cruz 2008: 82).

Por tanto, para que la controversia esté relacionada con aspectos regulatorios, debe originarse en el ejercicio de poder público sobre sectores básicos para la sociedad con un

<sup>25</sup> Sobre los fundamentos y naturaleza técnica del sector, véase: DAMMERT, Alfredo, Fiorella MOLINELLI y Max CARBAJAL. 2011. *Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico Peruano*. Lima: Organismo supervisor de la inversión en energía y minería.

componente económico, como lo es el sector eléctrico. De esta forma, cualquier conflicto derivado de la intervención público-jurídica del Estado en la economía, en el contexto del sector eléctrico, podrá ser resuelto por los órganos resolutores de OSINERGMIN. No podemos limitar la función regulatoria del Estado y, por ende, la competencia de OSINERGMIN para conocer de controversias vinculadas a aspectos regulatorios, solo a la fijación de tarifas, como establece la Ley 27332 (art. 3, inc. 1, lit. b).

En lo que concierne a los aspectos normativos, cabe recordar que la forma en la que la Administración Pública se expresa no solo se limita a los actos administrativos, sino que también está dotada de potestad normativa. Esta potestad se fundamenta en razones prácticas y materiales, en tanto que existe una imposibilidad de que el Congreso pueda regular por sí mismo los mínimos detalles de las conductas administrativamente disponibles en la vida social, por lo que es necesario que la Administración complete las tareas del legislador mediante normas complementarias; siendo que solo se le permite a la Administración reglamentar lo que la Constitución o la Ley le asigne expresa o implícitamente (Martin y Diez 2012: 113). El RGO delimita los asuntos que el OSINERGMIN puede regular mediante disposiciones de carácter general, en ejercicio de su función normativa, entre los cuales se hace mención a los “sistemas tarifarios o regulatorios o, mecanismos para su aplicación” (art. 23)<sup>26</sup>. Consideramos que toda la actuación de OSINERGMIN como regulador se puede sustentar en esta disposición.

Por otro lado, consideramos que cuando la norma hace referencia a las controversias que versen sobre materias derivadas de contratos de concesión, consideramos que hace referencia tanto a los contratos de concesión de generación, transmisión o distribución eléctrica suscritos en el marco de la LCE y el RLCE, como los contratos desarrollados bajo la modalidad de Asociación Público Privada para promover la inversión privada en actividades eléctricas<sup>27</sup>.

En el caso Empresa Electricidad del Perú S.A. vs. Compañía Minera Casapalca S.A., el TSC dedicó todo un apartado a interpretar los términos “técnico”, “regulatorio” y “normativo”. Así, resaltó la complejidad y naturaleza técnica del mercado eléctrico, para justificar por qué “requiere de normas específicas que permitan la correcta participación e interrelación de todos los actores, entiéndase generadores, transmisores, distribuidores y clientes libres con el objeto que éste funcione de manera eficiente y eficaz”. El órgano resolutor concluyó que el mercado eléctrico es un mercado regulado, cuyas reglas de operación están previamente establecidas por la LCE, el RLCE y la LADEGE, lo cual justifica que la materia se relacione con aspectos técnicos, regulatorios y normativos (Tribunal de Solución de Controversias 2012: 25-26).

Por tanto, diferenciar, entre las materias bajo regulación y supervisión de OSINERGMIN, a aquellas materias vinculadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados

<sup>26</sup> En concordancia con la Ley 27332 (art. 3, inc. 1, lit. c):  
Artículo 3.- “Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: [...] c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios [...]”.

<sup>27</sup> En este caso, el contrato se suscribe al amparo del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo 254-2017-EF.

de contratos de concesión, resulta ocioso. No existe materia que sea objeto de regulación y supervisión de OSINERGMIN que, a su vez, no esté vinculada con aspectos de este tipo. Una regulación más clara en este tema contribuiría a evitar discusiones infructuosas sobre qué significan estos conceptos jurídicos indeterminados en cada caso.

### III.5. Relación de la vía administrativa de solución de controversias con otras vías.

Como pudimos observar, esta vía administrativa de solución de controversias funciona como cauce formal para la resolución de conflictos vinculados a determinadas materias, bajo el ámbito de la regulación o supervisión de OSINERGMIN. En ese sentido, cabe realizar una breve aproximación a los límites externos que tiene esta vía con respecto a las materias que pueden ser discutidas en otras vías de solución de controversias, con énfasis en la vía del COES.

#### A) Con la vía judicial

En primer lugar, tenemos que dos empresas del sector eléctrico pueden acudir al Poder Judicial para buscar una solución heterocompositiva a sus conflictos, en cuyo caso esta rama del poder público actúa en ejercicio de una potestad jurisdiccional, que constituye el poder que sirve para resolver conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales y ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa (Monroy 2007: 405). Esto es consecuencia del derecho de acción de toda persona, para recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo, en general, o a una incertidumbre jurídica, como lo reconoce el Código Procesal Civil (art. 2).

Sin embargo, como señalamos, el legislador decidió “retirar” ciertas materias del ámbito de competencia del Poder Judicial para que sean resueltas mediante el mecanismo de solución de controversias administrado por OSINERGMIN, siempre que cumplan con los criterios antes señalados. En este tipo de casos, como ya pudimos resaltar, la vía administrativa es obligatoria, por lo que las empresas deben acudir a las instancias del regulador.

No obstante, el Poder Judicial no queda totalmente desvinculado de este tipo de conflictos intersubjetivos, en tanto que tanto el reclamado como el reclamante pueden, una vez agotada la vía administrativa, interponer una acción contencioso administrativa para cuestionar el acto administrativo expedido por el TSC, ante el órgano judicial. En este caso, al ser la vía administrativa de solución de controversias un PAT, la demanda debe presentarse contra OSINERGMIN y la contraparte (art. 15, inc. 4 LPCA). Además, si durante el desarrollo del PAT surge una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo del Poder Judicial, sin el cual no puede ser resuelta la controversia ante el OSINERGMIN, esta entidad debe suspender el procedimiento para permitir que el órgano judicial declare previamente el derecho que defina el litigio (art. 13 LOPJ).

Por otro lado, si durante la tramitación del PAT el órgano resolutorio de OSINERGMIN conoce que se está tramitando en el Poder Judicial una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de Derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento en sede administrativa, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas, con la cual, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, OSINERGMIN podrá

determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio (art. 73 TUO LPAG).

## B) Con la vía arbitral

De acuerdo con el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, “DLNA”), pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen (art. 2, inc. 1 DLNA). De acuerdo con LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN, citados por CANTUARIAS SALAVERRY, los términos “poder de disposición” y “libre disposición” se refieren a aquellas materias sobre las que las partes se encuentran facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas, siempre que la materia no haya sido sustraída de la autorregulación de los particulares (Lorca y Silguero 1994: 38).

Por tanto, dos empresas del sector eléctrico que tienen una relación contractual, podrían obligarse voluntariamente a acudir a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. Sin embargo, surge la duda de si las materias que son de competencia de OSINERGMIN son o no de libre disposición y, por tanto, arbitrables.

En el caso Luz del Sur S.A.A. vs. Empresa de Electricidad del Perú S.A., donde el conflicto giraba alrededor de si el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución eléctrica –en caso de ventas destinadas al servicio público de electricidad– puede exceder la tarifa en barra aprobada por OSINERGMIN, el TSC interpretó que la materia no era arbitrable pues concernía a las atribuciones o funciones del imperio del Estado (Tribunal de Solución de Controversias 2005: 13). Mismo criterio se siguió en el más reciente caso Empresa de Electricidad del Perú S.A. vs. Empresa de Distribución Eléctrica Cañete S.A., donde se reconoció que en la vía de solución de controversias existe un ámbito de competencia administrativa previa y excluyente de OSINERGMIN, no resultando aplicable una excepción de convenio arbitral (Tribunal de Solución de Controversias 2017: 4-5).

En un caso vinculado a pagos por concepto del Cargo por Garantía por Red Principal generado con ocasión de una relación contractual, Empresa Eléctrica de Piura S.A. vs. Petróleos del Perú S.A., el TSC fue aún más contundente al señalar que se encuentra “prohibido” que a través de un arbitraje se pretenda resolver una controversia que sea de competencia de un órgano estatal (Tribunal de Solución de Controversias 2007: 13).

Por nuestra parte, consideramos que en tanto la vía administrativa es obligatoria en caso una controversia cumpla con los criterios para ser resuelta por OSINERGMIN, las materias sobre las que recae quedan excluidas del ámbito de libre disposición de los administrados, por lo que no son arbitrables.

Esto ha sido reconocido en el modelo de contrato de suministro a ser suscrito entre un generador y un distribuidor (art. 17, num. 17.2), aprobado por la Resolución 688-2008-OS-CD de OSINERGMIN<sup>28</sup>, donde se señala que solo las controversias que no versen sobre aspectos técnicos, regulatorios y normativos vinculados al mercado eléctrico, que sean de competencia de OSINERGMIN, tendrán que resolverse por trato directo, y luego mediante arbitraje.

<sup>28</sup> “Procedimientos para Licitaciones de Largo Plazo de Suministros en el Marco de la Ley 28832”.

### C) Con la transacción extrajudicial y la conciliación

De acuerdo con el Código Civil, por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado (art. 1302 Código Civil). Entonces, nuestro ordenamiento exige expresamente como primer requisito para la transacción la disponibilidad de la relación jurídica litigiosa, al que, de acuerdo con BACA ONETO, se agrega otro más: la disponibilidad de las prestaciones que las partes comprometen como consecuencia de la transacción (Baca 2006: 224).

Por su parte, la conciliación es definida en la Ley 26872, Ley de Conciliación, como una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto (art. 5 Ley 26872).

En la práctica, estos mecanismos autocompositivos y bilaterales de solución de controversias (Alcalá-Zamora 1970: 13) coexisten pacíficamente con la vía administrativa de solución de controversias, en tanto que es perfectamente posible que a la par que el PAT se desarrolla, las partes puedan tener, voluntariamente, negociaciones directas entre ellas para llegar a una conciliación o a un contrato de transacción extrajudicial.

Ello es posible en tanto que el propio TUO LPAG (art. 236), como ya pudimos ver, y el RSC (art. 40)<sup>29</sup> lo permiten. Esto tiene como fundamento el hecho que en el PAT, la autoridad adopta, como elemento prioritario, un rol de facilitador en la comunicación entre las partes, para lo cual, la estructura del mismo permite la autocomposición de intereses de los particulares e incluye la posibilidad de conclusión convencional del procedimiento (Zegarra 2014: 69).

No obstante, la Administración Pública nunca queda desvinculada de su misión de garantizar el interés general, aun luego de aprobar los acuerdos de transacción extrajudicial o conciliación, por lo que puede optar, como ya se explicó, por continuar el procedimiento de oficio si considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general (art. 236, inc. 3 TUO LPAG) (art. 40 RSC).

### D) Con la vía del COES

El COES es una entidad privada, con personería de Derecho Público y sin fines de lucro, que se conforma por su Asamblea (conformada por el conjunto de generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres), su Directorio y por su Dirección Ejecutiva, de acuerdo con la LADEGE, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 027-2008-EM, y su Estatuto. Por mandato de la LADEGE (art. 12, inc. 2), el COES tiene la potestad de emitir decisiones de cumplimiento obligatorio para todos los "Agentes" del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, "SEIN"), término genérico para el conjunto de generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres, de acuerdo a la definición provista por la LADEGE (art. 1).

<sup>29</sup> Artículo 40.- "Acuerdo de Conciliación.

Iniciada la Audiencia Única, se invitará a las partes a conciliar. Si ambas partes arriban a un acuerdo, este deberá ser aprobado por el Cuerpo Colegiado mediante Resolución [...]".

Además de poder emitir decisiones, la LADEGE concede al COES la función de resolver divergencias o controversias derivadas de la aplicación de la LADEGE, del Reglamento, de las normas técnicas, de los procedimientos y demás disposiciones complementarias, dentro del ámbito de su competencia, así como de los recursos impugnativos que se interpongan contra sus decisiones (art. 14, inc. k LADEGE). En relación con este último punto, el Reglamento y el Estatuto del COES consagran el derecho de cualquier Agente de presentar los recursos de reconsideración y apelación contra las decisiones de la Dirección Ejecutiva, y el recurso de reconsideración y la solicitud de arbitraje contra las decisiones del Directorio (art. 36 Reglamento del COES), siendo las decisiones impugnables aquellas que estén destinadas a producir efectos sobre los intereses, obligaciones o derechos de cualquier Agente dentro de una situación concreta, conforme el Reglamento del COES (art. 37).

Sin embargo, esta vía del COES no es un mecanismo de solución de controversias completo, pues un Agente no puede presentar un reclamo contra otro, sino que solo puede impugnar una decisión del COES, ya sea de su Asamblea, Directorio o Dirección Ejecutiva (art. 13, inc. 3 Estatuto del COES) (art. 37 Reglamento del COES). Ni siquiera existe posibilidad de presentar un reclamo contra otro Agente para discutir una controversia, aun cuando esté basada en una decisión del COES. Por tanto, la única forma en la que un Agente puede discutir con otro mediante la presentación de argumentos, en el ámbito del COES, es impugnando una decisión de esta entidad, en cuyo trámite intervenga el tercero<sup>30</sup>. Sin embargo, aun en este supuesto, el tercero no puede formular pretensión impugnatoria propia, ni incorporar pedidos específicos distintos a los que son materia de impugnación.

Aun con las particularidades de la vía del COES, pueden existir supuestos donde pareciera que las empresas eléctricas contendientes pueden acceder tanto a esta vía como a la de OSINERGMIN para resolver sus controversias. La confusión surge pues el marco normativo es poco claro en determinar las competencias de ambas entidades, en tanto que únicamente en el supuesto de controversias entre generadores, entre generadores y transmisores, y entre transmisores del SEIN, que se relacionen con materias sujetas a supervisión y regulación por parte de OSINERGMIN, se ha especificado que éstas serán de competencia de sus órganos resolutivos solo en caso no se hayan originado de la actuación del COES (art. 46, inc. a) RGO). ¿Qué sucede con el resto de controversias que vinculan a otro tipo de empresas?

Por otro lado, la LADEGE contribuye a esta confusión al establecer que “Las decisiones del COES, que afecten a los Usuarios Regulados, pueden ser impugnadas por estos o sus representantes ante el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN, el que resuelve como última instancia administrativa. En los demás casos, la solución de controversias se ventila mediante arbitraje, de acuerdo con [...] lo que establezca el Estatuto

<sup>30</sup> Estatuto del COES:

“11.6 Intervención de Integrantes Registrados en el procedimiento de reconsideración y apelación.

En caso un Integrante Registrado interponga un recurso de reconsideración o apelación, la Dirección Ejecutiva procederá a publicarlo en el Portal de Internet del COES, el día hábil siguiente de la presentación del recurso. Cualquier Integrante Registrado podrá solicitar su intervención en el procedimiento de impugnación, como máximo dentro de los quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la publicación del recurso en el Portal de Internet del COES. El Integrante que solicita la intervención no puede formular pretensión impugnatoria propia, ni incorporar pedidos específicos distintos a los que son materia de impugnación”.

La mima lógica se da en el caso de reconsideraciones contra decisiones del Directorio y en las solicitudes de arbitraje, donde cualquier Agente puede solicitar su intervención.

del COES" (art. 14, último párrafo). En este supuesto, la LADEGE ha creado una ficción jurídica al considerar que el COES actúa como primera instancia administrativa al emitir su decisión, siendo la segunda y última instancia el TSC.

Recordemos que, por la rigidez de la atribución de la competencia administrativa de un órgano o entidad, tenemos las competencias exclusivas, alternativas, compartidas, concurrentes, indistintas y sustitutorias (Coscolluela 2014: 154-155). En el caso de conflictos por afectación de usuarios regulados como consecuencia de una decisión del COES, el ordenamiento ha otorgado competencias compartidas al COES y al OSINERGMIN, en tanto que actúan como primera y segunda instancia, respectivamente. Sin embargo, en el resto de situaciones, las competencias son exclusivas entre ambas entidades.

Recordemos que, en nuestro planteamiento, el OSINERGMIN debería ser competente para conocer toda controversia vinculada a asuntos bajo su regulación y supervisión. Pues bien, según la LCE, es materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES (art. 101, inc. c) LCE). Por tanto, podría pensarse que incluso los conflictos surgidos por la actuación del COES podrían discutirse directamente en sede administrativa. Sin embargo, consideramos que en estos supuestos el ordenamiento, si bien con poca claridad, ha otorgado competencia exclusiva al COES para resolver las impugnaciones que se presenten contra sus decisiones (art. 14, inc. k LADEGE).

En tal sentido, en las situaciones conflictivas que tengan como base una decisión concreta del COES (y donde no haya una afectación a un usuario regulado), la única forma de cuestionarla será mediante el mismo mecanismo del COES. Y en el resto de situaciones que se encuentren bajo regulación y supervisión del OSINERGMIN, será la vía administrativa de solución de controversias la pertinente.

Sin embargo, existe un supuesto en el cual, el OSINERGMIN podrá dirimir una controversia derivada de una decisión del COES, sin que ello implique una revisión de ésta o constituir al OSINERGMIN en una segunda instancia. Nos referimos a aquellos casos en los que, luego de que el COES ha emitido una decisión, ésta no es cumplida por un Agente, en perjuicio de otro Agente que tiene expectativas de derechos en dicha decisión. Debido a que el ordenamiento no ha otorgado al COES potestad para reconocer la existencia de derechos ni mucho menos facultades coercitivas o de sanción, el Agente interesado tendría que iniciar un PAT ante OSINERGMIN para solicitar que reconozca que la decisión del COES contiene un derecho (art. 3, inc. 1, lit. e) Ley 27332). De hecho, en el caso Empresa Electricidad del Perú S.A. vs. Compañía Minera Casapalca S.A., las partes discutieron sobre la base de una decisión del COES.

Sin embargo, en ningún caso el OSINERGMIN debería revisar asuntos materiales o de fondo de la controversia, sino que debe limitarse a reconocer que la decisión del COES es un derecho en favor del Agente. La ventaja de ello, es que, conforme el TUO LPAG, las resoluciones finales de un PAT que agoten la vía administrativa y ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Civil (art. 688, inc. 11)<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> El TUO LPAG (art. 203, inc. 6) hace mención al artículo 713, inciso 4, del Código Procesal Civil, pero este ha sido modificado, por lo que existe actualmente un procedimiento único de ejecución, regulado en el artículo 688 y siguientes, que da carácter de ejecutivo a los títulos que así lo señale la ley. En estos casos, el juez puede dictar un mandato ejecutivo, por el cual dispondrá al Agente el cumplimiento de la obligación contenida en la resolución del TSC (art. 690-C Código Procesal Civil).



#### IV. Reflexiones finales.

Con el Procedimiento Administrativo Trilateral, el Derecho Administrativo brinda un mecanismo a las personas y empresas para que puedan resolver sus conflictos, siempre que éstos estén relacionados con asuntos propios de esta disciplina. En el sector eléctrico peruano, de la interacción de los Agentes surgen conflictos sobre una infinidad de aspectos, teniendo los interesados un “menú” de mecanismos de solución de controversias a su disposición. Sin embargo, para determinados aspectos que se encuentren bajo el ámbito de regulación y supervisión del Organismo Regulador del sector, los interesados deben utilizar la vía administrativa para resolver sus diferencias, teniendo siempre la posibilidad de llegar a una solución autocompositiva.

Para conocer de estas controversias, el Organismo Regulador del sector eléctrico, OSINERGMIN, ejerce la función de solución de controversias, reconocida en la Ley 27332. Pero para que un conflicto pueda ser resuelto por esta entidad, debe tener ciertas características que lo vinculen con la regulación del sector, pues, de otro modo, debe ser discutido en sede judicial, arbitral o en la del COES.

Por nuestra parte, proponemos una reinterpretación del marco normativo, de forma tal que se simplifiquen las reglas que otorgan competencias al OSINERGMIN: consideramos que éste debería ser competente para conocer toda controversia vinculada a asuntos bajo su regulación y/o supervisión que vincule a dos empresas del sector eléctrico (sin diferenciar entre ellas), y siempre que el conflicto no haya surgido de una decisión del COES. Así, lo único que debería determinar el órgano resolutorio de OSINERGMIN en cada caso es si la materia controvertida se encuentra o no bajo su regulación o supervisión.

Se debe exceptuar el supuesto en el que la decisión del COES afecta a un usuario regulado, en cuyo caso éste puede acudir directamente al TSC (en cumplimiento de la LADEGE). Además, se debe reconocer que, en casos donde un Agente eléctrico se niegue a cumplir una decisión del COES, el OSINERGMIN, en el marco de un PAT, será competente para reconocer la existencia de un derecho en dicha decisión (al amparo de la Ley 27332), y para hacer obligatorio su cumplimiento.

#### V. Bibliografía.

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1970. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Segunda edición. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. 2010. “Sobre los entes reguladores y su función arbitral”. En: AA.VV. *Regulación Económica de los Servicios Públicos*. Lima: Ara, pp. 17-36.
- BACA ONETO, Víctor. 2006. “Los medios «alternativos» de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)”. *Lima Arbitration*. Lima, número 1, pp. 221-248.
- CAIRAMPOMA, Alberto y Paul VILLEGAS. 2017. “The legal regime of electricity service users in Peru”. *Journal of Energy & Natural Resources Law*. Londres, volumen 35. pp. 441-450. DOI: <https://doi.org/10.1080/02646811.2017.1355642>
- CAIRAMPOMA, Alberto. 2014. “La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano”. *Revista Derecho PUCP*. Lima, número 73. pp. 483-504.
- CHEVALLIER, Jacques. 2004. *L'État post-moderne*. Segunda Edición. París: LGDJ.



- COSCULLUELA MONTANER, Luis. 2014. *Manual de Derecho Administrativo*. Vigésimo quinta edición. Navarra: Civitas-Thomson Reuters.
- DAMMERT, Alfredo, Fiorella MOLINELLI y Max CARBAJAL. 2011. *Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico Peruano*. Lima: Organismo supervisor de la inversión en energía y minería.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. 2010. “La función que cumplen los organismos reguladores de servicios públicos en el ordenamiento peruano: ¿tutela de los usuarios o árbitros?”. En: AA.VV. *Regulación Económica de los Servicios Públicos*. Lima: Ara, pp. 173-198.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. 2004. “Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de regulación de controversias y de reclamos de usuarios”. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Lima, número 57, pp. 59-94.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. 2001. “El proceso de elaboración y aprobación de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Primera parte*. Lima: Ara, pp. 17-33.
- DE LA CRUZ, Juan. 2008. “Teoría de la regulación y Derecho Público”. En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego (Editor). *Regulación, instituciones y competencia en sectores estratégicos*. Lima: Grijley-ASIER, pp. 75-161.
- ESTEVE PARDO, José. 2013. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, José. 2010. “La recepción en la Europa continental del Derecho de la Regulación de la Economía”. *Revista de Administración Pública Madrid*, número 183, pp. 295-307.
- FERNEY MORENO, Luis. 2016. “Regulación para lograr los objetivos públicos: el caso de los servicios públicos de Colombia”. *Revista Derecho PUCP*. Lima, número 76, pp. 277-288.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. 2006. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Bogotá: Palestra-Temis.
- GIL BOTERO, Enrique. 2009. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, número 3, pp. 3-26.
- GÓMEZ APAC, Hugo. 2011. “El procedimiento trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?” *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 10, pp. 15-42.
- GÓMEZ APAC, Hugo. 2009. “Redescubriendo al procedimiento trilateral”. En: MARAVÍ SUMAR, Milagros (Compiladora). *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. pp. 369-400.
- GONZÁLEZ, Atilio Carlos. 1994. “Proceso y conflicto en el nuevo ordenamiento procesal civil del Perú”. *Ius et praxis, Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Lima, número 24, pp. 108-120.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. 1981. “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”. *Revista de estudios de la vida local*. Número 211, p. 409-454.

- HUAPAYA TAPIA, Ramón. 2015. “Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano”. *Revista Ius et Veritas*. Lima, número 50. pp. 368-397.
- KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y Eduardo QUINTANA SÁNCHEZ. 2005. “La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú”. *Revista Ius et Veritas*. Lima, número 31, pp. 59-89.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN. 1994. *Derecho de Arbitraje español*. Madrid: Dykinson. Citado por: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. 2011. “Art. 2°.- Materias susceptibles de arbitraje”. En: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Carlos SOTO COAGUILA (Coordinadores). *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Tomo I (Arts. 1° al 73°)*. Lima: Instituto peruano de Arbitraje. pp. 7-19.
- MAIRAL, Héctor. 1993. “La ideología del servicio público”. *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, número 14, pp. 359-437.
- MARTIN MATEO, Ramón y Juan José DÍEZ SÁNCHEZ. 2012. *Manual de Derecho Administrativo*. Vigésimo Novena Edición. Navarra: Thomson-Reuters.
- MARTIN TIRADO, Richard. 2003. “El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva ley del procedimiento administrativo general”. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda parte*. Lima: Ara, pp. 463-495.
- MASUCCI, Alfonso. 2009. “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, número 178. pp. 9-35.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. 2007. *Teoría General del Proceso*. Lima: Palestra Editores.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. 2010. *Curso de Derecho Administrativo*. Traducción a la décima edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. 2001. “Los procedimientos trilaterales”. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Primera parte*. Lima: Ara, pp. 327-339.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. 2011. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Iustel.
- PERRINO, Pablo. 2013. “Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública”. En: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge y otros (Coordinadores). *Derecho Administrativo en el Siglo XXI. Volumen II*. Lima: Adrus, pp. 799-822.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. 2013. “La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”. *Revista digital de Derecho Administrativo*. Bogotá, número 9, pp. 15-40.
- PIROPATO, Marissa. 2000. “Open Access and the Essential Facilities Doctrine: Promoting Competition and Innovation”. *University of Chicago Legal Forum*. Chicago, volumen 2000, número 1, pp. 369-411.
- QUINTANILLA ACOSTA, Edwin. 2004. *Autonomía institucional de los organismos reguladores: revisión de literatura. Documento de trabajo N° 14*. Lima: ESAN.
- ROJAS LEO, Juan. 2001. “¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo Derecho Administrativo en el Perú?”. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Primera parte*. Lima: Ara, pp. 115-173.

- RUBIO CORREA, Marcial. 2014. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición, cuarta reimpresión. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. 2014. *Casación 2819-2013-Callao*. Sentencia: 18 de setiembre de 2014.
- SANTIVÁÑEZ, Roberto. 2001. *Desregulación y privatización eléctrica en el Perú. Una propuesta para reimpulsar la reforma*. Lima: Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman y Luna-Victoria Abogados.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. 2001. “El procedimiento administrativo en Colombia y Perú. Actuaciones procesales”. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Primera parte*. Lima: Ara, pp. 209-256.
- SARMIENTO, Jorge. 2008 “Los denominados entes reguladores: sus cometidos y el control de su actividad”. En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego (Editor). *Regulación, instituciones y competencia en sectores estratégicos*. Lima: Grijley-ASIER, pp. 381-411.
- SORACE, Doménico. 2006. *Estado y Servicios Públicos*. Lima: Palestra.
- SOTO CARRILLO, Gerardo. 2012. “El acceso de terceros a instalaciones de transmisión eléctrica”. *Revista Ius et Veritas*. Lima, número 44, pp. 224-249.
- TARRÉS VIVES, Marc. 2001. *Normas Técnicas y Ordenamiento Jurídico*. Tesis para obtener el grado de doctor. Girona: Universidad de Girona, Facultad de Derecho.
- TASSANO, Hebert. 2008. “Los organismos reguladores de servicios públicos”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 4, pp. 89-106.
- TASSANO, Hebert. 2007. “Los tribunales administrativos en el marco de la regulación económica de los servicios públicos”. En: AA.VV. *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra. pp. 399-422.
- TASSANO, Hebert. 2006. “El procedimiento de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 1, pp. 245-262.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2006. *Expediente 0034-2004-AI*. Sentencia: 15 de febrero de 2005.
- TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. 2017. *Resolución 004-2017-TSC/88-2014-TSC*: 15 de agosto de 2017.
- TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. 2012. *Resolución 006-2012-TSC/66-TSC-OSINERGMIN*: 12 de setiembre de 2012.
- TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. 2007. *Resolución 004-2007-TSC/31-2007-TSC-OSINERGMIN*: 4 de octubre de 2007.
- TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. 2005. *Resolución 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERGMIN*: 22 de abril de 2005.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. 2014. “Caracterización y líneas jurisprudenciales del Panel de Expertos del sector eléctrico”. En: PANEL DE EXPERTOS (Editor). *Resolución de discrepancias en el sector eléctrico chileno. Reflexiones a 10 años de la creación del Panel de Expertos*. Santiago: Panel de expertos. pp. 69-111.

- ZEGARRA VALDIVIA, Diego. 2016. "La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio". *THÉMIS-Revista de Derecho*. Lima, número 69. pp. 123-131.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego. 2014. *Serie Módulos Instruccionales 1: Procedimiento Administrativo Trilateral*. Lima: INDECOPI.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego. 2005. *Servicio Público y Regulación. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú*. Lima: Palestra.