

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo**

**¿Crisis en los Organismos Reguladores? El ocaso de la facultad de solución de controversias ante el avance de la jurisdicción arbitral**

**Trabajo Académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo**

**AUTOR**

Francisco José Floríndez Aramburú

**ASESOR:**

Lucio Andrés Sánchez Povich

**CÓDIGO DEL ALUMNO:**

20111828

**AÑO**

2020

## RESUMEN

El presente trabajo académico analiza la importancia de la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores como instrumento de regulación y como mecanismo que busca armonizar los intereses privados con el interés público. En ese sentido, el trabajo académico reconoce a la facultad de solución de controversias como una auténtica función pública al servicio del interés general. Como consecuencia de lo anterior, el trabajo académico cuestiona el retroceso que se viene experimentando en el ejercicio de la facultad de solución de controversias debido, principalmente, a la creciente popularidad del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias. En esa línea, en el trabajo se abordan las posibles causas que habrían derivado en el retroceso en el ejercicio de la facultad de solución de controversias. Finalmente, el trabajo académico contiene una propuesta normativa que busca reafirmar la naturaleza de la facultad de solución de controversias como función pública y garantizar su ejercicio efectivo por parte de los organismos reguladores. Como se indica en el presente trabajo académico, la implementación de una mejora normativa resulta indispensable para evitar el ocaso de la facultad de solución de controversias frente al avance de la jurisdicción arbitral.

## ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	3
2.	LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	5
2.1.	NATURALEZA Y CARÁCTERÍSTICAS DE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	5
2.2.	REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	9
2.2.1.	OSIPTEL.....	9
2.2.2.	OSINERGMIN.....	11
2.2.3.	OSITRAN.....	13
2.2.4.	SUNASS.....	15
3.	CONFLICTO ENTRE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A CARGO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL.....	15
3.1.	DESCRIPCIÓN DEL CONFLICTO ENTRE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A CARGO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL.....	16
3.2.	POSIBLES CAUSAS DEL CONFLICTO ENTRE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A CARGO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL.....	20
4.	PROPUESTA DE MEJORA NORMATIVA.....	22
5.	CONCLUSIONES.....	27
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	28

# ¿CRISIS EN LOS ORGANISMOS REGULADORES? EL OCASO DE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE EL AVANCE DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

## 1. INTRODUCCIÓN.

En el Perú, la década de los noventa implicó un cambio en el rol del Estado en la economía. Bajo la entonces recientemente aprobada Constitución Política de 1993, el Estado pasó de ser un interventor directo en la economía –caracterizado por una intensa actividad empresarial– a un Estado regulador.

En línea con lo anterior, el Estado emprendió una política de privatización de las principales empresas públicas, tales como la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT), la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), EDELNOR, EDELSUR, entre otros. Al respecto, debe notarse que este cambio de rol del Estado y la política privatizadora, no implicó un abstencionismo estatal en materia económica, sino más bien la focalización de la actividad del Estado en la regulación y supervisión de los sectores liberalizados.

Es en este contexto que se crean los organismos reguladores, a efectos de “*garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras*” (Tassano 2006: p. 246).

Como es lógico, la transferencia de importantes empresas estatales al sector privado, muchas de ellas dedicadas a la prestación de servicios públicos, requirió de la existencia de organismos especializados que aseguren, no solo la calidad en la prestación de los servicios anteriormente prestados por el Estado, sino también que la transferencia de las referidas empresas y/o infraestructura estatal al sector privado –muchas de ellas monopólicas y/o

poseedoras de una posición de dominio– no tengan un efecto permanente de cierre del mercado<sup>1</sup>.

Así, en la década de los noventa se crea el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (“OSIPTTEL”), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (“OSINERGMIN”), la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (“SUNASS”) y el Organismo Supervisor de la Infraestructura de Transporte de Uso Público (“OSITRAN”)<sup>2</sup>.

Debido a que los organismos reguladores antes mencionados no fueron creados al mismo tiempo y contaron con distintas normas que regulaban su funcionamiento, en el año 2000 se aprobó la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (“LMOR”). Al respecto, la referida norma tuvo por objeto establecer un esquema de organización y funcionamiento básico y común para todos los organismos reguladores (Danós 2004: p. 61).

De tal modo, con la aprobación de la LMOR, todos los organismos reguladores fueron dotados de las siguientes funciones: (i) supervisora; (ii) reguladora; (iii) normativa; (iv) fiscalizadora y sancionadora; (v) solución de controversias entre empresas; y, (vi) solución de reclamos de usuarios. Como abordaremos más adelante, todas las funciones antes mencionadas cumplen un propósito específico para garantizar la confiabilidad y eficacia del marco regulatorio.

Si bien la mayoría de funciones antes mencionadas vienen siendo ejercidas eficientemente por los organismos reguladores, existe una función cuya eficacia se ha visto comprometida en los últimos años: la función de solución de controversias entre empresas. Al respecto, la

---

<sup>1</sup>Al respecto, el doctor Jorge Danós refiere que, como consecuencia del cambio del Estado en la economía, los organismos reguladores fueron creados “con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras” (2006: p. 60).

<sup>2</sup> Los organismos reguladores fueron creados mediante los siguientes dispositivos normativos: (i) OSIPTTEL: Decreto Legislativo N° 702 del 8 de noviembre de 1991; (ii) OSINERGMIN (antes denominado OSINERG): Ley N° 26734 del 31 de diciembre de 1996; (iii) OSITRAN: Ley N° 26917 del 23 de enero de 1998; y, (iv) SUNASS: Decreto Ley N° 25965 del 19 de diciembre de 1992.

creciente popularidad del arbitraje como método alternativo de solución de controversias ha ocasionado que diversos agentes que operan en los sectores regulados, incluyendo a los propios organismos reguladores, busquen evitar que las controversias sean resueltas por los organismos reguladores y, por el contrario, sean conocidos en la vía arbitral.

En nuestra opinión, el problema identificado se debe, en gran parte, al incorrecto entendimiento de la facultad de solución de controversias y a la imprecisión de las normas aplicables. Hoy en día, existe una corriente de interpretación que sostiene que la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores puede ser inaplicada por la sola existencia de un convenio arbitral. ¿No es acaso la facultad de solución de controversias parte instrumental del esquema regulatorio? ¿Estamos frente al ocaso de la facultad de solución de controversias?

Una interpretación como la anterior conllevaría ciertamente al ocaso de la facultad de solución de controversias frente al avance de la jurisdicción arbitral.

## **2. LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.**

La presente sección tiene por objeto abordar la naturaleza y características de la facultad de solución de controversias, incluyendo su importancia dentro del esquema regulatorio implementado en el Perú en la década de los noventa. Asimismo, se detallará la regulación específica de la facultad de solución en cada uno de los organismos reguladores.

### **2.1. NATURALEZA Y CARÁCTERÍSTICAS DE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.**

Recogiendo una práctica que venía ocurriendo en algunos organismos reguladores desde hace un tiempo atrás, la LMOR reconoció la facultad de solución de controversias a todos los organismos reguladores. Así, el literal e) del artículo 3.1° de la LMOR reconoce expresamente que los organismos reguladores cuentan con la referida función y que esta *“comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas*

*bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados (...)*”.

A efectos de garantizar la imparcialidad e independencia que requiere toda labor de solución de controversias, el artículo 9º de la LMOR establece que los organismos reguladores deben contar con un Tribunal de Solución de Controversias, conformado por cinco (5) miembros, que constituirá la última instancia administrativa. En adición, el referido artículo refiere que lo resuelto por el Tribunal de Solución de Controversia es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia administrativa<sup>3</sup>.

En suma, la LMOR no solo reconoce la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores, sino que, además, prevé la implementación de una estructura específica para garantizar un ejercicio eficiente de dicha labor. Lo anterior reafirma la importancia de la facultad materia de análisis como parte del esquema regulatorio implementado en nuestro país en la década de los noventa.

En línea con lo anterior, cabe destacar que la facultad de solución de controversias es en sí misma un instrumento de regulación, en la medida que su finalidad principal es asegurar el adecuado cumplimiento de marco regulatorio aplicable y corregir eventuales incumplimientos de forma celeré. Se trata entonces de un instrumento para garantizar la estabilidad, eficacia, y confiabilidad del marco regulatorio<sup>4</sup>.

En este sentido, el profesor Ramón Huapaya señala lo siguiente:

---

<sup>3</sup> Con relación a la importancia del Tribunal de Solución de Controversias, el profesor Hebert Tassano refiere que *“El objetivo es que los Tribunales de Solución de Controversias de cada uno de los organismos reguladores constituyan órganos neutrales, integrados por expertos técnicos, que actúen independientemente, respecto del propio regulador, del Gobierno y de los agentes privados involucrados en la resolución de los diversos agentes del sector y sus clientes”* (2006: p. 250).

<sup>4</sup> Al respecto, el profesor Hebert Tassano, refiriéndose a la función de solución de controversias en el sector energía precisa que *“Como parte del diseño institucional regulatorio, el mecanismo de solución de controversias busca los costos de transacción asociados a la ejecutabilidad de las reglas establecidas por el organismo regulador, sus resoluciones, y a los compromisos contraídos por las partes en el marco de las relaciones bilaterales que surgen entre ellas como parte del proceso productivo del sector energía”* (2006: p. 258).

*“La regulación implica más que un concepto de emisión o dación de normas, sino que es una actividad que implica un “seguimiento” o supervisión de actividades relevantes para la sociedad, actividad que se desarrolla desde el Estado. Correlativamente, ello implica que las autoridades de regulación (organismos de la Administración Pública) asuman poderes exorbitantes para hacer cumplir los objetivos de la misma (poderes normativos, de supervisión, de coerción, de fiscalización y sanción, hasta inclusive de solución de controversias)” (2010: p. 343).*

Con relación a la facultad de solución de controversias de manera específica, la doctrina refiere que esta se constituye como un mecanismo ágil y técnico para solucionar controversias en los sectores regulados y, con ello, armonizar los intereses particulares con el interés general (Danós 2004: pp. 76-77) (Tassano 2006: pp. 250, 259).

Considerando lo anterior, la facultad de solución de controversias no puede ser concebida como un mecanismo alternativo de solución de controversias cuya procedencia y aplicación depende exclusivamente de la voluntad de las partes que integran una controversia regulatoria. Por el contrario, la referida facultad implica el ejercicio de una función pública otorgada a los organismos reguladores en virtud de la LMOR.

Sin perjuicio de lo anterior, debe notarse que la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores no implica el ejercicio de jurisdicción, toda vez que, de conformidad con el artículo 138° de la Constitución Política del Perú, la potestad jurisdiccional se encuentra reservada exclusivamente al Poder Judicial<sup>5</sup>.

La facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores constituye una “jurisdicción administrativa primaria” o jurisdicción retenida. Lo anterior implica que el Poder Judicial deberá abstenerse de pronunciarse sobre una controversia regulatoria sujeta a la facultad de solución de controversias de los organismos reguladores hasta que se haya agotado la vía administrativa (Martín 2003: pp. 474-475).

---

<sup>5</sup> No obstante lo anterior, debe notarse que el artículo 149° de la Constitución Política del Perú reconoce a las comunidades campesinas y nativas la posibilidad de ejercer función jurisdiccional en su ámbito territorial. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reconocido el ejercicio de función jurisdiccional por parte de los Tribunales Arbitrales en la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-HC/TC.



Si bien la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores acarrea el ejercicio de “jurisdicción material”, ya que implica la solución de una controversia específica, la principal diferencia con la jurisdicción ordinaria radica en que las decisiones emitidas por los organismos reguladores no constituyen cosa juzgada (Bullard 2005: p. 93)<sup>6</sup>.

En efecto, el artículo 148° de la Constitución Política del Perú es claro al señalar que “*Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa*”. Sin duda, las decisiones emitidas en el ejercicio de la facultad de solución de controversias no son la excepción y, por tanto, son revisables ante el Poder Judicial.

Finalmente, no debe confundirse la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores con la labor de administración de arbitrajes llevada a cabo por algunas entidades de la Administración Pública. A diferencia de la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores, los arbitrajes administrados por entidades de la Administración Pública si implican el ejercicio de función jurisdiccional, aunque esta es ejercida por el respectivo Tribunal Arbitral y no por la entidad a cargo de la administración del arbitraje.

En suma, conforme ha sido expuesto en la presente sección, la facultad de solución de controversias implica el ejercicio de una función pública reconocida a los organismos reguladores en virtud de la LMOR. Asimismo, la facultad de solución de controversias se constituye como una importante herramienta de regulación, siendo esta particularmente relevante para garantizar la eficacia y confiabilidad del esquema regulatorio.

---

<sup>6</sup> Sobre el particular, Alfredo Bullard precisa que “(...) la labor de los Tribunales Administrativos se asemeja a la realizada por los jueces (...) siendo sus decisiones producto del análisis del ordenamiento jurídico al caso particular y para el cumplimiento de su función resolutoria, los Tribunales Administrativos no están sometidos a autoridad alguna” (2005: p. 93). En esa línea, es posible sostener que la facultad solución de controversias tiene una naturaleza “cuasi jurisdiccional”, contando los procedimientos de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores con características que suelen estar asociadas a la función jurisdiccional como la independencia e imparcialidad del órgano resolutorio (Gómez 2011: p. 39)

Atendiendo a lo anterior, resulta de suma importancia que los operadores jurídicos eviten interpretaciones que limiten indebidamente el ejercicio de la referida función pública. Si bien no pretendemos negar la eficiencia y conveniencia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias, la utilización del referido mecanismo no debe limitar las facultades otorgadas por Ley a los organismos reguladores y, mucho menos, afectar el esquema regulatorio.

## **2.2. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.**

Como adelantamos en la sección anterior, la LMOR estandarizó el ejercicio de la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores y estableció una estructura básica para el ejercicio eficiente de la referida facultad. Sin perjuicio de lo anterior, dicha norma deja la regulación específica de la facultad de solución de controversias a cada organismo regulador, a efectos de permitir que el ejercicio de la referida facultad se adecúe a sus necesidades específicas.

Considerando lo anterior, la presente sección tiene por objeto detallar la regulación de la función de controversias en cada uno de los organismos reguladores.

### **2.2.1. OSIPTEL.**

La facultad de solución de controversias a cargo del OSIPTEL se encuentra reconocida desde antes de la aprobación de la LMOR. En efecto, el numeral 4) del artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (“Ley de Telecomunicaciones”) señala que la referida entidad es competente para “*Resolver controversias por la vía administrativa entre prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido*”.

Por su parte, el artículo 78° de la Ley de Telecomunicaciones precisa que, en adición a lo establecido en el artículo 77°, el OSIPTEL es competente para resolver controversias entre

empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones referidas a las siguientes materias: (i) incumplimiento de obligaciones a la leal competencia previstas en la Ley de Telecomunicaciones<sup>7</sup>; (ii) diferencias relacionadas a la interconexión de servicios y derecho de acceso a red, incluyendo aspectos técnicos y condiciones económicas<sup>8</sup>; (iii) diferencias entre empresas referidas a tarifas; y, (iv) diferencias entre empresas referidas aspectos técnicos.

Adicionalmente, el artículo 2° del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL (“Reglamento de Controversias del OSIPTEL”), señala que el OSIPTEL también es competente para resolver controversias entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones referidas al acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y controversias que se deriven de *“acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios”*.

Con relación a la naturaleza de “jurisdicción administrativa primaria” y/o “jurisdicción retenida” de la facultad de solución de controversias, el artículo 81° de la Ley de Telecomunicaciones establece expresamente que *“La vía administrativa previa es obligatoria para las empresas explotadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Lo resuelto en esta vía es de obligatorio cumplimiento, salvo mandato judicial consentido que expresamente señale lo contrario”*.

A diferencia de lo que ocurre en otros organismos reguladores, el artículo 80° de la Ley de Telecomunicaciones prevé específicamente la posibilidad que la solución administrativa de

---

<sup>7</sup> Si bien el Reglamento de Controversias del OSIPTEL contempla la sanción de prácticas anticompetitivas a instancia de parte o de oficio, el referido procedimiento no involucra el ejercicio de la facultad de solución de controversias, sino más bien, el ejercicio de la facultad de sanción.

<sup>8</sup> El artículo 2° del Reglamento de Controversias del OSIPTEL precisa que la referida controversia puede incluir *“lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones”*.

ciertas controversias sea reemplazada, a elección de la propia entidad, por un arbitraje administrado por OSIPTEL<sup>9</sup>.

Conforme a lo establecido en el Reglamento de Controversias del OSIPTEL, las controversias regulatorias bajo su ámbito de competencia serán resueltas, en primera instancia administrativa por Cuerpos Colegiados Ad-Hoc conformados por tres (3) a cinco (5) miembros. En concordancia con lo dispuesto por la LMOR, la controversia será resuelta en segunda instancia por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL.

### **2.2.2. OSINERGMIN.**

Además de la LMOR, la facultad de solución de Controversias del OSINERGMIN se encuentra contemplada en el Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM ("Reglamento General del OSINERGMIN"). Así, el artículo 44° del referido reglamento refiere que "*La función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de OSINERG, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las ENTIDADES, entre éstas y los USUARIOS LIBRES y entre éstos*".

En adición, el mismo artículo agrega que "*La función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva de OSINERG, comprende además la facultad de este Organismo, de conciliar intereses contrapuestos sobre dichas materias*".

El Reglamento General del OSINERGMIN especifica las materias específicas que son objeto de la facultad de solución de controversias del OSINERGMIN. Al respecto, el artículo 46° del citado reglamento dispone lo siguiente:

---

<sup>9</sup> Sobre este punto, el doctor Jorge Danós refiere que "*En el ámbito del servicio público de telecomunicaciones se ha previsto que el respectivo organismo regulador –OSIPTEL– pueda actuar como institución organizadora de arbitrajes para la solución de controversias entre empresas operadoras, exceptuándose las materias que involucren el ejercicio de atribuciones o funciones que le compete desarrollar al regulador, entre otras. Esta vía arbitral, alternativa para las empresas y excluyente de la vía administrativa, constituye la única forma en que las empresas prestadoras pueden exceptuarse de la obligatoriedad de someter sus conflictos al procedimiento de solución de controversias en sede administrativa*" (2006: p. 83).

***“Artículo 46.- Controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES***

*OSINERG es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES:*

- a) Controversias entre Generadores, entre Generadores y Transmisores, y entre Transmisores del Sistema Interconectado Nacional, distintas a las originadas en el Comité de (COES) y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.*
- 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 OSINERG.*
- d) Controversias entre Transportistas de hidrocarburos y/o Distribuidores de gas natural con los Distribuidores, Comercializadores y USUARIOS LIBRES que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios, o normativos del servicio o derivados de contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.*
- e) Controversias entre USUARIOS LIBRES y los Productores, Distribuidores o Comercializadores que le proporcionan suministro de gas natural, relacionadas con los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del suministro o derivados de contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG*
- f) Otras controversias que determine el Consejo Directivo, de conformidad con la normatividad del SECTOR ENERGIA”.*

En el 2018 se aprobó el nuevo Reglamento de los Órganos Resolutivos del OSINERGMIN mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 044-2018-OS-CD

(“Reglamento de Órganos Resolutivos OSINERGMIN”) cuyo artículo 5° circunscribe la facultad de solución de controversias del OSINERGMIN a las *“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”*.

Como abordaremos más adelante, la disposición antes mencionada parece desafortunada, ya que implicaría una renuncia del OSINERGMIN a la facultad de solución de controversias que le ha sido otorgada por Ley, al subordinar su ejercicio a la inexistencia de otras vías de solución de controversias.

Finalmente, cabe señalar que al igual que en el caso del OSIPTEL, el Reglamento General del OSINERGMIN prevé que las controversias sean resueltas en primera instancia por Cuerpos Colegiado Ad-Hoc conformados por tres miembros designados por el Consejo Directivo y, en segunda instancia administrativa, por el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN. Asimismo, el referido reglamento señala expresamente que *“La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSINERG”* (artículo 47° del Reglamento General del OSINERGMIN).

### **2.2.3. OSITRAN.**

En adición a la LMOR, la facultad de solución de controversias del OSITRAN se encuentra reconocida en la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (“LSIP”). Al respecto, el literal c) del artículo 5° de la LSIP establece como objetivo del OSITRAN *“Resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia que puedan surgir entre las Entidades Prestadoras, de acuerdo con lo establecido en su Reglamento”* y el artículo 6° de la citada norma establece que *“La atribución de resolver controversias comprende la posibilidad de conciliar intereses contrapuestos, reconociendo o desestimando los derechos invocados”*.

A mayor ahondamiento, al artículo 1º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSITRAN N° 019-2011-CD-OSITRAN (“Reglamento de Controversias del OSITRAN”) define el concepto de “controversia” de la manera siguiente:

*“El desacuerdo o conflicto de interés sobre asuntos de interés público, de hecho o de derecho del ámbito de competencia del OSITRAN que se suscite entre entidades prestadoras. También a aquellas que se susciten entre éstas y sus usuarios intermedios respecto del contrato o del mandato de acceso”. La controversia podrá referirse a cualquier asunto vinculado con el contrato o mandato de acceso, su aplicación o interpretación; la prestación del servicio esencial; la forma de uso de la facilidad esencial o los efectos que se deriven de dicha prestación o forma de uso, entre otros”.*

Por su parte, el artículo 2º del citado Reglamento de Controversias del OSITRAN reitera que facultad de solución de controversias del OSITRAN se encuentra limitada a las controversias entre Entidades Prestadoras, entre estas y usuarios intermedios y/o referidas al cumplimiento de otras obligaciones legales que no hayan sido asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN. Asimismo, la referida disposición excluye las controversias que versen sobre el acceso, uso o explotación de infraestructura no calificada como esencial y/o aquellas que se susciten entre usuarios intermedios o finales.

El artículo 65º del Reglamento de Controversias del OSITRAN, en concordancia con lo dispuesto por el Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM establece que, alternativamente a la solución administrativa de controversias, *“Las Entidades Prestadoras y los usuarios podrán acordar someter todo o parte de la controversia al arbitraje, siempre que se trate de derechos disponibles y que no exista interés público alguno, declarado así por el Cuerpo Colegiado del OSITRAN”.*

En adición a lo anterior, el artículo antes mencionado refiere que *“El sometimiento de la controversia al arbitraje, es excluyente de la vía administrativa, en consecuencia, no podrán presentarse ante el OSITRAN las controversias sometidas a arbitraje o los asuntos que ya hubieren sido resueltos mediante el mismo”.*

Las controversias ante el OSITRAN serán resueltas en primera instancia administrativa por Cuerpos Colegiados y, en segunda instancia administrativa, por el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos del OSITRAN.

#### **2.2.4. SUNASS.**

La facultad de solución de SUNASS se encuentra regulada en el Reglamento General de la referida entidad, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2001-PCM (“Reglamento General de la SUNASS”). Al respecto, el artículo 45° del referido reglamento señala que *“La SUNASS resolverá las controversias que puedan surgir en la PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO entre las EMPRESAS PRESTADORAS, de conformidad con lo que establezca el respectivo reglamento, aprobado por su Consejo Directivo”*.

Al igual que en los demás organismos reguladores, las controversias en primera instancia serán resueltas por Cuerpos Colegiados en primera instancia y por el Tribunal de Solución de Controversias en segunda instancia.

Con relación de arbitrar las controversias entre empresas prestadoras, el artículo 42° del Reglamento General de la SUNASS establece lo siguiente:

*“(…) Las EMPRESAS PRESTADORAS podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables. Tratándose de materias arbitrables la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa; siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. En el caso de optarse por la vía arbitral, las partes podrán someter sus controversias a la SUNASS, quien actuará como entidad administradora de arbitrajes. La función de administrar arbitrajes no es exclusiva de la SUNASS”*.

### **3. CONFLICTO ENTRE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A CARGO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL.**



Hasta este punto hemos abordado la naturaleza de la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores y su importancia como instrumento de regulación. En efecto, como hemos venido señalando, la referida facultad resulta de suma importancia para garantizar la coherencia y eficacia del actual diseño regulatorio.

Sin perjuicio de lo anterior, y como adelantamos en la sección introductoria de este artículo, en los últimos años, el ejercicio de la facultad de solución de controversias se ha visto amenazado por la creciente popularidad de la jurisdicción arbitral; asunto que abordaremos en este apartado.

### **3.1. DESCRIPCIÓN DEL CONFLICTO ENTRE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A CARGO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL.**

La inclusión de convenios arbitrales en los contratos suscritos entre agentes sujetos a la supervisión de los organismos reguladores, ha ocasionado que muchas controversias que, en principio, deberían ser resueltas por los organismos reguladores en ejercicio de su facultad de solución de controversias, sean ventiladas en la vía arbitral.

Al respecto, en la actualidad, el arbitraje viene siendo entendido, equivocadamente a nuestro parecer, como una alternativa a la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores, desconociendo la naturaleza de función pública de dicha facultad y su importancia como parte del diseño regulatorio. En efecto, el propio Tribunal Constitucional, refiriéndose a una controversia resuelta por los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN, ha señalado lo siguiente:

*“13. Si bien el Osinergmin es el encargado de solucionar las controversias que se presentan con ocasión del proceso de aprovechamiento del gas natural (extracción, transporte y distribución), donde participan tanto los agentes económicos públicos como los privados, dicha competencia se encuentra restringida cuando, producto de la libertad de las partes contractuales, deciden que los problemas que surjan serán resueltos ante el Poder Judicial o un Tribunal Arbitral, conforme con el artículo 62 de la Constitución (...).*

*En ese sentido, los reclamos de Egasa y Egesur contra el sistema de facturación de la demandante se encuentran amparados y tienen mecanismos o vías de resolución como la judicial o arbitral, conforme al precitado artículo 62 de la Constitución Política.*

*14. Este Tribunal advierte que, en atención a que la emisión de las resoluciones administrativas cuestionadas por la actora provienen de una supuesta vulneración de las cláusulas del contrato de concesión, o contrato BOOT, referidas al procedimiento de facturación a emplearse en el cobro del servicio de distribución; y, al ser dicho contrato un instrumento privado, se encuentra protegido por el artículo 62 de la Constitución; pues, en esencia, la discusión se encontraba en determinar si el régimen tarifario previsto en el contrato de concesión servía o no para el cálculo de la tarifa aplicable a los consumidores independientes (Egesur y Egasa) que contraten por reserva de capacidad con la concesionaria (Contugas).*

*15. De lo expuesto, se aprecia una vulneración del derecho al juez predeterminado por ley de Contugas, al haberse resuelto un reclamo sobre la modalidad de facturación pactada en los contratos de distribución de gas natural suscritos entre la demandante y otras empresas privadas. En otras palabras, un ente administrativo dirimió un asunto contractual cuya competencia en primer término estaba reservada, según el contrato suscrito, a un Tribunal arbitral” (2019: Fundamentos Jurídicos 13 a 15).*

Lo expresado por el Tribunal Constitucional refleja claramente el conflicto que hemos venido comentando, ya que el referido tribunal concibe al arbitraje como una alternativa a la facultad de solución a cargo de los organismos reguladores. En nuestra opinión, el planteamiento del Tribunal Constitucional subordina el ejercicio de una función pública a la voluntad de las partes de una relación contractual.

Sobre el particular, consideramos que en la decisión del Tribunal Constitucional no se tomó en cuenta que el ejercicio de la facultad de solución de controversias no solo tiene por objeto solucionar una controversia entre privados, sino que, además, y aún más importante, busca armonizar los intereses privados con el interés público (Zegarra 2015: p.12). En otras palabras, la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores busca, principalmente, garantizar la eficacia del marco regulatorio aplicable y, con ello, tutelar los intereses de los distintos actores que participan en un determinado sector regulado (competidores, grandes clientes y usuarios).

En línea lo anterior, debe notarse que la facultad de solución de controversias bajo comentario es ejercida únicamente en sectores regulados, los cuales, precisamente por sus particulares características (ej. inexistencia de competencia, actividades de interés general, etc), se encuentran sometidos a una regulación especial que incluye la solución regulatoria de controversias (que, como hemos comentado, busca garantizar el cumplimiento de las disposiciones regulatorias).

Si bien lo anterior no fue considerado por el Tribunal Constitucional al momento de resolver el caso antes mencionado, la referida sentencia –que presentó un voto dividido de tres (3) a tres (3) magistrados– contiene un planteamiento interesante en el voto singular de los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera. Al respecto, en el voto singular se indicó lo siguiente:

*“13. La jurisdicción arbitral tiene como fuente de origen el consentimiento de las partes de una relación contractual; sin embargo, ello no justifica que cualquier asunto pueda reconducirse a dicha jurisdicción. Existen asuntos, como las potestades de los organismos reguladores, supervisores y fiscalizares que, por su propia naturaleza, constituyen materias indisponibles para los contratantes, pues la intervención del Estado en defensa de los consumidores y usuarios no puede dejarse a la libre voluntad de las partes.*

*14. Debe señalarse que, si bien las partes suscribieron una cláusula comprometiéndose a someter a la vía arbitral todos los conflictos que se produzcan, con ocasión de la ejecución del contrato, ello no puede servir de fundamento para desviar la competencia del Estado para tutelar los intereses de los consumidores de gas natural, indistintamente de que se traten de consumidores regulados o independientes. Así, Osinergmin es el llamado por ley para resolver las controversias de índole normativo, pues, su competencia no se encuentra supeditada a la libre voluntad de las partes que suscriben un contrato de distribución de gas natural. Sostener lo contrario implicaría que el Estado renuncie a su facultad reguladora, supervisora y fiscalizadora en favor de los contratantes, quienes decidirían su intervención o no. En este sentido, en cuanto a este extremo, opinamos que no resulta atendible la pretensión de la recurrente” (2019: Fundamentos 13 y 14 del voto singular).*

Lo expresado en el voto singular identifica claramente el asunto que venimos comentando. Como señalan los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña

Barrera, el ejercicio de las potestades públicas a cargo de los organismos reguladores no puede estar condicionado a la existencia o no de un convenio arbitral.

Considerando lo anterior, resulta alarmante que, en la actualidad, la facultad de solución de controversias esté siendo también distorsionada por los propios organismos reguladores. En efecto, las referidas entidades no solo han emitido pronunciamientos variados e inconsistentes sobre el ejercicio dicha facultad, sino que, en algunos casos, han aprobado regulaciones que la limitan significativamente.

A manera de ejemplo, en la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del OSINERGMIN N° 007-2014-OS/CC-88, referida a una controversia sobre retiros de energía (cuyo contenido es inminentemente regulatorio), declaró fundada una excepción de incompetencia debido a la existencia de convenio arbitral. De igual forma, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN N° 013-2019-OS/91-2015-TSC, el Tribunal de Solución de Controversias, revocando una decisión de primera instancia administrativa, se declaró incompetente para decidir una controversia referida a la facturación de la Tarifa Única de Distribución de Gas Natural por red de ductos (otra controversia de contenido altamente regulatorio).

Por si lo anterior no fuera suficiente, en el 2018 se aprobó el nuevo Reglamento de los Órganos Resolutivos del OSINERGMIN, en cuyo artículo 5° se indicó expresamente que el OSINERGMIN solo será competente para resolver controversias *“que no tengan otra vía normativa o contractualmente prevista”*.

Como se puede apreciar, tanto los pronunciamientos de los Órganos Resolutivos del OSINERGMIN como el reglamento antes mencionado comprometen seriamente la eficacia de la facultad de solución de controversias, subordinando su ejercicio a la inexistencia de un convenio arbitral.

Contrariamente a lo que ocurre en el OSINERGMIN, en los últimos años, el OSIPTEL ha emitido diversos pronunciamientos en materia de compartición de infraestructura que

privilegian claramente el ejercicio de su facultad de solución de controversias ante la existencia de un convenio arbitral.

Lo anterior evidencia que, en la actualidad, el adecuado ejercicio de la facultad de solución de controversias depende en gran medida del criterio de los profesionales que integren los órganos resolutivos de los organismos reguladores. Sobre el particular, y como abordaremos a continuación, esta situación se debe a la imprecisión de las normas que regulan el ejercicio de la facultad de solución de controversias.

### **3.2. POSIBLES CAUSAS DEL CONFLICTO ENTRE LA FACULTAD DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A CARGO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL.**

Como se ha podido apreciar en la sección anterior, hoy en día existe un inminente conflicto entre la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores y la jurisdicción arbitral. Así, es sumamente común que en los procedimientos de solución de controversias se ventilen diversas excepciones de incompetencia (referidas, principalmente, a la existencia de un convenio arbitral) y que incluso existan procesos paralelos (ej. existencia de un procedimiento de solución de controversias y un arbitraje).

En nuestra opinión, lo anterior no solo se debe a la popularidad del arbitraje como principal mecanismo de solución de controversias, sino también a la inexistencia de normas claras que regulen la referida facultad. En efecto, las actuales normas en materia de solución de controversias son insuficientes y dan espacio a un amplio margen de interpretación.

Por ejemplo, en la LMOR –norma que unifica las competencias de todos los organismos reguladores– solo se indica que la facultad de solución de controversias “*comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados*” (literal e) del artículo 3.1º) y se establece la obligatoriedad de que los organismos reguladores cuenten con un Tribunal

de Solución de Controversias (artículo 9º). Así las cosas, la LMOR no se pronuncia sobre la naturaleza de la facultad de solución de controversias, su ejercicio exclusivo, previo y excluyente y/o sobre su relación con la jurisdicción arbitral.

Por el contrario, y como se desprende de la segunda sección del presente artículo, las particularidades del ejercicio de la facultad de solución de controversias han sido relegadas a la regulación sectorial. En nuestra opinión, lo anterior no resulta acertado, toda vez que la regulación sectorial es muchas veces insuficiente y se encuentra sujeta a mayores variaciones (en efecto, muchos aspectos relevantes de la facultad de solución de controversias se encuentran desarrollados en normas reglamentarias).

En esa línea, consideramos que los aspectos esenciales de la facultad de solución de controversias deberían estar contenidos en una norma con rango de ley, preferiblemente de aplicación común a todos los organismos reguladores, tal como la LMOR. Sin duda, lo anterior contribuiría a una mayor seguridad jurídica en el ejercicio de la facultad de solución de controversias.

Por otro lado, cabe señalar que el conflicto entre la facultad de solución de controversias y la jurisdicción arbitral no solo se debe a la imprecisión de la LMOR, sino también a la imprecisión del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (“Ley de Arbitraje”). Así, en el artículo 2º de la Ley de Arbitraje solo se indica que *“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”*.

Al respecto, la fórmula contenida en el artículo 2º de la Ley de Arbitraje difiere significativamente de la regulación contenida en la derogada Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje. En efecto, el artículo 1º de la referida norma excluía expresamente de la jurisdicción arbitral, entre otras, las controversias *“que interesan al orden público (...)”* y *“Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público”*.

Como se puede apreciar, la norma anterior excluía expresamente las controversias asociadas al ejercicio de funciones públicas de la jurisdicción arbitral, lo que no ocurre con la actual Ley de Arbitraje. Si bien entendemos que la fórmula “materias de libre disposición” incluida en la Ley de Arbitraje resulta acertada e importante para promover el arbitraje como mecanismo de solución de controversias<sup>10</sup> (quedando a los propios tribunales arbitrales, en observancia del principio de Kompetenz-Kompetenz, definir si una controversia involucra una materia de libre disposición o no), consideramos que dicha fórmula es insuficiente para garantizar el ejercicio efectivo de la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores.

Considerando todo lo expuesto, es necesario introducir modificaciones al marco normativo aplicable, a efectos de delimitar adecuadamente la interacción entre la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores y la jurisdicción arbitral.

#### **4. PROPUESTA DE MEJORA NORMATIVA**

Como adelantamos en la sección anterior, el conflicto existente entre la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores y la jurisdicción arbitral requiere, en nuestra opinión, de una mejora normativa para alcanzar una solución definitiva.

---

<sup>10</sup> Al respecto, los profesores Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya, refiriéndose a la inclusión de la fórmula de “libre disponibilidad”, señalan que *“Ello ha sido acertado, pues el criterio negativo que pretendía excluir del arbitraje determinadas «materias» adolecía de un serio defecto, a saber: dejaba la puerta abierta para que las cuatro prohibiciones que allí se sancionaban estuvieran plagadas de excepciones. Esto quería decir, en buen romance, que las prohibiciones en realidad no prohibían tanto como aparentaban o querían, y que el arbitraje, incluso en ellas, estaba más que presente.*

*De ahí la necesidad de pensar muy en serio sobre si el criterio negativo, esto es, las prohibiciones sobre lo que no se puede arbitrar, tenía en realidad algún sentido para determinar todo aquello que sí se puede arbitrar. Lo cierto es que, tal como el devenir histórico lo está demostrando, cada vez son más los derechos sobre los que se puede arbitrar y esto se reflejaba plenamente en las múltiples excepciones susceptibles de extraerse de las cuatro prohibiciones reguladas en la fenecida Ley General de Arbitraje”* (2009: pp. 47-48).

A efectos de plantear la referida propuesta de mejora normativa, consideramos oportuno recalcar nuevamente en las posibles causas del conflicto identificado: (i) inadecuada comprensión de la facultad de solución de controversias; (ii) regulación insuficiente de la facultad de solución de controversias; y, (iii) concepción amplia de materias arbitrables (arbitrabilidad de las materias de “libre disposición”).

Al respecto, la propuesta de mejora normativa debe tomar en cuenta las causas antes mencionadas, a efectos de solucionar el conflicto identificado de forma efectiva. Tomando en cuenta lo anterior, nuestra propuesta de mejora normativa es la siguiente:

<b>Propuesta de mejora normativa</b>	<b>Fundamento de la propuesta</b>
<p><b>Artículo xxxxx.- Función de solución de controversias.-</b></p> <p><b>x.1.</b> La función de solución de controversias tiene por finalidad conciliar los intereses privados con el interés público.</p> <p>Las controversias bajo competencia de los organismos reguladores deberán ser obligatoriamente resueltas en ejercicio de la facultad de solución de controversias prevista en la presente Ley, no siendo posible acudir a la vía judicial hasta que se haya agotado la vía administrativa.</p> <p>Las materias sujetas a la función de solución de controversias de los organismos reguladores son inarbitrables.</p>	<p>El numeral x.1. busca, en primer lugar, reconocer que el principal objetivo de la facultad de solución de controversias es conciliar los intereses privados con el interés público. A partir de lo anterior, se pretende reforzar la naturaleza de “función pública” de la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores.</p> <p>En segundo lugar, el numeral x.1. busca reafirmar, en una norma con rango de ley, que las controversias bajo competencia de los organismos reguladores deben ser conocidas previamente en la vía administrativa, reafirmando de esta forma la naturaleza de “jurisdicción administrativa primaria” o “jurisdicción retenida” de la facultad de solución de controversias.</p> <p>Finalmente, el numeral x.1. establece calramente que las materias sujetas a la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores son arbitrables. Con esta propuesta de</p>



	<p>modificación se busca evitar que la facultad de solución de controversias sea concebida como una alternativa al arbitraje.</p>
<p><b>x.2.</b> Las controversias sujetas a la función de solución de controversias prevista en la presente Ley podrán ser sometidas a arbitraje únicamente si se determina, de manera previa, indubitable y mediante Resolución de Consejo Directivo, que la controversia no afecta el interés público.</p> <p>El procedimiento de consulta deberá ser regulado por cada organismo regulador.</p>	<p>Si bien el numeral x.1. anterior busca evitar que la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores sea concebida como una alternativa al arbitraje (en vez de ser considerada como una auténtica función pública), el numeral x.2. otorga cierta flexibilidad en el ejercicio de dicha facultad.</p> <p>En efecto, si bien la mayoría de las controversias entre agentes sujetos a la regulación y/o supervisión de los organismos reguladores revisten un alto interés público, puede suceder que una determinada controversia solo responda a intereses privados.</p> <p>En estos casos, consideramos oportuno contar con un mecanismo similar al previsto en el Reglamento de Controversias del OSITRAN, en el que se permite someter una controversia a arbitraje, siempre que el propio organismo regulador haya constatado que esta no afecta el interés general.</p> <p>En nuestra opinión, la ausencia de interés general debe ser indubitable y ser constatada y declarada por el máximo órgano de cada organismo regulador: el Consejo Directivo.</p> <p>Al respecto, el mecanismo antes mencionado cumple eficientemente con el propósito de armonizar los intereses</p>

	<p>privados con el interés general, al permitir que aquellas controversias que atañen exclusivamente a intereses privados, sean resueltas de forma privada.</p>
<p><b>x.3.</b> Salvo por lo previsto en el numeral anterior, los organismos reguladores no podrán renunciar y/o limitar el ejercicio de su función de solución de controversias, bajo responsabilidad.</p>	<p>El numeral x.3. busca evitar que los propios organismos reguladores aprueben normas reglamentarias que limiten el ejercicio de la facultad de solución, tal como ha ocurrido con el artículo 5° del Reglamento de Órganos Resolutivos OSINERGMIN.</p> <p>Como indicamos en las secciones precedentes, el retroceso en el ejercicio de la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores no solo se debe a la insuficiencia normativa, sino también a la propia renuncia de algunos organismos reguladores de ejercer efectivamente dicha facultad.</p> <p>Por tal motivo, consideramos conveniente reafirmar la importancia de ejercer la facultad de solución de controversias y de impedir cualquier acto y/o decisión que limite su ejercicio efectivo.</p>
<p><b>x.4.</b> Los tribunales arbitrales deberán suspender toda actuación arbitral cuando se aprecie que la controversia sometida a su consideración se encuentra o podría encontrarse referida a una materia cuya resolución corresponde a los organismos reguladores en ejercicio de su función de solución de controversias.</p> <p>Las actuaciones arbitrales solo podrán reanudarse una vez que se verifique la existencia del pronunciamiento a que se refiere el numeral x.2 anterior.</p>	<p>El numeral x.4. atiende a una situación bastante frecuente en los últimos tiempos: la existencia de procedimientos paralelos.</p> <p>A efectos de evitar la situación antes descrita, consideramos oportuno incluir una obligación a cargo de los tribunales arbitrales de suspender toda actuación arbitral cuando se constate la existencia de una controversia que podría encontrarse bajo competencia de los organismos reguladores.</p>

	<p>La propuesta normativa busca que las partes de una controversia presuntamente regulatoria obtengan la conformidad de los organismos reguladores sobre la inexistencia de interés público antes de acudir a la vía arbitral.</p> <p>En nuestra opinión, lo anterior evitaría la existencia de procedimientos paralelos.</p>
<p><b>x.5.</b> El sometimiento de una controversia bajo competencia de los organismos reguladores a la jurisdicción arbitral, sin contar con el pronunciamiento previo a que se refiere el numeral x.2 anterior, no impedirá el ejercicio de la facultad de solución de controversias por parte de los organismos reguladores.</p>	<p>El numeral x.5 atiende a la misma preocupación que el numeral x.4: la existencia de procedimientos paralelos.</p> <p>En este caso en particular, el numeral x.4. busca evitar que el inicio de un proceso arbitral impida el ejercicio de una función pública como la facultad de solución de controversias.</p>

Habiendo expuesto nuestra propuesta de mejora normativa, consideramos que esta debería formar parte de la LMOR, ya que es esta norma la que otorga la facultad de solución de controversias a los organismos reguladores y que establece la obligación de contar con un Tribunal de Solución de Controversias. Al respecto, es importante que la LMOR sea una norma con rango de ley, ya que ello garantiza una mayor estabilidad del régimen normativo aplicable a la facultad de solución de controversias.

Por otro lado, si bien la propuesta normativa contiene diversas disposiciones que inciden en procesos arbitrales, no consideramos conveniente incluirlas en la Ley de Arbitraje. Lo anterior busca evitar distorsiones en el régimen general de arbitraje, considerando que las disposiciones de la LMOR son conocidas por todos los agentes que desarrollan sus actividades en sectores regulados.

Finalmente, cabe señalar que nuestra propuesta normativa constituye una primera aproximación al problema identificado, siendo indispensable abrir un espacio de discusión que involucre a todas las partes involucradas.

## 5. CONCLUSIONES

Conforme ha sido abordado en el presente trabajo, la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores es un auténtico instrumento de regulación. En esa línea, si bien la referida facultad implica la solución de controversias entre privados que desarrollan sus actividades en sectores regulados, su principal objetivo es otro: armonizar los intereses privados con el interés público.

Así las cosas, el ejercicio efectivo de la facultad de solución de controversias, resulta de suma importancia para garantizar la coherencia y efectividad del marco regulatorio aplicable. En efecto, la particular dinámica de los sectores regulados requiere de un mecanismo ágil que garantice el cumplimiento oportuno de la regulación y, con ello, la tutela del interés público.

Sin perjuicio de lo anterior, diversos operadores jurídicos –incluyendo algunos organismos reguladores– desconocen la naturaleza y la finalidad pública que persigue la facultad de solución de controversias y consideran –indebidamente– que la referida facultad es una alternativa al arbitraje.

Esta situación ha ocasionado un retroceso en el ejercicio de la facultad de solución de controversias, ya que ciertas controversias que deberían ser conocidas y resultas en la vía administrativa terminan siendo ventiladas en la vía arbitral. Así pues, algunos operadores jurídicos consideran que la sola inclusión de un convenio arbitral en un contrato suscrito entre agentes sometidos a la regulación y/o supervisión de los organismos reguladores impide el ejercicio de una función pública como la facultad de solución de controversias.

Más grave aún es que la posición antes mencionada haya sido validada por el Tribunal Constitucional y que algunos organismos reguladores hayan incluso aprobado disposiciones

que limitan el ejercicio efectivo de la facultad de solución de controversias materia de análisis.

Considerando lo anterior, resulta indispensable y urgente llevar a cabo una mejora normativa que, por un lado, reconozca la importancia de la facultad de solución como parte del diseño regulatorio y, por el otro, garantice su ejercicio efectivo frente al avance de la jurisdicción arbitral. De lo contrario, consideramos que podríamos encontrarnos frente al caso de la facultad de solución de controversias a cargo de los organismos reguladores.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

2005 Kelsen de cabeza: Verdades y Falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas. En: THEMIS – Revista de Derecho. Número 51. Pp. 79-96.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8792>

CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita

2009 El Arbitraje en la Contratación Pública. En: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 7. Palestra Editores: Lima.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge

2004 Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Número 57. Pp. 59-94.

<http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Peru-Organismos-Reguladores-de-los-Servicios-Publicos.pdf>

GÓMEZ APAC, Hugo

2011 El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional? En: Revista de Derecho Administrativo. Número 10, Tomo II. Pp. 15-42. Consulta: 23 de mayo de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13674>

HUAPAYA TAPIA, Ramón

2010 Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de “Regulación”. En: Ius et Veritas. Número 40. Pp. 302-344.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12157>

MARTIN TIRADO, Richard

2003 El Procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la Nueva Ley de Procedimiento Administrativo General. En: Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Segunda Parte. Ara Editores: Lima. Pp. 461-495.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN

2019 Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN N° 013-2019-OS/91-2015-TSC del 7 de mayo de 2019.

2014 Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del OSINERGMIN N° 007-2014-OS/CC-88 del 22 de agosto de 2014.

TASSANO VELAUCHAGA, Hebert

2006 El procedimiento de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 1. Pp. 245-262.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16356>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2019 Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2019, recaída sobre el Expediente N° 04801-2017-PA/TC. Contugas S.A.C. (demandante) c. Corte Superior de Justicia de Lima (demandado).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04801-2017-AA.pdf>

ZEGARRA VALDIVIA, Diego

2015 Procedimiento Administrativo Trilateral. Serie de Módulos Instruccionales N° 1. Escuela Nacional INDECOPI: Lima.