

La ejecución de resoluciones emitidas por el Tribunal de Solución de Controversias

1. Introducción.

El cumplimiento de las resoluciones emitidas por la administración pública, específicamente por los órganos resolutorios de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos, es un tema de discusión recurrente, dado su carácter técnico y a los agentes que involucra.

En tal sentido, nos proponemos evaluar este tema dentro del contexto del Derecho Administrativo, específicamente con las disposiciones de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG, y las implicancias que pueda tener la eficacia de estos pronunciamientos.

Para el desarrollo del presente trabajo, es necesario previamente un breve repaso por el marco legal vigente de las atribuciones otorgadas a los organismos reguladores.

Durante la década de los noventa, dentro de un contexto de reorientación del papel del Estado en la economía, se dio impulso a los procesos de privatización y/o concesión de los servicios públicos. Ante estos hechos y sobre la base de uno de los principios aplicables al régimen jurídico de la concesión administrativa, como el que señala que *“quien concede no debe controlar¹”*, se fueron creando, en forma sucesiva, los organismos reguladores de los servicios públicos. El primero de ellos fue para el sector telecomunicaciones, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL²; luego, para el sector saneamiento, la Superintendencia Nacional de los Servicios de Saneamiento³. Posteriormente, para los subsectores electricidad e hidrocarburos se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía⁴ - OSINERGMIN⁵ y finalmente con relación a la explotación de la

¹ MARTIN TIRADO, Richard. “Análisis de la “función normativa” de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos”. En *Ius It Veritas* N° 24. Año 12. 2002. Página 93.

² Creado por Decreto Legislativo N° 702, Ley General de Telecomunicaciones, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 07 de noviembre de 1991. Posteriormente se aprobó el Texto Único Ordenado, mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC, con la denominación de Ley de Telecomunicaciones.

³ Creada por Decreto Ley N° 25965, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 19 de diciembre de 2002.

⁴ Mediante Ley N° 26734, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 31 de diciembre de 1996.

⁵ De conformidad con el artículo 18° de la Ley N° 28964 (que incluyó al sector minero en el ámbito de competencia del OSINERG), publicada el 24 febrero de 2007, se establece que toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

infraestructura de transporte de uso público, se aprobó la creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN⁶.

Si bien todos los organismos reguladores fueron creados con el objetivo de alentar la inversión en los servicios públicos -bajo la premisa de un tratamiento técnico de la regulación y la supervisión de los servicios calificados como tales o de aquellos que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o con poca posibilidad de competencia y los que requieren de la utilización de redes e infraestructura-, así como la de garantizar un suministro continuo, confiable y de calidad, en beneficio de los consumidores; al ser creados en distintos momentos y coyunturas tenían importantes diferencias, ya sea en cuanto a sus funciones o a su estructura.

En ese contexto, se aprobó la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos⁷, la cual incorporó importantes reformas en el régimen jurídico aplicable a los reguladores, estableciendo normas comunes de organización y funcionamiento y dotándolos de destacadas potestades y competencias.

En un breve recuento se pueden sintetizar las principales innovaciones que introdujo esta ley en:

- i) Precisar que los organismos reguladores están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros⁸.
- ii) Determinar que el órgano máximo de dirección es el Consejo Directivo, con los requisitos y funciones uniformes para todos los organismos reguladores.
- iii) Precisar que cuentan con personería de Derecho Público Interno, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.
- iv) Unificar el aporte por regulación a cargo de las empresas bajo el ámbito de competencia de los organismos reguladores.
- v) Establecer la figura del Tribunal de Solución de Controversias como última instancia administrativa de los Organismos Reguladores (distinta del Tribunal de Solución de Reclamos).

⁶ Mediante Ley N° 26917, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 23 de enero de 1998.

⁷ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 29 de julio de 2000.

⁸ Debe recordarse que antes de la dación de esta ley, los organismos reguladores fueron adscritos, no necesariamente por razones técnicas, sino más bien coyunturales a diversos ministerios, primero sectoriales (Ministerio de Transportes y Comunicaciones: OSIPTEL, Ministerio de Energía y Minas: OSINERGMIN, Ministerio de la Presidencia: SUNASS y Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción: OSITRAN) y luego al Ministerio de Economía y Finanzas.

- vi) Clasificar y definir las funciones que les corresponde ejercer a los organismos reguladores: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas y de reclamos de los usuarios.

2. La función de solución de controversias

El rol típico de la actuación administrativa es uno de tipo unilateral, donde la administración actúa de un lado como juez (en tanto decide sobre una solicitud del administrado) y en otro como parte (tiene encomendado el cumplimiento de los fines de interés público), es decir, nos encontramos ante el procedimiento bilateral, como ejemplo podemos señalar el otorgamiento de una solicitud de licencia para el funcionamiento de una actividad económica.

Frente al supuesto indicado, aparece una nueva forma de actividad administrativa, la solución de controversias de carácter administrativo, en la cual la administración actúa como un tercero imparcial destinado a resolver conflictos entre dos o más particulares, que concurren en posición de igualdad.

Al respecto, podemos señalar como características principales de la función de solución de controversias en sede administrativa las siguientes: i) se canaliza a través de un procedimiento trilateral, en el cual, como ya mencionamos, actúa como un tercero imparcial, ii) es siempre prejudicial (vía administrativa previa a la impugnación en sede judicial), iii) el pronunciamiento que se emita no genera efectos de cosa juzgada, es decir, éste es controlable en sede judicial, a través del proceso contencioso administrativo y iv) es resuelta por órganos administrativos especializados.

En el marco de los procesos de privatización y/o concesión de los servicios públicos y el nuevo rol que empezó a asumir el Estado, el de supervisor y regulador de estos servicios, se le encargó la función de solución de los posibles conflictos que se susciten en el referido ámbito a los organismos reguladores, sobre la base que éstos como instancias técnicas tiene el conocimiento necesario para resolverlos; en tanto, en el mencionado contexto, el Poder Judicial no era una opción viable.

En los organismos reguladores esta función es ejercida por dos instancias: i) Primera Instancia: los Cuerpos Colegiados, designados por resolución del organismo regulador

y ii) Segunda Instancia: el Tribunal de Solución de Controversias, designado por resolución suprema, a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, del Ministerio de Economía y Finanzas, del sector al que pertenece la actividad económica regulada y a propuesta del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

La función de solución de controversias, como hemos señalado anteriormente tiene como herramienta al procedimiento administrativo trilateral. La LPAG, regula el procedimiento trilateral en el Capítulo I del Título IV “De los procedimientos especiales”⁹.

La LPAG define¹⁰ al procedimiento administrativo trilateral como “*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 de la LPAG*”¹¹. Es decir, esta ley señala que el mencionado procedimiento se aplica preferentemente para los casos de controversias existentes en la prestación de los servicios públicos.

Es importante destacar que los Reglamentos que regulan el procedimiento de solución de controversias de cada organismo regulador recogen las disposiciones de la LPAG. Las relaciones entre las normas específicas de cada regulador sobre este tema (norma especial) y la LPAG (norma general) son de especialidad y de supletoriedad.

La primera implica la primacía de la norma especial sobre la general en los aspectos regulados por la materia propia de la ley especial y la segunda, que en aquellos aspectos no regulados o regulados parcialmente, rige la norma general, pero sin alterar la propia naturaleza de la norma especial del procedimiento.

En el sector energía, la norma que regula el procedimiento es el Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de

⁹ Artículos 219º a 228º.

¹⁰ Artículo 219.1º de la LPAG.

¹¹ LPAG, Título Preliminar: “*Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley.*

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

...

8. *Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.* “

Consejo Directivo N° 0826-2002-OS/CD¹², en adelante el ROSC, el cual se encuentra enmarcado dentro de las facultades y demás disposiciones que contienen la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y el Reglamento General del OSINERGMIN.

La Ley Marco establece en el inciso e) del numeral 3.1. de su artículo 3° que la función de solución de controversias “*comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados*”.

Para llevar a cabo la referida función, el Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM¹³, establece dos instancias administrativas, como primera instancia se encuentran los Cuerpos Colegiados Permanente y Ad-hoc y como segunda y última instancia el Tribunal de Solución de Controversias, precisa además, que esta vía administrativa es previa a la impugnación judicial y de competencia exclusiva de los órganos de OSINERGMIN.

El presente ROSC regula tanto la organización y funcionamiento de los Cuerpos Colegiados y del Tribunal, como el procedimiento mismo de solución de controversias.

3. Ejecución de resoluciones

Los actos administrativos¹⁴ poseen dos características, la ejecutividad y la ejecutoriedad. Todos los actos administrativos gozan de ejecutividad, es decir, contienen una decisión ejecutiva, producen sus efectos, sin poder diferirse su cumplimiento, es un mandato que es susceptible de ser presentado ante el administrado y éste tiene la obligación de cumplirlo. Roberto Dromi lo define como “*La obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento a partir de su notificación*”¹⁵.

¹² Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 09 de mayo de 2002. Modificado por las Resoluciones de Consejo Directivo Nos. 315-2005-OS/CD (publicada el 03 de octubre de 2005), 229-2006-OS/CD (publicada el 03 de junio de 2006), 488-2007-OS/CD (publicada el 18 de agosto de 2007), 752-2007-OS/CD (publicada el 24 de diciembre de 2007) y 674-2008-OS/CD (publicada el 09 de enero de 2009).

¹³ Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 09 de mayo de 2001.

¹⁴ Se entiende como acto administrativo a toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos individuales en forma directa.

¹⁵ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. Año 1995. Página 229.

De otro lado, la denominada ejecutoriedad del acto administrativo, es distinta, se manifiesta en algunas categorías o clases de actos, ello dependiendo del objeto y la finalidad del acto administrativo. Es una característica exclusiva de aquellos actos administrativos, ejecutivos, que imponen una obligación de dar, hacer o no hacer impuesta al administrado.

Por tanto, si bien todos los actos administrativos son ejecutivos, sólo algunos, aquellos que contengan una obligación serán ejecutorios.

La ejecutividad proviene de la validez del acto administrativo y la ejecutoriedad se basa en la ejecutividad de éste, siguiendo a Morón Urbina *“el acto administrativo es susceptible de ser ejecutivo y ejecutorio, siendo la primera su cualidad sustancial, y la segunda su aspecto instrumental.”*¹⁶

Tal como hemos mencionado anteriormente, los órganos de solución de controversias resuelven conflictos suscitados entre operadores y/o usuarios libres bajo el ámbito de competencia del OSINERGMIN. En este sentido, realizan actividad administrativa que se materializa a través de las resoluciones que emiten.

Estos pronunciamientos de los órganos de solución de controversias, en tanto son emitidos por los órganos competentes sobre la base de las facultades regladas¹⁷ de acuerdo con lo que dispone la Ley Marco -la cual fija de manera general el ámbito de competencia de los organismos reguladores y entre las funciones que le encomienda está la de solución de controversias (inciso e) del numeral 3.1. de su artículo 3º)-, el Reglamento General del OSINERGMIN y el ROSC -normas que desarrollan lo dispuesto en la Ley Marco y establecen el procedimiento y obligaciones que competen a los involucrados- se presumen legítimos y válidos desde su emisión; por tanto, son

¹⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios. Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Segunda edición. 2003. Página 405.

¹⁷ En el ámbito de la Administración Pública, los órganos administrativos permanentes y transitorios cuentan con dos tipos de facultades: i) facultades regladas y ii) facultades discrecionales.

Las facultades están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta qué es lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. En cambio, las facultades son discrecionales cuando el orden jurídico otorga al órgano cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera. Sobre la base de lo expuesto, tenemos que la eficacia de la actividad administrativa en el cumplimiento de algún encargo o el ejercicio de una competencia, es determinada en algunos casos por el legislador o por los reglamentos y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dictará el acto o llevará a cabo el encargo.

En el caso de las facultades regladas, es la ley la que sustituye el criterio del órgano administrativo, predeterminando ella misma qué es lo conveniente al interés público. En tales casos, el órgano administrativo no tiene otra alternativa que obedecer la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto.

En el segundo caso -el de las facultades discrecionales-, la ley permite al órgano administrativo que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a dictarse o la manera de proceder. Es decir, a diferencia del primer supuesto, la ley no predetermina la situación de hecho ante la cual se dictará un acto específico, ni señala de qué manera debe actuarse frente a una determinada situación de hecho.

actos administrativos ejecutivos. Esta afirmación nos lleva a preguntarnos si a su vez constituyen actos ejecutorios.

Al respecto, debe tenerse presente lo que dispone el artículo 192º de la LPAG, concordado con el artículo 89º del Reglamento General del OSINERGMIN, que señalan lo siguiente:

LPAG:

“Artículo 192º. Ejecutoriedad del acto administrativo.

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley”.

Reglamento:

“Artículo 98º.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones de OSINERGMIN:

Las decisiones y resoluciones emitidas por los ORGANOS DE OSINERGMIN se ejecutarán inmediatamente, salvo las excepciones previstas en la Ley. Los recursos impugnativos que la ley le otorga a los interesados no tendrán efecto suspensivo. Se suspenderá la ejecución de lo resuelto por un ORGANOS DE OSINERGMIN cuando el superior jerárquico de dicho órgano o el Poder Judicial, de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la Resolución o decisión impugnada”.

En este sentido, Roberto Dromi señala que:

“La ejecutoriedad aparece en el acto administrativo cuando se ha cumplido todo el proceso de su formación y el ordenamiento jurídico le otorga, además de la obligatoriedad de su cumplimiento, la posibilidad de su pronta realización...”¹⁸

¹⁸ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. Año 1995. Página 232.

Como vemos, el privilegio de la ejecución de los actos administrativos, y más aún de la ejecutoriedad de éstos, implica una real prerrogativa pública como manifestación concreta del principio de autotutela administrativa¹⁹.

Según José Antonio Tirado la autotutela administrativa consiste en que *“la Administración Pública puede, por sí misma y sin necesidad de acudir a órganos jurisdiccionales, resolver las controversias sostenidas con los particulares (autotutela declarativa) y ejecutar dichos actos en el caso que los obligados a ello no lo hicieran de forma voluntaria (autotutela ejecutiva)”*²⁰

Vemos a la administración investida de los poderes necesarios para declarar por sí misma un acto administrativo válido y proceder a ejecutarlo, por sus propios medios sin intervención de ningún otro órgano.

De lo expuesto se colige que los órganos de solución de controversias, en tanto administración, se encuentran habilitados para ejecutar por si solos sus decisiones - que dan por concluidos los procedimientos que se sometieron a su conocimiento-, las cuales causan estado²¹, sin necesidad de homologación o aprobación, no requieren pronunciamiento adicional de otro órgano del OSINERGMIN o de alguna otra entidad administrativa, ni del Poder Judicial. Sobre lo manifestado, Morón Urbina señala que *“La Administración también se encuentra habilitada para llevar de oficio a la realidad sus decisiones de interés público, afectando -dentro de los límites que impone un ejercicio proporcional y racional- derechos e intereses de los administrados, sin necesidad de acudir a un pronunciamiento judicial ratificatorio o de homologación”*²².

Los órganos de solución de controversias son titulares de la facultad de ejecutar sus propias resoluciones, constituyendo una expresión de la autotutela administrativa, ya que ni la interposición de demanda judicial, ni el inicio de procedimiento arbitral, ni el recurso administrativo afectan esta expresión; tal es así que en el artículo 23º de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo se señala que *“la admisión de la demanda no impide la ejecución del acto administrativo, sin perjuicio de lo establecido por la Ley sobre medidas cautelares”*.

¹⁹ Pese a no encontrarse expresamente en nuestro ordenamiento constitucional, este principio se basa en lograr los intereses generales, tanto de la administración como de los administrados .

²⁰ TIRADO, José Antonio. La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N° 27444. En Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ara Editores. Segunda Parte. Página 345.

²¹ Aquellas que pueden ser objeto de impugnación judicial.

²² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios. Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Segunda edición. 2003. Página 405.

Asimismo, de una lectura integral y sistémica de las disposiciones contenidas en el ROSC²³, se refuerza el hecho que las resoluciones de los órganos de solución de controversias son ejecutorias, por cuanto éstas deben acatarse y las responsables de su cumplimiento están obligadas a informar ante el pedido de información que se les formulara.

Es importante destacar que la característica de ejecutoriedad de los órganos de solución de controversias (en tanto administración pública) se basa en la presunción de validez de los actos administrativos contenida en el artículo 9º de la LPAG que establece que *“todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional según corresponda”*. Este enunciado tiene como sustento que la autoridad obra conforme a derecho (lo cual no significa que no existan causales específicas para la pérdida de la ejecutoriedad²⁴) y además, la necesidad de actuar con celeridad en la administración pública que de no existir esta presunción se diferiría el cumplimiento de los actos administrativos en desmedro del interés colectivo que busca proteger.

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la función de solución de controversias, conlleva intrínsecamente la facultad de ejecutar las resoluciones finales que emita dado el carácter ejecutorio propio de los actos administrativos y por tanto, el Tribunal puede directamente exigir el cumplimiento de éstas ante la negativa expresa de los administrados o ante su actitud pasiva.

²³ Artículo 54º del ROSC.

²⁴ *“Artículo 193º.- Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.*

193.1 Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos pierden efectividad y ejecutoriedad en los siguientes casos:

193.1.1 Por suspensión provisional conforme a ley.

193.1.2 Cuando transcurridos cinco años de adquirido firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos.

193.1.3 Cuando se cumpla la condición resolutive a que estaban sujetos de acuerdo a ley.

193.2 Cuando el administrado oponga al inicio de la ejecución del acto administrativo la pérdida de su ejecutoriedad, la cuestión es resuelta de modo irrecurrible en sede administrativa por la autoridad inmediata superior, de existir, previo informe legal sobre la materia.”

BIBLIOGRAFÍA

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. Año 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo II. Civitas Ediciones S.L. Año 2001.

MARTIN TIRADO, Richard. “Análisis de la “función normativa” de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos”. En Ius It Veritas N° 24. Año 12. 2002.

MENDOZA ANTONIOLI, Dante. “El Procedimiento de Solución de Controversias entre Empresas de Telecomunicaciones”. En Revista de Derecho Administrativo N° 5. 2008

MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios. Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Segunda edición. 2003.

TASSANO VELAOCHAGA, Herbert. “Los Mecanismos de solución de controversias en el sector energía”. En Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Año 21. N° 62.

TIRADO, José Antonio. La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N° 27444. En Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ara Editores. Segunda parte.