

**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 010-2007-OS/CC-36**

Lima, 05 de junio de 2007

VISTO:

El expediente de Reclamación formulado por Envasadora Alfa Gas S.A., en adelante Alfa Gas, contra las empresas Repsol YPF Comercial del Perú S.A. (Solgas), Zeta Gas Andino S.A. y Pecsá Gas S.A., en adelante Repsol YPF, Zeta Gas y Pecsá respectivamente, a fin de que se les ordene el cumplimiento de las normas contenidas en el Decreto Supremo 01-94-EM, relativas al canje de cilindros o pago de su precio en caso de imposibilidad de canje.

1.- POSICIÓN DE LAS PARTES

1.1 POSICIÓN DE LA RECLAMANTE

Sostiene la reclamante que al igual que las reclamadas, es una empresa dedicada al envasado y comercialización en cilindros de gas licuado de petróleo (GLP), siendo constantemente atropellada por ellas en virtud al incumplimiento de las normas contenidas en el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 01-94-EM, lo que está afectado seriamente el mercado de comercialización de gas licuado de petróleo.

Que, las obligaciones que resultan relevantes para la reclamación son las contenidas en el artículo 53° del mencionado Reglamento, agregando que las empresas reclamadas mantienen entre ellas acuerdos de corresponsabilidad y a su vez con todas las empresas confortantes de la Asociación Gas LP, por lo que están facultadas para envasar en cilindros de cualquiera de esas empresas sin necesidad de efectuar canjes de cilindros, dominando en conjunto más del 60% del mercado de GLP del país.

Que, las empresas reclamadas, al dominar más del 60% del mercado de GLP del país se niegan a efectuar el canje de cilindros y a pagar el valor de los mismos a las empresas que recogemos los cilindros con sus rótulos, perjudicando así a las empresas nacionales de menor envergadura, amenazando su subsistencia y la de los puestos de trabajo que representan. Alfa Gas recoge del público consumidor cilindros que en su mayoría cuentan con el rótulo de las empresas reclamadas y de acuerdo a ley no puede envasar en esos cilindros pero, tampoco puede canjearlos pues las empresas reclamadas se niegan a hacerlo, lo que la llevará a dejar de funcionar dado que al estar acumulando cilindros con rótulos de estas empresas, tendría que terminar por cerrar debido a que su infraestructura se dedicaría a almacenar cilindros y no a envasar GLP, llegando necesariamente a un punto de colapso, mientras que a las empresas grandes que dominan el mercado no les afecta la cantidad de cilindros con rótulos de aquellas que las empresas chicas puedan mantener en su poder, ya que cuentan con millones de cilindros y con capacidad económica para invertir en la fabricación de más cilindros, es decir, las empresas que no pertenecen al grupo oligopólico pueden envasar en los cilindros con su rótulo e inclusive acaparar los que contengan el de Alfa Gas.

Que, INDECOPI declaró que algunos artículos del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 01-94-EM constituyen barreras burocráticas ilegales que atentan contra el

acceso y permanencia en el mercado, decisión que fue compartida por el Ministerio de Energía y Minas pero quien hasta la fecha no encuentra una solución al problema, lo que hace que el OSINERGMIN continúe imponiendo multas y pretendiendo fiscalizar el cumplimiento de los pactos de corresponsabilidad, los que no existen fuera de las empresas del oligopolio.

Que, conforme lo acreditan con las pruebas que adjuntan, señalan que las empresas reclamadas no vienen cumpliendo con efectuar los cambios de cilindros a pesar de los constantes requerimientos que se les ha hecho, lo que les genera perjuicios comerciales y operativos, por lo que resulta urgente encontrar una solución a los conflictos suscitados a fin de poder continuar laborando en el mercado de GLP en una competencia sana y en equidad.

Fundamenta su reclamo en los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo 054-2001-EM; en el capítulo V de la Resolución del Consejo Directivo N° 0826-2002-OS-CD, y en especial el artículo 44°.

En su escrito del 17 de mayo de 2007, Alfa Gas reitera que las reclamadas pretenden distorsionar el Reglamento y confundir al Cuerpo Colegiado aparentando su firme y leal cumplimiento. Señala que, transgrediendo la ley del OSINERGMIN, las reclamadas afirman que compete a INDECOPI velar por el cumplimiento del Reglamento. Esta intención se comprueba cuando condicionan la verificación de la existencia de los cilindros que se solicita canjear, lo que induce a pretender inmovilizar los cilindros de Alfa Gas hasta que decidan cumplir la norma, la misma que exige que el canje se haga en un plazo no mayor de 48 horas, conforme lo señala el artículo 52°, cuyo espíritu es evitar la mala intención de las empresas de desplazar deslealmente de la competencia a los adversarios.

En cuanto al cumplimiento del artículo 45° del Reglamento, indica que Alfa Gas jamás comercializa su producto con otro signo o color que no sea el autorizado por la Dirección General de Hidrocarburos. Agrega que, los artículos 47° y 54° establecen que los cilindros deben mantener un número de serie debidamente controlado por el OSINERGMIN, requisito que impediría el alto porcentaje de cilindros que se comercializan en el mercado informal y mantienen rótulo en alto relieve de empresas que no han adquirido dichos cilindros. Que el artículo 50° permite la comercialización de cilindros a terceros, es decir, permite la transferencia de propiedad. Que el artículo 53° establece que el canje de cilindros debe efectuarse obligatoriamente y que el inciso b) del mismo, obliga al pago de aquellos bienes que no se puedan cambiar. La exigencia es por el riesgo de inmovilización de los bienes de la empresa afectada. Agrega que este artículo es el que las reclamadas incumplen principalmente.

Asimismo, señala que el Cuerpo Colegiado debe considerar que tanto el Colegio de Abogados de Lima, las opiniones legales de estudios de abogados, la Comisión del Congreso de la República, como el INDECOPI, concuerdan con que el Reglamento fomenta el oligopolio, permite prácticas restrictivas de la competencia, permite el abuso de la posición de dominio, entre otras barreras burocráticas que no deben ser toleradas en un Estado de Derecho.

Argumenta que las reclamadas se atribuyen la propiedad de una cantidad de cilindros que, según ellas, adquirieron cuando el Estado se las vendió, lo que no era posible pues aproximadamente el 80% de aquellos son de propiedad del consumidor final.

Igualmente, rechaza la afirmación de las reclamadas de que Alfa Gas no efectúa el mantenimiento correspondiente a los cilindros que envasa y comercializa, siendo la responsabilidad de aquella empresa identificada con el signo y color del cilindro. Finalmente, añade que debe evaluarse que el rótulo no mantiene ninguna identificación de propiedad ni de marca. En el mercado informal el alto porcentaje de cilindros que mantienen más de dos rótulos diferentes, descalifica la afirmación de propiedad que hacen las reclamadas, que va contra todo fundamento de hecho y de derecho, pretendiendo así confundir la realidad en beneficio propio

Que, por lo expuesto, reitera su reclamación para que el Cuerpo Colegiado exija a las emplazadas el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el inciso b) del artículo 53° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo 01-94-EM, para que cese la hostilización contra las empresas nacionales y se accione con criterio constructivo a favor del desarrollo nacional.

1.2 POSICIÓN DE LAS RECLAMADAS

1.2.1. PECSA.

Contesta el reclamo manifestando que la facultad para la solución de controversias surgidas entre empresas competidoras en el sector hidrocarburos, no corresponde ejercerla al OSINERGMIN, dado que el numeral 3.3 del artículo 3° de la Ley N° 27332 establece que las funciones de los organismos reguladores serán ejercidas por los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos y el artículo 20° del Decreto Supremo N° 054-2001-PCM señala que las funciones del OSINERGMIN se ejercen dentro del marco de competencia establecido por las normas legales del sector energía. Asimismo, el último párrafo del artículo 1° del D.S. N° 054-2001-PCM establece que, de conformidad con lo establecido en el numeral 3.2 del art. 3° de la Ley N° 27332, no otorgan al OSINERGMIN competencia adicional a las ya establecidas en las normas legales referidas al sector energía.

Adicionalmente, señala que el artículo 44° del D.S. N° 054-2001-PCM, establece que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de OSINERGMIN a resolver en la vía administrativa los conflictos y controversias que dentro del ámbito de su competencia surjan entre las entidades, quedando excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI. Asimismo, agrega que el artículo 78° del D.S. N° 054-2001-PCM, dispone que los órganos del OSINERGMIN gozan de las facultades previstas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807, las que serán ejercidas única y exclusivamente para los asuntos que sean de su competencia; y, finalmente el artículo 2°, literal a) del Reglamento de Solución de Controversias del OSINERGMIN establece que los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para solucionar controversias en los supuestos que se detallan en dicho literal.

Acota que de las normas citadas se desprende que el OSINERGMIN sólo ejerce la función de solución de controversias en sectores regulados y de ninguna manera la realiza en aquellos sectores donde no existen problemas de acceso al mercado o de competencia por la existencia de monopolios y en sectores donde las autoridades sectoriales nunca tuvieron esta competencia, como es el caso del mercado de comercialización del GLP, por lo que el OSINERGMIN no es competente para

solucionar la controversia generada por la reclamación de Alfa Gas, siendo en este caso el INDECOPI el órgano competente.

Añade que la presente reclamación está creando una duplicidad de procedimientos y estaría generando un conflicto de competencia entre dos órganos del OSINERGMIN debido a que existe un procedimiento sancionador por la denuncia interpuesta contra ella por Alfa Gas por el mismo supuesto que la presente reclamación, habiendo procedido la Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos del OSINERGMIN a iniciar la instrucción preliminar, razón por la que han presentado un recurso de nulidad ante el Consejo Directivo del OSINERGMIN para que declare la nulidad de la resolución que crea el Cuerpo Colegiado Ad Hoc para resolver la controversia solicitada.

Que, sin perjuicio de lo anterior, contestan la reclamación cuestionando el contenido de las cartas notariales N° 442/P/2006, 445/P/2006, 453/P/2006, 457/P/2007 y el Acta de Canje de fecha 29 de diciembre del 2006, dado que las cartas notariales sólo constituyen una manifestación de voluntad de carácter unilateral y por lo tanto no son prueba fehaciente e indubitable de que haya existido una negativa a intercambiar cilindros de GLP rotulados por la reclamante. El número de cilindros de GLP que la reclamante manifestó desear intercambiar, no necesariamente es el número de cilindros que en realidad tuvo para ello puesto que no se ha acreditado que efectivamente los haya tenido y los mantenga en su poder, lo que en todo caso debe ser materia de fiscalización directa por parte de OSINERGMIN.

Que, desde el inicio de sus operaciones señala que viene efectuando el intercambio de cilindros de GLP, y desde el 15 de diciembre de 2003 lo hacen a través del Centro de Canje ubicado en el Distrito de Ventanilla-Callao que opera la empresa Repsol YPF Comercial del Perú S.A.

Que, en cuanto al Acta de Canje de fecha 29 de diciembre de 2006, está firmada por dos personas que no son representantes legales de ella y por tanto el contenido de la misma no ha sido ni es aceptado por Pecsca, por lo que carece de valor probatorio y no tiene efecto vinculante con la reclamante.

Que, la carta notarial 457/P/2007 denota la real intención de Alfa Gas cual es el cobro de los supuestos cilindros no intercambiados y que aducen tuvieron en su poder, no siendo el OSINERGMIN competente para ordenar el pago de los cilindros no intercambiados, por tratarse de un tema patrimonial entre dos empresas privadas de un sector no regulado.

Que, las cartas notariales N° 442/P/2006 y 445/P-2006 corresponden al mes de diciembre de 2006, mes al que se refiere la imputación a través de la carta N° 457/P/2007 y la carta N° 453/P/2007 se refiere al mes de enero. Sin embargo, el D.S. N° 01-94-EM dispone que el intercambio de cilindros en kilogramos se efectúa en principio semanalmente y siempre y cuando las empresas que desean realizar el intercambio tengan cilindros en kilogramos, de lo contrario, si una parte no tiene cilindros en kilogramos, no existe obligación de intercambiarlos semanalmente. Para realizar el intercambio se debe enviar una carta semanal, realizándose la liquidación respectiva a fin de cada mes. Dentro de este contexto, Alfa Gas debió enviar una carta por el período de un mes, en total 4 cartas mensuales, obligación que fue incumplida.

La empresa reclamante invoca el cumplimiento del Reglamento aprobado por el D.S. 01-94-EM, el cual señala Pecsá siempre ha cumplido complementado con el Acuerdo Transitorio de Canje de Cilindros de GLP, realizando el intercambio de los cilindros de GLP directamente con las empresas envasadoras o a través del centro de canje de cilindros correspondiente a kilogramos y a libras en la modalidad de 1x1, independientemente de que se trate de cualesquiera tipo de cilindros, con derecho de retención de excedentes hasta que el canje se pueda realizar bajo esta modalidad, modalidad a la que Alfa Gas se adhirió desde setiembre de 2004. Si lo que pretende la reclamante es velar por el cumplimiento del Reglamento aprobado por el D.S. 01-94-EM, sin considerar el Acuerdo Transitorio, resulta pertinente exigirle a la denunciante que acredite el cumplimiento del artículo 53°, o sea, el haber cumplido con entregar cilindros en libras rotulados a nombre de terceras personas sin recibir cilindros a cambio, así como el intercambio de cilindros en kilogramos rotulados por terceros por igual número de cilindros en propiedad que reciba de terceros, y haber efectuado el pago por cada cilindro en exceso. Sólo es posible pretender el pago de excedente de cilindros en kilogramos no intercambiados si se ha respetado el sistema paralelo de canje de cilindros establecido en el reglamento, esto sin considerar lo dispuesto en el Acuerdo Transitorio.

1.2.2. ZETA GAS.

En sus descargos, niega y contradice los cargos que se le imputan. Sostiene que al igual que la reclamante es una empresa dedicada entre otras actividades a la comercialización del GLP, actividad que se encuentra regulada por el Reglamento aprobado por D. S. N° 01-94-EM, Reglamento para la Comercialización de gas licuado de petróleo. La comercialización de GLP se realiza en cilindros, habiéndose dispuesto la eliminación progresiva de los envases en libras, que eran los únicos que se utilizaban, y dispuesto asimismo la introducción de nuevos cilindros en kilogramos, estableciéndose que las empresas no podrán envasar GLP en cilindros rotulados en kilogramos que no sean de su propiedad o en cilindros rotulados en libras que tengan la marca o signo distintivo y color que identifica a otra empresa envasadora, salvo que exista un acuerdo de corresponsabilidad entre ellas. Para efectos de viabilizar el sistema, el Reglamento ha previsto un sistema de intercambio de cilindros entre empresas envasadoras, lo que se encuentra recogido en los artículos 52° y 53°, los cuales se refieren a dos procedimientos diferentes para el cambio de cilindros, uno para los expresados en libras y otro para los en kilogramos.

Respecto del intercambio de cilindros rotulados en libras, el Reglamento dispone que el canje debe producirse sin importar el número de cilindros que reciban a cambio cada una de las empresas envasadoras; en cambio, tratándose de cilindros rotulados en kilogramos, deber realizarse de manera proporcional y equivalente. En caso de excedente de cilindros no intercambiados, es necesario que se llegue a un acuerdo respecto del valor que tengan éstos y, de no mediar acuerdo, se acredite de manera adecuada cuál es el valor comercial promedio que las envasadoras cobraron el mes anterior por las garantías del mismo tipo de cilindro. El sistema de canje supone necesariamente que las empresas envasadoras tengan cilindros de su propiedad o responsabilidad suficientes para realizar el intercambio, lo que significa que para iniciar actividades en esta industria, las empresas deben adquirir un número de cilindros que soporte sus operaciones y futura participación en el mercado pues sino, no puede existir intercambio si una empresa envasadora no tiene suficientes cilindros en el mercado.

Añade que la reclamante no cuenta con un número de cilindros suficiente para realizar el canje por lo que, ilícitamente usa cilindros de terceras empresas para comercializar GLP. Así quedó demostrado en el procedimiento seguido en INDECOPI que la sancionó por ello y le ordenó que se abstuviera de usar cilindros de empresas envasadoras con las cuales no ha suscrito acuerdos de corresponsabilidad. No obstante, Alfa Gas ha persistido en su conducta como se prueba en el Acta Notarial del 21 de abril de 2006, y a pesar de ello, mediante cartas notariales correspondientes al canje de los períodos de diciembre del 2006 y enero del 2007, les ha requerido el canje de un número importante de cilindros o el pago en dinero de su valor, intercambio materialmente imposible pues no existen cilindros de dicha empresa en el mercado para cumplir con el canje. Alfa Gas, pretende beneficiarse injustificadamente con el reclamo del pago por los cilindros rotulados no canjeados, procurando obtener una ventaja económica indebida y contraria al sentido del Reglamento.

Agrega que, la conducta de Alfa Gas constituye un abuso en el ejercicio del derecho, habiéndoles interpuesto una denuncia ante OSINERGMIN sobre los mismos hechos y fundamentos que invoca en la presente reclamación, lo que ha originado que la Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos en marzo de 2007 haya iniciado una instrucción preliminar, la que actualmente está siendo evaluada, razón por la cual el presente procedimiento genera una innecesaria duplicidad de procedimientos sobre los mismos hechos que constituyen una supuesta infracción.

Señala que la reclamación debe ser declarada improcedente porque i) no tiene como objeto una materia susceptible de ser sometida a conocimiento del Cuerpo Colegiado; ii) no constituye propiamente una controversia sujeta a la función de solución de conflictos de OSINERGMIN; iii) constituye una infracción al principio non bis in idem; y iv) acusa una práctica anticompetitiva que es materia de competencia exclusiva del INDECOPI. Sin perjuicio de ello y en caso que la solicitud de improcedencia fuera desestimada, agrega que la reclamación deberá declararse infundada debido a que las solicitudes de canje de la reclamante constituyen un abuso en el ejercicio del derecho, conducta proscrita categóricamente por nuestro ordenamiento jurídico.

Fundamenta su afirmación de que la reclamación no tiene como objeto una materia susceptible de ser sometida a conocimiento del Cuerpo Colegiado en el hecho que el Consejo Directivo cuando designó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc se basó en el artículo 71° del Reglamento General del OSINERGMIN, el cual establece la forma de constitución, naturaleza, conformación y organización de los cuerpos colegiados mas no se pronuncia sobre qué controversias pueden ser sometidas a su conocimiento. La norma que establece las materias que pueden ser sometidas a los cuerpos colegiados es el artículo 46° del Reglamento, el cual no contempla el supuesto incumplimiento de la normativa referida al subsector de hidrocarburos que Alfa Gas les imputa, y en caso de querer aplicarse el inciso f) de ese artículo, el Consejo Directivo tendría que justificar las razones que motivaran tal decisión.

Asimismo, fundamenta su afirmación de que la materia objeto de la reclamación no constituye propiamente una controversia por cuanto ésta no tiene como objeto propiamente una “controversia” sujeta a función de solución de controversias del OSINERGMIN. Así, el artículo 44° del Reglamento le otorga la función de resolver controversias surgidas dentro del ámbito de su competencia, y el artículo 45° establece que la función de solución de controversias es ejercida por los cuerpos colegiados. Las controversias son aquellas situaciones donde se presentan conflictos de interés entre dos

o más partes, que se producen por diferencias sobre recursos, objetivos, necesidades, creencias, valores o simplemente por percepciones distintas a los hechos. En ese sentido, se encuentran concebidas las controversias contempladas en el artículo 46° del Reglamento. Por ello, señala que la reclamación de Alfa Gas no puede ser calificada como una controversia puesto que, no se trata de un conflicto entre partes sino sobre una supuesta infracción a las normas del Reglamento relativas al canje de cilindros. Añade que no pretende una solución definitiva de una controversia, sino que se ordene el cumplimiento de las normas contenidas en el Reglamento aprobado por el D.S. N° 01-94-EM, relativas al canje de cilindros o al pago del precio en caso de imposibilidad de canje. El hecho que no pueda transigirse sobre la denuncia, demuestra que no se está frente a una controversia sino ante una denuncia sobre una supuesta infracción administrativa. Finalmente, la evaluación y determinación de un incumplimiento de la normativa en materia de hidrocarburos debe desarrollarse en el marco de la función fiscalizadora y sancionadora del OSINERGMIN y no desde su función de solución de controversias, tal como lo señala el artículo 36° del Reglamento.

Fundamenta su afirmación de que la reclamación de Alfa Gas constituye una vulneración al principio *non bis in idem* en el hecho que, los procedimientos administrativos deben respetar los principios contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, la cual en el inciso 10) del artículo 230°, prohíbe aplicar sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento, evitando así que la Administración sancione dos veces por el mismo acto. Añade que, Alfa Gas ha interpuesto una denuncia contra ellos ante OSINERGMIN sobre los mismos hechos y fundamentos que invoca en esta reclamación, por lo que el Cuerpo Colegiado está tramitando un procedimiento idéntico al que se encuentra ventilándose en la instancia competente del OSINERGMIN, por lo que ello transgrede el principio *non bis in idem*.

Fundamenta su afirmación de que la reclamación acusa una práctica anticompetitiva en el hecho que Alfa Gas sostiene que OSINERGMIN debe cumplir con cuidar que se mantenga el nivel competitivo del mercado de su especialidad, lo cual no está ocurriendo por las maliciosas maniobras de las reclamadas. Conforme al Decreto Legislativo N° 701, el encargado de conocer las prácticas anticompetitivas es el INDECOPI y no el OSINERGMIN. Agrega que así lo señala el artículo 44° del Reglamento, razón por la que el Cuerpo Colegiado no puede pronunciarse sobre controversias que son de competencia exclusiva de INDECOPI. Fundamenta que la reclamación de Alfa Gas es infundada dado que el intercambio de cilindros exigido por la reclamante constituye un ejercicio abusivo del derecho. La teoría del abuso del derecho está contemplada en el artículo 103° de la Constitución y en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil. La prohibición del abuso del derecho es un principio general del Derecho según el cual el ejercicio de un derecho no debe causar daño a terceros, configurando un límite al ejercicio irregular o anormal de un derecho por arte de un titular. Nuestro ordenamiento legal no contiene una regla expresa respecto de los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar cuándo se está frente a un ejercicio u omisión abusiva de un derecho, por lo que es necesario analizar caso por caso. Añade que Alfa Gas tiene el derecho a solicitar el canje de los cilindros de GLP en los términos de los artículos 52° y 53° del Reglamento pero, pretende ejercer este derecho de una manera manifiestamente irregular, debido a que intenta beneficiarse con el reclamo del pago de los cilindros rotulados en kilogramos no canjeados a pesar de saber que el intercambio de cilindros con Zeta Gas es materialmente imposible ya que el Reglamento supone que para el canje las empresas envasadoras deben tener

suficientes cilindros de su propiedad o responsabilidad. Para atender a los requerimientos de la reclamante, se tendría que tener la posibilidad de recoger en el mercado cilindros de esa empresa pero, Alfa Gas no cuenta con un número de cilindros suficiente para realizar el canje. Es claro que los reclamos están revestidos de una licitud aparente pero en realidad eluden los presupuestos básicos del procedimiento de canje de cilindros previsto en el Reglamento. Acota que Alfa Gas utiliza la facultad otorgada por el Reglamento para hacerse de un beneficio patrimonial totalmente ajeno a las finalidades para las cuales la mencionada facultad fue conferida, por lo que se está ante un evidente e indiscutible abuso en el ejercicio del derecho.

1.2.3 Repsol YPF

En sus descargos expone los mismos fundamentos y términos a los expuestos por Zeta Gas, cambiando sólo lo referente a la denuncia hecha contra ella y las comunicaciones notariales que le enviara la reclamante.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

En la Audiencia Única llevada a cabo el 17 de mayo de 2007, el Cuerpo Colegiado determinó como petitorios de las partes los siguientes:

2.1 De la reclamante:

Como petitorio principal de Alfa Gas: que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc ordene a Pecsca, Zeta Gas y Repsol YPF el cumplimiento de las normas contenidas en el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, aprobado por Decreto Supremo N° 01-94-EM, relativas al canje de cilindros o pago del precio en caso de imposibilidad de canje.

2.2 De las reclamadas

Pecsca pidió que se declare fundada la excepción de Falta de Competencia, o en su defecto, declarar infundada la reclamación presentada por Alfa Gas.

Zeta Gas y Repsol YPF solicitaron que se declare improcedente la reclamación o, en su defecto, declararla infundada.

2.3 No habiendo las partes llegado a una conciliación, en base a los petitorios y posiciones de las mismas, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc estableció como materia controvertida:

- Determinar la competencia del Cuerpo Colegiado Ad Hoc.
- Si fuera competente, determinar si lo reclamado constituye una controversia materia de conocimiento de este Cuerpo Colegiado.
- Si es materia de conocimiento, establecer si corresponde el canje de cilindros o en su defecto, el pago de los excedentes del canje de cilindros y el valor de los mismos.

3.- ANÁLISIS DEL CUERPO COLEGIADO

3.1 Competencia del OSINERGMIN a través del Cuerpo Colegiado Ad Hoc.

Que, el inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, define la función de solución de controversias, como la facultad de los organismos reguladores de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre ellas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

Que, en el artículo 21° del Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en adelante el RGO, se define la función normativa, estableciendo que corresponde al OSINERGMIN dictar, de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general aplicables a todas las entidades y usuarios que se encuentren en las mismas condiciones.

Que, el artículo 47° del RGO precisa que la vía administrativa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSINERGMIN, de acuerdo con las reglas establecidas en dicha norma.

Que, en el artículo 71°, el RGO señala que los Cuerpos Colegiados, son los órganos encargados de resolver en primera instancia administrativa, las controversias de competencia del OSINERGMIN.

Que, en virtud de las normas citadas, el Consejo Directivo del OSINERGMIN aprobó, a través de la Resolución N° 0826-2002-OS/CD, el texto del Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, en adelante el ROSC.

Que, de acuerdo al artículo 1° del ROSC, ese Reglamento rige la actuación del OSINERGMIN en el ejercicio de la función de solución de controversias a que se refiere la Ley Marco, el mismo que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos según lo expresado en el artículo 3° de la mencionada ley.

Que, el artículo 2° del ROSC establece:

“Competencia del OSINERGMIN. Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:

(...)

Controversias entre Transportistas de hidrocarburos o Distribuidores de gas natural por red de ductos 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 revisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN.

- 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 del contrato de concesión, sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN.

- Otras controversias que determine el Consejo Directivo del OSINERGMIN.

b) Conciliar intereses contrapuestos sobre las materias que son de competencia exclusiva del OSINERGMIN

Que, según el artículo 4° del ROSC, el procedimiento administrativo en primera y segunda instancia regulado por ese Reglamento, constituye vía administrativa previa a la impugnación en sede judicial y es de competencia exclusiva de los órganos del OSINERGMIN.

Que, en la Cuarta Disposición Transitoria y Final del ROSC se establece que en todo lo no previsto en ese Reglamento, se aplicará supletoriamente las disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Que, el artículo 44° del RGO establece que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes del OSINERGMIN 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.

Que, el artículo 2° del RGO define como Entidad/Entidades a las personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades relacionadas con los subsectores de electricidad e hidrocarburos.

Que, las empresas involucradas en la presente controversia, son empresas que desarrollan actividades de hidrocarburos como lo demuestran sus respectivas Constancias de Registro vigentes otorgadas por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas; por lo tanto, se encuentran dentro de los supuestos que la norma contempla para que sus controversias sean resueltas por las instancias de solución de controversias del OSINERGMIN, dado que la solución de controversias no es de aplicación exclusivamente para empresas que brindan servicios públicos, como queda evidenciado en las competencias que se establecen para los Cuerpos Colegiados en el ROSC.

Que, por lo tanto, OSINERGMIN, a través de su Cuerpo Colegiado Ad Hoc es competente para conocer las controversias que determine su Consejo Directivo, en atención a lo señalado en las normas citadas anteriormente.

3.2 Si lo reclamado constituye una controversia materia de conocimiento de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc.

Que, Alfa Gas pretende que el Cuerpo Colegiado ordene a las reclamadas el cumplimiento del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 01-94-EM, especialmente en lo relativo al canje de cilindros o pago del precio en caso de imposibilidad.

Que, el artículo 44° del RGO establece que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes del OSINERGMIN a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre las entidades, quedando excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI.

Que, el artículo 78° del RGO establece que en virtud de la Ley N° 27332, los órganos del OSINERGMIN gozan de las facultades previstas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807, las cuales serán ejercidas única y exclusivamente para los asuntos que sean de su competencia.

Que, como se desprende de la reclamación, Alfa Gas manifiesta ser una empresa dedicada al envasado y comercialización en cilindros de gas licuado de petróleo, y que la actitud de las reclamadas de incumplir con lo señalado en el artículo 53° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 01-94-EM, afecta seriamente el mercado de comercialización de gas licuado de petróleo. Asimismo, afirma que las empresas reclamadas, dominan más del 60% del mercado de gas licuado de petróleo y que su actitud de negarse a efectuar el canje de cilindros y a pagar el valor de los mismos, perjudica a las empresas de menor envergadura, lo que las llevaría a dejar de funcionar mientras que las empresas grandes que dominan el mercado, no les afecta la cantidad de cilindros con rótulos de aquellas que las empresas chicas puedan mantener en su poder.

Que, las normas reclamadas del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, relevantes para el presente procedimiento, corresponden a materias de libre competencia en el mercado, dado que se reclama por prácticas anticompetitivas en el mercado, materias que no se encuentran dentro de la competencia del Cuerpo Colegiado ni del OSINERGMIN.

Que, en efecto, Alfa Gas no pretende la solución de un conflicto con las reclamadas, sino que el Cuerpo Colegiado declare el incumplimiento por parte de ellas, de las normas de canje de cilindros de gas licuado de petróleo, lo cual no constituye un conflicto de intereses, sino una denuncia sobre una infracción administrativa.

Que, como lo reconocen tanto el RGO como el ROSC, una controversia implica la posibilidad de que las partes puedan conciliar sobre los intereses contrapuestos que la originan, no pudiendo ser posible conciliar sobre normas imperativas como las aludidas del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, dado que a las empresas a las que están dirigidas las disposiciones del mencionado Reglamento no pueden acordar cumplir o incumplir las normas de manera distinta a la que éstas indican.

Que, como lo señala Alfa Gas en su escrito de reclamación, INDECOPI ha declarado que diversos artículos del Decreto Supremo N° 01-94-EM constituyen barreras burocráticas ilegales que atentan contra el acceso y permanencia en el mercado, criterio que según manifiesta en su escrito de 17 de mayo de 2007, es compartido también por diversos estudios de abogados y por el Colegio de Abogados de Lima, entre otros, lo cual implica que el tema reclamado es uno de prácticas restrictivas en el mercado, tema que es de competencia exclusiva de INDECOPI y que por lo tanto, está fuera de la competencia del OSINERGMIN, conforme lo señala la última parte del primer párrafo del artículo 44° del RGO.

Que, por lo anteriormente expresado, lo argumentado por la reclamante corresponde a temas que no se encuentran dentro del ámbito de competencia del OSINERGMIN por lo que, el Cuerpo Colegiado no resulta competente para conocer de la reclamación planteada por Alfa Gas.

3.3 Pronunciamiento sobre el fondo de la reclamación

Que, habiendo determinado el Cuerpo Colegiado que la materia de la presente reclamación se encuentra fuera del ámbito de competencia del OSINERGMIN, no procede que se pronuncie sobre lo reclamado.

De conformidad con lo establecido por la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 0826-2002-OS/CD modificado por las Resoluciones Ns° 315-2005-OS-CD y 229-2006-OS/CD y la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

SE RESUELVE

Artículo 1°.- Declarar infundada la excepción de incompetencia del OSINERGMIN deducida por Peruana de Combustibles S.A.

Artículo 2°.- Declarar que el Cuerpo Colegiado no es competente para conocer de la reclamación planteada por Envasadora Alfa Gas S.A. contra las reclamadas Repsol YPF del Perú S.A., Zeta Gas Andino S. A. y Peruana de Combustibles S.A, por lo que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo de la reclamación.

Artículo 3°.- Declarar el fin de la primera instancia y en consecuencia, según lo establecido en el artículo 227° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, contra esta resolución sólo procede la interposición del recurso de apelación, el cual deberá ser presentado ante el órgano que dictó la resolución dentro de los quince (15) días de producida la notificación respectiva.

Sergio León Martínez
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad Hoc

María Amanda Velásquez Escalante
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad Hoc

Aurelio Ochoa Alencastre
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad Hoc

