PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO

Informe jurídico sobre la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Osinergmin N° 006-2012-TSC/66-2012-Osinergmin

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Jesús Octavio Iman Palomino

ASESOR:
David Enrique Serafín Mendiola Flórez

Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, DAVID ENRIQUE SERAFÍN MENDIOLA FLÓREZ, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Osinergmin N° 006-2012-TSC/66-2012-Osinergmin", del autor(a) JESUS OCTAVIO IMAN PALOMINO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 22%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2025.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 14 de julio del 2024

DAVID ENRIQUE SERAFÍN MENDIOLA FLÓREZ	
DNI: 41875591	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6365-9545	

RESUMEN

El presente informe realiza un análisis jurídico interdisciplinario con ocasión de la resolución N° 006-2012-TSC del Osinergmin con el objetivo principal de determinar si fue correcta la decisión del Tribunal de Solución de Controversias de ordenar a la Compañía Minera Casapalca S.A. el pago a la Empresa Electricidad del Perú S.A. por los retiros de energía y potencia efectuados sin un contrato de respaldo entre mayo de 2006 y febrero de 2009.

La controversia surgió tras la resolución unilateral del contrato de suministro que Casapalca mantenía con Enersur S.A., lo que dejó una parte de su consumo sin cobertura contractual. Ante esta situación, el COES realizó valorizaciones para cuantificar la energía retirada, y Electroperú reclamó el pago correspondiente. Para resolver la disputa, se emplearon diversos instrumentos normativos del sector eléctrico y administrativo; dentro de los que destacan el Reglamento General de Osinergmin y el Procedimiento Técnico N° 10; asimismo, se empleó doctrina especializada que coadyuve al entendimiento de las instituciones jurídicas aplicables a cada problema jurídico.

Luego de realizado el análisis, se llegó a la conclusión que Osinergmin sí es competente para resolver el reclamo, que los retiros de Casapalca se realizaron sin contrato de cobertura, que las valorizaciones del COES son obligatorias para los agentes del sector, que no hubo prejudicialidad en el procedimiento y que el plazo para reclamar de Electroperú no había prescrito.

Palabras clave

Retiro sin contrato, COES, Usuario libre, Osinergmin, Valorización.

ABSTRACT

This report performs an interdisciplinary legal analysis on Osinergmin's Resolution No. 006-2012-TSC with the main purpose of determining whether the decision of the Dispute Resolution Tribunal to order Compañía Minera Casapalca S.A. to pay Empresa Electricidad del Perú S.A. for the energy and power withdrawals made without a back-up contract between May 2006 and February 2009 was correct.

The controversy arose after the unilateral termination of the supply contract that Casapalca had with Enersur S.A., which left part of its consumption without contractual coverage. In view of this situation, COES performed valuations to quantify the energy withdrawn, and Electroperú claimed the corresponding payment. In order to solve the dispute, several normative instruments of the electric and administrative sector were used, among which the General Regulation of Osinergmin and the Technical Procedure No. 10 stand out; likewise, specialized doctrine was used to help in the understanding of the legal institutions applicable to each legal problem.

After the analysis, it was concluded that Osinergmin is competent to resolve the claim, that Casapalca's withdrawals were made without a coverage contract, that the COES assessments are mandatory for the agents of the sector, that there was no prejudiciality in the procedure and that Electroperu's claim period had not expired.

Keywords

Withdrawal without contract, COES, Free energy user, Osinergmin, Valorization.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN 6

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES 8

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS 11

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A 12

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS 14

5.1. Breve acercamiento al Mercado de Corto Plazo en el marco del ordenamiento jurídico peruano 14

5.2. Primer problema jurídico secundario: sobre la competencia de Osinergmin en el reclamo por la obligación de pago generada por una valorización del COES. 17

5.2.1. Sobre el Procedimiento Administrativo Trilateral 17

5.2.2. Sobre los aspectos técnicos, regulatorios y normativos 21

5.2.2.1. Sobre las partes involucradas 22

5.2.2.2. Sobre la materia de la Controversia 23

5.2.2.3. Sobre la sujeción a Osinergmin 25

5.3. Segundo problema jurídico secundario: sobre la cobertura de los retiros realizados por Casapalca de mayo del 2006 y febrero del 2009 28

5.3.1. El PPA en el mercado de usuarios libres 29

5.3.1.1. Naturaleza y aspectos regulatorios 29

5.3.1.2. Aspectos convencionales y objeto del PPA 30

5.3.2. Sobre los efectos del laudo 31

5.3.3. Sobre el PPA Electroperú y la posibilidad de cobertura 33

5.4. Tercer problema jurídico: sobre las valorizaciones del COES y su eficacia a un usuario libre que no era integrante de esta entidad 37

5.4.1. Sobre el COES 37

5.4.1.1. Historia y conformación del COES 37

5.4.1.2. Naturaleza del COES 38

5.4.1.3. La función administrativa del COES 39

5.4.2. Naturaleza jurídica de las valorizaciones del COES 41

5.4.2.1. La valorización como manifestación de la función administrativa 41

5.4.2.2. Sobre las valorizaciones a la luz del PR 10 42

5.4.2.3. Las Valorizaciones como actos administrativos 43

5.4.3. Sobre la validez y eficacia de las valorizaciones del COES 45

5.4.3.1. Sobre la validez de las valorizaciones 46

5.4.3.2. Sobre la eficacia 47

5.5. Cuarto problema jurídico secundario: sobre la suspensión del procedimiento administrativo por existir una demanda de amparo en sede judicial *51*

5.5.1. Regulación de la suspensión en el ordenamiento peruano 53

5.5.2. Sobre la suspensión en el caso en concreto 55

5.6. Quinto problema jurídico secundario: sobre la excepción de prescripción extintiva y la naturaleza de la obligación *56*

5.6.1. La norma como fuente de obligación para Casapalca 57

5.6.2. Sobre la supuesta pretensión indemnizatoria de Electroperú 58

5.6.3. El plazo prescriptorio 59

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES *61*

BIBLIOGRAFÍA *63*

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	N° 006-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho de la Energía, Derecho Administrativo
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resoluciones N° 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Empresa Electricidad del Perú – Electroperú S.A.
DEMANDADO/DENUNCIADO	Compañía Minera Casapalca S.A.
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin
TERCEROS	
OTROS	Incluye Excepción de Incompetencia, Excepción de Prescripción Extintiva y Suspensión por prejudicialidad

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

Uno de los principales problemas que actualmente aquejan el mundo energético peruano son los retiros no declarados o los retiros sin contrato ("RND"), pues dicha institución jurídica permite el consumo de energía sin contar con un vínculo jurídico preexistente más que el propio hecho de ser usuario de energía. Ello se complejiza aún más para el caso de Usuarios Libres, pues la regulación actual, si bien existe, no es suficiente para abarcar todos los supuestos que en la realidad podría darse; uno de esos casos es el del presente informe en donde incluso la regulación era más escueta que la vigente.

Es por ello por lo que la resolución 006-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN (la "Resolución") me resulta especialmente interesante pues se trata de un caso de un supuesto RND en el que el Comité de Operación Económica del Sistema ("COES") hizo la valorización y asignó el retiro de Casapalca, entre otros, a Electroperú. Lo complejo de la resolución se da en base a que esta asignación se dio en el marco de una resolución de contrato arbitral; es decir, Compañía Minera Casapalca S.A. ("Casapalca") sí contaba con un contrato de energía o power purchase agreement ("PPA") que cubra su consumo de energía, pero al luego darse la confirmación de una resolución válida del PPA, el COES decidió asignar sus consumos como un RND.

Como ya se ha mencionado, en temas de RND de Usuarios Libres en el mercado eléctrico peruano, la regulación normativa no es tan clara, entonces casi siempre hay duda y debate sobre cómo se debieran resolver este tipo de casos. La jurisprudencia y especialmente la doctrina entran en ese campo para esclarecer criterios resolutivos que permitan complementar esa normativa. Es en ese sentido que considero que el análisis de esta resolución podría ser relevante dentro del mundo del derecho de la energía.

1.2. Presentación del caso y del análisis

La resolución materia de análisis del presente informe resuelve un recurso de apelación solicitado por Casapalca frente a dos resoluciones: (i) la resolución de primera instancia que dictamina que Casapalca debe pagar el íntegro más los intereses por los consumos realizados sin contrato y (i) una resolución en la que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc (el "CC") no suspende el proceso por no existir prejudicialidad y, además, se declara competente para analizar el caso.

El principal problema de la resolución materia de análisis es determinar si el Tribunal de Solución de Controversias de Osinergmin (el "Tribunal") debió ordenar a Casapalca realizar el pago por el consumo realizado durante los meses de mayo del 2006 a febrero del 2009. Para ello se deberán analizar cinco problemas secundarios. En primer lugar, si Osinergmin es un ente competente para analizar estos temas de falta de pago por RND.

En segundo lugar, determinar si el PPA que Casapalca tiene con Empresa Electricidad del Perú ("Electroperú") es suficiente para que, pese a la resolución del PPA principal con Enersur S.A. ("Enersur"), los consumos de Casapalca no se consideren como sin contrato. En tercer lugar, determinar si las valorizaciones del COES son obligatorias para Casapalca. En cuarto lugar, si el procedimiento debió suspenderse o no por existir un proceso de amparo relacionado a la competencia del Osinergmin. Finalmente, si el pedido de Electroperú de pago ya prescribió por tratarse de una indemnización extracontractual.

Luego del análisis que se realizará a continuación se demostrará que efectivamente sí es correcto que el Tribunal haya ordenado el pago del monto adeudado por conceptos de RND. Para ello se emplearán diferentes cuerpos normativos, siendo los principales la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844 ("LCE") y su Reglamento ("RLCE"), el Reglamento del COES, Decreto Supremo N° 027-2008-EM ("Reglamento COES") y el Procedimiento Técnico N° 10, Resolución Ministerial N° 143-2001-EM/VME ("PR 10"). Estos cuerpos

normativos, complementada por la doctrina, arribarán a la conclusión de que, las valorizaciones realizadas por el COES fueron correctas y le son aplicables a Casapalca pese a que no era un integrante registrado de la entidad.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

3.1. Antecedentes

El 16 de setiembre de 2003, Casapalca suscribió con Enersur un contrato de suministro de energía eléctrica, el cual tuvo como objeto el abastecimiento de energía por parte de Enersur por un periodo comprendido entre setiembre del 2003 y febrero de 2009 (en adelante, el "PPA Enersur").

Posteriormente, el 8 de mayo de 2006, Casapalca celebró un nuevo PPA con Electroperú. Dicho contrato tiene como objeto cubrir únicamente los consumos que excedieran a los ya pactados con el contrato previamente suscrito con Enersur; este suministro de energía tiene un plazo de vigencia de mayo del 2006 a febrero del 2012 (en adelante, el "PPA Electroperú").

Sin embargo, el 20 de mayo de 2006, el contrato celebrado entre Caspalca y Enersur es resuelto de forma unilateral por este último. Esta resolución fue posteriormente confirmada mediante un laudo arbitral de fecha 7 de enero de 2010.

A raíz de la resolución del contrato con Enersur, y ante la insuficiencia del contrato con Electroperú para respaldar la totalidad de los consumos de energía eléctrica de Casapalca, el COES emitió valorizaciones por los retiros de energía efectuados sin respaldo contractual durante el periodo comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009.

Las valorizaciones del COES recién pudieron concretizarse meses después debido a que la entidad fue notificada con medidas cautelares que le ordenaron

suspender la determinación y valorización de los retiros de energía. En cuanto a Casapalca, se calificó sus retiros como RND hasta los 4,5 MW en el periodo antes mencionado a través de cartas a las Generadoras: (i) Carta COES/D-1471-2009 y COES/D-1471-2009 del 11 de setiembre de 2009, (ii) Carta COES/D/DO-74-2010 del 27 de enero del 2010 y (iii) Carta COES/D-1727-2009 del 23 de octubre de 2009.

Con fecha 17 de junio de 2011, el COES, mediante carta SCG_016_2011 requirió a Casapalca el pago de los montos valorizados que adjuntaba en la carta a todas las Generadoras indicadas, incluyendo a Electroperú.

3.2. Hechos relevantes del caso

Con fecha 9 de diciembre de 2011, Electroperú presentó una reclamación administrativa ante Osinergmin contra Casapalca, solicitando el pago de aproximadamente S/. 4.5 millones (sin incluir el IGV), correspondientes al suministro de energía y potencia eléctrica consumidas por Casapalca entre mayo de 2006 y febrero de 2009. Este retiro de energía se habría producido sin respaldo contractual y, por tanto, fue valorizado conforme a los procedimientos establecidos por el COES para estos casos.

El 9 de febrero de 2012, Casapalca presentó su escrito de contestación, en el que alegó, en primer término, que sí contaba con respaldo contractual durante el periodo en disputa. Sostuvo que dicho respaldo provenía inicialmente del contrato de suministro suscrito con Enersur, cuya vigencia se extendía hasta febrero de 2009, y posteriormente del contrato celebrado con la propia Electroperú, el cual cubría los consumos adicionales. Argumentó, además, que incluso en el supuesto de que se reconociera como válido el laudo arbitral que resolvió el contrato con Enersur, los consumos eléctricos efectuados entre mayo de 2006 y febrero de 2009 estarían comprendidos dentro del PPA Electroperú, por lo que no correspondía aplicar las valorizaciones determinadas por el COES. Casapalca también afirmó que la controversia tenía un carácter civil y no

regulatorio, dado que Electroperú pretendía exigir el pago de una obligación indemnizatoria derivada de una supuesta responsabilidad extracontractual.

Simultáneamente con su contestación a la reclamación, Casapalca planteó dos excepciones procesales. La primera fue una excepción de incompetencia, alegando que la controversia no involucraba aspectos técnicos, normativos ni regulatorios, y que, por lo tanto, Osinergmin no era el órgano competente para conocerla. La segunda fue una excepción de prescripción extintiva, en la que se sostuvo que la acción ejercida por Electroperú constituía una indemnización por responsabilidad extracontractual, sujeta al plazo de prescripción de dos años previsto en el Código Civil.

El 6 de marzo de 2012, Casapalca solicitó que el CC emitiera un pronunciamiento previo respecto de la excepción de incompetencia. Al día siguiente, el 7 de marzo, interpuso una acción de amparo ante el Poder Judicial contra Osinergmin, invocando la vulneración de su derecho fundamental al juez natural. En paralelo, el 16 de marzo de ese mismo año, solicitó la suspensión del procedimiento administrativo, alegando la existencia de una prejudicialidad derivada del proceso constitucional de amparo en trámite.

Mediante Resolución N.º 005-2012-OS/CC-66, de fecha 13 de abril del mismo año, el CC resolvió ambas solicitudes. En primer lugar, denegó la suspensión del procedimiento al considerar que no se configuraban los presupuestos exigidos por la normativa aplicable para la existencia de una verdadera prejudicialidad. En segundo lugar, declaró infundada la excepción de incompetencia, concluyendo que el caso sí involucraba la aplicación de normas del marco regulatorio eléctrico, así como actos técnicos realizados por el COES.

Posteriormente, a través de la Resolución N.º 006-2012-OS/CC-66, de fecha 19 de abril del mismo año, el mismo CC resolvió las demás cuestiones pendientes. En dicha resolución, se declaró infundada la excepción de prescripción extintiva, señalando que la obligación de pago reclamada no tenía naturaleza

indemnizatoria, sino que derivaba del marco normativo del sector eléctrico, por lo que se encontraba sujeta al plazo de prescripción general de diez años. Asimismo, el CC declaró fundada la reclamación de Electroperú y ordenó a Casapalca el pago del monto valorizado, junto con los intereses legales correspondientes.

El 17 de mayo de 2012, Casapalca interpuso recurso de apelación contra ambas resoluciones. En su escrito, invocó vicios de motivación, cuestionó nuevamente la competencia de Osinergmin y planteó objeciones al contenido sustancial de las decisiones emitidas. Electroperú absolvió el recurso el 18 de junio, solicitando que se confirme lo resuelto en primera instancia. El 8 de agosto del mismo año, Casapalca reiteró ante el Tribunal su solicitud de suspensión del procedimiento.

Finalmente, mediante la Resolución materia de análisis, de fecha 12 de septiembre de 2012, el Tribunal resolvió el recurso de apelación interpuesto por Casapalca. En dicha decisión, se denegó nuevamente la suspensión del procedimiento, declaró infundado el recurso de apelación y confirmó en todos sus extremos las Resoluciones N.º 005-2012-OS/CC-66 y N.º 006-2012-OS/CC-66.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

¿Es correcto que el Tribunal de Solución de Controversias haya ordenado el pago por los retiros sin contrato como consecuencia de la valorización hecha por el COES?

3.2. Problemas secundarios

a) ¿Es Osinergmin competente para conocer la materia de esta controversia, es decir, la falta de pago por la obligación generada por el RND?

b) ¿El PPA Electroperú es suficiente para considerar que los retiros que quedaron sin contrato por la resolución del primer contrato si estaban efectivamente coberturados?

c) ¿Es vinculante la valorización hecha por el COES a Casapalca, pese a que no era integrante al momento de realizarse la valorización?

d) ¿Debió suspenderse el procedimiento administrativo ante la instancia de solución de controversias por prejudicialidad en la vía arbitral?

e) ¿Debió proceder la excepción de prescripción extintiva por tratarse de una obligación extracontractual?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

En cuanto al problema principal, considero que sí es correcto que el Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin haya ordenado el pago por las valorizaciones realizadas por el COES, ello debido a que las valorizaciones son conforme a ley y los retiros hechos por Casapalca efectivamente no estaban coberturados de mayo de 2006 a febrero de 2009. Sin perjuicio de ello, hay aspectos del procedimiento administrativo y aspectos materiales en los que el Tribunal yerra con su actuación.

En cuanto a los problemas secundarios, en primer lugar, considero que tanto el CC como el Tribunal son competentes para resolver sobre la materia

controvertida en el presente caso; no obstante, a diferencia del Tribunal, considero que en el presente caso no podría ser competente por aspectos regulatorios vinculados a su función fiscalizadora.

En segundo lugar, en cuanto a si el PPA Electroperú era suficiente para dar como cubiertos los retiros realizados, al igual que el Tribunal, considero que no lo era, pues el objeto del contrato es claro al mencionar el supuesto único en el que dicho contrato cubría los consumos de Casapalca.

En tercer lugar, sobre si la valorización hecha por el COES era de obligatorio cumplimiento pese a que Casapalca no pertenecía en ese momento al COES, considero, al igual que el Tribunal, que sí es de vinculante la valorización realizada pues, aunque Casapalca no era miembro del COES, su acción de retiro de energía lo vincula a sus competencias. Sin perjuicio de ello, considero que el Tribunal no toma en cuenta el hecho de que el COES realiza las valorizaciones cuando aún no había decisión definitiva sobre la resolución del PPA Enersur, por lo que pudo haber incurrido en un error al realizar la valorización en un momento inadecuado; lo cual no sucedió en el caso porque el laudo confirmó la validez de la resolución.

En cuarto lugar, concuerdo con la decisión de declarar improcedente la suspensión del procedimiento, pues no se cumplía con los requisitos que la norma indica para que proceda la prejudicialidad. Finalmente, concuerdo con la decisión de declarar improcedente la excepción de prescripción extintiva pues, por más que la obligación de pago por los RND sea una de tipo extracontractual, el petitorio realizado por Casapalca no es una pretensión indemnizatoria, por lo que los plazos de prescripción son distintos.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Me encuentro a favor, en términos generales, de la decisión tomada por el Tribunal de ordenar el pago por los RND valorizados por el COES, en tanto estas

valorizaciones se encuentran previstas en la normativa del sector eléctrico y que los retiros realizados por Casapalca entre mayo de 2006 y febrero de 2009 no contaban con respaldo contractual. Sin perjuicio de ello, estimo que el Tribunal incurrió en ciertos errores tanto en el tratamiento de aspectos procesales como materiales

En el plano procesal, considero que el Tribunal no debió declarar competente a Osinergmin por los aspectos regulatorios, puesto que Osinergmin no tiene injerencia en la determinación del precio al costo marginal, sino únicamente en hacer valer las decisiones del COES. Ello no afecta de modo alguno la decisión final del Tribunal, pero sí a efectos académicos y de esclarecimiento, el Tribunal debió realizar un análisis más detallado y minucioso.

Vinculado a ello, en el plano material, estimo que el COES no debió emitir las valorizaciones o al menos evitar el caso de Casapalca hasta que se emitiera el laudo final. De acuerdo con los hechos 3 de las 4 valorizaciones se realizaron antes de emitido el laudo arbitral. En la realidad, esta decisión del COES no afectó de modo alguno los hechos, pero sí lo hubiera hecho en el eventual caso que el laudo hubiera declarado como inválida la resolución y por tanto habría valorizaciones de RND a Casapalca cuando sí tiene un contrato vigente; pero, nuevamente, este supuesto no ocurrió en la realidad de los hechos, de igual manera el Tribunal debió tomar en cuenta de ello para hacer notar al COES la falta de diligencia al momento de emitir dichas valorizaciones.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. Breve acercamiento al Mercado de Corto Plazo en el marco del ordenamiento jurídico peruano

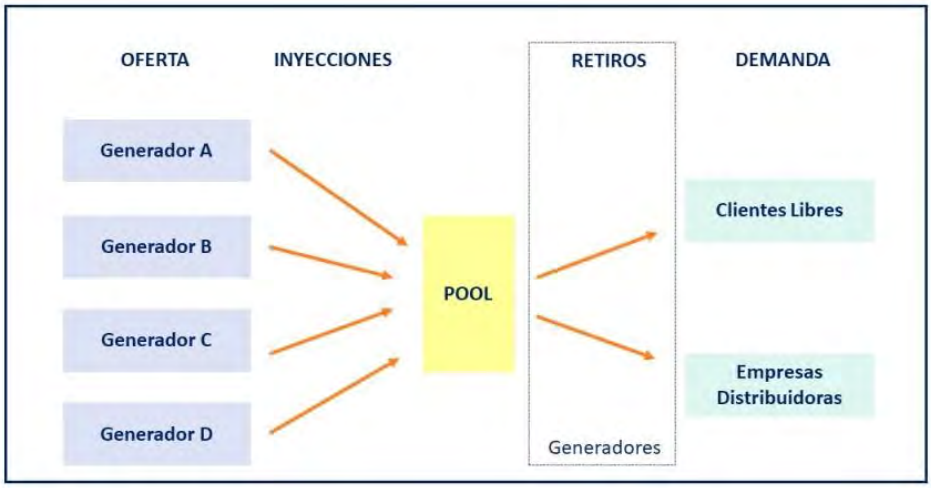
El Sistema Eléctrico Interconectado Nacional ("SEIN") es la gran red que conecta las centrales de generación de electricidad con los puntos de consumo en el Perú, la misma se compone de líneas de transmisión y subestaciones eléctricas,

ello permite que la energía viaje a través de todo el país. Dentro de los agentes más relevantes de nuestra regulación eléctrica se encuentran los Generadores, quienes proporcionan la energía a través de sus centrales; los Transmisores, quienes a través de sus líneas permiten que la energía creada se transporte; los Distribuidores; son el eslabón final que transporta la energía hasta los usuarios. Estos usuarios pueden ser Regulados o Libres, dependiendo de su máxima demanda anual[1].

Una característica clave de la electricidad es que no se puede almacenar de forma eficiente a gran escala; ello significa que la cantidad de electricidad que se produce debe ser exactamente igual a la que se consume en cada momento. Justamente a ello se le conoce como el Mercado de Corto Plazo ("MCP"), también conocido como Mercado Spot, pues en este mercado se liquidan las transacciones de potencia y energía que resultan de la operación económica real del sistema eléctrico (Santivañez, 1998, pp. 125). Debido a esta complejidad del MCP es que existe el COES, pues su función principal es coordinar la operación del SEIN con la mayor eficiencia posible.

El MCP opera bajo un sistema de "pool", donde toda la energía producida por los generadores se "inyecta" en este pool, y todos los requerimientos de suministro del sistema se cubren o "retiran" a partir de él; es decir, físicamente, existe un retiro por parte de los clientes a demanda y este retiro se atribuye contablemente al generador que los abastece contractualmente. Para ejemplificar de mejor manera ello, se tiene la siguiente imagen:

[1] De acuerdo con el Reglamento de Usuarios Libres, para que un Usuario Regulado pueda migrar a Usuario Libre debe tener una máxima demanda anual mayor a 200 kW, entre otros requisitos.



Mercado de Corto Plazo
Silvia Martinot (2022)

Un aspecto por tomar en cuenta es que es imposible saber de qué generador específico proviene, ya que sigue el camino de menor resistencia y se mezcla en la red (Dammert Lira, Molinelli Aristondo & Carbajal Navarro, 2011). Es por ello por lo que mensualmente, el COES lleva a cabo un proceso de liquidación para determinar las inyecciones reales de energía de cada generador y los retiros efectivos de sus clientes. Al funcionar de esta manera el MCP, el COES, como coordinador de este, se ve en la obligación de liquidar estas operaciones debido a que se tiene que realizar un pago por la energía y potencia inyectada a las Generadoras y estas deben de pagar la energía y potencia que sus clientes han retirado (Okumura 2015, 269).

Es justamente en ese contexto de las valorizaciones mensuales cuando el COES da cuenta de aquellos Usuarios Libres que retiraron energía y potencia sin tener una declaración de algún Generador que coberture esos retiros; es decir, un RND. Cuando esto sucede, el COES asigna este consumo no cubierto a los generadores del sistema, y se valora al costo marginal, el mismo que puede ser ajustado por un factor de incentivo fijado por Osinergmin para desmotivar este tipo de retiros sin respaldo.

5.2. Primer problema jurídico secundario: sobre la competencia de Osinergmin en el reclamo por la obligación de pago generada por una valorización del COES.

Luego de haber dado cuenta de los aspectos básicos del MCP, se hace necesario empezar por la cuestión relativa a la competencia de Osinergmin; ello en el marco de la excepción de competencia interpuesta por Casapalca dentro del procedimiento. Es decir, Casapalca considera que más allá del cuestionamiento de las valorizaciones, Osinergmin no tendría facultad alguna para resolver lo reclamado por Electroperú.

Así, Casapalca sostiene dos argumentos principales: (i) la controversia es puramente civil, en específico es una demanda de suma de dinero y (ii) la controversia no está vinculado con temas técnicos, regulatorios o normativos. En base a ello, se desarrollará cada punto para dilucidar si las afirmaciones de Casapalca son ciertas.

5.2.1. Sobre el Procedimiento Administrativo Trilateral

Dentro de la argumentación esbozada por Casapalca, ellos alegan que el reclamo de pago de Electroperú, por su naturaleza de cobro de suma de dinero, debería discutirse en sede judicial civil. Ello no es del todo correcto, pues el reclamo hecho en sede administrativa, como lo es en un Procedimiento Administrativo Trilateral ("PAT"), también se puede dilucidar este tipo de controversias.

Para entender ello, es necesario saber qué es un PAT y sus características. Este tipo de procedimiento es considerado dentro del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General ("LPAG") como un procedimiento especial, ya que el acto que emite la administración se genera a partir de dos o más sujetos cuyos intereses son contrapuestos. Así, este cuerpo normativo define el PAT como "el

procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración"; en contraposición, el procedimiento administrativo ordinario solo existe una parte interesada en el pronunciamiento de la administración.

Ahora bien, debe quedar claro que un PAT no es un proceso jurisdiccional, ello porque su ámbito de aplicación se enmarca en la Administración Pública, la misma que no está dotada de esta potestad jurisdiccional. Sin perjuicio de ello, esto no significa que ambos no puedan tener similitudes muy sustantivas entre ambas. Así, para Gómez Apac, la autoridad administrativa que tramita y resuelve un PAT ejerce facultades que se asemejan a las de un órgano judicial, abordando un conflicto intersubjetivo que, en principio, podría ser resuelto en el Poder Judicial (2011, p.16). Esto podría llevar a una confusión, pues tanto el PAT como un proceso civil de conocimiento pueden "resolver" sobre lo mismo, además comparten características como la neutralidad del órgano resolutor y la existencia de un aspecto contencioso. Sin embargo, más allá de la regulación normativa que los diferencia, hay claros matices entre ambos: la finalidad y la naturaleza de la solución del conflicto.

Por un lado, se debe remarcar que, en un PAT, pese a versar sobre intereses privados, la resolución de este conflicto, de manera indirecta, tiene cierto interés público. Esto de alguna manera se evidencia en el artículo 228.3 de la LPAG sobre la transacción que, a diferencia de lo que sucedería en sede judicial, la autoridad administrativa puede decidir continuar con el procedimiento si dicha transacción supone afectación al interés general. Así, en cualquier controversia surgida dentro de un PAT habrá una cuota de interés general, pues entre la resolución de dicho conflicto entre administrados mediará una controversia que interese al sector administrado por el órgano resolutor.

Por otro lado, como ya se ha mencionado, la Administración Pública no cuenta con función jurisdiccional. Osinergmin, en este caso, ha sido dotado con la función de solución de controversias como parte de ser un organismo regulador. Son actualmente tres los cuerpos normativos que mencionan de manera explícita esta función: (i) el artículo 3 en su inciso e) de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, ley N° 27332 (la "LMOR"), (ii) el artículo 44 del Reglamento General de Osinergmin ("RGO") y (iii) el artículo 2 del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias (el "ROSC"). Así Quiroga León menciona que esta función resolutiva de controversias es parte de su labor reguladora, orientada a garantizar el correcto funcionamiento del mercado eléctrico y la protección de sus condiciones de competencia (2015, p. 174).

Al ser Osinergmin un organismo regulador, tiene ciertos alcances más cercanos a cierto sector que otra entidad de la administración pública; en esa misma línea, se menciona generalmente que la justificación de los organismos reguladores se sustenta en la existencia de un conocimiento técnico y especializado de su sector (Vásquez Cordano, 2012). En dicho sentido, la atribución hecha a Osinergmin no es solo una atribución legal, sino una necesidad funcional que aborde la complejidad del sector eléctrico; temas como disputas que involucren el mercado a corto plazo, la valorización de la energía o temas vinculados con el COES, demandan un entendimiento técnico profundo que un juez civil ordinario no posee. Así, en cuanto este extremo, la competencia de Osinergmin para resolver esta controversia se arraiga en su función de solución de controversias que se justifica en la capacidad técnica que ostenta.

Con las consideraciones anteriores, se debe tomar en cuenta el interés general que existe detrás de cada PTA. En ese sentido, Espinoza menciona que debe evidenciarse la diferencia entre la función de solución de controversias de la función de la jurisdicción civil, pues a pesar de que

ambos resuelven conflictos entre particulares, se debe entender que la primera armoniza una contrapartida existente entre intereses generales (relacionados a finalidades públicas propias del derecho administrativo) (2019). Es por ello por lo que el procedimiento de solución de controversias del presente caso se ajusta a la definición y función de un PAT:

- Existencia de un conflicto que involucra dos administrados:
  Casapalca, en su calidad de usuario libre, y Electroperú como generador

- Una entidad administrativa actuando como árbitro imparcial:
  Osinergmin ejerciendo función de solución de controversias

- Cuya resolución posee una cierta relevancia pública:
  Pese a que son agentes privados del mercado eléctrico, se está dilucidando un tema de generar un balance económico en el MCP por los retiros realizados sin cobertura.

Finalmente, es importante destacar que, además de lo ya mencionado entre las diferencias, la vía administrativa ante Osinergmin es obligatoria y de competencia exclusiva para las materias que se le ha dotado. Así, Tassano menciona que la competencia de Osinergmin se encuentra establecida con carácter obligatorio y previo a la posibilidad de que las empresas ventilen sus conflictos ante sus instancias resolutivas (2006, p. 261). Ello además se establece de manera clara en el artículo 47 del RGO, lo que significa que cualquiera que quiera recurrir a otras vías, como la judicial, deberá primero agotar las instancias administrativas.

Cabe resaltar que no basta ello para determinar que efectivamente Osinergmin tiene competencia para conocer el caso en concreto, “la facultad de las entidades regulatorias de resolver controversias surgidas en su ámbito no es ilimitada (Vargas Guevara, 2019, p. 108). En dicho sentido,

Osinergmin solo puede conocer, en base al principio de legalidad, las controversias que la norma le haya habilitado conocer para posteriormente resolver sobre la misma. La norma que se pasará a analizar en el siguiente apartado es clara al mencionar los supuestos sobre los cuales Osinergmin sí tiene potestad de pronunciarse.

5.2.2. Sobre los aspectos técnicos, regulatorios y normativos

Luego de haber comprobado que las controversias sobre montos dinerarios, contrario a lo alegado por Casapalca, sí se pueden dilucidar en sede administrativa, en específico en un PAT, es pertinente resolver la siguiente cuestión: sobre si la controversia versa sobre aspectos técnicos, regulatorios y/o normativos. Casapalca niega que la materia controvertida tenga algún tipo de relación con los aspectos mencionado; en resumen, Casapalca menciona lo siguiente:

- No se relaciona con el aspecto técnico: Electroperú no ha cuestionado la aplicación correcta o no del PR 10.

- No se relaciona con el aspecto regulatorio: no está en discusión la aplicación de alguna norma o procedimiento de Osinergmin relacionado con tarifas.

- No se relaciona con el aspecto normativo: la decisión que tome Osinergmin sobre el tema de pago de una obligación extracontractual no forma parte de la función normativa que el artículo 23 del RGO le atribuye

El marco normativo peruano es explícito en cuanto a las materias sobre las que Osinergmin puede resolver. Es el artículo 46 del RGO el que indica los supuestos en el que Osinergmin es competente, diciendo su inciso c) lo siguiente:

> 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.

A partir de la mencionada norma se pueden extraer tres requisitos esenciales a tomar en consideración:

- Partes involucradas: Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores eléctricos.

- Materia de la controversia: la controversia debe estar relacionada con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión.

- Sujeción a la órbita de Osinergmin: los asuntos en disputa deben estar sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.

Habiendo disgregado la norma que más se aproxima a la competencia que tendría Osinergmin para resolver el presente caso, es menester analizar cada una de ellas, de forma escalonada, a efectos de determinar si efectivamente la resolución del caso materia de análisis era parte de la competencia de Osinergmin. Vale la pena recordar a este punto que el Tribunal consideró que sí era competente para resolver el caso debido a que el reclamo presentado por Electroperú sí versaba sobre aspectos normativos y regulatorios del sector eléctrico, además era una controversia entre agentes del sector y estaba sujeto a fiscalización por parte de Osinergmin.

5.2.2.1. Sobre las partes involucradas

De acuerdo con la norma analizada, también en concordancia con el artículo 2 del ROSC, los sujetos pasibles de presentar su reclamo deben ser agentes del sector eléctrico. En el caso es claro que esta condición se cumple, pues el reclamo fue presentado por una Generadora (Electroperú) para reclamar una situación a un Usuario Libre (Casapalca), supuesto que se colocan de manera explícita dentro de la norma.

5.2.2.2. Sobre la materia de la Controversia

De acuerdo con lo que dispone el literal c) del artículo 46 del RGO, la controversia debe estar relacionada con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión. Se debe recordar que la controversia en el caso en concreto es si Casapalca está obligada a realizar un pago a Electroperú por concepto de las valorizaciones hechas por el COES a raíz de los retiros realizados sin cobertura contractual. Se debe resaltar que es la propia norma que habla de una "relación" y no de un vínculo directo o evidente entre la controversia y la materia en la que se le puede enmarcar. Habiendo mencionado todo lo anterior, se debe realizar un análisis de cada uno de los aspectos pasibles de ser conocidos por Osinergmin:

- <u>Aspecto técnico:</u>

  En el caso en concreto es bastante claro la vinculación con un aspecto técnico, pues el pago exigido por Electroperú se basa en una valorización realizada en base al PR 10. Así, la determinación de los retiros sin contrato es un procedimiento altamente vinculado con lo técnico, pues requiere conocimiento especializado de quien lo realiza para realizar el cálculo.

- <u>Aspecto Regulatorio:</u>

La controversia sí está relacionada con aspectos regulatorios, pues la disputa se relaciona directamente con la regulación de precios de potencia y energía en el MCP; es regulado en tanto el COES es quien determina el precio en base al cálculo del costo marginal.

En ese sentido, el cuestionamiento que hace Casapalca al intentar encuadrar el "retiro de potencia y energía sin respaldo contractual" como una cuestión de responsabilidad civil extracontractual es incorrecta. De acuerdo con lo antes mencionado, esta obligación extracontractual surge de un mecanismo de mercado regulado (MCP) y de valoraciones realizadas por un ente operativo (COES) bajo la supervisión del regulador (Osinergmin); en virtud de ello, la ausencia de un contrato privado no despoja a la controversia de su carácter regulatorio si la obligación subyacente se deriva de normas sectoriales y del funcionamiento de un mercado supervisado.

- Aspecto Normativo:

El caso en concreto también se relaciona con aspectos normativos. Recordemos que la exigencia de pago realizada por Electroperú se funda en la valorización hecha por el COES, la misma que se vincula a las normas que le facultan a ello. Así, algunas de las normas vinculadas a esta habilitación son el artículo 32 de la LCE, el artículo 12.2 y el artículo 14.g de la Ley N° 288832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica ("LDE"), el artículo 6 del Reglamento COES y el numeral 5 del PR 10.

- Aspecto derivado de Contratos de Concesión:

Al ser una controversia vinculada con el mercado libre a corto plazo entre un Usuario Libre y un Generador de energía, resulta complicado que un Contrato de Concesión pueda vincularse a este tipo de disputas, por lo que la presente controversia no está relacionada a este apartado.

5.2.2.3. Sobre la sujeción a Osinergmin

Habiendo ya verificado el cumplimiento tanto del primer requisito (Usuario Libre y Generadora) y del segundo requisito (aspecto técnico, regulatorio y/o normativo), se debe verificar si estos aspectos identificados están sujetos a regulación, supervisión y/o fiscalización por parte de Osinergmin.

En primer lugar, en cuanto a la sujeción a la regulación del Osinergmin, esta se encuentra descrita en el artículo 26 del RGO como la "facultad de fijar tarifas del servicio público de electricidad" y cuyos alcances se describen en el artículo 28 del mismo cuerpo normativo. En esa misma línea, Del Risco menciona que esta es una función exclusiva de su consejo directivo y que implica la potestad de dictar disposiciones generales y normas dentro de su ámbito de competencia, lo que incluye, de manera destacada, la fijación, revisión y modificación de tarifas (2023, p. 55). Tomando en cuenta ello, pasaremos a analizar si cada uno de los aspectos están sujetos a la función regulatoria de Osinergmin:

- Sobre el aspecto técnico: no hay vinculación alguna con los precios y/o tarifas reguladas por Osinergmin. A ello se le añade que el PR 10 no fue aprobado por Osinergmin, sino por el Ministerio de Energía y Minas ("MINEM")[2]; además, de acuerdo con el artículo 14 de la LDE, aquello vinculado con el procedimiento para la

[2] Actualmente los procedimientos técnicos sí son aprobados por Osinergmin, pero el PR 10 vigente durante el suceso de las valorizaciones fue uno aprobado por el MINEM, pues la norma vigente a ese momento así lo establecía.

realización de las valorizaciones mensuales es competencia exclusiva del COES.

- Sobre el aspecto regulatorio: no hay vinculación alguna con los precios regulados de Osinergmin. Recordemos que los precios de potencia y energía en el Mercado de Corto Plazo no están sujetos a regulación del Osinergmin, pues el cálculo de estos se da en base al costo marginal, variable que es determinada por el COES. Se considera un mercado regulado en tanto no existe una libertad de precios, pues está regulado al precio del costo marginal.

- Sobre el aspecto normativo: no hay vinculación alguna con la sujeción regulatoria de Osinergmin, pues el fundamento por el cual el COES realizó la valorización no se vincula a normas emitidas por la entidad reguladora.

En segundo lugar, luego de comprobar que los aspectos de la controversia del caso no están sujetos a la función regulatoria de Osinergmin, se debe de analizar si están sujetos a la supervisión y/o fiscalización. Se analizarán ambas, pues tanto la supervisión y la fiscalización son relacionadas: de acuerdo con Paul Villegas, la definición legal de la actividad de fiscalización señala que esta se compone del conglomerado de actos y gestiones, dentro de los cuales se encuentra la supervisión; incluso, actualmente en la doctrina, ambos términos se usan de manera indistinta (2022, p. 167).

Teniendo esto en cuenta es necesario remitirnos al artículo 32 y al literal d) del artículo 101 de la Ley de Concesiones Eléctricas, pues ambas normas habilitan a Osinergmin a fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones del COES por parte de sus integrantes[3].

[3] Tanto la función de supervisión como la función de fiscalización se encuentran además en el RGO, en sus artículos 31 y 36 respectivamente.

El hecho de que los Usuarios Libres cumplan o no con las disposiciones emitidas por el COES – como por ejemplo las valorizaciones de sus retiros – es pasible de ser fiscalizada y eventualmente sancionada, por Osinergmin. Tomando en ello en cuenta, se pasará a analizar si cada uno de los aspectos están sujetos a la función de supervisión y fiscalización de Osinergmin:

- Sobre el aspecto técnico: no hay vinculación directa con la fiscalización que realiza Osinergmin. Si bien es cierto que fiscaliza y supervisa el cumplimiento de las disposiciones del PR 10, Osinergmin no es el encargado de revisar que el COES haya aplicado adecuadamente el procedimiento técnico, pues ello es competencia exclusiva de esta última entidad.

- Sobre el aspecto regulatorio: de similar manera que, en el anterior aspecto, no existe vinculación directa con la actividad de fiscalización que debe realizar el Osinergmin, pues si bien es cierto que Osinergmin debe verificar el cumplimiento de las decisiones del COES, esta fiscalización no supone la revisión de la naturaleza regulatoria de los precios de potencia y energía en el MCP; es decir, Osinergmin no puede intervenir en la determinación de los precios en base al costo marginal.

- Sobre el aspecto normativo: sí existe una vinculación con la sujeción fiscalizadora y supervisora de Osinergmin, pues a través del ejercicio de esa función da cumplimiento a su rol de verificar si los agentes del sector eléctrico cumplen con lo dispuesto por el COES.

  El artículo 101 de la LCE señala de manera explícita que es materia de fiscalización el cumplimiento de las funciones asignadas al COES, siendo una de ellas las valorizaciones. De igual manera, el

artículo 201 en su inciso c) de RLCE establece como incumplimiento para el Usuario Libre el no efectuar los pagos por transferencias dispuesta por el COES.

En ese sentido, Osinergmin sí cuenta con competencia para dilucidar el reclamo presentado por Electroperú por el pago de las valorizaciones, pues la misma se da entre un Usuario Libre y una Generadora sobre aspectos normativos sujetos a fiscalización por parte de Osinergmin. En esa línea, la tendencia actual de la doctrina especializada es la adopción de una interpretación más amplia de lo que constituye una controversia normativa (Vásquez Cordano et al., 2012). Esta perspectiva permite afirmar que la clave de la competencia en el caso en concreto reside en si el conflicto se deriva o está intrínsecamente relacionado con el marco normativo del sector.

Finalmente, es necesario mencionar que el Tribunal yerra al afirmar que también tendría esta competencia al tratarse de aspectos regulatorios; si bien es cierto que efectivamente está relacionado a aspectos regulatorios, este aspecto no está sujeto a regulación, fiscalización ni supervisión por parte de Osinergmin. En ese sentido, Osinergmin no debe pronunciarse respecto a los cálculos hechos por el COES por el tema de las valorizaciones.

5.3. Segundo problema jurídico secundario: sobre la cobertura de los retiros realizados por Casapalca de mayo del 2006 y febrero del 2009

Teniendo en cuenta que Osinergmin sí es competente para conocer la controversia, uno de los principales cuestionamientos es si los retiros de potencia y energía hechos por Casapalca durante mayo del 2006 y febrero del 2009 contaban con respaldo contractual. Se debe partir de esta interrogante pues al ser el óbice de la reclamación hecha por Electroperú – pagos por RND – la cuestión de si estaba o no respaldada es central, pues de comprobarse que

efectivamente esos retiros hechos en el mencionado intervalo de tiempo estuvieron respaldados, entonces lo pretendido por Electroperú no tendría asidero legal.

Casapalca afirmó que los retiros de potencia y energía que realizó sí contaban con el respaldo contractual necesario, pues la resolución del PPA Enersur, pese a la existencia de un laudo que indicaba ello, todavía no era definitiva ya que todavía estaría siendo cuestionada en sede judicial; y, en el supuesto que, luego de agotar todos los recursos contra el laudo, se demostrase que la resolución de ese contrato fue realizado de manera válida, los retiros deberían ser asumidos por el Electroperú en virtud del PPA Electroperú. Así, los pilares centrales de la argumentación de Casapalca se pueden resumir a (i) la convicción de que los efectos del laudo se encuentran suspendidos debido a la interposición de un recurso y (ii) la aseveración de que el PPA Electroperú puede cubrir sus retiros de considerarse resuelto el PPA Enersur.

Por su parte, Electroperú niega que el contrato suscrito entre su empresa con Casapalca contemple la posibilidad de coberturar retiros realizados por debajo de los 4.5 MW. Asimismo, alega que el PPA Electroperú, en su cláusula tercera, establece ciertos compromisos máximos para el suministro de la potencia y energía. Por su parte, el Tribunal concluyó que los retiros de Casapalca durante el periodo de mayo del 2006 a febrero del 2009 carecían del respaldo contractual, por lo que Casapalca fue considerada responsable de abonar los montos correspondientes a Electroperú, una de las generadoras las cuales el COES había asignado la valorización de esos retiros.

5.3.1. El PPA en el mercado de usuarios libres

5.3.1.1. Naturaleza y aspectos regulatorios

Antes de realizar una disgregación y análisis de los argumentos de Casapalca, debemos entender el modo en que funcionan los PPAs. Como

se mencionó en la parte inicial, el mercado de Usuarios Libres es el espacio dónde se pueden realizar transacciones libres en base a la potencia y energía. A diferencia de los usuarios regulados quienes están sujetos a tarifas y condiciones preestablecidas por Osinergmin, los usuarios libres tienen la facultad de negociar libremente las cláusulas y precios de su suministro eléctrico. Esas negociaciones se concretizan a través de los contratos de suministro de energía eléctrica, comúnmente conocidos como PPA por sus siglas en inglés. Estos contratos juegan un rol central en el mercado eléctrico peruano, por lo que su naturaleza y características están definidas por un marco jurídico específico que busca regular la compleja dinámica de la oferta y demanda de electricidad sin que se vea mancillado el ordenamiento público.

Pese a que, por definición, este mercado libre permite una amplia variedad de posibilidades para que el suministrador y el usuario libre puedan pactar cláusulas y condiciones dentro de su contrato, debemos tomar en cuenta que existe un marco legal que establece las condiciones generales y los límites dentro de los cuales las partes pueden ejercer su autonomía de la voluntad. Dentro de ese cuerpo normativo se encuentran, principalmente, la LCE, el RLCE, el Reglamento de Usuarios Libres y la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos.

5.3.1.2. Aspectos convencionales y objeto del PPA

Se parte de la base que un contrato de este tipo es bilateral, siendo las partes (i) el usuario que obtendrá la potencia y energía a cambio de una contraprestación y (ii) el suministrador, que puede ser un generador o un distribuidor, que proveerá o causará que se le provea al usuario de potencia y energía. De este modo las obligaciones principales de este tipo de contratos son el suministro de la potencia y energía y el pago correspondiente al suministrador.

Como se denota, los componentes más relevantes, adicional a la contraprestación, son la potencia y la energía. La potencia contratada, de acuerdo con Aldana & Matos, hace referencia a la capacidad que permite la generación de electricidad requerida por el usuario libre, la misma que el suministrador asegura o pone a disposición esta capacidad en el SEIN (2019, p. 194); es decir, representa la capacidad máxima que el suministrador está obligado a poner a disposición de su cliente. La energía, por otro lado, representa la electricidad real que es demandada y efectivamente consumida por los Usuarios Libres para sus actividades y operaciones (Aldana & Matos, 2019, p. 194); es decir, es el consumo efectivo de electricidad por parte del usuario.

Ambos conceptos, el de potencia y energía, se incluyen en las facturas mensuales, pues dichos conceptos son la base, además del precio pactado, para la contraprestación que va a realizar el cliente. De acuerdo con Aldana & Matos, es común que los contratos establezcan que los excesos en el consumo de potencia y/o energía por encima de los límites contratados sean objeto de recargos o penalidades (2019, p. 201). Esto subraya la importancia de una correcta estimación y contratación de ambos componentes, ya que una insuficiencia en cualquiera de ellos puede generar costos adicionales o controversias.

5.3.2. Sobre los efectos del laudo

Habiendo mencionado la posición de las partes junto con la justificación y naturaleza de los PPAs, se hace necesario hacer una disgregación de la postura esbozada por Casapalca respecto de este punto. Se debe de tomar en cuenta que la pregunta central de este apartado, respecto a si los retiros de potencia y energía de Casapalca por hasta 4,5 MW realizados entre mayo de 2006 y febrero de 2009 tenían respaldo contractual, fue resuelta por el Tribunal de manera negativa para Casapalca. A pesar de las alegaciones de Casapalca sobre la existencia del PPA Electroperú, la

decisión del Tribunal indica que dicho respaldo fue considerado inexistente para el periodo y los volúmenes en disputa.

En tal sentido, el primer de los argumentos de Casapalca es que la vigencia del PPA Enersur, al momento de presentado el reclamo, todavía se encontraba en proceso de ser resuelto en el Poder Judicial; por lo que, de acuerdo con su entendimiento, el contrato aún no se encontraba firmemente resuelto, por lo que sus retiros de energía se encontraban coberturados.

Se debe tomar en cuenta que, al momento en el que Casapalca presentó su recurso de apelación contra las resoluciones de Osinergmin el 17 de mayo del 2012, el Tribunal Constitucional ya había declarado improcedente su demanda de amparo[4] contra la resolución judicial que rechazó la nulidad del laudo y contra el mismo laudo el 3 de mayo del mismo año. Es decir, el propio argumento de Casapalca sobre que todavía se encontraba en trámite el cuestionamiento al laudo ya no tenía fundamento fáctico al momento de presentar su apelación. Además, por si ello no fuera poco, incluso en el supuesto en el que el proceso de amparo iniciado por Casapalca aún se hubiera encontrado en trámite al momento de la emisión de la resolución materia de análisis, su argumento tampoco tendría cabida jurídica.

De acuerdo con el artículo 66 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, “la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo” a menos que sea solicitada por parte bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. En el presente caso, del expediente judicial revisado, no existe registro alguno de que Casapalca hubiera solicitado dicha suspensión al momento de presentar el recurso de nulidad de laudo; tampoco se tiene registro de la interposición de alguna medida cautelar que nos lleve a pensar que el laudo

[4] Lo mencionado se encuentra dentro del expediente N° 04622-2011-PA/TC.

debía de suspenderse. De igual manera, la interposición de un recurso de amparo frente al laudo y a la resolución judicial que declara infundada la solicitud de nulidad de laudo tampoco suspende su eficacia *per se*.

De haber estado la ejecución del laudo suspendida, a nuestra consideración, no solo el COES habría errado al considerar sus retiros como RND, sino que el propio Osinergmin hubiera incurrido en error al darle trámite al presente procedimiento administrativo; sin embargo, ello no ocurrió porque en la realidad Casapalca nunca solicitó la suspensión del laudo. En tal sentido, desde el 20 de mayo de 2006, el PPA Enersur se encuentra resuelto.

5.3.3. Sobre el PPA Electroperú y la posibilidad de cobertura

Casapalca también alega que, de encontrarse resuelto el PPA Enersur, de igual manera se encontraría coberturado sus retiros por su contrato complementario suscrito con Electroperú; ello, como demostraremos a continuación, no es correcto. De acuerdo con los antecedentes del PPA Electroperú, el numeral 1.4 menciona lo siguiente:

> 1.4 Ambas partes declaran conocer que **EL CLIENTE** tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de suministro de electricidad con ENERSUR celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4,5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por **EL CLIENTE** con ENERSUR hasta el término del citado contrato.

(el resaltado es nuestro)

En dicho entendimiento, Electroperú conocía la existencia de un PPA "principal" que coberturaba los consumos de Casapalca por los primeros 4,5 MW, lo cual se deja de manifiesto en la primera cláusula del contrato. En cambio, si se hace una lectura conjunta con el objeto del contrato que se detalla en la tercera cláusula, se podría llegar a entender que las coberturas por exceso a los 4,5 MW se darían en tanto el PPA Enersur

persista y que cuando este llegue a su fin, entonces el PPA Electroperú cubriría todo el suministro de electricidad.

> **CLAUSULA TERCERA: OBJETO**
>
> 3.1 Suministro de Potencia
>
> A partir de las fechas de inicio **LA GENERADORA** se obliga a suministrar y poner a disposición de **EL CLIENTE**, en el punto de entrega las potencias máximas (en adelante Potencias Máximas) en horas de punta y en horas fuera de punta siguientes:
>
> i) 9,5 MW en horas de punta y en horas fuera de punta, desde el 2006-05-01 hasta el 2009-02-28, conforme a la condición establecida en 1.4; y
>
> ii) 14,0 MW en horas de punta y en horas fuera de punta, desde el 2009-03-01 hasta el 2012-02-28.

(el resaltado es nuestro)

La interpretación antes señalada, que sería favorable a la postura de Casapalca, se puede obtener por el hecho que la tercera cláusula habla de dos hitos importantes:

i) <u>Mientras el contrato con Enersur se encuentre vigente</u>:

- Del 01 de mayo de 2006, fecha de suscripción del PPA Electroperú.
- Hasta el 28 de febrero de 2009, fecha en el que el que acaba el PPA Enersur.

→ Potencia de 14,0 MW coberturada entre Enersur (primeros 4,5 MW) y Electroperú (9,5 MW siguientes

ii) <u>Cuando el contrato de Enersur acabe en plazo</u>:

- Del 01 de marzo de 2009, día siguiente a cuando acaba el PPA Enersur.

- Hasta el 28 de febrero de 2012, fecha en el que acaba el PPA Electroperú.

→ Potencia de 14, MW coberturada por Electroperú.

La problemática en el presente caso surge cuando el PPA Enersur no termina el 28 de febrero de 2009 como se tenía previsto en el PPA Electroperú, sino el 20 de mayo de 2006. La cuestión a este punto es dilucidar si, el inciso ii) del numeral 3.1 de la tercera cláusula y el numeral 1.4 de la primera cláusula habilitaban a Casapalca a interpretar que, cuando resuelto el PPA Enersur, el PPA Electroperú lo cubriría de sus consumos de energía y potencia. Si bien a primera vista podría parecer que efectivamente esta última interpretación es acorde al Contrato, las actuaciones fácticas de Casapalca nos llevan a pensar lo contrario.

Por un lado, se debe tomar en cuenta que entre la suscripción del PPA Electroperú y la resolución del PPA Enersur, existe un intervalo de tan solo 19 días. Resulta imposible imaginar un supuesto de resolución de contrato en el que no haya existido una comunicación previa que le haya permitido a Casapalca prever el supuesto de resolución en su nuevo contrato con Casapalca. En tal sentido, de acuerdo con la información descrita en el laudo antes mencionado, desde el 24 de abril de 2006, Casapalca era plenamente consciente que el PPA Enersur era pasible de ser resuelto de no subsanar su incumplimiento:

> *"(iii) Mediante carta notarial de fecha 24 de abril de 2006 Enersur requirió a Casapalca, demostrar de manera fehaciente y documentada haber subsanado los incumplimientos contractuales referidos a las deficiencias técnicas que dieron lugar a los Eventos, <u>bajo apercibimiento de resolver el contrato de pleno derecho</u>"*

Incluso si de esa comunicación Casapalca no advertía de la posible resolución del PPA Enersur, del laudo también se extrae que con fecha 5 de mayo de 2006, Casapalca y Enersur se reunieron para discutir sobre los incumplimientos de Casapalca que derivarían en una resolución contractual. En tal sentido, si la intención de Casapalca era que el PPA Electroperú cubriera sus consumos totales luego de la resolución de su contrato con Enersur, entonces debió de constatarlo de manera expresa o a lo sumo acordar con Electroperú no colocar fechas de terminación como sí expresamente lo pusieron en la tercera cláusula del contrato.

Por otro lado, si esa oportunidad de Casapalca de incluir la posibilidad de que Electroperú pudiera cubrir sus consumos ante la inminente resolución del PPA Enersur no fue suficiente, se debe recordar que con fecha 27 de junio y 13 de noviembre del 2006, Casapalca y Electroperú suscribieron la primera y segunda adenda al contrato respectivamente. En ese sentido, si la intención real del PPA Electroperú hubiera sido la de cubrir los consumos luego de la resolución del contrato, entonces así lo hubiera hecho indicar en cualquiera de las adendas. Además de ello, se debe resaltar que ambas adendas redujeron las potencias máximas en lugar de aumentarlas. Si consideráramos como cierto lo dicho por Casapalca – el hecho de que el contrato con Electroperú tenía como fin cubrir todos sus consumos –, entonces este excedería probablemente el suministro de las potencias máximas contratadas, que, de acuerdo con PPA Electroperú, no puede realizarse:

> 3.3 Excesos de Consumo
>
> **LA GENERADORA** no estará obligada a suministrar en cada punto de entrega más potencia que las respectivas Potencias Máximas establecidas en **3.1**, ni más energía que la Energía Máxima establecida en **3.2**.

Por todo lo dicho, se puede afirmar que no hubo voluntad alguna de Electroperú y Casapalca de establecer que el contrato Electroperú cubriera el total de los consumos de Casapalca si es que el contrato con Enersur

terminaba anticipadamente; por lo que la obligación de Electroperú de coberturar los retiros de energía de Casapalca por debajo de los 4,5 MW aplica únicamente desde el 01 de marzo de 2009. Es decir, los retiros de Casapalca desde la resolución del contrato con Enersur, 20 de mayo de 2006, hasta el 28 de febrero de 2009 no se encuentran coberturados por algún suministrador.

5.4. Tercer problema jurídico: sobre las valorizaciones del COES y su eficacia a un usuario libre que no era integrante de esta entidad

Una vez esclarecido el tema de la no cobertura de los retiros realizados por Casapalca durante el periodo de mayo del 2006 a febrero del 2009, otro punto relevante dentro del presente informe es analizar si, en el contexto en el que se dieron los hechos, Casapalca se encuentra obligada a pagar las valorizaciones hechas por el COES en base al PR 10.

Casapalca basó su defensa en la inexistencia de una relación contractual directa con Electroperú que justificara la obligación de pago. Además, señaló que al no ser un "integrante" del COES, este no podía realizar valorización alguna. En relación con ello, indicó que el PR 10 no regulaba, en el momento en el que se dieron las valorizaciones, la posibilidad de establecerlas los Usuarios Libres. Finalmente, menciona que el COES no notificó de manera adecuada las valorizaciones que tendría que haber pagado.

5.4.1. Sobre el COES

Para comprender la controversia, es fundamental analizar la naturaleza, estructura y funciones del COES, pues es la entidad central en el funcionamiento del mercado eléctrico peruano.

5.4.1.1. Historia y conformación del COES

El COES es una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de derecho público, la misma que está conformada por todos los agentes del SEIN: generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres. Como ampliamente se ha mencionado, el COES es la entidad responsable de coordinar la operación del SEIN. De acuerdo con la normativa del sector y a la propia entidad, su finalidad es coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el MCP (COES, s.f.).

Su origen y marco legal se encuentran en la LCE, aunque fue la LDE, publicada en julio del 2006, la que perfeccionó las reglas del sector y estableció disposiciones más específicas sobre el COES. En cuanto a la estructura, el COES inicialmente solo estuvo conformado por los generadores y titulares de sistemas de transmisión[5]. Ello fue así hasta la promulgación de la norma antes mencionada en la que se incluyeron a todos los agentes del SEIN.

5.4.1.2. Naturaleza del COES

Como inicialmente se ha presentado, la naturaleza jurídica del COES es particular en el ordenamiento peruano: es una "entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público" (LDE, artículo 12.2). Para Cairampoma y Villegas, el COES se comporta como una empresa privada creada, no por la autonomía privada, sino por un mandato de la ley (2018, pp. 33). Un aspecto que añade complejidad a su naturaleza es que, a pesar de su personería de Derecho Público, el COES, según Leyva Flores, no cuenta con injerencia del Estado ni en su conformación ni en su proceso de toma de decisiones (2024, p. 3).

[5] De acuerdo con los cambios de la LDE en su artículo 16 y 17, estos agentes están organizados en cuatro subcomités, uno por cada grupo; mientras que la máxima instancia de decisiones del COES es el Directorio, el cual está conformado por cuatro directores que representan a cada uno de los subcomités y todos los integrantes del COES eligen al presidente de este directorio.

Esta situación crea una suerte de paradoja: el COES no es una entidad pública en el sentido tradicional, pero ejerce funciones de interés público y sus decisiones, como ya se ha mencionado, son de cumplimiento obligatorio para los agentes del SEIN[6]. En esa misma línea existen laudos[7] que van en esa misma línea; por ejemplo, en el laudo del 02 de agosto del 2020, Electroperú vs COES, el Tribunal Arbitral dejó claro que los principios de la LPAG, como el de legalidad, le resultan aplicables a esta entidad debido a que tiene personería de Derecho Público (pp. 35-36)[8]. A su vez, en el laudo del 01 de agosto de 2017, Engie vs COES, el Tribunal Arbitral señaló que el COES es una entidad administrativa y que, por lo tanto, está sujeta a las disposiciones de la LPAG (pp. 67)[9].

5.4.1.3. La función administrativa del COES

Ahora bien, debemos determinar si el COES, siendo una entidad privada con personería de Derecho Público, ejerce función administrativa. La función administrativa, aunque no está conceptualizada puntualmente en el la LPAG, se refiere a las funciones estatales encargadas de la administración de los asuntos y negocios públicos con la finalidad de servir a los intereses generales. En esa misma línea, Cairampoma y Villegas señalan que el ejercicio de esta función administrativa conlleva la organización y conducción de actividades y servicios de carácter público (2019, p. 35).

Un aspecto relevante para el caso del COES es que la función administrativa, si bien es ejercida por el Estado, no es exclusiva de esta.

[6] En concordancia con el artículo 6.1 del Reglamento COES

[7] En el ámbito del COES, la resolución de controversias mediante arbitraje es una práctica recurrente, facilitada y regulada por su propio Estatuto (Artículo 55.10), que incluso dispone la publicidad de esos laudos arbitrales.

[8] Electroperú S. A. vs. Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES). (2020, 2 de agosto). Laudo arbitral. Tribunal Arbitral ad hoc.

[9] Engie Energía Perú S. A. vs. Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES). (2017, 1 de agosto). Laudo arbitral. Tribunal Arbitral ad hoc.

Ello es puesto en evidencia en el Artículo I de la LPAG, pues en su inciso octavo indica que existen personas jurídicas bajo el régimen privado que ejercen función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado; es decir, no solo las entidades públicas pueden ejercer funciones administrativas. Esto significa que, a pesar de su naturaleza privada, el COES, al ejercer funciones delegadas por el Estado y de interés público, se encuentra adscrito al Derecho Administrativo.

En esa misma línea, Cáceres Freyre menciona que por las funciones que le han sido delegadas al COES, éste es un ente que, al realizar la función de administrar técnicamente el sistema interconectado, se encuentra regido por el Derecho Administrativo y, en consecuencia, sus actos serán actos administrativos y sus normas reglamentos administrativos[10] (2001, p. 362). Las funciones del COES se estructuran en dos categorías principales:

- Funciones de interés público (Artículo 13):

  Entre sus funciones de interés público, se destaca la de "elaborar los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del Mercado de Corto Plazo, para su aprobación por Osinergmin".

  Esto implica que el COES propone las reglas técnicas que rigen el mercado, pero es Osinergmin, como organismo regulador, quien las convalida y les otorga carácter normativo mediante su aprobación.

- Funciones operativas[11] (Artículo 14):

[10] Tomar en cuenta que el COES no tiene una función normativa. Justamente por dichos motivos, sus reglamentos administrativos son aprobados por entidad diferente al COES como se denota en el desarrollo siguiente.

[11] Antes de la modificación realizada por la Ley 29162, la norma no lo denominaba como "funciones operativas", sino que se le denominaba "funciones administrativas; sin embargo, ello fue cambiado bajo la errónea premisa de que solo las entidades públicas pueden ejercer función administrativa.

Una de las funciones operativas más relevantes del COES, y central para el caso en estudio, es la de "determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES".

Esta función se ejerce en el marco de la administración del MCP. Las valorizaciones que realiza el COES se basan en el funcionamiento del MCP y constituyen el correlato de pago por el abastecimiento de energía y potencia retirada del SEIN. Esto plantea la cuestión de si la determinación y valorización es una simple aplicación técnica de un procedimiento aprobado por Osinergmin o si implica una declaración de voluntad con efectos jurídicos propios.

5.4.2. Naturaleza jurídica de las valorizaciones del COES

5.4.2.1. La valorización como manifestación de la función administrativa

De acuerdo con el PR 10 vigente a la fecha de sucedido los hechos (manifestación de su función de interés público), el COES es responsable de elaborar, emitir y publicar mensualmente el Informe de Valorización de Transferencias de Energía Activa (manifestación de la función operativa) en su portal de internet. Ello, aparte de ser una obligación normativa del COES, resulta necesario para mantener un balance y un orden dentro del mercado eléctrico, pues de no realizarse dichas valorizaciones entonces habría un deterioro de la calidad y seguridad del suministro.

En dicho sentido, si hubiera que enmarcar la función de determinar las valorizaciones dentro de una actividad administrativa, esta sería una actividad de ordenación de conductas. La actividad de ordenación comprende distintos mecanismos mediante los cuales el Estado interviene

en la esfera privada con el objetivo principal de promover el bienestar general mediante la imposición de un determinado orden jurídico. Entonces, la actividad de las valorizaciones consiste en la manifestación de una función administrativa de ordenación, puesto que dicha actividad es necesaria para el funcionamiento del mercado eléctrico.

5.4.2.2. Sobre las valorizaciones a la luz del PR 10

En el periodo en el que se han realizado las valorizaciones de Casapalca (mayo de 2006 a febrero de 2009) se encontraba vigente un PR 10 por el MINEM[12] a través de la Resolución Ministerial N° 143-2001-EM-VME[13]. Habiendo aclarado ello, los alcances que se darán en este acápite se harán en referencia al PR 10 vigente a la fecha en que sucedieron las valorizaciones.

El objetivo principal del PR 10 era "determinar y valorizar las transferencias de energía activa entre Generadores Integrantes del COES"[14] siendo su producto final el Informe de Valorización de Transferencias de Energía Activa, el cual se generaba con una periodicidad mensual. Este informe es aprobado por la Dirección de Operaciones y “origina la obligación de pago o cobro entre generadores integrantes”. Asimismo, de acuerdo con este PR 10, cada generador tiene la obligación de presentar la información de sus Entregas y Retiros para periodos de 15 minutos.

De acuerdo con el numeral 9.3 y al numeral 9.4, el COES calcula el Saldo de Transferencias de cada generador como el resultado de la sumatoria de las valorizaciones de sus Entregas menos la sumatoria de las valorizaciones de sus retiros; ello al costo marginal como indica el numeral

[12] Antiguamente, de acuerdo con el reglamento de la LCE ya derogado, en su artículo 86 se mencionaba que el COES proponía al Minem los procedimientos para su aprobación.
[13] Se debe aclarar que, a la fecha, se encuentra vigente el PR 10 aprobado por Osinergmin mediante Resolución N° 187-2017-OS/CD.
[14] Se debe recordar que, a dicho momento, todavía no se incluía a los otros agentes del sector. Actualmente uno de los objetivos del PR 10 es “determinar la liquidación de las valorizaciones de transferencias de energía activa entre Participantes del MME”

9.2. Finalmente, ese Saldo resultante “es asignado a cada generador integrante, prorrateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectúa la valorización”.

5.4.2.3. Las Valorizaciones como actos administrativos

Debemos de partir que, la valorización que realiza el COES no es una mera operación técnica, sino una declaración de voluntad que aplica una potestad pública y genera una obligación concreta, lo que la convierte en una manifestación clave de su función administrativa. Es por ello por lo que la calificación jurídica de las valorizaciones del COES es un punto central para determinar su obligatoriedad y el régimen legal aplicable.

En el derecho administrativo peruano, el concepto de acto administrativo está definido en el inciso 1.1 del artículo 1 de la LPAG[15]; a partir de esa definición disgregada, se realizará un análisis si una valorización emitida por el COES podría considerarse efectivamente como un acto administrativo y así desplegar todos los efectos que dicha calificación implica.

i) <u>Declaración de una entidad</u>

Contrario a una relación privada en el que existe bilateralidad, en un acto administrativo no existe una suerte de acuerdo de partes entre el administrado y la administración pública para la emisión de un acto; no es necesaria la participación o el consentimiento del administrado.

En el caso en particular, la entidad sería el COES que realiza la liquidación de transferencias en la que solo participa el COES y no otros agentes del

[15] Artículo 1.- Concepto de acto administrativo
1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.”

sector. El hecho que los agentes provean de información a la entidad para la emisión de las valorizaciones de ninguna forma puede entenderse como una bilateralidad.

ii) En el marco de normas de derecho público

Ello significa que, en vinculatoriedad con el principio de legalidad descrito en el inciso 1.1 del artículo IV de la LPAG, los actos que esta entidad emita han tenido que estar previamente facultadas en alguna norma de derecho público.

En el caso particular, la norma principal que habilita al COES a realizar las valorizaciones es el PR 10. Si bien la nomenclatura empleada es "Procedimiento Técnico", esta tiene un rango normativo, pues fue emitido en el marco de la función normativa del MINEM.

iii) Esté destinado a producir efectos jurídicos sobre los administrados

La declaración de la administración está orientada a de alguna manera afectar la esfera jurídica de los administrados: "producir efectos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados". Ello es relevante pues es el aspecto que lo diferencia de los actos de la administración interna y los hechos de la administración.

En el presente caso, el COES tiene la función específica de determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía. Justamente es esa valorización la que, al cuantificar un monto de pago y, por ende, una obligación económica, produce un efecto jurídico concreto sobre los intereses de los agentes involucrados. Si a esto le añadimos que por norma sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los agentes[16], queda

[16] Artículo 6 del Reglamento COES, artículo 32 de la LCE y artículo 12.2 de la LDE.

claro que las valorizaciones que el COES emite modifican la esfera jurídica de estos: impone obligaciones de pago y derechos de cobro a los integrantes que así se vean afectados por su decisión unilateral.

iv) Se aplica a una situación concreta

La afectación que se realiza con la declaración es emitida para un caso en concreto y enmarcado en un contexto determinado o determinable. Ello no significa que con una sola declaración solo se tenga que afectar a un caso en concreto, puede ser pasible de afectar a varios, pero estos deben ser determinados o determinables como lo indica Morón Urbina (2019, p. 195). Esto es lo que lo diferencia de un reglamento, pues en este último caso sus efectos no son concretos, sino abstractos.

En el presente caso, las valorizaciones mensuales que se realizan se enmarcan en el MCP y en específico a aquellos agentes del sector a los que el COES determina que deberán pagar o deberán cobrar.

En conclusión, luego del análisis antes mencionado, las valorizaciones no se tratan de una operación técnica, sino de verdaderos actos administrativos, por lo que le son aplicables todas las regulaciones y normas aplicables a tal naturaleza. Así, “en lo que al cumplimiento de función administrativa se refiera, el COES se encuentra regido por el derecho administrativo y, en tal sentido, sus decisiones deben ajustarse estrictamente a las normas que regulan su funcionamiento” (Cáceres Freyre, 2001, pp. 369). Ahora bien, partiendo de la base que las valorizaciones son actos administrativos, debemos recordar que Casapalca cuestiona la validez de estos y también su eficacia, por lo que se procederá a realizar si la valorización que realizó el COES al amparo del PR 10 fue válido y eficaz para Casapalca

5.4.3. Sobre la validez y eficacia de las valorizaciones del COES

5.4.3.1. Sobre la validez de las valorizaciones

Si bien Casapalca no cuestiona de manera literal la validez del acto administrativo, sí considera que las valorizaciones no se hicieron conforme a derecho porque el COES habría aplicado una norma, el PR 10, a un Usuario Libre cuando al momento de realizar los retiros esa norma no regulaba los RND para esos agentes. Trasladando esos alegatos de Casapalca al ámbito de la nulidad del acto administrativo[17], ellos estarían indicando que las valorizaciones hechas por el COES (i) contravinieron a la LPAG por vulnerar el principio de legalidad y (ii) contienen un defecto del requisito de validez del procedimiento regular.

A la fecha en que el COES realizó las valorizaciones no existía como tal un procedimiento que permita darle un tratamiento a los retiros que Casapalca había hecho sin respaldo. No obstante, el COES de igual forma cumplió con el principio de legalidad puesto que existe una norma que le habilita a actuar del modo en que lo hizo. El artículo 6.2 del Reglamento COES[18] indica que "de producirse una situación no prevista en la aplicación diaria de los Procedimientos Técnicos, el COES dispone las acciones que a su juicio y criterio considere adecuadas". Esta disposición normativa tiene que leerse en conjunto con los principios de razonabilidad y buena fe procedimental, puesto que hacerlo de otro modo podría verse como una actitud abusiva por parte del COES.

El criterio que utilizó el COES para realizar estas valorizaciones fue el mismo estipulado en el PR 10; es decir, hizo una suerte de aplicación por "analogía" a la luz de esta habilitación. De esta forma, el COES gestionó la asignación de los retiros de Casapalca considerándolos como un "saldo resultante" y esa asignación fue prorrateada entre los generadores en

[17] Regulado en el artículo 10 de la LPAG.

[18] Si bien este reglamento entró en vigencia en el 2008, las valorizaciones hechas por los retiros de Casapalca recién fueron dados por el COES en el año 2009.

función de sus ingresos por potencia. Además, cuestionar técnicamente dicha aplicación carecería de sentido, pues el actual y vigente PR 10 incluye ahora esta posibilidad al ya no limitar su aplicación a los generadores y transmisores. En ese sentido, se considera dicha aplicación por “analogía” fue razonable al aplicar un procedimiento existente en lugar de inventar uno nuevo.

En cuanto al procedimiento regular, de acuerdo con el inciso 5 del artículo 3 de la LPAG, hace referencia a que antes de la emisión de cualquier acto administrativo, este debe seguir el procedimiento administrativo previsto para su generación. En este caso, no existía un procedimiento específico como tal para la emisión de la valorización de Casapalca como usuario libre; no obstante, como ya se mencionó, el COES, habilitado por la norma, hizo una suerte de homologación del PR 10 para que sea de aplicación al caso de usuarios libres. Tomando en cuenta ello, el COES sí siguió el procedimiento que indicaba la norma para la emisión de la valorización. En el supuesto que los agentes afectados por este acto se hubieran visto disconformes con el procedimiento, estos cuentan con los recursos que el reglamento y el estatuto del COES prevén para esto.

En dicho sentido, el COES no vulneró el principio de legalidad al estar habilitado para aplicar su propio criterio ni tampoco el requisito de validez del procedimiento regular puesto que se siguió lo destitulado en el procedimiento que el COES aplicó por analogía al caso concreto; razón por la cual, la valorización del COES es válida.

5.4.3.2. Sobre la eficacia

En cuanto a la eficacia de las valorizaciones para Casapalca, estos alegan que, al momento en que se dieron estas valorizaciones, ellos no eran miembros formales del COES y que, no hubo una propia notificación por

parte del COES respecto de estas obligaciones de pago que tendrían que realizar.

a) Sobre la eficacia de las valorizaciones pese a no ser miembro inscrito del COES

La principal cuestión radica en si Casapalca, al no ser un integrante del COES, pero habiendo realizado retiros de energía, califica como un agente sujeto a estas obligaciones de pago impuestas por la valorización. Recordemos que la entrada en vigor de la LDE cambia la forma en que se entiende al COES y a quienes se les considera como miembros integrantes. En esa línea, el Reglamento COES, que surge a raíz de estos cambios, estableció la diferencia entre Integrantes Registrados, Integrantes Obligatorios e Integrantes Voluntarios.

Así, se debe de tomar en cuenta que ser integrante del COES no siempre significa que te encuentres registrado, pues de acuerdo al artículo 6.3 del Estatuto del COES, "la inscripción en el registro se hace en mérito a solicitud expresa del agente"; es decir, por más que seas integrante del COES, si no lo solicitas de forma expresa, entonces no podrás ser Integrante Registrado; lo que no significa, bajo ningún supuesto, que el hecho de no ser miembro registrado no implique que las decisiones no te sean vinculantes.

Tomando en cuenta ello, se debe de hacer una diferencia de tres momentos de Casapalca en relación con su calidad de integrante en el COES:

i) <u>Sin ser integrante del COES</u>:

Se observa que entre el 1 de mayo y el 23 de julio de 2006, Casapalca efectuó retiros de energía y potencia sin formar parte del COES.

ii) Siendo parte integrante del COES:

A partir del 24 de julio de 2006 hasta el 28 de febrero de 2009, los retiros de Casapalca se realizaron en calidad de Agente del COES.

iii) Siendo integrante registrado del COES:

Desde el 23 de mayo de 2011, Casapalca pasa a tener la condición de integrante registrado

Respecto del supuesto ii) no cabe duda de que las valorizaciones que se realizaron por ese intervalo de tiempo sí le son aplicables; en cambio, la problemática surge respecto del supuesto i). Ahora bien, si nos quedamos en la literalidad de la norma, queda esclarecido que Casapalca, al ser un usuario libre, no era integrante como tal del COES y por lo tanto aquello que el coordinador del SEIN dijera no era de obligatoriedad para él. Sin embargo, los retiros realizados por Casapalca afectan al MCP y afecta al mercado eléctrico. Entonces, incluso sin una norma que lo indique, no se debería de limitar a los miembros formales del COES, pues el solo hecho de interactuar con el SEIN (en este caso retirar energía) ya te debería poner a disposición del COES.

Si permitiéramos que un Usuario Libre bajo la antigua regulación comience a realizar retiros sin respaldo contractual sin que el coordinador del SEIN pudiera hacer algo para remediar esta situación, no solo nos encontraríamos frente a una ineficiencia del mercado eléctrico peruano, sino que incluso este usuario libre estaría realizando un enriquecimiento sin causa en el contexto de derecho público. Así, alineados a la postura del

Tribunal, consideramos que por el solo hecho de intervenir en el SEIN, Casapalca ya era pasible de ser afectada por las decisiones (como las valorizaciones) del COES puesto que al retirar energía y potencia del SEIN, esta debe ser de alguna forma retribuida.

b) Sobre la eficacia de las valorizaciones relacionado a las notificaciones

Las normas de notificación de los actos administrativos se rigen principalmente por la LPAG. Las modalidades de notificación previstas van desde la notificación personal hasta la publicación el Diario Oficial El Peruano para casos específico; también se incluye la posibilidad de notificar mediante medios telemáticos, como el correo electrónico[19].

Un principio fundamental de la LPAG es que el procedimiento de notificación es distinto del acto administrativo que se notifica, lo que implica que cualquier defecto o irregularidad en la notificación no afecta la validez del acto notificado en sí mismo. Además, la eficacia del acto administrativo se produce a partir de la notificación legalmente realizada; sin perjuicio de ello, si una notificación es defectuosa, puede ser subsanada si el administrado acusa recibo expresamente o realiza actuaciones que impliquen su conocimiento.

Aterrizando a las notificaciones realizadas por el COES a Casapalca sobre las valorizaciones, debemos hacer notar que si bien el COES notificó a Electroperú de las valorizaciones – y por ende su derecho de cobro – el 11 de setiembre del 2009, el 23 de octubre de 2009 y el 27 de enero de 2010, no fue sino hasta el 17 de junio del 2011 que mediante carta SCG_016_2011 del Subcomité de Generadores del COES, Casapalca

[19] Es importante señalar que la notificación electrónica mediante casilla electrónica, regulada por la Ley N° 31736 (publicada en 2023), no era una modalidad aplicable al período en el que ocurrieron los hechos.

toma conocimiento que existe una serie de actos administrativos que le generan una obligación de pago a distintos generadores del mercado.

De esta manera, a nuestra consideración es recién con la carta antes mencionada que Casapalca toma pleno conocimiento de la obligación de pago que tiene con diferentes generadoras. Muestra de ello es que en las semanas siguientes Casapalca se reunió con otras generadoras además de Electroperú para firmar acuerdos privados de pago vinculado al tema de RND. En ese sentido, en el supuesto negado de que la carta enviada por el COES no sea considerada como una subsanación a una falta de notificación, el hecho de firmar acuerdos de pagos puede entender como una subsanación también.

En tal sentido, la exigencia de pago que realiza Electroperú por medio del envío de la factura N° 005-12474 es plenamente válida, pues se dio luego de la carta que remitió el COES a Casapalca. Por lo tanto, Casapalca no puede alegar una mala notificación como argumento para no pagar los montos valorizados, puesto que, pese a que se hizo tarde, ya hubo una subsanación de la notificación y es eficaz desde el 17 de junio del 2011, entonces, desde esa fecha se deben de computar los plazos para la exigencia del pago y las impugnaciones que estime presentar frente a las valorizaciones.

En definitiva, las valorizaciones emitidas por el COES constituyen actos administrativos válidos y eficaces, incluso respecto de Casapalca, pese a no ser un integrante registrado al momento de los retiros; su participación en el SEIN permite concluir que las obligaciones derivadas de estas le resultan plenamente exigibles.

5.5. Cuarto problema jurídico secundario: sobre la suspensión del procedimiento administrativo por existir una demanda de amparo en sede judicial

Sobre este punto, debemos recordar que Casapalca solicitó la suspensión del procedimiento administrativo hasta en dos oportunidades: (i) la primera ante el CC en fecha 16 de marzo de 2012 y (ii) la segunda ante el Tribunal en fecha 8 de agosto de 2012; en ambas oportunidades los argumentos esbozados fueron los mismos. Casapalca sostenía que existía prejudicialidad porque al mismo tiempo en que se daba el procedimiento administrativo, se estaba dando un proceso de amparo en el cual se discutía las facultades de Osinergmin para resolver la materia controvertida en el procedimiento administrativo en curso. Para Casapalca, lo que se resolviera en sede constitucional era un presupuesto indispensable para la continuación y validez del procedimiento administrativo y, por consiguiente, este último debía ser suspendido.

Se debe de tomar en cuenta que el fundamento de Casapalca para solicitar la suspensión por prejudicialidad es un proceso constitucional de amparo que fue planteada por la propia empresa[20]. Cuestión que, como ya se mencionó, tiene como objeto cuestionar la competencia de Osinergmin para resolver el proceso de la Resolución bajo análisis. Es importante destacar ello porque Casapalca ya había deducido una excepción de incompetencia en el propio procedimiento ante Osinergmin, la misma que fue desestimada inicialmente por el CC en la resolución N° 005-2012-OS/CC-66, cuya validez fue cuestionada por Casapalca en su escrito de apelación.

Sobre esta solicitud, el Tribunal nuevamente desestimó la solicitud de suspensión del procedimiento, ello en base a las condiciones y requisitos que deben de cumplirse para que proceda la inhibición de la autoridad administrativa y la consecuente suspensión del procedimiento. Cabe agregar que, como ya se había mencionado en el punto 5.2 del presente informe, se enfatizó la primacía de la vía administrativa y el principio de especialidad al señalar que el procedimiento ante Osinergmin ya contaba con mecanismos internos – como la

[20] Se debe recordar que Casapalca inició este proceso de amparo contra Osinergmin fue admitido a trámite el 8 de marzo de 2012 y tan solo 8 días después, el 16 de marzo del mismo año, Casapalca presentó su primera solicitud de suspensión del procedimiento administrativo.

excepción de competencia – para abordar el tema del amparo de Casapalca. Con esta decisión, el Tribunal nuevamente reafirma la idea de que la autoridad administrativa es competente para resolver asuntos dentro de su ámbito especializado.

5.5.1. Regulación de la suspensión en el ordenamiento peruano

Tomando en cuenta que el razonamiento hecho por el Tribunal, para el análisis de este apartado es necesario conocer de forma breve la institución jurídica de la suspensión del procedimiento administrativo y sus implicancias. Según la definición clásica de Liebman, la prejudicialidad es una "cuestión controvertida, en sí y por sí extraña al objeto del proceso, la cual es o puede ser objeto principal de otro proceso diferente" (citado en Priori Posada, 2010, p. 281); es decir, existen dos pretensiones que tienen cierta conexión una de la otra, pese a que se encuentran en procesos distintos: para que se pueda resolver una es necesario que se determine la resolución de la otra. En ese sentido, Fernández menciona que es un requisito esencial para la existencia de prejudicialidad que exista este vínculo de imprescindibilidad entre el problema prejudicial y la cuestión principal, de forma que la resolución del primero debe ser necesaria para decidir sobre el segundo (citado en Aragonés Beltrán, 2010, p, 129).

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico peruano, la regulación de la suspensión del procedimiento administrativo ante la existencia de una cuestión contenciosa en sede judicial se encuentra, principalmente, en dos cuerpos normativos. En primer lugar, el inciso 75.1 y el primer párrafo del inciso 75.2 del artículo 75 de la LPAG establece lo siguiente:

> *"75.1. Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional <u>una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado</u>*

que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

75.2. Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio." (el resaltado es nuestro)

De manera similar, el artículo 13 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial - aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS – ("LOPJ") contempla la posibilidad de que, si durante el desarrollo de un procedimiento administrativo surja una controversia de carácter contencioso, dicho procedimiento se suspende. La mencionada norma sigue uno de los criterios de lo regulado en la LPAG: el procedimiento administrativo debe ser suspendido cuando se presente una controversia de naturaleza contenciosa cuyo esclarecimiento previo resulte indispensable.

Como se puede advertir, existe una diferencia importante entre dichas normas, pues la regulación de la LOPJ no regula de manera tan estricta el supuesto de aplicación de la suspensión. Con relación a ello, existe una crítica al formalismo del artículo 64 de la LPAG por la exigencia de la estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos; así, Elmer Huamán considera que esta exigencia de triple identidad siempre constituirá una barrera importante en algunos procesos administrativos (2021, p. 667). Por otra parte, hay quienes abogan por las exigencias desarrolladas en la LPAG pues la institución jurídica de la suspensión se debe de aplicar con cautela para no desnaturalizar el proceso (Priori Posada, 2010, p. 282). Lo cierto es que, como ya se ha adelantado, el Tribunal decidió aplicar un criterio más formalista al momento de evaluar la solicitud, puesto que en el propio

proceso existen los recursos para cuestionar aquello que Casapalca pretendió cuestionar en sede constitucional.

5.5.2. Sobre la suspensión en el caso en concreto

De lo extraído del artículo 64 de la LPAG, se puede obtener hasta tres requisitos esenciales para la aplicación de la suspensión del procedimiento administrativo:

i) los sujetos involucrados deben ser dos administrados,
ii) la naturaleza de la relación debe ser de derecho privado y
iii) debe existir una identidad de sujeto, hechos y fundamentos.

Ahora bien, a partir de estos requisitos y tomando en cuenta el proceso constitucional sobre el cual se sustentaba la suspensión del procedimiento, queda claro que no hay fundamento por el cual el Tribunal pudo declarar procedente la solicitud.

En primer lugar, los sujetos involucrados no son dos administrados, pues el caso judicial es un amparo de Casapalca (administrado) contra Osinergmin (administración pública); por la naturaleza del reclamo (asunto competencial) Osinergmin no podría considerarse como administrado.

En segundo lugar, la naturaleza de la relación del reclamo no es de derecho privado, sino una de derecho público, pues está vinculado al ejercicio de la función de resolución de controversias de una entidad pública.

Finalmente, en cuanto a la estricta identidad de sujeto, hechos y fundamentos, es evidente que no se cumple la identidad de sujetos (Osinergmin no es parte dentro del procedimiento administrativo); en cuanto a la identidad de hechos y fundamentos, si bien podría ser de alguna manera argumentable que sí se han podido cumplir estas identidades, pues

lo alegado tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso de amparo se basan en el hecho de que Osinergmin admitió el reclamo de Electroperú, de igual manera no cumple con la identidad de sujetos, por lo que la improcedencia de la solicitud es fundamentada.

Incluso tomando en cuenta la crítica de la rigidez de este último requisito de las identidades, Casapalca seguiría sin cumplir con los requisitos que le permitirían suspender el procedimiento.

5.6. Quinto problema jurídico secundario: sobre la excepción de prescripción extintiva y la naturaleza de la obligación

Finalmente, en cuanto a los temas procesales del presente caso, debemos analizar la problemática jurídica en torno al pedido de excepción de prescripción extintiva presentada por Casapalca. La empresa dedujo expresamente la excepción de prescripción extintiva el 9 de febrero de 2012, al contestar la reclamación de Electroperú. Su estrategia defensiva se articuló en torno a que la obligación de pago que se le imponía no era de naturaleza contractual, por lo que se trataría de un pedido indemnizatorio vinculado a la responsabilidad extracontractual; por lo que, de acuerdo con Casapalca, la acción de reclamo de Electroperú ya habría prescrito, pues el plazo aplicable de prescripción sería el de 2 años.

Del recuento de hechos tenemos que Electroperú presentó una reclamación ante Osinergmin solicitando el pago de los montos valorizados por el COES correspondientes a RND, incluyendo sus intereses. Es fundamental observar que el reclamo de Electroperú no se centró en la reparación de un daño derivado de un acto ilícito, sino en la exigencia de una prestación económica debida.
Incluso el solo hecho de que se haya incluido dentro de la pretensión el pago de intereses es un elemento clave que evidencia que el reclamo se refería a una obligación de pago (deuda) y no una indemnización por daños.

En ese sentido, Saavedra menciona que los intereses son un accesorio típico de las obligaciones dinerarias y de las deudas en mora, mientras que el resarcimiento del daño es el objetivo principal de la responsabilidad civil (Saavedra, 2015, p. 33). Esta calificación de la obligación como una deuda es crucial, ya que el plazo de prescripción para acciones personales (deudas) en el Código Civil peruano es de diez (10) años, lo que respaldaría la no prescripción de su reclamo.

La posición del Tribunal de Solución de Controversias sobre el tema de la prescripción extintiva se alinea a lo alegado por Electroperú, pues desestimó la excepción de prescripción deducida por Casapalca, indicando que la obligación de pago de Casapalca era una de naturaleza legal o regulatoria y no una obligación contractual ni mucho menos una responsabilidad extracontractual.

A partir de lo mencionado, se puede afirmar que Casapalca realiza una interpretación errónea de las instituciones jurídicas de la fuente de las obligaciones, pues no concibe que una disposición normativa pueda obligar a realizar una acción a un administrado. Asimismo, al no reconocer esta fuente de obligaciones, Casapalca comete un segundo error al considerar que dicho pedido de pago, al no enmarcarse en un acuerdo de partes, es un pedido indemnizatorio vinculado a la responsabilidad civil extracontractual.

5.6.1. La norma como fuente de obligación para Casapalca

Si bien es cierto que no existe como tal una lista taxativa de las fuentes de las obligaciones, la doctrina se ha encargado de investigar y analizar la mayoría de ellas. Así, no es sorpresa alguna que exista un consenso doctrinal en lo que concierne a considerar a la ley como una fuente de obligaciones: las obligaciones de pago pueden nacer de diversas fuentes, incluyendo un contrato o la ley (Palacio Pimentel, 2002, p. 42). De igual forma, se dice que las obligaciones ex lege son aquellas que surgen directamente de una disposición normativa, sin que sea necesaria la

manifestación de voluntad de las partes para su nacimiento (UNIR, 2020). Así, la afirmación de Casapalca de que "solo el acuerdo de voluntades es fuente de obligaciones" es jurídicamente incorrecta y revela una comprensión incompleta del sistema de fuentes de las obligaciones en el ámbito civil y administrativo peruano.

En el caso materia de análisis, las valorizaciones que emite el COES, como ya hemos analizado, no son meras facturas comerciales, sino el resultado de la aplicación de procedimientos técnicos y regulatorios establecidos que desembocan en un acto administrativo; las mismas que son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los agentes del sistema, ello en base al artículo 12.2 de la LDE, el numeral 5 del PR 10, entre otros. A partir de estas disposiciones normativas, queda claro que la obligación de pago, la misma que no surge de un acuerdo de partes entre todos los agentes del sector eléctrico sino de las prerrogativas dadas por la norma, se debe de cumplir por ser de carácter imperativo.

5.6.2. Sobre la supuesta pretensión indemnizatoria de Electroperú

Luego de entender que, pese a la perspectiva de Casapalca, en nuestro sistema jurídico peruano existen las obligaciones con fuentes legales, cabe analizar el segundo error en el que incurre la empresa: pretender que una pretensión de pago que no tiene como sustento una relación contractual se trate de una pretensión indemnizatoria. Una obligación, en su sentido más amplio, es un vínculo jurídico patrimonial que constriñe a un deudor a realizar una determinada prestación (dar, hacer o no hacer) en beneficio de un acreedor; siendo el pago, justamente el cumplimiento íntegro de esta prestación debida.

En contraste, la responsabilidad civil es una institución jurídica cuya finalidad esencial es reparar o resarcir los daños causados por una persona a otra. En el Perú, se distingue tradicionalmente entre responsabilidad civil

contractual (preexistencia de un contrato) y la responsabilidad civil extracontractual (no media un vínculo contractual previo).

La diferencia fundamental entre el pago de una deuda y la indemnización radica en su naturaleza y propósito. La indemnización es una consecuencia del incumplimiento de una obligación o de la comisión de un hecho ilícito que genera un daño, cuyo objetivo principal es el resarcimiento del daño sufrido. Por el contrario, el pago de una deuda es el cumplimiento de la prestación original a la que el deudor se obligó, ya sea por disposición legal o por un acuerdo contractual. Es relevante entender que no toda obligación de pago es una indemnización por responsabilidad civil; una obligación de pago puede existir perfectamente sin que haya habido un daño que resarcir en el sentido estricto de la responsabilidad civil.

Casapalca sostuvo que "aquello que no es acordado entre las partes es responsabilidad extracontractual". Esta afirmación es incorrecta y denota una confusión conceptual. La ausencia de un acuerdo de voluntades para una prestación específica no convierte automáticamente la obligación en responsabilidad extracontractual. Si la obligación nace de una disposición legal o de una norma regulatoria, como es el caso de las valorizaciones del COES, se trata de una obligación de pago (una deuda) de carácter ex lege, y no de una indemnización. Además, el reclamo de Electroperú no buscaba la reparación de un "daño" en el sentido de la responsabilidad civil, sino el cumplimiento de una obligación económica por el consumo de energía.

Por todo lo dicho, la pretensión de Electroperú no puede ser entendida como una pretensión indemnizatoria como lo pretende Casapalca, pues por la naturaleza de lo pedido y por el contexto normativo detrás de esa pretensión, se trata de una pretensión de pago que, como ya hemos visto anteriormente, también puede ser competencia de Osinergmin

5.6.3. El plazo prescriptorio

La prescripción extintiva es una institución jurídica que opera como un medio de defensa procesal (excepción) que extingue la acción correspondiente a un derecho por su no ejercicio por parte de su titular dentro de un plazo determinado establecido por ley (Osterling & Castillo, 2004, p. 268). Si bien es cierto que la LPAG como tal no cuenta con una disposición respecto a los plazos prescriptorios, en aplicación del artículo VIII de su Título Preliminar, corresponde la aplicación supletoria de las normas de derecho civil. El artículo 2001 del Código Civil peruano establece diversos plazos de prescripción para las acciones civiles, dentro de las cuales nos atañen las siguientes:

- 10 años: este es el plazo general para la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico. Este plazo actúa como el general supletorio para las obligaciones de pago no sujetas a un plazo especial.

- 2 años: este plazo se aplica específicamente a la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual.

Tomando en cuenta lo analizado anteriormente, la acción de Electroperú de reclamar el pago de las valorizaciones realizadas por el COES (derecho de crédito) se enmarca en una acción personal, por lo que el plazo de prescripción es de 10 años; plazo distinto del pretendido por Casapalca.

Tomando en cuenta el hecho que las valorizaciones fueron eficaces el 17 de junio de 2011, el derecho de acción para la reclamación de tales pagos vencía el 17 de junio de 2021. Siendo que la reclamación de Electroperú fue presentada ante Osinergmin el 9 de diciembre de 2011, no se habría cumplido el plazo de 10 años, por lo que la decisión del Tribunal de desestimar la excepción de prescripción es correcta.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Se concluye que Osinergmin es plenamente competente para resolver la controversia, ya que no se trata de una simple obligación de pago de naturaleza civil, sino de una disputa con aspectos normativos que se encuentra bajo la supervisión y fiscalización del regulador.

Además, queda determinado que los retiros de energía y potencia efectuados por Casapalca carecían de un contrato de suministro que los respaldara. Asimismo, se establece un precedente claro: la ausencia de un contrato de suministro vigente y suficiente para cubrir los retiros de potencia y energía conlleva directamente la obligación de pago por parte del usuario que realiza dichos retiros.

Sobre la obligatoriedad de las valorizaciones del COES, se concluye que las valorizaciones de transferencias de energía realizadas por el COES constituyen actos administrativos válidos, eficaces y de cumplimiento obligatorio para todos los agentes del sector. Por lo tanto, el monto calculado por el COES representa una obligación de pago cierta y exigible para Casapalca.

Se determina que no existía prejudicialidad que impidiera al Tribunal resolver el fondo de la controversia, puesto que no se cumplía con los supuestos que la norma indicaba para que hubiera una suspensión válida del procedimiento.

Finalmente, se colige que la acción de Electroperú para reclamar el pago no había prescrito. El plazo aplicable para la reclamación se rige por las normas del sector eléctrico y el derecho administrativo, y el reclamo fue presentado dentro del tiempo establecido por dicha normativa, siendo por tanto plenamente válido.

En suma, sí fue correcto que el Tribunal haya ordenado el pago por los retiros sin contrato como consecuencia de la valorización hecha por el COES. Así, si Casapalca hubiera sido más diligente en sus actuaciones hubiera suscrito un

tercer PPA que cubriera la totalidad de sus necesidades de potencia y energía para el periodo en cuestión y así evitar la problemática de la resolución materia de análisis. Por otro lado, si su objetivo fuera el de suspender la ejecución del laudo para evitar los pagos mientras se resolvía en sede judicial la controversia del laudo, entonces Casapalca debió de haber solicitado ello de manera expresa o, en todo caso, presentar una cautelar pare evitar las valorizaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado Aldana, J., & Matos Ortega, M. (2019). El contrato de suministro en el mercado libre de electricidad: Nociones generales y apuntes para su entendimiento. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 188–219. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22862

- Aragonés Beltrán, E. (2010). La cuestión prejudicial administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo. En Fundación Democracia y Gobierno Local. https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1044/resp_penal_12_aragones.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Cáceres Freyre, F. (2001). La descentralización de la función administrativa hacia esferas privadas: El caso del COES en el sector electricidad ¿pueden resolverse sus conflictos mediante arbitraje? *THEMIS Revista de Derecho*, (42), 351–369.

- Cairampoma Arroyo, A., & Villegas Vega, P. (2018). Los alcances jurídicos del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional del Perú. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (26), 23–39.

- Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES). (s. f.). *¿Quiénes somos?*https://www.coes.org.pe/Portal/Organizacion/QuienesSomos

- Dammert Lira, A. J. C., Molinelli Aristondo, F. G., & Carbajal Navarro, M. A. (2011). *Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano.* OSINERGMIN. http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/Fund

amentos%20Tecnicos%20y%20Economicos.pdf

- Del Risco, J. A. (2023). Resoluciones del Consejo Directivo de Osinergmin. *Revista Peruana de Energía*, (10). https://santivanez.com.pe/wp-content/uploads/2024/08/4.-Resoluciones-del-Consejo-Directivo-de-Osinergmin.pdf

- Espinoza, J. (2019). *Derecho de la responsabilidad civil*. Jurista Editores.

- Gómez Apac, H. (2011). El procedimiento trilateral: ¿Cuasijurisdiccional? *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 15–42. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13674

- Huamán Estrada, E. (2021). Suspensión del procedimiento administrativo ante la existencia de un proceso judicial vinculado. En *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/VI-Congreso-Nacional-full-659-676.pdf

- Leyva Flores, R. (2024). Arbitrajes contra las decisiones del operador del mercado eléctrico peruano – COES. Análisis de los laudos arbitrales expedidos en el período 2010–2023. *Derecho & Sociedad*, (62), 1–16. https://doi.org/10.18800/dys.202401.007

- Morón, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Gaceta Jurídica.

- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2004). Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario. *Derecho & Sociedad*, (23),

267–
274. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16895

- Okumura Suzuki, P. A. (2015). El mercado mayorista de electricidad en el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, (68), 261-277. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15598

- Palacio Pimentel, H. (2002). *Manual de Derecho Civil: Contratos*. Editorial San Marcos.

- Priori Posada, G. (2010). La suspensión del proceso por prejudicialidad en el proceso civil peruano. *Ius et Veritas*, (40), 278–291. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/12155/12720/0

- Quiroga León, H. (2015). *Derecho de la energía: marco normativo del sector eléctrico*. Universidad del Pacífico.

- Santiváñez, J. (2024). Aspectos jurídicos de las resoluciones de Consejo Directivo del OSINERGMIN. *Revista Peruana de Energía*, (10). https://santivanez.com.pe/wp-content/uploads/2024/08/4.-Resoluciones-del-Consejo-Directivo-de-Osinergmin.pdf

- Santivañez, R. (1998). Mercado eléctrico peruano: principios y mecanismos de operación y sistemas de precios. *THEMIS*, (37), 111-128. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11699

- Saavedra Palomino, C. E. (2015). *La indemnización en las obligaciones de dar sumas de dinero y el tratamiento de la cláusula penal* (Tesis de bachiller). Repositorio Institucional

USMP. https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/2648

- Tassano, H. (2006). El procedimiento de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. *Revista de Derecho Administrativo*, (1), 245–262.

- Silva Martinot, A. (2022, 2 de diciembre). *Mercado de electricidad: Mercado spot y mercado de contratos en el Perú*. Blog Inversión e Infraestructura – Gestión. https://blogs.gestion.pe/inversioneinfraestructura/2022/12/mercado-de-electricidad-mercado-spot-y-mercado-de-contratos-en-el-peru.html

- Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). (2020, 28 de agosto). *Ex lege: ¿en qué consiste este término jurídico?UNIR Revista*. https://www.unir.net/revista/derecho/ex-lege-concepto/

- Vargas Guevara, E. E. (2019). El procedimiento administrativo trilateral como mecanismo de solución de controversias en el sector eléctrico peruano. *Círculo de Derecho Administrativo*, (10), 96–115.

- Vásquez Cordano, A. L., Tamayo Pacheco, J., Vilches Cevallos, C., & Chávez Huamán, E. (2012). Rol del Regulador del Sector Energía: Caso del OSINERGMIN. https://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/11_TDSE45.pdf

- Villegas Vega, P. (2022). La actividad de fiscalización y derechos de los administrados: Las actas de inspección. *Ius et Veritas*, (65), 166–175. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202202.011

ANEXO 9:
Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 006-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, que resuelve en segunda y última instancia administrativa.

926
Novecientos veintiseis

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA OSINERGMIN Nº 006-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN

Expediente	:	66-2012-TSC-OSINERGMIN.
Partes	:	EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.- ELECTROPERÚ S.A. COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.
Materia	:	Retiro de potencia y energía activa sin respaldo contractual.
Apelante	:	COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.
Resoluciones Impugnadas	:	Resoluciones Nos. 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66.

Lima, 12 de setiembre de 2012.

SUMILLA:

Confirmar la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en el sentido que se declara fundada la solicitud de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERU S.A. respecto del pago reclamado a COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a la generadora en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., en adelante CASAPALCA, contra las Resoluciones Nos. 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66, en la controversia seguida contra EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.- ELECTROPERÚ S.A., en adelante ELECTROPERÚ.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

1.1. El día 09 de diciembre de 2011, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201100163723, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra CASAPALCA ante el OSINERGMIN.

1.2. El 12 de enero de 2012, mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN Nº 012-2012-OS/CD, se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, quienes resolvieron la presente controversia en primera instancia.

975
Novecientos setenticinco

1.3. El 09 de febrero de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200020243, CASAPALCA dedujo excepciones de incompetencia y de prescripción extintiva y contestó la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.

1.4. El 06 de marzo de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200033376, CASAPALCA solicitó pronunciamiento previo de la excepción de incompetencia.

1.5. Los días 29 de febrero de 2012 y 06 de marzo de 2012 se llevaron a cabo las sesiones de la Audiencia Única en la cual se fijaron los puntos controvertidos, se admitieron y actuaron los medios probatorios presentados por las partes.

1.6. El 16 de marzo de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200039335, CASAPALCA solicitó la suspensión del procedimiento administrativo por existir supuesta prejudicialidad con el proceso de amparo que inició contra OSINERGMIN.

1.7. El 13 de abril de 2012, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 005-2012-OS/CC-66, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc dio atención a los escritos mencionados en los numerales 1.3 respecto de la excepción de incompetencia, 1.4 y 1.6, denegando el pedido de suspensión del procedimiento planteado por CASAPALCA y resolvió la excepción de incompetencia, declarándola infundada.

1.8. Luego de verificadas todas las etapas procesales para el procedimiento de solución de controversias en primera instancia administrativa, el 19 de abril de 2012, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 006-2012-OS/CC-66, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc resolvió:

a) Declarar infundada la excepción de prescripción extintiva deducida por CASAPALCA.
b) Declarar fundada la solicitud de ELECTROPERÚ respecto del pago reclamado a CASAPALCA por S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842,84 incluyendo IGV), por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a ELECTROPERÚ en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009.
c) Declarar fundada la solicitud de ELECTROPERÚ respecto del pago de intereses y declarar que CASAPALCA debe pagar por este concepto a ELECTROPERÚ.
d) Declarar infundada la solicitud del pago de costas y costos de ELECTROPERÚ.

Resolución Final Nº 006-2012-TSC

1.9. El 17 de mayo de 2012, dentro del plazo de ley, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200071922, CASAPALCA interpuso recurso de apelación contra las Resoluciones Nos. 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66.

1.10. El 18 de mayo de 2012, mediante la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 007-2012-OS/CC-66, se concedió el recurso de apelación interpuesto por CASAPALCA.

974
Novecientos
setenta y cuatro

1.11. El 22 de mayo de 2012, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 001-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, se corrió traslado a ELECTROPERÚ del recurso de apelación interpuesto y se le otorgó un plazo de 15 días hábiles para que lo absuelva.

1.12. El 18 de junio de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200128669, ELECTROPERÚ absolvió el recurso de apelación interpuesto por CASAPALCA.

1.13. El 19 de junio de 2012, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 002-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, se citó a las partes para la Audiencia de Vista de la Causa para el día 04 de julio de 2012.

1.14. El 04 de julio de 2012 se llevó a cabo la Vista de la Causa con la asistencia de los representantes de ambas partes.

1.15. El 11 de julio 2012, mediante escritos con registros de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expedientes Nos. 201200140638 y 201200140904 CASAPALCA y ELECTROPERÚ, respectivamente, presentaron sus alegatos.

1.16. El 07 de agosto de 2012, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 004-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, se amplió por única vez el plazo de expedición de la resolución final por el plazo de veinte (20) días hábiles.

1.17. El 08 de agosto de 2012, CASAPALCA solicita la suspensión del presente procedimiento por existir prejudicialidad por inicio de proceso de amparo seguido contra OSINERGMIN.

1.18. Habiéndose cumplido con todas las etapas previstas en el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, en adelante ROSC, y en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, en adelante LPAG, el presente procedimiento se encuentra expedito para ser resuelto en segunda y última instancia administrativa.

2. Argumentos de las partes:

2.1. DE LA RECLAMANTE CASAPALCA

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de interposición del recurso de apelación contra lo dispuesto en las Resoluciones de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nos. Nº 005-2012-OS/CC-66 y Nº 006-2012-OS/CC-66, en la Audiencia de Vista de la Causa y lo expresado en sus alegatos finales, CASAPALCA sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

2.1.1. Sobre la Excepción de Incompetencia:

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 427º del Código Procesal Civil[1] -de aplicación

[1] Texto Único Ordenado, aprobado por Resolución Ministerial Nº 010-93-JUS, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 22 de abril de 1993.

973
Novecientos setentitres

supletoria al presente procedimiento administrativo-, el juez debe declarar la improcedencia de la demanda cuando éste carezca de competencia.

- CASAPALCA manifiesta que si bien de acuerdo con el ROSC, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para conocer controversias entre generadores y clientes libres, relacionadas con materias técnicas, regulatorias y normativas; en este caso no lo es, porque no se verifica controversia alguna entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA relativa a materia técnica ni regulatoria ni normativa.

- CASAPALCA argumenta que si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43º de Ley de Concesiones Eléctricas[2], en adelante LCE, los precios de retiros de potencia y energía están sometidos a regulación (es decir, no pueden ser materia de pacto libre entre las partes), ello no fundamenta ni determina de modo alguno que la controversia originada entre las partes, sea regulatoria; caso contrario, la discusión tendría que sustentarse en distintas o discrepantes interpretaciones de estas empresas sobre regulación.

- CASAPALCA reconoce que efectuó retiros de potencia y energía del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, en adelante SEIN, durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009 y que el Comité de Operación Económica del Sistema, en adelante COES, asignó esos retiros a ELECTROPERÚ a un precio determinado. Precisa que éstos no estaban amparados en relación contractual alguna con ELECTROPERÚ.

- A decir de CASAPALCA, la única materia que podría estar en discusión entre las referidas empresas es una de naturaleza civil y circunscrita a la existencia de un requerimiento de dar suma de dinero por parte de ELECTROPERÚ y a una negativa de CASAPALCA para atender el pedido. Agrega que en virtud de ello, el requerimiento de ELECTROPERÚ se enmarca dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual y no versa sobre aspectos técnicos, regulatorios o normativos que deban ser resueltos por OSINERGMIN.

- Agrega que por los fundamentos expuestos, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, en mérito de la excepción de incompetencia deducida por CASAPALCA, debió declarar improcedente la reclamación presentada por ELECTROPERÚ y por el contrario, declaró infundada la excepción.

- Para CASAPALCA el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc contraviene lo dispuesto por el Código Procesal Civil y por tanto, constituye un vicio de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66 que causa su nulidad de pleno derecho, de acuerdo con lo que establece el numeral 1 del artículo 10º de la LPAG.

[2] Decreto Ley Nº 25844, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 19 de noviembre de 1992.

922
Noveciento veintidos

2.1.1.1. Sobre la validez de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66:

a. Defectos de motivación:

- CASAPALCA dice que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para sustentar su competencia, entre otros aspectos, señala que el petitorio de ELECTROPERÚ está vinculado a una controversia relacionada a temas regulatorios y normativos.

- Para sustentar la relación de la presente controversia con aspectos regulatorios, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, básicamente, señala que: (i) la controversia tiene su origen en retiros sin contratos en el mercado de corto plazo que administra el COES en mérito de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico eléctrico vigente, y (ii) dichos retiros están sujetos a regulación de precios en mérito de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico eléctrico vigente.

- CASAPALCA advierte que la referida motivación solo es aparente, dado que, si bien es cierto que: a) el requerimiento de dar suma de dinero que ELECTROPERÚ ha hecho a CASAPALCA en octubre de 2011, tiene su origen en los retiros de potencia y energía sin contrato que realizó en el mercado de corto plazo, en adelante MCP, administrado por el COES durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009; b) de conformidad con lo dispuesto por el inciso d) del artículo 43º de la LCE, y el inciso g) del artículo 14º de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica[3], en adelante Ley de Desarrollo Eficiente, los retiros de potencia y energía realizados en el mercado de corto plazo administrado por el COES que efectúen los usuarios libres, integrantes de dicha entidad, son determinados y valorizados por el COES, según precios regulados; y, c) la actividad de administración del COES antes referida es regulatoria; ello de forma alguna valida que se pueda afirmar que la controversia originada por el pedido de dar suma de dinero que ELECTROPERÚ ha hecho a CASAPALCA y la negativa de ésta a pagar, tenga carácter o esté relacionado a un aspecto regulatorio, sino más bien tiene naturaleza o relación con materia estrictamente civil.

- CASAPALCA argumenta que es errado señalar que, tal como lo ha hecho el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, la labor del COES de administrar el MCP, a través de la determinación y valorización de retiros, es una actividad regulatoria, por cuanto, en estricto, ésta es solo una actividad operativa para el correcto funcionamiento del SEIN de acuerdo con lo que dispone la Ley de Desarrollo Eficiente. En el supuesto que sí fuera una actividad regulatoria, tampoco sustentaría que la presente controversia que pudiese existir está relacionada con materia regulatoria.

- CASAPALCA señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para sustentar la relación de la controversia con aspectos normativos, argumenta lo

[3] Ley Nº 28832, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 23 de julio de 2006.

971
Novecientos setentiuno

siguiente: (i) la controversia atañe a reglas y mecanismos que definen la operación del MCP, que están determinados por una norma sectorial, y cuyo cumplimiento debe ser garantizado por el OSINERGMIN; (ii) los procedimientos aprobados por el OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio por parte de todos los agentes; (iii) si bien no ha existido un procedimiento aprobado por el OSINERGMIN específicamente que regule como el COES debía valorizar y asignar retiros del SEIN, en casos como el de materia de litis, el COES, en este supuesto, utilizó el procedimiento aprobado por el OSINERGMIN para valorizar y asignar retiros entre generadores (Procedimiento Nº 10), y este procedimiento se sustenta en lo dispuesto en los artículos 107º y 108º del Reglamento de la LCE[4], en adelante RLCE; (iv) CASAPALCA ha arreglado, según acuerdos privados, con otras empresas generadoras a las cuales el COES también asignó sus retiros verificados en el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009, lo cual es una convalidación indirecta de parte de CASAPALCA con lo realizado por el COES; (v) de acuerdo con el artículo 31º del Reglamento General del OSINERGMIN[5], en adelante el Reglamento del OSINERGMIN, la función supervisora permite al OSINERGMIN supervisar el cumplimiento de obligaciones legales por parte de empresas que realizan actividades sujetas a su competencia; y, (vi) de acuerdo con el inciso c) del artículo 201º del RLCE, constituye un incumplimiento sancionable por OSINERGMIN no realizar los pagos por transferencias y compensaciones dispuestas por el COES.

- CASAPALCA señala que sobre la base de lo expuesto en el párrafo anterior, se advierte un grave problema de motivación. De forma tal que no solo se verifica una situación de motivación aparente, sino también se verifica una situación de falta de motivación interna del razonamiento, es decir, invalidez de inferencias a partir de las premisas que se establecen y existencia de incoherencias narrativas que se presenta como discurso absolutamente confuso e incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.

- CASAPALCA menciona que en la resolución impugnada se menciona que: i) el COES ha efectuado en el caso particular valorizaciones y asignaciones en mérito del Procedimiento Nº 10; ii) el Procedimiento Nº 10 encuentra sustento, para el caso de los integrantes del COES, en el inciso g) del artículo 14º de la Ley de Desarrollo Eficiente y en los artículos 107º y 108º del RLCE, y iii) en virtud del Reglamento del COES[6], los Procedimientos aprobados por OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los agentes; no argumenta de forma alguna que la controversia entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA esté relacionada con un tema normativo.

- CASAPALCA indica que el hecho que haya suscrito acuerdos privados con otras empresas generadoras implica el pago de sumas de dinero distintas a las contenidas en las valorizaciones y asignaciones hechas por el COES.

[4] Aprobado por Decreto Supremo N° 009-93 -EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25 de febrero de 1993.
[5] Aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 09 de mayo de 2001.
[6] Aprobado por Decreto Supremo Nº 027-2008-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 03 de mayo de 2008.

970
Novecientos
setenta

- Agrega que el hecho que OSINERGMIN, como parte de su función fiscalizadora, pueda supervisar el cumplimiento de obligaciones legales por parte de empresas que realizan actividades bajo su competencia, tampoco resulta ser un argumento que sustente la competencia del OSINERGMIN para avocarse al pedido de ELECTROPERÚ en un procedimiento administrativo de solución de controversias.

- CASAPALCA precisa que lo dispuesto por el inciso c) del artículo 201° del RLCE que establece que constituye un incumplimiento sancionable por OSINERGMIN el no realizar los pagos por transferencias, no abona en la tesis que el OSINERGMIN es competente para avocarse a la atención del pedido de ELECTROPERÚ en la vía del procedimiento de solución de controversias, sino que podría en todo caso, implicar una sanción administrativa.

- Sobre este punto, CASAPALCA concluye que la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66 presenta evidentes problemas en cuanto a su motivación. Añade que debe tenerse en cuenta que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la LPAG, la motivación es un requisito de validez del acto administrativo y obliga a que el acto administrativo deba estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento; (ii) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° de la LPAG, la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado; y, (iii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo; por lo que, debe declararse la nulidad de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66 por defecto de motivación.

b. Defecto del objeto o contenido:

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 3° de la LPAG, el contenido del acto administrativo se debe ajustar al ordenamiento jurídico, debiendo ser licito, preciso, posible física y jurídicamente, y que comprenda las cuestiones surgidas de la motivación.

- Agrega que se debe tomar en consideración que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la LPAG el objeto o contenido es un requisito del acto administrativo; y (ii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo. Por tanto, debe declararse la nulidad del pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc por defecto en relación a su objeto o contenido.

2.1.2. Sobre la Excepción de Prescripción Extintiva:

- CASAPALCA solicita al Tribunal que se pronuncie sobre la excepción de prescripción extintiva que dedujo, solo en el supuesto que se

confirme la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que rechaza la excepción de incompetencia.

2.1.2.1. Errores manifiestos de la resolución impugnada:

- CASAPALCA señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha expresado argumentos que no guardan conexión lógica o resultan impertinentes con relación al asunto concreto que debió resolver, que era delimitar cuál es la naturaleza de la relación jurídica que existe entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA. Es decir, si nos encontramos frente a un contrato (relación jurídica contractual) o ante una relación jurídica extracontractual.

- Sin embargo, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha realizado afirmaciones genéricas, desvinculadas con el problema que estaba llamado a resolver. En ese sentido, en buena parte de la resolución impugnada se hace referencia a la naturaleza del mercado de energía eléctrica. Luego, se mencionan las características del MCP, señalando que el MCP está regulado por la LCE y la Ley de Desarrollo Eficiente.

- CASAPALCA manifiesta que el hecho que la Ley establezca un valor de potencia y energía no genera que estemos frente a una relación jurídica contractual. En muchos ámbitos del comercio y de la sociedad el Estado regula precios, realiza supervisión y fiscalización; sin embargo, no por ello podemos afirmar que en estos ámbitos existan relaciones contractuales en aquellos casos que terceros consuman bienes sin autorización o contrato.

- CASAPALCA argumenta que sin perjuicio de la indebida motivación en la que incurre la resolución apelada, existen otros graves errores de hecho y derecho que determinan que el Tribunal deje sin efecto lo resuelto respecto de la excepción de prescripción extintiva y la declare fundada.

- Agrega que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha señalado que existiría un "servicio" prestado por parte de ELECTROPERÚ a CASAPALCA y que existiría un "suministro de electricidad", es decir, estaría afirmando que un usuario sin contrato, que realizó retiros sin contrato, tiene a su vez, un "contrato" de suministro con ELECTROPERÚ. Evidentemente, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc incurre en un grave error, al considerar que existiría un servicio prestado por ELECTROPERÚ a favor de la recurrente y que ello implica la existencia de un contrato entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ.

- CASAPALCA sostiene que el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no solo resulta absurdo al considerar que un usuario sin contrato, que realiza retiros, tenga a su vez, un contrato con un generador. Sino que además es importante que el Tribunal tenga en cuenta que no resulta posible sostener válidamente la existencia de un contrato de suministro en esta situación, ya que jamás existió un "acuerdo de voluntades" para vincularse por medio de un contrato.

968
Novecientos sesentiocho

- Añade que tampoco puede afirmarse válidamente que existe un contrato, cuando esa posibilidad no se encuentra regulada expresamente en una norma y cuando no se presentan las características de un contrato.

- Otro error en el que incurre el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es considerar que CASAPALCA habría estado vinculado a las decisiones del COES respecto del recalculo de valorizaciones, por cuanto en realidad CASAPALCA nunca fue notificada con las valorizaciones, en la medida que es miembro integrante del COES a partir de mayo de 2011. Pese a ello, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc basándose en suposiciones, concluye que se habrían vulnerado e inclusive consentido las decisiones del COES.

- CASAPALCA señala que nunca ha estado obligada a integrar el COES. Agrega que antes de la entrada en vigencia del Reglamento del COES, la única norma que regulaba quienes debían ser integrantes del COES era el RLCE, el cual solo obligaba a ello a los generadores con una potencia efectiva mayor al 1% de la generación del SEIN y a los titulares del Sistema Principal de Transmisión. Para corroborar ello, basta revisar el artículo 81º de la RLCE.

- A decir de CASAPALCA, con la entrada en vigencia del Reglamento del COES, se obligó a ser integrante del COES, entre otros, a los clientes libres cuya máxima demanda contratada en el SEIN fuese igual o mayor a 10MW. Así, en la medida que la demanda contratada de CASAPALCA en el SEIN no fue igual o mayor a 10MW con posterioridad a la entrada en vigencia del Reglamento del COES y durante todo el tiempo en que se realizaron los retiros, CASAPALCA no tuvo la obligación de ser integrante del COES a propósito de lo regulado por dicha norma. Para corroborar ello basta atender al artículo 3° de la referida norma.

- Agrega que no impugnó las valorizaciones ni asignaciones efectuadas a favor de ELECTROPERÚ en febrero de 2009, porque nunca fue notificada por el COES por no ser a esa fecha integrante registrado de la referida entidad, sino recién hasta el 23 de mayo de 2011.

- Finalmente, de acuerdo con los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es aplicable al presente caso el plazo establecido en el numeral 1 del artículo 2001º del Código Civil. Es decir, para el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc la reclamación de ELECTROPERÚ es una acción personal que prescribe a los 10 años.

- No obstante, si ello fuera así, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estaría cayendo en una clara contradicción de acuerdo con sus argumentos al resolver la excepción de incompetencia, pues entonces, no existiría controversia técnica, regulatoria o normativa, sino que estaríamos frente a una acción personal, es decir, el simple incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, como por ejemplo, el pago de una deuda.

967
Novecientos sesentisiete

2.1.2.2. Contravención a lo dispuesto por el Código Civil:

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1989° del Código Civil la prescripción extingue la acción y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2001° del mismo texto normativo, la acción por responsabilidad civil extracontractual prescribe a los 2 años. Y de otro lado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1993° del Código Civil, la prescripción comienza a correr el día en que puede ejercitarse la acción.

- Teniendo en cuenta lo anterior, en el hipotético caso que OSINERGMIN tuviera competencia, tampoco podría resolver la presente controversia máxime si: (i) las ultimas valorizaciones y asignaciones hechas por el COES en las que ELECTROPERÚ sustentaría su requerimiento de dar suma de dinero a CASAPALCA, según la información proporcionada por ELECTROPERÚ fueron emitidas por el COES en febrero de 2009; (ii) actualmente, se ha verificado el transcurso de más de 2 años desde que ELECTROPERÚ conoció las valorizaciones y asignaciones hechas por el COES respecto de los retiros de potencia y energía sin contrato del SEIN efectuados por CASAPALCA durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009.

- Añade que atendiendo a que el requerimiento de ELECTROPERÚ para que le dé una determinada suma de dinero por concepto de los retiros que efectuó sin contrato del SEIN, valorizados y asignados por el COES, recién se verificó en octubre de 2011, es claro que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc al desestimar la excepción de prescripción extintiva formulada por CASAPALCA ha ido en contra de lo dispuesto por el Código Civil.

- CASAPALCA sostiene que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; por lo que, debe declararse la nulidad de la Resolución Nº 006- 2012-OS/CC-66.

- CASAPALCA reitera que el pedido de dar suma de dinero solicitada por ELECTROPERÚ tiene calidad indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual, toda vez que, de un lado, según ELECTROPERÚ, el pedido de dar suma de dinero encontraría su sustento en los retiros efectuados del SEIN sin respaldo contractual, y de otro lado, el hecho que el COES haya tenido que ordenar a ELECTROPERÚ despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de demanda sin respaldo contractual durante mayo de 2006 y febrero de 2009, y luego haya asignado a dicha carga un precio determinado en cabeza de ELECTROPERÚ, puede haber causado en el generador la perdida de la posibilidad de asignar por sí sola esa carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste.

- CASAPALCA señala que distinta es una situación en la cual un cliente libre, como CASAPALCA, hace retiros del SEIN, según un contrato de compraventa de electricidad suscrito con una generadora en particular,

966
Novecientos
sesenta y seis

como ELECTROPERÚ, en donde el pago que la referida empresa generadora podría exigir al cliente libre, se sustentaría en una obligación contractual de forma tal que lo que tendría el generador frente al cliente libre sería una acción personal. Sin embargo, inclusive, en ese caso, de verificarse la renuencia del cliente libre para atender el requerimiento de pago del generador, el único competente para ordenar el pago seria el juez o arbitro, pero de ninguna forma lo sería OSINERGMIN.

- CASAPALCA precisa que el hecho que el COES haya valorizado y asignado dichos retiros a ELECTROPERÚ, no modifica en lo absoluto la naturaleza extracontractual del pedido de ELECTROPERÚ. Agrega que para que exista un contrato de compraventa de electricidad y por tanto responsabilidad contractual por incumplimiento de éste, debe existir un vendedor y un comprador identificados, objeto cierto materia de la transacción, un precio determinado para ello, y voluntad manifestada de las partes para realizar el negocio. En el presente caso, no se han dado los presupuestos antes señalados, el hecho que el COES haya efectuado valorizaciones y asignaciones con respecto de los retiros realizados por CASAPALCA del SEIN en "cabeza" de ELECTROPERÚ, no determina el establecimiento de un contrato entre las partes, máxime si ni siquiera existe norma alguna de la cual pueda desprenderse que al efectuar una empresa no integrante del COES retiros sin contrato del SEIN, acepta que el COES establezca un contrato de compraventa de electricidad entre dicha empresa no integrante del COES y un generador.

- Añade CASAPALCA que para hablar de responsabilidad civil extracontractual debe verificarse un daño producido por una persona a otra en un contexto en el cual no exista relación contractual alguna entre ellas; y, en el presente caso, la solicitud de pago de ELECTROPERÚ no está sustentada en contrato de compraventa de electricidad, tampoco el daño que podría haber sufrido, representado por el hecho que el COES haya tenido que ordenar a esa empresa despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de la demanda sin respaldo contractual durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009 y haya asignado a esa carga un precio determinado en cabeza de ELECTROPERÚ, y por tanto, haya hecho perder a ELECTROPERÚ la posibilidad de asignar por sí sola la referida carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste.

2.1.2.3. Defectos en relación a los requisitos de validez de la Resolución Nº 006- 2012-OS/CC-66:

a. Defectos de motivación:

- CASAPALCA sostiene que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, para sustentar la desestimación de la prescripción extintiva deducida, básicamente señala: (i) la función administrativa que realiza el COES en el MCP en cumplimiento del ordenamiento jurídico eléctrico vigente; (ii) las transacciones en el MCP están sujetas a regulación de precios, según lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43º de la LCE; (iii) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la LCE, tanto el

965
Novecientos sesenticinco

Ministerio de Energía y Minas, como el OSINERGMIN son competentes para velar por el cumplimiento de dicha norma; (iv) lo reclamado es una acreencia por la prestación de un servicio por parte de un generador, administrado por el COES, y cuyo monto ha sido determinado por esa entidad en cumplimiento de las competencias que tiene en mérito de la LCE y la Ley de Desarrollo Eficiente, y (v) el pago por las transferencias de energía en el MCP es una figura regulada por el sector eléctrico para contrarrestar los desbalances que se producen en el mercado eléctrico por los ingresos y retiros de energía y potencia, a fin de garantizar su estabilidad y eficiencia.

- CASAPALCA señala que si bien la función administrativa que cumple el COES en el SEIN consiste en ordenar el despacho de electricidad por parte de los generadores para que exista "calce" perfecto entre la oferta y la demanda, y en realizar las valorizaciones y asignaciones a que hubiere lugar entre los integrantes del COES.

- Añade que el hecho que el COES haya, primero, ordenado mayor despacho a ELECTROPERÚ del contratado entre el período comprendido entre febrero de 2006 y mayo de 2009, y luego haya valorizado y asignado la mayor carga de demanda correspondiente a los retiros de CASAPALCA en ese período en "cabeza" de ELECTROPERÚ; solo ha importado el establecimiento del monto que, a criterio del COES, correspondería que ELECTROPERÚ cobre a CASAPALCA por los retiros que ésta realizó del SEIN durante el referido período. Agrega que esto no descarta que el pedido de dar suma de dinero de ELECTROPERÚ constituye un pedido extracontractual, habida cuenta que: (i) no existió contrato suscrito entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA; y (ii) el daño que se podría haber producido a ELECTROPERÚ con los retiros hechos por CASAPALCA en el período antes aludido, debido al mayor despacho que tuvo que ordenar el COES al generador para atender las cargas de demanda sin contrato como la de CASAPALCA y la pérdida de posibilidad de que ELECTROPERÚ pudiese contratar esa mayor carga con otros agentes a precios libres.

- A decir de CASAPALCA, la afirmación del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de que el pago por las transferencias de energía en el MCP es una figura regulada por el sector eléctrico para contrarrestar los desbalances que se producen por los ingresos y retiros de energía y potencia que se verifican en MCP, a fin de garantizar su estabilidad y eficiencia; es incorrecta y además, no sustenta que el reclamo de ELECTROPERÚ no sea de naturaleza extracontractual.

- CASAPALCA dice que para evitar desbalances de energía y propiciar la estabilidad y eficiencia del SEIN se le ha dado al COES la función operativa de administrar el despacho de energía del SEIN y luego valorizar y asignar retiros. Sin embargo, el pago por retiros con o sin contrato, es un aspecto comercial entre los agentes que inyectan y retiran electricidad del SEIN, según corresponda, que nada tiene que ver con el funcionamiento ni la estabilidad y eficiencia de dicho sistema.

- CASAPALCA argumenta que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de la LPAG la motivación es un requisito de validez del acto

964
Novecientos sesenticuatro

administrativo, la que obliga a que el acto administrativo deba estar motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Añade que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6º de la LPAG, la motivación deberá ser expresa mediante una relación concreta y directa de los hechos probados del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado, y de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo. Por lo tanto, debe declararse la nulidad de Resolución Nº 006- 2012-OS/CC-66 por defecto en relación a su motivación.

b. Defecto del objeto o contenido:

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 3º de la LPAG, el contenido del acto administrativo se debe ajustar al ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y que comprenda las cuestiones surgidas de la motivación.

- CASAPALCA agrega que teniendo en consideración que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de la LPAG, el objeto o contenido es un requisito del acto administrativo; y (ii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo; debe declararse la nulidad de la Resolución impugnada por defecto en relación a su objeto o contenido, al ser contraria a lo dispuesto por el Código Civil.

2.1.3. Sobre la incorrección de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para pronunciarse sobre el petitorio de ELECTROPERÚ:

- CASAPALCA señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sustenta su pronunciamiento sobre la base de los siguientes argumentos: i) las funciones del COES; ii) los precios por los retiros de energía están sujetos a regulación; (iii) el COES hizo uso del Procedimiento Nº 10 para valorizar y asignar los retiros de CASAPALCA en "cabeza" de ELECTROPERÚ; (iv) CASAPALCA nunca cuestionó las valorizaciones y asignaciones efectuadas por el COES; (v) CASAPALCA pagó a otras generadoras bajo el mismo criterio del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc; y (vi) los artículos 41º de la LCE y 108º del RLCE (no vigentes), disponen que el COES debe garantizar a sus integrantes la compraventa de energía, y cada integrante del COES debe pagar los montos productos de las valorizaciones.

- CASAPALCA precisa que: i) ni el inciso b) del artículo 43º de la LCE ni el inciso g) del artículo 14º de la Ley de Desarrollo Eficiente ni los artículos 107º y 108º del RLCE (vigentes), establecen la facultad del COES de realizar valorizaciones y asignaciones a agentes no integrantes del COES (como lo fue CASAPALCA hasta el 23 de mayo de 2011), como sí lo hacen para los agentes integrantes; (ii) el hecho que el COES haya aplicado el Procedimiento Nº 10 para hacer las

963
Novecientos
sesentitres

valorizaciones y asignaciones respecto de los retiros del SEIN realizados por CASAPALCA, no ha sido correcto, precisamente porque dicho procedimiento regula otro supuesto; (iii) el COES nunca notificó a CASAPALCA con las valorizaciones ni asignaciones efectuadas a favor de ELECTROPERÚ en febrero de 2009, toda vez que en aquella oportunidad, CASAPALCA no era integrante registrada del COES; (iv) CASAPALCA ha pagado a diversas generadoras por lo retiros sin contrato que realizó del SEIN según criterios privados acordados; (v) las versiones de los artículos 41° de la LCE y 108° del RLCE que disponían que el COES debe garantizar a sus integrantes la compraventa de energía y que cada integrante del COES debe pagar los montos producto de las valorizaciones, están hoy derogados; y, (vi) si acaso fuesen correctas y legales las valorizaciones y asignaciones realizadas por el COES, el tema del pago resultante de éstas es un tema netamente comercial (civil) que debe ser arreglado por las partes o en todo caso si lo que se pretende es una orden de pago ésta debe ser dada por un juez.

- CASAPALCA sostiene que los retiros efectuados entre los meses de mayo 2006 a febrero 2009 fueron en virtud al Contrato de Suministro celebrado entre CASAPALCA y ENESUR S.A., en adelante Contrato ENERSUR, el cual estuvo vigente hasta febrero de 2009. Añade que este contrato ha sido objeto de un Proceso Arbitral mediante el cual se declaró que su resolución se produjo el 20 de mayo de 2006. Agrega que actualmente está en trámite ante el Tribunal Constitucional un proceso de amparo que inició, razón por la cual el Laudo no ha adquirido aún autoridad de cosa juzgada, siendo por tanto que la declaración de validez de la resolución del Contrato ENERSUR carece de irreversibilidad innata a la cosa juzgada.

- CASAPALCA argumenta que aun cuando el Poder Judicial declarase la ineficacia del Contrato ENERSUR; debe tenerse presente que CASAPALCA tenía desde el 1 de mayo de 2006 el "Contrato de Suministro de Electricidad a precio libre entre ELECTROPERÚ S.A. y CASAPALCA S.A.", en adelante Contrato ELECTROPERÚ, el cual fue suscrito con el objeto de brindar de manera exclusiva un suministro de electricidad en lo que exceda a la contratada a ENERSUR S.A., conforme lo estipulado en la cláusula 1.4 de dicho Contrato.

- Al respecto, CASAPALCA dice que si acaso el Contrato ENERSUR dejase de surtir efectos, deberá entenderse que los retiros de potencia y energía efectuados entre mayo de 2006 y febrero de 2009 se encuentran comprendidos dentro de los alcances del Contrato ELECTROPERÚ.

- CASAPALCA menciona que no reconoce las valorizaciones emitidas entre los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009 debido a que sus retiros fueron clasificados por el COES como "retiros sin contrato", y como ha explicado, sus retiros tuvieron respaldo contractual.

- En ese sentido, CASAPALCA considera que los retiros de potencia y energía deben ser valorizados al precio estipulado en el Contrato ENERSUR, y en caso éste dejase de surtir efectos, al precio establecido en el Contrato ELECTROPERÚ.

962
Novecientos sesentidos

- CASAPALCA señala que mediante Carta N° CMC-004-10-GG, de fecha 19 de enero de 2010, solicitó a ELECTROPERÚ, sin perjuicio de los cuestionamientos mencionados, emita una liquidación por el consumo de energía desde el 20 de mayo de 2006 al 28 de febrero de 2009 sustentado en el Contrato ELECTROPERÚ.

- CASAPALCA concluye que reconoce los retiros que por potencia y energía se realizaron en el periodo mayo 2006 a febrero de 2009, pero no reconoce que éstos se hayan producido en la calidad de retiros sin contrato, sino bajo la existencia del Contrato ENERSUR y Contrato ELECTROPERÚ.

- Por último, CASAPALCA solicita la suspensión de la ejecución de las Resoluciones materia de impugnación, durante el trámite en esta instancia, toda vez que éstas contienen claros vicios de nulidad trascendente y en tanto que la dación de la suspensión solicitada, muy lejos de implicar un perjuicio al interés público y/o a terceros, implicaría por el contrario, salvaguardar correctamente sus derechos y prevería el eminente perjuicio que la ejecución de las resoluciones impugnadas podrían causar en el flujo normal de dinero de la recurrente; y por tanto, en el negocio regular, habida cuenta del ilegal mandado de devolución de dinero a favor de ELECTROPERÚ que los actos administrativos impugnados suponen.

2.2. DE LA RECLAMADA ELECTROPERÚ

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de absolución de la apelación interpuesta por CASAPALCA, en la Audiencia de la Vista de la Causa, las diapositivas que adjuntó y lo expresado en sus alegatos finales, ELECTROPERÚ sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

2.2.1. Sobre la Excepción de Incompetencia:

- ELECTROPERÚ señala que el OSINERGMIN tiene competencia para conocer las *"controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres (...) relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN"*. Añade, que las conclusiones que extraen ambas partes de la citada disposición es radicalmente distinta, pues mientras CASAPALCA hace una interpretación muy restrictiva de lo que significa una controversia relacionada con aspectos técnicos, regulatorios y normativos, ELECTROPERÚ y la primera instancia tienen una interpretación más amplia.

- ELECTROPERÚ sostiene que para CASAPALCA las controversias relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios y normativos deben determinarse en aplicación de la definición que hacen las normas de las funciones normativas y regulatorias del OSINERGMIN; en ese sentido, habría que entender desde esa perspectiva que el primer tipo de controversias se refiere a las que se susciten con ocasión del ejercicio de la competencia del regulador para dictar normas, mientras que las que se presenten como consecuencia del ejercicio de la segunda serian las que tengan que ver con la fijación de las tarifas de servicio público de electricidad, así como del servicio

961
Novecientos
sesentiuno

de transporte y distribución de hidrocarburos y gas natural, respectivamente, por ductos.

- A decir de ELECTROPERÚ, la interpretación literal que realiza CASAPALCA sería contradictoria con los propios términos normativos, por cuanto si las controversias regulatorias se refieren únicamente a aquellas que guardan relación con la fijación de tarifas del servicio público de electricidad ¿cómo podría haber una controversia regulatoria entre generadores y usuarios libres, si en este caso no hay tarifas ni tampoco existe propiamente un servicio público, al no estar destinada la energía al uso colectivo? Así, presenta la interrogante, o la norma es absurda, porque regula un supuesto de hecho que en la práctica no puede darse nunca, o la interpretación de controversia vinculada a aspectos regulatorios debe ir más allá de la mera función reguladora, tal como es establecida en la normativa aplicable.

- ELECTROPERÚ precisa que las controversias "regulatorias" van más allá de las tarifas del servicio público de electricidad, e incluirían también aquellas donde estuviera en discusión un precio regulado, como es aquel que debe pagar CASAPALCA por el retiro de potencia y energía sin contrato, que además es determinado por el COES y no libremente por las partes. Menciona lo dispuesto por el artículo 43° de la LCE.

- ELECTROPERÚ sostiene que se trata de un precio regulado, de modo que la controversia en torno a si se debe pagar o no es regulatoria y además, está sometido a fiscalización por parte de OSINERGMIN, tal es así que puede imponer una sanción en caso no se realicen los pagos de las transferencias y compensaciones ordenadas por el COES -según el artículo 201° del RLCE- por cuanto como se acepta pacíficamente, solo cabe atribuirle competencias sancionadoras a la Administración Pública en un ámbito que le corresponde supervisar, en virtud de la regulación sectorial.

- Para ELECTROPERÚ debe tenerse en cuenta que en este caso no solo está regulado el precio de la energía, sino el mercado en que se produce la transferencia y la propia obligación de pagar la suma establecida por el COES, que deriva de los artículos 107° y 108° del RLCE y del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente, que le atribuye la facultad de determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES y, por tanto, lo que ha hecho el COES es determinar el contenido de una obligación que deriva del ordenamiento jurídico, en el marco de un mercado regulado y estableciendo un precio regulado.

- ELECTROPERÚ sostiene que las controversias "normativas", entendidas éstas como las que se deriven de la función normativa de OSINERGMIN, incluirían también a aquellas en donde se discute la aplicación que se hace de la normativa y no únicamente la normativa en sí misma.

- ELECTROPERÚ dice que no es cierto que en este caso no exista una controversia, y que únicamente se trate de una demanda de pago de dinero como argumenta CASAPALCA. Sostener ello, continua, es una manera de enfocar la cuestión de la competencia del OSINERGMIN absolutamente inconsistente con los preceptos que regulan la competencia en razón de la materia procesal civil o de un procedimiento administrativo trilateral. Además, precisa que el petitorio que consiste en dar suma de dinero no dice absolutamente nada en torno a la definición de la competencia en razón de la

960 Novecientos sesenta

materia, da ejemplos tales como que dar suma de dinero en materia de alimentos, en materia comercial, civil o regulatoria o fiscalización, tal como si debe y cuánto, un distribuidor que emplea instalaciones de propiedad de un transmisor.

- Para ELECTROPERÚ, el fundamento de la obligación (legal) de pago de las valorizaciones por parte de CASAPALCA, como usuario libre, a ELECTROPERÚ, como generador, se encuentra en una norma sectorial; la cual, en términos de derecho, singulariza el pedido de la suma reclamada por ELECTROPERÚ respecto de cualquier otro. Añade que, en términos fácticos, el pedido propuesto por ELECTROPERÚ depende de: (i) que CASAPALCA sea un agente directamente conectado al SEIN; (ii) que CASAPALCA haya retirado potencia y energía sin respaldo contractual, incurriendo en una hipótesis expresamente prevista como de regulación de precios; y, (iii) que el COES asignó a ELECTROPERÚ parte de esos retiros.

- Finalmente, ELECTROPERÚ señala que el argumento de CASAPALCA sobre la incompetencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc supone una censura por defecto de motivación. Agrega que un defecto de motivación supondría que la resolución que se impugna no pueda ser discutida porque no se conoce el itinerario lógico que justificó la decisión y, por lo tanto, no se puede siquiera afirmar que ésta es correcta o incorrecta. Dice que la sola existencia de los numerales 7 a 21 del recurso de apelación expuestas por la apelante y las explicaciones allí propuestas para demostrar que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc erró, demuestran que la resolución impugnada sí fue correctamente motivada.

2.2.2. Sobre la Excepción de Prescripción Extintiva:

- ELECTROPERÚ señala que CASAPALCA postula implícitamente, para invocar el plazo de prescripción aplicable a una hipótesis de responsabilidad extracontractual, que se debe clasificar a todas las obligaciones en contractuales o extracontractuales, entendiendo por estas últimas a aquellas que tienen una fuente distinta al contrato. Agrega, según la doctrina, por su fuente las obligaciones únicamente pueden emanar de la ley o de la voluntad[7], a través de actos jurídicos en el Derecho Privado[8]; lo cual no implica que todas las obligaciones extracontractuales prescriban en el plazo de 2 años, establecido en el numeral 4, del artículo 2001° del Código Civil, pues éste se refiere exclusivamente a la acción mediante la cual se pide una indemnización como consecuencia de un daño, que no se hubiera producido en el marco de una relación contractual[9].

- A decir de ELECTROPERÚ, la posición de CASAPALCA es errada, por cuanto no puede entenderse que el plazo para exigir el cumplimiento de todas las obligaciones no contractuales prescribe como regla general a los 2 años. Precisa que es una excepción al plazo general de 10 años para las acciones personales, dentro de las cuales estaría teóricamente la acción de responsabilidad extracontractual por daños[10].

[7] Cf. OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M., *Compendio de Derecho de las obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, p. 114 y ss.
[8] O de actos administrativos en el Derecho Público, cabria agregar para contar con panorama completo.
[9] VIDAL RAMIREZ, F. La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano, con un estudio de la relación jurídica, Editorial Cuzco, Lima, Perú, 1985, p 69.
[10] Op. Cit. p. 160

959
Novecientos cincuentinueve

- Para ELECTROPERÚ, CASAPALCA parte de una confusión entre la clasificación de las obligaciones según su fuente y la aplicación del numeral 4 del artículo 2001° del Código Civil para todas las no contractuales, desnaturalizando el carácter general del plazo de prescripción de la acción personal, que en ese caso nacería de la decisión del COES, en aplicación de la LCE, según ha sido modificada. Agrega que no se trata de una obligación contractual sino extracontractual y aclara que no está pidiendo una indemnización por los daños causados, sino el pago de los retiros de energía y potencia sin contrato realizada por CASAPALCA, como lo dispone la Ley y de acuerdo con las valorizaciones realizadas por el COES; por tanto, no cabe alegar que se trata de una obligación prescrita. En todo caso, el plazo prescriptorio aplicable a la acreencia de ELECTROPERÚ corresponderá a uno de 10 años de la acción personal, es decir, cuando una acción no es pasible de ser considerada en ninguno de los supuestos establecidos en el Código Civil se aplicará el plazo de la norma general de 10 años.

- ELECTROPERÚ argumenta que habiéndose establecido que el derecho que se reclama tiene un término de prescripción de 10 años, interesa examinar si es que existe alguna otra razón de mérito propuesta por CASAPALCA que impida amparar el pedido de ELECTROPERÚ. Señala que las defensas de la apelante han sido:
    i. Existiría el Contrato ENERSUR, cuya resolución seguiría en discusión, pese a haberse confirmado ésta mediante un laudo arbitral.
    ii. Sería aplicable, en caso el Contrato ENERSUR, no estuviera vigente, el Contrato ELECTROPERÚ.
    iii. Que no era integrante del COES al momento en que se habrían realizado los retiros de energía y potencia, ni cuando se aprobaron las valorizaciones y por tanto, éstas no se le notificaron.

- Respecto de punto i) del párrafo anterior, ELECTROPERÚ indica que: (i) la resolución del Contrato ENERSUR fue declarada por un Tribunal Arbitral competente, en mérito de lo cual se procedió a recalcular las valorizaciones que la reclamada objeta; (ii) la impugnación judicial de ese laudo arbitral fue desestimada; y, (iii) que el amparo que se propuso contra la confirmación judicial de la validez del laudo también fue desestimado en última instancia por el Tribunal Constitucional.

- ELECTROPERÚ alega que los retiros materia de la controversia no pueden ser asignados al contrato que suscribió por cuanto se pactó un suministro diferente y por encima de las cantidades contratadas con ENERSUR, según lo estipulado en la cláusula 1.4 del Contrato ELECTROPERÚ que textualmente dice: *"ambas partes declararon conocer que el cliente tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de electricidad con ENERSUR celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4,5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por EL CLIENTE con ENERSUR hasta el término del citado contrato".*

- ELECTROPERÚ sostiene que las partes en ningún momento han pactado que este contrato "cubriera" aquellos retiros que, por la resolución del Contrato ENERSUR, quedarían sin contrato. Alega que por el contrario, lo que las partes pactaron era un suministro diferente y por encima de las cantidades contratadas

958
Noveciento cincuenta y ocho

por CASAPALCA con ENERSUR S.A. Añade que resulta imposible que el Contrato ELECTROPERÚ pudiera cubrir los retiros que, si CASAPALCA no perdía el arbitraje con ENERSUR S.A., hubiera cubierto esta última y por lo demás, tampoco está claro que la regulación permita a los generadores y/o usuarios libres acordar que la determinada energía sea, *ex post facto*, asignada a un contrato en lugar de a otro[11].

- En cuanto al argumento de CASAPALCA de negar su condición de miembro del COES al momento que las valorizaciones que comprendieron sus retiros sin respaldo contractual fueron reformuladas, como consecuencia de que un laudo arbitral validó la resolución del Contrato ENERSUR. ELECTROPERÚ precisa que la cuestión pasa por resolver si es que la obligación de pago resultante del inciso b) del artículo 43º de la LCE, según fuera modificado en el año 2006, requiere que CASAPALCA se inscriba en el COES formalmente.

- Sobre ese punto, ELECTROPERÚ dice que la obligación que resulta de la aplicación del inciso b) del citado artículo 43º no se refiere ni exige un *Integrante Obligatorio formalmente registrado* para que se desplieguen sus efectos, como parece postular CASAPALCA. Por el contrario, a su entender, lo que expresamente dispone dicha norma es que está sujeto a valorización de precios el retiro que hace un usuario libre, lo cual se realizara de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14º de la Ley de Desarrollo Eficiente. Esta norma establece que es una función operativa del COES determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes y el artículo 1º de la Ley de Desarrollo Eficiente incluye como agente a los usuarios libres, condición esta última que CASAPALCA no niega tener.

- Además, el numeral 2 del artículo 12º de la Ley de Desarrollo Eficiente establece que el COES *"Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes"*. La norma en cuestión es imperativa y no autoriza a los agentes a definir a partir de cuándo pertenecen al COES. Lo mismo resulta del artículo 3º del Reglamento del COES conforme al cual *"Los nuevos Agentes o los existentes que se conectan al SEIN, pasan a ser Integrantes del COES conforme a lo establecido en el presente artículo"*. Dada la naturaleza del COES (o de un Operador de la Red) simplemente no es posible que un integrante pueda decidir si será o no miembro y desde cuándo. Agrega que la propia CASAPALCA se ha encargado de demostrar que, específicamente, es un integrante obligatorio.

- ELECTROPERÚ concluye que la condición de integrante -y de integrante obligatorio- que tiene CASAPALCA respecto del COES no deriva de su inscripción formal, cuando así lo solicite, sino que en realidad viene impuesta por el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, indica que, en todo caso, la condición de precio regulado en el caso del retiro de energía o potencia sin contrato no depende tampoco de la inscripción en el COES, sino de la condición de usuario libre de CASAPALCA, como se desprende de lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43º de la LCE, según fuera modificado, justamente cuando se varió también quienes eran los integrantes del COES, imponiéndose a los usuarios libres tal condición, de pleno derecho.

[11] Nótese que la condición de superavitario o deficitario de un generador o de otro se definen en función de los compromisos contractuales que, *de antemano*, esta informa al COES como parte de sus obligaciones.

957
Novecientos cincuentisiete

3. Análisis del Tribunal

3.1. Sobre la suspensión del presente procedimiento:

CASAPALCA solicita la suspensión del presente procedimiento argumentando que existe prejudicialidad por el inicio de proceso de amparo seguido contra OSINERGMIN, en el cual se está discutiendo la competencia del regulador para conocer la presente controversia.

Cabe destacar que la misma solicitud fue presentada por CASAPALCA en primera instancia ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, el cual resolvió desestimando la citada solicitud sobre la base del análisis que efectuó.

En tal sentido, correspondía impugnar la decisión del juzgador de primera instancia de conformidad con lo dispuesto por los artículos 47°[12] del ROSC y 206°[13] de la LPAG, al no haberse interpuesto recurso alguno contra ese pronunciamiento ha quedado consentido; sin embargo, siendo un nuevo pedido presentado ante esta instancia, el Tribunal va a atenderlo.

Al respecto, este Tribunal comparte los criterios asumidos por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, y que además encuentra correlato en la doctrina[14], en el sentido que del análisis de lo que establece el artículo 64° de la LPAG -disposición aplicable y sobre la cual CASAPALCA sustenta su pedido-, concordado con lo dispuesto por el artículo 99° del Reglamento del OSINERGMIN -norma que rige las actuaciones de este Organismo Regulador- y por el artículo 13° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial[15], se desprende la necesidad que se cumplan ciertos presupuestos o requisitos para que proceda la inhibición de la autoridad administrativa que viene conociendo una causa y en consecuencia declare la suspensión del procedimiento.

Los dispositivos mencionados textualmente señalan:

> LPAG:
>
> *"Artículo 64°.- Conflicto con la función jurisdiccional.*
> *64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una <u>cuestión litigiosa entre dos administrados</u> sobre determinadas <u>relaciones de derecho privado</u> que <u>precisen ser</u>*

---

[12] ROSC:
"Artículo 47°.- Recurso de Apelación.
El único recurso impugnativo que las partes podrán interponer es el de Apelación, en los casos indicados en el artículo 206° numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. También procede contra la Resolución que dicta una medida cautelar.
(...)".

[13] LPAG:
"Artículo 206°.- Facultad de contradicción.
206.1 Conforme a lo señalado en el artículo 108°, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.
206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.
206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma".

[14] MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición, 2011, p. 315.

[15] Aprobado por Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 02 de junio de 1993.

956
Novecientos cincuentiseis

esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.
64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio. (...)"
(Subrayado nuestro).

Reglamento del OSINERGMIN:

"Artículo 99º.- Suspensión de Procedimientos Administrativos.
Los ORGANOS DE OSINERG suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se sigan, sólo en caso de que se pruebe preexistencia de un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del ORGANO DE OSINERG correspondiente, precise de un pronunciamiento previo del Poder Judicial".(Subrayado nuestro).

Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

"Artículo 13º.- Cuestión contenciosa en procedimiento administrativo.
Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. (...)".
(Subrayado nuestro).

En tal sentido, del tenor de los dispositivos precitados, tenemos que los presupuestos que deben cumplirse para que se configure el tema materia de análisis son:

i) que la cuestión contenciosa se suscite entre dos particulares durante el desarrollo del procedimiento administrativo.
ii) que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado.
iii) que exista una necesidad objetiva de obtener pronunciamiento judicial previo para poder resolver el asunto planteado ante la administración.
iv) identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Respecto de cada presupuesto indicado, cabe señalar:

i) La cuestión litigiosa no ha surgido entre dos administrados o particulares como establece la LPAG, sino entre una empresa privada -CASAPALCA- y una entidad pública -OSINERGMIN- que en ejercicio de las facultades concedidas por ley, viene ejerciendo su potestad administrativa. Además, debe dejarse claramente establecido que el procedimiento administrativo se inició el 09 de diciembre de 2011 -cuando ELECTROPERÚ presentó la presente reclamación-, que CASAPALCA contestó la reclamación y dedujo las excepciones de incompetencia y de prescripción extintiva el 09 de febrero de 2012 y presentó la acción de amparo ante el Poder Judicial el 05 de marzo de 2012; es decir, en fecha posterior y con pleno conocimiento que se venía tramitando este procedimiento administrativo.

ii) El contenido fundamental de la materia discutida deba ser exclusivo del derecho privado y regulado conforme a sus normas, y no del ámbito del derecho público, tales como discusiones sobre derechos de filiación o sucesorios -que son propios del derecho civil-, que deban ser determinados para posteriormente obtener derechos de índole administrativo, como son los pensionarios. En este caso, lo que se discute es la competencia del tribunal administrativo, materia que no es exclusiva del derecho privado, sino que en el ámbito administrativo está prevista su atención, vía deducción de excepción de incompetencia, como efectivamente lo planteó CASAPALCA de conformidad con el artículo 37°[16] del ROSC.

iii) El tercer presupuesto, va ligado al anterior, y se refiere a la necesidad del pronunciamiento previo por parte de la autoridad judicial para que posteriormente la autoridad administrativa pueda resolver sobre la base de éste, de no contar con la decisión judicial la autoridad administrativa no podría pronunciarse. Es decir, debe existir una estrecha relación de dependencia entre ambos, donde debe existir primero la decisión judicial, para darse el segundo, la decisión administrativa.

La misma condición es requerida por el artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes citado y por el 99° del Reglamento del OSINERGMIN, en virtud de los cuales, forzosamente se requiere que la cuestión litigiosa sea resuelta previamente por el Poder Judicial para que proceda la suspensión del procedimiento administrativo.

Del análisis efectuado, a criterio de este Tribunal no se cumple el presupuesto bajo análisis, en tanto, en el ámbito administrativo, propiamente en el procedimiento de solución de controversias está prevista la deducción de excepciones, entre ellas la de incompetencia y la oportunidad en que éstas sean resueltas. Por tanto, no se requiere del pronunciamiento previo del Poder Judicial, al existir ya un mecanismo para conocer y resolver en el ámbito administrativo.

Al respecto, es menester mencionar que de acuerdo con lo recogido por la doctrina[17], existe posición preferente de la resolución administrativa de las causas sometidas a su conocimiento, sobre la resolución judicial; y sólo excepcionalmente, cuando se producen las interferencias funcionales, la preferencia judicial, adelantando la competencia que le corresponde de modo sucesivo durante el contencioso administrativo.

iv) Al haberse determinado en el literal anterior que no se configura el presupuesto esencial para que exista prejudicialidad, carece de sentido evaluar este cuarto requisito.

Finalmente, sin perjuicio de lo ya expuesto, es necesario mencionar lo dispuesto por el artículo 45° del Código Procesal Constitucional[18]:

"Artículo 45°: Agotamiento de las vías previas:

---

[16] ROSC:
"Artículo 37°.- Requisitos de la Contestación - Posibilidad de Réplica y Excepciones.
(...).
Las excepciones se presentan junto con la contestación a la reclamación y se resuelven en la resolución final o, excepcionalmente a criterio de la instancia de solución de controversia, podrán resolverse al inicio del procedimiento."
[17] MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.cit. p. 311.
[18] Ley Nº 28237. Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 31 de mayo de 2004.

954
Novecientos cincuenticuatro

> *El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas.* (...)"
> (Subrayado nuestro)

Tal como hemos mencionado, CASAPALCA dedujo la excepción de incompetencia, conjuntamente con la contestación a la reclamación presentada por ELECTROPERÚ ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc el 09 de febrero de 2012, la que fue desestimada mediante Resolución N° 005-2012-OS/CC-66, de fecha 13 de abril de 2012, notificada el 16 de abril de 2012 y respecto de la cual CASAPALCA interpuso recurso de apelación el 17 de mayo de 2012, la cual es resuelta en esta resolución.

CASAPALCA a su vez presentó demanda de amparo el 05 de marzo de 2012 -sobre la cual solicita suspensión de este procedimiento por prejudicialidad-.

Como es evidente, a la fecha de inicio del proceso constitucional aún se encontraba en trámite el procedimiento administrativo para resolver la excepción deducida, de acuerdo con la normativa vigente -artículo 37° del ROSC- y por tanto, no se había agotado la vía previa, ni siquiera se había emitido pronunciamiento en primera instancia.

Es decir, el procedimiento administrativo fue iniciado con anterioridad y sin haber concluido, a la fecha en que se presentó la acción constitucional.

Por lo expuesto, este Tribunal desestima la solicitud de CASAPALCA de suspender el procedimiento administrativo, porque no existe una necesidad de un pronunciamiento judicial previo y se avoca a resolver el recurso de la apelación.

3.2. Sobre la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66:

CASAPALCA solicita la nulidad de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66 por cuanto el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc -los órganos de solución de controversias, en general,- carecería de competencia para conocer y resolver la reclamación planteada por ELECTROPERÚ, por estar referida a un asunto de naturaleza civil, que constituye competencia del Poder Judicial. Además, agrega que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc habría incurrido en motivación aparente y la resolución tendría defectos de motivación y del objeto o contenido.

3.2.1. Sobre la competencia de los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN para pronunciarse sobre la materia reclamada:

El inciso 1) del artículo 3º de la LPAG establece:

> *"Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos*
> *Son requisitos de validez de los actos administrativos:*
> *1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.*
> *(...)"*

El artículo 61.1º de la LPAG establece que *"la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan".*

953
Novecientos cincuentitres

A su vez, el artículo 65.1° del mismo cuerpo normativo prescribe que *"el ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o avocación, según lo previsto en esta Ley".*

Sobre este tema, García de Enterría señala que: "*Toda acción administrativa se nos presenta así como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la Administración no puede actuar, simplemente"*[19].

Asimismo, Dromi señala que *"..., la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos. La competencia es irrenunciable e improrrogable"*[20].

Juan Carlos Morón[21] dice respecto de la competencia *"viene a ser el elemento que habilita a un órgano de la administración para adoptar una decisión o generar una actuación administrativa determinada (acto administrativo, contrato, acto de Administración, etc.), convirtiéndose así en la medida de la potestad o atribución que le ha sido conferida por norma expresa".*

De acuerdo con lo señalado en la LPAG y en la doctrina, la competencia es un requisito indispensable para considerar la validez de un acto administrativo y debe ser conferido legalmente. Esta competencia debe existir al momento de la emisión del acto administrativo. En tal sentido, corresponde determinar si el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc -en general, si los órganos de solución de controversias-, es competente para conocer y emitir un pronunciamiento válido sobre la materia de litis, contando con las atribuciones respectivas otorgadas legalmente.

En primer término, es preciso indicar que la función de solución de controversias está definida en 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[22], en adelante LMOR, como la facultad de los organismos reguladores de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre ellos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

En concordancia con la norma precitada, el artículo 44° del Reglamento del OSINERGMIN precisa que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes 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; salvo aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI. Asimismo, señala que la función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva del OSINERGMIN, comprende además la facultad de este Organismo de conciliar intereses contrapuestos sobre dichas materias.

El inciso c) del artículo 46° del Reglamento del OSINERGMIN establece los supuestos de controversias que corresponden ser conocidas por el OSINERGMIN, entre ellas, las

[19] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición, Madrid. Civitas, p. 429 y 433.
[20] DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, p. 209.
[21] MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. 2003, p. 69.
[22] Ley Nº 27332. Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 29 de julio de 2000.

952
Novecientos cincuenta y dos

surgidas 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 del regulador. Concordantemente, el artículo 47° del referido Reglamento prescribe que la vía administrativa sea obligatoria y de exclusiva competencia del OSINERGMIN.

El artículo 2° del ROSC dispone que el OSINERGMIN a través de sus órganos de solución de controversias -Cuerpos Colegiados y Tribunal de Solución de Controversias- es competente, en primera y segunda instancia administrativa, para resolver las controversias suscitadas entre los diversos operadores relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

De lo expuesto, se concluye que el OSINERGMIN tiene competencia para pronunciarse sobre controversias entre operadores dentro de los supuestos previstos por el artículo 46° del Reglamento del OSINERGMIN y el artículo 2° del ROSC.

Asimismo, de conformidad con los dispositivos indicados en el párrafo precedente, la competencia de OSINERGMIN para resolver controversias en el sector eléctrico -sector que nos ocupa- se circunscribe a aquellas que se refieren a discutir o limitar el acceso de usuarios a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión, como los de los sistemas de distribución eléctrica y aquellas relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

Habiéndose definido que los órganos de solución de controversias tienen competencia para conocer y resolver controversias suscitadas entre generador -ELECTROPERÚ- y usuario libre -CASAPALCA-, corresponde analizar si la naturaleza de la pretensión de ELECTROPERÚ se encuentra comprendida en el supuesto de aquellas relacionadas con aspectos, técnicos, regulatorios o normativos sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN o es una pretensión de naturaleza estrictamente civil, como alega la apelante.

Al respecto, cabe señalar que el proceso de provisión del servicio eléctrico posee una serie de peculiaridades derivadas de la imposibilidad de almacenar electricidad y la existencia de un patrón de consumo cambiante en el tiempo.

En este mercado confluyen las transacciones derivadas de los contratos suscritos entre las partes, bajo un régimen de libertad de precios, en los cuales se pactan cantidad de energía y potencia a suministrarse, plazo y precio y, aquellas que no se sustentan en acuerdos entre partes, sino que son operaciones realizadas en el mismo momento, es decir, cuando el cliente retira del SEIN más energía y potencia de lo originalmente contratado, a un precio spot.

Es imprescindible mantener un equilibrio permanente entre oferta -lo que el generador inyectó al SEIN- y demanda -lo que el cliente retiró del SEIN- frente a lo que efectivamente fue materia de un acuerdo previo entre el generador y el cliente. Esta operación se realiza en el MCP.

En este sentido, el mercado eléctrico, debido a su complejidad y naturaleza técnica requiere de normas específicas que permitan la correcta participación e interrelación de todos los actores, entiéndase generadores, transmisores, distribuidores y clientes

951
Novecientos cincuenta

libres con el objeto que éste funcione de manera eficiente y eficaz. Es decir, el MCP es un mercado regulado, en el cual las reglas de operación están previamente establecidas por la LCE, su Reglamento y la Ley de Desarrollo Eficiente. De conformidad con lo que dispone el literal b) del artículo 43° de la LCE[23] el precio por los retiros de energía y potencia efectuados en el SEIN por los usuarios libres están sujetos a regulación. No existe límite superior o inferior para el precio spot, el cual es determinado para intervalos de 15 minutos considerando el costo variable de la unidad más costosa que opera en el referido intervalo.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 12° y 14°, inciso g) de la Ley de Desarrollo Eficiente, el COES es el encargado de administrar el MCP y de determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES. La valorización y pago por estas transferencias está regulado en los artículos 107° y 108° de la LCE.

Por lo expuesto, el COES tiene la obligación de determinar qué cliente es el que efectuó el retiro de energía y potencia sin contrato del SEIN en el MCP respecto del generador que la inyectó, mercado sujeto a normas que regulan su operatividad, y valorizar estos retiros a precio regulado. El discutir el pago de las valorizaciones por retiros efectuados de energía y potencia en el MCP evidentemente tiene vinculación con temas regulatorios.

Es necesario precisar que el supuesto de la norma al hacer referencia a supuestos de controversias "relacionados con aspectos técnicos, regulatorios o normativos" no implica que esté aludiendo en estricto al ejercicio de las funciones del regulador, como parece entender CASAPALCA, sino a temas vinculados a estos aspectos en general; más bien, la segunda parte de la norma sí hace mención en estricto a las funciones del regulador al señalar que los aspectos en controversias deben estar "sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN". Afirmar lo contrario implicaría que conflictos que se originen por aplicación o interpretación de disposiciones de mayor jerarquía (decretos supremos, leyes) no puedan ser sometidas a conocimiento de los órganos de solución de controversias, por ejemplo aquellas vinculadas a temas de calidad del servicio eléctrico, cadena de pagos.

De otro lado, con relación al supuesto de competencia vinculado a aspectos normativos, cabe señalar que tal como hemos mencionado, la materia de litis está relacionada con el funcionamiento del MCP y las transacciones que en éste se realicen, determinados por la LCE, su Reglamento y la Ley de Desarrollo Eficiente.

El COES administra el MCP según lo disponen el artículo 12° y el literal h) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente, sobre la base de Procedimientos Técnicos aprobados por OSINERGMIN a propuesta del propio COES, de conformidad con el inciso b) del artículo 13° de la Ley de Desarrollo Eficiente y los artículos 5° y 6° del Reglamento del COES.

---

[23] LCE:
"Artículo 43°: *Estarán sujetos a regulación de precios:*
a) La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. Esta regulación no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supere la potencia y energía firme del comprador.
b) Los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los Distribuidores y Usuarios Libres, los mismos que serán determinados de acuerdo a lo establecido en el artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.
(...)".

950
Novecientos cincuenta

Asimismo, el COES tiene como función operativa el determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES, según lo dispone el numeral g) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente.

Los Procedimientos Técnicos aprobados por el OSINERGMIN son de cumplimiento obligatorio para todos los agentes del COES, de acuerdo con lo que establece el numeral 6.1 del artículo 6° del Reglamento del COES.

Del tenor de los dispositivos indicados, se concluye que la controversia sí está relacionada a aspectos de índole normativo, en tanto OSINERGMIN aprueba a propuesta del COES los procedimientos técnicos en materia de operación del SEIN y del MCP. Ello es independiente de si existe o no un Procedimiento Técnico válido -como argumenta CASAPALCA- respecto del tema que nos ocupa, hecho que no es determinante para establecer la competencia o no de los órganos de solución de controversias, sino de la vinculación con lo que es realmente es la razón de la reclamación con aspectos normativos.

Además, de los supuestos analizados -relacionados a aspectos normativos y regulatorios-, los dispositivos que establecen la competencia de los órganos de solución de controversias, determinan también que los aspectos en controversia deben ser objeto de supervisión o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

Al respecto, el numeral 3, inciso a) del artículo 3° de la LMOR establece como una de las funciones de los organismos reguladores, entre ellos OSINERGMIN, la función supervisora, que comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada. En el mismo sentido, se expresa el artículo 31° del Reglamento del OSINERGMIN.

Asimismo, el inciso d) del artículo 3° de la LMOR establece como otra función del regulador, la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como de las obligaciones contraídas en los contratos de concesión por parte de los concesionarios. Esta función también es recogida por el artículo 36° del Reglamento del OSINERGMIN.

El artículo 101° de la LCE, señala que es materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES.

El inciso c) del artículo 201° del RLCE, establece como incumplimiento del usuario libre el *"No efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES"*. Es preciso indicar que las valorizaciones permiten que los integrantes, entre ellos los usuarios libres, procedan al pago por el retiro de potencia y energía.

En ese sentido, el inciso g) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente establece como una función del COES el *"Determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES"*, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 107° del RLCE.

De lo expuesto, se puede concluir que OSINERGMIN supervisa y fiscaliza el cumplimiento de las disposiciones del COES en tanto que son emitidas en ejercicio de sus funciones, conferidas por la Ley de Desarrollo Eficiente, como es el caso de las

949
Novecientos cuarentinueve

determinaciones y valoraciones de transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES.

El artículo 9° del Código Procesal Civil[24] señala que:

> *"La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan".*

La norma precitada tiene como referente la naturaleza del conflicto.

Lo que importa para determinar la competencia por razón de la materia, no es la apariencia de la pretensión, sino la naturaleza misma del litigio y la relación jurídica que subyace al conflicto y los hechos que delimitan el contenido de la pretensión respecto de este conflicto.

En tal sentido, si bien la pretensión de ELECTROPERÚ es la obligación de dar suma de dinero, los hechos que sustenta su pretensión y la obligación de pago de la que emana son de índole regulatorio y normativo, por tanto la controversia está relacionada a temas regulatorios y normativos y no civil.

De los dispositivos legales indicados, se colige que el OSINERGMIN y específicamente sus órganos de solución de controversias, cuentan con la competencia necesaria para pronunciarse respecto de la pretensión de ELECTROPERÚ, por lo que corresponde confirmar la resolución apelada en este extremo.

3.2.2. Sobre los requisitos de validez de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66:

CASAPALCA cuestiona la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que resolvió en primera instancia señalando que se realizó una motivación aparente, debido a que arriba a una decisión a partir de una premisa equivocada, por cuanto explica CASAPALCA que si bien se ha efectuado retiros de potencia y energía sin contrato en el MCP y que el COES los ha valorizado y asignado, éstos no tienen naturaleza regulatoria, sino civil.

El requisito que alega CASAPALCA es formal y, al mismo tiempo, se identifica con la declaración expresa de las circunstancias fácticas y jurídicas que han promovido la emisión del acto[25].

El desarrollo de este requisito de validez del acto administrativo está contenido en el artículo 6º[26] de la LPAG, a partir del cual se desprende que la motivación debe contener los presupuestos que justifican la decisión adoptada por la administración, de

[24] Norma aplicable supletoriamente al presente procedimiento, según la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil.
[25] VINCES ARBULÚ, Martín. Reflexiones sobre la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y su deformación en la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana. En: Revista de Investigación Jurídica, Vol. II, p. 5
[26] LPAG:
"Artículo 6º.- Motivación del acto administrativo
6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.
(...)"

948
Novecientos cuarenta y ocho

tal forma que se asegure la eliminación de decisiones arbitrarias que puedan afectar derechos de los administrados.

Cabe precisar que cuando una motivación resulta insuficiente, se vulnera el derecho de defensa y del debido proceso de administrado, debido a que una falta o insuficiencia de motivación no permite, a la parte afectada hacer uso de algún recurso impugnativo, por cuanto no sabría cuales son los motivos que justifican el acto dirigido hacia él. En cambio, una "*motivación precisa y clara constituye una garantía a favor del administrado, toda vez que si conocerá cuales son los motivos que justifican el acto administrativo y podrá contradecirlo si no se encuentra de acuerdo con el mismo*"[27].

CASAPALCA debe tener en cuenta que el pronunciamiento no favorable no implica que la motivación sea insuficiente o que haya una motivación aparente como señala, por cuanto la motivación de la resolución materia de apelación está debidamente clara y sustentada a partir de razonamientos lógicos y jurídicos sobre la base de lo dispuesto por las normas sectoriales aplicables y el análisis de los argumentos expuestos por ambas partes. Es esta adecuada motivación la que ha permitido que CASAPALCA interponga su recurso de apelación, de tal forma que ha rebatido cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, de no haber estado debidamente motivada no hubiera podido hacer uso de su derecho.

Por lo expuesto, se ha constatado que la resolución impugnada sí cumple con el requisito esencial de todo acto administrativo que es el de estar debidamente motivada.

De otro lado, CASAPALCA señala que la resolución materia de impugnación vulnera lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 3° de la LPAG, el cual señala que el acto administrativo debe expresar con precisión el objeto o contenido de la resolución.

> ***"Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos:***
> *Son requisitos de validez de los actos administrativos:*
> *(...)*
> *2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación".*

A entender de CASAPALCA la resolución materia de impugnación no ha cumplido con los requisitos que la norma precitada; por lo que, solicita su nulidad de conformidad por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG.

> ***"Artículo 10°.- Causales de nulidad:***
> *Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*
> *2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, (...)".*

[27]VINCES ARBULÚ, Martín. Op.Cit. p. 6

947
Novecientos cuarenta y siete

Respecto de los requisitos de validez del objeto del acto administrativo, cabe señalar que el objeto es "*aquello que decide, declara o certifica la autoridad*"[28].

En ese sentido, la determinación del *objeto resulta indispensable a fin de que pueda determinarse con claridad los efectos jurídicos del acto, por lo cual debe ser posible, lícito y estar determinado de manera precisa*[29], de conformidad con lo dispuesto por los artículos precitados de la LPAG.

La licitud del objeto, implica que las actuaciones de la autoridad sean de conformidad con la normativa vigente, a partir del análisis efectuado de la resolución materia de impugnación se verifica que la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se ha fundamentado en la normativa vigente, pertinente y aplicable.

La controversia está circunscrita al pago por los retiros de energía y potencia sin respaldo contractual que ha realizado CASAPALCA (usuario libre) y que el COES los ha valorizado y asignó a ELECTROPERÚ.

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha sustentado su competencia sobre la base principalmente de los artículos 31° y 46° del Reglamento del OSINERGMIN, el artículo 2° del ROSC y sobre el análisis de las normas sectoriales. Las disposiciones precitadas determinan por un lado, aspectos subjetivos de la controversia, es decir, las partes involucradas y por otro lado, el aspecto objetivo referido a los temas técnicos, regulatorios o normativos, sujetos a supervisión, regulación o fiscalización por parte del OSINERGMIN.

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc a través del análisis efectuado concluyó que la controversia está vinculada a aspectos regulatorios en tanto los retiros materia de litis se realizaron en el MCP, mercado regulado, en donde los precios están sujetos a regulación. En el mismo sentido, determinó que también está vinculada a aspectos normativos, en tanto que la operación del MCP se rige bajo reglas y mecanismos contenidos en normas sectoriales generales y normas emitidas por el regulador.

Asimismo, determina que la materia objeto de controversia está sujeta a supervisión del OSINERGMIN en virtud de la función que le fuera conferida por el inciso a) del numeral 3.1 del artículo 3° de la LMOR y el artículo 31° del Reglamento del OSINERGMIN, así como en lo dispuesto por los artículos 101° de la LCE y el inciso c) del artículo 201° del RLCE.

Sobre la precisión del objeto, cabe indicar que éste sirve para determinar con claridad los efectos jurídicos perseguidos a través de la emisión del acto administrativo[30], en el presente caso la resolución determinó la competencia del OSINERGMIN a través de sus órganos de solución de controversias para conocer y resolver la presente litis.

Finalmente, lo referido a la posibilidad física y jurídica implica que el cumplimiento del objeto sea posible de ejecutarse en la realidad y sea acorde a las normas aplicables, en este sentido, los órganos de solución de controversias pueden avocarse al conocimiento del litigio en sede administrativa contando con el ROSC que establece las normas del procedimiento a seguir.

---

[28] GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso Administrativo peruano. En: Revista de Derecho Administrativo Nº 11, Año 2012, p 117.
[29] GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op Cit.
[30] Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde. Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas- UPC-, 2009, p. 135.

946
Novecientos cuarentiseis

El cumplimiento de las características, referidas al objeto, "*garantizan que el administrado conozca efectivamente los efectos jurídicos impuestos*"[31], de tal forma que en caso no estuviera de acuerdo con la decisión podrá presentar algún recurso administrativo, el cual constituye un "*instrumento de garantía de los derechos de los particulares mediante los cuales pueden reaccionar para la defensa de sus derechos e intereses; constituye un eficaz mecanismo que la administración utiliza para el control de sus actos (...); y sirve para el agotamiento de la vía administrativa*"[32]. En este caso, CASAPALCA interpuso su recurso de apelación, de tal forma que ha rebatido cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

De lo expuesto, se ha verificado que la resolución impugnada cumple con el requisito de validez referido al objeto por cuanto éste es posible, lícito y está debidamente determinado.

Sobre la base de lo expuesto, corresponde desestimar el pedido de nulidad de CASAPALCA y confirmar en este extremo la Resolución N° 005-2012-OS/CC-66.

3.3. Sobre la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66:

3.3.1. Prescripción Extintiva:

CASAPALCA cuestiona el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc alegando que el plazo prescriptorio es de 2 y no de 10 años, por cuanto la reclamación de ELECTROPERÚ es un pedido de pago indemnizatorio por responsabilidad civil extracontractual y en tal sentido, es aplicable el plazo prescriptorio del numeral 4) del artículo 2001° del Código Civil.

Para CASAPALCA el pedido de dar suma de dinero que reclama ELECTROPERÚ tiene calidad indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual porque: i) se sustenta en los retiros efectuados del SEIN sin respaldo contractual; y, ii) el COES le ordenó a ELECTROPERÚ despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de la demanda y posteriormente le asignó a dicha carga un precio determinado en cabeza de ELECTROPERÚ, lo cual pudo haberle causado al generador la pérdida de la posibilidad de asignar por sí sola esa carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste.

Al respecto, tal como se determinó en el acápite anterior -al cual nos remitimos- la acreencia de ELECTROPERÚ nace de la determinación y asignación de responsabilidad realizada por el COES por los retiros que efectuó CASAPALCA del SEIN durante el periodo comprendido de mayo 2006 a febrero 2009, sobre la facultad que le otorga la ley[33], es decir, esta acción creditoria de ELECTROPERÚ deriva de disposiciones de naturaleza regulatoria que norman el mercado eléctrico, más específicamente el MCP, y los precios.

Es necesario precisar, sobre la base de lo expresado en el párrafo precedente y en lo argumentado por las partes -tanto en los escritos del recurso de apelación, de absolución del recurso, de alegatos y en sus exposiciones en la Audiencia de Vista- que efectivamente no ha existido un acuerdo de voluntades[34] entre las partes respecto

[31] VINCES ARBULÚ, Martín. Op.Cit.p. 5
[32] DANÓS ÓRDOÑEZ, Jorge. La impugnación de los Actos Administrativos de Trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja. En: Derecho & Sociedad Nº 28, p. 266-267.
[33] Inciso g) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente.
[34] Código Civil:
"Artículo 1351°.- Definición
El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

de un posible suministro de ELECTROPERÚ de energía y potencia a favor de CASAPALCA durante el periodo indicado, distinto al Contrato ELECTROPERÚ, y que opere en lugar del Contrato ENERSUR -contrato que fue arbitralmente declarado nulo- y por la cantidad que fue pactada en ese contrato.

De otro lado, de la revisión del texto de la resolución impugnada, este Tribunal ha verificado, contrariamente a lo que manifiesta CASAPALCA[35], que el órgano de primera instancia señaló que hubo un suministro de energía y potencia a favor del impugnante -entendiéndose éste en el sentido de distribución, de abastecimiento-, de ninguna manera dijo, ni siquiera dejó vislumbrar la posibilidad, que se trataba de un contrato de suministro, a lo largo de su análisis indicaba que justamente no existía un acuerdo de partes al respecto.

Del análisis efectuado, ha quedado totalmente desvirtuada la naturaleza contractual de la relación jurídica entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ respecto de lo que es materia de litis. La acreencia de ELECTROPERÚ como ya se dijo, deriva de una decisión del COES, en virtud de la facultad que expresamente le ha sido concedida por ley.

Ese abastecimiento de energía y potencia, que fue concretado en el hecho del retiro que efectuó CASAPALCA, tiene como correlato el pago de un precio, en este caso, un precio regulado, determinado sobre la base del funcionamiento del mercado eléctrico, específicamente el MCP, que funciona según normas sectoriales -ya analizadas-.

CASAPALCA no reconoce en su análisis el funcionamiento del MCP, y en general el mercado eléctrico, y pretende que se le atribuya a la acreencia de ELECTROPERÚ por esa mayor carga inyectada por el generador al SEIN, retirada por CASAPALCA y determinada y asignada por el COES a ELECTROPERÚ, la calidad de responsabilidad civil extracontractual, al no ser contractual.

Sin embargo, cabe destacar que las obligaciones tienen su fuente o en un hecho jurídico, en cuyo caso nace de la ley; o, en un acto jurídico, en cuyo caso nace de la voluntad de quienes lo celebraron[36]. En el caso concreto que nos ocupa hemos ya precisado que la acreencia de ELECTROPERÚ no tiene origen contractual, sino que deriva de disposiciones que rigen el mercado eléctrico, el MCP.

De otro lado, no es posible referirse a la responsabilidad civil extracontractual sin la existencia de un daño, ese es su componente fundamental pues precisamente la razón de ser de esta figura jurídica es resarcir el daño causado a la víctima[37].

"Toda relación de responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños causados por esta última a la primera"[38].

Como hemos señalado, la acreencia de ELECTROPERÚ se deriva de cómo funciona el mercado eléctrico, de las reglas de juego -dadas por ley- y del papel que cumple cada uno de los actores en él. Tanto así, reiteramos, los retiros de energía y potencia del SEIN sin respaldo contractual que se efectúa, tienen un precio establecido en el

[35] Acápite C1 de su escrito del recurso de apelación.
[36] OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. En: Para leer el Código Civil. Vol.VI. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1988.Lima, p. 33.
[37] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil. En: Para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1985. Cuarta Edición. Lima, p. 216.
[38] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. En: Para leer el Código Civil. Volumen IV. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1995. Quinta Edición. Lima, p. 305.

944
Novecientos cuarenticuatro

MCP. No resulta ocioso por ello mencionar que dentro de este mercado y del sistema de determinación y asignación de transferencias de energía y potencia que realiza el COES lo que se busca es el equilibrio entre la inyección de energía y potencia y los retiros con el único y exclusivo propósito de garantizar la eficiencia y funcionamiento del mercado, sobre la base de reglas pre establecidas.

Por lo mencionado, la acreencia de ELECTROPERÚ no corresponde al pedido de pago de una indemnización por daños extracontractuales, sino al pago por la energía y potencia inyectada al SEIN, según reglas (de participación, funcionamiento, papel de cada actor, mecanismos de determinación de acreedor y deudor, precio) previa y claramente establecidas.

Esta acreencia de ELECTROPERÚ, en tanto constituye una acción creditoria, "*tiene como característica fundamental su prescriptibilidad, al contrario de las acciones personales y reales entre las cuales las hay imprescriptibles (...)*"[39].

"La prescripción extintiva es una institución jurídica según la cual, el transcurso de un determinado lapso extingue la acción que el sujeto tiene, para exigir un derecho ante los tribunales"[40] .

En tal sentido, resulta necesario determinar el plazo prescriptorio que establece el Código Civil teniendo en cuenta el tipo de acción a ejercitar por el acreedor, en este caso ELECTROPERÚ, para determinar si ésta ha prescrito. El artículo 2001° establece:

> "*Artículo 2001°.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:*
> 1. *A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.*
> 2. *A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.*
> 3. *A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo laboral.*
> 4. *A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponde contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo".*

Las acciones previstas en los numerales 2 y 3 no tienen relación alguna con la materia de litis. Lo mismo sucede con la acción real, la que nace de una ejecutoria y la nulidad del acto jurídico señaladas en el numeral 1 y la acción de anulabilidad y la que corresponda contra representantes de incapaces derivada del cargo mencionadas en el numeral 4.

La acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual fue desvirtuada según lo manifestado en párrafos precedentes, en tanto, no corresponde a la acreencia de ELECTROPERÚ al no existir daño y emanar de un título otorgado conforme las reglas del MCP del sector eléctrico.

La acción creditoria no está expresamente contemplada en lo dispuesto por el artículo 2001° del Código Civil; sin embargo, tal como lo señala la doctrina *"El Código Civil no las distingue con este nomen iuris pues están comprendidas bajo la denominación*

[39] VIDAL RAMIREZ, Fernando. Prescripción Extintiva y Caducidad. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1996, p. 167.
[40] RUBIO CORREA, Marcial. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. En: Para leer el Código Civil. Volumen VII. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1997. Cuarta Edición. Lima, p 16.

943
Novecientos cuarenta y tres

genérica de acción personal y a ellas se refiere también el inciso 1 del artículo 2001° cuando fija el plazo prescriptorio de diez años para la acción personal"[41].

"El plazo ordinario para la prescripción de las acciones creditorias viene a ser, pues, de diez años y debe también entenderse fijado de manera abstracta, ya que, en este término, prescriben todas aquellas a las que el propio Código Civil u otra norma legal no les fija un plazo diverso"[42].

Es así que no sólo las acciones creditorias están comprendidas en el numeral 1 del artículo 2001° del Código Civil, sino también aquellas que no tienen plazo establecido ni en el Código Civil, ni en leyes especiales, debiendo entenderse por tanto, que la acción personal a que hace referencia el dispositivo indicado es la norma general, para aquellas acciones que por su naturaleza son prescriptibles y no han sido recogidas expresamente.

El tal sentido, para el petitorio de ELECTROPERÚ, el plazo prescriptorio a tomar en cuenta es el previsto en el inciso 1) del artículo 2001° del Código Civil.

3.3.2. Sobre los requisitos de validez de la Resolución Nº 006-2012-OS/CC-66:

CASAPALCA cuestiona la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que resolvió en primera instancia señalando que existe un defecto grave en la motivación por cuanto nada de lo señalado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, ni de forma individual, ni conjunta, sirve de motivo para desestimar la Excepción de Prescripción Extintiva.

Tal como se dijo anteriormente, el requisito que alega CASAPALCA es formal y, al mismo tiempo, se identifica con la declaración expresa de las circunstancias fácticas y jurídicas que han promovido la emisión del acto[43].

El desarrollo de este requisito de validez del acto administrativo está contenido en el artículo 6° de la LPAG, a partir del cual se desprende que la motivación debe contener los presupuestos que justifican la decisión adoptada por la administración, de tal forma que se asegure la eliminación de decisiones arbitrarias que puedan afectar derechos de los administrados.

Cabe precisar que cuando una motivación es defectuosa, se vulnera el derecho de defensa y el debido proceso del administrado, debido a que la insuficiencia de motivación no permite a la parte afectada hacer uso de algún recurso impugnativo, por cuanto no sabría cuales son los motivos que justifican el acto dirigido hacia él.

CASAPALCA debe tener en cuenta que el pronunciamiento no favorable que emite el juzgador de primera instancia no coincida con su posición no implica que la resolución materia de impugnación tenga una motivación defectuosa como señala, por cuanto la motivación de la resolución materia de apelación está debidamente clara y sustentada a partir razonamientos lógicos y jurídicos sobre la base de lo dispuesto por las normas sectoriales aplicables y el análisis de los argumentos expuestos por ambas partes. Es esta adecuada motivación la que ha permitido que CASAPALCA interponga su recurso de apelación, de tal forma que ha intentado refutar cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, de no haber estado debidamente motivada no hubiera podido hacer uso de su derecho.

[41] VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. Cit. p.167
[42] Op. cit.
[43] VINCES ARBULÚ, Martín. Op.Cit .p.5.

942
Novecientos cuarentidos

Por lo expuesto, se ha constatado que la resolución impugnada sí cumple con el requisito esencial de todo acto administrativo que es el de estar debidamente motivada.

De otro lado, CASAPALCA señala que la resolución materia de impugnación vulnera lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 3º de la LPAG, el cual señala que el acto administrativo debe expresar con precisión el objeto o contenido de la resolución.

> ***"Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos:***
> *Son requisitos de validez de los actos administrativos:*
> *(...)*
> *2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación".*

A entender de CASAPALCA la resolución materia de impugnación no ha cumplido con los requisitos que la norma precitada establece; por lo que, solicita su nulidad de conformidad por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG.

> ***"Artículo 10º.- Causales de nulidad:***
> *Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*
> *2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, (...)".*

Respecto de los requisitos de validez del objeto del acto administrativo, cabe señalar que el objeto es "*aquello que decide, declara o certifica la autoridad*"[44].

En ese sentido, la determinación del *objeto "resulta indispensable a fin de que pueda determinarse con claridad los efectos jurídicos del acto, por lo cual debe ser posible, lícito y estar determinado de manera precisa"*[45], de conformidad con lo dispuesto por los artículos precitados de la LPAG.

La licitud del objeto, implica que las actuaciones de la autoridad sean de conformidad con la normativa vigente, a partir del análisis efectuado de la resolución materia de impugnación se verifica que la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se ha fundamentado en la normativa vigente, pertinente y aplicable.

Para CASAPALCA la solicitud de ELECTROPERÚ se encuentra prescrita por tener naturaleza extracontractual.

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha sustentado con un análisis lógico y normativo que la naturaleza del conflicto se circunscribe al ámbito regulatorio y constituye una acción creditoria, desvirtuando que la pretensión sea una de naturaleza extracontractual. Concluye que el plazo de prescripción corresponde a una acción personal que es de 10 años, lo que fue materia de desarrollo en el acápite anterior.

[44] GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. Cit. p 117.
[45] Op Cit.

941
Novecientos cuarentiuno

Sobre la precisión del objeto, cabe indicar que éste *"sirve para determinar con claridad los efectos jurídicos perseguidos a través de la emisión del acto administrativo"*[46], en el presente caso la resolución determinó que el plazo prescriptorio de la acción creditoria de ELECTROPERÚ correspondía a la general de 10 años.

Finalmente, lo referido a la posibilidad física y jurídica implica que el cumplimiento del objeto sea posible de ejecutarse en la realidad y sea acorde a las normas aplicables. En este sentido, al haberse determinado que el plazo prescriptorio de la pretensión de ELECTROPERÚ es de 10 años conforme corresponde a la acción personal. En atención a ello, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc desestimó la excepción de prescripción y continuó avocándose a la causa.

El cumplimiento de las características, referidas al objeto, *"garantizan que el administrado conozca efectivamente los efectos jurídicos impuestos"*[47], de tal forma que en caso no estuviera de acuerdo con la decisión podrá presentar algún recurso administrativo, el cual, como ya se menciono, constituye un *"instrumento de garantía de los derechos de los particulares mediante los cuales pueden reaccionar para la defensa de sus derechos e intereses"*; y, sirve para el agotamiento de la vía administrativa[48]. En este caso, CASAPALCA interpuso su recurso de apelación, de tal forma que ha rebatido cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

De lo expuesto, se ha verificado que la resolución impugnada cumple con el requisito de validez referido al objeto por cuanto éste es posible, lícito y está debidamente determinado.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66 en este extremo.

3.3.3. Sobre el petitorio de la reclamación:

CASAPALCA cuestiona la resolución impugnada emitida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc por cuanto considera que al no ser integrante del COES, sino hasta mayo de 2012, no le son imputables las decisiones del COES sobre asignación y valorización por los retiros que efectuó de energía y potencia durante el periodo mayo de 2006 a febrero de 2009 y que en todo caso éstos fueron efectuados con respaldo contractual.

Asimismo, CASAPALCA sostiene que los retiros de energía y potencia que efectuó durante el periodo comprendido entre los meses de mayo 2006 a febrero 2009 fueron realizados en virtud del Contrato ENERSUR, y en todo caso, si éste se reputa resuelto, estos retiros serían imputados al Contrato ELECTROPERÚ.

Al respecto, cabe señalar que mediante laudo arbitral de derecho de fecha 07 de enero de 2010, se declaró que el Contrato ENERSUR[49] fue debidamente resuelto de pleno derecho por ENERSUR, con efecto a mayo de 2006.

Mediante Resolución N° 18 de fecha 04 de octubre de 2010 expedida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima se declaró infundada la anulación de laudo planteada en vía judicial por CASAPALCA.

[46] Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde. Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Op.Cit. p. 135.
[47] VINCES ARBULÚ, Martín. Op.Cit p. 5.
[48] DANÓS ÓRDOÑEZ, Jorge. Op.Cit. p. 266-267.
[49] En virtud del cual ENERSUR se comprometía a suministrar electricidad hasta 4.5 MW.

940
Novecientos cuarenta

Si bien CASAPALCA señala que se encuentra en trámite un proceso de amparo contra la mencionada Resolución N° 18 y por tanto, el laudo no ha adquirido autoridad de cosa juzgada, obra en autos la Resolución del Tribunal Constitucional, seguida en el Expediente N° 04622-2011-PA/TC de fecha 03 de mayo de 2012, mediante la cual se declaró improcedente la demanda de amparo.

Por tanto, el Contrato ENERSUR se encuentra plenamente resuelto desde mayo de 2006.

Sobre el Contrato ELECTROPERÚ, cabe señalar que en el numeral 1.4 de la Clausula Primera las partes estipularon:

> *"1.4. Ambas partes declaran conocer que EL CLIENTE tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de suministro de electricidad con ENERSUR celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4,5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por El CLIENTE con ENERSUR hasta el término del citado contrato"*

Así teníamos dos contratos, suscritos con distinto proveedor -generador- que establecían los siguientes suministros:

i) Contrato ENERSUR: 4,5 MW;
ii) Contrato ELECTROPERÚ: por encima de los 4,5 MW.

Cabe precisar que ambos comprendían el periodo mayo 2006 a febrero 2009 (en la cláusula cuarta del Contrato ELECTROPERÚ se estipuló el plazo hasta febrero 2012). Las partes no pactaron que el Contrato ELECTROPERÚ reemplazaría al Contrato ENERSUR en el eventual caso que éste fuera resuelto, ni existe disposición alguna que establezca tal situación, mal podría entonces atribuírsele a ELECTROPERÚ estos retiros como parte de su Contrato.

En tal sentido, contrariamente a lo que señala la apelante al sustentar su recurso respecto de este extremo, al haberse declarado resuelto el Contrato ENERSUR, los retiros que efectuó CASAPALCA durante el periodo que comprende la litis por debajo de los 4,5 MW carecían de respaldo contractual.

Es de anotar que durante el periodo comprendido de mayo 2006 a febrero de 2009, el COES asignó y valorizó los retiros efectuados por CASAPALCA teniendo en cuenta lo estipulado tanto en el Contrato ELECTROPERÚ (por el exceso de 4,5 MW), como en el Contrato ENERSUR (hasta 4.5 MW).

Ante la declaración de la resolución del Contrato ENERSUR, los retiros de CASAPALCA hasta por 4,5 MW no tenían "asignación" -ya no correspondía atribuírsela a ENERSUR bajo ningún contrato-. Por tanto, correspondía al COES, como administrador del MCP; en uso de las facultades conferidas por los artículos 12° y 14°, inciso g) de la Ley de Desarrollo Eficiente, valorizar nuevamente estos retiros, que como se dijo en el párrafo precedente primigeniamente valorizó sobre la base de la existencia del Contrato ENERSUR, y asignarlos entre las empresas generadoras que participaban en el SEIN durante ese periodo.

El COES efectuó esta valorización aplicando el Procedimiento Técnico Nº 10 del COES denominado "Valorización de las Transferencias de Energía Activa entre

939
Novecientos treintinueve

Generadores Integrantes[50] del COES" para la revalorización de los retiros. Lo cual es cuestionado por CASAPALCA por cuanto considera que no es procedimiento aplicable dado que sólo involucra a generadores.

Este Procedimiento Técnico se sustenta en lo dispuesto en los artículos 107° y 108° de la LCE que regulan la valorización y pago por estas transferencias.

Mediante este Procedimiento se determinan las transferencias reales de energía y potencia de cada generador a fin de valorizar los excesos de energía y potencia transferida por los generadores (más allá de las cantidades pactadas) y el excedente, denominado Saldo Resultante[51] será asignado a cada generador integrante - generador que tuvo la capacidad de entrega de energía durante el periodo al que se refiere la liquidación-, prorrateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectúa la valorización.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 9.1[52] del Procedimiento Técnico N°10 en cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión solo deben existir Entregas y Retiros de generadores integrantes involucrados.

Al haberse declarado resuelto el Contrato ENERSUR, lo que inicialmente se le asignó a ENERSUR en virtud del referido contrato, correspondía ser imputado a los generadores que, en dicho periodo, tuvieron la capacidad de hacerlo, encontrándose entre ellos ELECTROPERÚ -cuyo Contrato ELECTROPERÚ no era aplicable porque sólo era válido para suministro mayor a 4,5 MW-. Es innegable que habiéndose atendido la demanda de CASAPALCA, mediante los retiros que efectuó y que son materia de litis- CASAPALCA está obligada a pagar por ello.

Sobre el análisis expuesto, este Tribunal coincide con el órgano de primera instancia en el sentido que las asignaciones efectuadas por el COES fueron las correctas sobre la base de un procedimiento vigente y válido. Evidentemente este Procedimiento sólo considera a generadores, en tanto son los únicos que pueden producir energía para cubrir los Saldos Resultantes que se puedan dar, ya sea de demanda o de oferta.

---

[50] El numeral 6.1. del artículo 6° del Procedimiento Técnico N° 10, define al generador integrante, como generador cuyas instalaciones forman parte del SEIN.
[51] Numeral 9.4 del artículo 9° del Procedimiento Técnico N° 10'.
[52] Procedimiento Técnico N° 10:
Numerales 9.1; 9.2; 9.3; y 9.4.
"9.1 En cada Barra de Transferencia se debe cumplir que la sumatoria de Entregas debe ser igual a la sumatoria de Retiros. En cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión solo existirán Entregas y Retiros de generadores integrantes involucrados.
Al efectuarse el balance de energía en cada Barra de Transferencia del Sistema Principal de Transmisión, el error admisible no deberá ser mayor de 2% del Retiro (si el error es negativo) o de la Entrega (si el error es positivo) del Transmisor. Si la diferencia del balance es igual o menor que el error admisible, dicha diferencia se cerrará con la Entrega o Retiro del Transmisor según dicho error sea positivo o negativo respectivamente.
Si la diferencia del balance es superior al error admisible, deberán verificarse los perfiles de las Entregas y Retiros en dicha barra. Si después de dicha verificación persistiera el error, la División de Evaluación y Estadística cerrará el balance provisionalmente, para efectos de la transferencia de energía, con el Retiro o Entrega del Transmisor según sea el caso, debiendo revisar en detalle toda la medición que lleve a dar solución al problema dentro de los 15 días siguientes de aprobada la valorización.
De considerarlo necesario el COES requerirá que los propietarios de la medición efectúen, bajo su supervisión, el contraste de los medidores y/o la correcta sincronización de sus relojes. El resultado de dicho análisis y el ajuste a que de lugar, se incluirán en la siguiente valorización.
9.2. Las Entregas y Retiros de cada generador integrante serán valorizadas al Costo Marginal de Corto Plazo de la Barra de Transferencia correspondiente.
9.3. Para cada generador integrante se determina su Saldo de Transferencias que resulta de la sumatoria de las valorizaciones de sus Entregas menos la sumatoria de las valorizaciones de sus Retiros.
La sumatoria de los Saldos de Transferencias en el Sistema Principal de Transmisión de los generadores integrantes constituirá el Saldo Resultante.
9.4. El Saldo Resultante será asignado a cada generador integrante, prorrateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectúa la valorización
(...)".

938
Novecientos treintiocho

Debemos tener en cuenta que estos mecanismos de compensación que rigen el mercado eléctrico -como el Procedimiento Técnico N° 10- tienen como objetivo fundamental salvaguardar el funcionamiento del mercado eléctrico.

De otro lado, CASAPALCA afirma que recién es integrante del COES a partir del 23 de mayo de 2012 y por tanto, las valorizaciones (revalorizaciones) efectuadas por el COES por los retiros de mayo 2006 a febrero de 2009 no le pueden ser imputadas; y, sostiene que ninguna de las normas que sirven de fundamento a la decisión adoptada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc faculta a éste a asignar a agentes no integrantes.

Al respecto, cabe mencionar que el inciso b) del artículo 43° de la LCE establece que están sujetos a regulación de precios los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los usuarios libres, los cuales serán determinados de acuerdo con lo que se establece en el artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente.

Cabe resaltar que este dispositivo no hace distinción entre integrantes o no del COES, sólo se refiere a clientes libres, calidad que tiene CASAPALCA y que nunca ha negado, calidad que le permite su conexión al SEIN.

El referido artículo 14° señala entre las funciones operativas del COES, la determinación y valorización de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES.

Se entiende como agente, según el numeral 1) del artículo 1° de la Ley de Desarrollo Eficiente, a los generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres.

Por su parte, el artículo 3°del Reglamento del COES, establece textualmente que:

> *"El COES está compuesto por Integrantes Obligatorios e Integrantes Voluntarios. Los Integrantes Registrados son los Integrantes Obligatorios así como los Integrantes Voluntarios que hayan optado por registrarse en el COES.*
>
> *(...)*
>
> *3.4 Los nuevos Agentes o los existentes que se conectan al SEIN, pasan a ser Integrantes del COES conforme a lo establecido en el presente artículo".*

De otro lado, el numeral 12.2 de la Ley de Desarrollo Eficiente establece que las decisiones del COES son de cumplimiento obligatorio por los agentes.

En este mismo sentido, se expresa también el numeral 6.1[53] del artículo 6º y el artículo 4º[54] del Reglamento del COES al señalar que sus resoluciones son de aplicación y cumplimiento obligatorio por todos los agentes del sistema.

---

[53] Reglamento del COES:
"Artículo 6º: Aplicación y modificación de Procedimientos
6.1. Los Procedimientos aprobados por OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los Agentes.
(...)".
[54] Reglamento del COES:
"Artículo 4º: Autoridad
Las decisiones que emitan la Dirección Ejecutiva y el Directorio del COES en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen carácter obligatorio para todos los Agentes..."..

937
Novecientos treintisiete

El artículo 101°[55] de la LCE señala que es materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES, que como reiterativamente hemos manifestado, y dentro de éstas la de valorizar los retiros de energía y potencia del SEIN.

A su vez, el inciso c) del artículo 201° del Reglamento de la LCE, establece como incumplimiento para el usuario libre el "[n]o efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES". Son justamente las valorizaciones materia de litis comprendidas en este supuesto que permiten que los integrantes del COES, entre ellos los usuarios libres, procedan al pago por el retiro de potencia y energía.

De las normas indicadas se colige que no se requiere la inscripción formal de los operadores en el registro del COES, para ser considerado agente o integrante del COES, sino la condición fáctica de estar conectado al SEIN, que es lo que habida cuenta le permite en el caso de los usuarios libres, retirar energía y potencia, que de otro modo no lo podría hacer.

En tal sentido, los agentes, entiéndase generador, distribuidor, transmisor y usuario libre, están obligados a cumplir las decisiones del COES. Estas decisiones están sujetas a supervisión y son pasibles de sanción si se verifica su cumplimiento.

Por último, CASAPALCA rechaza la aseveración del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sobre que teniendo en cuenta su mismo criterio, CASAPALCA reconoció el pago a un grupo de empresas generadoras integrantes del COES por las asignaciones de retiros de energía y potencia que éste efectuó en el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009, mediante la suscripción de acuerdos privados; sosteniendo que pagó a estas generadores por el referido concepto de acuerdo con criterios privados pertinentes acordados entre las partes.

Los acuerdos privados que haya suscrito CASAPALCA con otras generadores a fin de honrar su deuda proveniente de la asignación y valorización efectuada por el COES sobre los retiros sin contrato realizados durante el periodo mayo 2006 a febrero 2009 no son están en discusión y por tanto, no es materia de competencia de este colegiado. Sin embargo, ello es una referencia que redunda a favor de la decisión adoptada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en tanto se evidencia que CASAPALCA reconoció la decisión del COES y procedió al pago de los otros generadores asignados.

Se ha verificado que la decisión del COES, en tanto facultado por ley para realizar las asignaciones y valorizaciones por retiro de energía y potencia del SEIN, se encuentra arreglada a ley. Por lo que corresponde a CASAPALCA realizar el pago correspondiente a los retiros de energía y potencia del SEIN durante el periodo mayo 2006 a febrero 2009 asignados por el COES a favor de ELECTROPERÚ.

Por lo expuesto, corresponde desestimar la impugnación de CASAPALCA y confirmar en este extremo la resolución impugnada.

3.4. Solicitud de suspensión de ejecución de resolución impugnada

Atendiendo al estado del proceso, carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto.

---

[55] LCE:
"***Artículo 101°: Es materia de fiscalización por parte del OSINERG:***
(...).
c) El cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES.
...".

936
Novecientos treintiseis

Sin perjuicio de lo manifestado, cabe señalar que el artículo 192° de la LPAG establece que los actos administrativos tendrán carácter ejecutario, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

A su vez, el numeral 216.2 del artículo 216° de la misma norma establece que se podrá determinar la suspensión de la ejecución cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o se aprecie objetivamente un vicio de nulidad trascendente.

Del pedido de la apelante no se aprecia que se haya sustentado que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible reparación y asimismo, conforme con el análisis efectuado por el Tribunal, no se apreció objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley Nº 27332, el Reglamento General de OSINERGMIN; aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM, el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN Nº 0826-2002-OS/CD y modificado por las Resoluciones Nos. 315-2005-OS-CD, 229-2006-OS/CD, 488-2007-OS/CD, 752-2007-OS/CD y 674-2008-OS-CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Denegar la solicitud de COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. sobre suspender el Procedimiento Administrativo de Solución de Controversias seguido por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. contra COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., en atención a lo expuesto en el numeral 3.1. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., por las razones expuestas en el numeral 3.2 de la parte considerativa de la presente resolución y confirmar en todos sus extremos la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 005-2012-OS/CC-66.

ARTÍCULO 3°.- Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., por las razones expuestas en el numeral 3.3 de la parte considerativa de la presente resolución y confirmar en todos sus extremos la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 006-2012-OS/CC-66, declarando fundada la solicitud de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. respecto del pago reclamado a COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. por S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/.5 439 842,84 incluyendo IGV), por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009.

ARTÍCULO 4°.- Disponer que COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. debe cumplir con remitir información a la Secretaria General del Tribunal de Solución de

935
Novecientos treintaicinco

Controversias del correspondiente cumplimiento de lo ordenado por la presente resolución en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles desde la recepción de la presente resolución.

ARTÍCULO 5°.- Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución apelada.

ARTÍCULO 6°.- Dar por agotada la vía administrativa, informando a las partes que la presente Resolución únicamente puede ser impugnada ante el Poder Judicial, en la vía del proceso contencioso administrativo, en el plazo de tres (03) meses contados desde el conocimiento o notificación del acto materia de impugnación, lo que ocurra primero.

Aníbal Eduardo Ismodes Cascón
Presidente

Roberto Carlos Shimabukuro Makikado
Miembro

Oswaldo García Bedoya
Miembro