

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
FACULTAD DE DERECHO**



**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de**

**Abogado**

**Informe sobre Expediente N° 1179-2005**

**Autor/a**

Alehandra Espejo Santaya

**Código del/a alumno/a:**  
20100150

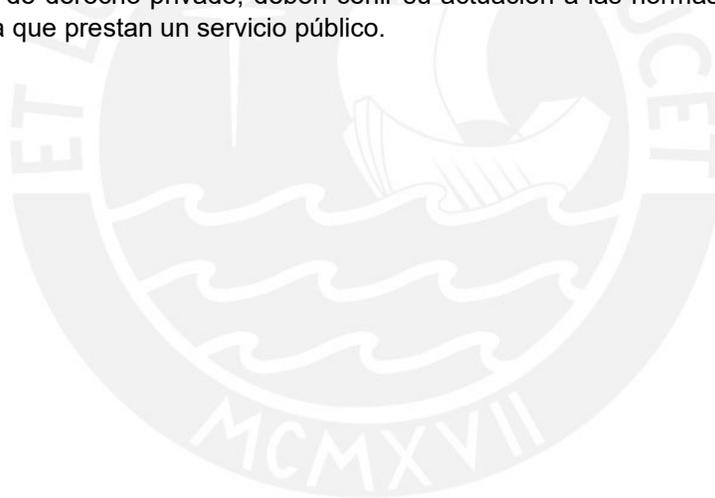
Revisor/a:

Juan Francisco Rojas Leo

**Lima, 2021**

## RESUMEN DEL EXPEDIENTE

El presente caso se basa en la demanda contencioso administrativa presentada por la empresa Luz del Sur S.A.A. contra el entonces Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG y la empresa de generación de energía eléctrica Electroperú S.A. En la demanda, Luz del Sur S.A.A. solicita la nulidad parcial de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG N° 005-2005-TSC del 22 de abril de 2005, mediante la cual el referido órgano colegiado resuelve que los retiros de energía que exceden los límites pactados en un Contrato de Suministro de Energía Eléctrica se rigen por la autonomía de las partes y, por tanto, pueden acordarse penalidades que excedan la Tarifa en Barra regulada para el servicio. El objetivo del presente informe es determinar la naturaleza jurídica de los Contratos de Suministro de Energía Eléctrica y la libertad o restricciones que tienen las partes que lo suscriben. Así mismo, el presente informe busca determinar qué tarifa debe cobrarse por los retiros de energía en exceso, tomando en consideración la naturaleza y los principios de los servicios públicos y la actuación del Estado para garantizar la continuidad de los mismos. Luego de analizar las normas aplicables al caso, los principios básicos y la doctrina al respecto, llegamos a la conclusión que la única tarifa que puede ser cobrada por una empresa generadora a una distribuidora de energía eléctrica es la regulada por el Estado Peruano, considerando que esta tarifa forma parte de la tarifa final que paga el usuario regulado y, que aun cuando las partes que conforman los contratos analizados son personas jurídicas de derecho privado, deben ceñir su actuación a las normas regulatorias que le sean aplicables, ya que prestan un servicio público.



## **INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE DERECHO N° E-1777**

PARA : Oficina de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DE : Alehandra Espejo Santaya

CÓDIGO PUCP : 20100150

CORREO : [a20100150@pucp.edu.pe](mailto:a20100150@pucp.edu.pe) / [alehandra.espejo@gmail.com](mailto:alehandra.espejo@gmail.com)

FECHA : 26 de abril de 2021.

---

### **SUMILLA**

El presente Informe analiza el proceso judicial contencioso administrativo tramitado ante la 1° Sala Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima (Sala Superior) respecto a la demanda presentada por Luz del Sur S.A.A. (Luz del Sur) en contra del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG en el momento en que suscitan los hechos materia de análisis, OSINERGMIN desde el 24 de enero de 2007, con la aprobación de la Ley N° 28964) y Electroperú S.A. (Electroperú), mediante la cual Luz del Sur solicitó a la Sala Superior que declare lo siguiente: (i) la nulidad parcial de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG N° 005-2005-TSC del 22 de abril de 2005; (ii) que carecen de eficacia los pronunciamientos del Tribunal de Solución de Controversias y el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del OSINERG; y, (iii) que Electroperú no puede cobrar un precio o penalidad a los excesos de energía eléctrica para el servicio público, que excedan la Tarifa en Barra estipulada por el regulador.

Respecto a resolución de la materia controvertida, mediante Resolución N° 27 del 28 de noviembre del 2006, la Sala Superior declaró infundada la demanda presentada por Luz del Sur en todas y cada una de sus pretensiones. Sin embargo, mediante Sentencia AP. N° 2775-2007 del 09 de abril de 2008, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema (Sala Suprema) tal decisión y, reformándola, declaró fundada la demanda presentada por Luz del Sur. Dicha Sala Suprema, dispuso que Electroperú no pueda cobrar penalidad alguna por los excesos de energía eléctrica que venda a Luz del Sur ni precios que excedan la Tarifa en Barra regulada.

De otro lado, con fecha 28 de abril de 2008, Luz del Sur presentó ante la 4° Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima una medida cautelar, en la cual solicitó la suspensión de diversos artículos de las resoluciones emitidas por el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG y por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del mismo organismo; asimismo solicitó que ordene a Electroperú que se abstenga del cobro de las facturaciones por encima del precio en barra correspondientes a los meses de julio a noviembre de 2004. Frente a ello, mediante Resolución N° 4 del 30 de junio 2008, la 4° Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundado el pedido de medida cautelar solicitado por Luz del Sur.

## ÍNDICE

- I. HECHOS Y ANTECEDENTES DEL CASO
- II. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS
- III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS
- IV. POSICIÓN SOBRE EL MODO QUE FUE RESUELTO EL CASO
- V. BIBLIOGRAFÍA

### I. HECHOS QUE PUEDEN DESPRENDERSE DEL CASO

1. Electroperú es una empresa estatal de derecho privado que se dedica a las actividades de generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica<sup>1</sup>. Por su parte Luz del Sur es una empresa privada que se dedica a la distribución de electricidad que atiende a clientes ubicados en la zona sur-este de Lima<sup>2</sup>.
2. Con fecha 16 de mayo de 1997 Electroperú y Luz del Sur suscribieron un Contrato de Suministro de Energía Eléctrica mediante el cual el primero se comprometió a suministrar la potencia máxima de 370 Mw/h al segundo por cada punto de entrega y energía activa en kv/h.
3. El 07 de setiembre de 2004, Luz del Sur presentó una reclamación contra Electroperú ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de OSINERG (Cuerpo Colegiado) solicitándole: (i) que declare que el precio tope que las empresas generadoras de energía eléctrica pueden cobrar a las

<sup>1</sup> ELECTROPERU. ¿Quiénes somos?. Consulta: 14 de setiembre de 2019.  
<http://www.electroperu.com.pe/ElectroWebPublica/PaginaExterna.aspx?id=1&modo=submenu&idioma=ESP>  
[ANOL](#)

<sup>2</sup> LUZ DEL SUR. Presentación general. Consulta: 14 de setiembre de 2019.  
<https://www.luzdelsur.com.pe/nosotros/presentacion-general.html>

de distribución para el Servicio Público de Electricidad es la Tarifa en Barra aprobada por el OSINERG por tratarse de un suministro sujeto a regulación; (ii) que el referido tope aplica no solo a los precios pactados por las partes para la venta de energía eléctrica, sino también a los retiros de energía en exceso que se sobrepasan los límites pactados en los contratos; y, (iii) que Electroperú no puede cobrar a Luz del Sur más de la Tarifa en Barra en la medida que, la energía retirada es destinada a los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

4. Mediante Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 del 25 de octubre de 2004, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del OSINERG declaró infundada la reclamación presentada por Luz del Sur y estableció que los precios regulados no resultan aplicables como tope a los retiros de energía en exceso sino solo a lo pactado por las partes en los Contratos de Suministro de Energía Eléctrica. Dicha resolución fue apelada con fecha 17 de noviembre de 2004 por Luz del Sur y por Electroperú.
5. Mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG N° 005-2005/TSC, el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG (TSC) declaró infundadas las apelaciones planteadas por Luz de Sur y Electroperú, respectivamente, estableciendo: (i) que el precio máximo que las empresas generadoras pueden cobrar a las distribuidoras por el suministro de energía eléctrica destinada al Servicio Público de Electricidad es la Tarifa en Barra; (ii) que el precio tope constituido por la Tarifa en Barra resulta de aplicación únicamente a los montos contractualmente establecidos respecto a la venta, por lo que la regulación de precios adicionales u otros conceptos está sujeto a la autonomía privada de las partes; y, (iii) que los retiros en exceso de energía debe regirse por los estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes.
6. Con fecha 22 de junio de 2005, Luz del Sur interpone una demanda contencioso administrativa contra OSINERG y Electroperú solicitando que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 005-2005/TSC del TSC y, accesoriamente, que se declare que carecen de eficacia los pronunciamientos del Cuerpo Colegiado del OSINERG y del TSC. Respecto a la materia controvertida, Luz del Sur solicitó que se declare que Electroperú no puede cobrar un precio o penalidad a los retiros es excesos de energía pactados contractualmente para el servicio público que excedan la Tarifa en Barra.
7. Con fecha 24 de agosto de 2005, Electroperú formuló un recurso de excepción por falta de agotamiento de vía administrativa, alegando que el TSC no se habría pronunciado sobre el "destino de la energía en exceso". Mediante Resolución N° 15, la Sala Superior declaró infundado el recurso presentado por Electroperú, saneó el proceso y fijó los siguientes puntos controvertidos:

- a) Determinar si se configura la nulidad parcial de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG.
  - b) Determinar si procede declarar que carecen de eficacia los pronunciamientos contenidos en los artículos segundo, cuarto y quinto de la resolución impugnada y si carece de eficacia lo dispuesto en los artículos 02 y 03 de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 del Cuerpo Colegiado.
  - c) Determinar si es posible declarar que Electroperú no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que venda a Luz del Sur.
8. Mediante Dictamen Fiscal N° 448-2006-MP-FN-7FSCCL de fecha 13 de septiembre de 2006, la Séptima Fiscalía Superior Civil de Lima (Fiscalía Superior) recomendó que se declare fundada la demanda presentada por Luz del Sur, argumentando: (i) que el sentido de la Ley de Concesiones Eléctricas es atender el Servicio Público de Electricidad, por lo que el Contrato debe interpretarse en ese sentido y, en ningún caso, puede cobrarse una tarifa por encima de la Tarifa en Barra establecida por el regulador, considerando que la función reguladora del OSINERG alcanza también a los sobre costos, recargas y penalidades por excesos de consumos de energía; y, (ii) que los excesos de consumo se originaron por los requerimientos de los usuarios del servicio público (aumento de la demanda) y que el sentido del Contrato siempre fue la venta de energía para el servicio público.
9. Mediante Resolución N° 27 de fecha 28 de noviembre de 2006, la Sala Superior declaró infundada la demanda, argumentando principalmente lo siguiente: (i) existe una Laguna del Derecho respecto al precio que deben las empresas generadoras a las distribuidoras por los retiros de energía que excedan los límites pactados en los Contratos, por lo que es correcto que las partes opten por pactar una cláusula contractual expresa que cubra dicha laguna; (ii) de la interpretación del Contrato se desprende que la intención de las partes siempre fue cubrir un vacío normativo poniendo límites a los consumos de energía; y, (iii) el hecho de no pactar límites al retiro de energía, puede dar lugar a un ejercicio abusivo de las facultades por parte del distribuidor, quien se puede ver incentivado a pactar consumos fijos por debajo de su demanda real a expensas de pagar un precio menor al pactado por los retiros de energía en exceso. Dicha resolución fue apelada por Luz del Sur el 24 de enero de 2007.
10. Mediante Dictamen Fiscal N° 923-2007-MP-FN-FSC de fecha 24 de septiembre de 2007, la Fiscalía Suprema en lo Civil (Fiscalía Suprema) recomendó que se confirme la sentencia apelada, declarando infundada la demanda presentada por Luz del Sur, argumentando lo siguiente: (i) que debe reconocerse el ámbito de la autonomía privada de las partes en el marco de los contratos de suministro de energía eléctrica en lo que respecta a la regulación de situaciones que se enmarcan en el ámbito de la libre competencia, siempre y cuando no se contravengan normas de orden público; (ii) que no es correcto alegar que los retiros en

exceso de energía fueron ventas efectivas de la misma permitidos en el Contrato, puesto que, en realidad, no existió el elemento consensual entre las partes; y, (iii) que el retiro de energía no puede dejarse al libre arbitrio de los distribuidores ya que se les estaría dando una posición más ventajosa al poder retirar energía sin límites contraviniendo los Contratos.

11. Mediante Sentencia N° 2775-2007. LIMA del 29 de abril de 2008, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Sala Suprema), revocó la resolución apelada y reformándola, declaró fundada la demanda presentada por Luz del Sur, en consecuencia nulos los artículos 2°, 4° y 5° de la Resolución del TSC y nulos los artículos 2° y 3° de la Resolución del Cuerpo Colegiado del OSINERG; disponiendo que Electroperú no puede cobrar precio o penalidad alguna que excedan la Tarifa en Barra, por los retiros en excesos de energía eléctrica de Luz del Sur que son usados para atender la demanda del Servicio Público de Electricidad que exceda la Tarifa en Barra.
12. La Sala Suprema consideró respecto de la Ley de Concesiones Eléctricas que: (i) configura un principio estructural o de servicio regulado cuando la energía es destinada al servicio público aun cuando no se refiere de manera expresa a los consumos en exceso; y, (ii) el precio en barra es el único concepto para fijar la tarifa de abono que debe realizar el usuario final. En ese sentido, a decir de la Sala Suprema, toda Tarifa en Barra, siendo la única que la ley no distingue entre potencia y energía contratada y/o retirada en exceso. Con ello, la Sala Suprema concluyó que el cobro en exceso de consumo por encima del precio en barra contraviene los dispositivos de la Ley de Concesiones Eléctricas y el verdadero sentido de las cláusulas del Contrato, por lo que el precio de los consumos en excesos por parte del distribuidor no puede ser pactado libremente por las partes.
13. Con fecha 13 de mayo de 2008, Electroperú y OSINERGMIN (antes OSINERG) interpusieron un recurso de Casación en contra de la Sentencia N° 2775-2007. LIMA emitida por la Sala Suprema, la misma que fue concedida por dicha Sala con fecha 14 de mayo de 2008. Mediante Resolución N° 1411-2008-Lima de fecha 27 de junio de 2008, la Corte Suprema de Derecho Constitucional y Social declaró improcedente el recurso de casación impuesto por Electroperú y OSINERGMIN.
14. Respecto de la medida cautelar, con fecha 25 de abril de 2008, Luz del Sur interpuso una solicitud de Medida Cautelar ante la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, solicitando: (i) la suspensión de los efectos de los artículos 2°, 4° y 5° de la Resolución del TSC; (ii) la suspensión de los efectos de los artículos 2° y 3° de la Resolución del Cuerpo Colegiado de OSINERG; y, (iii) que Electroperú se abstenga del cobro de las facturaciones por encima del precio en barra durante el periodo de julio a noviembre de 2004.

15. Mediante Resolución N° 04 de fecha 30 de junio de 2008, la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo concedió el pedido de Medida Cautelar, al considerar que la demanda interpuesta por Luz del Sur el 07 de setiembre de 2004 fue declarada fundada, por lo que no existiría peligro en la demora y no sería necesaria la presentación de una contracautela.
16. Con fecha 13 de agosto de 2008, Electroperú presentó una oposición a la ejecución de la Medida Cautelar concedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo argumentando que existía un fallo anterior por parte del Primer Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores, mediante Expediente N° 315-2004, que ordenó a Luz del Sur a pagar los montos facturados por consumos en exceso. En tal sentido, a decir de Electroperú, debía primar la Medida Cautelar que haya sido dictada con anterioridad.
17. Mediante Resolución N° 45 de fecha 24 de junio de 2008, el Primer Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores decidió cancelar de pleno derecho la Medida Cautelar impuesta en el marco del Expediente N° 351-2004 y dispuso el archivo definitivo de dicho expediente. El Juzgado consideró que se había alterado el estado de las circunstancias en que se dictó la Medida Cautelar por lo que correspondía variarla de acuerdo al estado actual.
18. Mediante Resolución N° 11 de fecha 24 de noviembre de 2008, la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo declaró improcedente la oposición formulada por Electroperú al considerar que el proceso principal se encontraba en ejecución de sentencia, por lo que la Medida Cautelar anterior no podría oponerse. Mediante Resolución N° 12 de fecha 21 de enero de 2009, la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo declaró consentida la Resolución N° 11, luego de que, con fecha 06 de enero de 2009, Electroperú le informara que había cumplido con la medida dispuesta. Dicho cumplimiento, a entender de la Sala, se consideraría como una ejecución de sentencia o de Medida Cautelar.

## II. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS

19. A modo de introducción, es importante tener en cuenta tanto el antecedente histórico, como el contexto económico la problemática mercado eléctrico en el Perú durante los años en los que se desarrolló la presente controversia. Como bien describe el autor Roberto Santiváñez<sup>3</sup>, hasta el año 1992, el Perú contaba con un modelo monopólico en lo referido al

---

<sup>3</sup> SANTIVÁÑEZ – SEMINARIO, Roberto. *Desregulación y Privatización Eléctrica en el Perú. Una propuesta para reimpulsar la reforma*. Lima: Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria abogados. 2001. Pp. 20.

servicio de energía eléctrica; es decir, que contábamos con un modelo integrado verticalmente en el que una sola empresa eléctrica realizaba las actividades de generación, transmisión, distribución, venta al por mayor al por menor.

20. En noviembre de 1992, se promulgó la Ley de Concesiones Eléctricas, la misma que buscaba implementar la reforma desregulatoria al sistema de energía eléctrica en el Perú. A decir del autor Roberto Santiváñez, la reforma de la Ley de Concesiones Eléctricas involucró tres etapas: la primera consistió en la adopción de un nuevo modelo regulatorio, la segunda estuvo referida a la reestructuración y reorganización de las compañías eléctricas que pertenecían al Estado, con la finalidad de convertirlas solo en compañías de generación, transmisión o distribución; y, la tercera etapa, que inició en 1994, estuvo referida a la privatización de las compañías eléctricas que ya habían sido reestructuradas<sup>4</sup>. Dentro de las empresas que fueron privatizadas, nos importa resaltar el caso de Edelsur (hoy, Luz del Sur), empresa de distribución de energía eléctrica que fue privatizada el 12 de julio de 1994.
21. En este punto, como bien señala Dammert Lira<sup>5</sup>, el mercado eléctrico en el Perú se segmentó en tres subsectores; generación, transmisión y distribución de la energía. Dentro de las principales características y criterios distintivos de cada uno de los subsectores, tenemos que, en la generación existe competencia entre las empresas y la determinación de los costos se basa en la energía (en donde los costos marginales son resultado de la operación económica del sistema, en base al costo de la última unidad despachada) y la potencia (en donde el costo se determina en base a la unidad más económica en la hora de máxima demanda, la misma que suele la de turbina de gas). En el caso de la transmisión, existe un monopolio regulado y para la prestación de éste en el mercado, el Estado otorga concesiones como títulos habilitantes para llevar a cabo esta actividad. Además, en el subsector de la transmisión existen dos sistemas que garantizan esta actividad; el principal que es pagado por los consumidores regulados, es decir los usuarios finales del servicio que contratan bajo las reglas reguladas por el Estado peruano; y, el secundario que es pagado por los usuarios particulares de las instalaciones. Finalmente, en el caso de la distribución, existe un monopolio regulado y, para la prestación de ésta en el mercado eléctrico, el Estado otorga concesiones como títulos habilitantes específicos para el ejercicio de esta actividad.

---

<sup>4</sup> Ibídem. Pp. 25

<sup>5</sup> DAMMERT LIRA, Alfredo. *Modelo de Mercados Eléctricos y Políticas Energéticas*. X Reunión Anual Iberoamericana de Reguladores de la Energía – ARIAE- Guatemala, 25 de abril de 2006. Consulta: 31 de octubre de 2019.  
<https://slideplayer.es/slide/301669/>

22. En este contexto, hasta el año 1992, de acuerdo a la Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI<sup>6</sup>, en el Perú únicamente el 48.4% de los ciudadanos del país contaban con energía eléctrica. De ese porcentaje, la demanda de la población excedía la capacidad del servicio en un 26%, lo cual originaba racionamientos constantes o interrupciones en el suministro del servicio eléctrico, las condiciones empeoraban significativamente durante las épocas de sequía debido a la dependencia de la capacidad de las generadoras hidroeléctricas.
23. Sin embargo, aun cuando el planteamiento de la reforma, la misma que buscaba una mejora en el sector de energía eléctrica en el Perú se dio con la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas, el proceso político por el que atravesó el país no fue el más favorable. Es así que, tanto el gobierno como los organismos reguladores fueron tomando medidas que significaron un retroceso en el proceso de desregularización de la industria eléctrica. A modo de ejemplo, el autor Roberto Santivañez<sup>7</sup> identificó algunas de las decisiones políticas que no permitieron la mejora planteada, tales como la re-regulación de los Contratos de Suministro Eléctrico; el control del ingreso al mercado, restringiendo el otorgamiento de concesiones de generación hidroeléctrica, lo cual postergó y dilató los procedimientos administrativos; la suspensión del proceso de privatización de las compañías eléctricas del Estado a partir del año 1996 y; la suspensión de los nuevos proyectos de generación que fueron auspiciados por el mismo Estado peruano (los casos de San Gabán<sup>8</sup> y Yungán<sup>9</sup>), los cuales representaron una inversión poco eficiente y un gasto innecesario de recursos públicos, bloqueando la inversión privada y postergando el otorgamiento de concesiones eléctricas.
24. Con lo anteriormente descrito, se puede inferir que el contexto histórico precedente al caso que a continuación analizaremos puede explicar muchas de las complicaciones en las que se veían inmersas cada una de las partes que formaban parte de la cadena del sistema de electricidad en el Perú. De esta manera, las decisiones adoptadas por el Estado, a través de legislaciones y decisiones netamente administrativas, no aseguraban la suficiente oferta para la creciente demanda en un mercado que crecía constantemente.
25. A partir de inicios del año 2004, algunas empresas de distribución eléctrica “se vieron imposibilitadas de mantener contratos de suministro vigentes con las empresas de generación que formaban parte del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante,

---

<sup>6</sup> Comisión de la Promoción de la Inversión Privada – COPRI. *Evaluation of the privatization of the Electricity sector* (1999) <http://www.copri.gob.pe>

<sup>7</sup> SANTIVÁÑEZ – SEMINARIO, Roberto. *Desregulación y Privatización Eléctrica en el Perú. Una propuesta para reimpulsar la reforma*. Lima: Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria abogados. 2001.

<sup>8</sup> De 110 MW, empezó a operar en diciembre de 1999 con un costo total de US\$ 198,625.00.

<sup>9</sup> Debía entrar en operación antes de junio de 2002, sin embargo quedó suspendido.

el SEIN), de forma tal que pudiesen cubrir sin contingencia mayor alguna la totalidad de los requerimientos de potencia y energía para la atención de sus usuarios”<sup>10</sup>. Esta situación se vio reforzada con el desincentivo generado en las empresas de generación eléctrica para firmar contratos con las empresas de distribución debido a que la Tarifa en Barra fijada por el OSINERGMIN se encontraba muy por debajo de los costos marginales de corto plazo. Sin embargo, es preciso reconocer que esta diferencia tan marcada entre la tarifa regulada y los costos marginales de corto plazo fue generada por factores externos a la regulación, tales como las fuertes sequías por las que atravesaba el país y el alza del precio de los combustibles<sup>11</sup>.

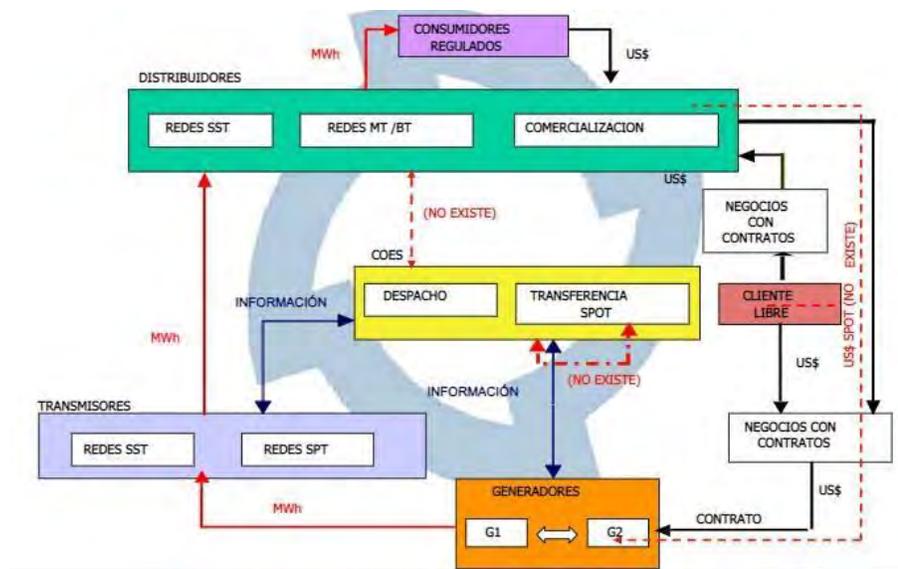
26. Frente a ello, el Estado peruano buscó llegar a un consenso entre cada una de las partes involucradas en el problema de los retiros sin sustento debido a la falta de capacidad para cubrir la demanda eléctrica del momento, el mismo que incluso se prolongó durante los años 2005 y 2006. Es decir, durante estos años, aun existían empresas distribuidoras de energía que realizaban retiros de energía sin tener un contrato firmado con una empresa generadora o que, como es materia de análisis del presente caso, excedían los límites pactados en los contratos que tenían suscritos con las empresas generadoras.
27. En este punto, es importante explicar cómo opera en abstracto el mercado segmentando de energía eléctrica en el Perú. De acuerdo al cuadro que a continuación presentamos, para diseñar el Mercado Eléctrico en el Perú, se tomó como modelo el diseño del Mercado Eléctrico Chileno de 1982<sup>12</sup>:

---

<sup>10</sup> VARGAS RODRIGUEZ, Augusto. “La problemática de los retiros sin contrato para la atención de la demanda regulada nacional: ¿una oportunidad para incentivar mayor generación de electricidad en el Perú bien aprovechada?”. *Revista Peruana de la Energía*. Lima, número 1, año 2012. Pp. 53-54.

<sup>11</sup> *Ibíd.* Pp. 54-55.

<sup>12</sup> DAMMERT LIRA, Alfredo. *Modelo de Mercados Eléctricos y Políticas Energéticas*. X Reunión Anual Iberoamericana de Reguladores de la Energía – ARIAE- Guatemala, 25 de abril de 2006. Consulta: 31 de octubre de 2019.  
<https://slideplayer.es/slide/301669/>



28. De acuerdo al diagrama anterior y, tal como lo señala Dammert Lira<sup>13</sup>, las principales características del Diseño del Mercado Eléctrico son que las actividades de generación, trasmisión y distribución se encuentran separadas. Asimismo, los distribuidores tienen el monopolio de la red de comercialización a los usuarios del servicio público, denominados consumidores regulados, mientras que en el subsector de generación existe competencia y libre entrada al mercado. Respecto a los precios, existen precios máximos de venta del generador al distribuidor, además de una tarifa regulada que el distribuidor deberá cobrar a los consumidores regulados.
29. Dentro de las medidas adoptadas por el Estado peruano, podemos resaltar la emisión de los siguientes cuerpos normativos: (i) Decreto de Urgencia N° 007-2004, el mismo que estableció que el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico (en adelante, "COES")<sup>14</sup> atribuyese a las empresas de generación cuyas acciones fueran del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (en adelante "FONAFE")<sup>15</sup> la Tarifa en Barra fijada por el OSINERGMIN para el periodo de julio a diciembre de 2004, lo que se produjo luego de que el Estado convenciera a las empresas generadoras de asumir la Tarifa en Barra entre los meses de enero a junio de 2004; (ii)

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> El COES es una entidad privada conformada por empresas de generación, transmisión, distribución y usuarios libres, cuya finalidad es coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del mercado al mínimo costo, velando por la seguridad del sistema y el abastecimiento de la energía eléctrica. Consulta: 19 de febrero de 2020. <http://www.coes.org.pe/Portal/Organizacion/QuienesSomos>

<sup>15</sup> El FONAFE es una empresa de derecho público adscrita al Sector Economía y Finanzas que se encarga de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado. Consulta: 19 de febrero de 2020. <https://www.mef.gob.pe/es/fonafe>

Decreto de Urgencia N° 007-2006, el cual reguló un sistema de licitaciones públicas para propiciar la suscripción de contratos de suministro a largo plazo bajo cierto parámetros; y, (iii) Ley N° 28832, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de julio de 2006, la cual posibilitó las licitaciones públicas a iniciativa de las empresas de distribución con una anticipación de tres (03) años antes del vencimiento de los contratos de suministros de potencia y energía que ya tenían pactados.

30. Para el caso del Decreto de Urgencia N° 007-2006, es importante señalar que el legislador tomó en consideración *“los retiros de potencia y energía del SEIN sin contratos de suministro de respaldo verificados durante el año 2005 (incluidos los ocasionados como producto de consumos en exceso como es el caso de ELECTROPUNO, y del crecimiento vegetativo de la demanda como es el caso de LUZ DEL SUR S.A.) (...)*<sup>16</sup>, entre otros factores. Esta reflexión es importante ya que es una muestra del reconocimiento del Estado de la existencia de retiros de energía sin contratos pactados entre las partes y de los retiros en exceso aun cuando existía un contrato suscrito entre un generador y un distribuidor, siendo éste último supuesto el que corresponde al presente caso materia de análisis.
31. Sobre el particular, es preciso describir la diferencia entre la tarifa en barra y el costo marginal, ya que nos referiremos a ambos conceptos en adelante. Los costos marginales son el menor precio posible que los consumidores pueden pagar a los productores de energía y éste, no puede ser menor que el costo medio mínimo de producción, pues de lo contrario estas empresas perderían capital<sup>17</sup>.
32. Desde el año 1993, *“el precio de la energía en los principales mercados fue establecido como una función de los costos marginales de corto plazo”*<sup>18</sup>. Se establecieron dos tipos de precios; por un lado, los costos marginales de corto plazo serían aplicables al mercado de transferencias entre generadores (también llamado el mercado spot o mercado de corto plazo). Por otro lado, en el mercado de contratos bilaterales, suscritos entre empresas generadoras y distribuidoras, para la atención del servicio público, solo se aplicaría la tarifa en barra, la misma que es un precio regulado y que debería representar un pronóstico a largo plazo para los costos marginales a corto plazo<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> VARGAS RODRIGUEZ, Augusto. “La problemática de los retiros sin contrato para la atención de la demanda regulada nacional: ¿una oportunidad para incentivar mayor generación de electricidad en el Perú bien aprovechada?”. *Revista Peruana de la Energía*. Lima, número 1, año 2012. Pp. 63

<sup>17</sup> SUMAR GILT, Paul. “La ley de los costos marginales”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 08, año 2009. Pp. 271.

<sup>18</sup> *Ibíd.* Pp. 273.

<sup>19</sup> *Ibíd.*

33. De acuerdo a lo definido por el OSINERGMIN<sup>20</sup>, la Tarifa en Barra o Precio en Barra es uno de los componentes del Precio a Nivel Generación, el mismo que, a su vez, es uno de los tres componentes principales de la tarifa eléctrica que se cobra al consumidor final, es decir al usuario regulado. Los otros dos componentes aplicables al Precio a Nivel Generación son los peajes y las compensaciones de la transmisión eléctrica y el valor agregado de distribución.
34. Luego de haber descrito el contexto político y económico en lo que respecta al mercado eléctrico peruano y haber analizado los antecedentes del presente caso, pueden identificarse los siguientes problemas jurídicos principales por discutir:

**En materia de Derecho Civil**

- a) La naturaleza jurídica del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica y la manifestación de la voluntad como requisito para contratar.
- b) La determinación de un incumplimiento contractual en los retiros en exceso por parte de Luz del Sur.
- c) La potestad de las partes para pactar penalidades y/o precios distintos a la tarifa en barra por los excesos de consumo de energía eléctrica en el marco de un Contrato de Suministro Eléctrico.

**En materia de Derecho Administrativo**

- a) La ejecución de las prestaciones pactadas en el Contrato de Suministro Eléctrico y su adecuación a la regulación de los servicios públicos, al sector eléctrico y al interés público.
- b) La competencia y función reguladora del OSINERGMIN.

**En materia del Proceso Contencioso Administrativo**

- a) El agotamiento de la vía administrativa como requisito previo al Proceso Contencioso Administrativo.
- b) La falta de motivación como incumplimiento del principio del debido procedimiento en materia del Proceso Contencioso Administrativo.

### III. ANÁLISIS SOBRE LOS PROBLEMAS

<sup>20</sup> ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN. “Tarifas en Barra”. Consulta: 14 de setiembre de 2019.  
<http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/procesos-regulatorios/electricidad/tarifas-en-barra>

### **III.1 La naturaleza jurídica del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica y la manifestación de la voluntad como requisito para contratar.**

35. Las disposiciones generales del Código Civil Peruano establecen que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear una relación jurídica patrimonial, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1352° del referido cuerpo normativo<sup>21</sup>, los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Sin perjuicio de ello, en los artículos 1355° y 1356° del Código Civil Peruano se establece lo siguiente:

#### ***“Regla y límites de la contratación***

**Artículo 1355°.-** *La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.*

#### ***Primacía de la voluntad de contratantes***

**Artículo 1356°.-** *Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.”*

36. La primera aproximación a la que podemos llegar es que, si bien los contratos que se rigen por el derecho civil, de acuerdo a lo estipulado en el Código Civil Peruano, responden a la manifestación de la voluntad de las partes y al sentido que ellas decidan darle; lo cierto es que, los contratos pueden verse limitados o sujetos a reglas específicas que imponga el Estado. Estas limitaciones se justifican en consideraciones de interés social, público o ético y que incluso, suelen ser disposiciones imperativas y explícitas, es decir de obligatorio cumplimiento por las partes civiles de acuerdo a lo que en una norma se les imponga.
37. Sin perjuicio de ello, es importante retroceder un paso y analizar lo que se establece en la Constitución Política del Perú, específicamente en el artículo 62° respecto a la libertad de contratar de las partes:

#### ***“Libertad de contratar***

**Artículo 62°.-** *La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

---

<sup>21</sup> Artículo 1352°.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

(...)"

38. Al respecto, es importante tener en cuenta que, la libertad a la que hace referencia el artículo 62° de la Constitución, no es una libertad natural u originaria del individuo contratante, sino que es conferida por el Estado, por lo que sí es posible que ésta sea limitada de manera formal o sustancial o, que se someta a ciertas cargas<sup>22</sup>.
39. En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional<sup>23</sup> ha establecido la diferencia entre los límites implícitos y explícitos a la libertad contractual. Dentro de los límites explícitos se establecen los pactos con fines lícitos y la no contravención a las normas de orden público. Los límites implícitos se refieren a otros derechos fundamentales y la imposibilidad de pactar en contra de ellos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la contratación no es ilimitado sino que se encuentra condicionado a los referidos límites.
40. La armonía entre el artículo 62° de la Constitución y el 1355° del Código Civil Peruano se encuentra, justamente, en la imposibilidad de que una norma modifique o altere un contrato que se haya celebrado válidamente y respetando las normas de orden público, dentro de las cuales se encuentran las normas regulatorias de obligatorio cumplimiento. En tal sentido, *"el efecto de este dispositivo constitucional es, entonces, privar a ciertas normas de la capacidad de imponerse a los pactos contractuales"*<sup>24</sup>, considerando que dichos pactos se hayan celebrado en estricto cumplimiento y de acuerdo a las limitaciones descritas por el Tribunal Constitucional.
41. Por lo anteriormente descrito, podemos entender que si es posible que los contratos entre privados se vean limitados al cumplimiento de las normas de orden público y normas regulatorias. En el caso en particular, el contrato materia de análisis debía ceñirse a las disposiciones específicas en materia regulatoria del sector energía.
42. De otro lado, respecto a la naturaleza jurídica de los contratos y las partes que lo conforman, en primer lugar, los contratos son pactados entre privados. Sin perjuicio de ello, desde el ámbito del derecho administrativo, la administración pública, puede ser parte de un contrato y, en este caso, nos encontraremos frente a un contrato público o contrato de derecho público. Al respecto, el autor Baca Oneto considera que *"la mayoría de la doctrina*

---

<sup>22</sup> FERRI, Luigi. "Lecciones sobre El Contrato – Curso de Derecho Civil". *Editora Jurídica Grijley*. 1° edición en castellano. Traducido por Nélvor Carreteros Torres. Lima.

<sup>23</sup> Recurso Extraordinario interpuesto por la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras, tramitado bajo el Expediente N° 2670-2002-AA/TC.

<sup>24</sup> ESCOBAR, Freddy y CABIESES Guillermo. "La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad". *Revista Ius Et Veritas*. Lima, número 46, año 2013. Pp. 121.

entiende que la actuación administrativa en la contratación es distinta a la privada, lo que justifica, por ejemplo, que no exista una verdadera autonomía de la voluntad en estos casos<sup>25</sup>. El referido autor considera ello, en la medida que en los contratos de derecho público “el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración son condicionantes de su legitimación para contratar, de modo que nunca actúa con libertad, sino con discrecionalidad<sup>26</sup>”, por lo que considera que el acto que realiza la administración pública al contratar es también un acto administrativo en aplicación de las potestades que definen a la administración pública como tal o un acto que, en algunos casos en específico reemplaza a un acto administrativo<sup>27</sup>.

43. En ese mismo orden de ideas, Zegarra considera, respecto a los contratos administrativos, que éstos son “todo acuerdo generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa, susceptible de producir efectos con relación a terceros<sup>28</sup>”. Es decir, los contratos administrativos son aquellos en los que participa la administración pública en ejercicio de funciones, por lo que deberían regirse por el derecho público y no por el derecho privado o el derecho civil.
44. Ahora bien, determinar cuál es la naturaleza jurídica del Contrato de Suministro de energía eléctrica, objeto de análisis del presente informe (en adelante, el “Contrato” o el “Contrato de Suministro”) nos permitirá tener en claro si existe un interés jurídicamente protegido (que incluso puede ser distinto al de las partes del Contrato) cuyo contenido podría verse lesionado por la actuación o la ejecución de alguno de los derechos de una de las partes del Contrato, despojando a este interés jurídico de alguna protección.
45. Sobre el particular, el Contrato de Suministro materia de análisis del presente informe, versa sobre un servicio público regulado por el Estado, lo cual no quiere decir que la naturaleza del mismo sea de derecho público puesto que la administración pública no participa como parte del mismo. Sin embargo, el objeto del Contrato determinará el tratamiento y la protección que merece el mismo, lo que también permitirá distinguirlo de los contratos firmados entre privados en actividades que no son reguladas por el Estado peruano.
46. Por ello, aun cuando los contratos de suministro eléctrico suscritos entre las empresas generadoras y las distribuidoras se rigen por las normas del derecho privado, éstos deben ceñirse a ciertas disposiciones imperativas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas, principalmente y, entre otros, las disposiciones referidas a las tarifas. Es

<sup>25</sup> BACA ONETO, Sebastián. “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, número 48, año 2014. Pp. 272.

<sup>26</sup> *Ibidem*. Pp. 274

<sup>27</sup> *Ibidem*

<sup>28</sup> ZEGARRA, Diego. “Esquemas de Clase del Curso de Derecho Administrativo”. Esquema 14. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 1. En TRELLES DE BELAUNDE, Oscar:

importante reconocer que la prestación de los servicios públicos es una materia regulada por el Estado, ya que debe garantizarse la consideración y protección del bien común y la continuidad de un servicio público, uno de los principios básicos del mismo. En ese sentido, si bien la prestación del servicio se encuentra a cargo de personas jurídicas de derecho privado, éstas lo hacen en base a concesiones y autorizaciones otorgadas por el Estado, por lo que su actuación deberá siempre ceñirse a la regulación que le sea aplicable.

47. Continuando la línea de ideas descrita en los numerales precedentes, la ejecución de los contratos de suministro eléctrico referidos a los consumidores regulados buscan proteger un interés superior y distinto al de las partes contratantes, es decir el interés del consumidor final del servicio regulado.
48. Es así que, en sendos artículos de la Ley de Concesiones Eléctricas se establece que los precios de venta de energía de una empresa generadora a una distribuidora destinada a prestar el servicio público se encuentran sujetos a la regulación, por tanto, las partes de un contrato de suministro no podrán pactar un precio distinto al específicamente regulado. Sobre este punto retomaremos el análisis en el acápite referido a III.3 referido a la potestad de las partes para pactar un precio distinto a la tarifa en barra regulada.
49. Al respecto, Sobre Casas<sup>29</sup> considera que *“el hecho de que las operaciones del mercado eléctrico se rijan por el derecho privado no implica que no haya en el sistema normas obligatorias, establecidas en atención al orden público económico comprometido, pues subsisten en este modelo obligaciones de servicio público, como las de asegurar la fiabilidad y seguridad del suministro (...)”*. Con ello, podemos llegar a la conclusión que, si bien la naturaleza del contrato suscrito entre una empresa generadora y una distribuidora es de carácter civil pues la administración pública no participa como parte del mismo, éste debe someterse a ciertas reglas que son dadas por el Estado por tratarse de la prestación de un servicio público.
50. Continuando con el análisis de la naturaleza del contrato de suministro eléctrico, cabe señalar que el generador se compromete a la prestación debida de la potencia y energía contratada por el distribuidor, quien se hace dueño y paga un precio regulado por el Estado por dicha energía. En ese sentido, podemos entender que el generador transfiere la titularidad de la energía eléctrica contratada al distribuidor para que éste, a su vez, la y transporte y venda a los usuarios finales.

---

<sup>29</sup> SOBRE CASAS, Roberto. *Los Contratos en el Mercado Eléctrico*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L. 2003. Pp. 255.

51. Al respecto, el Código Civil establece en su artículo 1604° que *“Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes”*. Como hemos explicado en el numeral precedente, el bien que la empresa generadora suministra de manera periódica y continuada a la empresa distribuidora, es la potencia y energía contratada.
52. A entender del autor Sobre Casas<sup>30</sup>, este tipo de contratos debe ser entendido como uno de compra venta que consta de las siguientes características: es consensual ya que para su perfeccionamiento no es necesaria la tradición de la electricidad; es bilateral o de pluricontrataciones porque está destinado a engendrar obligaciones recíprocas; oneroso y declarativo y no traslativo de derechos ya que para que se transmita el dominio de la electricidad es necesaria la configuración del modo, que es la entrega efectiva del producto.
53. Ahora bien, es claro que la suscripción del contrato de suministro entre la empresa de generación y la de distribución de energía, al ser un acuerdo entre dos partes, constituye jurídicamente un acto jurídico plurilateral, de acuerdo a De la Puente y Lavalle<sup>31</sup>. Los actos jurídicos plurilaterales cuentan con distintos elementos estructurales que los dotan de validez, como la manifestación de la voluntad de las partes y, la voluntad y la intención de las mismas, entre otros, siendo que, en el momento exacto en el que los elementos descritos concurren, se ejecuta y agota la existencia del negocio jurídico<sup>32</sup>.
54. Respecto a la manifestación de la voluntad de las partes, los artículos 141° y 141-A° del Código Civil peruano<sup>33</sup> reconocen que la manifestación de la voluntad en un acto jurídico puede ser expresa o tácita, siendo que se entiende tácita cuando *“la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia”*<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Ibídem. Pp. 251.

<sup>31</sup> De La Puente Y Lavalle, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo I. Lima: Palestra. 2007. P. 32

<sup>32</sup> BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Buenos aires: Jurídicas Europa-Américas. 1967. P. 565

<sup>33</sup> **Artículo 141°.- Manifestación de voluntad**

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

**Artículo 141°-A.- Formalidad**

En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo. Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

<sup>34</sup> Ibídem.

55. Al respecto, del análisis del caso se desprende que la manifestación de la voluntad de ambas partes para la suscripción del Contrato de Suministro fue expresa, encontrándose de acuerdo con el contenido del mismo, esto independientemente de si el contenido resultase válido o no, de acuerdo a la normativa aplicable.
56. Respecto del caso materia de análisis, en lo que se refiere a los retiros en exceso, Electroperú consideró en su contestación de la demanda y demás escritos presentados a lo largo del proceso contencioso administrativo que, no se encontraba obligado a venderle electricidad a Luz del Sur más allá de los límites pactados en el Contrato de Suministro y que no manifestó su consentimiento expreso para los retiros en exceso.
57. En ese mismo sentido, el OSINERGMIN en los fundamentos de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG N° 005-2005/TSC, consideró que para que exista venta de energía, el vendedor (es decir, Electroperú) debía obligarse a transferir el bien a cambio de un precio; sin embargo, el generador no habría manifestado su consentimiento para la transferencia o venta de la energía eléctrica que excedía los límites pactados. Adicionalmente, consideró que las partes habrían pactado mecanismos para salvaguardar el límite pactado en la Cláusula Segundo del Contrato de Suministro, tales como las penalidades, la implementación de equipos limitadores de consumo o hasta la resolución del Contrato.
58. Sobre este punto, es preciso señalar que la Cláusula Cuarta del Contrato de Suministro establecía la tarifa y precios aplicables en caso Luz del Sur excedía los límites de suministro pactados en el referido Contrato. En la realidad, lo que ocurrió fue que, en el marco del contexto descrito en los antecedentes del presente trabajo, Luz del Sur se vio en la necesidad de abastecer la creciente demanda del servicio y excedió los límites de consumo pactados. Frente a ello, Electroperú aceptó tácitamente la venta de la energía mensual que Luz del Sur retiraba en exceso, prueba de ello fue que éste nunca comunicó a Luz del Sur su desacuerdo con los retiros en excesos sino que, por el contrario, envió, de manera normal y natural la facturación mensual a la distribuidora, considerando montos facturados al consumo por encima de lo pactado en la Cláusula Segunda del Contrato de Suministro..
59. En otras palabras, las partes si consideraron, al elaborar el Contrato, el escenario en el que Luz del Sur retirase energía en exceso; es decir, más allá de los montos expresamente pactados, para lo cual acordaron una tarifa distinta, la misma que sería el equivalente a los costos marginales de corto plazo determinados por el COES durante el mes del retiro. El análisis de la tarifa pactada será materia del acápite III.3 del presente.

60. Por lo anteriormente descrito, podemos llegar a la conclusión que la venta de la energía retirada en exceso por Luz del Sur fue un escenario previsto por las partes en el Contrato de Suministro, en el cual además establecieron un mecanismo de determinación de las tarifas cuando se produjera dicho escenario, por lo que no podría desconocerse la intención y aceptación de Electroperú para realizar tales ventas. Cabe precisar que, desde el momento mismo de la suscripción del Contrato y durante el tiempo en el que aplicó, como veremos más adelante de manera errónea, la tarifa pactada entre las partes, aunque incorrectamente fue tratada bajo el concepto de “penalidad”.

### **III. 2 La determinación de un incumplimiento contractual en los retiros en exceso por parte de Luz del Sur.**

61. A lo largo del proceso contencioso administrativo, Electroperú hizo mención a un incumplimiento contractual por parte del distribuidor, alegando que lo que correspondía era la aplicación de una penalidad (la pactada en la Cláusula Cuarta del Contrato de Suministro). Sin embargo, de acuerdo a lo señalado en el acápite anterior, considero que no existió incumplimiento puesto que el escenario de retiros en exceso, si se encontró previsto en el Contrato por las partes. Es decir, este escenario fue una posibilidad contemplada por las partes al momento de suscribir el Contrato y no correspondería a una falta de ejecución de una obligación contraída por parte de Luz del Sur.
62. En primer lugar, debemos analizar lo que es entendido en la doctrina como un incumplimiento contractual y esto es, a decir de Ronquillo, la inexistente o inexacta ejecución de la prestación debida, siendo que la inexistente ejecución de la prestación debida hace referencia a que la prestación pactada no fue efectivamente realizada<sup>35</sup>. Sobre el caso en particular, lo que hubiera podido configurar un incumplimiento, de acuerdo a la definición descrita, sería la no ejecución de una obligación o prestación a cargo de la empresa distribuidora. Sin embargo, lo que ocurrió fue que Luz del Sur se valió de un segundo escenario que le permitía continuar con los retiros de energía a un precio distinto que, como veremos más adelante, no fue un precio pactado de manera válida por contraponerse a las normas imperativas en materia de regulación.
63. El Código Civil Peruano prevé diversas consecuencias frente a los incumplimientos contractuales, entre las cuales se encuentra el pacto de una cláusula penal por incumplimiento o la resolución del contrato. Respecto a la cláusula penal, en el Código Civil Peruano se establece lo siguiente:

---

<sup>35</sup> RONQUILLO, Jimmy. *La Resolución por Incumplimiento*. En Osterling, Felipe. *Los Contratos: consecuencias jurídicas de su incumplimiento*. Lima: Gaceta Jurídica: 2013. P. 374-375.

*“Artículo 1341°.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.”*

64. Respecto a la resolución contractual, en el Código Civil se señala lo siguiente:

*“Artículo 1428°.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación”*

65. A decir de Electroperú, ambas consecuencias jurídicas (el pago de una penalidad o la resolución del Contrato), en caso de producirse un incumplimiento contractual, fueron pactadas por las partes. De ese modo, en el escenario referido a los retiros de energía que fueron realizados por Luz del Sur excediendo los límites pactados en el Contrato, Electroperú consideraba que debía aplicarse lo pactado en el Contrato de Suministro para los supuestos de incumplimiento contractual. Lo que se pactó específicamente en el Contrato de Suministro fue lo siguiente:

*“CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO*

*(...)*

*2.3. LA GENERADORA no estará obligada a suministrar más potencia ni energía que la potencia contratada y la energía contratada. Y en caso de que la demanda máxima mensual de LA DISTRIBUIDORA excediera la potencia contratada, o su consumo de energía excediera la correspondiente energía contratada, sin perjuicio del cobro de la convenido en el 4.3 y 4.4 LA GENERADORA podrá: (i) comprar e instalar -por cuenta de LA DISTRIBUIDORA- los equipos necesarios para limitar la potencia y la energía contratada; cuyo costo será cargado a LA DISTRIBUIDORA en la factura del mes siguiente al de su instalación; (ii) suspender el suministro previa notificación escrita a LA DISTRIBUIDORA, en tanto se instalen los equipos mencionados en (i), y (iii) resolver el Contrato por incumplimiento de LA DISTRIBUIDORA, con arreglo a la Cláusula Décimo Tercera.*

*(...)*

*CLÁUSULA CUARTA: TARIFA Y PRECIOS PARA EXCESOS DE CONSUMO*

*(...)*

*4.4 Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA asignada a LA GENERADORA confirme a lo estipulado en la sub cláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por LA GENERADORA y pagados por LA DISTRIBUIDORA los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SICN durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes.*

*(...)*".

66. Estando a lo señalado, lo que corresponde analizar es si los retiros en exceso realizados por la empresa distribuidora constituyen o no un incumplimiento a lo pactado en el Contrato, puesto que éste fue el argumento usado por Electroperú para sustentar el cobro pactado en el numeral 4.4. de la Cláusula Cuarta del citado contrato.
67. Ahora bien, en el contrato materia de análisis habían dos prestaciones expresamente pactadas. Por un lado, Electroperú se comprometió a suministrar a Luz del Sur con la potencia y energía contratadas. Por su parte, Luz del Sur se comprometió al pago de la tarifa descrita en el Contrato de manera mensual. Tomando en consideración que el incumplimiento es considerado como la inexistencia de la prestación pactada o, el cumplimiento parcial de la misma, podemos inferir que ninguna de las dos situaciones se dio en el presente caso, pues ambas partes cumplieron con las prestaciones pactadas descritas.
68. Lo particular de este caso es que el suministro a cargo de Electroperú se veía configurado en base a los retiros que hacía Luz del Sur, los mismos que, en principio, no debían exceder los límites pactados en la Cláusula Segunda del Contrato.
69. Sin embargo, como lo hemos explicado en el acápite precedente, las partes habían pactado dos situaciones respecto a los retiros de energía eléctrica que debía ser suministrada por Electroperú a Luz del Sur: (i) el límite máximo de potencia y energía descrito en la Cláusula Segunda, para el cual Luz del Sur debía pagar la tarifa en barra; y, (ii) los retiros en exceso en la Cláusula Cuarta, para los cuales Luz del Sur debía pagar el costo marginal de corto plazo bajo el concepto de "penalidad".
70. De acuerdo a lo descrito en el artículo 1341° del Código Civil Peruano citado precedentemente, la situación que genera y justifica el pacto de una cláusula penal es la falta de cumplimiento de la prestación pactada. La cláusula penal es definida como "un

*negocio jurídico, o una convención o estipulación accesoria, por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente*<sup>36</sup>. En ese sentido, la cláusula penal tiene dos funciones: asegurar el cumplimiento de la obligación y prefijar los daños y perjuicios, función similar a la del seguro; esto en un contexto en el que el deudor no cumpla de manera puntual y exacta con la obligación a la que se comprometió y en el momento en el que se comprometió<sup>37</sup>.

71. Al respecto, podemos inferir que la intención de las partes al pactar una tarifa distinta a la Tarifa en Barra para los casos de consumo que excedieran los límites pactados en la Cláusula Segunda del Contrato no era asegurar o reforzar el cumplimiento de una obligación de Luz del Sur. El verdadero sentido del Contrato fue crear dos escenarios de consumo en los que se aplicarían precios distintos de acuerdo a los límites pactados.
72. Aun cuando la intención de Electroperú (más no la de Luz del Sur) haya sido plasmar un desincentivo en el Contrato para que la empresa distribuidora respete el límite pactado en la Cláusula Segunda del Contrato, en la práctica desnaturalizó su derecho de cobro de una penalidad, ya que lo realizó en base a un concepto que no se correspondía con un incumplimiento.
73. Es importante tener en consideración que, la existencia de una “penalidad” bajo ningún supuesto iba a desincentivar a Luz del Sur a continuar retirando energía (excediendo el límite pactado en la Cláusula Segunda del Contrato) pues no podía dejar de proveer de ésta a los usuarios finales del servicio. El distribuidor continuaría retirando energía en la medida que la demanda de la misma continuara incrementándose a lo largo del tiempo, tal como lo hemos establecido en el contexto histórico de este caso.
74. Tal y como se puede apreciar de lo anteriormente descrito, en este caso en concreto no existió un incumplimiento contractual puesto que ninguna de las partes dejó de cumplir con la prestación que le correspondía y, por el contrario, habían pactado la forma de aplicar las diversas tarifas frente a las dos posibles situaciones de retiro de energía eléctrica por parte de Luz del Sur.
75. En ese mismo orden de ideas, considero que se hubiera configurado un incumplimiento contractual en el caso en el que Luz del Sur hubiera dejado de pagar al generador el precio por la energía eléctrica que extraía, más no en el caso en que retirase la energía eléctrica

<sup>36</sup> EMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal”. Buenos Aires: Depalma.1981. Pp. 17.

<sup>37</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Derecho de Obligaciones”. Lima: Gaceta Jurídica. 2016. Pp. 155.

bajo el segundo supuesto pactado entre las partes en la Cláusula Cuarta del Contrato de Suministro.

**III.3 La potestad de las partes para pactar penalidades y/o precios distintos a la tarifa en barra por los excesos de consumo de energía eléctrica en el marco de un Contrato de Suministro Eléctrico.**

76. Ahora bien, partiendo de las premisas a las que hemos llegado hasta este momento, es decir, considerando que existió una venta válida de energía basada en la manifestación de la voluntad de ambas partes y que no existió un incumplimiento contractual por parte de Luz del Sur, corresponde analizar si la tarifa pactada para los retiros en exceso de energía podían ser distintas a la tarifa en barra regulada.

77. Al respecto, en la Ley de Concesiones Eléctricas, respecto a las tarifas que deberán ser cobradas por las empresas generadoras a las distribuidoras, se establece lo siguiente:

*“Artículo 8°.- La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley.*

*(...).*

*Artículo 43°.- Estarán sujetos a regulación de precios:*

*(...)*

*d) Las ventas de energía de Generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad;(...).”*

78. En ese mismo sentido, en el referido cuerpo normativo se establece que las tarifas de distribución de electricidad destinada al servicio público de electricidad serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía:

*Artículo 44°.- Las tarifas de transmisión y distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía independientemente de si éstas corresponden a ventas de electricidad para el servicio público o para aquellos suministros que se efectúen en condiciones de competencia, según lo establezca el Reglamento de la Ley. (...).”*

79. Por lo anteriormente descrito, se entiende que, tanto las tarifas pactadas entre el generador y el distribuidor como las tarifas pactadas entre el distribuidor y los usuarios finales, son tarifas reguladas. Por tanto, en los contratos de suministro de energía suscritos entre el generador y el distribuidor, no es posible que quede a criterio de las partes el monto a pagar, pues éste es determinado por el Estado.
80. Como bien hemos ha quedado acreditado en el acápite I referido a la naturaleza del contrato de suministro, este es un contrato de naturaleza civil que debe ceñirse a ciertas normas de orden público en la medida que no solo se refiere a una relación netamente comercial entre particulares sino que regula la prestación de un servicio público, situación en la que el Estado se encuentra habilitado para intervenir.
81. Dentro de los argumentos esgrimidos por Electroperú a lo largo del proceso contencioso administrativo, se encuentra referido a que la Ley de Concesiones Eléctricas no establecía o regulaba una tarifa específica para los excesos de consumo de energía de una empresa distribuidora en el marco de un contrato de suministro, por lo que era perfectamente válido que las partes pactaran un precio distinto (el mismo que en este caso era superior a la tarifa en barra regulada).
82. Sobre este punto, es preciso citar el inciso 14 del artículo 2 y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en el cual se estipula lo siguiente:

**“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:**

(...)

*14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.*

(..).

**Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...).”**

83. Con lo anteriormente descrito se puede entender que la Ley de Concesiones Eléctricas es clara al establecer que la tarifa que debe ser cobrada por la empresa generadora a la distribuidora del servicio público debe ser siempre la Tarifa en Barra, es decir la tarifa regulada y no el costo marginal de corto plazo. Ahora bien, es correcto afirmar que la Ley no hacía una diferenciación entre la existencia o no de un contrato de suministro de energía

eléctrica entre un generador y un distribuidor ni se pronunciaba sobre los casos en los que, en los referidos contratos, se pacten consumos máximos o límites de energía.

84. Tal como se desarrolló en la introducción del presente informe, el Estado buscó dar una solución a la contingencia originada por la falta de contratos de suministro. Es así que, mediante el Decreto de Urgencia N° 007-2006, se dispuso que los generadores continuaran suministrando la energía eléctrica a los distribuidores, aun cuando éstos no tuvieran contratos vigentes o hayan excedido los límites pactados en sus contratos. La razón de ser de este mandato es la prevalencia del principio de continuidad del servicio público, en la medida que el legislador tuvo claro que no era posible desabastecer a los usuarios regulados de un servicio considerado de interés nacional.
85. Con lo anteriormente descrito se puede inferir que bajo ningún concepto era posible el desabastecimiento del mercado por lo que el generador debía continuar suministrando de energía al distribuidor. Seguidamente, lo que corresponde analizar es si el precio que pactaron las partes podía ser uno distinto a la Tarifa en Barra.
86. Como bien argumentó Luz del Sur en su escrito de demanda, en materia de Derecho Público solo puede pactarse lo expresamente permitido por la ley. Lo señalado no solo rige en materia de Derecho Público, pues como bien hemos visto, la misma Constitución establece que no es posible que un contrato se pacte en contradicción con lo establecido en una norma imperativa. En este caso en particular, las partes no solo no podían pactar en contravención a lo establecido en las normas, sino que tampoco podían hacer diferencias donde la Ley no las hacía, en el caso específico, en los conceptos que deberían regirse por la tarifa regulada de los que podrían configurarse en base a cálculos de precios distintos.
87. Bajo ese presupuesto, a nuestro entender, si la Ley de Concesiones Eléctricas no hizo diferencia entre los límites de consumo para aplicar la tarifa en barra, bajo una correcta interpretación de la norma, siempre debe aplicarse la tarifa en barra. Sobre el particular, como ha quedado acreditado en los acápites precedentes, el escenario de consumos que excedieran el límite descrito en la Cláusula Segunda del Contrato fue considerado y aceptado por las partes en el momento mismo de la suscripción del Contrato de Suministro, siendo que no podía ser considerado un incumplimiento que mereciera haber sido sancionado con una penalidad. Por ello, la tarifa que siempre debió aplicarse fue la tarifa en barra.
88. Adicionalmente a ello, puede interpretarse que las Partes no contaban con la suficiente autonomía para decidir en qué momento aplicar o no la tarifa en barra, ya que ésta es de obligatorio cumplimiento. Además, no podían pactar sobre cargas o penalidades que

signifiquen un precio distinto al establecido por la autoridad administrativa para regular las relaciones entre las empresas generadoras y las distribuidoras del servicio público de energía eléctrica.

89. En adición a lo señalado, corresponde analizar el argumento presentado por Electroperú referido a la doctrina de los actos propios, bajo el cual entendió que si Luz del Sur venía pagando el costo marginal superior a la tarifa en barra por los retiros de energía que supuestamente no tenían respaldo contractual, no se encontraba facultado para modificar su accionar y solicitar que no se le aplique la tarifa pactada en la Cláusula Cuarta del Contrato bajo el concepto de penalidad.
90. Al respecto, O'Neill de la Fuente señala que el fundamento de la doctrina de los actos propios es el principio de buena fe, situación en la cual la denominación "fe" alude a una creencia sustentada de la confianza y la denominación "buena" alude a un bien, por lo que este concepto tiene más bien una perspectiva moral y no jurídica<sup>38</sup>. Por ello, para la autora, esta doctrina tiene como propósito el "*fomentar que las personas actúen de modo coherente sancionando a quienes incurran en contradicciones*"<sup>39</sup>.
91. Continuando con la explicación del concepto de los actos propios, la citada autora considera que éste no puede ser considerado un principio general del Derecho sino más bien una regla del Derecho en la medida que admite excepciones y abarca una menor cantidad de situaciones<sup>40</sup> y, justamente a las excepciones del concepto es a lo que nos referiremos en las líneas siguientes.
92. En primer lugar, la autora considera que "*si la conducta se interpreta objetivamente según lo dispuesto por la ley (no la buena fe) y de esa forma se concluye que no se hará valer el derecho, estaríamos fuera del ámbito de la doctrina de los actos propios porque estrictamente hablando habría una prohibición legal de ejercer el derecho*"<sup>41</sup>. Respecto al caso en particular, si bien durante un periodo específico de tiempo Luz del Sur aceptó la facturación de Electroperú que consideraba como el precio a pagar el costo marginal de corto plazo, de acuerdo a lo pactado en la Cláusula Cuarta del Contrato de Suministro, considero que la Ley no amparó dicho acuerdo, es decir había una prohibición legal para dicho pacto pues la tarifa que debía aplicarse era la tarifa en barra. En tal sentido, en palabras de O'Neill de la Fuente, existía también una prohibición legal para ejercer el derecho, que en este caso sería el presunto derecho de Electroperú de continuar

<sup>38</sup> O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. "El cielo de los conceptos jurídicos' versus la solución de problemas prácticos a propósito de la doctrina de los Actos Propios". *Revista Themis*. Lima, número 51, año 2005. Pp. 47.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*. Pp. 48.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

percibiendo el costo marginal de corto plazo como pago por los retiros que excedían el límite de consumo pactado.

93. En esa misma línea de ideas, la autora considera que algunos actos, por ser contrarios a normas imperativas incluso pueden ser considerados vicios de nulidad. Por ello, *“si la conducta está viciada de nulidad (...) la contradicción posterior de la conducta debería estar permitida, de forma que es aceptable volverse contra un acto jurídico viciado de nulidad sin invocar esta doctrina como protección”*<sup>42</sup>.
94. En el caso en particular, podemos entender que el pacto entre Luz del Sur y Electroperú referido al cobro de una tarifa distinta por los consumos en exceso es un pacto nulo, es decir que estuvo invalidado desde su origen. Sin embargo, este vicio en el pacto no invalida la totalidad del Contrato de Suministro puesto que este puede mantener su vigencia y eficacia en todo en cuanto no recaiga en vicios de nulidad. Adicionalmente a ello, no es posible solicitar la aplicación de la doctrina de los actos propios en este caso, puesto que la conducta estudiada era contraria al ordenamiento jurídico y por tanto nula.
95. Por su parte, Borda considera que *“solo sería admisible la conducta contradictoria cuando hubiesen variado las condiciones que se daban al producirse la conducta vinculante o cuando (...), la variación de la conducta esté justificada por las circunstancias del caso o haya intereses sociales prevalecientes”*<sup>43</sup>. Al respecto, como hemos explicado en la introducción del presente informe, en los años previos a la ocurrencia de los hechos hubieron ciertas circunstancias particulares que no dependían del dominio de las partes, las mismas que se mantuvieron en el transcurso de la vigencia del Contrato de Suministro. Así, las sequías, alzas de precios de combustibles, incremento de la demanda y la falta de contratos suscritos con generadores debido a la falta de incentivos para la suscripción de los mismos, modificaron las circunstancias en las que se firmó el Contrato. Por ello, es que Luz del Sur recurrió al consumo de energía que excedía el monto inicialmente pactado con Electroperú.
96. En ese orden de idea, la variación de la conducta de Luz del Sur fue debidamente justificada, independientemente de la falta de validez que tuvo el pacto inicial con la empresa generadora, es decir el establecer como tarifa a pagar por los consumos en excesos el costo marginal a corto plazo, tarifa que era mayor a la tarifa en barra establecida y exigida por el Estado.

---

<sup>42</sup> *Ibíd.* Pp. 50.

<sup>43</sup> BORDA Alejandro. “La teoría de los Actos Propios y el Silencio como Expresión de Voluntad” En: *Contratación Contemporánea*. Lima: Palestra 2000. Pp. 74.

97. Para concluir este punto, a decir de Electroperú, existió un incumplimiento contractual por parte de la empresa distribuidora, el mismo que justificaba la aplicación de una penalidad que, como hemos visto en el acápite primero del desarrollo de este informe, puede complementarse con una indemnización. Sin embargo, si aceptáramos esa premisa tampoco sería posible aplicar la doctrina de los actos propios puesto que *“el pago de una indemnización no puede derivarse de la aplicación de la doctrina. No es el resarcimiento lo que busca el sujeto pasivo que invoca la doctrina para oponerse a la contradicción”*<sup>44</sup>. Es decir, no es posible que Electroperú solicite una indemnización (considerando que una de las funciones de las cláusulas penales es determinar una especie de resarcimiento para quien se ve perjudicado) basada en la doctrina de los actos propios, en la medida que esta doctrina busca mantener la continuidad de una conducta que se desarrolla en el tiempo, más no busca resarcir un hecho lesivo.
98. Así pues, hemos demostrado que en el caso materia de estudio no existió un incumplimiento efectivo por parte del distribuidor que hubiese justificado la aplicación de una penalidad. También hemos demostrado que la doctrina de los actos propios no es aplicable a la actuación de Luz del Sur en la medida que lo pactado era contrario a lo establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas en lo referido a las tarifas que debe cobrar el generador al distribuidor del servicio de público de energía eléctrica.

#### ***III. 4 La ejecución de las prestaciones pactadas en el Contrato de Suministro Eléctrico y su adecuación a la regulación de los servicios públicos, al sector eléctrico y al interés público.***

99. Respecto del análisis de los puntos controvertidos en materia de Derecho Administrativo, es preciso introducirnos en los principios de los servicios públicos y del Derecho Regulador para luego determinar si la ejecución de las prestaciones pactadas (incluyendo las mal llamadas penalidades) en el Contrato de Suministro Eléctrico se adecuaban al marco regulatorio.
100. En primer lugar, debemos considerar que nos encontramos dentro de una economía social de mercado<sup>45</sup> en la cual la iniciativa privada es libre y la actuación del Estado se limita a las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Bajo ese concepto, la Constitución Política del Perú permite la intervención del Estado en ciertos sectores de la economía por medio de su actividad empresarial pero ésta debe ser, únicamente, subsidiaria, lo que quiere decir que sólo es posible siempre que

<sup>44</sup> O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. “El cielo de los conceptos jurídicos’ versus la solución de problemas prácticos a propósito de la doctrina de los Actos Propios”. *Revista Themis*. Lima, número 51, año 2005. Pp. 51.

<sup>45</sup> Artículo 58 de la Constitución.

exista una ley expresa que lo autorice y que la actividad que realiza sea de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

101. Ahora bien, respecto a la definición de los servicios públicos, aun cuando no existe una total unanimidad de este concepto en la doctrina, podemos citar al autor Gaspar Ariño<sup>46</sup> quien señala que “(...) *Los servicios públicos son y han sido siempre actividades esenciales para la vida de la sociedad. Exigen continuidad, regularidad y seguridad en su prestación, pues nuestra vida –repito– descansa sobre ellos. Es responsabilidad del gobierno que éstos funcionen adecuadamente: que sean servicios seguros, prestados con regularidad, universales, de calidad.*” (Subrayado agregado).
102. En ese mismo sentido, a decir de José Aróstegui<sup>47</sup>, lo que debe tenerse en consideración son las características particulares de cada uno de los servicios públicos, a fin de que sea el Estado quien determine los diferentes niveles de exigencia de los alcances de los servicios, tales como la calidad o continuidad, así como su relación con el derecho a recibir el servicio por parte de los usuarios del servicio. Así mismo, tal como señala el autor Bartolomé Navarro<sup>48</sup>, el servicio público debe ser entendido como un “*instrumento al servicio de la política (...) de una manera directa en cuanto une personalmente al ciudadano y al proveedor de los bienes y servicios que satisfacen las necesidades básicas previamente fijadas en el marco político*”. Esta última reflexión es importante puesto que debemos tener en consideración, a lo largo del desarrollo del presente trabajo, que los servicios públicos se encuentran relacionados a bienes y/o servicios que satisfacen necesidades previamente evaluadas y consideradas indispensables en el marco político por el legislador.
103. Por su parte, el Tribunal Constitucional<sup>49</sup> ha reconocido que, si bien en el marco normativo peruano no se ha recogido una definición específica del concepto de servicio público, “(...) *lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado*”. Con ello, el Tribunal Constitucional no descarta el hecho que, en los casos en los que sea un privado quien intervenga en la prestación de un servicio público, el Estado mantiene la

---

<sup>46</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005; Pp. 133.

<sup>47</sup> ARÓSTEGUI HIRANO, José. “El Acceso a un Servicio Público de Calidad, Continuidad del Servicio y Rol del Estado”. *Revista De Derecho Administrativo*. Lima, número 12, año 2012. Pp. 45.

<sup>48</sup> BARTOLOMÉ NAVARRO, José Luis. “El planteamiento de los ‘Servicios Públicos’ como ‘Servicios de Interés General’ en la Unión Europea”. *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2009; Pp. 311.

<sup>49</sup> Procedimiento de Inconstitucionalidad iniciado por el señor Luis Nicanor Maraví Arias y más de 5000 ciudadanos, tramitado bajo Expediente N° 034-2004-PI/TC.

potestad de intervenir por medio de la regulación y fiscalización o vigilancia de la prestación del servicio.

104. Respecto al concepto puro de regulación, Huapaya Tapia<sup>50</sup> entiende que regular no es solamente producir normas, sino que también implica una actividad continua de seguimiento de la actividad que es regulada. En ese sentido, la regulación contiene una serie de potestades de ordenación, normativas, de control y de sanción, por lo que la normativa anglosajona, a decir de Huapaya, plantea dos variantes del concepto, la regulación social y la regulación económica, las mismas que pasamos a desarrollar a continuación.
105. Por un lado, la regulación social es entendida como *“una intervención del estado en los mercados dirigida a lograr un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, evitando que las consecuencias del ejercicio de determinados derechos privados perjudiquen a los derechos de terceros los cuales se formalizan como intereses públicos o de la colectividad”*<sup>51</sup>. Por su parte, la regulación económica, o regulación en sentido estricto es entendida como la *“intervención sustitutiva del estado sobre los aspectos esenciales de los derechos fundamentales económicos (...) a efectos de reemplazar las condiciones de funcionamiento de los mercados escasa o pocamente competitivos, simulando la existencia de competencia mediante el establecimiento de barreras de entrada y de salida sobre las actividades, el número de operadores e imponiendo las decisiones esenciales de la producción: qué, cómo, cuándo, dónde y a qué precio operar”*<sup>52</sup> (subrayado agregado).
106. Estas reflexiones, referidas a las funciones o características de la regulación económica, son esenciales para determinar si era posible, sin exceder las potestades de las partes, la ejecución de las prestaciones cuestionadas en el presente informe. En ese sentido, si la regulación económica se basa en la intervención de Estado en aspectos esenciales de los derechos fundamentales económicos y, entre otros, en la determinación de los precios a los que deben operar las empresas (o que deben cobrar las mismas), en ningún caso sería compatible con la legislación regulatoria que los particulares que contratan con la finalidad de prestar un servicio público puedan decidir, de manera unilateral, los precios, considerando que éstos son siempre fijados por la autoridad estatal. Estando de ello, el acuerdo plasmado en el Contrato cuestionado en el caso bajo análisis no era compatible con los principios de la regulación que rigen la actuación y la relación de las empresas de generación y distribución eléctrica para el servicio público, lo que no quiere decir que el

---

<sup>50</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la ‘Regulación’”. Revista Ius Et Veritas. Lima, número 40, año 2013. Pp. 312.

<sup>51</sup> Ibídem.

<sup>52</sup> Ibídem. Pp. 312 - 313

Contrato en su totalidad haya sido incompatible con la normativa pues lo que se cuestiona es el pacto de un precio distinto a la tarifa regulada.

107. Adicionalmente a ello, la conclusión a la que llegamos, es decir que Electroperú no podía cobrar el costo marginal a corto plazo por los consumos en exceso de Luz del Sur, es coherente con la idea que debía resguardarse la seguridad jurídica y la subsistencia de la prestación del servicio y correspondía a la autoridad administrativa, en este caso al OSINERGMIN, hacer valer tales principios, considerando las consecuencias que se generarían en los usuarios finales del servicio.
108. Si bien es cierto, Luz del Sur no dejó de prestar el servicio de energía eléctrica a los usuarios regulados, es importante tener en consideración que el pacto de un precio mayor a la Tarifa en Barra que es parte del precio final cobrado a los usuarios regulados podía poner en peligro la continuidad del servicio. En el supuesto en que Luz del Sur no hubiera continuado con los retiros, aunque excedieran el límite del Contrato, no hubiera podido satisfacer la totalidad de la demanda de energía que se encontraba en constante crecimiento.
109. Por otro lado, el autor Sobre Casas<sup>53</sup> reconoce que los contratos de suministro eléctrico, cumplen con tres funciones principales, las cuales son (i) reducir los costos de transacción, (ii) establecer incentivos de eficiencia empresarial; y, (iii) gestionar riesgos. Las dos primeras funciones son principalmente propiciadas por el Estado, como bien lo hemos visto en la introducción del presente informe, por medio de la diversa normativa y las decisiones políticas que se tomaron a partir del año 1992, para la reforma del sistema eléctrico peruano, el Estado decidió privatizar y separar los diferentes segmentos de la prestación del Servicio con la finalidad de hacerlo más eficiente, reducir los altos costos transaccionales que se centraban en una sola empresa estatal, y con la finalidad de promover la inversión empresarial.
110. En este punto de análisis, es preciso centrarnos en la tercera función establecida por Sobre Casas. Al respecto, el autor señala que el contrato permite la distribución de los riesgos entre las partes que lo conforman a cambio de obtener un beneficio; asimismo, señala que el contrato puede servir *“para establecer en qué proporción se comparten los riesgos o para determinar que un riesgo específico se desplace a un tercero más capacitado para asumirlo”*<sup>54</sup> (subrayado agregado). En esa línea de ideas, son los generadores quienes tienen la obligación de asegurar el precio y la colocación de la energía producida, mientras que los distribuidores deben asegurar el suministro al usuario final a un precio fijo, siendo

---

<sup>53</sup> SOBRE CASAS, Roberto. *Los Contratos en el Mercado Eléctrico*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L. 2003. Pp. 243

<sup>54</sup> *Ibíd.* Pp. 244.

que éste último es trasladado a los usuarios y no puede ser distinto al establecido *ex ante* por el Estado<sup>55</sup>. Si bien es cierto, este punto es bastante criticado por el subsector de generación eléctrica, es, finalmente, la forma en la que está configurado el sistema.

111. Esta interpretación se condice con el marco regulatorio de la Ley de Concesiones Eléctricas en la medida que es la misma que establece que los generadores se rigen en un marco de competencia mientras que los distribuidores lo hacen en un marco principalmente regulado. Es por ello que, los distribuidores tienen la función de asegurar el suministro de energía al usuario final, tal como lo hemos referido en los párrafos precedentes por corresponder a un servicio público, siendo que dicho suministro debe producirse conforme al precio regulado. En ningún caso, las empresas distribuidoras podrán cobrar tarifas más altas que las reguladas.
112. Considerando lo señalado, en el caso en particular, si correspondía desconocer el acuerdo de las partes en lo referido a las tarifas, plasmado en la Cláusula Cuarta del Contrato, en la medida que era contrario a las estipulaciones de la Ley, dado que normativamente no era posible que Luz del Sur traslade un costo mayor a los usuarios finales que hubiera sido el costo marginal a corto plazo que era mayor que la tarifa en barra, ni mucho menos deje de suministrar el servicio a los usuarios finales.
113. Adicionalmente, es preciso señalar algunos de los argumentos considerados por la Sala Suprema en su Sentencia N° 2775-2007. LIMA del 29 de abril de 2008. La referida Sala concluyó lo siguiente: (i) La Ley de Concesiones Eléctricas configura un principio estructural o de servicio regulado cuando la energía se destina al servicio público; (ii) la tarifa en barra es la única admitida por la ley para fijar la tarifa de abono del consumidor final, además toda tarifa en barra es única y la ley no distingue entre potencia y energía contratada o retira en exceso; y, (iii) el cobro por encima de la tarifa en barra contraviene los principios de la Ley de Concesiones Eléctricas y los precios de los excesos no pueden ser pactados libremente por las partes del Contrato.
114. Al respecto, como bien puede apreciarse, la Sala Suprema concuerda con nuestra posición respecto a que la ley no permitía, de manera expresa, una distinción de precios que el generador debe cobrar al distribuidor, por lo que, en todos los casos, debía aplicarse la tarifa en barra.
115. Como indicamos en los numerales precedentes, en los casos en los que la actividad de los privados se encuentre dirigida o implica la prestación de un servicio público, como lo es el

---

<sup>55</sup> *Ibidem*. Pp. 244- 245

servicio de energía eléctrica, lo que debía considerarse al momento de analizar una controversia, era el efecto que se generaría en los usuarios con las decisiones que se tomen.

116. En tal sentido, considerando que los distribuidores no pueden trasladar al consumidor final precios diferentes a los regulados, en ningún caso Luz del Sur iba a poder trasladar costos mayores a la tarifa en barra a los consumidores en el momento de la determinación del precio final que debía cobrarles. Justamente por ello no hace sentido que Luz del Sur pague un costo marginal a corto plazo por la energía que retira y traslade a los consumidores la tarifa en barra, considerando que ésta última era menor al costo marginal considerado por Electroperú. Así también, bajo ningún supuesto, hubiera sido posible que Luz del Sur dejara de suministrar el Servicio, en razón a que el consumo de energía excedía el límite pactado en el Contrato de Suministro.

### **III.5 La competencia y función reguladora del OSINERGMIN.**

117. Conforme a lo señalado en la introducción del presente informe, el Estado Peruano consideró que era mejor y más eficiente la privatización de la prestación del servicio público de energía eléctrica, ya que ello permite asegurar la continuidad y regularidad del mismo, entre otras razones. Sin embargo, el Estado también ha decidido mantener su participación de manera activa por medio de sus organismos reguladores, las mismas “(...) *que son las entidades que impulsa el Estado para garantizar estándares de calidad de servicio y tarifas justas en beneficio de la comunidad.*”<sup>56</sup>, armonizando “(...) *los intereses de los usuarios de los servicios públicos, del propio gobierno y de los inversionistas que brindan dichos servicios (...)*”<sup>57</sup>.
118. El artículo 2 de la Ley N° 27332 (en adelante, Ley Marco de los Organismos Reguladores) establece que la naturaleza de los organismos reguladores es ser organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, es decir, dichos organismos forman parte del Poder Ejecutivo del Estado y que están dotados de personería jurídica de derecho público interno, además de tener autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Adicionalmente, el artículo 1 del referido cuerpo normativo reconoce a los siguientes organismos reguladores: Osiprel, Organismo Supervisor de la

---

<sup>56</sup> FARJE PALMA, Isaías Manuel. *Impacto de las Decisiones Políticas en la Autonomía y Gestión de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, Caso Osinergmin*. Tesis para optar el grado de Magister en Regulación de Servicios Públicos. Lima, 2013: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.  
[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5138/FARJE\\_PALMA\\_ISAIAS\\_MANUEL\\_I\\_MPACTO.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5138/FARJE_PALMA_ISAIAS_MANUEL_I_MPACTO.pdf?sequence=1)

<sup>57</sup> *Ibidem*. Pp. 56.

Inversión en Energía y Minería – Osinergmin, Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – Ositran y Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – Sunass.

119. De acuerdo al artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, los reguladores tienen seis funciones específicas:

- a. Función supervisora: (...) verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas (...) [y] el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador (...);
- b. Función reguladora: (...) fijar las tarifas de los servicios (...);
- c. Función Normativa: (...) dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo (...), a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones (...), aprobarán su propia Escala de Sanciones (...).
- d. Función fiscalizadora y sancionadora: (...) imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones (...);
- e. Función de solución de controversias: (...) conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios (...); y,
- f. Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

120. A partir de las señaladas funciones, podemos concluir que la actuación por excelencia de los organismos reguladores es *ex ante*, lo que significa que actúan estableciendo las bases para la actuación de los particulares en las actividades económicas correspondientes a los sectores en los que opera cada uno de ellos. Sin perjuicio de ello, la ley les ha concedido la facultad de actuar *ex post*, es decir que pueden intervenir en ciertos casos cuando las empresas hayan realizado actividades económicas en el mercado, como por ejemplo en el desarrollo de las funciones de solución de controversias entre empresas o entre empresas y privados. En este punto, se debe considerar que la actuación *ex post* de los organismos reguladores deberá ceñirse únicamente a las facultades que la ley le concede de manera expresa.

121. Para el caso particular del OSINERGMIN, éste es un “*organismo de carácter esencialmente supervisor y fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas*”

*relacionadas con los sub-sectores de electricidad e hidrocarburos*<sup>58</sup>. Dentro de las principales funciones del OSINERGMIN se encuentran: la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los agentes del mercado de su competencia, regulación de tarifas de los servicios públicos de electricidad y gas, dictar normas sobre procedimientos a su cargo, fiscalizar y sancionar a los agentes por el incumplimiento de sus obligaciones, solución de controversias, solución de reclamos de usuarios y supervisión específica de las obligaciones derivadas de los contratos derivados de los procesos de promoción de inversión privada.

122. En lo que respecta a la función de solución de controversias del OSINERGMIN, en el inciso e) del artículo 3 del Reglamento de Organización y Funciones del OSINERGMIN se establece lo siguiente:

***“Artículo 3.- Funciones generales***

*OSINERGMIN tiene las siguientes funciones, las cuales se ejercen dentro del marco de competencia establecido por las normas legales vigentes:*

*(...)*

*e) Función de solución de controversias: Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre agentes bajo su ámbito de competencia, y entre éstas y los usuarios libres de electricidad o consumidores independientes de gas natural; o de resolver en la vía administrativa los conflictos suscitados entre los mismos.*

*(...)”*

123. Al respecto, señala Tassano que *“corresponde al ente regulador articular los diferentes intereses de los prestadores con los de los clientes o usuarios a fin de armonizarlos con el interés público comprometido en la actividad de servicio público”*<sup>59</sup>. Justamente por ello, es que el mecanismo de solución de controversias a cargo del OSINERGMIN, en su primera y segunda instancia, tiene efectos tanto sobre la competencia y la inversión como sobre la eficiencia del sector mismo y el bienestar de los usuarios del servicio público de energía, el mismo que debería verse incrementado con las decisiones que tome el órgano señalado. En ese sentido, el diseño mismo de la regulación en el sector debería buscar que las decisiones que se tomen para la resolución de una controversia sean tan buenos que generen un mayor bienestar social<sup>60</sup>.

124. Por lo anteriormente descrito, podemos llegar a la conclusión que los organismos reguladores han sido concebidos como entes que, por medio de sus diversas funciones,

<sup>58</sup> TASSANO VELAOCHAGA, Hebert. “El procedimiento de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 1, año 2006. Pp. 248.

<sup>59</sup> *Ibídem*. Pp. 250.

<sup>60</sup> *Ibídem*. Pp. 258.

tienen una finalidad en común y es asegurar la debida prestación de los servicios considerados como públicos o de interés social por lo que, cada una de sus funciones atribuidas, aunque de manera residual, buscan proteger un interés social, el mismo que debe articular con los intereses particulares de las empresas privadas que son autorizadas para prestar los servicios en cuestión.

125. En ese sentido, como podemos apreciar, aun cuando la función de solución de controversias del OSINERGMIN resuelve las discrepancias que puedan existir entre las empresas del sector eléctrico, lo hace siempre, o lo debería hacer, salvaguardando el interés social, la esencia del servicio público y el interés de los usuarios regulados. Por ello, en el caso en cuestión, toda interpretación y conclusión a la haya arribado el órgano regulador, debió buscar proteger los intereses particulares, pero también el interés colectivo.
126. En lo que respecta a la interpretación contractual que hizo el regulador, somos de la postura que éste no se encuentra facultado para ello sino que, debe solucionar las controversias utilizando como base las normas regulatorias. Como ya ha quedado establecido, la correcta interpretación de la Ley de Concesiones Eléctricas en lo relacionado a la tarifa que debe cobrar el generador al distribuidor, es que siempre debe ser la tarifa en barra, ya que la Ley no contempló ningún tipo de diferenciación entre la energía y potencia contratada y la no contratada cuando ésta se destina a la prestación del servicio público, así como tampoco contempló límites y excesos de consumo de las mismas.
127. Por lo anteriormente dicho, la interpretación realizada por el OSINERGMIN es contraria a las normas regulatorias en el sector eléctrico y, además, contraria a la finalidad de sus funciones, que es, justamente, velar por el interés social y garantizar la calidad y continuidad de la prestación del servicio público.

### ***III.6 El agotamiento de la vía administrativa como requisito previo al Proceso Contencioso Administrativo.***

128. En el caso analizado en el presente informe, la primera instancia judicial fue la Sala especializada en lo Contencioso Administrativo y, la segunda instancia la Sala Civil de la Corte Suprema. Esto difiere de la competencia actual en materia del Proceso Contencioso Administrativo, la cual fue modificada por la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. En el momento en que fue resuelto el caso toda resolución que había sido emitida por un órgano colegiado debía ser resuelta por una pluralidad de vocales en sede judicial y esa es la razón por la que fue vista por la Corte Superior.

129. El requisito principal para la procedencia de la demanda contencioso administrativa es el agotamiento de la vía administrativa al que se refiere el artículo 19 de Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (en adelante, TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo), de acuerdo a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o las normas especiales.
130. En el caso en particular, el agotamiento de la vía administrativa fue discutido por Electroperú en la contestación de la demanda, en la cual consideró que la naturaleza del conflicto es civil comercial y no contenciosa administrativa. Al respecto, como ya ha quedado establecido a lo largo del presente trabajo, los contratos de suministro eléctrico son de naturaleza civil pero se rigen por ciertas normas de derecho privado, en lo que respecta a la regulación de sector. Adicionalmente, el OSINERG si contaba, y cuenta, con la competencia necesaria para dilucidar controversias entre los administrados del sector, para lo cual debía respetar los principios regulatorios aplicables.
131. En tal sentido, habiendo dejado en claro que la materia controvertida en el caso en particular, el precio que debía cobrar la generadora a Luz del Sur, corresponde al derecho administrativo, no es posible afirmar que la demanda debía ser presentada ante un juez civil. El caso fue analizado por las dos instancias administrativas del OSINERG, por lo que si se cumplió con agotar la vía administrativa previa al proceso contencioso administrativo. Al respecto, no es necesario ahondar en el análisis.

### **III.7 La falta de motivación como incumplimiento del principio del debido procedimiento en materia del Proceso Contencioso Administrativo.**

132. Respecto al análisis del proceso contencioso administrativo, es preciso señalar que, tanto en la Constitución Política del Perú como en el TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, éste es definido de la siguiente manera:

***“Artículo 148.- Acción contencioso-administrativa***

*Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.”*

***“Artículo 1.- Finalidad***

*La acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.*

*Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso administrativa se denominará proceso contencioso administrativo.”*

133. Históricamente, el proceso contencioso administrativo surgió con la necesidad de controlar la legalidad de los actos administrativos producidos por la administración pública, justamente a fines del siglo XVIII, momento en el que se anunciaba al principio de legalidad como el principal y gran ordenar del ordenamiento jurídico peruano<sup>61</sup>. Hoy en día, el principio rector del ordenamiento jurídico no es más el de legalidad, sino el principio de constitucionalidad, que se refuerza en el principio de control entre los órganos<sup>62</sup>. Sin embargo, lo importante es tener en cuenta que desde el surgimiento del proceso contencioso administrativo, hasta el día de hoy, se mantiene la idea de controlar a la administración.
134. Adicionalmente a ello, es preciso recalcar que el proceso contencioso administrativo (referido en la Constitución Política del Perú como una acción contencioso-administrativa) no tiene como única finalidad el control de las actuaciones de la administración pública en materia de Derecho Administrativo ante la sede judicial, sino que busca, principalmente, tutelar los derechos e intereses de los administrados en su relación con la Administración Pública<sup>63</sup>. Justamente por ello, el proceso contencioso administrativo permite el uso de diversos medios procesales como la nulidad de la resolución o del acto cuestionado o impugnado<sup>64</sup>.
135. Tal como señala Danós, “(...) mediante el Proceso Contencioso se garantiza (...) la subordinación de toda la actividad administrativa a la legalidad. En tal virtud, los afectados por una actuación administrativa violatoria de sus derechos e intereses están constitucionalmente facultados para demandar ante el Poder Judicial la satisfacción jurídica de sus pretensiones contra la Administración Pública”<sup>65</sup>.
136. Justamente para garantizar que el órgano jurisdiccional satisfaga de manera debida las pretensiones de los administrados contra los actos de la administración pública, el proceso contencioso administrativo se rige por los principios descritos en el Artículo 2 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo<sup>66</sup>. Dentro de dichos principios se encuentra el

<sup>61</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. “Quince años de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo: algunos aspectos de su regulación en el Perú”. *Revista Themis*. Lima, número 68, año 2016. Pp.116.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy. “El proceso contencioso administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y España al respecto”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 1, año 2006. Pp. 406.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *El Proceso Contencioso Administrativo en el Perú*. En: *Hechos de la Justicia*, número 10, año 2002.

<sup>66</sup> Los principios enumerados en el Artículo 2 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo son: (i) Principio de integración, (ii) Principio de igualdad procesal, (iii) Principio de favorecimiento del proceso; y, (iv) Principio de suplencia de oficio.

de integración, en el que se estipula que los jueces no deben dejar de resolver la incertidumbre analizada por defecto o deficiencia de la ley y que, en tales casos, se deberán aplicar los principios del procedimiento administrativo descrito en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

137. Los principios más importantes del procedimiento administrativo sancionador son, el principio de legalidad, debido procedimiento, informalismo, eficacia, celeridad, simplicidad, razonabilidad, imparcialidad, entre otros. Sin embargo, en el presente análisis nos centraremos en el principio del debido procedimiento (entendido en sede judicial como debido proceso), el mismo que estipula que todos los administrados gozan de derechos y garantías tales como el poder exponer sus argumentos, ofrecer pruebas y obtener una decisión motivada y fundada en derecho<sup>67</sup>.
138. El principio del debido procedimiento contiene tres principales derechos: (i) derecho al procedimiento administrativo, que se refiere a la obligación de la administración de producir sus decisiones fundadas en las reglas y normas que conforman el procedimiento administrativo; (ii) derecho a la no desviación de los fines del procedimiento administrativo, referido a que la administración debe aplicar los procedimientos administrativos buscando los resultados esperados y no otros; y, (iii) el derecho a las garantías del procedimiento administrativo, que tiene como contenido principal los derechos de los administrados a ser oídos, ofrecer y producir pruebas y a obtener decisiones motivadas y fundamentadas en derecho<sup>68</sup>.
139. En el presente acápite nos centraremos en el análisis de los argumentos usados por el órgano jurisdiccional, en este caso por la Sala Superior, en la resolución que declaró infundada la demanda presentada por Luz del Sur.
140. Como primera aproximación, es pertinente tener en consideración que la debida motivación de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales deben encontrarse debidamente motivadas, lo que no quiere decir que tengan la obligación de pronunciarse sobre cada uno de los argumentos esgrimidos a lo largo del proceso, sino que deben contener los argumentos pertinentes y suficientes que sustenten su posición y decisión final. Sobre este punto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional<sup>69</sup> dejando en claro que el razonamiento que tenga el órgano jurisdiccional debe guardar relación con el problema que se debe resolver, es decir con la materia controvertida en el caso que se analiza y que no es

<sup>67</sup> JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Los Principios del Proceso Contencioso Administrativo". *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, número 11, año 2012. Pp. 26.

<sup>68</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Gaceta Jurídica, 3ra Ed. Mayo 2004. Pp.65.

<sup>69</sup> Recurso de Agravio Constitucional, Acción de Amparo interpuesto por el señor Jorge Napiama Reátegui, tramitado bajo Expediente N° 07025-2013-AA/TC.

necesario que las resoluciones judiciales se pronuncien expresamente sobre cada una de las alegaciones de las partes.

141. Sobre el particular, la Sala Superior desarrolló dos argumentos principales para sustentar su posición y resolución de la materia controvertida:
  - a) Que existía una laguna del derecho en la Ley de Concesiones Eléctricas, al no existir regulación sobre el cobro por los retiros en exceso por parte de las empresas distribuidoras, por lo que las partes optaron por cubrirla por medio de un acuerdo contractual. En ese sentido, la intención de las partes siempre fue pactar un límite al consumo de energía cubriendo un vacío normativo.
  - b) Si es que no se pactan límites máximos al consumo de energía eléctrica por parte de la empresa distribuidora se generaría un ejercicio abusivo por parte de éstas. Además, el distribuidor se vería motivado a pactar límites siempre por debajo de su demanda para que se le cobre menos.
142. Como puede apreciarse, la Sala Superior simplemente se centró en argumentar que, al no existir una prohibición expresa para pactar costos diferentes a la tarifa en barra para retiros en exceso, la decisión podía depender del acuerdo entre privados, considerando que, sin un límite de consumo, la empresa distribuidora podría negociar los límites por debajo de su demanda para verse beneficiada.
143. Sin embargo, a lo largo del presente informe hemos desarrollado diversos conceptos tanto en materia del derecho administrativo como del derecho de contratos, con los que hemos llegado a la conclusión que las partes no tenían la potestad de pactar precios distintos a los regulados y, que no existió incumplimiento contractual por parte de Luz del Sur que amerite el cobro de una penalidad (mucho menos si ésta era contraria a las normas imperativas).
144. Adicionalmente a ello, la Sala Superior no analizó argumentos referidos a la imposibilidad de cubrir la demanda de las empresas distribuidoras, sustentándose en el principio de permanencia de los servicios públicos. Tampoco tomó en consideración que, de acuerdo al marco normativo, Luz del Sur no podía trasladar al consumidor final regulado un monto distinto a la tarifa en barra, siendo ésta una limitación al pacto de penalidades. Es decir, la Sala Superior no tomó en consideración que, además de las empresas que participaban de la materia controvertida, era necesario analizar el bienestar general y el fundamento de la prestación de los servicios públicos.
145. Si la Sala Superior hubiera tomado en consideración los argumentos descritos en el punto precedente, la resolución del caso hubiera sido distinta pues hubiera concluido, tal como lo

hizo la Sala Suprema, que en materia regulatoria no es posible hacer una distinción donde la ley no la hace. En el caso específico, no era potestad de las partes hacer distinciones en los conceptos de cobro cuando la Ley de Concesiones Eléctricas no lo hacía. Además, hubiera podido observar que la tarifa en barra es la única admitida en el referido cuerpo normativo para ser trasladada a los usuarios finales del servicio público, quienes son los principales actores del sistema.

146. Por dichas consideraciones, podemos concluir que la resolución de la primera instancia judicial no se encontraba debidamente motivada, no contempló aspectos importantes que fueron desarrollados por las partes desde el inicio de la controversia ante el Osinergmin y no guardó relación con la verdadera materia controvertida, el fundamento del servicio público y la garantía de su continuidad.
147. En la resolución de la apelación, la Sala Suprema revocó la Resolución de primera instancia y declaró fundada la demanda presentada por Luz del Sur, aplicando el principio de economía procesal y resolviendo sobre el fondo del asunto, lo que consideramos correcto.

#### **IV. POSICIÓN SOBRE EL MODO QUE FUE RESUELTO EL CASO**

De acuerdo con el análisis realizado en los párrafos precedentes, podemos concluir lo siguiente:

1. De acuerdo a lo descrito en la introducción del presente informe, el caso materia de análisis se desarrolló en un contexto histórico y político en el que la demanda del servicio público de energía eléctrica crecía de manera constante. Adicionalmente, se presentaron problemas climatológicos y políticos, así como deficiencia en la regulación y falta de incentivos en las empresas que fueron privatizadas y buscaron capitales privados. Esto generó un sistema en el que el servicio público de electricidad no se prestaba eficientemente ni se cumplía con el propósito de los servicios que son declarados como públicos o de interés social.
2. La respuesta de Luz del Sur al contexto en el que se desarrolló el caso no fue arbitraria, sino que correspondió a la necesidad de asegurar la continuidad de la prestación del servicio público, tomando en consideración que el contrato que suscribió no se ajustaba perfectamente a la regulación sectorial que le era aplicable de manera imperativa. Las partes pactaron un precio distinto y superior a la tarifa en barra regulada para los consumos excediendo el límite del Contrato en calidad de penalidad. Esta tarifa era el costo marginal a corto plazo justificado en un incumplimiento contractual.
3. Luz del Sur no se encontró en un supuesto de incumplimiento, sino que, por el contrario, dio cumplimiento al segundo escenario pactado y aceptado en el Contrato, que estuvo referido a

la fórmula del cobro de los consumos de energía que realizara Luz del Sur, por lo que no era posible la aplicación de una penalidad que, incluso, fue diseñada contraviniendo las normas regulatorias.

4. Los contratos de suministro de energía eléctrica para la prestación del servicio público que firman las empresas de generación con las de distribución son de naturaleza civil, en la medida que regulan una relación contractual entre particulares. Sin perjuicio de ello, el sentido o finalidad de dichos contratos es la prestación de un servicio público, el mismo que debe ser garantizado por el Estado. Por ello, de acuerdo a una interpretación constitucional, de las normas generales de contratos civiles y a la regulación sectorial, estos contratos deben respetar y ampararse en las normas imperativas que le apliquen.
5. Posiblemente, la materia regulada de mayor implicancia en el sector de energía es la fijación y aplicación de las tarifas que debe pagar la empresa distribuidora a generadora por el consumo de energía. Estas tarifas son trasladadas como uno de componentes del precio final que pagan los usuarios regulados del servicio. La tarifa que debe ser contemplada en los contratos de suministro es siempre la tarifa en barra. Las partes no tienen la potestad para pactar una tarifa distinta, mucho menos una mayor a la tarifa regulada, puesto que ésta no podrá ser trasladada al usuario regulado y excede las facultades que tenían las partes para acordar precios en un sector regulado.
6. La Sala Suprema hace bien al interpretar el sentido de la Ley de Concesiones Eléctricas, entendiendo que ésta no hace diferencias entre la potencia y energía contratada por medio de contratos de suministro de la que es consumida sin suscribir contratos. En el mismo sentido, es correcta la interpretación de la Sala Suprema al entender que la referida Ley tampoco hace diferencias entre los límites pactados en los contratos y los excesos de consumo por parte de las empresas distribuidoras.
7. De igual manera, concordamos con la Sala Suprema cuando señala que la finalidad de la aplicación de la tarifa en barra a los contratos de suministro es que sea ésta misma tarifa la que se traslade a los consumidores regulados y forme parte del precio final que éstos pagan. Por ello, no es posible aceptar la interpretación del OSINERG y de la Sala Superior, la misma que sostiene que las partes son libres de pactar las tarifas a las que la ley no se refiera de manera expresa (es decir, a los excesos de consumo de energía por parte de Luz del Sur).
8. No es correcta la interpretación de la Sala Superior, en la resolución que declaró infundada la denuncia presentada por Luz del Sur, que argumentó que la intención de las partes siempre fue poner un límite al consumo. Las partes pactaron dos escenarios posibles dentro

de su relación comercial en los cuales que se aplicarían tarifas diferenciadas. Los dos escenarios eran: (i) el consumo de energía eléctrica hasta el límite pactado en la Cláusula Segunda del Contrato cuyo costo sería la Tarifa en Barra; y, (ii) los consumos de energía que excedieran el límite descrito en el numeral (i), cuyo costo sería el costo marginal a corto plazo.

9. La Sala Superior reconoce también que no existía una penalidad sino que se cubrió un vacío normativo. Sin embargo, dicho vacío no existía pues la Ley de Concesiones Eléctricas no permite la distinción entre las situaciones en las que debe o no aplicar la tarifa en barra, al ser ésta de obligatorio cumplimiento en todos los escenarios en los que una empresa generadora suministre energía eléctrica a una de distribución para el servicio público.
10. Por su parte, la Sala Suprema debió hacer hincapié y desarrollar los conceptos relacionados a la finalidad de los servicios públicos y la función reguladora del Estado pues, en ese caso, hubiera dejado por sentado que sí es posible desconocer un acuerdo entre las empresas de generación y las de distribución en aras de proteger, aunque sea de manera residual, el bienestar común y la continuidad y calidad de la prestación del servicio público de energía. En el caso bajo análisis, la protección del bienestar común se lograba mediante una interpretación contractual como la efectuada en el presente Informe, la misma que permitió concluir que no se pactó ninguna penalidad, y además no se produjo un incumplimiento al contrato sino un error en la tarifa que debía aplicarse.
11. El efecto que se genere en los usuarios finales del servicio público de energía eléctrica es el que debió motivar la decisión de cada una de las autoridades que evaluaron y resolvieron sobre el presente caso. Se debió considerar, en primer lugar, que Luz del Sur no podría trasladar una tarifa distinta a la tarifa en barra a los usuarios del servicio, por tanto, tampoco podía pagar a Electroperú una tarifa distinta a la regulada; y, en segundo lugar, que en ningún caso era posible que los usuarios regulados dejaran de recibir el servicio de energía, considerando que el Estado debe garantizar la continuidad y calidad de este tipo de servicios regulados.
12. La interpretación descrita en el numeral precedente no pone en peligro la seguridad jurídica ya que no se pretende que la autoridad administrativa y/o judicial desconozcan cualquier pacto entre las empresas generadoras y las distribuidoras tomando como justificación el interés público sino que, en el caso específico de tarifas, por ser un tema completamente regulado, no puede haber mayor lugar a interpretación ni puede regirse por la autonomía de las partes.

13. Respecto al argumento presentado por el OSINERGMIN para la resolución del caso en vía administrativa referido a la doctrina de los actos propios, consideramos que ésta no es aplicable a la actuación de Luz del Sur en la medida que existía una prohibición legal para ejercer el derecho presuntamente adquirido por Electroperú referido al cobro del costo marginal a corto plazo por los retiros en exceso. En tal sentido, la doctrina no es aplicable al caso en concreto al ser la conducta de Luz del Sur contraria a las normas imperativas que ambas partes se veían obligadas a cumplir.
14. Por otro lado, es importante recalcar que, aun cuando la Sala Suprema no lo mencionó en su sentencia final, el OSINERGMIN no cumplió con interpretar las cláusulas del Contrato atendiendo a la normativa regulatoria que le eran aplicable. El OSINERGMIN pudo hacer un juicio de valor en el cual primara el derecho de los usuarios de no verse afectados por cambios de tarifas ni falta de la prestación continua y de calidad del servicio, buscando además un equilibrio con los intereses y derechos de los otros actores en el mercado como lo son las empresas de generación y distribución, es decir Electroperú y Luz del Sur.
15. Respecto a la medida cautelar solicitada por parte de Luz del Sur, concordamos con la argumentación dada por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo en la medida que la sentencia ya había dado un fallo en favor de la empresa demandante que modificaba las circunstancias en las que fue dada la primera medida cautelar en favor de Electroperú (medida cautelar dictada por el Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores y que ordenaba que Luz del Sur continuara pagando los montos facturados por la empresa generadora en los que se consideraba que la tarifa a pagar era el costo marginal a corto plazo). En tal sentido, es correcta la interpretación de la Sala respecto a que la primera medida cautelar quedaba cancelada de pleno derecho y correspondía ejecutar la nueva medida cautelar.
16. Respecto a la actuación procesal, la Sala Superior incumplió el derecho de las partes de obtener una resolución debidamente motivada y fundada en derecho pues no tuvo un desarrollo del verdadero sentido del servicio público y las restricciones que impone la regulación estatal a las empresas que prestan este tipo de servicios. La Sala Superior no tomó en consideración el principio de continuidad de la prestación de todo servicio público, el mismo que debe darse bajo la regulación sectorial.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar.

2005 *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ARÓSTEGUI HIRANO, José,

2012 El Acceso a un Servicio Público de Calidad, Continuidad del Servicio y Rol del Estado. *Revista De Derecho Administrativo*. Lima, número 12. Pp. 45-53.

BACA ONETO, Sebastián.

2014 “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, número 48. Pp. 270-297.

BARBERO, Doménico.

1967 *Sistema del Derecho Privado*. Buenos aires: Jurídicas Europa-Américas.

BARTOLOMÉ NAVARRO, José Luis.

2009 “El planteamiento de los ‘Servicios Públicos’ como ‘Servicios de Interés General’ en la Unión Europea”. *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Pp. 311

BORDA, Alejandro.

2000 “La teoría de los Actos Propios y el Silencio como Expresión de Voluntad” En: *Contratación Contemporánea*. Lima: Palestra. Pp. 72-89.

COES

¿Quiénes somos? Consulta: 19 de febrero de 2020.

<http://www.coes.org.pe/Portal/Organizacion/QuienesSomos>

COMISIÓN DE LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – COPRI.

1999 *Evaluation of the privatization of the Electricity sector*.

<http://www.copri.gob.pe>

DAMMERT LIRA, Alfredo.

2006 *Modelo de Mercados Eléctricos y Políticas Energéticas*. Consulta: 31 de octubre de 2019.

<https://slideplayer.es/slide/301669/>

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge.

2002 El Proceso Contencioso Administrativo en el Perú. En: Hechos de la Justicia, número 10, revista electrónica editada por jueces peruanos.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.

2007 *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Tomo I. Lima: Palestra.

ELECTROPERU

¿Quiénes somos? Consulta: 14 de setiembre de 2019.

<http://www.electroperu.com.pe/ElectroWebPublica/PaginaExterna.aspx?id=1&modo=submenu&idoma=ESPAÑOL>

EMELMAJER DE CARLUCCI, Aída.

1981 “La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal”. Buenos Aires: Depalma.1981.

ESCOBAR ROZAS, Freddy y CABIESES CROVETTO, Guillermo.

2013 “La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad”. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, número 46. Pp. 114-139.

ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy.

2006 “El proceso contencioso administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y España al respecto”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 1. Pp. 399-481.

FARJE PALMA, Isaías Manuel.

2013 *Impacto de las Decisiones Políticas en la Autonomía y Gestión de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, Caso Osinergmin*. Tesis para optar el grado de Magister en Regulación de Servicios Públicos. Lima, 2013: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

FERRI, Luigi.

2004 “Lecciones sobre El Contrato – Curso de Derecho Civil”. Lima: Editora Jurídica Grijley. 1° edición en castellano. Traducido por Nélvor Carreteros Torres..

FONAFE

Consulta: 19 de febrero de 2020.

<https://www.mef.gob.pe/es/fonafe>

HUAPAYA TAPIA, Ramón.

2013 “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la ‘Regulación’”. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, número 40. Pp. 302-344.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana.

2012 “Los Principios del Proceso Contencioso Administrativo”. *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, número 11. Pp. 21-33..

LUZ DEL SUR

Presentación general. Consulta: 14 de setiembre de 2019

<https://www.luzdelsur.com.pe/nosotros/presentacion-general.html>

MOISSET DE ESPANÉS, Luis.

2016 *Derecho de Obligaciones*. Lima: Gaceta Jurídica

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2004 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Gaceta Jurídica, 3ra Edición.

O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia.

2005 “El cielo de los conceptos jurídicos’ versus la solución de problemas prácticos a propósito de la doctrina de los Actos Propios”. *Revista Themis*. Lima, número 51. Pp. 44-55.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN.

Tarifas en Barra. Consulta: 14 de setiembre de 2019.

<http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/procesos-regulatorios/electricidad/tarifas-en-barra>

PRIORI POSADA, Giovanni

2016 “Quince años de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo: algunos aspectos de su regulación en el Perú”. *Revista Themis*. Lima, número 68. Pp.115-119..

RONQUILLO, Jimmy.

2013 “La Resolución por Incumplimiento”. En Osterling, Felipe. *Los Contratos: consecuencias jurídicas de su incumplimiento*. Lima: Gaceta Jurídica.

SANTIVANÉZ, Roberto.

1998 “Mercado eléctrico peruano: principios y mecanismos de operación y sistemas de precios”. *Revista Themis*. Lima, número 37. Pp. 111-128.

2001 *Desregulación y Privatización Eléctrica en el Perú. Una propuesta para reimpulsar la reforma*. Lima: Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria abogados.

SOBRE CASAS, Roberto.

2003 *Los Contratos en el Mercado Eléctrico*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L.

SUMAR GILT, Paul.

2009 “La ley de los costos marginales”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 08. Pp. 271-274.

TASSANO VELAOCHAGA, Hebert.

2006 “El procedimiento de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 1. Pp. 245-262.

VARGAS RODRIGUEZ, Augusto.

2012 “La problemática de los retiros sin contrato para la atención de la demanda regulada nacional: ¿una oportunidad para incentivar mayor generación de electricidad en el Perú bien aprovechada?”. *Revista Peruana de la Energía*. Lima, número 1. Pp. 53-80.

ZEGARRA, Diego.

“Esquemas de Clase del Curso de Derecho Administrativo”. Esquema 14. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 1. En TRELLES DE BELAUNDE, Oscar:

**ANEXOS:**

- i. Resolución 008-2004-OS-CC.
- ii. Resolución 005-2005-TSC.
- iii. Contrato suscrito entre Electroperú y Luz del Sur.
- iv. Demanda de Luz del Sur.
- v. Contestación de la demanda de Electroperú.
- vi. Contestación de la demanda del OSINERGMIN.
- vii. Dictamen Fiscal 498 – Fundada la demanda.
- viii. Resolución 27 – Corte Superior – Infundada la demanda.
- ix. Dictamen Fiscal Supremo 923-2007 - Confirmar sustento.
- x. Sentencia 2775-2007 - Corte Suprema - Fundada la demanda
- xi. Solicitud de Medida Cautelar presentada por Luz del Sur.
- xii. Resolución 4 de la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo.



**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA  
OSINERG N° 008-2004-OS/CC-20**

Lima, 25 de octubre de 2004.

**VISTO:**

El expediente de la reclamación formulada por Luz del Sur S.A.A., en adelante Luz del Sur, contra la Empresa Electricidad del Perú- ELECTROPERU S.A., en adelante Electroperú, a efectos que se declare:

a.- Que el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no puede exceder la tarifa en barra aprobada por el OSINERG, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de precios;

b.- Que el tope por la tarifa en barra resulta de aplicación no sólo de la energía contratada con el generador sino, inclusive, a los retiros en exceso de la energía contratada, cuando dichos excesos estén destinados al Servicio Público de Electricidad;

c.- Que Electroperú no les puede cobrar por los retiros de energía en exceso de la energía contratada en el Contrato de Suministro de electricidad, suscrito por las partes el 16 de mayo de 1997, un precio mayor al precio de barra regulado por OSINERG, puesto que la energía suministrada está destinada exclusivamente a los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

**CONSIDERANDO:**

**1. Posición de las partes.**

**1.1. De la Reclamante.**

Luz del Sur sostiene que la materia de la controversia se circunscribe a la pretensión de un generador que pretende cobrarle a un distribuidor la energía retirada en exceso de la energía contratada a un precio superior al regulado por OSINERG para el Servicio Público de Electricidad. En este caso, Electroperú considera que la subcláusula 4.4 del contrato la faculta a cobrar por la energía en exceso de la energía contratada, un precio igual al costo marginal de corto plazo sin límite alguno, inclusive cuando éste exceda varias veces la tarifa en barra. Luz del Sur considera que los excesos de energía deben pagarse a costo marginal, siempre y cuando dicho precio no exceda la tarifa en barra, en caso contrario, éste último constituye el precio máximo que puede cobrarse por el suministro de energía destinado al Servicio Público de Electricidad, ya que no es posible pactar contra normas de orden público.

Sostiene que Electroperú pretende interpretar las cláusulas relativas a los precios por el suministro de una manera aislada y asistemática, contraria a los principios elementales del Derecho que obligan a integrar dichas estipulaciones con las normas imperativas contenidas en la Ley de Concesiones Eléctricas y con las resoluciones de OSINERG que establecen los precios máximos para los suministros destinados al Servicio Público de Electricidad.

Refiere la reclamante que con fecha 16 de mayo de 1997 celebró con la reclamada un contrato destinado exclusivamente al suministro de electricidad para el Servicio Público de Electricidad, mediante el cual Electroperú se obligó a suministrar a Luz del Sur una potencia contratada de 370 MW y la energía activa asociada a dicha potencia, potencia que se aumentó a 420 MW por adenda de fecha 12 de diciembre de 2000.

Que desde principio del año en curso, el mercado eléctrico atraviesa una circunstancia extraordinaria originada por una sequía inusualmente severa y en los altos precios del combustible lo que ha llevado que la brecha entre los costos marginales de corto plazo y la tarifa en barra se incremente a un nivel tal que ha desaparecido todo incentivo para que los generadores vendan a los distribuidores energía y potencia destinada al Servicio Público de Electricidad.

Luz del Sur, a pesar de sus esfuerzos, no ha podido suscribir nuevos contratos para atender los requerimientos de sus clientes regulados, existiendo actualmente un déficit de 40 MW. Por ello, desde febrero de este año se ha visto en la necesidad de retirar de los generadores del COES excesos de potencia y energía por encima de la potencia y energía contratadas, excesos que han sido facturados por Electroperú a un precio igual al costo de corto plazo, el cual es varias veces por encima de la tarifa en barra.

El 12 de julio de 2004, Electroperú le remitió el Informe Técnico Comercial CC-818-2004, al que se adjuntó la factura N° 005-4599 por el exceso de consumo de energía activa retirada durante el mes de junio de 2004, documento en el cual Electroperú les manifestó que el pago del exceso consumido debía facturarse en función al costo marginal de corto plazo determinado por el COES para el mes de junio. El 20 del mismo mes, remitió a Electroperú la carta LE-305/2004, por la que devolvió la factura por considerar que los excesos de consumo, al tener como destinatarios a los consumidores regulados, debían facturarse a precio de barra. El 22 de julio le remitió a Electroperú la carta LE-310/2004, a la cual adjuntó un cuadro con los excesos de potencia y energía que le había facturado a costo marginal durante el período entre febrero y junio de 2004 en la que le pedía convenir el modo y oportunidad en que la generadora le debía devolver los montos pagados en exceso del precio máximo equivalente a la tarifa en barra y adicionalmente le solicitó a Electroperú que por los meses comprendidos entre julio y diciembre de 2004 se le facture sólo la potencia contratada ya que cualquier exceso de potencia y energía debía ser atribuido por el COES de conformidad con las disposiciones del Decreto de Urgencia N° 007 -2004.

Que, el 26 de julio último, Electroperú le requirió el pago de la factura N° 005-0004599 bajo apercibimiento de demandar su pago en la vía arbitral lo que motivó la respuesta del día 27 por carta N° LE-318/2004 por la cual le solicitó a Electroperú dar inicio al procedimiento previsto en la cláusula 5.8 del contrato con el objeto de llegar a un acuerdo en trato directo, a lo que Electroperú contestó afirmativamente. Sin embargo, el 13 de agosto de 2004, las partes suscribieron el Acta de Conclusión del Trato Directo, dejándose constancia de la imposibilidad de llegar a un acuerdo de solución.

Que, los artículos 8°, 43° y 45° de la Ley de Concesiones Eléctricas, al establecer el precio de la energía eléctrica destinada al servicio público de electricidad, son de orden público y de carácter imperativo. Por lo tanto no es posible pactar en contrario, de conformidad con lo establecido en los artículos V del Título Preliminar y 1354° del Código Civil.

Que el objeto del contrato celebrado con Electroperú es el suministro de energía y potencia destinado al Servicio Público de Electricidad, lo que se evidencia en la subcláusula 2.6 que señala: “La Distribuidora utilizará el suministro del Contrato-exclusivamente – para la atención a sus clientes a precio regulado con arreglo a la Ley...” por lo que no existe duda que por tratarse de venta de energía destinada a clientes regulados, el precio no puede exceder lo dispuesto en el artículo 45° de la Ley de Concesiones Eléctricas, lo cual está expresamente reconocido en el contrato en las subcláusulas 4.1 y 4.2 las que respectivamente dicen : “4.1 Los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán, con arreglo a Ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio público... 4.2 Si a futuro las ventas de

empresas generadoras a distribuidoras destinadas al servicio público dejaran de estar comprendidas en el sistema de precios regulados, por cambio en la legislación vigente, las partes acordarán los precios libres sustitutorios y sus correspondientes fórmulas de reajuste...”

Sin embargo, la subcláusula 4.4 al regular el supuesto de excesos en el consumo de energía estipula lo siguiente: “Si la energía mensual retirada por la Distribuidora, asignada a la Generadora conforme a lo estipulado en la subcláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por la Generadora y pagados por la distribuidora a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SICN...” preguntándose si es posible pactar por los excesos de consumo un precio igual al costo marginal o se trata de una estipulación contraria a la ley y por tanto inaplicable. En opinión de Luz del Sur, una lectura integral del contrato lleva a concluir que dicho convenio es plenamente válido, dentro de los límites aplicables a los suministros regulados puesto que la tarifa en barra representa un precio máximo para los suministros regulados por lo que cabe interpretar la subcláusula 4.4 del contrato en el sentido que los excesos de energía deben pagarse a costo marginal del corto plazo siempre y cuando éste no sea mayor a la tarifa en barra fijada por el OSINERG. En caso contrario, será la tarifa en barra el precio tope que puede cobrar el generador.

Esta interpretación es acorde con el principio de conservación que obliga a interpretar el acto jurídico de la forma que mantenga validez y eficacia plena. Electroperú opina lo contrario pretendiendo hacer por la vía indirecta aquello que se encuentra prohibido por la vía directa. La interpretación de Electroperú que los consumos de energía en exceso de los contratados no se encuentran sujetos a los precios regulados resulta jurídicamente inaceptable puesto que la Teoría General del derecho no permite distinguir donde la ley no distingue.

En materia de precios regulados el concesionario sólo puede cobrar aquellos montos y conceptos expresamente permitidos por las normas vigentes. En lo referente al Servicio Público de Electricidad, no rige el principio de Derecho Civil de que uno no está impedido de hacer lo que no está prohibido por ley, sino, por el contrario, el principio de legalidad de los actos administrativos que sólo faculta a hacer -o cobrar- lo expresamente autorizado por una norma legal. No existiendo disposición legal alguna que permita cobrar penalidades por encima del precio regulado en el caso de excesos del consumo de energía, es contraria a la ley la interpretación de Electroperú de cobrar en exceso del precio de barra.

## **1.2. De la Reclamada**

Que corrido traslado de la reclamación, Electroperú por escrito de fecha 07 de octubre absuelve la misma en los siguientes términos:

Electroperú interpuso las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral alegando que con fecha 16 de mayo de 1997 celebró un contrato de suministro con Luz del Sur mediante el cual se obligó a vender y poner a disposición y entregar a Luz del Sur la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro de su parte. Por su lado, Luz del Sur se comprometió a comprar y pagar la potencia contratada, la utilizara o no, y la totalidad de energía que requiriese en los puntos de entrega. En la cláusula Décimo Segunda del contrato, las partes convinieron que todas las controversias que se originaran derivadas o relacionadas con el contrato que no pudieran ser solucionadas en trato directo, serían resueltas mediante arbitraje de derecho.

El convenio arbitral resulta imperativo para todas aquellas controversias que se hayan dispuesto en la cláusula arbitral al momento de la celebración del contrato. El artículo

62° de la Constitución Política establece que “la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato...” añadiendo que “... los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

Cuando se suscribió el contrato la normatividad vigente no establecía ninguna competencia a OSINERG para solucionar controversias entre entidades del sector energía y es recién con la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos de julio de 2000 que se señaló como función de los organismos reguladores, la de solución de controversias, la cual debe ser ejercida “...con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos”. Esto evidencia que OSINERG es incompetente para conocer de la controversia suscitada más aún si de acuerdo con el principio de Legalidad recogido en el título IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales les fueron conferidas”

Al absolver el traslado de la reclamación Electroperú señala que por el contrato de suministro celebrado entre las partes debía poner a disposición de Luz del Sur a partir del 1 de noviembre de 1998 la potencia contratada de 370 000 kilovatios, acordándose por una adenda que la potencia sería de 420 000 kilovatios a partir del 01 de julio de 2001. En la subcláusula 4.4 se estableció que “Si la energía mensual retirada por la Distribuidora, asignada a la Generadora conforme a lo estipulado en la subcláusula 2.5 excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por la Generadora y pagados por la Distribuidora a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SICN durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes.

El 19 de julio de 2004, mediante carta Luz del Sur puso en conocimiento de Electroperú que estaba a la espera de la publicación de un Decreto de Urgencia a través del cual se daría solución a los problemas del sector eléctrico y devolvió la factura que le había enviado por la venta de electricidad que incluía los excesos de consumo por el mes de junio de 2004, solicitando que dichos excesos sean considerados dentro de los alcances del Decreto de Urgencia. El 21 del mismo mes Luz del Sur planteó una devolución de los montos que en cumplimiento del contrato había pagado a Electroperú por excesos de energía, señalando que los mismos debían pagarse a tarifa de barra. Electroperú contestó ambas comunicaciones expresando su posición opuesta respecto de los excesos de consumo de energía, excesos que están regulados por el contrato el cual señala que cuando Luz del Sur se excediera en el retiro de la energía contratada, dichos excesos serán facturados por Electroperú y pagados por Luz del Sur a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SINAC. En dicha comunicación se le expuso que con anterioridad a la publicación del Decreto de Urgencia, Luz del Sur ha pagado hasta en ocho oportunidades (una en 2002, tres en 2003 y los meses de febrero, marzo, abril y mayo en 2004) habiéndose negado al pago en la factura correspondiente al mes de junio de 2004.

Por comunicación de 27 de julio, Luz del Sur reitera su posición y el 13 de agosto último las partes suscribieron un Acta de Culminación de Trato Directo, luego de lo cual Luz del Sur ha cancelado la factura del mes de junio, mencionando en su carta de 17 de agosto que iniciarían las coordinaciones correspondientes con Electroperú a efectos de cumplir con las formalidades y requisitos previos contenidos en la cláusula décimo segunda del mencionado contrato y someter así a arbitraje la materia en disputa. Posteriormente, mediante comunicación fechada el 16 de agosto de 2004, Luz del Sur devolvió la factura que corresponde a los excesos de consumo de energía del

mes de julio de 2004 expresando similares motivos a los mencionados anteriormente. Electroperú el 26 de agosto señaló a Luz del Sur que el plazo para solucionar la controversia en trato directo vencía el 31 de agosto, luego de lo cual correspondía que pagara la factura observada. El 03 de setiembre se ha requerido a Luz del Sur el pago de la factura pero en contestación de fecha 05 de setiembre Luz del Sur manifiesta que no corresponde a Electroperú emitir factura por los excesos de consumo pues considera que los mismos se encuentran dentro de los alcances del Decreto de Urgencia N° 007-2004 por lo que ninguna de las estipulaciones contractuales le son aplicables devolviendo nuevamente a Electroperú la factura correspondiente al mes de julio de 2004.

Como fundamento de derecho, Electroperú señala que la actual legislación del sector eléctrico permite la libertad de fijación de precios como regla para el suministro de electricidad, salvo en aquellos suministros que por su naturaleza requieran que sus precios sean regulados. Los contratos de venta de potencia y energía entre generadores y distribuidores tienen lugar dentro de condiciones de competencia, razón por la cual es válido y eficaz el pacto de un precio diferente al de las Tarifas en Barra, con la salvedad que el distribuidor no puede exigir a sus usuarios de servicio público precios mayores los establecidos en la Tarifa en Barra no existiendo precio regulado para la facturación de excesos de consumo de energía.

En su opinión, el pacto de las partes contenido en la subcláusula 4.4 no trasgrede norma imperativa alguna y por el contrario está en concordancia con el marco legal vigente. Así, la Comisión de Tarifas Eléctricas en 1995 estableció una penalidad para los excesos de consumo de potencia por encima de lo contratado, con lo cual pretendió solucionar una controversia similar. Impugnada ésta resolución se revocó la resolución y se fijó un precio mínimo aplicable a los excesos de consumo en la facturación de potencia. Es bajo éste marco normativo en que se celebra el contrato y en el cual las partes pactaron el pago de los excesos de consumo de energía en aplicación de los costos marginales de corto plazo fijados por el COES. Pese a haber cumplido lo pactado en los años 2002, 2003 y hasta mayo de 2004, Luz del Sur reclama la aplicación de tarifas de barra porque indica que no se puede pactar precios distintos a los regulados por OSINERG.

Respecto a la naturaleza jurídica del precio cobrado por los excesos de consumo, corresponde a una penalidad por: i) según el artículo 1341° del Código Civil, las penalidades se pactan para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato; ii) los excesos de consumo constituyen un incumplimiento del contrato; iii) los daños que dicho incumplimiento causa a Electroperú son el pago de los costos marginales, en las transferencias de energía en el COES, al verse obligada Electroperú a comprar energía a otras generadoras en el mercado spot, al precio de los costos marginales; iv) el precio es aplicable a la potencia y energía hasta el límite máximo de la potencia contratada pero dicho concepto resulta ajeno en caso de los excesos de consumo, que constituyen un incumplimiento del contrato y para dicho incumplimiento se ha pactado la aplicación de penalidades, denominadas "precio" en el contrato. v) la denominación "precio" no altera la naturaleza jurídica de la penalidad.

El artículo 1361° del Código Civil establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya pactado en ellos, por lo que la primera norma a ser observada por las partes es el contrato de suministro de electricidad suscrito entre Luz del Sur y Electroperú. El artículo 1362° señala que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes y el artículo 141° señala que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. Los actos materiales realizados por Luz del Sur revelan una manifestación de voluntad tácita de aceptar pagar los consumos de

energía en exceso que realice a los correspondientes Costos Marginales previstos en el Contrato. .

La claridad de los términos contractuales permitió que con anterioridad a los meses de junio y julio de 2004, Luz del Sur nunca cuestionara la validez de las facturas emitidas por los excesos de consumo, lo que antes había ocurrido hasta en ocho oportunidades. Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe es la exigencia de un comportamiento coherente ajeno a la veleidad y a los cambios de parecer perjudiciales.

Durante la vigencia del contrato de suministro suscrito el 30 de noviembre de 1993 entre las partes, se presentaron excesos de consumo de potencia y energía durante los meses de diciembre de 1994 hasta octubre de 1998, ocasiones en las que Luz del Sur excedió la potencia conectada, lo que originó los respectivos suministros extraordinarios los que fueron facturados mensualmente a costos marginales de corto plazo registrados en el COES-SICN, mas un recargo de 10% por gastos administrativos. Las discrepancias persistieron hasta que el 31 de marzo de 2000 en que las partes decidieron poner fin a las mismas mediante una transacción extrajudicial en la cual, en la cláusula primera numeral 1.3 se señala que en la ejecución del contrato surgieron discrepancias entre las partes derivadas de determinadas pretensiones de Electroperú en relación al pago de ciertos montos por concepto de exceso de energía, documentos a los que se anexaron todas las facturas que Electroperú emitió por excesos de consumo de potencia y energía, las mismas que fueron canceladas en virtud del acuerdo transaccional. La transacción tiene calidad de cosa juzgada según el artículo 1302 del Código Civil, lo cual impide que los mismos conceptos puedan ser ventilados posteriormente en cualquier vía, sea judicial, arbitral o administrativa. La transacción celebrada entre las partes vincula y obliga a las ellas, no pudiendo revisarse aquellos conceptos como el cobro de excesos en los que ya se han puesto de acuerdo.

En el planteamiento de Luz del Sur hay una evidente inconsistencia lógica pues de acuerdo a la cláusula 2.3 del contrato, los excesos de consumo constituyen un incumplimiento de contrato y sin embargo cuando ella es la que ha incumplido con el contrato a su entender tendría que ser beneficiada pagando montos menores a los que le corresponden a su suministro normal de energía. Esta es una interpretación tendenciosa del contrato y evidencia una falta de seriedad en su reclamo. Electroperú considera que la forzada interpretación de Luz del Sur al contrato evidencia una violación de principios elementales de la lógica y el Derecho pues en el contrato se han pactado aspectos patrimoniales que son de libre disposición de las partes, debiendo recalcar que no existen precios máximos para los excesos de consumo aún cuando sean destinados al servicio público de electricidad. Aceptar la posición de la reclamante implicaría que los conceptos de potencia contratada y energía asociada a la misma previstos en la vigente legislación, carecerían de sentido definitorio correcto, dejándose desprotegidos a los generadores integrantes del Servicio Eléctrico Interconectado Nacional, los cuales pese a tener una obligación legal de no poder contratar más potencia y energía que la propia o la contratada con terceros, se verían obligados a asumir consumos de sus clientes en magnitudes que no podían prever al suscribir contratos de suministro de electricidad. Esto resultaría siendo un precedente desastroso para el mercado eléctrico en cuanto a la contratación entre generadores y distribuidores.

## **2. Puntos Controvertidos**

Citadas las partes a la Audiencia Única, esta se llevó a cabo el 20 de octubre con la asistencia sólo de la parte reclamante por lo que, no obstante la ausencia de la otra parte, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc invocó a una conciliación de la materia reclamada. Asimismo, teniendo en cuenta las posiciones de las partes fijadas en la reclamación y en la contestación de ésta, fijó como puntos controvertidos los siguientes:

2.1.- Si OSINERG, a través del Cuerpo Colegiado Ad Hoc, es competente para conocer de la presente reclamación;

2.2.- De admitirse la competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, se establezca si los retiros de energía en exceso a la contratada, destinada al Servicio Público de Electricidad, están sujetos a los precios regulados, o si no les resulta de aplicación dicho tope sino exclusivamente lo estipulado en el contrato.

Posteriormente admitió las pruebas ofrecidas por las partes y actuó la declaración de parte y dio por cumplido el mandato de las exhibiciones solicitadas, luego de lo cual escuchada la sustentación de la reclamante procedió a interrogar al señor Mile Cacic Gerente General de la reclamante, luego de lo cual se dio por terminada la Audiencia Única.

## **3. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc**

Que, la reclamada considera que el Cuerpo Colegiado Ad hoc es incompetente para conocer la presente reclamación por cuanto el 16 de mayo de 1997, cuando se celebró el contrato de suministro con Luz del Sur, la normatividad vigente no establecía ninguna competencia del OSINERG para solucionar controversias entre entidades del sector energía y porque, además, en la cláusula Décimo Segunda del contrato las partes convinieron que todas las controversias que se originaran derivadas del contrato o relacionadas con el mismo que no pudieran ser solucionadas en trato directo, serían resueltas mediante arbitraje de derecho;

Que, la presente reclamación versa sobre el precio que debe pagarse por la energía en caso de suministros destinados al servicio público de electricidad materia que solo la puede determinar la autoridad que por la normatividad vigente es la encargada de velar por los aspectos regulatorios del sector eléctrico;

Que, si bien es cierto cuando se celebró el contrato en mayo del año 1997 el OSINERG no tenía entre sus funciones establecidas asignadas en el artículo 5º de la Ley Nº 26734, mediante Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, entre los que está OSINERG, se estableció en el inciso e) del artículo 3.1 como una de las funciones de los organismos reguladores, la de solución de controversias la que "...comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados".

Que, OSINERG en abril de 2002 aprobó mediante Resolución de Consejo Consultivo Directivo Nº 0826-2002-OS/CD su Reglamento de Solución de Controversias el cual en su artículo 2º establece en el tercer párrafo del inciso a) que es competencia de OSINERG resolver las " controversias entre Generadores y Distribuidores..." situación que se da en el presente caso;

Que, el artículo III del Código Civil establece que " la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...", artículo que recoge la concepción correspondiente a la teoría de los hechos cumplidos esto es, que la ley nueva tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al

momento en que entra en vigencia aplicándose la norma legal a lo que le era preexistente;

Que, a propósito de lo prescrito por el artículo 62° de la Constitución<sup>1</sup>, se ha sostenido por autorizada doctrina nacional que existe incompatibilidad entre el artículo 1355° Código Civil<sup>2</sup>. y el artículo 62° Constitución<sup>3</sup>, y no ha faltado quien ha opinado que se ha derogado el artículo 1355° Código Civil<sup>4</sup>. Otro sector de la doctrina nacional, interpretando que con el artículo 62° de la Constitución se ha retornado a la teoría de los derechos adquiridos, rompiendo el esquema de los hechos cumplidos, reconocido por el artículo III del Título Preliminar. del Código Civil, ha propuesto la modificación del artículo 62° ya citado<sup>5</sup>. Sin embargo, en opinión que este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc comparte, se ha observado que “afirmar que la frase “no pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales”, abarca inclusive a las normas de orden público, importaría atribuir en el fondo a los contratos en general, el carácter de contratos-ley, no obstante no contarse con la participación directa del Estado, por intermedio de alguna de sus entidades, para brindar las correspondientes garantías y seguridades”<sup>6</sup>. Por ello, una interpretación atenta de estos modelos jurídicos impone una lectura restrictiva del artículo 62° de la Constitución, haciéndolo aplicable sólo al caso de las normas supletorias. Con ello, la coexistencia con el artículo 1355° del Código Civil sería posible, ya que esta última si se refiere a las normas imperativas<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> El cual establece que “la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente” (el subrayado es mío).

<sup>2</sup> Que prescribe que: “la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”.

<sup>3</sup> En este sentido: “la Constitución de 1993 no tiene en materia contractual un corte marcadamente voluntarista, que haga de la voluntad humana una ley de sí misma, sino que cabe afirmar que, al conceder a los particulares la garantía de pactar libremente según las normas vigentes al tiempo del contrato, se encuentra, en esta materia, en la misma línea normativista que el Código Civil. Esto no significa, sin embargo, que no exista incompatibilidad entre el artículo 62° de la Constitución y el artículo 1355° del Código civil, por lo cual, dado el principio de jerarquía de las normas declarado por el artículo 51° de la Constitución, los jueces deben preferir el primero, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 138° de la misma Constitución” (DE LA PUENTE Y LAVALLE, *¿Por qué se contrata?*, en *Autonomía privada, contrato y Constitución*, en DE LA PUENTE Y LAVALLE, CARDENAS QUIROS y GUTIERREZ CAMACHO, *Contrato y mercado*, Gaceta Jurídica, 2000, 30-31).

<sup>4</sup> Así, se afirma que “la intervención legislativa posterior, (...), ha sido negada por la Constitución al señalar que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. En este orden de ideas, debemos entender virtualmente derogado el artículo 1355° del Código Civil referido a la intervención legislativa en los contratos en ejecución, imponiendo reglas o estableciendo limitaciones cuando el interés social, público o ético lo requiere” (MARTINEZ COCO, *¿Contratación de mercado o contratación social?. Algunas modificaciones necesarias a las disposiciones generales de contratación*, en *Aequitas*, Año 2, No. 2, CIDDE-Cultural Cuzco, Lima, 1995, 111).

<sup>5</sup> RUBIO CORREA, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 3, PUCP, 1999, 294.

<sup>6</sup> CARDENAS QUIROS, *Autonomía privada, contrato y Constitución*, en DE LA PUENTE Y LAVALLE, CARDENAS QUIROS y GUTIERREZ CAMACHO, *Contrato y mercado*, cit., 81.

<sup>7</sup> En esta misma orientación, cuando se afirma que “convenimos en que es indispensable interpretar el art. 62 de la Constitución en el sentido de que éste no alcanza las normas que son imperativas y de orden público, logrando de este modo mantener la razón de ser de los contratos-ley y la vigencia del art. 1355 del Código Civil” (GUTIERREZ CAMACHO, *Economía de mercado y contratación*, en DE LA PUENTE Y LAVALLE, CARDENAS QUIROS y GUTIERREZ CAMACHO, *Contrato y mercado*, cit., 154).

Que, en el presente caso, como lo señala la reclamada en su contestación a la reclamación y lo ha reconocido el reclamante al absolver la primera pregunta de su declaración, los hechos que son materia del reclamo se han producido después de la vigencia de la Ley N° 27332 por lo que en aplicación del artículo III del Título Preliminar del Código Civil es esta la Ley que debe aplicarse a las consecuencias del contrato celebrado en mayo de 1997, norma que como se ha dicho le ha dado a OSINERG la función de resolver las controversias que existan entre empresas o entidades supervisadas, entre estas y sus usuarios libres, razón por la cual resulta competente el Cuerpo Colegiado Ad Hoc de OSINERG para conocer de la presente reclamación.

Que, en cuanto a que el Cuerpo Colegiado Ad hoc no resulta competente por cuanto en el contrato celebrado entre las partes se estableció en la cláusula décimo segunda que las controversias que se originaran derivadas o relacionadas con el contrato que no pudieran ser solucionadas en trato directo serían resueltas mediante arbitraje de derecho, debe tenerse en cuenta lo que establece la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, en su artículo 1°. cuando señala que pueden someterse a arbitraje determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición;

Que, como se ha indicado la presente reclamación versa sobre el precio que debe pagarse sobre el suministro de energía eléctrica en casos de suministros de energía eléctrica destinados al servicio público de electricidad;

Que, según lo señalado en el inciso c) de la Ley de Concesiones Eléctricas, Ley N° 25844, están sujetos a regulación de precios las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio público de electricidad estableciendo los artículos siguientes quien y cómo debe fijarse el precio de energía eléctrica;

Que, siendo que la tarifa de energía eléctrica debe ser regulada por el Estado por el órgano señalado por la ley- hoy por OSINERG desde que fuera la Comisión de Tarifas de Energía le fue incorporada- resulta que conforme al inciso 4 del artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, es una materia que no puede someterse a arbitraje dado que el mencionado inciso establece que no son arbitrables las controversias "... directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público" lo que es le presente reclamación, lo que no elimina la posibilidad que otros asuntos que se conviertan en controversias entre las partes como consecuencia de la ejecución del contrato que celebraron puedan ser materia de arbitraje;

Que, por las razones expuestas no resulta atendible la defensa argumentada por Electroperú para que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc deje de conocer la presente reclamación por existir una cláusula arbitral en el contrato de suministro que celebrara con Luz del Sur en mayo de 1997;

Que, este Cuerpo Colegiado entiende que, a efectos de solucionar el conflicto suscitado entre las partes, debe interpretar el Contrato de Suministro de Electricidad entre Electroperú y Luz del Sur, del 16 de mayo de 1997, en adelante, el Contrato, de acuerdo a los criterios establecidos en el Código Civil, es decir, de acuerdo a las reglas de interpretación de la común intención de las partes y lo que se haya expresado en el acto jurídico (artículos. 1362° y 168° del Código Civil), al principio de buena fe (artículos. 1362° y 168° del Código Civil); a la interpretación sistemática (artículo 169° del Código Civil) y a la finalista (artículo 170° del Código Civil);

Que, la subcláusula 2.6 del Contrato precisa que:

**“LA DISTRIBUIDORA** utilizará el suministro objeto del Contrato – exclusivamente- para la atención de sus clientes a precio regulado con arreglo a Ley. En la eventualidad de que el límite establecido por el Reglamento para la determinación de los clientes libres disminuyera de 1 000 kW, el citado suministro será destinado a clientes que tengan una demanda máxima igual o menor a 1 000 kW. Dicha eventualidad no afectará la condición de que todo el suministro objeto del presente Contrato estará sujeto a la aplicación de las tarifas establecidas en la **Ciáusula Cuarta**”.

Que, la subcláusula 4.4. del Contrato establece que:

“Si la energía mensual retirada por **LA DISTRIBUIDORA**, asignada a **LA GENERADORA** conforme a lo estipulado en la subcláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por **LA GENERADORA** y pagados por **LA DISTRIBUIDORA** a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SICN durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes”.

Que, el inciso c del artículo 43° de la Ley de Concesiones Eléctricas regula que estarán sujetos a regulación de precios: “Las ventas de energía de generadores concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad”, el cual tiene que ser interpretado con el artículo 45° de la misma ley que estipula que “Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinadas al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra”;

Que, mientras la argumentación de Luz del Sur se basa en que la subcláusula 4.4 del Contrato, al establecer la facturación de los excesos de energía, debe ser interpretada en el sentido que debe pagarse a costo marginal de corto plazo siempre y cuando no sea mayor a la tarifa de barra fijada por el OSINERG, la argumentación de Electroperú se centra en el criterio que el precio regulado no alcanza a la facturación de los excesos de energía;

Que, a criterio de este Cuerpo Colegiado, al no existir norma expresa que regule el límite de la facturación de los excesos de energía, es perfectamente válido el acuerdo de las partes, tal como Electroperú y Luz del Sur lo estipularon en la subcláusula 4.4 del Contrato y conforme a los pagos realizados, hasta en ocho oportunidades, por Luz del Sur, de los cuales siete fueron realizados a precio por encima de la tarifa en barra, según lo manifestó el Gerente General de la reclamante, al absolver las interrogantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la Audiencia Única;

Que, el principio de los actos propios, conocido también con el aforismo *venire contra factum proprium non valet*, vale decir “que a nadie ha de estar permitido ir en contra sus propios actos”<sup>8</sup> es perfectamente aplicable a la situación bajo análisis. En efecto, “el fundamento de este principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada

---

<sup>8</sup> PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951, 97.

en la apariencia”<sup>9</sup>. Doctrina nacional sostiene que este principio “apunta a un tipo de situaciones en las que siendo legal, o ajustada a derecho, la común interpretación o aplicación de una declaración de voluntad negocial, ésta provee una acción u omisión injusta, en tanto esa acción u omisión contradice la conducta previamente observada y las expectativas que, de buena fe, se habían generado a partir de ella”<sup>10</sup>.

Que, los requisitos para la aplicación del principio de los actos propios son los siguientes<sup>11</sup>:

- Una situación jurídica preexistente;
- Una conducta de sujeto, jurídicamente relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro;
- Una pretensión contradictoria con dicha conducta, atribuible al mismo sujeto.

Que, es imperativo aplicar este criterio “respecto de conductas judiciales y extrajudiciales”<sup>12</sup>, por cuanto todo sujeto del proceso se halla ligado a sus actos anteriores, de los que no puede volver intempestivamente<sup>13</sup>. En efecto, este principio no puede ser extraño en un proceso como este. Por consiguiente, al quedar acreditado que las partes voluntariamente habían establecido un sistema de facturación de los excesos de energía, en el sentido que debe pagarse a costo marginal de corto plazo, sin ninguna limitación expresa en lo que a Tarifas de Barra se refiere y además que así fue pagado por Luz del Sur en ocho oportunidades, la reclamante no debería contradecir sus propios actos.

Que, por las razones anteriormente expuestas las pretensiones de Luz del Sur carecen de sustento;

Que, las demás pruebas y documentación presentada por las partes, no contradicen ni varían la argumentación señalada;

De conformidad con lo establecido por la Ley No. 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Reglamento General de OSINERG, aprobado por Decreto Supremo No. 054-2001-PCM, el Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERG No. 0826-2002-OS/CD, la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y en la Resolución del Consejo Directivo de OSINERG No. 255-2004-OS/CD;

---

<sup>9</sup> PUIG BRUTAU, op. cit., 102. El Autor afirma que: “quien ha dado lugar a la situación engañosa, aunque haya sido sin el deliberado propósito de inducir a error, no puede hacer que su derecho prevalezca por encima del derecho de quien ha depositado su confianza en aquella apariencia. El primer titular ha de tropezar con un obstáculo si lo pretende. Por ello, muy gráficamente, los juristas anglosajones afirman que alguien está *estopped* o *barred*, es decir impedido de hacer valer el derecho que en otro caso podría ejecutar” (cit., 103).

<sup>10</sup> ORTIZ CABALLERO, *La doctrina de los actos propios en el Derecho Civil Peruano*, en *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, PUCP, Lima, No. 45, 1991, 266. El autor entiende al “*venire contra factum proprium*” como un aforismo.

<sup>11</sup> Conclusión 5ª de la Comisión 8ª de las Novenas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Mar de Plata en 1983, en *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991, 44-45.

<sup>12</sup> LOPEZ MESA, *La Doctrina de los Actos Propios en la Jurisprudencia. La utilidad de las normas abiertas, el ocaso del legalismo estricto y la nueva dimensión del juez*, Depalma, Buenos Aires, 1997, 192.

<sup>13</sup> LOPEZ MESA, op. cit.

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1.-** Declarar infundadas las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral presentadas por ELECTROPERU S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 2.-** Declarar infundada la reclamación presentada por la empresa Luz del Sur S.A.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 3.-** Establecer que a los retiros de energía en exceso, destinados al Servicio Público de Electricidad, no les resulta de aplicación como tope los precios regulados, sino lo estipulado en el contrato suscrito entre las partes.

\_\_\_\_\_  
Sergio León Martínez  
Presidente  
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

\_\_\_\_\_  
Jorge Cardenas Bustíos  
Miembro  
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

\_\_\_\_\_  
Juan Espinoza Espinoza  
Miembro  
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS del  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA -  
OSINERG N° 005-2005-TSC/ 19-2004-TSC-OSINERG**

Lima, 22 de abril de 2005

**VISTA:**

La Apelación presentada por la Empresa Luz del Sur S.A.A., en adelante Luz del Sur, y por la Empresa de Electricidad del Perú S.A., en adelante ELECTROPERÚ, ambas con fecha 17 de Noviembre del 2004, contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, en adelante la Resolución 008, en la controversia entre ambas empresas;

**CONSIDERANDO:**

**I. PRINCIPALES ANTECEDENTES**

1. Con fecha 07 Setiembre de 2004, Luz del Sur presentó una reclamación contra ELECTROPERÚ, solicitando como pretensiones al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, lo siguiente:
  - a) Que declare que el precio tope que los generadores pueden cobrar a lo concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no pueden exceder la tarifa en barra aprobada por el OSINERG, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de precios de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8°, 43° (c) y 45° del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas - LCE.
  - b) Que, el citado tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación no sólo al precio de energía contratada con el generador sino, inclusive, a los retiros en exceso de la energía contratada, cuando dichos excesos están destinados al Servicio Público de Electricidad.
  - c) Que, ELECTROPERÚ no puede cobrar a Luz del Sur, por los retiros de energía en exceso de la energía contratada en el Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 16 de mayo de 1997, vigente entre las partes, un precio mayor al precio de barra regulado por OSINERG, puesto que la energía suministrada esta destinada exclusivamente a los usuarios del Servicio Público de Electricidad.
2. Mediante Resolución No. 255-2004-OS/CD, modificada por Resolución No. 256-2004-OS/CD, el Consejo Directivo del OSINERG, designó a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, que se avocarían a resolver la Controversia planteada por Luz del Sur;
3. Por Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del OSINERG No. 001-2004-OS/CC-20, de fecha 14 de Setiembre de 2004, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, se asumió competencia en la reclamación referida en el primer considerando, se admitió a trámite la reclamación y se dispuso el traslado de la reclamación a la empresa reclamada;
4. Mediante escrito del 29 de Setiembre del 2004, ELECTROPERÚ solicita al Cuerpo Colegiado que se abstenga de seguir conociendo la causa, por haber

adelantado opinión al momento de haber concedido a Luz del Sur una Medida Cautelar;

5. Mediante Resolución No. 002-2004-OS/CC-20, de fecha 06 de Octubre de 2004, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declaró infundado el pedido de ELECTROPERÚ;
6. Con escrito de fecha 07 de Octubre, ELECTROPERÚ, contesta la reclamación y formula excepciones;
7. A través de la Resolución No. 003-2004-OS/CC-20, del 11 de Octubre, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc pone en conocimiento de Luz del Sur la contestación de ELECTROPERÚ a la reclamación y señala la fecha en la que se llevará a cabo la Audiencia Única;
8. Que, mediante escrito del 19 de Octubre del 2004, ELECTROPERÚ solicita que no se lleve a cabo la Audiencia programada, lo cual es declarado improcedente mediante Resolución 006-2004-OS/CD-20;
9. Que, con fecha 19 de Octubre de 2004, se realizó la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, sin la presencia de los representantes de ELECTROPERÚ, a pesar de haber sido debidamente notificado. Se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

**Petitorio de Luz del Sur;**

- a) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare que el precio tope que los Generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no puede exceder la tarifa en barra aprobada por OSINERG, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de precios de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8°, 43° c, y 45° de la Ley de Concesiones Eléctricas.
- b) Que, el citado tope constituido por la tarifa en barra resulta aplicable no sólo al precio de la energía contratada con el Generador sino, inclusive, a los retiros en exceso de la energía contratada, cuando dichos excesos están destinados al Servicio Público de Electricidad.
- c) Que ELECTROPERÚ no puede cobrar a Luz del Sur por los retiros de energía en exceso de la energía contratada en el contrato de suministro de electricidad suscrito el 16 de mayo de 1997, vigente entre las partes, un precio mayor al precio de barra, regulado por OSINERG, puesto que la energía suministrada esta destinada exclusivamente a los usuarios del servicio público de electricidad.

**Petitorio de ELECTROPERÚ**

A pesar de no estar presente se consigno el petitorio de ELECTROPERU, contenido en su escrito de respuesta a la reclamación, con la finalidad que quedara claro todas las materias controvertidas:

- a) Que, se declare la incompetencia del OSINERG para conocer del reclamo presentado por Luz del Sur, debiéndose solucionar la controversia suscitada entre las partes de acuerdo a los términos previstos en el contrato.
- b) Que, se declare infundado el reclamo planteado.

Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG

10. Que, Luz del Sur, mediante escrito del 20 de Octubre, cumple con presentar copia de sus contratos de suministro eléctrico vigentes; los cuales son puestos en conocimiento de ELECTROPERÚ mediante la Resolución No. 007-2004-OS/CD-20;
11. Con fecha 25 de Octubre del 2004, se emitió la Resolución 008, mediante la cual se declararon infundadas las excepciones presentadas por ELECTROPERÚ y la reclamación de Luz del Sur y se estableció que a los retiros de energía en excesos, destinados al Servicio Público de electricidad, no les resultaba de aplicación como tope los precios regulados, sino lo estipulado en el contrato suscrito entre las partes;
12. El 17 de Noviembre, ELECTROPERÚ apela la Resolución 008. Lo mismo hace Luz del Sur;
13. Mediante Resolución 009-2004-OS/CD-20, se concede la apelación y se eleva el expediente;
14. Por Resolución 001-2004-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, del 18 de Noviembre del 2004, se dispuso traslado de las apelaciones presentadas;
15. Mediante escrito del 26 de Noviembre, Luz del Sur absuelve traslado;
16. El 04 de Enero del 2005, ELECTROPERÚ absuelve traslado de la apelación;
17. Mediante la Resolución 002-2004-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, del 06 de Enero del 2005, se dio por absuelto el traslado y se señaló la fecha para la Vista de la Causa;
18. El 17 de Enero, Luz del Sur, solicita se conceda el uso de la palabra al Dr. Gaspar Ariño, a la Dra. Maria Teresa Quiñónez y al Dr. Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, para la Vista de la Causa programada;
19. El 18 de Enero, ELECTROPERÚ, solicita acreditar como abogados suyos al Dr. Jose Payet y al Dr. Jorge Lazarte para que participen en la Vista de la Causa programada;
20. El 18 de Enero, se llevó a cabo la Vista de la Causa, con la presencia de las dos partes;
21. Con fecha 24 de Enero del 2005, ELECTROPERÚ presentó argumentos para mejor resolver, lo cual se puso en conocimiento de Luz del Sur;
22. Que, con fecha 02 de Febrero del 2005, Luz del Sur, presentó argumentos para mejor resolver, lo cual se puso en conocimiento de ELECTROPERU;
23. Con fecha 25 de febrero, Luz del Sur presentó argumentos para mejor resolver, lo cual fue puesto en conocimiento de ELECTROPERU;
24. Habiéndose cumplido con todas las etapas prevista en el Reglamento de Solución de Controversias del OSINERG, aprobado mediante Resolución No. 0826-2002-OS/CD y en la Ley del Procedimiento Administrativo, Ley No. 27444, así como habiendo las partes manifestado en extenso su posición, el

presente procedimiento se encuentra listo para resolver, luego de análisis minucioso por parte del Tribunal dada la complejidad de la materia controvertida;

## II. ARGUMENTOS DE LOS APELANTES

### **Apelación de ELECTROPERÚ**

Sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

#### OBJETO DE LA APELACIÓN

ELECTROPERÚ sólo apela el artículo 1 de la Resolución 008, referido a la competencia del OSINERG, encontrándose conforme con los otros 2 artículos.

#### FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN

La competencia otorgada al OSINERG es para solucionar las controversias suscitadas entre Generadores y Distribuidores en aspectos técnicos, regulatorios, normativos y aspectos derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y fiscalización de OSINERG. Por lo tanto, en cualquier otra controversia, que no verse dentro de estos supuestos, OSINERG no es competente para resolver aquella.

La presente controversia no versa sobre el ámbito de competencia de OSINERG sino que se trata de una materia contractual ya que se solicita interpretar el numeral 4.4 del contrato. El mismo Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en su resolución final reconoce el carácter contractual de la controversia. Consecuentemente, se ha excedido de sus funciones al interpretar un contrato. Adicionalmente, las partes han pactado un medio de solución de conflictos; es decir, el sometimiento a la competencia arbitral.

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha realizado una interpretación indebida ya que la materia controvertida no esta referida al cobro de una tarifa regulada sino mas bien al cobro de un importe no regulado que se genera como consecuencia de una causal de incumplimiento contractual de Luz del Sur. Contradictoriamente, el mismo Cuerpo Colegiado Ad – Hoc declara que no les resulta de aplicación como tope los precios regulados sino lo estipulado en el contrato suscrito.

Por ultimo, el presente caso no versa sobre un cobro de una tarifa o precio regulado sino sobre el cobro de un importe derivado de una causal de incumplimiento contractual prevista en el contrato, materia en la cual, tal y como lo reconoce el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, sólo rige lo pactado entre las partes.

### **Apelación de Luz del Sur**

Sustenta su posición principalmente en lo siguiente

#### OBJETO DE LA APELACIÓN

Los extremos contenidos en los artículos 2 y 3 de la parte resolutive que declaran infundada la reclamación de Luz del Sur.

## FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA
  - Los Generadores tendrían incentivos para propiciar en los distribuidores los excesos de consumo de electricidad.
  - Permitir a las empresas generadoras vender energía (bajo el nombre de excesos de consumo) a un precio superior a la Tarifa en Barra perforaría el sistema de regulación de precios previstos en la LCE y en la regulación del OSINERG, lo que conllevaría al progresivo endeudamiento de las distribuidoras hasta su quiebra.
  
- LA REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD
  - La regulación no alcanza solamente a la contraprestación por el uso de las redes de transmisión y distribución, sino que abarca toda la cadena que va del generador al usuario final en el caso de ventas destinadas al servicio público de electricidad, quienes pagan un precio regulado, resulta inviable que el distribuidor cobre precios regulados si le venden energía a precios libres, también deben ser regulados.
  - La tarifa en Barra es el precio regulado que los distribuidores deben pagar a los generadores por la energía consumida, ello porque cuando los generadores suministran energía a los distribuidores para uso colectivo están prestando un servicio público.
  - La función reguladora de OSINERG respecto de las tarifas no sólo alcanza al precio de la potencia y energía sino a las demás estipulaciones contractuales aplicables a las relaciones generador-distribuidor y distribuidor-usuario del servicio público de electricidad, incluidos los sobrecostos, recargos y penalidades por exceso de consumo, según el Decreto Supremo No. 035-95-EM).
  - Las condiciones de aplicación de las Tarifas en Barra para las ventas de generador a distribuidor destinadas al servicio público de electricidad (las condiciones de aplicación), regulan los únicos cargos y penalidades que resultan aplicables a los suministros destinados al servicio público de Electricidad, Resolución 15-95-P/CTE, en ella se autoriza al generador a pactar penalidades sólo por el exceso de potencia contratada, mas no existe norma para los excesos de consumo de energía activa aun cuando si se permite las penalidades por energía reactiva.
  - De acuerdo con la LCE, el único valor que traslada el distribuidor al usuario es el precio que paga a su suministrador y añade, exclusivamente, su Valor Agregado de Distribución. En aplicación del principio de legalidad; la administración sólo puede hacer lo que la ley le permite, y en vista que no hay norma que se lo permita; no es posible pactar recargos, penalidades o precios distintos que excedan los máximos permitidos por la LCE, su reglamento – RLCE - y las condiciones de aplicación.
  
- NATURALEZA DE LA REGULACIÓN DE LAS TARIFAS ELÉCTRICAS.
  - Constituyen el mercado no regulado aquellas transacciones destinadas a personas distintas de los usuarios del Servicio Público de Electricidad (artículo 8 de la LCE, Anexo de la LCE numeral 8, artículo 43 inc. c) de la LCE, artículo 45 de la LCE) consecuentemente, todos los cargos,

precios y penalidades aplicables para el Servicio Público de Electricidad, corresponden al Mercado Regulado. Es por ello que OSINERG es el único competente para fijarlos; a falta de regulación no es posible pactar sobrepuestos o conceptos distintos de aquellos específicamente autorizados por OSINERG.

- La LCE sujeta a regulación de precios toda venta (traspaso de dominio) de energía eléctrica de un generador a un distribuidor, destinada al servicio público de Electricidad. Los excesos de consumo involucran un traspaso de dominio de energía, también deben estar sujetos a regulación de precios cuando se destinen al Servicio Público de Electricidad ya que es venta de Electricidad; esta postura es reconocida por el propio ELECTROPERÚ al facturar el exceso de consumo, denominándolo venta de Electricidad.
- **COMO DEBEN INTERPRETARSE EL CONTRATO RESPECTO DE LOS EXCESOS EN EL CONSUMO.**
  - Por tratarse de una venta de energía de Generador a Distribuidor, destinada a clientes regulados, el precio no puede exceder lo establecido en el artículo 45 de la LCE, recogido en las sub cláusulas 4.1 y 4.2 del contrato.
  - La sub cláusula 4.4 del contrato, en una interpretación sistemática, es válida dentro de los límites aplicables a los suministros regulados (es decir, los excesos de energía deben pagarse a costo marginal de corto plazo siempre y cuando esta no sea mayor al precio en barra, siendo el tope máximo el precio en barra).
- **CONSECUENCIAS DE LAS PREMISAS ANTERIORES:**
  - La generación es servicio público, regulado, en la medida en que esté destinada al suministro colectivo a tarifa (es una conclusión de la LCE que no distingue supuestos).
  - EL Contrato entre ELECTROPERÚ y Luz del Sur corresponde íntegramente al mercado regulado y así lo dice el propio contrato en su cláusula 2.6, no es un suministro para clientes libres.
  - Todo Ciudadano tiene derecho al servicio y por tanto la distribuidora tiene la obligación de prestarlo de forma regular y continua.
  - La tarifa en barra se traslada íntegramente al precio de venta al consumidor al que se agrega el Valor Agregado de Distribución. La suma de ambos factores integra el precio al que se vende toda la energía a los consumidores finales. Por tanto, esa misma tarifa en barra debe ser la que los generadores apliquen a cualquier venta de energía para el servicio público. No es posible pactar precios, cargos o penalidades distintos o añadidos a los aprobados por OSINERG.
  - Los excesos de consumo no son un incumplimiento contractual sino el cumplimiento de una obligación legal de mantener el servicio.
- **LA INCORRECTA INTERPRETACIÓN LEGAL Y CONTRACTUAL EFECTUADA POR EL CUERPO COLEGIADO:**
  - El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc presupone, sin expresar motivación alguna, que el artículo 45 de la LCE se refiere sólo a energía contratada y no a los excesos de consumo.
  - El Cuerpo Colegiado viola el principio según el cual los operadores jurídicos no deben hacer distinción donde la Ley no distingue.

- La Resolución viola los principios básicos del Derecho Administrativo ya que la administración sólo puede hacer (o cobrar) lo expresamente autorizado en una norma legal. Consecuentemente, no es necesaria una norma establezca la prohibición de pactar precios o penalidades superiores a la Tarifa en Barra para los retiros en exceso, basta que la Ley no lo permita para que no pueda hacerse (así debe interpretarse el artículo 31 de la LCE).
  - El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha modificado el artículo 45 de la LCE haciendo distinción donde la ley no lo hace.
  - El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc reconoce la aplicación de una Tarifa Regulada, sin embargo, al desestimar la excepción deducida por ELECTROPERÚ, argumentó que la materia de la presente controversia no puede someterse a arbitraje por ser directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado; consecuentemente, la tarifa eléctrica debe ser regulada por el Estado, por el órgano señalado por Ley. Adicionalmente, el RLCE señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para resolver las controversias entre Generadores y Distribuidores relacionadas con aspectos regulatorios. El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc reconoció la naturaleza regulada de los precios de la energía vendida por generadores a distribuidores destinada al servicio público. No se entiende como luego el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc desconoce lo anteriormente afirmado.
  - No es aplicable a la controversia la doctrina de los actos propios ya que cualquier conducta desarrollada erróneamente por Luz del Sur (el pago erróneo de siete facturas) que vulnere una norma imperativa no tiene validez (pago superior a la Tarifa en barra), ni puede ser calificada como conducta eficaz, teniendo en cuenta que uno de los requisitos para que se aplique dicha doctrina es que sea una conducta válida y eficaz.
  - Los pagos efectuados mediante error no vinculan las conductas posteriores dado que estos pueden ser repetidos conforme a las reglas del pago indebido.
  - La doctrina de los Actos Propios si sería de aplicación para ELECTROPERÚ ya en las facturas emitidas, reconoce que los excesos de consumo tiene la naturaleza de venta, con lo cual, estos consumos en exceso se verían dentro de los alcances del artículo 45 de la LCE, esta conducta anterior si es eficaz, válida y vinculante.
- CAUSALES DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN
- Ausencia de Motivación, no justifica la afirmación que los excesos en el consumo de energía activa no constituyen ventas y por ende no están regulados en la LCE, vulnerando el Debido Proceso.
  - La debida motivación es un requisito de validez de los actos administrativos, numeral 4 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) y la falta del mismo acarrea la nulidad (artículo 10 de la LPAG).
  - Vulnere el principio de Legalidad ya que el Cuerpo Colegiado Ad –Hoc al haber actuado en forma contraria a lo establecido en los artículos 43 y 45 de la LCE, en conformidad del artículo 10 de la LPAG, ha viciado la resolución de nulidad.

**Luz del Sur contesta la apelación de ELECTROPERÚ y sustenta su posición principalmente en lo siguiente:**

OBJETO DE LA CONTESTACIÓN

Que el Tribunal confirme que OSINERG tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer la controversia planteada por Luz del Sur.

FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN:

- OSINERG tiene competencia exclusiva y excluyente, por las siguientes razones:
  - Artículo 46 de la LCE; las tarifas en barra y sus respectivos formulas de reajuste, serán fijadas semestralmente por OSINERG.
  - Artículo 10 de la LCE; OSINERG es la responsable de fijar las tarifas de energía eléctrica.
  - Artículo 15 inc. a) de la LCE; funciones del Consejo Directivo " la de fijar, revisar y modificar las tarifas de venta de energía eléctrica ".
  - Artículo 22 inc. h) del RLCE; OSINERG puede emitir directivas complementarias para la aplicación tarifaria.
  - Artículo 1, del Reglamento General de OSINERG (en adelante, RGO); OSINERG es competente para regular las tarifas y fijar los precios regulados del servicio eléctrico, así como fiscalizar y supervisar a las entidades del sector eléctrico.
  - Artículo 34 inc. b), RGO; La función supervisora incluye la verificación del cumplimiento de las disposiciones normativas y reguladoras.
  - Artículo 36, del RGO; OSINERG esta facultado para imponer sanciones a las entidades por el incumplimiento de obligaciones legales, técnicas derivadas de los contratos de concesión o de disposiciones reguladoras o normativas.
  - Artículo 44 del RGO; OSINERG, por intermedio de sus órganos competentes, puede resolver controversias y conflictos, que dentro de su ámbito de competencia, surjan entre entidades del sector eléctrico.
  - Artículos 46 inc. c), y 47 del RGO; Artículo 2 inc. a); y 4 del Reglamento de Solución de Controversias (en adelante, RSC); El Cuerpo Colegiado y Tribunal de Solución de Controversias, tienen competencia exclusiva y excluyente para conocer controversias relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos y aspectos derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y fiscalización de OSINERG.
- La materia de la controversia esta relacionada a i) la participación de dos entidades integrantes del sector eléctrico; ii) normativos, respecto al alcance, significado y sentido de normas específicas de la LCE; iii) regulatorios, respecto a las tarifas eléctricas y; iv) involucra actividades propias de las funciones de OSINERG sobre supervisión, regulación y fiscalización.
- ELECTROPERÚ reconoce en su apelación que la controversia tiene por objeto que OSINERG determine si la venta de energía en exceso de la energía contratada es un precio regulado, es evidente que OSINERG es competente ya que la aprobación de tarifas eléctricas son parte de su función reguladora.

- La materia de la controversia no es la interpretación de una cláusula del contrato sino la existencia de precios regulados que no pueden ser excedidos por las partes en el caso de suministros destinados al Servicio Público de Electricidad; ELECTROPERÚ reconoce esta naturaleza en su escrito de apelación; aceptar su posición significaría cercenar la función reguladora de OSINERG.
- Luz del Sur no desconoce la cláusula arbitral, pero no es aplicable a la presente controversia por ser materia de aplicación de aspectos normativos y regulatorios, materia no disponible para las partes; además, de ser materia que interesa al orden público; y es una materia que conciernen a las atribuciones o funciones del imperio del Estado.

**ELECTROPERÚ contesta la apelación presentada por Luz del Sur, sustentando su posición principalmente en lo siguiente:**

FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN:

- La regulación se da en el caso que exista fallas en el mercado. Sin embargo, dada la estructura del mercado eléctrico, es falaz sostener que se tenga que regular todos los eslabones de la cadena (generación, transmisión y distribución).
- El modelo peruano ha dividido los segmentos en generación, transmisión y distribución, y ha limitado la posibilidad de fusiones y concentraciones, y ha introducido competencia en los segmentos donde sea posible; es decir, en la Generación.
- La segmentación del mercado en sectores que constituyen monopolios naturales y sectores competitivos, destierra la posibilidad de señalar que la regulación que se aplica a toda la actividad es la de fijación tarifaria. Todos los generadores ofrecen energía que producen a cualquier distribuidor o cliente Libre, y lo hace al precio que libremente fijan las partes, no se impone que sea fijada en tarifa en barra. Las normas que regulan las relaciones jurídicas que informan no son de derecho público sino de derecho privado, sólo son de derecho público las relaciones entre los distribuidores y los usuarios finales con consumos menores a 1Mw.
- Una característica de la actual regulación del sector eléctrico es la libertad de fijación de precios, como regla general para el suministro de Electricidad, salvo en aquellos suministros que por su naturaleza lo requiera (artículo 8 de la LCE). Los contratos entre generadores y distribuidores se dan en competencia, razón por la cual es válido pactar una tarifa diferente a la establecida en barra. Sin embargo, la ley aplica el nivel de valores máximos susceptibles de ser trasladados a los Clientes Regulados.
- Respecto a que los generadores propiciarían en las distribuidoras excesos de consumo, se puede decir que es falso este argumento porque las generadoras no fijan libremente los precios, el mismo es fijado por la oferta y la demanda.
- Respecto a que los generadores propiciarían que los distribuidores consuman más allá de la energía contratada. ELECTROPERÚ no puede lograr ello ya que Luz del Sur hace retiros directamente del sistema, en

función a lo pactado en el contrato, Luz del Sur debe retirar únicamente lo que se comprometió contractualmente, de ahí que los excesos tengan naturaleza sancionadora ante el incumplimiento de Luz del Sur.

- Luz del Sur asume que los costos marginales están por encima a los precios fijados para la tarifa en barra, no siempre es así, por ejemplo, lo ocurrido en marzo del 2002, que siguiendo la hipótesis de Luz del Sur, debió haberse reflejado en los usuarios, por una suerte de efecto espejo, lo cual hubiera significado que las tarifas de sus usuarios finales se hubiese reducido en ese mes; ya que el costo marginal estaba por debajo de la Tarifa en barra.
- Luz del Sur tiene la misma cláusula con otros suministradores (Edegel, Termoselva, Egenor y Eepsa) , dichas empresas han facturado a Luz del Sur por los excesos de energía bajo la modalidad que ha usado Luz del Sur; sin embargo, Luz del Sur no ha reclamado.
- Respecto al supuesto error de Luz del Sur al pagar las facturas pasadas, argumentan que no es una conducta eficaz ni válida por ir en contra de una norma de carácter público. Sin embargo, siguiendo al Dr. Santiváñez, estas normas no tienen carácter público, sino carácter de Derecho Privado y tiene la finalidad de incentivar a la empresa adquirente a hacer sólo los retiros de energía que contrato, y no más.

#### **ESCRITOS ADICIONALES:**

En escritos presentados por ELECTROPERÚ con fecha 24 de Enero y 29 de marzo del 2005 y por Luz del Sur con fecha 02 y 25 de Febrero del 2005, respectivamente, se sustentan principalmente en lo siguiente:

#### **ARGUMENTOS DE ELECTROPERÚ**

- En la Vista de la Causa, Luz del Sur manifestó que los retiros en exceso que efectuaba por encima de la potencia y energía contratada, estaban destinados al Servicio Público de Electricidad. Dicha afirmación es falsa porque el numeral 2.6 de la cláusula del Contrato establece que Luz del Sur sólo está obligada a destinar al Servicio Público de Electricidad el suministro de electricidad que es objeto del contrato.
- Consecuentemente, el numeral 2.6 de la cláusula segunda no obliga a Luz del Sur a destinar los excesos que retire por encima de la potencia y energía contratada al Servicio Público de Electricidad, pudiendo destinar los excesos tanto a sus clientes libres como regulados, generando la obligación de pagar a ELECTROPERÚ dichos excesos al costo marginal de corto plazo.
- Según el numeral 2.3 del numeral iii del contrato de Suministro, los retiros constituyen un incumplimiento contractual que faculta a ELECTROPERÚ a resolver el contrato. Con lo cual los excesos de consumo de energía no forman parte del Contrato de Suministro.
- Luz del Sur ha destinado parte de los retiros en exceso al mercado libre, tal como lo demuestra el informe Técnico CC-1211-2004, presentado por ELECTROPERÚ ante OSINERG.

- Por otro lado, Luz del Sur si ha suscrito contratos con otros generadores destinados a abastecer de potencia y energía únicamente al Servicio Público de Electricidad, con cláusulas muy parecidas a las del contrato con ELECTROPERÚ; no obstante en esos casos, Luz del Sur viene pagando penalidades ante tal incumpliendo superiores a la tarifa en barra. (EPPSA cobra los excesos de consumo a costo marginal de corto plazo al igual que Egenor).
- Adicionalmente, un Generador puede tener contratada la totalidad de su potencia y energía a diversos usuarios, es por ello que resulta indispensable que se pueda establecer en sus contratos de suministro mecanismos que hagan posible limitar los retiros en exceso de energía ya que podrían exceder su capacidad de Generación. Consecuentemente es valido poder pactar que los mismos sean penalizados con un mayor cobro que el aplicable a la energía contratada.
- Nuestra legislación no establece limites regulatorios a las penalidades por los retiros en exceso. La Resolución de Comisión de Tarifas Eléctricas 015-95-P/CTE dispuso cual será la penalidad ante tal supuesto. Sin embargo, Luz del Sur interpuso recurso de reconsideración solicitando la eliminación de las penalidades; que fue declarada fundada señalando que las mismas serán pactadas por las partes intervinientes en los contratos. Consecuentemente, los cobros que se apliquen por consumo en exceso estará sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes.
- La tesis de Luz del Sur se apoya en el artículo 45 de la LCE, que dice que las ventas a un distribuidor para Servicio Público deben efectuarse a tarifa en barra, pero olvida el artículo 42 de la LCE, que establece que todos los precios regulados deben reflejar los costos marginales de suministro.
- La tarifa en barra y los costos marginales no están divorciados entre si; La primera no es más que la línea de tendencia de los segundos. La tarifa en barra se erige, no para conjurar los costos marginales, a los cuales representa, sino para estabilizar los precios.

#### **ARGUMENTOS DE LUZ DEL SUR**

- La cláusula 2.6 del contrato establece que el destino del suministro es el Servicio Público de Electricidad, hecho que no es parte de la materia controvertida; sin embargo, ELECTROPERÚ ha manifestado tener conocimiento que parte de la electricidad había sido destinada al mercado Libre, sin aportar prueba alguna que sustente tal afirmación, tampoco dijo a quien iba dirigida tal energía.
- La demanda de los Clientes Libres se encuentra cubierta por los contratos suscritos. Más aun, durante el periodo de vigencia del contrato, la curva de demanda de los Clientes Libres ha disminuido, en tanto que ha crecido la de los usuarios del Servicio Público de Electricidad.
- Adicionalmente, en la audiencia se dijo que había una contradicción entre lo reclamado por Luz del Sur en la vía administrativa y lo reclamado en la vía judicial. No existe tal contradicción ya que Luz del Sur solicita a OSINERG que declare cual es el precio máximo que un distribuidor puede pagar a un generador por los consumos de energía destinada al servicio publico de electricidad, incluidos aquellos que exceden la energía contratada. Mientras

que en la vía jurisdiccional se solicita que se declare que Luz del Sur debe ser incluida dentro de los beneficiarios del Decreto de Urgencia 007-2004, con lo cual lo consumido sin respaldo contractual destinado al Servicio Público de Electricidad deberá ser proporcionalmente distribuido entre las generadoras estatales.

- En el mismo sentido, la demanda judicial ha sido presentada contra ELECTROPERÚ, el COES, Egasa, San Gabán, Egemsa y Egesur. Con lo cual se demuestra que también falta la identidad de las partes intervinientes en ambos procesos.
- Por otro lado, el contrato suscrito con ELECTROPERÚ es el único destinado, exclusivamente, a clientes regulados. En los otros contratos suscritos con otras generadoras, tienen por finalidad abastecer al mercado libre o hacen expresa referencia que cualquier exceso de consumo será destinado al mercado libre.
- En la citada audiencia ELECTROPERÚ sostiene que esta controversia solo afecta los intereses de Luz del Sur y ELECTROPERÚ, olvidando que es un contrato destinado al Servicio Público de Electricidad. Solicitando que se interprete la cláusula 4.4 como un acto jurídico aislado, independientemente del contexto en el que se desenvuelve dicho servicio público.
- Agrega, que la doctrina de los actos propios no es aplicable a Luz del Sur por haber actuado en contra de normas de orden público.

### **III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

#### **1. COMPETENCIA DEL OSINERG**

##### **1.1. Sustento Legal**

Que, entre las funciones que otorga la Ley Marco a los Organismos Reguladores de la Inversión Privada, Ley N° 27332, entre los que se encuentra OSINERG, está la de solución de controversias, la cual comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados;

Que, el artículo 47° del RGO prevé en su segundo párrafo que el procedimiento administrativo se inicia con la solicitud de parte, principio que es recogido en el primer párrafo del artículo 31° del RSC;

Que, el presente caso la controversia consiste en determinar si los consumos en exceso de energía, destinada al Servicio Público de electricidad, por sobre los límites establecidos en el contrato de suministro están sujetos a los precios regulados, tarifa en barra o por el contrario, no les resulta de aplicación dichos topes, está es la materia controvertida que ha sido reconocida por las partes de manera expresa. Lo cual supone un conflicto entre particulares que debe ser resuelto por la Administración Pública, encargada de ello, en este caso el Organismo Regulador, enmarcándose dentro de lo establecido en el artículo 219° de la LPAG siendo un procedimiento trilateral el cual se inicia según el artículo 219.2° de la misma norma, con la presentación ante la autoridad administrativa de una reclamación, que es lo que ha ocurrido;

Que, según la normatividad (LCE, RLCE, RGO), el OSINERG es la única entidad competente para determinar el alcance y extensión de los artículos 43 y 45 de la LCE esto es, determinar los caso de regulación de precios (tarifa en barra);

Que, el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, prevé que sólo pueden ser materia de arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen libre disposición, no siendo materia de arbitraje los asuntos directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público;

Que, según el artículo 46° de su Reglamento General, OSINERG es competente para conocer las controversias que involucren generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres, que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG, que duda cabe que la presente controversia trata sobre una materia regulada, que es determinar hasta donde se debe aplicar la tarifa en barra para el Servicio Público de electricidad, independientemente que se señale que los exceso no están regulados, realizar esa aclaración es competencia del OSINERG, por que parte de analizar e interpretar el marco regulatorio del sector eléctrico en un tema vinculado a las tarifas que es de exclusiva competencia del OSINERG;

Que, los sujetos jurídicos no pueden pactar arbitraje sobre cualquier materia, sólo la que es de libre disposición de las partes, tal como lo señala la Ley General de Arbitraje y que fuera recogido por el Cuerpo Colegiado Ad- Hoc en su resolución. En el mismo sentido solamente puede pactarse el arbitraje sobre las materias que la ley no haya reservado a otro organismo estatal (judicial o administrativo), competencia y en este caso lo tenemos. La controversia es sobre una materia que concierne a las atribuciones o funciones del imperio del Estado, a través en este caso del OSINERG;

Que, por lo expuesto anteriormente, se concluye que OSINERG a través de su Cuerpo Colegiado Ad - Hoc y del Tribunal de Solución de Controversias, es competente para conocer de la presente controversia;

## **1.2. Reconocimiento jurisprudencial de la competencia del OSINERG**

Que, el numeral 2.7 del artículo V de la LPAG, establece como una de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, la jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpretan disposiciones administrativas, lo cual debe entenderse en un sentido amplio que no solamente se debe tomar como referencia la interpretación directa de disposiciones administrativas, si no también todo aquello vinculado a la normatividad administrativa que coadyugue a la administración a darle un sentido orgánico a la legislación y no existan contradicciones. En este sentido, el Tribunal refuerza su argumentación sobre su competencia, con lo establecido por el Tribuna Constitucional, máximo interprete de la normatividad;

Que, la normatividad sistemática del orden jurídico descansa en los siguientes principios: la coherencia normativa y el principio de jerarquía de las normas". (Expediente N° 0005-2003-AI/TC, fundamento 3);

Que, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia de acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro Congresistas de la República contra la Ley 26285, expediente N° 0005-2003-AI/TC, (caso Telefónica) el principio de coherencia normativa "implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman";

Que, al respecto, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia citada señala que “ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico;

Que, lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo, es decir, la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible. Como puede colegirse de lo expuesto, la coherencia se ve afectada por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan ante la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí se cautela la existencia de dos o más normas afectadas “por el síndrome de incompatibilidad” entre sí;

Que, la existencia de la antinomia se acredita en función de los siguientes supuestos:

- Que las normas afectadas por el “síndrome de incompatibilidad” pertenezcan a un mismo orden jurídico; o que encontrándose adscritas a órdenes distintos, empero, estén sujetas a relaciones de coordinación o subordinación (tal el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).
- Que las normas afectadas por el “síndrome de incompatibilidad” tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material<sup>1</sup>).
- Que las normas afectadas por el “síndrome de incompatibilidad” pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, que tengan homóloga equivalencia jerárquica.

Que, atendiendo a lo anteriormente expuesto, puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo orden jurídico y con la misma jerarquía normativa, son incompatibles entre sí, debido a que tienen el mismo ámbito de validez. (Expediente N° 0005-2003-AI/TC, fundamento 3);

Que, en opinión del Tribunal Constitucional, la normatividad sistemática del orden jurídico también descansa en el principio de jerarquía de las normas. Al respecto el Tribunal ha establecido que “la normatividad sistemática requiere necesariamente que se establezca una jerarquía piramidal de las normas que la conforman” (expediente N° 0005-2003-AI/TC, fundamento 5);

Que, los principios constituyentes de la estructura jerárquica de las normas son: a) Principio de constitucionalidad; b) Principio de legalidad; c) Principio de subordinación subsidiaria; y, d) Principio de jerarquía funcional en el órgano legislativo;

---

<sup>1</sup>El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas.

El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional).

El ámbito personal se refiere a los status, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros; ciudadanos y pobladores del Estado; civiles y militares, funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos; etc.

El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de la norma.

Que, una cuestión que constituye evidentemente un tema de análisis para la presente controversia son las normas de interés de parte o declaración de voluntad;

Que, en la pirámide jurídica nacional la quinta categoría se encuentra ocupada por las normas de interés de parte (expediente N° 0005-2003-AI/TC, fundamento 7), definidas ellas como;

“Se trata de instrumentos normativos que permiten a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad”.

Que, ellas se manifiestan como expresiones volitivas, tendentes a la creación de normas jurídicas con interés de parte. Como expresión del albedrío humano, la declaración de voluntad constituye una norma jurídica obligatoria y no una mera declaración u opinión. Es un acto jurídico en el cual el sujeto expresa algo que está en su pensamiento, y que está encaminado a la producción de efectos jurídicos, tales como la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.” (Expediente 005-2003-AI/TC, fundamento 8);

Que, el Tribunal Constitucional ha establecido que los alcances de los efectos jurídicos de la declaración contractual de voluntad, plantea dos posibilidades:

- a) El contrato que establece normas jurídicas obligatorias sólo por las partes que lo celebran;
- b) Los contratos que realiza el Estado, que tienen consecuencias y significación que, con frecuencia se extienden a toda la sociedad y por varias generaciones (véase expediente 0005-2003-AI/TC, fundamento 9).

Que, sobre los alcances del derecho a la libre contratación consagrado en el inciso 14 del artículo 2 y en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, las sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre del 2003, expediente N° 0008-2003-AI/TC, caso Decreto de Urgencia 140; y, de fecha 21 de setiembre del 2004, expediente N° 0004-2004-AI/TC, caso Impuesto a las Transacciones Financieras ITF, han enunciado el derecho a libre contratación establecido en el inciso 14 del artículo 2° de la Constitución, como:

“(…) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Que, tal derecho garantiza:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo.

Que, lo señalado anteriormente son los elementos que constituirían en abstracto el contenido mínimo o esencial de la libertad contractual.” (STC

Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG

expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 26; STC expediente 0004-2004-AI/TC, fundamento 8).

Que, para completar el presente análisis que refuerza la competencia del OSINERG en las materias que son de su competencia y los límites que debe tener la contratación frente a normas de orden público, se debe examinarse cuál ha sido el enunciado del Tribunal Constitucional acerca del rol de los organismos reguladores;

Que, en el caso de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia 140-2001, expediente 0008-2003-AI/TC el Tribunal dijo:

“Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.” (Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 35).

Que, adicionalmente el Tribunal dijo:

“La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, cuyo tenor es que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura...” (Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 36).

(...)

“El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las “reglas de juego”, configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos.” (Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 40).

Que, en el caso citado el Tribunal acerca del rol de los organismos reguladores dijo:

“Sabido es que nuestra legislación, principalmente a través de la Ley N° 27332, parcialmente modificada por la Ley N° 27632, ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una

competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete.

La ley ha conferido a dichos organismos, además una función específica: la responsabilidad de supervisar las actividades efectuadas al amparo del Decreto Legislativo N° 674; es decir, aquellos casos en los que existan privatizaciones o concesiones por parte del Estado a favor de empresas privadas (art. 4° de la Ley N° 27332). Se trata, pues, de una supervisión de las actividades “post-privatización.” (Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 41).

(...)

“...Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad. Por tal razón, tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado...” (Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 42).

“Allí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores. Estos organismos tienen la obligación de asumir la delicada misión que les ha sido asignada bajo principios de transparencia e imparcialidad. De la eficiente labor en sus respectivos sectores depende, en gran medida, que se genere verdadera competencia entre los distintos agentes económicos, lo que redundará en beneficio de los usuarios.

En efecto, el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad el precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica, son conductas que deben ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones ex ante –regulaciones previas-, o ex post –sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano-.” (Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 43).

Que, dentro de los enunciados y principios determinados por el Tribunal Constitucional corresponde ahora analizar el caso concreto consistente en si es competente el Tribunal de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG para conocer respecto al reclamo formulado por Luz del Sur contra ELECTROPERU;

Que, el artículo 62° de la Constitución, establece que, “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplado en la ley.”

Que, de otro lado, el artículo 58° de la Constitución establece que, “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.” Este dispositivo como es de verse, prevé la función reguladora del Estado. Es el amparo constitucional a la competencia y funciones de los organismos reguladores.

Que, llegados a este punto una cuestión que constituye evidentemente el tema central de análisis es si el hecho de que OSINERG conozca respecto al reclamo formulado por Luz del Sur contra ELECTROPERU significa que se atenta contra la libertad de contratar enunciada en el artículo 62° de la Constitución, por cuanto en la cláusula décimo segunda del contrato referida a la solución de controversias se pactó que cualquier controversia derivada de dicho contrato deberá ser resuelto por medio de arbitraje de derecho, salvo acuerdo de las partes de someter una controversia específica a arbitraje de conciencia;

Que, el Tribunal considera que no existe antinomia entre la libertad de contratar (artículo 62° de la Constitución) y la función reguladora del Estado (artículo 58° de la Constitución), dado que las dos normas pertenecientes al mismo orden jurídico y con la misma jerarquía no son incompatibles entre sí, por lo siguiente:

- Si bien la función reguladora del Estado, y en especial en el presente caso de los organismos reguladores, así como su competencia en la solución de controversias significa una limitación del derecho fundamental a la libertad contractual, tal restricción no afecta el contenido esencial del derecho y se encuentra acorde con el principio de proporcionalidad.
- El objetivo de los organismos reguladores es un fin lícito, interviene como garantía en el ordenamiento jurídico teniendo presente el bien común; y, sus normas sobre su función supervisora y correctiva o reguladora; así como en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete son leyes de orden público. Se trata, pues, de reglas de orden público orientadas a finalidades plenamente legítimas.
- Ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y c) sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)” (Expediente 0004-2005-AI/TC, fundamento 7).
- Por la aplicación del principio de coherencia normativa ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que ponga en pugna a las distintas cláusulas de la Constitución.

Que, por otro lado, existe también otro punto de gran importancia para determinar si en el presente caso se atenta contra la libertad de contratar reconocido en el artículo 62° de la Constitución, que es el principio de jerarquía normativa.

Que, como se ha señalado en los considerandos anteriores, en la pirámide jurídica nacional la quinta categoría se encuentra ocupada por las normas de interés de parte y las leyes de orden público corresponden a una categoría jerárquica superior.

Que, es necesario indicar que el Tribunal se ha extendido en este punto por que considera esencial poder aclarar y establecer un criterio sólido sobre un punto controvertido en forma reiterada en las controversias que le ha tocado resolver, el cual esta referido a la competencia del OSINERG para resolver controversias y los alcances de las cláusulas arbitrales en ciertas materias.

## **2. PEDIDO DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 008**

### **2.1. Efecto de la nulidad**

Que, Luz del Sur en su escrito de apelación, solicita al Tribunal de Solución de Controversias que éste declare la nulidad de la Resolución 008 por ausencia de motivación y vulneración del principio de legalidad;

Que, el numeral 11.1 del artículo 11° de la Ley No. 27444, establece que los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la Ley, es decir el de Apelación, dado que no corresponde plantear la nulidad en la Reconsideración, puesto que la competencia para pronunciarse sobre él corresponde al superior jerárquico y no a la misma autoridad;

Que, según lo dispuesto por el numeral 12.1 del artículo 12° de la Ley No. 27444, los efectos de declarar la nulidad de un acto administrativo son de carácter declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operara a futuro. Por lo tanto el Tribunal considera, luego de haber establecido su competencia, analizar este punto planteado por Luz del Sur, dado que de encontrarse alguna causal de nulidad de la Resolución ya no correspondería ni sería posible pronunciarse sobre la revocatoria de la misma, dados los argumentos en los cuales se sustenta el pedido de nulidad;

### **2.2. Ausencia de motivación**

Que, Luz del Sur argumenta que la resolución apelada adolece de motivación al no justificar ni explicar las razones de la afirmación que los excesos en el consumo de energía activa no constituyen ventas y, por ende, no están regulados en la LCE, vulnerando con ello su debido proceso (debió decir debido procedimiento);

Que del análisis efectuado por este Tribunal sobre este punto, se llega a la conclusión que en todo momento el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc a respetado el debido procedimiento, las partes han gozado de todos los derechos y garantías inherentes al procedimiento de la materia, han presentado los escritos que han considerado conveniente, se les ha dado el uso de la palabra para exponer sus argumentos, etc, por lo que atendiendo a la definición del debido procedimiento contenido en el Numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG<sup>2</sup>, se ha cumplido con el mismo a cabalidad;

Que, sobre la falta de motivación, este Tribunal considera que el Cuerpo Colegiado Ad- Hoc si ha cumplido con motivar su resolución, y específicamente en el punto que se cuestiona la respuesta se encuentra en la página 10 de la resolución apelada, cosa distinta es que esta justificación no satisfaga debidamente los intereses de Luz del Sur

---

<sup>2</sup> Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

o no los convenza, pero si hay una motivación, la cual se encuentra dentro de lo que la doctrina acepte como tal<sup>3</sup>, por lo tanto no existe causal de nulidad;

### **2.3. Violación del Principio de Legalidad**

Que, como aplicación del principio de legalidad de la función ejecutiva, los agentes públicos deben fundar todas sus actuaciones en la normativa vigente<sup>4</sup>.

Que, de la lectura del análisis efectuado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la Resolución 008, se concluye que este se basa en la normatividad legal vigente, como son la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión en los Servicios Públicos, Ley No. 27332, el Reglamento General del OSINERG, Decreto Supremo No. 054-2001-PCM, la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, Resolución No. 0826-2002-OS/CD, la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, por lo tanto el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha fundamentado su actuación en la normatividad vigente, sin violar el principio de legalidad. Tema distinto a ello es que la interpretación que sobre la normatividad vigente efectuada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sea correcta o no, punto que se tratara posteriormente al analizar el tema de fondo.

Que, habiendo analizado este Tribunal los argumentos presentados por Luz del Sur para declarar la nulidad de la Resolución 008, se ha concluido que la Resolución apelada no viola ninguno de los principios que rigen el procedimiento administrativo trilateral, ni esta incurso en las causales de nulidad establecidas en la LPAG, por lo tanto no es nula;

## **3. RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC**

Que, este Tribunal considera necesario, antes de entrar a analizar el tema de fondo pronunciarse sobre algunos puntos de la resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, y que han sido planteados también por las partes en sus apelaciones, así como de un punto surgido durante la apelación;

### **3.1. Competencia del OSINERG y no regulación de los excesos**

Que, el Tribunal considera independientemente del tema de fondo, sobre el cual no se adelanta opinión, que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no se contradice cuando establece que si es competente para conocer la controversia por estar referida a un tema vinculado a la regulación y que los excesos no están regulados;

Que, como se ha señalado anteriormente, el OSINERG es la entidad competente para determinar hasta donde se debe aplicar la tarifa en barra para el Servicio Público de electricidad, independientemente que se señale que los excesos no están regulados, realizar esa aclaración es competencia del OSINERG, por que parte de analizar e interpretar el marco regulatorio del sector eléctrico en un tema vinculado a las tarifas que es de exclusiva competencia del OSINERG;

---

<sup>3</sup> Al respecto ver; MORON, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ed. Gaceta Jurídica, segunda edición, agosto 2003, Págs. 80 y 81.

<sup>4</sup> Idem, Pág. 26.

### **3.2. Teoría de los Actos Propios**

Que, el Tribunal considera que para los casos regidos por el Derecho Público, no es de aplicación la teoría de los actos propios, ello es utilizar categorías del derecho privado para un tema público de regulación;

Que, sin embargo, el Tribunal considera que la doctrina de actos propios sí resulta aplicable y válida dentro de los ámbitos de autonomía privada de las partes. Asimismo, considera que el sistema y mercado eléctrico no se encuentra regulado en su totalidad. Al contrario, el principio general es la autonomía privada y la excepción la regulación y su ámbito de derecho público. En ese sentido, resulta clara la existencia de ámbitos regulados y ámbitos libres, sujetos a la autonomía de las partes y al derecho privado. En estos últimos casos sí cabe la aplicación de la doctrina de los actos propios.

### **3.3. Destino de los excesos**

Que, durante el procedimiento ante el Tribunal un tema que se ha planteado es sobre el destino de los excesos tomados por Luz del Sur, presentándose para este punto informes y cuadros, por lo que el Tribunal considera necesario precisar que el destino de los excesos no es materia de la presente controversia, no se encuentra dentro de los puntos apelados ni se pusieron como puntos controvertidos en la Audiencia Única , ni en la Vista de la Causa;

## **4. LOS EXCESOS**

Que, Luz del Sur en su escrito de apelación solicita que se revoque parcialmente la Resolución 008, la reforme y se declare lo siguiente;

- ❖ Que el precio máximo que los generadores pueden cobrar a lo concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, es la Tarifa en Barra aprobada por el OSINERG, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de precios.
- ❖ Que, el citado tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación no sólo al precio de energía contratada con el generador sino, inclusive, a los retiros en exceso de la energía contratada, cuando dichos excesos están destinados al Servicio Público de Electricidad.
- ❖ Que, ELECTROPERÚ no puede cobrar a Luz del Sur, por los retiros de energía en exceso de la energía contratada un precio mayor a la Tarifa en Barra regulada por el OSINERG, puesto que el Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 16 de mayo de 1997, esta destinada exclusivamente a los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

### **4.1. Análisis de la Primera Pretensión**

Que, sobre el primer pedido, el Tribunal considera que es correcto, el precio máximo que los generadores pueden cobrar a lo concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, es la Tarifa en Barra aprobada por el OSINERG, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de

precios, ello lo establece claramente los artículos 8°, 43° (c) y 45° de la Ley de Concesiones Eléctricas - LCE<sup>5</sup>.

#### 4.2. Análisis de la Segunda Pretensión

Que, para resolver la segunda pretensión deben analizarse los alcances de los artículos 43 inc. c) y 45° de la LCE:

El artículo 43 inc. c) señala que estarán sujetos a regulación de precios, las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad. Adicionalmente, el artículo 45° señala que las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra.

La interpretación de estos artículos debe realizarse bajo un criterio teleológico. Esto es, dentro de los objetivos planteados en la reforma del Sector Energía que se instauró con la LCE. Como es de público conocimiento, la reforma del Sector Eléctrico tuvo por objetivo desregular el sector, a fin de crear mercados y competencia en sus distintos segmentos (generación, transmisión y distribución).

La creación de mercados y el retiro del Estado del Sector Eléctrico tienen como correlato jurídico la definición de dichos campos (mercados), como ámbitos de la autonomía privada. En ese contexto, la actuación del Estado a través de la regulación, se concibe como una situación extraordinaria, específica y acotada. La actuación del Estado surge ante una falla específica del mercado que debe corregirse, dando ello

---

<sup>5</sup> **Artículo 8.-** La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley.

Los contratos de venta de energía y de potencia de los suministros que se efectúan en el régimen de Libertad de Precios deberán considerar obligatoriamente la separación de los precios de generación acordados a nivel de la barra de referencia de generación y las tarifas de transmisión y distribución, de forma tal de permitir la comparación a que se refiere el Artículo 53 de la ley.

Dichos contratos serán de dominio público y puestos a disposición de la Comisión de Tarifas de Energía y del OSINERG en un plazo máximo de 15 (quince) días de suscritos. El incumplimiento de lo dispuesto será sancionado con multa.

El Ministerio de Energía y Minas mediante Decreto Supremo definirá los criterios mínimos a considerar en los contratos sujetos al régimen de libertad de precios, así como los requisitos y condiciones para que dichos contratos sean considerados dentro del procedimiento de comparación establecido en el Artículo 53 de la ley."

**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 41 de la presente Ley.

Esta regulación no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supere la potencia y energía firme del comprador,

b) Las tarifas y compensaciones a titulares de Sistemas de Transmisión y Distribución;"

**c) Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad; y,**

d) Las ventas a usuarios de Servicio Público de Electricidad.

**Artículo 45.-** Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra.

## Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG

mérito a una restricción en la autonomía privada. En ese contexto deben interpretarse los artículos 43° inc c) y 45° de la LCE

Que, los citados artículos al referirse a la contratación, reconocen la existencia de mercados en los suministros de energía de generación a distribución (para fines del servicio público de electricidad). Como consecuencia debe reconocerse la existencia de ámbitos de autonomía privada y, de contratación.

La LCE promueve la existencia de ámbitos de autonomía privada y de contratación (mercados), a fin de que las empresas tengan la posibilidad de distribuir los riesgos asociados a sus negocios y, de generar mayores eficiencias a través del proceso competitivo. Así por ejemplo, el mercado y la contratación permite al generador diversificar sus riesgos y determinar a que sectores del mercado venderá electricidad. De este modo, puede diversificar áreas geográficas o tipos de clientes (libres, empresas distribuidoras, etc). En el caso del distribuidor, este podrá diversificar su riesgo porque podrá elegir entre varios proveedores de energía (generadores) y, obtener mejores precios por la competencia que existirá entre aquellos.

En ese contexto, debe entenderse que los artículos 43° inc. c) y 45° tienen el siguiente contenido:

- a. Están referido única y exclusivamente a energía que tenga como destino final el Servicio Público de Electricidad.
- b. Las partes pueden pactar libremente la cantidad de electricidad que requieran. En el extremo, las partes tienen el derecho de “no contratar” energía o de poner límites a los montos que quieren contratar.
- c. La regulación procede excepcionalmente para establecer montos tope, al precio pactado. Este precio se refiere únicamente al monto de energía contratado (transferido voluntariamente). No pueden ni están sujetos a la regulación establecida en los artículos 43° inc c) y 45°, los otros aspectos que puedan contener los contratos.

El Decreto Supremo No 035-95-EM, como norma de inferior jerarquía, no puede contravenir a la LCE. En tal sentido, debe interpretarse de manera tal que se evite su antinomia. Por tanto, la referencia a que OSINERG tiene facultades para “el establecimiento de las condiciones generales de contratación y recargos de acuerdo a la naturaleza de la materia eléctrica que regula”; debe entenderse referida exclusivamente a la fijación de precios tope (tarifas) y algunos aspectos complementarios (condiciones de aplicación de las tarifas).

No puede entenderse dicha norma como referida a la “re-regulación” de toda la materia contractual en el Sector Electricidad. Ello quebrantaría los principios del Sistema Eléctrico (de mercados desregulados) y además, contravendría el texto expreso de la Ley (artículos 43° inc c) y 45° LCE).

Las resoluciones 015 y 022 de la CTE fueron dictadas dentro del marco establecido por la LCE (artículos 43° inc. c) y 45°), antes de la dación del Decreto Supremo No. 035-95-EM. Tales resoluciones solamente “regulan” las condiciones de aplicación de las tarifas en barra. Ello resulta correcto, porque la autoridad (ex - CTE) no puede (ni podía en aquel tiempo) invadir los ámbitos reservados por la LCE a la autonomía privada. Por tanto, tales resoluciones no fijan ni establecen los temas o el contenido de los contratos entre generadores y distribuidores (para suministro de electricidad destinada al Servicio Público).

Luz del Sur conoce de esta interpretación de la normas y la ha promovido. Así por ejemplo, con fecha 18 de octubre de 1995, presentó recurso de reconsideración contra la Resolución 015-95 P/CTE. En dicho recurso, Luz del Sur cuestionó (correctamente a nuestro entender) que la CTE tuviera facultades para intervenir en el contenido de los contratos celebrados entre participantes del Sistema Eléctrico, más allá de lo expresamente establecido en la LCE. De este modo, Luz del Sur consiguió la eliminación de la “regulación” de penalidades, ya que estas se encontraban dentro del ámbito contractual (de autonomía privada), donde nada tenía (ni tiene) que hacer el regulador.

Los artículos 43° inc c) y 45 de la LCE se refieren únicamente a la regulación de precios (tope), de las cantidades de energía que voluntariamente (vía contrato) son transferidos o entregados del generador al distribuidor, para ser utilizados en el servicio público.

Los “excesos de consumo” no constituyen montos que voluntariamente se hubiesen querido transferir o entregar. Al contrario, constituyen situaciones en donde se “toma” más energía que la que una de las partes quiso transferir contractualmente. La regulación prevista en los artículos 43° inc c) y 45° no resulta aplicable a estas situaciones, por cuanto no existe una transferencia voluntaria de energía.

Los excesos de consumo constituyen “tomas” de energía que el generador no ha querido transferir (no ha tenido la voluntad para ello, por eso estableció un tope de suministro). Sobre dichas tomas de energía o excesos, el generador no tiene control ni las puede evitar eficientemente. Considerar dicha situación como una transferencia “voluntaria” sujeta a regulación, trastocaría el sistema, ya que claramente eliminaría la voluntariedad de las transacciones, la autonomía privada y el carácter de mercado que tiene el Sector Electricidad. Además de ello impediría que una de las partes (generador) asigne eficientemente su energía (próducida) en el mercado y diversifique sus riesgos. Por otro lado, incentivaría a la distribuidor a actuar –de facto– en el sistema, esto es, sin contratos que lo autoricen debidamente.

Si se aceptase la tesis de Luz del Sur, casi nada quedaría para la autonomía privada o para el ámbito contractual. Ni siquiera los elementos esenciales como precio y bien. Ello porque el precio estaría regulado (tarifa en barra) y la cantidad del bien (energía) sería determinada exclusivamente por una de las partes (que tomaría toda la que quisiese). Ello constituiría un remedo de contratación. Bajo esta situación, una de las partes podría retirar toda la energía que quisiese, sin límites, a un precio con límites (tarifa regulada). Esto no es concordante con la LCE que pretende promover un sistema con mercados y contratación activa.

Las partes tienen derecho a establecer penalidades o compensaciones por la “toma” de energía más allá de lo voluntariamente aceptado por el proveedor de la misma. Eso es parte de su autonomía privada y no existe ninguna disposición de la LCE que restrinja este aspecto. Por ser parte de la autonomía privada de las partes, el Tribunal de OSINERG no tiene nada que resolver respecto de los “excesos de consumo”. Son situaciones válidas no sujetas a regulación por las normas de la LCE (y conexas, complementarias, reglamentarias, etc.).

#### 4.3. Análisis de la Tercera Pretensión

Que, como consecuencia de lo expuesto en el numeral anterior, los denominados excesos en la presente controversia, no están sujetos a las normas regulatorias establecidas en la LCE. En consecuencia, por los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, en un aspecto no regulado.

De conformidad con lo establecido por la Ley No. 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Reglamento General de OSINERG, aprobado por Decreto Supremo No. 054-2001-PCM, Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERG No. 0826-2002-OS/CD, Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444;

#### SE RESUELVE:

**Artículo Primero.** – Declarar infundada la Apelación presentada por la Empresa de Electricidad del Perú S.A. – ELECTROPERÚ -, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo Segundo.** – Declarar infundada la Apelación presentada por la Empresa Luz del Sur S.A.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo Tercero.** – Establecer que el precio máximo que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, es la Tarifa en Barra aprobada por el OSINERG por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo Cuarto.** – Establecer que el precio tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación únicamente a los montos contractualmente establecidos como venta. La regulación de los montos adicionales u otros conceptos está sujeto a la autonomía privada de las partes intervinientes en el mercado eléctrico.

**Artículo Quinto.** – Establecer que por los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado.

Pedro G. Villa Durand  
Miembro

Juan José Martínez Ortiz  
Miembro

Álvaro P. González Peláez  
Miembro

9

## CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD ENTRE ELECTROPERU Y LUZ DEL SUR

Conste por el presente documento el Contrato de Suministro de Electricidad que celebran de una parte, LUZ DEL SUR S.A., con Registro Unico de Contribuyentes N° 33189800, en adelante denominado "LA DISTRIBUIDORA", debidamente representado por su Gerente General, Don Eugenio Araya Bravo, identificado con Carnet de Extranjeria N° N-86364, según poder inscrito en el Asiento 1A de la Ficha N°131719 del Registro Mercantil de Lima; y de la otra, ELECTROPERU S.A. con Registro Unico de Contribuyentes Nro. 10002770, en adelante denominada "LA GENERADORA", debidamente representada por su Gerente General don Luis Gaviño Vargas, identificado con Libreta Electoral N° 08199216, según poder inscrito en el Asiento 88 de la ficha N° 2477 del Registro Mercantil de Lima; en los términos y condiciones siguientes:

### CLAUSULA PRIMERA : DEFINICIONES

Cuando se utilicen en el presente Contrato, los términos definidos en el Anexo N° 1 tendrán el significado previsto en dicho Anexo. Las definiciones acordadas en el Anexo N° 1 tienen por objeto darle el significado requerido a los conceptos que se emplean en el presente Contrato, y dicho significado será el único aceptado para los efectos de su interpretación y ejecución, a menos que las partes lo acuerden de otra forma por escrito. Cuando el contexto lo requiera, los términos definidos en el Anexo N° 1 tendrán el mismo significado, ya sea que se utilicen en singular o en plural.

### CLAUSULA SEGUNDA : OBJETO

Por el presente Contrato LA GENERADORA vende y se obliga a poner a disposición y entregar a LA DISTRIBUIDORA la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro de LA GENERADORA y del derecho a suministro de LA DISTRIBUIDORA. Y por su parte LA DISTRIBUIDORA compra y se obliga a pagar a LA GENERADORA la potencia contratada - la utilice o no - y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega.

2.1 LA GENERADORA se compromete a poner a disposición de LA DISTRIBUIDORA, a partir del 1° de noviembre de 1998, la potencia contratada de trescientos setenta Megawatts (370 MW), en forma desagregada por cada punto de entrega, conforme se describe en el Anexo N° 2.

2.2 Asimismo a partir del 1° de noviembre de 1998, LA GENERADORA se compromete a entregar a LA DISTRIBUIDORA, a través de los puntos de entrega establecidos en el Anexo N° 2, la energía contratada, que viene a ser igual a la energía activa en kWh, determinada en cada mes de suministro, como la parte directamente



proporcional a la potencia contratada, establecida en 2.1 de la energía activa suministrada a LA DISTRIBUIDORA en el mismo mes por todos sus proveedores, incluida LA GENERADORA.

2.3 LA GENERADORA no estará obligada a suministrar más potencia ni energía que la potencia contratada y la energía contratada. Y en caso de que la demanda máxima mensual de LA DISTRIBUIDORA excediera la potencia contratada, o su consumo de energía excediera la correspondiente energía contratada, sin perjuicio del cobro de lo convenido en 4.3 y 4.4 LA GENERADORA podrá: (i) comprar e instalar - por cuenta de LA DISTRIBUIDORA - los equipos necesarios para limitar la potencia y la energía a la potencia contratada y energía contratada; cuyo costo será cargado a LA DISTRIBUIDORA en la factura del mes siguiente al de su instalación; (ii) suspender el suministro previa notificación escrita a LA DISTRIBUIDORA, en tanto se instalen los equipos mencionados en (i), y (iii) resolver el Contrato por incumplimiento de LA DISTRIBUIDORA, con arreglo a la Cláusula Décimo Tercera.

2.4 Sólo por acuerdo de las partes, con arreglo a la subcláusula 18.1, se podrá ampliar o reducir la potencia contratada durante la vigencia del Contrato. Para acordar una ampliación de la potencia contratada LA GENERADORA podrá requerir y LA DISTRIBUIDORA le deberá pagar aportes financieros reembolsables, para la ampliación del sistema de transmisión y/o transformación utilizado para el suministro a LA DISTRIBUIDORA, que fuese necesaria como consecuencia de la ampliación de la potencia contratada, aportes que se regirán por el Art. 83 de la Ley. Y en caso de que las partes acuerden una reducción de las potencias contratadas, a solicitud de LA DISTRIBUIDORA, ésta deberá pagar a LA GENERADORA una penalidad por concepto de lucro cesante, equivalente al producto de multiplicar por seis (6) el cargo por potencia contratada pagado el mes inmediato anterior, menos el cargo que le hubiera correspondido pagar en dicho mes con la reducción de la potencia contratada.

2.5 LA DISTRIBUIDORA podrá contratar con otros proveedores sus requerimientos adicionales de potencia y energía respecto a la potencia contratada y energía contratada con LA GENERADORA, establecida en el presente Contrato. En este caso si la demanda máxima mensual de LA DISTRIBUIDORA fuera superior a la suma de las potencias contratadas con LA GENERADORA y otros proveedores, la demanda máxima mensual será prorrateada entre todos ellos en función de sus potencias contratadas. En cuanto a la energía, la consumida mensualmente por LA DISTRIBUIDORA será asignada a cada uno de sus suministradores, en proporción a sus potencias contratadas.

Los valores de potencia y energía que pudieran resultar en exceso sobre los valores contratados, serán facturados por LA GENERADORA según lo precisado en las subcláusulas 4.3 y 4.4.

En caso que las condiciones de contratación de los requerimientos adicionales de potencia de LA DISTRIBUIDORA con otros proveedores, permitieran la asunción por éstos del crecimiento de la demanda de LA DISTRIBUIDORA, no será



de cargo de LA GENERADORA ningún exceso de potencia ni de energía respecto a potencia y a la energía contratada establecida en el presente Contrato. Cuando otros proveedores asumen el crecimiento de demanda de LA DISTRIBUIDORA no aplicará el prorrateo de los excesos de potencia y energía referido en la presente cláusula ni lo establecido en las subcláusulas 4.3 y 4.4 respecto a la facturación de excesos de potencia y energía respectivamente.

2.6 LA DISTRIBUIDORA utilizará el suministro objeto del Contrato -exclusivamente- para la atención de sus clientes a precio regulado con arreglo a la Ley. En la eventualidad de que el límite establecido por el Reglamento para la determinación de los clientes libres disminuyera de 1 000 kW, el citado suministro será destinado a los clientes que tengan una demanda máxima igual o menor a 1 000 kW. Dicha eventualidad no afectará la condición de que todo el suministro objeto del presente Contrato estará sujeto a la aplicación de las tarifas establecidas en la Cláusula Cuarta.

### CLAUSULA TERCERA : VIGENCIA

El Contrato entra en vigencia en la fecha del Contrato y su vigencia termina el 31 de octubre del año 2006. Sin perjuicio de lo anterior, el suministro objeto del Contrato se iniciará el 1° de noviembre de 1998.

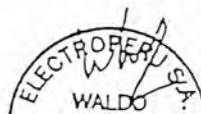
### CLAUSULA CUARTA : TARIFA Y PRECIOS PARA EXCESOS DE CONSUMO

4.1 Los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán, con arreglo a la Ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio público. Los precios de potencia y energía activa serán equivalentes a los respectivos precios en barra fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas, referidos a los puntos de entrega establecidos en el Anexo N° 2 de acuerdo a las fórmulas tarifarias fijadas por la misma Comisión.

4.2 Si a futuro las ventas de empresas generadoras a distribuidoras destinadas al servicio público dejaran de estar comprendidos en el sistema de precios regulados, por cambios en la legislación vigente, las partes acordarán los precios libres sustitutorios y sus correspondientes fórmulas de reajuste, en el plazo de 60 (sesenta) días hábiles contados a partir del día siguiente al de la vigencia de la nueva legislación, prorrogable sólo por acuerdo escrito de las partes; aplicándose provisionalmente - en su caso - los precios regulados vigentes en el mes anterior.

Si las partes no acordaran los precios libres sustitutorios en el plazo de sesenta (60) días hábiles o su prórroga acordada, el plazo de vigencia del podrá ser reducido o el podrá ser resuelto por cualquiera de las partes, no dando lugar en este último caso a la aplicación de lo estipulado en la cláusula Décimo Tercera.

4.3 Si la demanda máxima mensual de LA DISTRIBUIDORA, asignada a LA GENERADORA con arreglo a lo estipulado en la subcláusula 2.5, excediera la correspondiente potencia contratada establecida en la subcláusula 2.1 y si la ocurrencia



3

de dicho exceso fuera coincidente con la demanda máxima anual del sistema registrada por el COES-SICN, LA GENERADORA facturará y LA DISTRIBUIDORA pagará el costo anual correspondiente a tal exceso, valorizado al precio de potencia de punta - y su respectiva actualización - que utilice el COES-SICN en la correspondiente liquidación anual de pagos por transferencia de potencia entre sus integrantes. En virtud de dicho pago LA DISTRIBUIDORA tendrá el derecho de utilizar el respectivo exceso de potencia durante los meses remanentes entre el de ocurrencia de la demanda máxima anual del sistema (SICN) y el mes de diciembre del correspondiente año calendario.

4.4 Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA, asignada a LA GENERADORA conforme a lo estipulado en la subcláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por LA GENERADORA y pagados por LA DISTRIBUIDORA a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SICN durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes.

4.5 Los precios convenidos en la cláusula cuarta del presente Contrato son netos; vale decir no incluyen el Impuesto General a las Ventas (IGV) que será de cargo de LA DISTRIBUIDORA con arreglo a ley. Dichos precios se basan en la legislación tributaria vigente a la fecha del Contrato; por lo que todo cambio futuro de la ley tributaria, que afecte el precio del suministro a ser recibido por LA GENERADORA, determinará un reajuste automático de los precios convenidos, de forma tal que LA GENERADORA reciba siempre los montos netos pactados.

4.6 En casos de modificación de los precios regulados, como resultado de una nueva resolución de la Comisión de Tarifas Eléctricas, la facturación de ese mes se hará en forma proporcional al número de días de vigencia de cada precio.

4.7 Siendo previsible que durante la vigencia del Contrato LA GENERADORA pueda vender a terceros potencia y energía a un precio mayor al convenido con LA DISTRIBUIDORA, o que ésta pueda comprar a otros proveedores potencia y energía a un precio menor al pactado en el Contrato, las partes declaran que asumen expresamente dichos riesgos, como propios del Contrato, y que siendo previsible dichos supuestos no procederán reclamos sobre modificación de los precios convenidos, por excesiva onerosidad de la prestación o por cualquier otra causa; reclamos a los que renuncian recíprocamente.

#### CLAUSULA QUINTA : FACTURACION Y PAGO

5.1 La facturación del suministro se efectuará mensualmente, en forma desagregada por cada punto de entrega.

5.2 La facturación de potencia por cada punto de entrega será igual al producto de multiplicar la correspondiente potencia contratada, desagregada conforme al Anexo N° 2, por los precios unitarios respectivos; debiendo considerarse la totalidad de



la potencia contratada, haya sido utilizada o no por LA DISTRIBUIDORA y sea cual fuera la causa de la no utilización, excepto el caso previsto en 5.3 .

La facturación de excesos sobre la potencia contratada, en su caso, se efectuará conforme a lo convenido 4.3 .

5.3 En caso de indisponibilidad parcial o total de la potencia contratada por causa imputable a LA GENERADORA, se efectuarán descuentos en los cargos fijos de potencia, de acuerdo a las normas y procedimientos acordados en el Anexo N° 3

5.4 La facturación de energía activa facturable por cada punto de entrega será igual al producto de multiplicar la energía facturable retirada por los precios unitarios respectivos. La energía reactiva será facturada conforme a los criterios y precios establecidos por la Comisión de Tarifas Eléctricas.

La facturación de excesos de energía activa sobre la energía contratada, en su caso, será efectuada conforme a lo convenido en 4.4.

5.5 La energía activa facturable por cada punto de entrega, en la situación regular en que LA DISTRIBUIDORA no incurre en excesos de consumo, se determinará de acuerdo al procedimiento siguiente:

- a) Se determina la energía total a facturar por LA GENERADORA a LA DISTRIBUIDORA en el mes correspondiente; de acuerdo a la siguiente fórmula :

$$E_g = ET \times P_g / P_1$$

donde :

$E_g$  = energía a facturar por LA GENERADORA a LA DISTRIBUIDORA

$ET$  = energía total suministrada a LA DISTRIBUIDORA por todos sus proveedores, incluida LA GENERADORA.

$P_g$  = potencia contratada entre LA GENERADORA y LA DISTRIBUIDORA, establecida en 2.1.

$P_1$  = potencia contratada por LA DISTRIBUIDORA con todos sus proveedores, incluida LA GENERADORA.

- b) La energía  $E_g$  será repartida por cada punto de entrega de acuerdo a la siguiente fórmula :

$$E_g^i = ET^i \times E_g / ET$$



donde :

$E_g^i$  = energía a facturar por LA GENERADORA a LA DISTRIBUIDORA en el punto de entrega "i".

$ET^i$  = energía suministrada a LA DISTRIBUIDORA por todos sus proveedores, incluida LA GENERADORA, en el punto de entrega "i".

c) LA DISTRIBUIDORA informará por escrito a LA GENERADORA los valores mensuales de  $ET$  y  $ET^i$ , dentro de los tres primeros días hábiles del mes inmediato siguiente al mes de suministro que se factura.

5.6 LA GENERADORA emitirá y presentará a LA DISTRIBUIDORA la factura por el suministro prestado, dentro de los primeros siete (7) días del mes siguiente al del consumo. La factura deberá ser pagada o podrá ser observada por LA DISTRIBUIDORA, con los fundamentos y pruebas pertinentes, dentro de un plazo que vencerá el día veintiséis (26) del mes siguiente al del consumo, o el día hábil inmediato siguiente en caso que el día veintiséis (26) sea día inhábil.

5.7 Si la factura no fuera pagada y observada, en el plazo acordado en 5.6, LA GENERADORA facturará y LA DISTRIBUIDORA deberá pagar el interés compensatorio establecido en el Art. 176 del Reglamento. En tal caso el interés compensatorio se aplicará a partir de la fecha de vencimiento de la factura (establecida de acuerdo a la subcláusula 5.6) que no haya sido oportunamente cancelada hasta la fecha de su cancelación.

5.8 Si LA DISTRIBUIDORA efectuara observaciones a la factura, en el plazo estipulado en 5.6, LA DISTRIBUIDORA deberá pagar el monto no observado y las partes intentarán solucionar en trato directo la divergencia sobre la parte observada, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la observación. De acordarse dentro de este plazo que la observación es infundada, LA DISTRIBUIDORA pagará el monto observado más el interés compensatorio convenido en 5.7, que se computará hasta el día de pago del monto observado.

De no conciliarse las observaciones en trato directo, en el plazo señalado en esta subcláusula, LA DISTRIBUIDORA deberá pagar el importe de la facturación observada sin intereses. Y una vez efectuado el pago, la divergencia se resolverá con arreglo a la Cláusula Décimo Segunda.



Si el laudo arbitral declarara que la observación de LA DISTRIBUIDORA es fundada, LA GENERADORA deberá reembolsarle el monto indebidamente pagado más el interés compensatorio pactado en 5.7, computado desde la fecha del indebito hasta la fecha del reembolso.

Si por el contrario el laudo determinara que la observación es infundada, LA DISTRIBUIDORA deberá pagar a LA GENERADORA el interés compensatorio convenido en 5.7, que computará hasta la fecha de pago del monto observado. El monto resultante de la liquidación de intereses se actualizará hasta la fecha que sea pagado, con la tasa de interés compensatorio convenido en 5.7.

5.9 La acumulación de deudas por un monto equivalente a dos meses de facturación por suministro de electricidad, dará lugar al corte de suministro, diez (10) días después de recibida la notificación escrita enviada a LA DISTRIBUIDORA.

En tanto se mantenga la situación de corte de suministro LA GENERADORA facturará mensualmente la potencia contratada. Si la situación de corte se prolongara por un período superior a tres (3) meses, LA GENERADORA estará facultada para resolver el presente Contrato.

La reconexión del suministro sólo se efectuará cuando LA DISTRIBUIDORA haya abonado la totalidad de lo adeudado por consumos y cargos fijos por potencia atrasados, más el interés compensatorio convenido en 5.7.

5.10 Las estipulaciones de las subcláusulas 5.6 a 5.9 serán también aplicables a las facturas que cada parte presente a la otra (distintas a las del suministro), por montos adeudados por concepto de excesos de consumo de potencia y energía u otros cargos pagaderos de acuerdo al Contrato. Por lo que en ningún caso procederá que LA DISTRIBUIDORA efectúe compensaciones o descuentos unilaterales en las facturas del suministro u otras emitidas por LA GENERADORA; los que - de producirse - constituirán un incumplimiento del Contrato.

#### CLAUSULA SEXTA : PUNTOS DE ENTREGA

Los puntos de entrega de la potencia y energía materia del presente Contrato, son los convenidos en el Anexo N° 2.



## CLAUSULA SETIMA : CARACTERISTICAS TECNICAS

7.1 Salvo los casos de fenómenos transitorios de tensión y frecuencia, o por causas no imputables a LA GENERADORA, ésta se obliga a suministrar la energía a LA DISTRIBUIDORA, en los puntos de entrega, sin exceder los rangos siguientes:

Para la tensión : +6% y -6% de 210 kV y en su caso,  
+5% y -5% de 60 kV

Para la frecuencia : +1% y -1% de 60 Hz

Las partes reconocen que las actuales condiciones de operación del sistema limitan el voltaje nominal, sin embargo LA GENERADORA hará sus mejores esfuerzos para alcanzar un voltaje nominal de 210 kV - en los correspondientes puntos de entrega - cuando mejoren las condiciones de operación.

El cumplimiento por LA GENERADORA de los indicados rangos de variación de tensión, está condicionado a que LA DISTRIBUIDORA mantenga en cada punto de entrega un factor de potencia inductivo promedio de cada 15 minutos no menor de 0.96, así como a que - en ningún caso - el factor de potencia de LA DISTRIBUIDORA en cada punto de entrega sea capacitivo.

7.2 El suministro objeto del presente deberá cumplir con las regulaciones y especificaciones técnicas del COES-SICN en los aspectos técnicos no previstos en el presente.

Las restantes características técnicas tales como fluctuaciones de tensión, desbalance, armónicas, etc., se ajustarán a las normas técnicas y reglamentarias que rijan sobre la materia.

## CLAUSULA OCTAVA : MEDICION

8.1 Los equipos de medición de potencia y energía serán electrónicos multifunción, de clase 0.2 IEC o mejor, con capacidad de memoria de masa para almacenar información como mínimo de treinticinco (35) días con intervalos de integración cada 15 minutos, incluyendo módem para interrogación a distancia; y serán adquiridos, instalados y mantenidos por LA GENERADORA.

Cualquier intervención en los equipos de medición que pudiera significar alteración de los registros (reemplazos, contrastes, etc.) deberá efectuarse con previa notificación escrita a LA DISTRIBUIDORA, con una anticipación no menor de tres (3) días hábiles; estando facultada LA DISTRIBUIDORA para presenciar dichas intervenciones y suscribir las actas correspondientes.

LA DISTRIBUIDORA podrá instalar equipos de medición similares a los de LA GENERADORA, corriendo por cuenta de LA DISTRIBUIDORA los gastos de adquisición, instalación y mantenimiento correspondientes.



8.2 LA GENERADORA utilizará, para la facturación mensual, información registrada en los medidores de su propiedad a las 24:00 horas del último de cada mes.

8.3 LA GENERADORA prestará a LA DISTRIBUIDORA facilidades necesarias para el acceso a la información registrada en los medidores de LA GENERADORA, vía interrogación a distancia y/o lectura directa, cumpliendo protocolo que para tal efecto se establezca. Por su parte LA DISTRIBUIDORA facilitará a LA GENERADORA el uso de una línea telefónica de su propiedad para la interrogación a distancia de los equipos de medición.

8.4 Para la medición de la potencia absorbida en los puntos de entrega, considerará el valor promedio de la potencia registrada en períodos de integración quince minutos.

8.5 Los equipos de medición instalados por LA GENERADORA probarán a través de una empresa especializada, autorizada por INDECOPI, cualquiera de las partes lo solicite. Si el equipo resultase con un error superior al de su clase de precisión, el costo de la prueba será por cuenta de LA GENERADORA, si el error fuese igual o inferior a dicho límite, el costo de la prueba será por cuenta de la parte solicitante.

8.6 En caso de que por falla de los equipos de medición no se hubieran registrado correctamente las cantidades absorbidas, o que las pruebas de los instrumentos de medición revelaran un error superior al de su clase de precisión, LA GENERADORA hará el respectivo reajuste de la facturación mensual a partir del mes en que fue detectada la falla, utilizando la mejor información disponible y en primer lugar la información de los equipos de medición de LA DISTRIBUIDORA instalados en los puntos de entrega.

#### CLAUSULA NOVENA: COORDINACIONES OPERATIVAS

9.1 Las situaciones de emergencia, originadas por fallas o indisponibilidades imprevistas de equipos de generación y/o transmisión en el sistema, deberán ser comunicadas de inmediato por LA GENERADORA a LA DISTRIBUIDORA.

9.2 Los equipos de protección de ambas partes deberán seleccionarse y ajustarse de forma que, en lo posible, no se produzcan efectos negativos en los sistemas eléctricos de una u otra parte.

9.3 Las partes acuerdan intercambiar información de los programas anuales de mantenimiento de sus respectivas instalaciones, tan pronto estén disponibles a fin de realizar las coordinaciones necesarias, con el objeto de que se afecte lo menos posible el normal suministro de electricidad a LA DISTRIBUIDORA.



## CLAUSULA DECIMA : GARANTIA

10.1 En garantía del fiel cumplimiento del Contrato, cada una de las partes contratantes entregará a la otra parte una carta fianza bancaria, emitida por un banco peruano de primera categoría que al momento de la emisión de la referida carta fianza haya sido clasificado en la categoría 1 por la Comisión Clasificadora de Inversiones (CCI), que publica la Superintendencia de Administradores Privados de Fondos de Pensiones (SAFP) para instrumentos de corto plazo.

En el texto de la carta fianza se expresará sus características de solidaria, incondicional, irrevocable y de realización automática a sólo requerimiento por carta notarial de la parte receptora de la carta fianza, sin necesidad de exigencia judicial para su pago o ejecución. En todo caso, el texto de la carta fianza será previamente aprobado por la parte receptora de la carta fianza.

10.2 La Carta Fianza será por un monto de US\$ 3 000 000 (Tres Millones de Dólares Americanos); será entregada a la parte receptora de la carta fianza dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud de la otra parte, la que no podrá ser exigida antes del 1° de noviembre de 1998 y deberá estar vigente hasta noventa (90) días hábiles posteriores a la fecha de vencimiento del Contrato establecida en la Cláusula Tercera. Si la carta fianza fuera entregada por un plazo menor a la vigencia pactada, la parte que entregó la carta fianza por el plazo menor se obliga a entregar una nueva carta fianza como mínimo diez días hábiles antes del vencimiento del plazo de la carta fianza por fenecer; con el fin de que se mantenga siempre la vigencia estipulada en esta subcláusula.

10.3 Si durante la vigencia del Contrato la carta fianza fuera ejecutada, la parte cuya carta fianza fue ejecutada deberá entregar a la parte ejecutora -dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecución- una nueva carta fianza por el monto ejecutado, de forma tal que se mantenga siempre el monto afianzado convenido en 10.2.

Si la ejecución de la carta fianza hubiera correspondido a una acreencia por un monto menor al establecido por la carta fianza, al momento de entregar la nueva carta fianza a la parte ejecutora ésta deberá entregar un cheque de gerencia por el saldo ejecutado en exceso a la parte cuya carta fianza fue ejecutada.

## CLAUSULA DECIMO PRIMERA : FUERZA MAYOR

11.1 La definición y efectos de la fuerza mayor se regirán por los Artículos 1315 y siguientes del Código Civil del Perú. De acuerdo a dicha definición constituyen eventos de fuerza mayor -entre otros- los siguientes:

- i) incendios;
- ii) terremotos;



- iii) operaciones militares bélicas, haya o no declaración de guerra
- iv) actos terroristas;
- v) condiciones hidrológicas anormales, determinadas según procedimiento convenido en el Anexo N° 4;
- vi) huelgas y otras paralizaciones laborales;
- vii) fallas o indisponibilidades imprevisibles de equipos e instalaciones de generación o transmisión, tales como las causadas por errores de diseño, defectos de fabricación u otras causas ajenas a LA GENERADORA.

11.2 La parte directamente afectada por un evento de fuerza mayor le comunicará por escrito a la otra parte, de inmediato y en todo caso en un plazo no mayor de cuarentiocho (48) horas de producido el evento, acreditando la forma en que afecta sus obligaciones contractuales y con un estimado de su duración. La parte notificada podrá observar la calificación de fuerza mayor o sus efectos contractuales, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al de recibida la comunicación, en cuyo caso la controversia se resolverá con arreglo a la Cláusula Décimo Tercera.

11.3 La parte afectada en el cumplimiento de sus obligaciones por causa de fuerza mayor, hará sus mejores esfuerzos para remediar su incumplimiento a la mayor brevedad posible; sin embargo, no estará obligada a poner fin a una huelga u otras paralizaciones laborales, en términos que no considere convenientes.

## CLAUSULA DECIMO SEGUNDA : SOLUCION DE CONTROVERSIAS

12.1 Cualquier controversia que pudiera surgir entre las partes, durante la ejecución del presente Contrato, será en lo posible solucionada en trato directo entre las partes, en el plazo de diez (10) días hábiles prorrogables por acuerdo de las partes.

12.2 De no llegarse a un acuerdo en trato directo dentro del plazo establecido en 12.1, las partes acuerdan que cualquier controversia derivada del presente Contrato deberá ser resuelta por medio de arbitraje de derecho, salvo acuerdo de las partes de someter una controversia específica a arbitraje de conciencia. El arbitraje se efectuará de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de Arbitraje de CEARCO-PERU vigente a la fecha del presente Contrato, excepto en lo relativo al nombramiento de los árbitros que se regirá por lo pactado en esta Cláusula (12.3, 12.4 y 12.5).

12.3 Los árbitros serán en número de tres, designados por sorteo que será realizado por CEARCO-PERU entre una lista de diez abogados, de los que cinco serán propuestos por CEARCO-PERU y cinco por el Colegio de Abogados de Lima (CAL), entre ex-magistrados de la Corte Suprema y/o abogados especialistas en materia de obligaciones y contratos. Las propuestas de CEARCO-PERU y del CAL serán formuladas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud



Handwritten initials and a signature mark.

de la parte que solicitó el arbitraje, y el sorteo se realizará tan pronto como la lista de diez miembros haya sido completada; siendo la asistencia al acto del sorteo facultativa para las partes, a cuyo efecto serán debidamente notificadas por CEARCO-PERU. con una anticipación no menor de tres (3) días hábiles.

Los árbitros designarán entre sí al Presidente del Tribunal Arbitral, y a falta de acuerdo el Presidente será nombrado por CEARCO-PERU.

12.4 Si CEARCO-PERU o el CAL no formularan sus respectivas propuestas de cinco (5) árbitros, dentro de los diez (10) días hábiles convenidos en 13.3, el sorteo se realizará entre los cinco (5) propuestos por una de dichas instituciones. Y si ninguna de las instituciones presentara propuesta dentro del plazo, cada una de las partes nombrará a un árbitro en el plazo de diez (10) días, y en el mismo plazo los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral. En este caso si una de las partes no nombra al árbitro, o si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro, dentro del plazo de 10 días convenido, el nombramiento respectivo será efectuado judicialmente.

12.5 Las subcláusulas 12.3 y 12.4 serán de aplicación para el nombramiento de árbitros sustitutos, en los casos previstos en los Artículos 12 y 13 del Reglamento de Procedimientos convenido en 12.2.

12.6 El Tribunal Arbitral funcionará en Lima, y expedirá el laudo arbitral en el plazo de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la instalación del Tribunal Arbitral.

12.7 El laudo arbitral expedido será definitivo, irrevisable e inapelable.

12.8 Todos los gastos de arbitraje, excepto los honorarios de los abogados de las partes, serán por cuenta de la parte que perdió el arbitraje, o si no es posible determinarla en la forma que determine el Tribunal Arbitral.

12.9 Las partes acuerdan que la presente cláusula constituye un convenio arbitral.

### CLAUSULA DECIMO TERCERA : RESOLUCION DEL CONTRATO

13.1 En caso que cualquiera de las partes decidiera unilateralmente resolver el Contrato antes del 1° de noviembre de 1998, fecha de inicio del suministro de electricidad objeto del Contrato, la parte que decide la resolución deberá pagar a la otra parte contratante una compensación por daños y perjuicios, equivalente a veinte (20) veces el producto de multiplicar la potencia contratada establecida en la subcláusula 2.1 por el precio de potencia de punta a nivel de generación, fijado por la Comisión de Tarifas Eléctricas para la Subestación Base Lima, de 220 kV, vigente a la fecha de comunicada la decisión de resolución del Contrato.



13.2 Cualquiera de las partes podrá resolver el Contrato después de la fecha de inicio del suministro establecida en la Cláusula Tercera, mediante carta notarial, en caso de incumplimiento del Contrato por la otra parte, siempre que el incumplimiento persista por más de treinta (30) días después que la correspondiente notificación de incumplimiento haya sido cursada por la parte afectada.

13.3 En caso de resolución del Contrato por decisión unilateral de cualquiera de las partes, la parte que decide unilateralmente la resolución o que incurrió en el incumplimiento deberá pagar a la otra parte una penalidad equivalente al producto de multiplicar : (i) el monto promedio facturado por el suministro (potencia, energía activa y reactiva) en los últimos doce (12) meses, o en el periodo real si fuera inferior a doce (12) meses, por (ii) el número de meses faltantes para el término del plazo del Contrato (número de meses transcurridos hasta el 31 de octubre del año 2006, con un máximo de veinticuatro (24) meses.

#### CLAUSULA DECIMO CUARTA : RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

14.1 Si por déficit de generación eléctrica imputable a LA GENERADORA ésta incumpliera su obligación de suministro, LA GENERADORA deberá pagar -con arreglo a ley- la compensación prevista en el Art. 57 de la Ley y Art. 131 del Reglamento.

14.2 En caso de interrupciones por fallas en el sistema de transmisión siempre y cuando la causa sea imputable a la respectiva empresa concesionaria de transmisión, LA GENERADORA pagará a LA DISTRIBUIDORA la parte proporcional a la potencia establecida en el presente - respecto a la potencia total suministrada a LA DISTRIBUIDORA por todos sus proveedores incluida LA GENERADORA - de las compensaciones o penalidades que por tales interrupciones tuviera que pagar LA DISTRIBUIDORA por disposición de la autoridad competente a sus usuarios con carácter de servicio público.

14.3 Las partes convienen que - salvo las excepciones convenidas en esta subcláusula - el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios, durante la ejecución del Contrato o en caso de resolución del Contrato por incumplimiento de cualquiera de las partes, estará limitado a las penalidades y montos convenidos en el Contrato; que constituyen las únicas obligaciones de las partes en materia de pago de daños y perjuicios; y que para el pago de las penalidades pactadas no será necesaria prueba alguna sobre los daños y perjuicios sufridos.

Quedan exceptuados de la regla anterior : (i) la compensación mencionada en 14.1 y 14.2 y (ii) el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en la Cláusula Octava, que generara daños y perjuicios a una de las partes. En este último caso, la correspondiente indemnización se regirá por las normas sobre responsabilidad contractual establecidas en el Código Civil.



## CLAUSULA DECIMO QUINTA: CESION DE LA POSICION CONTRACTUAL

15.1 LA GENERADORA podrá ceder el presente Contrato a la empresa a la que se le otorgue la concesión de generación que actualmente tiene LA GENERADORA.

15.2 LA DISTRIBUIDORA aceptará la cesión mencionada en 15.1 y acuerda liberar a LA GENERADORA de cualquier obligación resultante del presente Contrato, a partir de la notificación de la cesión.

## CLAUSULA DECIMO SEXTA : DOMICILIO

Para todos los efectos del Contrato las partes señalan los siguientes domicilios :

LA GENERADORA : Av. Pedro Miotta 421 - San Juan de Miraflores

LA DISTRIBUIDORA : Jirón Zorritos 1301 Chacra Ríos - Lima

La parte que cambie de domicilio deberá comunicarlo a la otra con un mínimo de 7 (siete) días de anticipación. Caso contrario serán válidas y surtirán todos sus efectos las comunicaciones y notificaciones cursadas a los domicilios señalados en esta Cláusula.

## CLAUSULA DECIMO SEPTIMA: ANEXOS

Debidamente suscritos por las partes, forman parte integrante del Contrato los siguientes anexos:

Anexo N° 1 : Definiciones

Anexo N° 2 : Puntos de entrega y potencia contratada desagregada por puntos de entrega

Anexo N° 3 : Determinación de la potencia facturable en casos de indisponibilidad parcial o total de la potencia máxima comprometida

Anexo N° 4 : Condiciones hidrológicas anormales

## CLAUSULA DECIMO OCTAVA : DISPOSICIONES VARIAS

### 18.1 Modificación del Contrato

Las modificaciones del Contrato que las partes acordaran durante su vigencia, tendrán validez sólo a partir de la fecha en que fueran suscritas por sus representantes autorizados.



18.2 Ley Aplicable

En todo lo no previsto en el presente Contrato, será de aplicación supletoria la ley peruana vigente a la fecha de celebración del Contrato.

18.3 Títulos

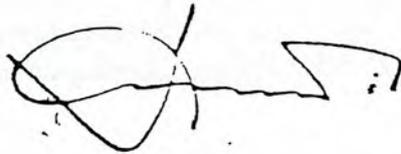
Los títulos que aparecen al lado de cada cláusula del presente Contrato servirán solamente como referencia y no serán usados para interpretar este Contrato.

18.4 Invalidez Parcial

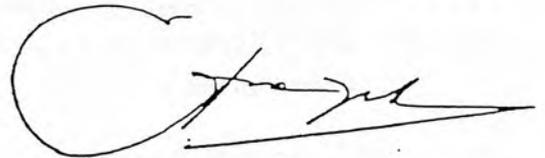
En caso de que alguna o algunas cláusulas o subcláusulas del Contrato fueran declaradas nulas, dicha nulidad no afectará a las restantes estipulaciones de Contrato.

Firmado en la ciudad de Lima, a los 16 días del mes de mayo de 1997.

por LA GENERADORA



por LA DISTRIBUIDORA



EUGENIO ARAYA BRAVO  
Gerente General  
LUZ DEL SUR S.A.



H10

# ANEXO N° 1

## CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD

### PARA SERVICIO PUBLICO, ENTRE ELECTROPERU Y LUZ DEL SUR

#### DEFINICIONES

1. "COES-SICN" significa Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Centro Norte, con el alcance referido en los artículos 39 y siguientes de la Ley.
2. "Contrato" significa el presente Contrato de Suministro de Electricidad acordado y suscrito por las partes, incluyendo sus Anexos que debidamente suscritos forman parte integrante del Contrato; así como las modificaciones que las partes acuerden por escrito en el futuro de acuerdo a la subcláusula 18.1.
3. "Costos marginales de corto plazo" tienen el significado previsto en el Apartado 5 del Anexo de la Ley.
4. "CTE" significa la Comisión de Tarifas Eléctricas, con el alcance referido en los artículos 10 y siguientes de la Ley.
5. "Demanda máxima mensual" es el más alto valor de las demandas integradas de LA DISTRIBUIDORA en periodos de 15 minutos, registradas en un mes en cada punto de entrega.
6. "Día" significa día calendario y comprende un periodo de veinticuatro (24) horas que se inicia a las cero horas (00:00:00) y termina a las veinticuatro horas (24:00:00).
7. "Día hábil" significa todos los días de lunes a viernes, excepto aquellos que hayan sido o sean declarados no laborables en el Perú por la autoridad competente.
8. "DISTRIBUIDORA" significa LUZ DEL SUR S.A.
9. "Fecha del Contrato" significa la fecha de suscripción del Contrato.
10. "GENERADORA" significa ELECTROPERU S.A.
11. "Herz" o "Hz" significa unidad de frecuencia eléctrica, un ciclo por segundo.

Handwritten marks on the left margin.

ELECTROPERU S.A.  
 WALDO LA MADRID CASTILLO  
 Gerente de Op. Comercial

ELECTROPERU S.A.  
 CARLOS TORRES TUESTA  
 Gerente de Comercialización

12. "Kilovolt" o "kV" significa la diferencia de potencial entre dos bornes de un cable conductor que conduce una corriente constante de un amperio, cuando la potencia entregada o retirada entre estos dos puntos es un kilovoltamperio.
13. "kWh" significa kilowatt hora.
14. "Las partes" significa LA GENERADORA y LA DISTRIBUIDORA.
15. "Ley" significa la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por el Decreto Ley Nro. 25844.
16. "Megawatt" o "MW" significa mil kilowatts (1000 kW).
17. "Mes" significa el periodo de tiempo comprendido entre cualquier día de un Mes Calendario, contado a partir de dicho día, y el día anterior al mismo día del Mes Calendario siguiente o, en caso de no existir éste, el último día de dicho mes.
18. "Partes" significa LA GENERADORA o LA DISTRIBUIDORA, según corresponda.
19. "Puntos de entrega" significa los puntos de entrega del suministro convenidos en el Anexo N° 2 y cualquier otro que las partes acuerden en el futuro.
20. "Reglamento" significa el Reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto Supremo Nro. 009-93-EM.
21. "SICN" significa el Sistema Interconectado Centro Norte definido por el Ministerio de Energía y Minas del Perú, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley.



E-1777 328  
Tomo I



Expediente N°  
Cuaderno Principal  
Escrito No. 1  
**Sumilla:** Demanda contencioso  
administrativa.

A LA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE LIMA:

I. DEMANDANTE:

LUZ DEL SUR S.A.A., identificada con R.U.C. N°. 20331898008 (Anexo 1-A) con domicilio real en Avenida Canaval y Moreyra N° 380, San Isidro, debidamente representada por su asesor legal Enrique Tabja Awapara, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 07813595 (Anexo 1-B), con domicilio en Av. San Felipe 758, Jesús María, según poder que se adjunta (Anexo 1-C), con domicilio procesal para estos efectos en la Casilla N° 180 del Departamento de Notificaciones del Colegio de Abogados de Lima, a usted respetuosamente decimos:

II. DEMANDADOS:

- 2.1. **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGIA - OSINERG**, a quien deberá notificarse en su domicilio sito en Bernardo Montegudo No. 222, Distrito de Magdalena del Mar, Lima.
- 2.2. **ELECTROPERU S.A.** con domicilio en Pedro Miotta N° 421, distrito de San Juan de Miraflores.

III. PETITORIO:

De conformidad con lo establecido en el artículo 148° de la Constitución Política del Estado y los artículos 4°, 5° y 9° de la Ley N° 27584 – Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, interponemos demanda contencioso administrativa a fin que el Poder Judicial declare lo siguiente:

### 3.1. Primera pretensión principal. Nulidad.

La invalidez parcial y consiguiente nulidad parcial de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, que presentamos como Anexo 1-D, (en adelante, la "Resolución"), que fue expedida el 22 de abril último por el Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG y que agota la vía administrativa.

Nuestra pretensión se limita a la declaración de nulidad de los siguientes extremos resolutivos:

(a) El artículo Segundo de la Resolución, al "*Declarar infundada la apelación presentada por la Empresa LUZ DEL SUR S.A.A. ...*", contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, del 15 de octubre de 2004, Anexo 1-E, que había dispuesto erróneamente que los precios de energía regulados establecidos por el OSINERG (Tarifa en Barra) para el Servicio Público de Electricidad no se aplican para los retiros en exceso.

(b) El artículo Cuarto de la Resolución al "*Establecer que el precio tope constituido por la Tarifa en Barra resulta de aplicación únicamente a los montos contractualmente establecidos como venta. La regulación de los montos adicionales u otros conceptos está sujeto (sic) a la autonomía de las partes intervinientes en el mercado eléctrico*".

(c) El artículo Quinto de la Resolución, al "*Establecer que por los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado*".

Respecto de este último extremo, tal como exponemos más adelante (§ VII), nuestra impugnación concierne a que en materia de Derecho Público (como es el caso del suministro de electricidad destinado al Servicio Público de Electricidad), únicamente puede pactarse aquello que se encuentren expresamente permitido por la ley. En tal sentido, las

partes carecen de autonomía para acordar precios, cargos y sobrecargos no autorizados por una norma legal.

**3.2. Pretensión accesoria de la primera principal. Ineficacia.**

Al declararse como consecuencia de la nulidad parcial que carece de valor jurídico lo dispuesto en los artículos Segundo, Cuarto y Quinto de la Resolución impugnada, que se declare que:

(a) Carecen de eficacia los pronunciamientos contenidos en tales artículos.

(b) Que carece de eficacia lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, del 15 de octubre de 2004.

**3.3. Segunda pretensión principal. Reconocimiento del derecho.**

Que se declare que ELECTROPERU no puede cobrar precio o penalidad alguno por los excesos de energía que venda a LUZ DEL SUR para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la Tarifa en Barra.

**IV. VIA PROCEDIMENTAL:**

La demanda debe tramitarse en la vía del proceso abreviado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25° de la Ley N° 27584.

**V. COMPETENCIA:**

Es competente esta Sala, según lo preceptuado en el artículo 9° de la Ley No. 27584, modificado por la Ley N° 27709.

## VI. ADMISIBILIDAD:

La presente demanda contencioso administrativa debe admitirse a trámite, pues cumple con todos y cada uno de los requisitos de admisibilidad preceptuados por la Ley N° 27584, a saber:

- 6.1 Se refiere a una resolución que ha agotado la vía administrativa, esto es, la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias de OSINERG.
- 6.2 Se interpone dentro del plazo de tres (3) meses desde que tomamos conocimiento de la Resolución del Tribunal, hecho producido el 22 de abril de 2005.
- 6.3 Acompañamos el documento que acredita el agotamiento de la vía administrativa, constituido por la propia Resolución del Tribunal.

Al respecto cabe anotar que, de conformidad con el artículo 218.2° literal a) de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, son actos que agotan la vía administrativa aquellos respecto de los cuales no procede legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa, supuesto que, precisamente, se cumple en el presente caso.

## VII. ¿DE QUÉ TRATA LA PRESENTE CONTROVERSIA?

*Tema de Controversia*

La materia sobre la que trata la presente controversia es simple: un Tribunal administrativo ha resuelto, de manera contraria a Ley, que el precio de los excesos de energía vendidos por un generador a un distribuidor, con destino al Servicio Público de Electricidad, puede pactarse libremente por las partes. Dicho pronunciamiento es contrario al marco legal vigente, que no autoriza el cobro de penalidades por excesos de consumo de energía y, más bien, ordena que el precio de la energía destinada a los usuarios del Servicio Público de Electricidad no exceda la tarifa regulada por OSINERG (la "Tarifa en Barra").

Mas aún, lo resuelto por el Tribunal es absolutamente contrario a los principios elementales del Derecho Administrativo –cuya aplicación al

contrato entre LUZ DEL SUR y ELECTROPERU resulta indiscutible, puesto que constituye el fundamento de la competencia del Tribunal de Solución de Controversias de OSINERG- ya que con sujeción al principio de legalidad reconocido en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, *“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas...”*. Cabe resaltar que las personas jurídicas privadas que prestan servicios públicos –como es el caso de ELECTROPERU y LUZ DEL SUR, concesionarios de generación y distribución eléctrica, respectivamente- tienen el carácter de entidades de la Administración Pública, como expresamente lo señala el numeral 8 del Artículo I del citado Título Preliminar, en lo que toca a la prestación del servicio público que otorgado en concesión por el Estado y del cual este último es titular.

Por realizar una actividad que es de Derecho Público –y por ello mismo, de titularidad estatal- el concesionario de un servicio público no sólo debe sujetar su actuación a las normas que expida el Organismo Regulador, sino que también tiene restringidas sus libertades contractuales y de contratar. En efecto, a diferencia de las actividades que corresponden al ámbito privado, en el caso de los servicios públicos la autonomía de la voluntad se encuentra restringida a aquellos supuestos expresamente permitidos por las leyes.

En tal sentido, los concesionarios no pueden convenir con los usuarios finales o intermedios del servicio público términos y condiciones distintos a aquellos previstos en las normas legales. Por ello existe un organismo regulador (que en el caso de energía es OSINERG) encargado no sólo de aprobar las tarifas, sino los niveles de calidad del servicio, las obligaciones complementarias de los concesionarios, las penalidades que podrán exigir a sus contrapartes en caso de incumplimiento, etc.

En este contexto, las denominadas “tarifas en barra” son el precio regulado que los distribuidores deben pagar a los generadores por la

electricidad vendida<sup>1</sup>, cuando sus destinatarios finales son los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

Estas Tarifas en Barra son fijadas por OSINERG en ejercicio de su función reguladora, como expresamente señala el artículo 46° de la Ley de Concesiones Eléctricas. Dicha función comprende no solo la fijación de tarifas, sino también la de "los costos y sobrecostos asociados a la prestación del Servicio Público de Electricidad en que incurran o puedan incurrir los suministradores de energía eléctrica, como consecuencia de los requerimientos reales de potencia y energía de sus usuarios, así como el establecimiento de las condiciones generales de contratación y recargos de acuerdo a la naturaleza de la materia eléctrica que regula" como lo prescribe el Decreto Supremo No. 35-95-EM.

Es decir que la función reguladora de OSINERG respecto de las tarifas alcanza no sólo al precio de la potencia y energía, sino a las demás estipulaciones contractuales aplicables a la relación generador-distribuidor y distribuidor-usuario del Servicio Público de Electricidad, incluidos los sobrecostos, recargos y penalidades por excesos de consumo.

Es en ejercicio de dicha función reguladora que la Resolución No. 15-95-P/CTE (Anexo 1-F), modificada por la Resolución No. 22-95-P/CTE (Anexo 1-G), aprobó las Condiciones de Aplicación de las Tarifas en Barra para las ventas de generador a distribuidor destinadas al Servicio Público de Electricidad (en lo sucesivo, las "Condiciones de Aplicación"). En esta norma, se regulan detalladamente los términos y condiciones aplicables a las ventas de un generador a un distribuidor destinadas al Servicio Público de Electricidad, incluidos los cargos y penalidades que resultan aplicables. Al respecto, la sección 8.1 de las Condiciones de Aplicación únicamente autoriza al generador a pactar penalidades por encima de la Tarifa en Barra en el caso de excesos a la

<sup>1</sup> Así lo dispone el Artículo 45° de la LCE: "Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra.

A su vez, los usuarios finales del servicio público de electricidad pagan a los distribuidores un precio regulado compuesto por la Tarifa en Barra y el valor agregado de distribución.

- Excesos de  
- Energía

potencia contratada y a la energía reactiva (concepto este último distinto de la energía activa que es materia de la presente controversia). Sin embargo, no admite penalidad alguna para el caso de consumos en exceso de la energía activa.

Es decir que los únicos recargos permitidos por el regulador por encima de la Tarifa en Barra, son los correspondientes a excesos de potencia y energía reactiva, los que no pueden exceder el máximo establecido por las Condiciones de Aplicación. Con sujeción al principio de legalidad que rige toda relación de Derecho Público (como es el caso de los contratos de suministro de generador a distribuidor para atender el Servicio Público de Electricidad) no es posible, por tanto, pactar recargos, penalidades y precios distintos o que excedan los máximos permitidos por la Ley de Concesiones Eléctricas, su Reglamento y las Condiciones de Aplicación.

Sin embargo, contraviniendo abiertamente lo establecido en las Condiciones de Aplicación, el Tribunal de Solución de Controversias de OSINERG ha resuelto que corresponde al ámbito de la autonomía de las partes, sin restricción alguna, pactar las penalidades por excesos de consumo en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad. Decisión que por ser contraria a las normas de orden público que gobiernan la actividad eléctrica, resultada viciada de nulidad, conforme lo establece el artículo 10° de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su numeral 1.

## VIII. FUNDAMENTOS DE HECHO:

- 8.1. LUZ DEL SUR (antes EDELSUR) es una empresa que tiene una concesión de distribución de energía eléctrica. El contrato respectivo fue celebrado con el Estado Peruano el 9 de agosto de 1994 (Anexo 1.H).

En ejecución de lo dispuesto en la cláusula 6.1.1 de su contrato de concesión, LUZ DEL SUR está obligada a suministrar energía eléctrica a los usuarios del Servicio Público de Electricidad, según los precios regulados que establece periódicamente el OSINERG.

- 8.2. El 16 de mayo de 1997 LUZ DEL SUR celebró con ELECTROPERU un contrato (Anexo 1-I) de suministro de energía eléctrica destinado exclusivamente al Servicio Público de Electricidad (en lo sucesivo, el "Contrato de Suministro"). Así lo estipula expresamente la subcláusula 2.6:

*"LA DISTRIBUIDORA utilizará el suministro objeto del Contrato -exclusivamente- para la atención a sus clientes a precio regulado con arreglo a la Ley [...]"*

Según este contrato y su adenda del 12 de diciembre de 2000, la potencia y energía asociada que ELECTROPERU debe entregar a LUZ DEL SUR es de 420 megavatios.

- 8.3. Adicionalmente, LUZ DEL SUR tiene celebrados con Edegel, Termoselva, Empresa Eléctrica de Piura y Egenor, sendos contratos (Anexos 1.J al 1.M) de suministro de energía. Es importante indicar que estos contratos han sido suscritos para abastecer tanto a los usuarios del servicio público de electricidad como a los clientes libres (estos últimos están conformados por las grandes industrias, cuyos requerimientos de electricidad superan 1,000 Kilovatios de potencia).

- 8.4. Sumando la cantidad total los contratos indicados en los acápites 8.2. y 8.3, LUZ DEL SUR tiene contratada una potencia de 580 megavatios para atender los requerimientos de sus usuarios del Servicio Público de Electricidad. Sin embargo, los requerimientos de nuestros usuarios del Servicio Público de Electricidad son de aproximadamente 620 megavatios. En resumen: para cumplir la obligación de abastecer a sus clientes regulados establecida en el contrato de concesión y en la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, "LCE"), LUZ DEL SUR requería de aproximadamente 40 megavatios adicionales.

- 8.5. A pesar de las múltiples licitaciones que convocó, no le fue posible a LUZ DEL SUR conseguir un solo generador con el cual suscribir un contrato de suministro por los 40 Megavatios que requerían sus usuarios. Igual situación experimentaron otras empresas distribuidoras en el Perú, ya que durante el año 2004 todas las empresas de generación se negaron a suscribir nuevos contratos para el servicio público de electricidad, por

considerar que era más rentable venderle a las grandes industrias a precio libre, que a los usuarios del Servicio Público a tarifa regulada.

Como consecuencia de lo anterior, a partir de febrero del 2004 nuestro consumo de energía destinado al Servicio Público de Electricidad excedió el monto contratado con nuestros proveedores. Dichos excesos han sido facturados por ELECTROPERU a precios que exceden hasta en más de cuatro (4) veces la Tarifa en Barra. Inicialmente, LUZ DEL SUR pagó las facturas a fin de evitar un desabastecimiento de energía que hubiera supuesto un desabastecimiento para sus usuarios.

- 8.6 El 12 de julio de 2004, ELECTROPERÚ remitió a LUZ DEL SUR el Informe Técnico Comercial CC-818-2004 del 9 de julio de 2004 (Anexo 1-N), al que adjuntó la Factura No. 005-4599 por el exceso de consumo de energía activa retirada por LUZ DEL SUR durante el mes de junio de 2004. En dicho documento, ELECTROPERÚ manifestó que el pago del exceso consumido por nuestra empresa debía facturarse no al valor de la Tarifa en Barra (es decir, el precio regulado) sino en función al “costo marginal de corto plazo” determinado por el COES para el mes de junio de 2004<sup>2</sup>.

El costo marginal de corto plazo es un valor al cual se liquidan las transferencias de energía entre empresas generadoras, el cual no guarda relación alguna con la Tarifa en Barra. En “años secos”, como fue el caso del 2004, en el que hubo una severa sequía, el costo marginal se incrementa fuertemente, porque se determina por el costo de operación de centrales obsoletas, operadas con diesel, que resultan extremadamente caras. Por el contrario, la Tarifa en Barra representaba un precio promedio de los costos de electricidad en un horizonte de cuatro años<sup>3</sup>. Justamente se utiliza la figura del “precio promedio” para evitar que los usuarios del Servicio Público de Electricidad se vean afectados en épocas de sequía con la volatilidad de los costos marginales.

<sup>2</sup> Textualmente, ELECTROPERÚ señaló lo siguiente: “De acuerdo a lo establecido en ... (la) subcláusula 4.4 del Contrato, el ... exceso de energía activa ha sido facturado a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES para el mes de junio de 2004 y utilizado por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía activa entre sus integrantes”.

<sup>3</sup> Hoy en día ese horizonte ha sido reducido por la Ley No. 28447 a tres años.

Para tener idea de la diferencia que puede existir entre una Tarifa en Barra y el "costo marginal", cabe mencionar que durante el año 2004 la Tarifa en Barra estuvo en un promedio de US\$ 26.92 el megavatio/hora, en tanto que el costo marginal promedio fue de US\$ 62.02 el megavatio/hora y, en setiembre de 2004, el costo marginal llegó a alcanzar el valor máximo de US\$ 112.38 el megavatio hora. Es indudable el perjuicio que se causaría a un usuario si en el mes de setiembre, aplicándose el costo marginal en lugar de la Tarifa en Barra, se le hubiera cobrado por su consumo un precio 4 veces mayor. Es indudable también que, si dicho exceso no fuese trasladado al usuario para no perjudicarlo, la empresa distribuidora quebraría si debe comprar la electricidad a un precio 4 veces mayor del valor al cual puede venderla. Pues eso es justamente lo que pretendió hacer ELECTROPERU, amparándose en una interpretación errada y contraria a ley del numeral 4.4 del Contrato de Suministro.

- 8.7 El 20 de julio de 2004 LUZ DEL SUR remitió a ELECTROPERÚ la Carta LE-305/2004 (Anexo-Ñ), mediante la cual procedió a devolver la Factura No. 005-4599, por considerar que los excesos de consumo, al tener como destinatarios a los usuarios regulados, debían facturarse a la Tarifa en Barra<sup>4</sup>.
- 8.8 Por tratarse de una materia regulatoria, frente a la cual OSINERG tiene competencia administrativa, nuestra empresa interpuso la correspondiente reclamación ante el Cuerpo Colegiado de OSINERG, a través de un procedimiento de solución de controversias, a efectos de que dicho organismo declare, como solicitamos en nuestro petitorio:

"1. *Que el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no puede exceder la tarifa en barra aprobada por el OSINERG, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de precios de conformidad con lo*

<sup>4</sup> Textualmente, LUZ DEL SUR señaló "(...) por medio de la presente estamos devolviendo su factura ... por venta de electricidad, excesos de consumo, correspondientes al mes de junio de 2004 al haber sido facturados a costo marginal, cuando tales excesos fueron íntegramente destinados para la atención de los clientes de LUZ DEL SUR del mercado regulado, a precio regulado, que es, de acuerdo con ... (el) contrato, el único mercado al cual se puede destinar la energía que se adquiere al amparo del mismo".

dispuesto en los artículos 8°, 43° (c) y 45° de la Ley No. 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en lo sucesivo, la "LCE").

"2. Que el citado tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación no sólo al precio de la energía contratada con el generador sino, inclusive, a los retiros en exceso de la energía contratada, cuando dichos excesos están destinados al Servicio Público de Electricidad.

"3. Que ELECTROPERU no puede cobrar a nuestra empresa, por los retiros de energía en exceso de la energía contratada en el Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 16 de mayo de 1997, vigente entre las partes, un precio mayor al precio de barra regulado por OSINERG, puesto que la energía suministrada está destinada exclusivamente a los usuarios del Servicio Público de Electricidad."

8.9 De manera sorprendente y lamentable, el Cuerpo Colegiado y el Tribunal de Solución de Controversias de OSINERG han resuelto, erradamente, que si bien las ventas de energía destinadas al Servicio Público de Electricidad "*contractualmente establecidos como venta*" no pueden exceder el precio de la Tarifa en Barra, este límite no resulta aplicable a "*los montos adicionales u otros conceptos*", los cuales estarían sujetos "*a la autonomía de las partes intervinientes en el mercado eléctrico*". Dichos montos adicionales, en su opinión, incluyen el supuesto de los consumos de energía en exceso de la contratada.

## IX. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

9.1. El grave error conceptual en el que incurren tanto el Cuerpo Colegiado como el Tribunal de Solución de Controversias al momento de expedir las Resoluciones impugnadas es considerar que el suministro al Servicio Público de Electricidad se encuentra regido por el Derecho Civil y la autonomía de las partes. Su resolución es contraria a Ley puesto que, como pasaremos a desarrollar: (i) de acuerdo con la Ley de Concesiones Eléctricas todas las ventas de energía de un generador (como es ELECTROPERÚ) a un distribuidor (como es LUZ DEL SUR)

destinadas al Servicio Público de Electricidad, están sujetas a precios máximos regulados, fijados por OSINERG (Tarifa en Barra) que no son de libre disposición por las partes; (ii) las únicas penalidades que pueden pactarse en los contratos de suministro entre generador y distribuidor, destinado al Servicio Público de Electricidad, son las establecidas en las Condiciones de Aplicación, las cuales no contemplan el supuesto de penalidades por excesos de consumo de energía; y (iii) en materia de Derecho Público, como es el caso de la prestación de un servicio público otorgado en concesión, sólo pueden pactarse los precios, cargos y penalidades expresamente permitidos por las leyes y normas reglamentarias.

9.2. El artículo 8° de la LCE dispone, en su primer párrafo:

*“La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley”.* (resaltado agregado).

9.3 El artículo 43° del LCE precisa que se encuentran sujetas a regulación de precios las ventas de energía de un generador a un distribuidor, destinadas a prestar el Servicio Público de Electricidad:

*“Artículo 43.- Estarán sujetos a regulación de precios:*

*(...)*

*c) Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad”*

*(resaltado agregado).*

9.4 El artículo 45° de la LCE agrega que:

*“Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinadas al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra”* (resaltado agregado).

9.5 No cabe duda que las normas citadas precedentemente son de orden público y, por tanto, de carácter imperativo. Respecto de ellas no es posible pactar en contrario, de conformidad con lo establecido en los artículos V del Título Preliminar<sup>5</sup> y 1354<sup>6</sup> del Código Civil.

9.6 Tal como se ha indicado precedentemente, el objeto del Contrato es el suministro de energía y potencia destinado al Servicio Público de Electricidad. Lo anterior se evidencia claramente en el texto de su subcláusula 2.6, que señala:

*“LA DISTRIBUIDORA utilizará el suministro objeto del Contrato -exclusivamente- para la atención a sus clientes a precio regulado con arreglo a la Ley. En la eventualidad de que el límite establecido por el Reglamento para la determinación de los clientes libres disminuyera de 1 000 kW, el citado suministro será destinado a clientes que tengan una demanda igual o menor a 1 000 kW. Dicha eventualidad no afectará la condición de que todo el suministro objeto del presente Contrato estará sujeto a la aplicación de las tarifas establecidas en la Cláusula Cuarta.”*  
(subrayado y resaltado agregados).

En consecuencia, no existe duda alguna que por tratarse de una venta de energía de generador a distribuidor, destinada a clientes regulados (usuarios del Servicio Público de Electricidad), el precio no puede exceder lo dispuesto en el artículo 45° de la LCE, ubicado bajo el Título “Precios Máximos de Generador a Distribuidor de Servicio Público”. Lo anterior se encuentra expresamente reconocido en las subcláusulas 4.1 y 4.2 del Contrato:

*“4.1 Los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán, con arreglo a Ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas<sup>7</sup> para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio*

<sup>5</sup> “Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

<sup>6</sup> “Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

<sup>7</sup> La Comisión de Tarifas Eléctricas fue absorbida por OSINERG por disposición de la Ley No. 27332.

*público. Los precios de potencia y energía activa serán equivalentes a los respectivos precios en barra fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas, referidos a los puntos de entrega establecidos en el Anexo No. 2 de acuerdo a las fórmulas tarifarias fijadas por la misma Comisión.*

*“4.2 Si a futuro las ventas de empresas generadoras a distribuidoras destinadas al servicio público dejaran de estar comprendidas en el sistema de precios regulados, por cambios en la legislación vigente, las partes acordarán los precios libres sustitutorios y sus correspondientes fórmulas de reajuste, en el plazo de 60 (sesenta) días hábiles contados a partir del día siguiente de la nueva legislación...” (subrayado agregado).*

- 9.7. Sin embargo, la subcláusula 4.4, al regular el supuesto de excesos en el consumo de energía, estipula lo siguiente:

*“Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA, asignada a LA GENERADORA conforme a lo estipulado en la subcláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por LA GENERADORA y pagados por LA DISTRIBUIDORA a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SICN durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes”.* (subrayado agregado).

- 9.8. ¿Es posible pactar un precio igual al costo marginal para los excesos de consumo en un contrato de suministro de electricidad sujeto a precios regulados, como lo hace la subcláusula 4.4 del Contrato?. ¿Se trata, acaso, de una estipulación contraria a ley y, por tanto, inaplicable?.

Ciertamente no. Una interpretación sistemática<sup>8</sup> que no se quede en una lectura aislada de la subcláusula 4.4 del Contrato, sino que la integre con

<sup>8</sup> En la interpretación sistemática, en palabras de Nicolás Coviello, “Para descubrir el verdadero sentir de la ley, no basta atender al significado de las palabras contenidas en una sola disposición, pues es necesario poner en correlación una disposición con las demás afines que forman toda una institución jurídica, y aun poner ésta en relación con

lo estipulado en sus subcláusulas 2.6 y 4.2, así como con las leyes vigentes, lleva a concluir que dicho convenio es plenamente válido, **dentro de los límites aplicables a los suministros regulados.**

Dicho de otra manera: puesto que la Tarifa en Barra representa un precio máximo para los suministros regulados, sólo cabe interpretar la subcláusula 4.4 del Contrato en el sentido que los excesos de energía deben pagarse a costo marginal de corto plazo siempre y cuando éste no sea mayor a la Tarifa en Barra fijada por el OSINERG. En caso contrario, será la Tarifa en Barra el precio tope que puede cobrar el generador.

Esta interpretación es acorde con el "Principio de Conservación" de los actos jurídicos que obliga a interpretar el acto jurídico de la forma que mantenga validez y eficacia plena.

Así pues, si un contrato puede ser interpretado de una forma que determine su validez (i.e. precio igual al costo marginal en la medida que no exceda la Tarifa en Barra) y de otra que determine su invalidez (costo marginal sin tope alguno), deberá preferirse la primera interpretación antes que la segunda. Como explica Ordoqui Castilla<sup>9</sup>, citando a Pothier:

---

*institutos análogos y con los principios fundamentales de todo el derecho. Dada la concatenación de las diferentes disposiciones legislativas, manifiesta u oculta, pero siempre existente, porque responde al enlace de las varias relaciones de la vida social..., es claro que el estudio de las relaciones debe aportar muy copiosa luz para comprender una disposición singular que, aisladamente considerada, puede parecer ininteligible, absurda e irracional, o que tiene un sentido diverso del que debe tener efectivamente. De esta suerte se percibe, también, de qué principio es derivación la norma singular de ley y si constituye una aplicación o una excepción de la misma: y se ve además cuál es su fin práctico, cuáles los posibles efectos en las varias aplicaciones y cuáles los límites de su alcance. Esto se llama elemento sistemático de interpretación".* COVIELLO, Nicolás: *Doctrina General del Derecho Civil*. Cuarta Edición Italiana. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1938, p. 78. Este es también el criterio de interpretación plasmado en el artículo 169° del Código Civil cuando dispone: "Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

<sup>9</sup> ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. "Interpretación del Contrato en el Régimen Uruguayo" En: *Contratación Contemporánea*. Tomo II. Lima, Palestra-Temis, 2001. p. 349, citando a POTHIER. "Tratado de las Obligaciones". p. 60. Asimismo, DIEZ PICAZO sostiene que si en vía hermenéutica existe la opción entre un significado útil y otro inútil deberá decidirse en el sentido de la preeminencia de la validez. DIEZ PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo I. p. 396, Citado por ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Ibidem*.

*“cuando una cláusula contractual (es) pasible de ser interpretada en dos direcciones, deb(e) entenderse en aquella que pudiera tener efectos válidos y no en el sentido que le hiciese carecer de efectos. O sea que, en caso de dudas, la interpretación siempre debe ser a favor de la validez del contrato (...)”* (el subrayado es nuestro).

- 9.9. Aunque parezca increíble, el Tribunal de Solución de Controversias de OSINERG y ELECTROPERÚ han considerado lo contrario, pues sostienen que los excesos por consumo de energía destinada al Servicio Público de Electricidad no están sujetos a los precios máximos aprobados por OSINERG, interpretando que debe pagarse por ellos el costo marginal de corto plazo aunque éste exceda varias veces la Tarifa en Barra. Dicha posición es, a todas luces, inadmisibile, por ser contraria a la ley y a los principios básicos que cautelan el Servicio Público de Electricidad.

**Lo que ELECTROPERÚ pretende y el Tribunal de Solución de Controversias le reconoce es que se puede lograr por la vía indirecta aquello que se encuentra prohibido de hacer por la vía directa:** cobrar un precio superior a la Tarifa en Barra por los excesos de consumo de energía destinados al Servicio Público de Electricidad, cuando expresamente reconoce en su Contrato que no tiene la potestad de cobrar por encima del precio regulado en el caso de la energía contratada.

- 9.10 De otro lado, las estipulaciones contenidas en Contrato de Suministro no dejan lugar a dudas que la contraprestación por el consumo de energía en exceso de la consumida es a título de venta, ya que el suministro objeto del contrato comprende toda la potencia y energía proporcionada y facturada por ELECTROPERU. Nos preguntamos cómo podría facturarnos ELECTROPERU como “Venta de Energía” la energía consumida en exceso de la contratada si es que no considerase que dichos consumos en exceso forman parte del suministro y, por ende, son una venta. Si no lo fueran, no se registrarían por dicho Contrato de Suministro.

Porque se rige por dicho contrato de suministro es que la Cláusula Cuarta (titulada “Tarifa y Precios para Excesos de Consumo”) regula las tarifas

tanto para el suministro de la potencia contratada como para el suministro de los excesos de consumo.

- 9.11 Para completar la interpretación de las normas citadas y demostrar el error en el cual incurre la Resolución apelada, corresponde determinar cuál es el alcance de las ventas de energía eléctrica a las que se refieren los mencionados artículos 43° y 45° de la LCE.

La palabra “venta” está definida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “*la acción y efecto de vender*”. Adicionalmente, define al verbo “vender” como el acto de “*traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que uno posee*”<sup>10</sup>.

¿Qué quiere decir la norma, en consecuencia, cuando se refiere a “traspasar” electricidad? Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua “traspasar” significa “*ceder a favor de otra persona el dominio de algo*”.

En ese sentido, mediante las “ventas de energía eléctrica” los generadores traspasan –a cambio de una contraprestación– a los distribuidores el dominio o propiedad de su energía eléctrica para que éstos presten el Servicio Público de Electricidad.

¿Qué involucra el traspaso de la propiedad de la energía eléctrica a título oneroso? Que las distribuidoras adquieran el dominio de ésta para, a su vez, venderla a los usuarios finales.

En este contexto, el traspaso del dominio de la energía eléctrica puede hacerse efectivo mediante el establecimiento de (i) una energía contratada, o (ii) los excesos de esta energía, contractualmente previstos (tal como ocurre en el presente caso).

En efecto, si un distribuidor –con la autorización contractual del generador– adquiere energía eléctrica y en contraprestación paga al generador un precio, no cabe duda que está ocurriendo un traspaso de propiedad de esta energía eléctrica, es decir, **una venta de electricidad**,

que forzosamente no podrá exceder la Tarifa en Barra cuando esté destinada al Servicio Público de Electricidad.

Así pues, es indudable que si la LCE sujeta a regulación de precios toda venta (traspaso) de energía eléctrica de un generador a un distribuidor, destinada al Servicio Público de Electricidad, ello significa que cualquier acto jurídico que involucre el **traspaso** a título oneroso de energía de un generador a un distribuidor, destinada al servicio público de electricidad, necesariamente debe efectuarse a Tarifa en Barra.

En la medida que los excesos de consumo involucran un traspaso del dominio de la energía, éstos también deben estar sujetos a regulación de precios cuando se destinen a prestar el Servicio Público de Electricidad, dado que éstos son una venta de electricidad.

Hasta el propio ELECTROPERÚ ha reconocido que los excesos de consumo de energía se encuentran dentro del rubro de “ventas de electricidad”. En efecto, como se aprecia en las facturas emitidas por excesos de consumo que obran en el expediente administrativo, dicha empresa consigna como Referencia de los precios cobrados la “venta de electricidad – excesos de consumo” (Anexo 1-0).

Es decir que el propio ELECTROPERÚ reconoce que la energía entregada en exceso de la contratada es una venta. No cabe, pues, duda alguna de que el precio de cualquier venta de energía no puede exceder la Tarifa en Barra, conforme a lo dispuesto por el artículo 45° de la LCE.

- 9.12 La interpretación del Tribunal de Solución de Controversias que los consumos de energía en exceso de los contratados no se encuentran sujetos a los precios regulados pues no tendrían el carácter de “ventas” sino de “montos adicionales” o “penalidades” resulta jurídicamente inaceptable puesto que la Teoría General de Derecho no permite distinguir donde la ley no distingue.

El principio “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” obliga a los operadores jurídicos a no efectuar distinciones que no hayan sido admitidas por la Ley. Ello ha sido vulnerado por el Tribunal de

Solución de Controversias de OSINERG, al diferenciar la energía contratada de los excesos de consumo cuando ambos, sin duda alguna, se encuentran incluidos dentro de la categoría ventas de energía eléctrica destinada a la prestación del Servicio Público de Electricidad.

El artículo 45° de la LCE es tajante al referirse a las ventas (es decir, transferencias) de energía en general, sin diferenciar entre las que son inferiores y las que exceden la energía contratada. No existe, por tanto, fundamento legal que permita interpretar que dicha norma es de aplicación exclusiva a la energía y potencia contratadas, mas no a los retiros en exceso porque ambas operaciones involucran un traspaso o venta de energía eléctrica que debe efectuarse a Tarifa en Barra.

- 9.13 De otro lado, en el supuesto que el precio pactado en el Contrato de Suministro para la energía consumida en exceso no tuviese el carácter de “venta” sino de **penalidad o “monto adicional”**, como imprecisamente le atribuye la resolución del Tribunal de Solución de Controversias, **tampoco es posible que sea libremente pactado por las partes. El suministro de electricidad destinado a usuarios del Servicio Público constituye una actividad de Derecho Público;** por ello, **compete a OSINERG fijar las penalidades, cargos y sobrecostos que pueden pactarse entre generador y distribuidor, así como entre este último y el usuario final.** Así lo establece expresamente el Decreto Supremo N° 035-95-EM que precisa:

*“... que la facultad conferida al Consejo Directivo de la Comisión de Tarifas Eléctricas<sup>11</sup>, para la regulación tarifaria, por el inciso h) del artículo 22 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo No. 009-93-EM, comprende la consideración de los costos y sobrecostos asociados a la prestación del Servicio Público de Electricidad en que incurran o puedan incurrir los suministradores de energía eléctrica, como consecuencia de los requerimientos reales de potencia y energía de sus usuarios, así como el establecimiento de las condiciones generales de contratación y recargos de acuerdo a la*

<sup>11</sup> La Comisión de Tarifas Eléctricas fue absorbida por OSINERG por disposición de la Ley No.27332.

*naturaleza de la materia eléctrica que regula” (resaltado agregado).*

Es decir que la función reguladora de OSINERG respecto de las tarifas alcanza no sólo al precio de la potencia y energía, sino a las demás estipulaciones contractuales aplicables a la relación generador-distribuidor, incluidos los sobrecostos, recargos y penalidades por excesos de consumo. El citado Decreto Supremo reconoce, adicionalmente, un elemento importantísimo: los excesos de consumo en los que incurre una empresa distribuidora se originan en los requerimientos de sus usuarios. La empresa distribuidora es un mero intermediario minorista que compra grandes volúmenes a los generadores para venderlo al menudeo a los usuarios finales. En tal sentido, tratándose de una actividad de servicio público, la limitación a las penalidades que puede cobrar un generador a un distribuidor se sustenta en que éstas deben resultar trasladables a los usuarios finales que son, justamente, aquellos que consumieron la energía en exceso.

Las penalidades y límites que pueden pactarse en un contrato de suministro entre generador y distribuidor se encuentran reguladas en las Condiciones de Aplicación de las Tarifas en Barra, que fueron aprobadas mediante Resolución No. 15-95-P/CTE, modificada por la Resolución No. 22-95-P/CTE. La sección 8.1 de las Condiciones de Aplicación, conforme al texto modificadorio aprobado por la **Resolución N° 022-95-P/CTE**, admite la siguiente penalidad:

*8.1 (...) La facturación por potencia contratada será igual al producto de la potencia contratada en las horas de punta por el precio en barra de la potencia de punta, del mes que se factura. En caso que la demanda máxima mensual del cliente exceda la potencia contratada, la empresa vendedora podrá aplicar a ese exceso, un precio 50% mayor al precio en barra de la potencia de punta”.*

Adicionalmente, la citada Resolución N° 022-95-P-CTE modificó también el numeral 9 del artículo 1° de la Resolución N° 015-95-P/CTE, estableciendo que la Resolución de Tarifas en Barra determinaría penalidades para los excesos de energía reactiva.

8  
Sin embargo, las Condiciones de Aplicación no contemplan la posibilidad de que se cobren penalidades por los excesos de energía activa, por lo que debe entenderse –por ser una norma de Derecho Público– que es imposible para las partes pactar libremente esta clase penalidades cuando se trata de un supuesto no contemplado en la regulación<sup>12</sup>.

A pesar de que el texto de las Condiciones de Aplicación es claro y no requiere de mayor interpretación, en un error de derecho sorprendente, el Tribunal de Solución de Controversias en su resolución impugnada afirma que las Resoluciones N° 015-95-P/CTE y 022-95-P/CTE “solamente regulan las condiciones de aplicación de las tarifas en barra” y, en consecuencia, que en la Resolución N° 022-95-P/CTE se “consiguió la eliminación de la regulación de penalidades, ya que éstas se encontraban dentro del ámbito contractual (de autonomía privada), donde nada tenía (ni tiene) que hacer el regulador”.

Este es otro extremo de la Resolución que resulta insostenible desde todo punto de vista y que pareciera demostrar que los miembros del Tribunal de Solución de Controversias ni siquiera se tomaron el trabajo de leer la Resolución No. 022-95-P/CTE, ya que conforme se aprecia del texto precedentemente citado, éste claramente establece un tope máximo para las penalidades que se pueden cobrar por excesos de consumo de potencia y de energía reactiva.

En conclusión, las normas reglamentarias no han dejado a la libre disposición de las partes la determinación de las penalidades, sino que más bien limitaron al 50% de la Tarifa en Barra la penalidad por excesos de potencia y no admitieron penalidad alguna para consumos en exceso de energía activa.

<sup>12</sup> Juan Carlos Morón Urbina, al respecto, señala lo siguiente: “Si en el Derecho privado la capacidad es la regla, y la incapacidad es la excepción, en el Derecho público la relación es precisamente a la inversa, ya que en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho, ámbito y fin determinado, más bien sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas” (resaltado agregado). MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General” Lima, Gaceta Jurídica, 2002. p. 26.

- 9.14 Es evidente que en materia de precios regulados, el concesionario sólo puede cobrar aquellos montos y conceptos expresamente permitidos por las normas vigentes. En lo referente al Servicio Público de Electricidad, actividad cuya titularidad corresponde al Estado y que prestan los concesionarios en un régimen de concesión, es decir, de Derecho Administrativo, no rige el principio de Derecho Civil de que uno no está impedido de hacer lo que no está prohibido por ley, sino, por el contrario, el principio de legalidad de los actos administrativos que sólo faculta a hacer –o cobrar- lo expresamente autorizado por una norma legal. No existiendo ninguna disposición legal que permita cobrar penalidades por encima del precio regulado en el caso de excesos en el consumo de energía, es contrario a ley la pretensión de ELECTROPERU de cobrar en exceso de la Tarifa en Barra.

En confirmación de lo anterior el literal c) del artículo 31 de la LCE, establece expresamente que:

*"Artículo 31°.- Los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a:*

*c) Aplicar los precios regulados que se fijan de conformidad con las disposiciones de la presente Ley."*

En consecuencia, la correcta interpretación y aplicación de lo establecido en la LCE y el marco regulatorio que gobierna el Servicio Público de Electricidad, es que bajo ningún concepto puede venderse energía destinada al Servicio Público de Electricidad (ni siquiera bajo el nombre de "excesos de consumo" o "penalidad") a un precio superior a la Tarifa en Barra.

Si todos los cargos, precios y penalidades aplicables a los suministros para el Servicio Público de Electricidad corresponden al mercado regulado, el único competente para permitirlos o fijar sus límites es OSINERG o la Ley. En ausencia de norma autoritativa, no es posible pactar sobrepagos o conceptos distintos -o en condiciones diferentes- de aquellos específicamente autorizados por OSINERG. Es decir, si la regulación no admite un sobrepago por los retiros en exceso de la

energía contratada, no es posible pactar este sobreprecio sino que debe venderse a Tarifa en Barra.<sup>13</sup>

- 9.15 Las Resoluciones impugnadas vulneran el principio de legalidad consagrado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el cual señala que *“las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas”*.

Al haber resuelto de manera contraria a lo expresamente dispuesto en los artículos 43° y 45° de la LCE, así como en las Resoluciones Nos. 015-95-P/CTE y 022-95-P/CTE, el Cuerpo Colegiado y el Tribunal de Solución de Controversias han viciado sus resoluciones –en los extremos impugnados en la presente acción- de nulidad, conforme a lo establecido en el artículo 10°, numeral 1 de la LPAG:

*“Artículo 10.- Causales de nulidad*

*Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias...”*

- 9.16 Sin perjuicio de la atención que deberá poner la Sala en los argumentos desarrollados a lo largo de la presente demanda, creemos importante que se tengan presente los perjuicios que generaría el criterio establecido por el Tribunal de Solución de Controversias.

En primer lugar debemos recordar que si el distribuidor no cuenta con energía eléctrica para suministrar, entonces el perjudicado será el usuario final. Cuando se trata de servicio público, el negocio del distribuidor no

<sup>13</sup>

Ello resulta aún más evidente si tomamos en cuenta que la anterior redacción del artículo 44° de la LCE señalaba que *“no están sujetos a regulación de precios las ventas de energía eléctrica no señaladas explícitamente en el artículo anterior (43° de la LCE)”*. Esta disposición fue suprimida en la medida que podía causar confusiones como en la que ha incurrido el Tribunal de Solución de Controversias. A diferencia del texto derogado, en la LCE actualmente no existe disposición que señale algo parecido, con lo cual es aun más contundente el argumento de que sólo las tarifas que figuran en el artículo 43° son aquellas que se pueden cobrar en las actividades desarrolladas en el sector eléctrico.

es la diferencia entre el precio al cual compra la energía y el precio al que la vende sino, exclusivamente, el “valor agregado de distribución” que le fija OSINERG por prestar los servicios de transformar la energía a media o baja tensión y transportarla hasta las residencias y locales de los usuarios finales. Si el distribuidor no gana nada por la energía y potencia sino sólo por el transporte a los usuarios finales, entonces es absolutamente ilógico que se le imponga la carga de soportar el riesgo de las fluctuaciones del costo marginal, sea por energía y potencia contratada como por excesos de consumo de éstas.

Es incorrecto entonces afirmar, como lo hace el Tribunal, que existen riesgos que deben ser asumidos por las partes. El distribuidor no puede asumir un riesgo en una actividad por la que no lucra. Si no cobra ningún diferencial entre la energía que compra y la que vende porque la vende a precio regulado, entonces es ilógico pensar que el marco regulatorio imponga una asunción de riesgos. Los consumidores regulados no pagan el costo marginal superior que, de acuerdo a la Resolución, deben pagar los distribuidores. En ese sentido, los distribuidores pierden por la energía que compran pero no pueden recuperar sus pérdidas porque la regulación no se los permite. ¿Cuál sería la consecuencia de un sistema como éste? Pues simplemente, que los distribuidores se vean injustamente perjudicados económicamente y los consumidores queden en riesgo inminente de quedarse sin suministro eléctrico, poniéndose en riesgo el principio de continuidad del servicio público.

- 9.17 Otro efecto antijurídico de las Resoluciones impugnadas es que otorgan a los generadores eléctricos todos los incentivos para “propiciar” en los distribuidores los excesos de consumo de electricidad. Estos incentivos perversos pueden traducirse en prácticas comerciales perjudiciales para el sistema eléctrico nacional y, en consecuencia, para los usuarios del Servicio Público de Electricidad. Basta con que al consumo de energía se le designe en el contrato como “exceso” o “monto adicional” en lugar de “venta”, para que a criterio del Tribunal de Solución de Controversias, no resulte de aplicación el precio regulado en el artículo 43° de la LCE.

El "incentivo perverso" operaría de la siguiente manera: Asumamos que la distribuidora "A" necesita "x" Megavarios/hora para atender a sus usuarios del Servicio Público de Electricidad. En la medida que los generadores pueden "ganar" más vendiendo su energía a un precio superior a la Tarifa en Barra, probablemente se negarán a tratar como "energía contratada" el íntegro de los requerimientos de la distribuidora y más bien exigirán considerar como energía contratada sólo un décimo de ésta, dándole a los nueve décimos restantes el tratamiento de un "exceso de energía" que podrá ser vendido a un precio 4 veces superior a la Tarifa en Barra (como puede suceder con el costo marginal).

Permitir a las empresas generadoras vender energía (bajo el nombre de excesos de consumo) a un precio superior a la Tarifa en Barra perforaría el sistema de regulación de precios previsto en la LCE y en la regulación de OSINERG, haciendo que se convierta en letra muerta. El marco legal y la función regulatoria del OSINERG poco sentido tendrían si es que una significativa (o mayoritaria) porción de los precios de los suministros destinados al Servicio Público de Electricidad pasan a ser fijados arbitrariamente por los generadores sin límite alguno, bajo el sencillo artilugio de denominar a las ventas de energía como "excesos de consumo" o "penalidad" o "monto adicional".

Lo anterior pondría en riesgo la integridad del Servicio Público de Electricidad, ya que el distribuidor deberá pagar más por la energía que compra de lo que se le paga por ella, pues sólo puede cobrar a sus usuarios finales un precio igual a la Tarifa en Barra más el Valor Agregado de Distribución (VAD). Esto llevaría: i) al progresivo endeudamiento del distribuidor, hasta su eventual quiebra; y ii) a que el distribuidor deje de comprar energía e imponga restricciones al consumo (racionamiento), con el grave daño a la colectividad que ello acarrea.

La única alternativa a lo anterior, es que la interpretación que hace la Resolución permita a los distribuidores hacer otro tanto con sus clientes del Servicio Público de Electricidad: cobrarles la energía consumida en exceso de la contratada a costo marginal o a cualquier otro precio que exceda la Tarifa en Barra y su Valor Agregado de Distribución. Ello sobre la base que la relación entre generador y distribuidor para atender el Servicio Público de Electricidad es un "espejo" de la relación que

existe entre el distribuidor y el usuario regulado. Sin embargo, esta posibilidad generaría un perjuicio a los consumidores finales, quienes estarían sujetos a las fluctuaciones de los costos marginales de corto plazo que el legislador, expresamente, ha querido evitar cuando ordena, en el artículo 63° de la LCE que las tarifas a usuarios finales de Servicio Público de Electricidad “*comprenden las Tarifas en Barra y el Valor Agregado de Distribución*”.

Es evidente que las consecuencias descritas resultan claramente contrarias a la letra y el espíritu de la LCE, que establece un sistema de regulación de precios para las ventas de energía destinadas al Servicio Público de Electricidad, sea que se trate de un contrato entre generador y distribuidor como de un contrato entre distribuidor y usuario final.

#### X. CONCLUSIONES:

- La LCE establece que el precio máximo de las ventas de energía eléctrica de generador a distribuidor para el servicio público es la Tarifa en Barra.
- Las ventas de energía eléctrica pueden ser definidas como el traspaso del dominio de la electricidad a cambio de una contraprestación. Este traspaso de dominio opera tanto en el caso de potencia y energía contratadas, como con los consumos en excesos de lo contratado. Ello ha sido reconocido por ELECTROPERÚ al facturar los excesos de consumo como ventas de electricidad.
- La LCE no diferencia las ventas de potencia y energía en función de si son contratadas o si corresponden a excesos de consumo y, en tal sentido, debe entenderse que la Tarifa en Barra se aplica a cualquiera de estas dos modalidades.
- La Resolución impugnada equivocadamente presupone que la LCE no regula los precios para las ventas realizadas bajo la modalidad de “excesos en el consumo” y “montos adicionales”. Con ello diferencia en

donde la ley no lo hace, vulnerando principios elementales del derecho y modificando la LCE sin contar con facultades para ello.

- En el supuesto que la energía consumida en exceso no tuviese el carácter de “venta” sino de penalidad o “monto adicional”, como imprecisamente le atribuye la resolución del Tribunal de Solución de Controversias, su precio tampoco puede ser libremente pactado, ya que Decreto Supremo N° 035-95-EM establece que compete a OSINERG fijar las penalidades, cargos y sobrecostos aplicables a los suministros destinados al Servicio Público de Electricidad.
- Las penalidades que pueden pactarse en un contrato de suministro entre generador y distribuidor se encuentran reguladas en las Condiciones de Aplicación de las Tarifas en Barra, que fueron aprobadas mediante Resolución No. 15-95-P/CTE, modificada por la Resolución No. 22-95-P/CTE. Las únicas penalidades permitidas por estas normas son por excesos en los consumos de potencia (con un máximo del 50% de la Tarifa en Barra) y de energía reactiva. Sin embargo, no autorizan a pactar penalidad alguna por consumos en exceso de energía activa.
- Por realizar una actividad que es de Derecho Público –y por ello mismo, de titularidad estatal- el concesionario de un servicio público tiene restringidas sus libertades contractuales y de contratar. En efecto, a diferencia de las actividades que corresponden al ámbito privado, en el caso de los servicios públicos la autonomía de la voluntad se encuentra restringida a aquellos supuestos expresamente permitidos por las leyes. En ausencia de norma autoritativa, no es posible pactar sobreprecios o conceptos distintos -o en condiciones diferentes- de aquellos específicamente autorizados por OSINERG.
- Lo resuelto por el Tribunal de Solución de Controversias genera incentivos perversos para cobrar por la vía indirecta de los “excesos de consumo” precios superior a los regulados, lo cual tendría consecuencias perjudiciales para el sistema eléctrico nacional y, en consecuencia, para los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

Las Resoluciones impugnadas vulneran el principio de legalidad consagrado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por haber resuelto de manera contraria a lo expresamente dispuesto en los artículos 43° y 45° de la LCE, así como en las Resoluciones Nos. 015-95-P/CTE y 022-95-P/CTE.

#### XI. MEDIOS PROBATORIOS:

Ofrecemos en calidad de medios probatorios los siguientes documentos:

- 11.1 Copia de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG (Anexo 1-D);
- 11.2 Copia de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG (Anexo 1-E);
- 11.3 Copia de la Resolución No. 15-95-P/CTE (Anexo 1-F);
- 11.4 Copia de la Resolución No. 22-95-P/CTE (Anexo 1-G);
- 11.5 Copia del Contrato de concesión de distribución de energía eléctrica, celebrado con el Estado Peruano el 9 de agosto de 1994 (Anexo 1.H);
- 11.6 Copia del Contrato que LUZ DEL SUR celebró con ELECTROPERU, el 16 de mayo de 1997 para suministro de energía eléctrica (Anexo 1-I);
- 11.7 Copia de los contratos de suministro de energía que LUZ DEL SUR tiene celebrados con EDEGEL, Termoselva, Empresa Eléctrica de Piura y Egenor, (Anexos 1.J al 1.M);
- 11.8 Copia del Informe Técnico Comercial CC-818-2004 del 9 de julio de 2004 (Anexo 1-N);
- 11.9 Copia de Carta LE-305/2004 que LUZ DEL SUR remitió a ELECTROPERÚ el 20 de julio de 2004 (Anexo-Ñ); y,
- 11.10 Copia de las Facturas emitidas por excesos de consumo (Anexo 1-O).
- 11.11. Copia del Dictamen Sobre el Precio que debe Aplicarse a las Ventas de Energía en Exceso de la Contratada, informe emitido por el Dr. Gaspar Ariño Ortiz, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid y autor

de varios libros sobre el Derecho de los Servicios Públicos (Anexo 1-P).

También ofrecemos como medio probatorio el Expediente Administrativo que da origen a la presente acción contencioso administrativa, para lo cual deberá oficiarse al OSINERG, en la dirección consignada en la introducción del presente escrito de demanda.

## **XII. ANEXOS:**

- 12.1 Copia del RUC de nuestra empresa (Anexo 1-A);
- 12.2 Copia del DNI del representante de LUZ DEL SUR S.A.A. (Anexo 1-B);
- 12.3 Poder del representante de LUZ DEL SUR S.A.A. (Anexo 1-C); y
- 12.4 Los medios probatorios signados como Anexo 1-D a 1-P.

## **POR LO EXPUESTO:**

A la Sala solicitamos admitir la demanda y en su oportunidad declararla fundada.

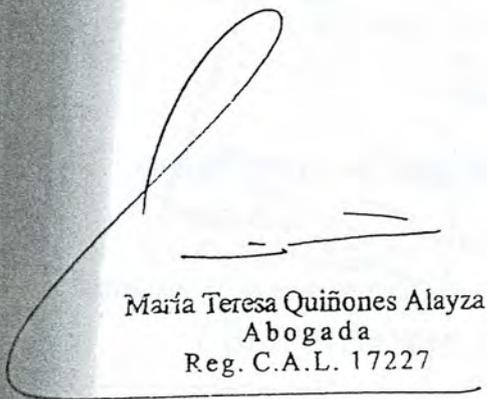
**PRIMER OTROSI DECIMOS:** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 80° del Código Procesal Civil y 290° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, otorgamos poder a los abogados Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, María Teresa Quiñones Alayza, José Tam Pérez, Luis Bedoya Escurra, Renzo Carrasco Domhoff y Fabrizio Castellano Brunello, que suscriben la demanda para que cualquiera de ellos, indistintamente, nos representen con las facultades del artículo 74° y 75° del mismo Código, declarando que nuestro domicilio es el indicado en la introducción de este escrito y que estamos instruidos de la representación que otorgamos y de sus alcances.

**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que por convenir a nuestros intereses, facultamos a los señores Ricardo José De Vettor Pinillos, Luis Pachas Peña, Patricia Ramírez Chiong, Jessica Ramos Cano y Wilfredo Chumpitasi Negrón para que puedan revisar el expediente judicial, tomar conocimiento de las resoluciones que en éste se expidan así como retirar los documentos que

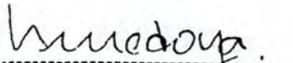
podrían expedirse a nuestro favor tales como partes judiciales, exhortos, copias certificadas y otros análogos.

**TERCER OTROSI DECIMOS:** Adjuntamos la tasa judicial correspondiente.

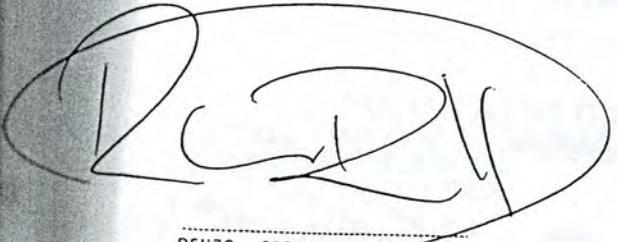
Lima, 21 de junio de 2005



María Teresa Quiñones Alayza  
Abogada  
Reg. C.A.L. 17227



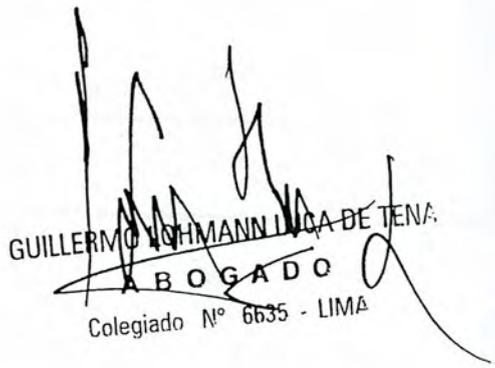
LUIS BEDOYA ESCRRA  
ABOGADO  
Reg. C.A.L. 27917



RENZO CARRASCO DOMHOFF  
ABOGADO  
REG. C.A.L. 35058



JOSE TAMAYO  
ABOGADO  
Reg. CAL. 263



GUILLERMO SCHUMANN DE TENA  
ABOGADO  
Colegiado N° 6635 - LIMA

A LA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA:

ELECTROPERÚ S.A. (en adelante, "Electroperú"), debidamente representada por su apoderado, Dr. Juan Humberto Peña Acevedo, según poder que obra en autos, en los seguidos por LUZ DEL SUR S.A.A. (en adelante, "Luz del Sur") contra el ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA - OSINERG (en adelante, "OSINERG") y otro, sobre impugnación de resolución administrativa y otros, atentamente decimos:

Que, dentro del plazo de ley, contestamos la demanda interpuesta solicitando a la Sala se sirva declararla INFUNDADA en todos sus extremos, conforme a los fundamentos siguientes:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA CONTESTACION:

1.1 El Contrato de Suministro de Electricidad suscrito entre Electroperú y Luz del Sur

Con fecha 16 de mayo de 1997, Electroperú empresa concesionaria del servicio de generación eléctrica, y Luz del Sur, empresa concesionaria del servicio de distribución eléctrica, suscribieron un Contrato de Suministro de Electricidad (en adelante, el "Contrato"), mediante el cual la primera acordó vender y poner a disposición y entregar a la segunda una cantidad determinada de electricidad para atender parte de la demanda de sus clientes del denominado Servicio Público de Electricidad.

yy

En la cláusula 2.1 del Contrato las partes establecieron que la cantidad de electricidad que Electroperú estaba obligada a entregar a Luz del Sur sería 370 Megawats (MW) por año, precisando expresamente que tal cantidad constituye el límite máximo de la obligación de suministro de Electroperú y del derecho a dicho suministro de Luz del Sur. Concordante con lo anterior, en la cláusula 2.4 las partes señalaron que cualquier ampliación o reducción de dicha cantidad contratada sólo podría ser realizada por acuerdo firmado de ellas. Posteriormente, mediante adenda de fecha 12 de diciembre de 2000, las partes acordaron aumentar la cantidad de electricidad contratada a 420 MW.

La cláusula 2.6 del Contrato determina que Luz del Sur utilizará la máxima electricidad objeto de suministro exclusivamente para la atención de sus clientes a precio regulado, es decir, al Servicio Público de Electricidad; razón por la cual la cláusula 4.1 del mismo documento estableció que el precio aplicable a dicho suministro sería el precio regulado fijado por la Comisión de Tarifas Eléctricas (hoy OSINERG) para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras para el Servicio Público de Electricidad (denominado "Tarifa en Barra").

En el Contrato (cláusula 2.3), las partes acordaron expresamente que Electroperú no estaría obligada a suministrar a Luz del Sur más electricidad que los mencionados 420 MW, y que si Luz del Sur retirase una cantidad mayor, ello importaría un incumplimiento del Contrato, quedando Electroperú, en tal caso, facultada para resolver el Contrato, sin perjuicio de cobrar a Luz del Sur por el referido retiro en exceso los montos convenidos en la cláusula 4.4.

En la mencionada la cláusula 4.4 del Contrato, las partes acordaron, también de manera expresa, que en el supuesto en que Luz del Sur retirase más energía que la máxima contratada, dicha empresa deberá pagar a Electroperú por los excesos retirados un valor equivalente al correspondiente "costo marginal de corto plazo" determinado por el Comité de Operaciones

*Juy*

Económica del Sistema Interconectado – COES SINAC (en adelante, el "COES").

El denominado "costo marginal de corto plazo" es el precio al que una empresa concesionaria de generación eléctrica puede comprar la energía producida por otra empresa concesionaria de generación eléctrica para cubrir la demanda generada por sus clientes (como es el caso de Luz del Sur). Como Electroperú comprometió un suministro máximo de energía a Luz del Sur, el acuerdo de las partes de establecer un precio basado en el "costo marginal de corto plazo" para un eventual retiro de energía por Luz del Sur mayor que la pactada --sin perjuicio del derecho de Electroperú de, en ese caso, resolver el Contrato-- se sustentaba en que, en cualquier caso, Electroperú podría atender ese retiro adquiriendo la energía asociada al mismo a otras empresas generadoras sin, cuando menos, sufrir un perjuicio.

Finalmente, debemos señalar que la cláusula 3 del Contrato, señala que éste estará vigente hasta el 31 de octubre de 2006.

Como se verá más adelante, lo único que reclama Electroperú a través de su intervención en el presente proceso --reclamo que, por cierto, ha sido amparado por la máxima autoridad administrativa competente y experta en la materia--, es que se respeten los acuerdos contractuales descritos precedentemente, los cuales fueron libre y voluntariamente pactados por Luz del Sur y Electroperú en el marco del Contrato y la ley aplicable; y cumplidos por Luz del Sur desde el inicio del contrato hasta mayo de 2004 inclusive.

1.2 La controversia suscitada entre Luz del Sur y Electroperú por los retiros en exceso de la energía contratada. Inicio del procedimiento administrativo ante OSINERG

Durante más de 7 años las partes ejecutaron el Contrato sin ningún inconveniente. Cabe indicar que en algunos meses del periodo señalado se registraron excesos de consumo de energía a los cuales se aplicó el

*Juy*

denominado "costo marginal de corto plazo" (que las partes acordamos establecer para los retiros en excesos que efectuara Luz del Sur sobre el máximo de energía pactada) cuyo valor fue a algunos meses mayor al de la Tarifa en Barra y otras veces menor. Es decir, en estos últimos meses, cuando se produjeron dichos retiros en exceso, Luz del Sur pagó por ellos un monto mayor o menor que el pactado para el suministro regular, sin que -- para la ahora demandante-- esto fuese materia de cuestionamiento alguno.

Sin embargo, el 7 de setiembre de 2004 Luz del Sur presentó un reclamo administrativo ante OSINERG contra Electroperú para que aquélla declare que el pago que debía efectuar Luz del Sur a Electroperú por los retiros en exceso de los 420 MW contratados debería ser la "Tarifa en Barra" fijada por OSINERG, sosteniendo que, al estar destinados dichos retiros al Servicio Público de Electricidad, los mismos deben estar sujetos a regulación de precio. Cabe precisar que, convenientemente para Luz del Sur, a la fecha en que planteó este reclamo --y, cuando menos, hasta la fecha--, el "costo marginal de corto plazo" fijado por las partes para determinar el precio de los retiros en exceso de la electricidad máxima contratada es significativamente mayor que la "Tarifa en Barra".

Según su a todas luces extemporáneo reclamo, y luego de 7 años de haber ejecutado pacíficamente el Contrato de acuerdo con lo estipulado en sus cláusulas, particularmente con su cláusula 4.4, Luz del Sur considera que dicha cláusula, que, como vimos, establece que los retiros en exceso se pagarán a los "costos marginales de corto plazo" establecidos por el COES, no resulta aplicable cuando dicho costo marginal es superior a la Tarifa en Barra fijada por OSINERG, ya que tal pacto, de acuerdo a la novísima posición de Luz del Sur, constituiría una violación de lo dispuesto por los artículos 43 y 45 de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley No. 25844 (en adelante, la "LCE"), los cuales establecen que las ventas de energía eléctrica de un generador a un distribuidor para el Servicio Público de

Juy

Electricidad están sujetas a regulación de precio y se efectuarán a Tarifa en Barra.

Electroperú, en posición que ha sido respaldada por la autoridad administrativa competente y rectora del sistema eléctrico en el Perú (OSINERG), considera que sólo son objeto del Contrato de suministro para el Servicio Público de Electricidad los 420 MW contratados y que los retiros en exceso no son una venta voluntaria de energía de un generador a un distribuidor, sino que constituyen un incumplimiento del Contrato. En tal sentido, dichos retiros en exceso no están sujetos a regulación tarifaria (Tarifa en Barra) sino a lo pactado por las partes en el Contrato. Sin perjuicio de ello y aunque no es esencial en su posición, Electroperú ha señalado, también, que no es cierto que los retiros en exceso efectuados por Luz del Sur hayan sido destinados por ésta de forma exclusiva al Servicio Público de Electricidad.

### 1.3 Las Resoluciones Administrativas del OSINERG que desestimaron la reclamación de Luz del Sur

La Resolución No. 008-2004-OS/CC-20 de fecha 25 de octubre de 2004, expedida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de OSINERG (en adelante, el "CC"), fijó como principal punto controvertido el establecer si los retiros de energía en exceso a la contratada, destinada al Servicio Público de Electricidad, están sujetos a los precios regulados, o si no les resulta de aplicación dicho tope sino lo acordado en el Contrato.

Sobre el particular, el CC señaló que al no existir norma expresa que regule el límite de facturación de los excesos de energía, es perfectamente válido el acuerdo de las partes contenido en la Cláusula 4.4 del Contrato, que establece que tales excesos se facturarán al "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES. Además, también señaló que esa era la forma como las partes habían interpretado y ejecutado el Contrato desde su celebración, habiendo incluso Luz del Sur pagado a Electroperú hasta en 8 oportunidades por excesos de energía el "costo marginal de corto plazo" por

July

encima de la Tarifa en Barra, por lo que resulta de aplicación al presente caso el principio de los actos propios.

Esta Resolución del CC fue apelada por Luz del Sur el 17 de noviembre de 2004.

La **Resolución No. 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG** de fecha 22 de abril de 2005, expedida por el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG (en adelante, el "TSC"), resolvió la apelación interpuesta por Luz del Sur como segunda y última instancia administrativa.

En dicha Resolución el TSC ha establecido que la interpretación de los artículos 43 inc. c) y 45 de la LCE debe realizarse bajo un **criterio teleológico**, es decir, dentro de los **objetivos planteados en la reforma del Sector Energía** que se instauró con la LCE, como es el **desregular el sector a fin de crear mercados y competencia en sus distintos segmentos (generación, transmisión y distribución)**.

En ese contexto, señala el TSC, los artículos 43 inc. c) y 45 de la LCE se refieren únicamente a la regulación de precios tope (Tarifa en Barra) de las cantidades de energía que voluntariamente (vía contrato) son vendidos por una empresa generadora de electricidad a una empresa distribuidora de electricidad para ser utilizadas en el Servicio Público de Electricidad.

Así, el TSC ha establecido que los "excesos de consumo" no constituyen montos que voluntariamente se hubiesen querido transferir o entregar, por eso se estableció en el Contrato un tope de suministro. Al contrario, constituyen situaciones en donde el distribuidor "toma" indebidamente más energía que la que el generador quiso transferir contractualmente. Es por esa razón que para el TSC la regulación prevista en los artículos 43 inc. c) y 45 de la LCE no resulta aplicable a dichas situaciones.

July

El TSC señala, también, que admitir la tesis de Luz del Sur y considerar dichos "excesos de consumo" como una transferencia voluntaria sujeta a regulación, trastocaría el Sistema Eléctrico en su conjunto, ya que claramente eliminaría la voluntariedad de las transacciones, la autonomía privada y el carácter de mercado que, por mandato de la LCE, tiene el Sector Eléctrico.

Por último, el TSC ha determinado que las partes tienen derecho a preestablecer penalidades o compensaciones por la "toma" de energía más allá de lo voluntariamente aceptado por el proveedor (generador) de la misma, ya que eso es parte de su autonomía privada y no existe ninguna disposición en la LCE que restrinja ese aspecto.

Con la sustentación del análisis anterior, el TSC declaró infundada la apelación de Luz del Sur, estableciendo que el precio tope regulado, constituido por la Tarifa en Barra, resulta de aplicación únicamente a los montos fijados contractualmente como venta; no resultando aplicable dicha Tarifa en Barra a los retiros de energía en exceso de la energía contratada, los cuales son un aspecto no regulado sometido a la autonomía privada de las partes.

Cabe señalar que en la Resolución del TSC se hizo una expresa precisión (pág. 21 numeral 3.3) en el sentido que no era materia de la controversia el destino de los retiros en exceso de la energía contratada. Es decir, el OSINERG no se ha pronunciado, ni era materia del procedimiento administrativo, el determinar si tales retiros en exceso fueron efectivamente destinados por Luz del Sur al Servicio Público de Electricidad o al mercado libre.

#### 1.4 La materia controvertida objeto del presente proceso judicial contencioso administrativo

No obstante lo resuelto claramente por OSINERG, Luz del Sur ha interpuesto la presente demanda con el fin de que el Poder Judicial declare la nulidad e

Juy

ineficacia de lo resuelto por el TSC y, además, declare que la Tarifa en Barra sí resulta aplicable a los retiros de energía en exceso de la energía contratada, toda vez que dichos excesos están destinados al Servicio Público de Electricidad.

Para resolver esta demanda, tal como ya lo hizo el OSINERG a través de la resolución impugnada, la Sala deberá establecer previamente la correcta interpretación y alcance de las normas que regulan el Sector Eléctrico peruano y, concretamente, los artículos 43 inc. c) y 45 de la LCE. También deberá establecer si los retiros de energía en exceso de la contratada constituyen una venta voluntaria sujeta a regulación tarifaria dentro del Contrato suscrito entre Luz del Sur y Electroperú o si, por el contrario, constituyen un incumplimiento contractual no sujeto a dicha regulación sino a la autonomía de la voluntad de las partes.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA CONTESTACION:

### 2.1 Operación del sector eléctrico en el Perú

De acuerdo con el marco legal del sector eléctrico contemplado en la LCE, las actividades del sector eléctrico nacional son la generación, la transmisión y la distribución de electricidad. Para realizar cualquiera de estas actividades se debe contar con la respectiva concesión o autorización otorgada por el Ministerio de Energía y Minas.

A efectos de una adecuada organización de las actividades del sector eléctrico, la LCE ha establecido que los titulares de las centrales de generación eléctrica (como es el caso de Electroperú) y de sistemas de transmisión eléctrica, cuyas instalaciones se encuentran interconectadas, conformarán el COES, un organismo técnico cuyo objeto es coordinar la operación del sistema al mínimo costo, garantizando a la vez la seguridad del

July

abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos.

Sujeto a la LCE, su reglamento y determinados procedimientos internos aprobados por el Ministerio de Energía y Minas, el COES define cuándo y cuánto debe generar cada una de las centrales de generación conectadas al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, el "Sistema"), aplicando un concepto denominado "despacho a mínimo costo", según el cual las generadoras son llamadas a despachar o "inyectar" energía al Sistema en orden creciente a sus costos de producción (es decir, primero las que producen energía a través de centrales hidroeléctricas, cuyos costos de producción son los menores, luego las que producen energía a través de centrales térmicas, etc.) hasta alcanzar la demanda total de electricidad del Sistema en cada momento.

Las empresas generadoras de electricidad (como es el caso de Electroperú) pueden vender o "suministrar" electricidad a los denominados "clientes libres"<sup>1</sup> o a las empresas distribuidoras de electricidad (como es el caso de Luz del Sur). Estas últimas, a su vez, venden dicha electricidad a los denominados "clientes regulados", que son los usuarios del Servicio Público de Electricidad (según se encuentra definido en el artículo 2 de la LCE y cuyo caso típico es el cliente domiciliario) o también a eventuales "clientes libres" ubicados en su zona de concesión. Independientemente de si el suministro es efectuado a un cliente libre o a un usuario del Servicio Público de Electricidad, al efecto, en todos los casos, las empresas distribuidoras deberán celebrar necesariamente contratos de suministro con alguna empresa generadora integrante del COES.

El precio máximo que las empresas distribuidoras pagan a las empresas generadoras por venta de electricidad para atender el Servicio Público de

Juy

Electricidad es la denominada "Tarifa en Barra", que es fijada por OSINERG (precio regulado). Asimismo, las empresas distribuidoras suministran electricidad a los usuarios finales del Servicio Público de Electricidad y por dicho suministro cobran a los usuarios también un precio regulado (Tarifa) que también es fijado por OSINERG. Este último precio regulado está conformado por el precio de la Tarifa en Barra más el llamado "Valor Agregado de Distribución" (VAD), que permite a las empresas concesionarias de distribución eléctrica obtener una ganancia en su negocio.

En razón del despacho económico del Sistema explicado anteriormente, es posible y legalmente válido, que una empresa generadora no "inyecte" electricidad en un periodo determinado y que, sin embargo, tenga clientes (libres o empresas distribuidoras) con quienes mantiene contratos de suministro de electricidad y cumpla con las obligaciones contractuales derivadas de dichos contratos, siendo indiferente para sus clientes si el generador con el cual ha contratado está produciendo electricidad o no lo está haciendo.

Lo anterior determina que cada empresa generadora deba comprar o vender energía de las demás empresas generadoras y viceversa al interior del COES para satisfacer las obligaciones contractuales de suministro de electricidad libremente asumidas con sus respectivos clientes. Esta compra venta entre los generadores es lo que se denomina "Transferencias en el COES entre Generadores" o, también, "Transferencias en el Mercado Spot". El precio de las transferencias de energía entre generadores se encuentra expresamente previsto en la LCE y equivale al "costo marginal de corto plazo" de la energía en el Sistema, del que hemos venido hablando precedentemente<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Clientes con una demanda de potencia superior a 1,000 KW que pueden ser contratados directamente con el generador o la respectiva empresa distribuidora al precio y demás condiciones que las partes fijen libremente.

<sup>2</sup> El "Costo Marginal de Corto Plazo" equivale al costo variable de operación de la última central que sea necesario operar para abastecer el consumo total del Sistema en un periodo determinado. Dicho costo es establecido por el COES para cada barra del Sistema cada quince minutos.

*Juy*

Es así, que una empresa generadora de electricidad adquiere la energía que requiere para atender la demanda de sus respectivos clientes (libres o empresas distribuidoras) en el mercado spot del COES, pagando por dicha energía a los generadores que la "inyectaron" al Sistema un precio equivalente al "costo marginal de corto plazo" que determine el COES.

Como consecuencia de lo anterior, si el precio estipulado en el contrato de suministro (ya sea el precio libre o la Tarifa en Barra) es superior al "costo marginal de corto plazo" el generador obtendrá una ganancia, mientras si dicho "costo marginal de corto plazo" es superior al precio pactado en el respectivo contrato, el generador obtendrá una pérdida. Así, una empresa generadora puede decidir libremente qué cantidad de energía considera conveniente vender para el mercado regulado (a empresas distribuidoras para el Servicio Público de Electricidad), qué cantidad para el mercado libre o qué cantidad en el mercado spot, asumiendo el generador los riesgos propios de dicha decisión.

En el caso del Contrato, como se hace evidente de sus cláusulas, Electroperú se comprometió frente a Luz del Sur a suministrarle un máximo de 420 MW para el mercado regulado (Servicio Público de Electricidad).

## 2.2 Normas legales que regulan la contratación y el sistema de precios entre generadores y distribuidores

La división del mercado eléctrico en generación, transmisión y distribución de electricidad respondió a la finalidad de desarrollar un mercado competitivo que beneficiara a los consumidores con un mayor oferta de energía al menor precio posible, favoreciendo, a la vez, el crecimiento del mercado a través de la promoción de las inversiones en el mismo<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Sobre este punto, es ilustrativo el artículo 122° de la LCE que dispuso que las actividades de generación, transmisión y de distribución de energía eléctrica no podrían efectuarse por un mismo titular o por

En concordancia con lo anterior, el artículo 8° de la LCE señaló que la Ley prevería un régimen de libertad de precios para los suministros de energía que puedan efectuarse en condiciones de competencia y, a su vez, un sistema de precios regulado aplicable sólo a aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran<sup>4</sup>.

Así, conforme a la LCE se establecieron ámbitos en los cuales prima la autonomía privada, donde generadores, transmisores y distribuidores pueden negociar libremente los precios por los servicios que prestan, y ámbitos en los cuales los generadores, transmisores y distribuidores deben sujetarse a los precios establecidos de acuerdo a los mecanismos técnicos impuestos por la Ley y fijados por el organismo regulador de las tarifas en el Sector Eléctrico, en este caso el OSINERG.

Uno de los ámbitos que la LCE decidió someter primordialmente a la autonomía privada es el de la generación de la electricidad, no existiendo norma alguna que obligue a un generador a colocar la energía en un ámbito determinado. Esto se refleja, en el hecho de que, conforme a la LCE y su Reglamento, las reglas a las que está sometida la actividad de generación eléctrica en cuanto al suministro de electricidad sean únicamente las siguientes:

- a) Cuando una empresa generadora decide voluntariamente vender electricidad a una empresa distribuidora para que la misma sea destinada al Servicio Público de Electricidad, el precio que

---

quien ejerza directa o indirectamente el control de éste. Dicha norma tuvo por finalidad que los participantes del mercado satisficieran sus necesidades en función de la oferta y demanda.

<sup>4</sup> Artículo 8.- "La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley (...)"

*juj*

la Ley  
gía que  
ema de  
uraleza

rima la  
pueden  
s en los  
e a los  
por la  
éctrico,

te a la  
stiendo  
ámbito  
E y su  
eración  
te las

vender  
na sea  
o que

antes del

puedan  
ue por su  
V de la

obligatoriamente rige esa venta es un precio tope constituido por la Tarifa en Barra fijada por OSINERG<sup>5</sup>.

- b) Cuando una empresa generadora comercializa la electricidad en el denominado mercado spot entre generadores, el precio que obligatoriamente rige esa operación es el "costo marginal de corto plazo" que es determinado por el COES<sup>6</sup>.
- c) La cantidad total de electricidad que los generadores pueden vender a sus clientes libres o empresas distribuidoras no puede ser mayor a la que el propio generador puede generar adicionando a ello la que tenga contratada con terceros<sup>7</sup>.

Todos los demás aspectos de la actividad de generación en cuanto al suministro de energía se encuentran, repetimos, no sujetos a regulación, sino que están dentro del ámbito de la autonomía privada de las partes.

Con carácter general, el caso de los distribuidores de electricidad es distinto al de los generadores: su actividad se encuentra primordialmente regulada.

A diferencia de los generadores, los distribuidores sí tienen la obligación de suministrar electricidad a los usuarios finales del Servicio Público de Electricidad que se la soliciten, conforme lo dispone el artículo 34 a) de la LCE, y esta electricidad debe ser cobrada a dichos usuarios a un precio regulado (Tarifa aprobada por OSINERG<sup>8</sup>). Asimismo, los distribuidores tienen la obligación legal de prever la demanda de electricidad futura de sus clientes dentro de su zona de concesión y de tener contratos vigentes con

<sup>5</sup> Los artículos 43 c) y 45 de la LCE señalan que estarán sujetas a regulación de precios las ventas de energía de generadores a distribuidores destinadas al Servicio Público de Electricidad, las que se efectuarán a Tarifa en Barra.

<sup>6</sup> El artículo 43 a) de la LCE señala que estará sujeta a regulación de precios la transferencia de potencia y energía (electricidad) entre generadores, los que serán determinados por el COES.

<sup>7</sup> Artículo 101 del Reglamento de la LCE (D.S. 009-93-EM).

<sup>8</sup> Artículo 43 c) de la LCE.

July

empresas generadoras que le garanticen la totalidad de dicho requerimiento para los siguientes 24 meses como mínimo<sup>9</sup>.

Esto es así por que, de acuerdo con la concepción de la LCE, la actividad de generación se realiza principalmente en condiciones de competencia, mientras que la actividad de distribución no<sup>10</sup>.

Como puede apreciarse, en el sector eléctrico nos encontramos frente a un doble régimen jurídico derivado de la propia LCE. Por un lado, el régimen de autonomía privada y libertad de precios en los ámbitos en los cuales las partes puedan actuar en el marco de la libre competencia; y por otro, el régimen sujeto a regulación tarifaria allí donde la naturaleza del suministro lo requiere; tal como es el caso de la venta o suministro de energía destinada al Servicio Público de Electricidad.

2.3 **El suministro de electricidad entre una empresa generadora y una empresa distribuidora no está sujeta al derecho público ni se rige por el principio de legalidad administrativa, como erróneamente señala Luz del Sur**

La demandante pretende fundamentar su demanda en dos argumentos: (i) que la actividad de generación eléctrica y la comercialización de electricidad entre un generador y un distribuidor constituyen un servicio público sujeto al derecho público y al principio de legalidad, por lo que las partes no pueden pactar lo que la ley no les ha autorizado expresamente, como es la facturación a "costo marginal de corto plazo" por los retiros en exceso prevista en la Cláusula 4.4 del Contrato; y, sin perjuicio de lo anterior, (ii) que los retiros de energía en exceso de la contratada para el Servicio Público de Electricidad

<sup>9</sup> Artículo 34.- Los concesionarios de distribución están obligados a:

- a) Dar servicio a quien se los solicite dentro de su zona de concesión.
- b) Tener contratos vigentes con empresas generadoras que le garanticen su requerimiento total de potencia y energía (electricidad), por siguientes 24 meses como mínimo.

<sup>10</sup> El artículo 30 de la LCE establece que la concesión de distribución de Servicio Público de Electricidad en una zona determinada será **exclusiva** para un solo concesionario.

July

constituirían una venta voluntaria bajo el Contrato de suministro, por lo que les resulta aplicable el precio regulado constituido por la Tarifa en Barra.

Respondiendo el primero de los argumentos de Luz del Sur, debemos señalar que la comercialización de electricidad entre generador y distribuidor no está sujeta al derecho público, ni mucho menos le resulta aplicable el principio de legalidad administrativa.

El principio de legalidad, consagrado en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), se refiere al hecho de que las entidades administrativas sólo pueden actuar en virtud de lo expresamente permitido por la ley. Luz del Sur considera que el principio de legalidad es aplicable al Contrato en cuanto a los retiros en exceso, por cuanto el numeral 8 del Artículo I del Título Preliminar de la LPAG establece que las personas jurídicas que prestan servicios públicos son "entidades administrativas" sujetas a la LPAG, considerando erradamente como sujeta al régimen del derecho público a la comercialización de electricidad por parte de las generadoras a las distribuidoras para la atención por éstas del Servicio Público de Electricidad.

El artículo I del Título Preliminar de la LPAG determina el ámbito de aplicación de dicho cuerpo legal identificando cuáles son los sujetos de derecho obligados a procedimentalizar sus declaraciones de voluntad y seguir los preceptos generales de la actuación gubernativa<sup>11</sup>. Así, la norma indicada establece que la LPAG es de aplicación a todas las "entidades de la Administración Pública" y, seguidamente, enumera qué entidades son consideradas como tales.

La enumeración de entidades consideradas como parte de la Administración Pública sólo tiene efectos en la medida en que la LPAG sea aplicable. Por

<sup>11</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Pág. 18.

tanto, no convierte o transforma a las entidades consideradas como parte de la Administración Pública en el artículo I del Título Preliminar de la LPAG en "entidades administrativas" en todos sus aspectos.

En el caso de las personas jurídicas que prestan servicios públicos, debemos aclarar que la LPAG sólo las considera "entidades administrativas" en tanto se encuentren cumpliendo una función administrativa. MORÓN explica que "si tales entidades ejercen función administrativa dictan actos administrativos, están sujetos a controles administrativos es propio que les sean aplicadas las normas del procedimiento administrativo."<sup>12</sup>.

Asimismo, el mencionado autor precisa que la aplicación de la LPAG a las personas jurídicas prestadoras de servicios públicos --y en consecuencia, la aplicación del Principio de Legalidad-- se circunscribe a la relación del prestador del servicio público con los usuarios<sup>13</sup>.

Así, por ejemplo, Luz del Sur actúa como una entidad administrativa al resolver en primera instancia los reclamos formulados por los usuarios del Servicio Público de Electricidad. En el resto de sus actividades Luz del Sur es una persona jurídica de derecho privado que no se rige por el Principio de Legalidad sino que debe respetar las normas imperativas que regulan su actividad y, en los ámbitos no regulados, se rige por la autonomía de la voluntad.

Electroperú, en cambio, no tiene vinculación alguna con los usuarios del Servicio Público de Electricidad. Siendo esto así, es evidente que Electroperú en lo que a este aspecto se refiere no puede considerarse en ningún caso una "entidad de la Administración Pública" como pretende la demandante y, en consecuencia, la LPAG no le es aplicable.

<sup>12</sup> Ibidem, pág. 19.  
<sup>13</sup> Ibidem, pág. 20.

juj

juj

Asimismo, Luz del Sur olvida que, de acuerdo con el artículo 2° de la LCE, el único servicio que califica como servicio público es el "Servicio Público de Electricidad". Dicho servicio se encuentra constituido por el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo que realizan las empresas distribuidoras a los usuarios finales<sup>14</sup>.

Resulta absurdo que Luz del Sur pretenda atribuir a Electroperú la calidad de prestador del Servicio Público de Electricidad cuando ni siquiera la propia ley lo hace. Si bien la LCE regula los precios de la energía que el generador vende voluntariamente al distribuidor para el Servicio Público de Electricidad, ello no implica que el generador sea un prestador de dicho servicio.

Como ya lo hemos explicado, en la medida en que la venta de energía se encuentre destinada al Servicio Público de Electricidad, el generador deberá respetar la regulación tarifaria impuesta por OSINERG, caso contrario, la cadena de suministro se sujeta a la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, ha sido desvirtuado el primer argumento de la demanda de Luz del Sur, habiendo quedado establecido que la actividad de generación y la comercialización de electricidad entre un generador y un distribuidor no está regulada por el derecho público ni por el principio de legalidad administrativa.

**2.4 La correcta interpretación del Contrato. El retiro en exceso no es una venta voluntaria de electricidad sino un incumplimiento del Contrato, por lo que no está sujeto a regulación tarifaria**

Como segundo argumento de la demanda, Luz del Sur señala que los retiros de energía en exceso de la contratada para el Servicio Público de Electricidad constituirían una venta voluntaria bajo el Contrato de suministro, por lo que

<sup>14</sup> Artículo 2.- Constituye Servicio Público de Electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establezca el Reglamento. El

les resulta aplicable el precio regulado constituido por la Tarifa en Barra. Sin embargo, demostraremos que en este segundo argumento Luz del Sur también se equivoca.

a) El Contrato

Como hemos señalado en los fundamentos de hecho de la presente contestación de demanda, el 16 de mayo de 1997 Electroperú y Luz del Sur suscribieron un Contrato de Suministro, a través del cual Electroperú vendía y se obligaba a poner a disposición y entregar a Luz del Sur una cantidad determinada de electricidad (420 MW). Es decir, las partes acordaron que el suministro objeto del contrato estaba constituido por dicho límite máximo contratado.

En el numeral 2.3 de la misma cláusula segunda, las partes pactaron que Electroperú no estaría obligada a suministrar más electricidad que la contratada. En caso el consumo de energía por parte de Luz del Sur excediera la contratada --sin perjuicio del cobro convenido en los numerales 4.3 y 4.4 del Contrato-- Electroperú podría, entre otras facultades, "resolver el contrato por incumplimiento" de Luz del Sur.

En la cláusula 2.6 las partes establecieron que Luz del Sur utilizaría el suministro objeto del Contrato (detallado en la cláusula segunda) exclusivamente para la atención de sus clientes a precio regulado. Es decir, Luz del Sur debía destinar sólo los 420 MW objeto del Contrato al Servicio Público de Electricidad.

Por último, las partes acordaron que por el suministro materia del contrato, Luz del Sur debía pagar la Tarifa en Barra fijada por OSINERG; y, en la cláusula 4.4, pactaron que por los retiros en exceso de la energía contratada

(lo cual constituía un incumplimiento contractual) Luz del Sur debía pagar a Electroperú el costo marginal a corto plazo determinado por el COES.

- b) Correcta interpretación del Contrato, de acuerdo a la común intención de las partes y a lo expresado por ellas en el mismo

Como resulta evidente de una simple lectura de los acuerdos adoptados por las partes en el Contrato de Suministro y que han sido detallados en el literal a) precedente, Electroperú acordó vender, poner a disposición y entregar a Luz del Sur una cantidad determinada de electricidad. Ello se acuerda de manera expresa en la cláusula segunda del Contrato, específicamente en los numerales 2.1 y 2.2 de dicha cláusula, en los cuales se establece el límite máximo objeto de suministro. Sobre dicho límite, ni Electroperú se encontraba obligada a suministrar ni Luz del Sur estaba obligada a ser suministrada.

No obstante ello y teniendo en cuenta la imposibilidad de evitar que un distribuidor retire más energía de la contratada (de acuerdo a como funciona el Sistema, ya que los distribuidores se encuentran directamente conectados a éste a través de sus propias instalaciones), las partes acordaron que si Luz del Sur incumplía el Contrato y retiraba energía en exceso de la contratada, debía asumir el mayor costo que ello podría implicar; es decir, debía pagar el costo que dicha energía retirada en exceso tiene en el mercado mayorista entre generadores (mercado spot), que no es otro que el "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES, sin condicionamientos de ningún tipo.

De lo expuesto se desprende que el Contrato regula claramente dos conceptos distintos: la venta de una cantidad determinada de electricidad para el Servicio Público de Electricidad (suministro objeto del Contrato); y el retiro en exceso de dicha electricidad contratada sin importar el destino de la misma (incumplimiento contractual).

juj

No es posible interpretar el Contrato de manera distinta a lo que claramente se desprende del propio texto del mismo. No es posible afirmar que los retiros en exceso de la energía contratada son ventas de energía, cuando en el propio contrato las partes los han considerado y regulado como incumplimiento contractual.

Cabe precisar que si Electroperú no hizo uso de su derecho a resolver el contrato por el incumplimiento de Luz del Sur al efectuar retiros en exceso de la energía contratada, ello no determina que los retiros en exceso no constituyan efectivamente un incumplimiento contractual. Recordemos que conforme lo dispone el artículo 1428 del Código Civil, ante el incumplimiento del Contrato, Electroperú puede solicitar el cumplimiento o la resolución del mismo y, en uno u otro caso, el pago del eventual perjuicio que pudiera ocasionar a Electroperú el incumplimiento de Luz del Sur, situación que, en este caso, se reguló a través de la cláusula 4.4 del Contrato.

Por último, también debe agregarse lo dispuesto en la cláusula 2.6 que hemos mencionado anteriormente, a través de la cual las partes acordaron que la energía contratada debía ser destinada exclusivamente al Servicio Público de Electricidad (y por eso cobra por ella la Tarifa en Barra), mientras que respecto a los retiros en exceso de la energía contratada no se les asignó ningún destino específico (y por eso las partes establecieron que si ello llegase a ocurrir, Luz del Sur debía pagar el "costo marginal de corto plazo").

La interpretación del Contrato que efectúa Luz del Sur a lo largo de su escrito de demanda carece de sentido, pues ¿cuál sería la lógica de hacer una distinción entre electricidad contratada y retiros en exceso, si ambos conceptos serían considerados como ventas a Tarifas en Barra? En el mismo orden de ideas, si las partes no habrían hecho una distinción entre ambos conceptos conforme hemos demostrado, ¿por qué habrían suscrito una adenda al Contrato de suministro a fin de incrementar la cantidad de electricidad

luz

contratada de 370 MW a 420 MW, si cualquier retiro en exceso hubiera sido considerado venta objeto del Contrato a Tarifa en Barra?

Como se puede apreciar, la interpretación del Contrato propuesta por Luz del Sur no soporta ningún análisis y es contraria al texto expreso del Contrato y a la común intención que tuvieron las partes al suscribirlo.

c) Los retiros en exceso no son venta

La tendenciosa interpretación del Contrato que pretende Luz del Sur es consecuencia de considerar a los retiros en exceso de la energía contratada como "ventas". Sin embargo, esta última interpretación no es posible, conforme exponemos a continuación.

En primer lugar, de acuerdo a lo expuesto en el literal b) precedente, el propio Contrato hace la distinción, en su cláusula segunda, entre venta de electricidad y retiros en exceso de dicha electricidad. En efecto, en dicha cláusula se establece que es objeto del Contrato la venta, la puesta a disposición y la entrega de electricidad hasta 420 MW; y cualquier retiro en exceso sobre dicha cantidad es considerado incumplimiento contractual, por el cual debe pagarse el "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES.

En tal sentido, lo estipulado en la cláusula 2.6 del Contrato respecto al destino de la electricidad contratada, sólo puede ser interpretado tal y como la letra del Contrato lo indica: la electricidad objeto del suministro del Contrato debe ser destinada al Servicio Público de Electricidad, sin hacer referencia alguna al destino de los retiros en exceso, los cuales contrario sensu pueden tener cualquier destino.

En segundo lugar, la definición que se le ha de dar al concepto "venta" debe ser aquel legalmente establecido, pues nos encontramos ante una controversia

Juy

respecto a la interpretación legal de un contrato. En tal sentido, la definición que otorga Luz del Sur, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es un buen punto de partida pero incompleta, pues ella debe ser complementada con la definición legal de la figura contractual.

Al respecto, es importante tener en consideración lo dispuesto por el artículo 1529 del Código Civil, el cual establece expresamente que "[p]or la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero" (El subrayado es agregado). Más específicamente respecto al contrato de suministro, el Código Civil dispone, en su artículo 1604, que "[p]or el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar a favor de otra persona, prestaciones periódicas o continuadas de bienes" (el subrayado es agregado).

Como resulta evidente de las normas antes indicadas, para que pueda establecerse que las partes han efectuado una venta o suministro, el que vende o suministra (en este caso Electroperú) debe haberse obligado a ello. De acuerdo a lo establecido en el Contrato, Electroperú se obligó únicamente respecto a las cantidades fijadas en su cláusula segunda (y, posteriormente, en la primera adenda al Contrato de fecha 12 de diciembre de 2000). Es más, conforme señalamos anteriormente, la electricidad contratada constituía el límite máximo de la obligación de suministro de Electroperú. Por encima de dicho límite máximo, cualquier retiro efectuado por Luz del Sur sería considerado un exceso de la energía contratada y, por tanto, incumplimiento contractual.

En tal sentido, no es posible afirmar, como lo hace Luz del Sur, que los retiros en exceso de la energía contratada --sobre los cuales no existe una obligación de Electroperú de vender, poner a disposición y entregar, conforme a lo expresamente pactado por las partes en la cláusula segunda del Contrato-- han sido objeto de venta a través de dicho Contrato, pues a lo largo del mismo las partes le han otorgado un tratamiento diferenciado a ambos

July

conceptos, otorgándole a uno la calidad de venta para el Servicio Público de Electricidad (según lo expuesto expresamente en la cláusula 2.6 del Contrato) y al otro, la calidad de incumplimiento contractual, por el cual debe pagarse a Electroperú el "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES.

Adoptar como válida la tesis de Luz del Sur implicaría reconocer que podría existir una venta unilateral en la cual el comprador (en este caso Luz del Sur) es quien determina los términos del contrato.

Ello no es posible por dos razones. La primera es que según la definición legal de compraventa prevista en nuestro Código Civil, el vendedor es quien se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra persona. Por ello, no puede ser esta otra persona (el comprador) quien determine a qué está obligado el supuesto vendedor sin su consentimiento, o más precisamente, en contra de lo expresamente acordado, ya que en este caso las partes calificaron a los retiros en exceso como incumplimiento contractual, diferenciándolos de los volúmenes de electricidad efectivamente contratada (vendida).

En segundo lugar, cabe destacar que una de las características principales de todo contrato y, en particular, del contrato de compraventa y de suministro, es el consentimiento de las partes que intervienen en el mismo, requisito sin el cual, el contrato carece de validez.

Al respecto, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle señala que:

*"El contrato es, como se ha dicho anteriormente, un acto jurídico plurilateral. Consecuentemente, para la validez del contrato se requieren los mismos requisitos que para la validez de los actos jurídicos, pero se le agrega uno más, que es característico del contrato: el consentimiento.*

*En efecto, sin consentimiento no puede haber contrato (...) por la esencia de éste el acuerdo de voluntades, o sea el consentimiento.*

juj

*(...) conviene hacer la advertencia, aunque resulte repetitiva, que todo contrato, cualquiera que sea su naturaleza o calificación, cualquiera que sea la obligación que engendre para una o ambas partes, supone el consentimiento de las mismas."<sup>15</sup> (El subrayado es agregado).*

De acuerdo al texto citado y a lo expresamente pactado por Electroperú y Luz del Sur en el Contrato, no es posible sostener, como pretende Luz del Sur, que los retiros en exceso están dentro del concepto de venta y, por tanto, deben estar sujetos a regulación por el OSINERG.

d) Los retiros en exceso no están sujetos a regulación tarifaria

Como hemos señalado, los retiros en exceso no son ni pueden ser considerados como "venta", tanto en virtud de los propios términos del Contrato, como por carecer de los elementos esenciales para su validez.

En tal sentido, al no poder ser considerados como venta, los retiros en exceso no pueden estar sujetos a la regulación de precios impuesta por OSINERG, pues como ya hemos detallado, y como lo ha afirmado la propia demandante, de conformidad con lo dispuesto por el literal c) del artículo 43 de la LCE, solo están sujetas a regulación de precios "Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad" (el subrayado es agregado).

En el mismo sentido, el artículo 45 de la LCE establece que "Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra" (El subrayado es agregado).

De acuerdo a ello resulta evidente que si no son ventas, como ha quedado plenamente acreditado, los retiros de energía en exceso de la energía contratada no están sujetos a regulación tarifaria y, por tanto, el pacto

<sup>15</sup>

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del Contrato Privado. Tomo I. Cultural

*July*

*July*

contenido en el Contrato de Suministro (a través del cual las partes acordaron que por el incumplimiento contractual consistente en retirar más energía que la contratada voluntariamente, Luz del Sur debía pagar el costo marginal de corto plazo determinado por el COES) es plenamente válido y debe ser respetado por ambas partes.

Asimismo, como también ya lo hemos indicado, la LCE establece que son las distribuidoras las que tienen la obligación legal de prever la demanda futura de sus usuarios del Servicio Público de Electricidad y la obligación legal de tener suscrito contratos de suministro vigentes con empresas generadoras que garanticen la totalidad de dicha demanda para los próximos 24 meses como mínimo. Es decir, si una empresa distribuidora se encuentra en la situación de no tener contratos de suministro vigentes para la totalidad de la demanda de sus usuarios, ello genera, conforme a la LCE, un incumplimiento de sus obligaciones legales y, por tanto, son las distribuidoras las que deben asumir el riesgo y los perjuicios de tal incumplimiento.

Distribución de riesgo entre los generadores y distribuidores.

Así, si por un lado las generadoras asumen el riesgo de pérdida o ganancia por la diferencia entre la Tarifa en Barra y el "costo marginal de corto plazo" por la electricidad que deciden libremente vender al mercado regulado; las distribuidoras son las que deben asumir el riesgo de no prever con anticipación la demanda de sus usuarios y de no tener contratada toda la electricidad (potencia y energía) que necesiten para atenderla, debiendo pagar a los generadores por los perjuicios que ocasionan con los retiros en exceso de la electricidad contratada.

En efecto, conforme hemos expuesto, las generadoras pueden, a su elección, vender su electricidad tanto a clientes libres, como a clientes regulados o a otros generadores en el mercado spot. El precio para cada uno de estos mercados es distinto. Por ello, cuando un distribuidor retira más energía del Sistema que aquella efectivamente contratada con un generador, está

retirando energía que no le estaba destinada originalmente por el generador, por lo que los distribuidores deben pagar lo que dicha energía cuesta en el Sistema, que es el "costo marginal de corto plazo" fijado por el COES, que es el precio pactado para este efecto de común acuerdo entre las partes por el Contrato.

Esa es la lógica de la cláusula 4.4 del Contrato, pues Electroperú sólo se está obligando a suministrar a Luz del Sur un límite máximo de electricidad, que representa el límite máximo por el cual Electroperú está dispuesta a asumir el riesgo que, potencialmente, implica la diferencia que puede existir entre la Tarifa en Barra y el "costo marginal de corto plazo". La energía retirada por Luz del Sur en exceso de aquel límite máximo, obligaría a Electroperú a adquirir tal energía de otros generadores en el mercado spot también al "costo marginal de corto plazo" para atender el mayor retiro de Luz del Sur o, en caso Electroperú cuente con dicha energía en exceso, importaría que Electroperú deje de venderla en el mercado spot o en el mercado libre, cobrando por dicha energía el "costo marginal de corto plazo" o incluso un precio mayor.

Por ello, el incumplimiento contractual de Luz del Sur de retirar más energía que aquella contratada, debe ser asumido por Luz del Sur pagando a Electroperú el "costo marginal de corto plazo" por dicha energía, sin que tal incumplimiento pueda considerarse una "venta" dentro del marco del Contrato. Ese es el acuerdo que adoptaron libre y válidamente las partes y, por tanto, debe ser respetado por Luz del Sur, conforme ha expuesto OSINERG en la resolución del TSC impugnada por Luz del Sur.

e) El destino de los retiros en exceso es irrelevante

Como señalamos en los fundamentos de hecho de la presente contestación de demanda, la propia OSINERG consideró que no era materia del procedimiento administrativo el determinar si tales retiros en exceso fueron

juj

efectivamente destinados por Luz del Sur al Servicio Público de Electricidad o al mercado libre, pues si, como hemos acreditado, los retiros en exceso no son venta, los mismos no se encuentran sujetos a regulación de precios, cualquiera sea el destino que se les dé.

Sin perjuicio de ello, en el supuesto negado que el Juzgado considere que sí resulta relevante el destino que se le dio a los retiros de energía en exceso, debemos señalar lo siguiente:

Luz del Sur señala que todos los retiros en exceso fueron destinados al Servicio Público de Electricidad de acuerdo con los términos del Contrato. En primer lugar, el Contrato sólo exigía que el suministro objeto del contrato (420 MW) sea destinado exclusivamente al Servicio Público de Electricidad, mas no los retiros en exceso, para los cuales no se estableció un destino obligatorio.

En caso fuera posible determinar el destino exacto de la energía (por la diferencia entre volúmenes contratados y consumo total), hay evidencia documental en el expediente administrativo de que la energía retirada en exceso por Luz del Sur no fue destinada en su totalidad al Servicio Público de Electricidad. En efecto, de acuerdo con la información proporcionada por la propia Luz del Sur a OSINERG, ésta también tenía un importante déficit de contratación respecto de sus clientes libres. Es decir, que la demanda de dichos clientes libres no se encontraba enteramente respaldada contractualmente, pues sólo tenía contratos de suministro con generadores por alrededor de 35MW y, sin embargo, el consumo de sus clientes libres ascendía aproximadamente a 50MW.

Resulta evidente entonces que toda la energía que Luz del Sur retiró en exceso no fue destinada exclusivamente al Servicio Público de Electricidad, como ella afirma en su demanda, sino que la misma fue también destinada a los clientes no regulados de Luz del Sur. En consecuencia, aún en el supuesto

Juy

que dicho destino sea relevante (aunque sostenemos que no), dichos retiros no estarían sujetos a regulación debido a que fueron destinados a clientes no regulados.

## 2.5 Actos propios de Luz del Sur en la ejecución del Contrato con Electroperú y en sus otros contratos de suministro con otros generadores

Como hemos expuesto en el presente escrito de contestación de demanda, pese a los términos claros del Contrato y a la manera como el mismo ha venido siendo ejecutado por ambas partes, Luz del Sur pretende ahora a los seis (6) años de iniciada la ejecución del Contrato, con esta demanda, hacer una interpretación tendenciosa de dicho Contrato (como ya acreditamos anteriormente) y, sobre todo, contradictoria con su propia conducta inicial.

Ante nuestro cuestionamiento a dicho cambio de comportamiento, Luz del Sur pretendió alegar que el Contrato suscrito entre las partes se regía por el Derecho Público y, por tanto, no le era aplicable la doctrina de los actos propios del Derecho Privado. Sin perjuicio de ya haber determinado que la relación jurídica existente entre las partes se rige por el Derecho Privado y que, en consecuencia, sí le es aplicable la doctrina de los actos propios antes mencionada; aún en el supuesto que la Sala considere que nos encontramos frente a una relación sujeta al Derecho Público (lo cual negamos), la doctrina de los actos propios es perfectamente aplicable al caso<sup>16</sup>.

Ahora bien, respecto a la doctrina de los actos propios, de acuerdo a lo expuesto por el profesor Luis Díez-Picazo *"Cuando una de las partes trata de apartarse unilateralmente de un negocio jurídico regular y válidamente celebrado, o cuando trata de desconocer o de dejar de observar la regla de conducta que ella misma se ha impuesto en el negocio, o cuando intenta*

<sup>16</sup> Así se ha expresado Héctor Mairal al señalar que *"Al igual que en el derecho privado, cabe sostener también la prohibición del venire contra factum proprium allí donde la Administración, para obtener ventajas, o mejorar su posición en una negociación contractual, pretenda contradecir su anterior conducta legítima"*<sup>16</sup>. Es decir, la doctrina de los actos propios se aplica a los actos de la

juj

*ejercitar sus derechos o cumplir sus deberes sin respetar las prescripciones negociales, se dice que va contra sus propios actos. Va contra sus propios actos porque contradice lo que ella misma ha declarado".<sup>17</sup>*

Asimismo, señala que *"La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe (...) el hecho que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad. He aquí por donde la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas."*<sup>18</sup>

Nuestro Código Civil, en su artículo 1362, ha establecido que *"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes"* (el subrayado es agregado).

En tal sentido, tanto de los textos citados como de lo dispuesto por el artículo 1362 del Código Civil, las partes dentro de una relación jurídica tienen un deber de coherencia en su comportamiento frente a su contraparte.

En este caso, y sin perjuicio de la contundencia de los términos contractuales y de lo dispuesto en la LCE, en virtud de los cuales Luz del Sur se encuentra obligada a pagar a Electroperú por los retiros en exceso el "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES, debemos tener en consideración que antes de que Luz del Sur objetara las facturas por los retiros en exceso correspondientes a los meses de julio a noviembre de 2004 (alegando que por dicho concepto Electroperú no podía cobrarle más que la Tarifa en Barra), ella nunca cuestionó la validez, e incluso pagó sin cuestionamientos, las

Administración. En: MAIRAL, Héctor. La doctrina de los actos propios y la administración pública. Depalma. Buenos Aires, 1994. pág. 133.

<sup>17</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal Supremo. Bosch. Barcelona, 1963. pág. 146.

<sup>18</sup> Ibidem, pág. 143.

Jury

facturas emitidas por el mismo concepto y a costo marginal por encima de la Tarifa en Barra.

Es decir, en ejecución del Contrato desde el año 2002 hasta mayo de 2004, Luz del Sur cumplió con pagar, sin observación alguna, ocho (08) facturas a Electroperú por retiros en exceso al "costo marginal de corto plazo" correspondiente a dichos retiros. Sin embargo, ahora, debido a la alteración de los precios durante el año 2004 producto principalmente de la sequía, Luz del Sur muy convenientemente pretende desconocer lo acordado y ejecutado por las partes pacíficamente durante años, esbozando una interpretación que carece de sentido y que va en contra de lo expresamente estipulado por el Contrato y la LCE, como ya hemos expuesto en los numerales precedentes, pretendiendo que Electroperú cobre como máximo la Tarifa en Barra.

Asimismo, Luz del Sur ha pactado expresamente en sus contratos de suministro suscritos con otras generadoras<sup>19</sup>, que por los retiros en exceso que efectúe sobre la energía contratada debe pagar, al igual que en el caso de Electroperú, el "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES. Sin embargo, dichos contratos no han sido cuestionados por Luz del Sur.

En tal sentido, resulta evidente que Luz del Sur ha variado su comportamiento respecto del inicialmente adoptado, incurriendo así en contradicción que afecta el principio de la buena fe y contraviene la doctrina de los actos propios. En consecuencia, cualquier cambio de comportamiento que no sea coherente con el comportamiento inicial de Luz del Sur frente a Electroperú (pagar el "costo marginal de corto plazo" por los retiros en exceso de la energía contratada) importa una violación al artículo 1362 del Código Civil, siendo infundados los cuestionamientos o reclamos por la facturación de los retiros en exceso a dicho "costo marginal de corto plazo".

<sup>19</sup> Ver los contratos de suministro que Luz del Sur ha suscrito con Edegel S.A.A de fecha 29 de mayo de 1997 (cláusula 10.2), con Empresa Eléctrica de Piura S.A. - EEPISA de fecha 26 de octubre de 1999 (cláusula 10.4), con Termoselva S.R.L. de fecha 1 de noviembre de 1998 (Anexo 1, numeral

July

2.6 Lo resuelto por OSINERG es coherente con la regulación del sistema eléctrico y se ajusta a la Ley de Concesiones Eléctricas, su Reglamento y a la Constitución Política. La tesis de Luz del Sur, por el contrario, afecta al sistema eléctrico en su conjunto y lo pone en grave peligro

Aceptar la tesis propuesta por Luz del Sur, según la cual los consumos en exceso deben ser pagados a Tarifa en Barra, implicaría atribuir a los generadores los costos derivados del incumplimiento contractual en el que incurrió el distribuidor, lo que no está previsto en la LCE ni en ninguna otra norma legal.

Pero lo señalado en el párrafo anterior no es lo más grave del planteamiento de Luz del Sur. Es preciso anotar que las consecuencias de asumir como válida la posición de Luz del Sur atentarian contra la subsistencia misma del Sistema eléctrico peruano, tal y como se encuentra estructurado en la LCE.

En efecto, de ampararse en sede judicial la demanda de Luz del Sur se consagraría el siguiente principio en el mercado eléctrico: *"El distribuidor del Servicio Público de Electricidad tiene derecho a retirar toda la energía que requiera del sistema eléctrico sin necesidad de haber suscrito contratos de suministro con generadores de electricidad, pagando siempre por los consumos efectuados la Tarifa en Barra"*<sup>20</sup>.

El correlato lógico de dicho principio sería la instauración de una **inverosímil obligación a cargo de los generadores de suministrar continuamente toda la energía que los distribuidores les requieran, a un precio regulado y sin que pueda exigirse la existencia de un contrato de por medio.** Tal situación

3.2) y con Duke Energy Internacional Egenor de fecha 14 de setiembre de 2002 (cláusula 5.3 y Anexo B).

<sup>20</sup> Esto fue previsto por el Tribunal de Solución de Controversias en la Resolución materia de impugnación pues señaló: "Si se aceptase la tesis de Luz del Sur, casi nada quedaría para la autonomía privada o para el ámbito contractual. Ni si quiera los elementos esenciales como precio y bien. Ello porque el precio estaría regulado (tarifa en barra) y la cantidad del bien (energía) sería determinada exclusivamente por una de las partes (que tomaría toda la que quisiese). Ello constituiría un remedo de contratación. Bajo esta situación, una de las partes podría retirar toda la energía que quisiese, sin límites, a un precio con límites (tarifa regulada). Esto no es otra concordante con la LCE que pretende promover un sistema de mercados y contratación activa."

importaría la destrucción del marco de libre competencia en el cual actúan los generadores de electricidad conforme a lo expresamente previsto en la LCE.

En efecto, mientras que el día de hoy los generadores pueden determinar cómo colocan su energía entre los diversos mercados de electricidad (regulado, libre o spot), compitiendo entre sí; con la insensata posición de Luz del Sur, los generadores se convertirán en prestadores de un servicio obligatorio en favor de los distribuidores sólo para el mercado regulado.

En este contexto, la suscripción de contratos de suministro sería absolutamente innecesaria y los generadores se encontrarían a merced de una especie de "dictadura" de los distribuidores, quienes por sí y ante sí podrían determinar cuánta energía retiran del sistema y qué precio pagan por ella.

La situación descrita contradice abiertamente la naturaleza del mercado eléctrico peruano consagrada en la LCE, pues no existirá un segmento de generación de electricidad basado en la libre competencia y libertad de contratación. Para darnos cuenta que la tesis de Luz del Sur no puede ser admitida, sólo basta preguntarnos ¿cómo puede subsistir un mercado en libre competencia, si quienes participan en él no tienen la capacidad de determinar su oferta?

Ahora bien, es relevante señalar que la tesis de Luz del Sur no sólo perjudica a los generadores que operan en el sistema eléctrico peruano, sino también a los distribuidores que diligentemente suscriben contratos con generadores de energía para abastecer la demanda del Servicio Público de Electricidad.

Dado que los generadores compiten entre sí para colocar su energía, los distribuidores del Servicio Público de Electricidad pueden verse beneficiados por dicha competencia y conseguir mejores precios para la energía contratada. Recordemos que la Tarifa en Barra es sólo un precio máximo para la energía destinada al Servicio Público de Electricidad por debajo del cual puede

juuy

pactarse libremente. Por tanto, al encontrarse en la necesidad de colocar energía, los generadores pueden ofrecer precios menores a la Tarifa en Barra a fin de celebrar contratos con los distribuidores del Servicio Público de Electricidad.

De adoptarse la tesis de Luz del Sur, esta situación óptima y buscada implícitamente por la regulación de la LCE, nunca podría darse en el mercado, pues nunca se suscribirán contratos para satisfacer la demanda del Servicio Público de Electricidad.

En segundo lugar, y como resultado de lo expuesto, es preciso señalar que la aceptación de la posición de Luz del Sur traería consigo un fuerte desincentivo para la inversión en el mercado de la generación eléctrica, tan necesaria en nuestro país.

Resulta a todas luces evidente que ninguna empresa se encontrará incentivada a ingresar o a invertir en el mercado de la generación eléctrica en el Perú pues, si en contra de lo previsto en la LCE, la singular tesis de Luz del Sur fuese amparada, ello implicaría que los generadores se verían obligados a vender energía al mercado regulado en contra de su voluntad, obligándoseles a asumir un riesgo de negocio no calculado ni deseado:

Por último, de aceptarse la tesis de Luz del Sur también se afectaría gravemente la operación económica del Sistema prevista en la LCE, pues destruiría el sistema de transferencias de electricidad entre generadores al interior del COES.

En efecto, de acuerdo con la tesis de Luz del Sur, no sería necesario que los distribuidores suscriban contratos de suministro con los generadores debido a que éstos tendrían la obligación de proporcionarles toda la energía que requieren a un precio equivalente a la Tarifa en Barra. En consecuencia, los distribuidores tomarían energía sin tener un solo contrato de suministro

juuy

suscrito con generadores. Y si esto sucede, no podrá determinarse en el COES a qué generador pertenece el retiro de energía efectuado por el distribuidor, ni tampoco en qué magnitud se distribuyen entre los generadores los consumos de energía.

Como hemos explicado anteriormente, la energía que los distribuidores retiran del sistema no necesariamente es la energía producida por los generadores con quienes han suscrito un contrato de suministro. Por tanto, en el mercado spot al interior del COES los generadores se compensan entre sí la energía retirada por los distribuidores al "costo marginal de corto plazo" determinado por el propio COES. Dicha compensación se efectúa en virtud de los contratos suscritos entre los generadores y sus clientes.

En una situación como la que propone la peculiar tesis de Luz del Sur, la cual llevaría finalmente a la inexistencia de contratos suscritos entre generadores y distribuidores, sería imposible determinar por cuenta de quién los distribuidores estarían retirando energía en el sistema. Por tanto, los generadores que inyectaron la energía no tendrían a qué generadores cobrarles dicha energía al respectivo "costo marginal de corto plazo", lo que ocasionaría que el sistema previsto por la LCE sea insostenible.

En consecuencia, como puede apreciarse, lo resuelto por OSINERG no sólo es coherente con lo pactado por las partes en el Contrato y con el marco legal previsto en la LCE y su Reglamento, sino que, sobre todo, lo resuelto por OSINERG ha permitido que no se afecte la regulación del mercado eléctrico en su conjunto tal como fue previsto por la LCE.

## 2.7 La tesis de Luz del Sur afecta los derechos constitucionales de Electroperú

Tal y como ha sido demostrado a lo largo del presente escrito, la tesis de Luz del Sur supone la contravención de la LCE. No obstante, no debe perderse de

July

vista que en la hipótesis negada que la posición de Luz del Sur fuera amparada, los derechos constitucionales de Electroperú a la libertad de empresa y libertad de contratar se verían gravemente afectados.

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el proceso de Expediente No. 3330-2004-AA/TC, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho:

- (i) La libertad de creación de empresa y de acceso al mercado;
- (ii) La libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros;
- (iii) La libertad de competencia; y
- (iv) En último término, la libertad para cesar las actividades.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria. La primera consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

Por su parte, la doctrina considera que *"el tercer aspecto en la libertad de la empresa es la libertad de ejercicio de la actividad empresarial: libertad de*

July

*tomar decisiones y de competir en un mercado libre. Dentro de este apartado deben mencionarse cuestiones como la libertad de producción (volumen, calidades, etc.), libertad de inversión (o de desinversión o cierre), libertad de fijación de una política o estrategia comercial –cuestión íntimamente ligada con la libertad de precios–, libertad de publicidad (no engañosa), libertad de distribución y venta, libertad de competencia leal o libertad contractual (de contratar o no contratar), de esta forma el empresario pone en juego todos sus talentos y el de las personas que le rodean para desarrollar la empresa<sup>21</sup>*

La capacidad de un generador de determinar en qué modalidad vende energía, y dado el caso, en qué porcentajes asigna dicha energía a sus clientes libres o a los distribuidores para el Servicio Público de Electricidad, constituye una manifestación indubitable del derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú de 1993. Por tanto, nadie se encuentra habilitado a obligar a un generador a transferir energía de manera obligatoria ni a aceptar un precio que no fue el libremente acordado. La LCE no contiene ninguna norma que así lo disponga razón por la cual rigen los derechos constitucionales antes mencionados.

Pero además, en la regulación de la actividad de generación, el generador tiene otro derecho fundamental: no está obligado a contratar con ningún distribuidor específico ni con ningún cliente individual en particular. Tampoco está obligado a negociar energía con quien no tenga un contrato de suministro. La LCE es muy clara al respecto y otorga a los generadores el derecho de elegir a sus contrapartes contractuales. Este derecho es conocido como la libertad de contratación, consagrado en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política y ratificado en el artículo 62 de la misma.

Los derechos consagrados por la LCE constituyen una manifestación de la libertad de contratar y de la libertad de empresa de Electroperú. Si se adoptara

21

ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Comares. Granada, 1999. Pág. 225.

July

la tesis de Luz del Sur, se transgredirían indebidamente estos derechos constitucionales fundamentales.

### III. MEDIOS PROBATORIOS:

Ofrecemos como medios probatorios de nuestra contestación de demanda los siguientes:

- 3.1. Copia de la Resolución No. 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, la misma que obra en autos como Anexo 1-D de la demanda.
- 3.2. Copia de la Resolución No. 008-2004-OS/CC-20 del Cuerpo Colegiado Ad Hoc de OSINERG, la misma que obra en autos como Anexo 1-E de la demanda.
- 3.3. Copia del Contrato de Suministro suscrito entre Luz del Sur y Electroperú con fecha 16 de mayo de 1997 y su adenda, el mismo que obra en autos como Anexo 1-I de la demanda.
- 3.4. Copia de los contratos de suministro de energía que Luz del Sur ha suscrito con Edegel S.A.A., Termoselva S.R.L., Empresa Eléctrica de Piura S.A. – EEP SA y Duke Energy International Egenor, los mismos que obran en autos como Anexos 1-J a 1-M de la demanda.
- 3.5. Copia de las ocho (08) facturas emitidas por Electroperú por los excesos de consumo y pagadas por Luz del Sur a costo marginal superior a la Tarifa en Barra (**Anexo 2-A**).
- 3.6. Copia del Informe Técnico No. CC-1211-2004, que demuestra que Luz del Sur destina sus consumos en exceso de energía a clientes libres. Cabe señalar que este informe obra en el expediente administrativo que deberá remitir OSINERG y que ofrecemos como medio probatorio en el numeral 3.7 siguiente (**Anexo 2-B**).
- 3.7. El expediente administrativo que dio origen a la resolución impugnada, el mismo que deberá ser remitido por OSINERG.

juj

IV. ANEXOS:

Adjuntamos los siguientes anexos:

- 2-A: Copia de las ocho (08) facturas emitidas por Electroperú por los excesos de consumo y pagadas por Luz del Sur a costo marginal superior a la Tarifa en Barra.
- 2-B: Copia del Informe Técnico No. CC-1211-2004.

**POR TANTO:**

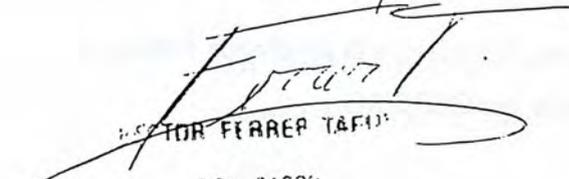
Solicitamos a la Sala se sirva tener por contestada la demanda en los términos antes expuestos y, en su oportunidad, declararla INFUNDADA.

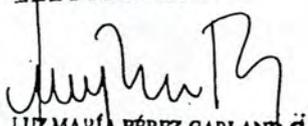
**OTROSI DECIMOS:** Acompañamos el recibo de pago de las tasa judicial correspondiente, por concepto de ofrecimiento de pruebas (S/. 33.00), así como copias y cédulas de notificación.

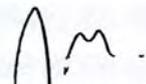
Lima, 1 de setiembre de 2005

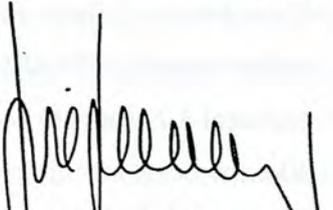
  
**JUAN LUIS AVENDAÑO**  
**ABOGADO**  
**Registro N° 3761**

  
**MAURICIO RAFFO LA ROSA**  
**ABOGADO**  
**REGISTRO C.A.L. 24236**

  
**HECTOR FERRER TAFUR**  
**CAL 21520**  
**ELECTROPERU S.A.**

  
**LUZ MARÍA PÉREZ-GARLAND G.**  
**ABOGADO**  
**REGISTRO C.A.L. 39493**

  
**JUAN H. PEÑA ACEVEDO**  
**Abogado**  
**Reg. CAL. 22398**  
**Asesoría Legal**  
**ELECTROPERU S.A.**

  
**JOSE A. JIMENEZ GARCIA**  
**ABOGADO**  
**REGISTRO C.A.L. 16233**

COMIS. ELECTOR.

03

Exp. N° 1179-05

Secretario: Dr. Adrián Zárate R.

Escrito N° 1

Cuaderno Principal

Sumilla: Contesta demanda.

**AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA  
ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPERIOR DE  
JUSTICIA DE LIMA:**

**ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN  
ENERGIA - OSINERG** -, con dirección domiciliaria en Bernardo Montegudo  
No. 222- Magdalena del Mar, representado por su apoderado Dr. Arturo Aza  
Riva, identificado con D.N.I. N°10058940, según poder otorgado mediante  
escritura pública del 25 de junio de 2001 por ante Notario Público de Lima, Dr.  
Carlos Augusto Sotomayor Bernos, reiterando como nuestro domicilio procesal  
la Casilla N° 827 del Servicio de Notificaciones del Colegio de Abogados de  
Lima ( 4to. Piso de Palacio de Justicia), en los iniciados por Luz del Sur S.A.A.,  
sobre Acción Contencioso Administrativa, atentamente decimos:

Que, dentro del término de ley, contestamos la  
demanda de Luz del Sur S.A.A., en adelante **Luz del Sur**, solicitando se  
declare infundada en todos sus extremos, conforme a los fundamentos de  
hecho y de derecho que exponemos a continuación:

**I. FUNDAMENTOS DE HECHO:**

***Introducción.-***

I.1. A manera de introducción a la controversia  
planteada por **Luz del Sur**, cabe una breve referencia al contexto en la que  
esta se desarrolla, que es el del mercado de generación eléctrica.

Como conoce la Sala, con la entrada en vigencia de la Ley de Concesiones Eléctricas - Decreto Ley No. 25844, se modificó sustancialmente el esquema del mercado eléctrico peruano, pues a partir de la desintegración vertical de las actividades de generación, transmisión y distribución que lo conforman, se introdujeron mecanismos de competencia que buscaban incentivar el desarrollo y expansión sostenido de dichas actividades por parte de los inversionistas privados.

Así mismo, la indicada modificación legislativa supuso el establecimiento de un régimen de libertad de precios para los suministros que pudieran efectuarse en condiciones de competencia, y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que, por su naturaleza, lo requerían, en base a costos de eficiencia de inversión y operación.

**I.2.** Dentro de dicho esquema, la actividad de generación, en la que los propietarios de las distintas centrales de generación energía compiten entre sí para producir energía al menor costo posible, se desarrolla dentro de dos segmentos claramente distintos: el de la venta de energía a precio libre y el de la venta a precio regulado.

En el primer segmento se encuentran las ventas de energía que pactan los generadores con los denominados clientes libres, es decir, aquellos cuya demanda para consumo interno es mayor a 1000 kW.

A diferencia de éstos y como respectivamente se prevé en los literales a) y c) del artículo 43 de la Ley de Concesiones Eléctricas, el precio a pagar por la transferencia de potencia y energía entre generadores y las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad, se encuentra sujeto a regulación por parte del **OSINERG**.

**1.3.** Respecto a este último punto, cabe llamar la atención de la Sala en la trascendencia de la referida segmentación para la comprensión de la calidad competitiva del mercado de generación y la indiscutible autonomía que ostenta el concesionario de generación dentro del mismo.

En efecto, si bien es cierto que los precios fijados para las ventas de energía destinadas al intercambio con generadores y a los distribuidores del servicio público de electricidad son aquellos regulados por el **OSINERG**, no es menos cierto que será en última instancia el generador quien decida si vende y, de ser el caso, cuánto de energía vende a éstos concesionarios o, por el contrario, si destina toda o la mayor parte de su producción al sector de los clientes libres.

En este aspecto, evidentemente, tendrán un rol fundamental los términos contractuales que las partes libremente pacten sobre los aspectos no regulados de los contratos a precio regulado, especialmente, como se ha visto, aquellos términos relativos a la cantidad de energía a vender, pues resulta obvio que, dentro de la estructura costo-beneficio que un generador proyecta para sus ventas en un determinado periodo, la variable relativa a la energía que ha de producir resulta fundamental a efectos de decidir de qué manera distribuye ésta entre compradores a precio regulado y compradores a precio libre.

**1.4.** Puede afirmarse entonces, como premisa básica de la presente contestación, que dada la estructura del mercado de generación, la regulación viene dada únicamente para aquellos aspectos específicamente previstos en la disposiciones legales respectivas (fijación de precios tope (tarifas) y algunos aspectos complementarios (condiciones de aplicación de las tarifas)), prevaleciendo la autonomía privada de las partes contratantes para todos los demás aspectos, los que como se ha explicado, no se restringen únicamente al ámbito de la venta de energía a precios libres, sino

que también alcanzan a los términos de los contratos sujetos a precio regulado que tienen como finalidad normar materias diversas de aquellas imperativamente previstas en el ordenamiento.

**I.5.** Es precisamente esta primera conclusión la que nuestra entidad ha defendido en las resoluciones que **Luz del Sur** pretende cuestionar a través de las pretensiones planteadas con su demanda, para cuyo efecto esta concesionaria no duda en pedirle a la Sala que la autorice a incumplir obligaciones autónomamente asumidas frente a la generadora Electroperú S.A., respecto a materias que no se encuentran sujetas al ámbito regulatorio previsto por la Ley de Concesiones Eléctricas, lo que como desarrollaremos a continuación, resulta poco menos que un despropósito.

#### ***Antecedentes.-***

**I.6.** **Luz del Sur** es una empresa concesionaria de distribución de energía eléctrica que compra electricidad a distintos generadores para destinarla tanto al Servicio Público de Electricidad como para ofrecerla a clientes libres.

**I.7.** En el desarrollo de sus actividades y para efectos de atender el suministro del servicio público de electricidad, **Luz del Sur** suscribió con la empresa de generación eléctrica Electroperú S.A., en adelante **Electroperú**, el 16 de mayo de 1997, un contrato denominado de "suministro de electricidad" (**Anexo 1-I** de la demanda).

Como podrá constatar la Sala con la sola lectura de la cláusula segunda del referido contrato, en adelante **el Contrato**, éste en realidad es uno de compraventa de energía, pues en virtud del mismo **Electroperú** "...vende y se obliga a poner a disposición y entregar a LA DISTRIBUIDORA (**Luz del Sur**) la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación de

suministro". Por su parte, **Luz del Sur** "...compra y se obliga a pagar a LA GENERADORA (**Electroperú**) la potencia contratada - la utilice o no - y la totalidad de la energía que retire de los puntos de entrega".

**I.8.** Ahora bien, estando frente a un contrato de compraventa, la determinación del objeto mediato de la venta, la electricidad, viene dado con la fijación, por las partes, de las cantidades de potencia y energía que **Electroperú** se comprometió a entregar a **Luz del Sur** en las cláusulas 2.1. y 2.2. del **Contrato**.

Conforme a dicha disposición, quedaba claro que el precio previsto en la cláusula 4.1. del **Contrato** (que en realidad y por mandato imperativo de la ley no es más que la remisión a los precios regulados que fijara el **OSINERG**, por tratarse de electricidad que **Luz del Sur** iba a destinar a los usuarios del servicio público de energía), estaba específicamente referido a las cantidades de potencia y energía previstos en las cláusulas 2.1. y 2.2. antes mencionadas.

En todo caso, en numerosas cláusulas del **Contrato**, las partes se cuidan de dejar en claro dicha limitación.

Así, tenemos que ya desde la cláusula segunda se precisa que **Electroperú** vende y se obliga a poner a disposición de **Luz del Sur** "...la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación.." (el subrayado es nuestro)

Del mismo modo, en la cláusula 2.3. las partes dispusieron que **Electroperú** "...no estará obligada a suministrar más potencia ni energía que la potencia contratada y la energía contratada."

**I.9.** De lo expuesto se desprende nítidamente que en la celebración del **Contrato**, medió el interés manifestado de **Electroperú** y

aceptado por **Luz del Sur**, de que la transferencia onerosa de electricidad estuviera limitada en su cantidad.

Ello, como se ha explicado en la parte introductoria de los presentes fundamentos, constituye una decisión no sólo razonable y plenamente justificada, sino absolutamente legal, pues como generador de energía tenía el derecho de reservar el saldo de su producción no comprometida en **el Contrato** para su venta a otros clientes, llámense generadores, distribuidores o clientes libres.

**I.10.** Es por ello que, en defensa del referido interés y contando siempre con la anuencia de **Luz del Sur**, las partes decidieron pactar mecanismos destinados a salvaguardarlo, los que se expresaron básicamente en el reconocimiento a **Electroperú** de tres derechos potestativos que podría aplicar alternativa o concurrentemente, según fuera el caso: **a)** Una cláusula penal para la facturación de la potencia y energía consumida en exceso; **b)** La instalación de equipos limitadores de consumo de potencia y energía a costa de **Luz del Sur** con la consecuente suspensión de la transferencia de electricidad mientras ello no sucediera; y **c)** La resolución del Contrato.

Como se ve, todos los mecanismos legales antes descritos tienen una doble dimensión: disuasiva y reparadora, pues advierten de y facultan a la imposición de una sanción contractual a **Luz del Sur** ante lo que, bajo dicha perspectiva y conforme a lo estipulado en el **Contrato**, constituía claramente un incumplimiento lesivo para los intereses de **Electroperú**.

**I.11.** Así, en relación a la cláusula penal por retiro excesivo de energía, que es la que interesa a efectos de la presente controversia, la cláusula 4.4. del **Contrato** prevé que "Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA, asignada a LA GENERADORA conforme a lo

estipulado en la subcláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por LA GENERADORA y pagados por LA DISTRIBUIDORA a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SICN durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes."

En otras palabras, si **Luz del Sur** retiraba más energía de aquella que **Electroperú** había convenido en venderle de acuerdo a lo pactado en la cláusula 2.2 del **Contrato**, tendría la obligación de indemnizar a ésta por la situación de desventaja en la que su incumplimiento la había situado.

En efecto, recordemos que el hecho de que **Luz del Sur** tomara energía que **Electroperú** no le había destinado, suponía que otro cliente de esta última se estaba quedando sin recibir dicha energía, situación que obligaba a la generadora a tener que cumplir con su compromiso mediante la adquisición de energía a otro generador.

Esto explica y justifica el porqué la cláusula penal prevista en el numeral 4.4 del **Contrato** determinaba que los excesos de energía tomados por **Luz del Sur**, sin consentimiento de **Electroperú**, debían ser reparados con un monto igual al valor de su costo marginal de corto plazo determinados por el COES-SICN durante el mes respectivo, pues era éste valor el mismo utilizado por dicho organismo para cuantificar en dinero las transferencias de energía entre sus integrantes.

**1.12.** Previstos así los términos del **Contrato**, su ejecución se estuvo desarrollando por más de siete años sin objeción alguna por ninguna de las partes.

Así, en las oportunidades en que **Luz del Sur**, excediéndose en los términos pactados, retiraba más energía de aquella

convenida como objeto de la venta, **Electroperú** aplicaba la cláusula penal prevista en la cláusula 4.4., facturándole el exceso al costo marginal de corto plazo, monto que, sin observación alguna, vino pagando la primera durante más de siete años.

### ***La Controversia Administrativa.-***

**I.13.** Pues bien, a pesar de la inequívoca conducta observada por **Luz del Sur** durante los más de siete años antes mencionados, cuando **Electroperú** le remitió, el 12 de julio de 2004, el Informe Técnico Comercial CC-818-2004 con el que adjuntaba la factura No. 005-4599 por el exceso de consumo de energía activa retirada durante el mes de junio de 2004, dicha empresa reaccionó con la carta LE-305/2004, mediante la que le devolvía la indicada factura señalando que los excesos en consumo, al tener como destinatarios a los consumidores regulados, debían facturarse a precio de barra, es decir, al precio regulado previsto por el artículo 45 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Es más, sustentándose en esa misma posición, **Luz del Sur**, mediante carta LE-310/2004, solicitó a **Electroperú** que procediera también a devolverle los montos facturados por los excesos de energía retirados durante los meses de febrero y junio de 2004.

**I.14.** No habiendo aceptado **Electroperú** dicha posición y habiendo además fracasado el procedimiento de trato directo que las partes celebraron con la intención de llegar a un arreglo respecto a la referida controversia, **Luz del Sur** presentó, el 7 de setiembre de 2004, reclamación ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc constituido para dicho efecto, solicitando como pretensiones las siguientes:

- a) *Que se declare que el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no pueden exceder la tarifa en*

barra aprobada por el **OSINERG**, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de precios de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8°, 43°(c) y 45 de la Ley de Concesiones Eléctricas;

- b) Que, el citado tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación no sólo al precio de energía contratada con el generador sino, inclusive, a los retiros en exceso de la energía contratada, cuando dichos excesos están destinados al Servicio Público de Electricidad;
- c) Que, **Electroperú** no puede cobrar a **Luz del Sur**, por los retiros de energía en exceso de la energía contratada en el Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 16 de mayo de 1997, vigente entre las partes, un precio mayor al precio de barra regulado por **OSINERG**, puesto que la energía suministrada está destinada exclusivamente a los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

**I.15.** Seguido el procedimiento administrativo según el reglamento correspondiente, el referido Cuerpo Colegiado Ad-Hoc dictó, el 25 de octubre de 2004, la Resolución No. 008-2004-OS/CC-20 (**Anexo 1-E** de la demanda), mediante la que declaró infundada la reclamación presentada por **Luz del Sur**, estableciendo que a los retiros de energía en exceso, destinados al Servicio Público de Electricidad, no les resultaba de aplicación como tope los precios regulados, sino lo estipulado en el contrato suscrito entre las partes.

**I.16.** Apelada la indicada resolución por parte de **Luz del Sur**, se elevaron los actuados al Tribunal de Solución de Controversias de nuestra entidad, que mediante Resolución No. 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, en adelante **la Resolución (Anexo 1-D** de la demanda), declaró infundado el referido recurso, estableciendo que: **a)** El precio máximo que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, es la Tarifa en Barra aprobada por el **OSINERG** (Artículo Tercero); **b)** El precio tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación únicamente a los montos contractualmente establecidos como venta. La regulación de los

montos adicionales u otros conceptos están sujetos a la autonomía privada de las partes intervinientes en el mercado eléctrico (Artículo Cuarto); y **c)** Por los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado (Artículo Quinto).

**I.17.** Tal como se desprende de los términos de **la Resolución**, la decisión de nuestro Tribunal está sustentada en el reconocimiento de que, en el mercado de generación, el principio general que sustenta su funcionamiento es el de la autonomía privada de los agentes privados y la excepción es la regulación y la aplicación de normas de Derecho Público.

En ese sentido, resalta que, como antes hemos mencionado, aún en el ámbito de la contratación de compraventa de energía para los concesionarios de distribución del servicio público, existen aspectos propios de la referida autonomía (donde las partes deciden si celebran la transacción y por cuánta cantidad de electricidad la celebran) y sólo de modo excepcional, aspectos taxativamente regulados, que se limitan a la fijación de precios topes (tarifas) y algunos aspectos complementarios específicamente previstos (condiciones de aplicación de las tarifas).

**I.18.** Siguiendo ese mismo razonamiento, **la Resolución** sostiene que alcanzando el ámbito de la regulación únicamente al precio pactado por las partes y entendiendo éste como aquél valor de intercambio aplicable únicamente a la energía voluntariamente transferida por **Electroperú** a favor de **Luz del Sur**, los excesos de consumo unilateralmente retirados por esta última más allá de lo pactado en **el Contrato**, al tratarse de conceptos no regulados, constituyen áreas de la autonomía privada de las partes y, por ende, sujetas a lo que éstas, dentro de su libertad contractual, hubiesen pactado al respecto.

Conforme a ello, concluye, las partes tienen derecho a establecer penalidades o compensaciones por la "toma" de energía más allá de lo voluntariamente aceptado por el vendedor de la misma, por lo que **Luz del Sur** debe estar a lo pactado por las partes en la cláusula 4.4. del **Contrato** y, en consecuencia, pagar las facturaciones emitidas por **Electroperú** en aplicación de la misma.

**I.19.** Ante el pronunciamiento del **OSINERG**, **Luz del Sur** ha interpuesto la presente demanda solicitando, como pretensión principal, que se declare la invalidez y consiguiente nulidad de los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución y, como pretensión accesoria a ésta, que se declare también que los pronunciamientos contenidos en los indicados artículos y en los artículos 2º y 3º de la Resolución No. 008-2004-OS/CC-20, carecen de eficacia.

Del mismo modo, como segunda pretensión principal, **Luz del Sur** solicita a la Sala declarar que "**Electroperú** no puede cobrar precio o penalidad alguno por los excesos de energía que venda a **Luz del Sur** para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la Tarifa en Barra".

**I.20.** Sin embargo, tal como demostraremos a continuación, los fundamentos esgrimidos por **Luz del Sur** para sustentar las indicadas pretensiones resultan deleznable, pues partiendo de inadmisibles distorsiones de las normas que invoca, no reparan en atropellar principios elementales para el funcionamiento eficiente del mercado de generación, buscando, en su afán de obtener un beneficio indebido e ilegal, sentar lo que sería un peligroso y nefasto precedente para el mismo.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**II.1.** En efecto, incurre en error **Luz del Sur** cuando pretende sostener que los contratos de suministro de generador a distribuidor

para atender el Servicio Público de Electricidad  
Derecho Público y que, en ese sentido, no cabe la int  
privada de las partes pues, según afirma, en las re  
estas no hay lugar más que para la "estricta" aplic  
determinado en las normas respectivas.

NATURALEZA DE CONTRATO DE SUMINISTRO:  
- SOLO LO REGULADO EN LA LCE → D. PÚBLICO.  
- EL ÍTEM DE DISPOSICIONES → D. PRIVADO  
→ VOLUNTAD DE LAS PARTES.

Dicha aseveración pretende negar lo que es una  
verdad de perogrullo: Que la finalidad de la Ley de Concesiones Eléctricas fue  
establecer un marco legal que permitiera la promoción y desarrollo de un  
mercado competitivo por parte de los agentes del sector privado.

En ese sentido y si bien existen sectores sujetos a  
específica regulación, no puede desconocerse, como pretende hacer **Luz del Sur**, que la generalidad de las relaciones que se dan en la actividad del sector  
eléctrico derivan de actos de naturaleza privada, regidos como tales por el  
Derecho Civil, pues mal podría hablarse de contratación entre privados dentro  
del ámbito del Derecho Público.

Conforme a ello, sin negar que, como se desprende del  
artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas, junto a estas relaciones regidas  
por el Derecho Civil coexisten determinados aspectos que, por su propia  
naturaleza y características, se encuentran específicamente regulados por  
disposiciones propias del Derecho Público, ello ocurre únicamente de modo  
excepcional y en tanto la norma lo haya previsto de modo taxativo.

En consecuencia, no es cierto que toda la relación  
jurídica derivada de un contrato de suministro de generador a distribuidor  
para atender el Servicio Público de Electricidad esté regido por el Derecho  
Público. Todo lo contrario, únicamente aquellas disposiciones taxativamente  
reguladas por la Ley de Concesiones Eléctricas, específicamente la fijación de  
precios tope (tarifas) y algunos aspectos complementarios (condiciones de  
aplicación de las tarifas), se encontrarán dentro del ámbito del Derecho

público, quedando todas las restantes en el ámbito del Derecho Civil y, como tales, sometidas a la autonomía privada de las partes.

Al respecto, resulta oportuno citar al especialista español Santiago Fernández Plasencia, que analizando el mercado de producción de energía eléctrica en su país, de indudables similitudes con el nuestro (al punto tal que la demandante apoya su posición en el informe elaborado por otro jurista de dicha nacionalidad), sostiene que la consideración del contrato de compraventa de energía eléctrica como uno de naturaleza administrativa "...ha cambiado sustancialmente al abrirse el mercado a la competencia, pues era precisamente la falta de ésta la que exigía proteger por mecanismos ajenos a los del mercado la posición del más débil. La compraventa de energía eléctrica en el mercado de producción ha recuperado así su carácter de contrato civil sujeto fundamentalmente a la autonomía de la voluntad, aunque con algunas limitaciones...".<sup>1</sup> (Adjuntamos el texto íntegro del artículo del que se extrae la presente cita, como Anexo 1-C del presente escrito. La cita se encuentra en la página 29 del mismo).

II.2. En esa misma línea podemos rebatir el argumento de Luz del Sur según el cual, siendo ésta y Electroperú "entidades de la Administración Pública", no podían convenir penalidades por el retiro de energía no autorizada, pues la Ley de Concesiones Eléctricas no los faculta para ello.

En este punto, debemos precisar que la referencia contenida en el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, según la cual debe entenderse como entidad de la Administración Pública a "Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos en virtud de concesión", es únicamente aplicable, como lo señala dicha norma, para los fines de dicha ley.

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ PLASENCIA, Santiago. "El Mercado de Producción de Energía Eléctrica". Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red. Editorial Montecorvo. No. 5, Junio 1999,

Concordando dicha norma con lo previsto en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, queda claro que la referida calidad únicamente se aplica cuando dichas empresas concesionarias actúan como primera instancia administrativa para atender los reclamos de los usuarios del servicio público de electricidad, sujetándose ahí sí, de manera supletoria, a los preceptos contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General No. 27444.

Evidentemente, cuando las mencionadas empresas desarrollan actividades ajenas a las previstas en la referidas Ley No. 27444, como es el caso de la contratación con las concesionarias de generación, no puede sostenerse que forman parte de la Administración Pública, no sólo porque estamos frente a una relación que no se regula por la mencionada norma, sino principalmente porque la decisión de entablar el referido vínculo es adoptada autónomamente por las partes.

Nuevamente, entonces, nada obsta a que un generador, como **Electroperú**, y un distribuidor, como **Luz del Sur**, decidan voluntariamente suscribir un contrato de compraventa de energía y, dentro de los aspectos no sujetos a regulación, pacten una penalidad por el retiro de energía más allá de los límites contractualmente establecidos.

**II.3.** Al respecto, es preciso desvirtuar también la interpretación que **Luz del Sur** pretende darle a lo previsto en el artículo único del Decreto Supremo No. 035-95-EM, con el que se precisa que la facultad conferida al **OSINERG** para emitir directivas complementarias para la aplicación tarifaria "...comprende la consideración de los costos y sobrecostos asociados a la prestación del Servicio Público de Electricidad en que incurran o puedan incurrir los suministradores de energía eléctrica, como consecuencia de los requerimientos reales de potencia y energía de sus usuarios, así como, el establecimiento de las condiciones generales de contratación y recargos de acuerdo a la naturaleza de la materia eléctrica que regula."

Según la interesada posición de **Luz del Sur**, de dicha norma se desprende que "...la función reguladora de OSINERG respecto de las tarifas alcanza no sólo al precio de la potencia y energía, sino a las demás estipulaciones contractuales aplicables a la relación generador - distribuidor y distribuidor - usuario del Servicio Público de Electricidad, incluidos sobrecostos, recargos y penalidades por excesos de consumos".

Dicha apreciación, una vez más, carece de todo asidero legal, pues para empezar, soslaya que la aludida precisión está referida exclusivamente a la fijación tarifaria por parte del **OSINERG** y, por ende, en modo alguno los conceptos a los que dicha norma alude pueden ser entendidos fuera de la determinación tarifaria, es decir, el precio pagado por la transferencia voluntaria de energía.

Lo indicado se corrobora con la lectura de la parte considerativa del Decreto Supremo No. 35-95-EM, en la que queda explicado que los costos y sobrecostos a los que hace referencia son aquellos derivados de las variaciones de la demanda proyectada producida por variaciones imputables a los usuarios que pueden afectar la reserva del sistema, concepto que, como es obvio, es absolutamente ajeno al tema de las penalidades que **Luz del Sur** intenta, sin éxito, incluir dentro del concepto tarifario.

Del mismo modo, las "condiciones generales de contratación y recargos", deben ser leídas, como indica el propio artículo, "de acuerdo a la naturaleza de la materia eléctrica que regula". En otras palabras, dichas previsiones sólo procederán en tanto se trate de aspectos específicamente regulados, lo que no ocurre con las penalidades que, como se ha dicho, pueden ser libremente pactadas entre generadores y distribuidores al decidir celebrar un contrato de compraventa de energía para el suministro del Servicio Público.

**II.4.** Es de lamentar, eso sí, que **Luz del Sur** intente sorprender a la Sala señalando que la Resolución No. 15-95-P/CTE, modificada por la Resolución No. 22-95-P/CTE, aprobó las Condiciones de Aplicación de las Tarifas en Barra para las ventas de generador a distribuidor en ejercicio de la función reguladora precisada por el Decreto Supremo No. 035-95-EM.

Ya se ha dicho en **la Resolución** que dicha norma fue dictada antes de la dación del mencionado decreto supremo y que la misma sólo desarrolla condiciones de aplicación de las propias tarifas en barra, no resistiendo ningún análisis el que se intente sostener que, a través de ésta, se "incorporaron" a la regulación aspectos que, como las penalidades, no están taxativamente recogidos por la Ley de Concesiones Eléctricas para dicho fin.

**II.5.** Por otro lado y en forzada "tesis", **Luz del Sur**, contradiciéndose con sus propios argumentos, postula también que el retiro de energía que unilateralmente toma más allá de los límites pactados con **Electroperú**, no constituye una penalidad sino una "venta", y como tal, sujeta a lo previsto en el artículo 45 de la Ley de Concesiones Eléctricas, desafía los conceptos más elementales del Derecho objetivo.

En efecto, no entendemos cómo se puede sostener que un claro supuesto de incumplimiento contractual, que de las cláusulas 2 y 2.3. del **Contrato** se desprende que no sólo no es deseado sino que incluso puede ser sancionado hasta con la resolución del vínculo jurídico, pueda ser considerado como "venta de energía eléctrica".

Resulta ocioso remitirnos a la definición de compraventa prevista en el artículo 1529 del Código Civil, pero no escapará a nadie con nociones básicas de Derecho que, para que exista venta, el vendedor debe obligarse a transferir el bien objeto de la misma a cambio de un precio.

Consta de la cláusula segunda del **Contrato** que **Electroperú** "vende y se obliga a poner a disposición y entregar a LA **DISTRIBUIDORA** la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro..." (el resaltado es nuestro)

Ergo, más allá de los límites de energía pactados en la cláusula 2.2. del **Contrato**, no existe ya obligación de **Electroperú** de transferir energía a favor de **Luz del Sur**, de donde no puede existir compraventa.

Es más, como se ha indicado antes, de las cláusulas 2.3. y 4.4. del **Contrato** se desprende que **Electroperú** no deseaba que **Luz del Sur** tomara más energía de aquella comprometida en la cláusula 2.2., razón por la que resulta un absurdo sostener que existe una "venta" por el sólo hecho de la apropiación unilateral de energía y sin que medie el necesario consentimiento del propietario para dicho efecto.

El hecho de que las partes hayan convenido una penalidad para el caso que se presente el aludido incumplimiento contractual, en modo alguno transforma éste en una obligación adicional del contrato, pues la voluntad de las partes nunca estuvo destinada a dicho efecto, sino únicamente a establecer un elemento disuasivo que aminorara el riesgo de incumplimiento doloso y, adicionalmente, a prever anticipadamente una reparación para la eventualidad de que el mismo se diera.

Es más, ni siquiera es exacto que **Electroperú**, al facturar la energía retirada por **Luz del Sur** sin su autorización, hubiera reconocido que se trata de una venta.

En efecto, la simple denominación de un acto como compraventa, no le otorga dicha calidad a menos que, en su constitución, no presenten los elementos esenciales específicos para dicho efecto.

En todo caso, es obvio que la referencia de los excesos de consumo de energía contenidas en las facturas presentadas por **Luz del Sur** como **Anexo 1-O**, es únicamente una denominación para efectos tributarios, máxime si en el detalle no se consigna que se trate de una transferencia a título de compraventa.

**II.6.** Lo que en todo caso resulta contundente, es la propia conducta que **Luz del Sur** ha venido observando en la ejecución del **Contrato** por más de siete años.

En efecto, habiendo quedado claro que el aspecto relativo a penalidades pactadas en contratos de compraventa de energía, con prescindencia del destino que tengan, forman parte del ámbito de la autonomía privada de las partes, es indiscutible que, a efectos de la evaluación e interpretación de la conducta de éstas es necesario recurrir a las instituciones que informan el Derecho Civil Patrimonial.

De acuerdo a ello y como recoge *la Resolución*, cabe aplicar el principio de los actos propios, según el cual la posición que **Luz del Sur** plantea con su demanda debe ser desestimada por ser contraria a la conducta que ésta misma ha venido observando, irradiando así una apariencia de absoluta conformidad con los términos contractuales que ahora, insólitamente, pretende negar.

**II.7.** Finalmente, es preciso rebatir también los oscuros "vaticinios" que ensaya **Luz del Sur** como consecuencias del criterio contenido en **la Resolución**.

Al respecto, debemos indicar que no es exacto que se pretenda presentar la penalidad como una suerte de "carga" arbitrariamente impuesto sobre el distribuidor. Recordemos, si éste está obligado a asumirla, es únicamente porque calculó erradamente la cantidad de energía que requería para suministrar energía, de donde siendo el incumplimiento resultado de su negligencia, no podría pensarse en otra solución más justa.

Contrariamente, de avalarse una situación como la propuesta por **Luz del Sur**, carecería de todo sentido delimitar las cantidades de energía materia de transferencia en un contrato, pues el distribuir podría seguir retirando electricidad hasta agotar toda la producción del generador, pagando siempre la misma cantidad.

Esto último ocasionaría una retracción en el mercado de generación, pues los concesionarios de dicha actividad podrían abstenerse de suscribir contratos con distribuidores del servicio público de electricidad, en el temor de que éstos puedan dejarlos sin energía para atender a sus otros clientes.

Es más, no existiría razón alguna para celebrar contratos de compraventa de energía a los generadores, pues según la posición de **Luz del Sur**, los distribuidores tendrían patente de corso para tomar energía en las cantidades que unilateralmente dispongan, pagando siempre el precio de tarifa en barra, perjudicando así el derecho de los generadores de comercializar la energía producida en los otros sectores del mercado.

### **Conclusión:**

**II.7.** En consecuencia, atendiendo a lo antes señalado, queda evidenciado que los argumentos de **Luz del Sur** no sólo adolecen de falta de sustento fáctico y/o legal, sino que tampoco acreditan los supuestos vicios que aluden, de donde los términos de **la Resolución**, tal

como han sido explicados en la primera parte del presente escrito, se sostienen, razón por la que solicitamos a la Sala declarar infundada la demanda en todos sus extremos.

### **III. MEDIOS PROBATORIOS:**

A efectos de acreditar los fundamentos de nuestra contestación, ofrecemos como medio probatorio el mérito del expediente administrativo en el que se dictó la Resolución No. 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, que remitiremos una vez recibido el oficio a que hace referencia la Resolución No. 01.

Ofrecemos también, a manera de ilustración sobre la naturaleza civil del contrato de compraventa de energía celebrado por los generadores, el artículo "El Mercado de Producción de Energía Eléctrica", del reputado especialista español, Dr. Santiago Fernández Plasencia, el que adjuntamos como **Anexo 1-C** del presente escrito.

### **POR TANTO:**

A la Sala solicitamos tener por contestada la demanda y, en su oportunidad, declararla infundada en todos sus extremos.

**PRIMER OTROSI DECIMOS: ANEXOS.**- Que acompañamos los siguientes anexos a nuestra contestación:

1-A: Copia del documento de identidad de nuestro representante;

1-B: Testimonió que acredita su representación;

1-C: El artículo "El Mercado de Producción de Energía Eléctrica", suscrito por el Dr. Santiago Fernández Plasencia.

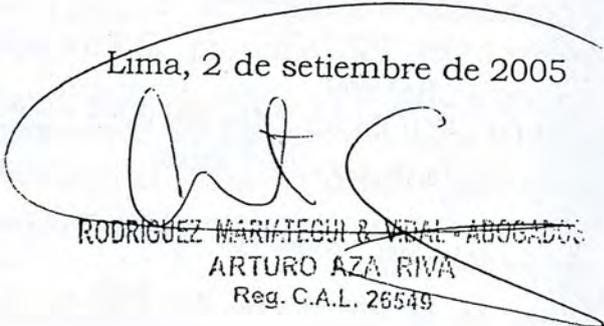
**SEGUNDO OTROSI DECIMOS: APODERADOS JUDICIALES.**- Que como consta del poder que adjuntamos, además del apoderado que suscribe el presente escrito, también han sido designados como apoderados judiciales de

**OSINERG** los Dres. Fernando Vidal Ramírez, Miguel Quino Fonseca y otros miembros del Estudio Rodríguez-Mariátegui & Vidal -Abogados, por lo que cualquiera de ellos, indistintamente, podrá ejercer la representación judicial de la recurrente.

**TERCER OTROSI DECIMOS: AUTORIZACIÓN PARA LECTURA DEL EXPEDIENTE.**- Que autorizamos al Sr. Iván Erick Hernando Cástillejo, identificado con D.N.I. No. 07634489 y/o a la Srta. Mónica Lorena Tanji García, con D.N.I. No. 40507493, a fin de que cualquiera de ellos, indistintamente, pueda tener acceso al expediente para su lectura.

**CUARTO OTROSI DECIMOS: ARANCEL JUDICIAL.**- Que adjuntamos el recibo de pago por el arancel judicial respectivo.

Lima, 2 de setiembre de 2005

  
~~RODRIGUEZ MARIATEGUI & VIDAL - ABOGADOS~~  
ARTURO AZA RIVA  
Reg. C.A.L. 28549

AR/csg

Dictamen final  
(Fiscalía)  
→ Fundada la demanda

RESAD  
RELA  
25 SET. 2006  
Superior de Justicia de Lima  
Primera Sala Especializada  
Contencioso Administrativo

  
MINISTERIO PÚBLICO  
FISCALIA DE LA NACION  
SEPTIMA FISCALIA SUPERIOR  
CIVIL DE LIMA

EXPEDIENTE N° 1179-2005  
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DICTAMEN N° 148-2006-MP-FN-7FSC

Señor Presidente:

Se ha remitido para dictamen a esta Fiscalía Superior la presente causa sobre Proceso Contencioso Administrativo, en los seguidos por LUZ DEL SUR S. A. A. contra el ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA – OSINERG y contra ELECTROPERU S. A.

1.- PRETENSION DE LA DEMANDANTE.-

Que, por escrito de fs. 275/304, LUZ DEL SUR S.A.A, interpone demanda contencioso administrativo con la finalidad de que el órgano jurisdiccional declare la nulidad e invalidez parcial de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG N° 005-2005-TSC, de fecha 22 de abril del 2005, en los siguientes extremos:

1.1). El artículo Segundo de la Resolución, al "Declarar infundada la apelación presentada por la Empresa Luz del Sur S.A.A.", contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, del 15 de Octubre del 2004, que había dispuesto erróneamente que los precios de energía regulados y establecidos por el OSINERG – Tarifa en Barra – para el Servicio Público de Electricidad no se aplican para los retiros en exceso

1.2). El artículo Cuarto de la Resolución, al "Establecer que el precio tope constituido por la Tarifa en Barra resulta de aplicación únicamente a los montos contractualmente establecidos como venta. La regulación de los montos adicionales u otros conceptos está sujeto a la autonomía de las partes intervinientes en el mercado eléctrico".

1.3). El artículo Quinto de la Resolución, al "Establecer que por los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado".

En tal sentido, como consecuencia de la pretensión anterior, la parte accionante solicita también se declare que carece eficacia los pronunciamientos contenidos en los citados artículos segundo, cuarto y quinto de la resolución materia de impugnación, así como también de lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, del 15 de Octubre del 2004. Asimismo, peticona se declare que Electroperú no puede cobrar precio o penalidad alguno por los excesos de energía que venda Luz del Sur para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda de la Tarifa en Barra.

## 2.- CONTESTACION DE LA DEMANDA:

A fs. 449/469, es absuelto el trámite de la contestación de la demanda por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG, negando y contradiciendo la misma, además solicita que en su oportunidad se declare infundada. A fs. 502/539, es absuelta la demanda por la co-emplazada ELECTROPERU S.A., a través de su Apoderado, Dr. Juan Humberto Peña Acevedo, en los términos que en ella se fundamenta.

## 3.- FIJACION DE PUNTO(S) CONTROVERTIDO(S):

De autos se tiene, conforme consta de la Resolución N° 15, de fecha 03 de Abril del 2006, obrante a fs. 592/598, se ha fijado como puntos controvertidos:

1). Determinar si se configura la nulidad de la **Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG**, de fecha 22 de abril del 2005, expedida por el Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG, en los siguientes extremos:

1.1). El artículo segundo de la Resolución al declarar infundada la apelación presentada por la Empresa Luz del Sur S.A.A. contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, del 15 de Octubre del 2004, que había dispuesto que los precios de energía regulados establecidos por el OSINERG (Tarifa en Barra) para el Servicio Público de Electricidad no se aplican para los retiros en exceso.

1.2). El artículo cuarto de la Resolución al "Establecer que el precio tope constituido por la Tarifa en Barra resulta de aplicación únicamente a los montos contractualmente establecidos como venta. La regulación de los mismos adicionales u otros conceptos está sujeto a la autonomía de las partes intervinientes en el mercado eléctrico.

1.3). El artículo quinto de la Resolución, al Establecer que por los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado.

2). Determinar si procede declarar que carecen de eficacia los pronunciamientos contenidos en los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución impugnada y que carece de eficacia lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de la **Resolución N° 008-2004-OS/CC-2004**, del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, del 15 de Octubre del 2004.



3). Determinar si es procedente declarar que **ELECTROPERU** no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que venda a **Luz del Sur S.A.A.** para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la Tarifa en Barra.

#### 4.- ANALISIS FISCAL Y FUNDAMENTOS.-

Debe puntualizarse, que la acción contencioso administrativa tiene por finalidad enmendar una infracción de la ley administrativa o la omisión de las formalidades esenciales, la misma que por su propia naturaleza está destinada al control de la legalidad del procedimiento administrativo, siempre que se encuentren dentro de los alcances del artículo 148° de la Constitución Política del Estado. En este sentido, es garantía de la constitucionalidad y legalidad de la administración pública frente a los administrados<sup>1</sup>.

Que, un acto administrativo es válido cuando su objeto o propósito es lícito, es dictado por autoridad competente y el procedimiento se ajusta a las normas legales establecidas, deviniendo en nulidad ipso jure, sólo cuando adolece de vicios establecidos en la ley, pudiendo ser objeto de anulación en el caso de padecer de vicios o defectos no esenciales, que pueden ser subsanados a pedido del interesado.

En tal contexto, la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley No. 27444- contempla en su artículo 3° como requisitos de validez del acto administrativo que éste esté dotado de un objeto o contenido y una debida motivación. El primero de ellos alude a la necesidad de que los actos administrativos se ajustan al ordenamiento legal vigente, así como a los criterios jurisprudenciales vigentes y al principio de razonabilidad en caso de vacío legal. El segundo, alude a la exigencia de que los argumentos vertidos por los administrados al interior de determinado procedimiento administrativo sean debidamente dilucidados siempre y cuando éstos tengan una relevancia para la solución del caso, pues sólo de esa forma los administrados podrán conocer si la decisión adoptada es una decisión de la mera voluntad de la Administración y "*si el íter de su pensamiento es conforme con las reglas de la lógica y de la experiencia*", como lo destaca el jurista Reynaldo Bustamante en su obra "Derechos Fundamentales y Proceso Justo"<sup>2</sup>.

En primer término, debe destacarse que uno de los principios predominantes y de mayor importancia bajo el cual debe regirse todo procedimiento administrativo es el referido a la legalidad de las actuaciones de las autoridades administrativas las que, deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho. Por tanto, en virtud a este principio debe entenderse que las entidades están sujetas a todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta a los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por la ley formal, los actos administrativos de alcance general y, eventualmente, ciertos contratos administrativos. En consecuencia, el principio de legalidad va más allá de lo dispuesto en las leyes y la Constitución, siendo de aplicación incluso, para aquellos criterios pre-establecidos por la Administración para la resolución de

<sup>1</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique; La Constitución de 1993 - Análisis Comparado -; Quinta Edición, Setiembre de 1999; pág. 681.

<sup>2</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Lima, ARA Editores, 2000, página 308.

determinados casos. Por tanto, al tratarse de un principio que engloba todo el ordenamiento constitucional, las disposiciones contenidas en éste son plenamente aplicables a todo procedimiento administrativo y, por consiguiente, a fin de dilucidar la materia controversial de autos, es necesario remitirnos a las mismas.

En la presente litis, la controversia en debate está dirigida a establecer si la **Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG**, de fecha 22 de abril del 2005 que en copia certificada obra a fs. 973/997 del Tomo IV del expediente administrativo, expedida por el Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG-, contiene vicios que acarreen su nulidad e ineficacia parcial, en razón de haber resuelto en su artículo segundo – *parte resolutive* - declarando infundada la apelación interpuesta por la accionante – Luz del Sur S.A.A. – contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, del 15 de Octubre del 2004, expedido por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, mediante la cual se dispuso que los precios de energía regulados y establecidos por el OSINERG - Tarifa en Barra - para el Servicio Público de Electricidad no se aplican para los retiros en exceso; además, respecto al artículo Cuarto – *parte resolutive* - de dicha resolución, que estableció que el precio tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación a los montos contractualmente establecidos como venta, acotando que la regulación de los montos adicionales u otros conceptos está sujeto a la autonomía privada de las partes intervinientes en el mercado eléctrico; por último, con relación al artículo Cuarto – *parte resolutive*- de la misma resolución objeto de impugnación que establece que por los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado. En este contexto, como consecuencia de los extremos materia de la pretensión principal, debe también determinarse si carecen de eficacia los pronunciamientos contenidos en los artículos segundo, cuarto y quinto de la precitada resolución impugnada y de lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-2004, expedido por Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, en primera instancia administrativa, y si resulta procedente declarar que la co-demandada Electroperu no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que venda a accionante (Luz del Sur S. A. A.) para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la Tarifa en Barra.

De los actuados se infiere, que la actora Luz del Sur S.A.A. y la co-emplazada Electroperú S.A. suscribieron un "Contrato de Suministro de Energía Eléctrica con fecha 16 de Mayo de 1997, tal como se corrobora a fs. 525/539 del tomo III del expediente administrativo y a fs. 69/85 del principal, para tal efecto a la primera de las nombradas se le ha denominado en "Distribuidora" y a la segunda en "Generadora". En ese sentido, de la Cláusula Segunda – Objeto del Contrato - de dicho contrato se infiere que ambas partes pactaron que: "*la Generadora (Electroperú) se obliga a vender y a poner a disposición y entrega de la Distribuidora (Luz del Sur) la potencia contratada y la correspondiente energía contratada<sup>3</sup>; que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro de la Distribuidora. Y por su parte la Distribuidora compra y se obliga a pagar a la Generadora la potencia contratada – la utilice o no – y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega*". Asimismo, conforme a la sub-cláusula 2.4 del citado

<sup>3</sup> Según la Sub-Cláusula 2.1: "*LA GENERADORA se compromete a poner a disposición de LA DISTRIBUIDORA, a partir del 1° de noviembre de 1998, la potencia contratada de trescientos setenta y cinco MEGAWATS (370 MW), en forma desagregada por cada punto de entrega, conforme se describe en el Anexo N° 2 (fs. 86 del principal)*".

contrato, "Sólo por acuerdo de las partes, con arreglo a la sub-cláusula 18.1, se podrá ampliar o reducir la potencia contratada durante la vigencia del contrato"<sup>4</sup> (...). En la sub-cláusula 2.5 –segunda parte- se señala que: "Los valores de potencia y energía que pudieran resultar en exceso sobre los valores contratados, serán facturados por la Generadora según lo precisado en las sub-cláusulas 4.3 y 4.4" (...).

En esa misma línea, en la sub-cláusula 2.6 del citado contrato de suministro se establece que: "La Distribuidora utilizará el suministro objeto del Contrato – exclusivamente – para la atención a sus clientes a precio regulado con arreglo a Ley. (...). Ahora bien, en la Cláusula Cuarta, del contrato en referencia, respecto de la Tarifa y Precios para Excesos de Consumo, se pactó en la sub-cláusula 4.1 lo siguiente: "Los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán, con arreglo a Ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinados al servicio público. Los precios de potencia y energía activa serán equivalentes a los respectivos precios en barra fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas, referidos a los puntos de entrega establecidos en el Anexo N° 2 de acuerdo a las fórmulas tarifarias fijadas por la misma Comisión".

De otro lado, contradictoriamente, en la sub-cláusula 4.4 del mismo contrato antes citado se estipula que: "Si la energía mensual retirada por la Distribuidora, asignada a la Generadora conforme a lo estipulado en la sub-cláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por la Generadora y pagados por la Distribuidora a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COEST-SINC durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes".

Que, en este correlato, conviene destacar que el objeto del contrato suscrito entre Luz del Sur S.A.A. y Electroperú S.A. es el suministro de energía y potencia destinado al Servicio Público de Electricidad, razón por la cual al comprender una venta de energía de generador (Electroperú) a distribuidor (Luz del Sur), el precio que irroga el mismo no puede ser superior al establecido taxativamente en el artículo 45° de la Ley de Concesiones Eléctricas, denominados precios máximos de generador a distribuidor de servicio público de electricidad. En tal contexto, la tarifa en barra representa un precio máximo para los suministros regulados, por lo que debe entenderse que los excesos de energía sólo deben pagarse a costo marginal de corto plazo, tal como se encuentra estipulado en la sub-cláusula 4.4 del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica, en el supuesto caso que éste no sea mayor a la tarifa en barra que fija el OSINERG, lo que supone, caso contrario, que será la tarifa en barra el precio tope o máximo que puede cobrar el generador (Electroperú).

De otro lado, debe también puntualizarse que, ante la aparente contradicción entre las sub-cláusulas 4.1 y 4.4 del contrato sub litis, anteriormente citadas, no supone que estemos ante una supuesta inaplicación parcial del contrato o de alguna de dichas sub-cláusulas, sino que – para establecer plenamente su validez – conviene complementarlas con las demás cláusulas y las leyes vigentes, atendiendo además al verdadero sentido del acto jurídico y al principio de legalidad del que reposa, a fin de que constituya una auténtica garantía para ambas partes y establecer una equidad para su

<sup>4</sup> Conforme a la Cláusula Tercera: Vigencia: "El Contrato entra en vigencia en la fecha del Contrato y su vigencia termina el 31 de Octubre del año 2006. Sin perjuicio de lo anterior, el suministro objeto del Contrato se iniciará el 1° de noviembre de 1998".

eficacia, de tal forma que se traduzca en un acto jurídico válido. Para tal efecto, debe señalarse que la "Validez y la Eficacia" de la finalidad producirán sus efectos siempre que cumpla con construcción adecuada de las estructuras constitutivas del acto jurídico, adecuados a la ley, al derecho y la moral<sup>5</sup>. El Jurista Vidal Ramírez, al referirse al "Fin Lícito como Requisito de Validez" del acto jurídico, señala que el Código (Civil) exige que la finalidad sea lícita, esto es que el motivo determinante de la celebración del acto jurídico no sea contrario a las normas de orden público ni a las buenas costumbres a fin de que los efectos producidos puedan tener el amparo del ordenamiento jurídico<sup>6</sup>.

Que, asimismo, bajo una interpretación sistemática, el artículo 169° del Código Civil establece que, **"las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas"**. En tal razón, el jurista Torres Vásquez<sup>7</sup>, al comentar dicha norma sustantiva, sostiene que la interpretación sistemática (o contextual o independiente) parte del hecho de que el acto jurídico es un todo integral, una unidad indivisible, hallándose sus estipulaciones concatenadas las unas de las otras, cuya significación es una. La interpretación de una cláusula aislada puede dar como resultado una significación contraria a la voluntad real de las partes, lo que no sucedería si dicha cláusula es interpretada a la luz de toda la reglamentación del acto. La norma del art. 169° tiene su origen en la sexta regla de interpretación de Pothier que expresa: **"Una cláusula debe ser interpretada por las otras cláusulas contenidas en el acto, sea que éstas precedan a la sigan"**. (...). Acota además, que el acto jurídico no es una suma de estipulaciones o cláusulas, éstas no están yuxtapuestas sin ninguna interrelación, sino, como se desprende del art. 169, constituyen un todo coherente y orgánico, no son contradictorias sino interdependientes, por lo que han de interpretarse las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto. Por eso, las estipulaciones dudosas, equivocadas o ambiguas se interpretan atribuyéndoles el sentido que resulte del conjunto de todas, o lo que es lo mismo, las expresiones dudosas se interpretan por medio de los términos claros y precisos, de tal modo que el sentido atribuido corresponda al contexto general del acto. (...). Si en el acto jurídico existieran estipulaciones contradictorias, mediante una interpretación habrá que armonizarlas, si ello no fuera posible y la cláusula contradictoria es accesorio o separable habrá que sacrificarla para mantener la vigencia del acto jurídico (principio de la conservación).

En ese orden, debe precisarse que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844<sup>8</sup>, **"constituye Servicio Público de Electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establezca el Reglamento. (...). El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública"**. Acorde con lo antes expuesto, el artículo 8° de la precitada Ley establece que **"la Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que**

<sup>5</sup> Artículo: El Control de los Actos Finales del Acto Jurídico; Autor: BENITO VILLANUEVA HARO; [http://www.wikilearning.com/eficacia\\_ineficacia\\_e\\_invalidez-wkccp-2226-3.htm](http://www.wikilearning.com/eficacia_ineficacia_e_invalidez-wkccp-2226-3.htm).

<sup>6</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando; "El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano"; Cultural Cuzco S.A. Editores; Lima - Perú - 1989; pág. 112.

<sup>7</sup> TORRES VÁSQUEZ, Anibal; Código Civil; Comentarios y Jurisprudencia; Sexta Edición - Septiembre - 2002; pág. 172.

<sup>8</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 19 de Noviembre de 1992. Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 27239, publicada el 22-12-99.



*puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley. (...) Asimismo, los incisos c) y d) del artículo 43º del acotado dispositivo legal preceptúan que: “estarán sujetos a regulación de precios, las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad, y las ventas a usuarios de Servicio Público de Electricidad”. (...) Igualmente, el artículo 45º del mismo cuerpo legal prescribe que: “las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servido Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra”.*

Que, bajo dicho marco legal, conviene precisar que toda venta del generador al distribuidor tiene en la Ley un único y un mismo precio (Tarifa en Barra), máxime si de acuerdo con el inciso c) del artículo 31º de la citada Ley de Concesiones Eléctricas, “los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a aplicar los precios regulados que se fijen de conformidad con las disposiciones de la presente Ley”. (...) Consecuentemente, el cobro del “exceso de consumo en el consumo de energía” y por encima del precio en barra, contraviene los dispositivos de la Ley de Concesiones Eléctricas y el verdadero sentido de las cláusulas del contrato suscrito por ambas partes, por lo que el precio de venta de energía no puede exceder la **Tarifa en Barra**, al amparo de lo expresamente establecido en el artículo 45º de la Ley de Concesiones Eléctricas, en razón de que dicha venta de energía eléctrica se encuentra destinada a la prestación del Servicio Público de Electricidad y atendiendo a que constituye una actividad de derecho público, máxime si de conformidad con el artículo 1º del Decreto Supremo N° 035-95-EM<sup>9</sup>, ha establecido que la facultad conferida al Consejo Directivo de la Comisión de Tarifas Eléctricas (absorbida por OSINERG), para la regulación tarifaria, por el inciso h) del artículo 22º del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas<sup>10</sup>, aprobado por Decreto Supremo N°009-93-EM, comprende la consideración de los costos y sobrecostos asociados a la prestación del Servicio Público de Electricidad en que incurran o puedan incurrir los suministradores de energía eléctrica, como consecuencia de los requerimientos reales de potencia y energía de sus usuarios, así como, el establecimiento de las condiciones generales de contratación y recargos de acuerdo a la naturaleza de la materia eléctrica que regula”. Por tanto, se reconoce que los excesos de consumo de una empresa Distribuidora, como es el caso de Luz del Sur (accionante), se originan en los requerimientos de los usuarios de energía eléctrica, por lo que la función reguladora del OSINERG, con relación a las tarifas, alcanza también a los sobrecostos, recargos y penalidades por excesos de consumo. Por tales fundamentos, se concluye que al haberse expedido la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, en los extremos materia de impugnación, se ha incurrido en causal de nulidad, prevista en el artículo 10º de la Ley N° 27444, razón por la cual la demanda incoada en autos debe declararse fundada en todos sus extremos.

<sup>9</sup> Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 10 de Noviembre de 1995; por la que se precisa la facultad conferida al Consejo Directivo de la Comisión de Tarifas Eléctricas (ahora OSINERG) para la regulación tarifaria

<sup>10</sup> Dispositivo que señala que: Adicionalmente a las funciones señaladas en el Artículo 15º de la Ley, el Consejo Directivo deberá: h) Emitir las directivas complementarias para la aplicación tarifaria.

**5.- CONCLUSION FISCAL:**

Por los fundamentos anteriormente expuestos y de conformidad con el inciso 6) del artículo 159° de la Constitución Política del Estado, concordante con el Decreto Legislativo 052 – Ley Orgánica del Ministerio Público -, esta Fiscalía Superior es de **OPINION** se declare **FUNDADA** la demanda interpuesta por **LUZ DEL SUR S.A.** contra el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA – OSINERG** y contra **ELECTROPERU S.A.**

**OTROSÍ DIGO:** El suscrito de avoca al conocimiento de la presente causa en virtud de la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1668-2005-MP-FN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de agosto del 2005.

**OTROSÍ DIGO:** Expedida que sea la sentencia, solicito se sirva notificarme con copia de la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 14°, último párrafo, de la Ley N° 27584.

**OTROSÍ DIGO:** Se remite el Expediente Principal en fs. 635; Expediente Administrativo en IV Tomos, de fs. 01 al 251; fs. 252 al 502; fs. 253 al 753; fs. 754 al 1006, respectivamente.

Lima, 13 de Septiembre del 2006

JVZB/caj.-



*[Handwritten Signature]*  
VICTOR ZELADA BAF  
Fiscal Superior (T) de la Séptima  
Fiscalía Superior Especializada  
en lo Civil de Lima

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA TRANSITORIA ESPECIALIZADA EN LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

IMPORTANTE

Resolución 10 inunciao  
Corte Superior  
→ inunciao

**Expediente** : N° 1179-05  
**Demandante** : Luz del Sur S.A.A.  
**Demandado** : OSINERG y ELECTROPERU S.A.  
**Materia** : Nulidad de Resolución Administrativa

**Resolución número veintisiete**

Lima, veintiocho de noviembre  
del dos mil seis.-

**VISTOS;** con el expediente administrativo que se acompaña; con lo expuesto en el Dictamen Fiscal de folios seiscientos treintiséis a seiscientos cuarentitrés; interviniendo como Vocal Ponente la señora Serpa Vergara; resulta de autos, que por escrito de fojas doscientos setenticinco a trescientos cuatro, Luz del Sur S.A.A., debidamente representada por su asesor legal Enrique Tabja Awapara, interpone demanda contencioso administrativa contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG y ELECTROPERU S.A., señalando como **Primera Pretensión Principal:** se declare la invalidez parcial y consiguiente nulidad parcial de la Resolución número 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, de fecha veintidós de abril del dos mil cinco, debiendo declararse la nulidad en los siguientes extremos: i) El artículo segundo de la Resolución que declara infundada su apelación presentada contra la Resolución número 008-2004-OS/CC-20 del cuerpo Colegiado Ad-Hoc de OSINERG que dispuso que los precios de energía regulados establecidos por el OSINERG (tarifa en barra) para el servicio público de electricidad no se aplica para los retiros en exceso; ii) El artículo cuarto de la Resolución que establece que el precio tope constituido por la tarifa de barra resulta de aplicación únicamente a los montos contractualmente establecidos como venta y que la regulación de los montos adicionales a otros conceptos están sujetos a la autonomía de las partes intervinientes en el mercado eléctrico; iii) El artículo quinto de la resolución que establece que por los retiros de energía en exceso de la

energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado, pese a que el aspecto impugnado pertenece al derecho público y se puede pactar que se encuentra expresamente permitido por ley; como **Pretensión Accesorio**: solicita que se declare la ineficacia de los pronunciamientos contenidos en los artículos segundo y tercero de la resolución impugnada; y como **Segunda Pretensión Principal**: que se declare que ELECTROPERU no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que vende a Luz del Sur S.A.A. para atender el servicio público de electricidad que exceda la tarifa de barra; mediante resolución número uno de folios trescientos cinco a trescientos seis, se admitió la demanda; mediante escrito de folios cuatrocientos cuarentinueve a cuatrocientos sesentinueve, OSINERG, representado por su apoderado Arturo Aza Riva, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que se declare infundada; mediante escrito de folios quinientos dos a quinientos treintinueve, ELECTROPERU S.A., representada por su apoderado Juan Humberto Peña Acevedo, contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que se declare infundada; mediante resolución número quince, de fojas quinientos noventa y dos a quinientos noventa y ocho, se declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa deducida por ELECTROPERU S.A. y se declaró saneado el proceso, se fijó los puntos controvertidos, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes y no habiendo medios probatorios susceptibles de actuación se prescindió de la Audiencia de Pruebas, disponiéndose el Juzgamiento Anticipado; mediante resolución número dieciséis de fojas seiscientos diez del expediente principal se concedió el recurso de apelación contra la resolución número quince, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida; obra de folios seiscientos treinta y seis a seiscientos cuarentitres el dictamen del Fiscal Superior, opinando que se declare fundada la demanda; tramitada la causa de acuerdo a su naturaleza, su estado es el de emitir sentencia que ponga fin a la instancia; y **CONSIDERANDO: PRIMERO**: Que, el control jurisdiccional de las entidades administrativas del Estado es una garantía fundamental en un Estado de Derecho, porque *“exigir a la Administración que dé cuenta de sus actos, que explique con claridad las razones que la mueven a elegir una solución en lugar de otra u otras y confrontar con la realidad la consistencia de estas razones es algo que no solo interesa al justiciable, sino que importa decisivamente a la comunidad*

entera"<sup>1</sup>, así, en nuestro ordenamiento jurídico a través del Proceso Contencioso Administrativo se garantiza a los particulares el acceso a una Tutela Jurisdiccional Efectiva, la misma que no se reduce a realizar una revisión de la validez formal del acto administrativo, sino que brinda una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los administrados que podrían haberse lesionado o que se hayan amenazados por la actuación administrativa inconstitucional o ilegal; **SEGUNDO:** Que, conforme se ha establecido mediante resolución número quince de fecha tres de abril del dos mil seis, que obra de folios quinientos noventa y dos a quinientos noventa y ocho, parte pertinente, los puntos controvertidos son determinar: **i)** si se configura la nulidad parcial de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, en sus artículos segundo, cuarto y quinto; **ii)** si procede declarar que carecen de eficacia los pronunciamientos contenidos en los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución impugnada y lo dispuesto en los artículos dos y tres de la Resolución N° 008-2004-OS/CC20 del cuerpo colegiado de OSINERG; y **iii)** si es procedente declarar que ELECTROPERU no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que venda a Luz del Sur S.A.A. para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la Tarifa en Barra; **TERCERO:** Que, el recurrente expone como fundamentos de su demanda que: **a)** El Tribunal del OSINERG, al considerar que los precios de los excesos de energía vendidos por un generador a un distribuidor con destino al servicio público de electricidad puede pactarse libremente por las partes, contraviene la ley que no autoriza el cobro de penalidades por exceso de consumo de energía y más bien dispone que el precio de la energía destinada a los usuarios de servicio público de electricidad no exceda la tarifa regulada por OSINERG (tarifa en barra); **b)** Las personas jurídicas privadas que prestan servicio público como es el caso de ELECTROPERU y Luz del Sur S.A.A., tienen el carácter de entidades de la administración pública conforme el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la Ley número 27444, por lo que tienen restringidos su capacidad de contratación y de contratar sólo a los supuestos establecidos por la ley; **c)** Las tarifas en barra son los precios regulados por OSINERG que los distribuidores deben pagar a los generadores de electricidad cuando sus destinatarios finales son los usuarios del servicio público de electricidad, lo cual está expresamente señalado en el artículo 46 de la Ley de Concesiones

<sup>1</sup> Tomás - Ramón Fernández; "Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional", Primera Edición, Editorial Palestra Editores S.A.C.; Lima - Perú; marzo 2006; página 361

Eléctricas; d) La resolución número 15-95-P/CTE, modificada por la resolución número 22-95-P/CTE, aprobó las condiciones de aplicación de las tarifas en barra para las ventas de generador a distribuidor destinado al servicio público de electricidad incluidos los cargos y penalidades por encima de la tarifa de barra en caso de exceso a la potencia contratada y a la energía reactiva, no admitiendo penalidad alguna para el caso de consumo en exceso de la energía activa, sin embargo el Tribunal de OSINERG, contraviniendo el principio de legalidad, ha resuelto que corresponde a la autonomía de las partes, sin restricción alguna, pactar las penalidades por exceso de consumo; e) finalmente, refiere que la sub-cláusula cuatro punto cuatro del contrato de suministro debe ser interpretada en el sentido que los excesos de energía deben pagarse a costo marginal de corto plazo, siempre y cuando éste no sea mayor a la tarifa en barra fijada por el OSINERG, en caso contrario será la tarifa en barra el precio tope que puede cobrar el generador, siendo dicha interpretación acorde con el Principio de Conservación de los actos jurídicos;

**CUARTO:** Que, conforme se puede ver de los actuados administrativos, Luz del Sur S.A.A., al ser notificada por ELECTROPERU S.A. con el Informe Técnico Comercial y la Factura Comercial correspondiente al exceso de energía activa del mes de junio del dos mil cuatro, que obran de fojas veintiuno a veintidós, en la que se detalla que el precio facturado ha tomado en cuenta los correspondientes costos marginales de corto plazo determinado por el COES y publicados el día ocho de julio del dos mil cuatro en su página de Internet, inicia un proceso de reclamación ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG, solicitando que determine que el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía en el caso de ventas destinadas al servicio público de electricidad, no puede exceder la tarifa en barra aprobada por OSINERG;

**QUINTO:** Que, el veinticinco de octubre del dos mil cuatro, el cuerpo colegiado Ad- Hoc de OSINERG emite la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, de fojas treintiséis a cuarentisiete, en la que declara infundadas las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral presentadas por ELECTROPERÚ e infundada la reclamación presentada por la empresa Luz del Sur S.A.A. y establece que a los retiros de energía en exceso, destinados al servicio público de electricidad, no les resulta de aplicación como tope los precios regulados, sino lo estipulado en el contrato suscrito entre las partes, interponiendo apelación contra dicha resolución tanto Luz del Sur S.A.A como ELECTROPERÚ; con fecha veintidós de abril del

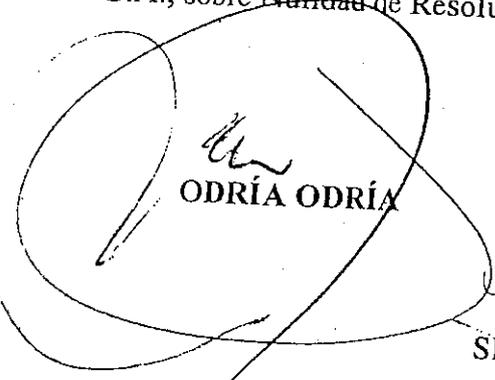
dos mil cinco el Tribunal de Resoluciones de Controversias de OSINERG, mediante Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, que obra de fojas novecientos noventitres a novecientos noventa y siete del expediente administrativo, declara infundada la reclamación y establece que el precio tope constituido por la tarifa en barra no resulta aplicable para los retiros de energía en exceso de la contratada, en la que se debe estar a lo estipulado contractualmente; **SEXTO:** Que, debe precisarse que el conflicto que es materia de autos, surge a raíz del contrato suscrito con fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y siete entre ELECTROPERÚ y Luz del Sur S.A.A. sobre suministro de energía eléctrica, en adelante "contrato de suministro", el mismo que obra de fojas sesenta y nueve a ochenta y nueve, habiéndose establecido el objeto del contrato en la segunda cláusula, señalando expresamente: "*La Generadora vende y se obliga a poner a disposición y entregar a la distribuidora la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro de la Generadora y del derecho de suministro de la distribuidora y por su parte la distribuidora compra y se obliga a pagar a la generadora la potencia contratada – la utilice o no – y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega*"; en ese entonces, la potencia contratada fue de trescientos setenta megavatios, la misma que fue ampliada a cuatrocientos veinte megavatios, mediante la tercera cláusula de la primera adenda del doce de diciembre del dos mil, que obra a fojas noventa y noventa y uno; **SEPTIMO:** Que, en el mismo contrato se estableció en la cláusula cuarta la tarifa y precios para excesos de consumo, señalándose en el punto 4.1. que: "*Los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán con arreglo a Ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio público...*", y en el punto 4.4 que: "*Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA, asignada a LA GENERADORA, conforme a lo estipulado en la subcláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por LA GENERADORA y pagados por LA DISTRIBUIDORA a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinado determinado por el COES-SICN durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes*" [el subrayado es nuestro]; **OCTAVO:** Que, si bien es cierto, que el aludido contrato fue suscrito bajo los alcances de la Ley de

Concesiones Eléctricas – Decreto Ley número 25844, sin embargo también ya se encontraba vigente la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, que en su artículo 62° consagra el derecho a la libertad contractual, en virtud del cual las partes que celebran un contrato, cualquiera sea su modalidad o forma, pueden establecer las cláusulas que crean convenientes para la satisfacción de sus intereses, siempre y cuando no contravengan disposiciones legales ni sean contrarios a las buenas costumbres (así por ejemplo, no se podría pactar un contrato de mutuo con una cláusula en la que se señale un interés superior a la permitida por ley), y si bien es cierto la libertad contractual como todo derecho tiene límites y restricciones, los mismos están claramente determinados en las leyes respectivas, tal es el caso de los servicios públicos, por considerarse esenciales para los ciudadanos, que requiere una prestación asequible y alcanzando umbrales mínimos de calidad; **NOVENO:** Que, por otro lado, la Ley de Concesiones Eléctricas, en su artículo 8, señala que: “La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran...”, es decir, si bien es cierto el Estado, en cumplimiento de sus funciones, establece el marco jurídico y fija las reglas del mercado para los operadores privados, no menos verdad es que de la norma glosada se desprende que existen dos regímenes de precios para los suministros eléctricos: 1) Uno de **libertad de precios** para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia; y 2) Otro de **precios regulados**, en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran; a su vez el artículo 43, establece los supuestos en que los precios estarán sujetos a regulación, siendo uno de ellos el contemplado en el literal “c” que señala: “La venta de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al servicio público de electricidad...”, a ello debe agregarse lo establecido en el artículo 45, en el sentido que: “Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a tarifa en barra”, es decir que la restricción de la libertad contractual se da únicamente con respecto al precio que se debe pactar cuando la empresa generadora de energía eléctrica suministra a la empresa distribuidora electricidad destinada al servicio público, pues existe una norma imperativa que dispone que el precio que se debe pactar por dicho suministro deberá ser a tarifa en barra y precisamente por tratarse de una restricción a la libertad contractual no se puede extender su ámbito más allá de lo que la norma

claramente estipula, esto es, más allá de los supuestos de los precios de venta que se estipulan en los contratos de suministros; **DÉCIMO:** Que, además en el caso de autos no existe discrepancia en cuanto al precio de venta por la cantidad de electricidad contratada (420MW) para el servicio público, por cuanto ambas partes consideran que al respecto se ha cumplido estrictamente con las disposiciones legales pertinentes; sin embargo, con respecto al consumo en exceso, que por su misma denominación significa la utilización de una energía no pactada, las reglas a aplicar no pueden ser las determinadas para la electricidad contratada, ya que si esa hubiera sido la intención de los contratantes, entonces no habría sido necesario señalar un máximo de retiro de energía; **UNDÉCIMO:** Que, además, debe puntualizarse que al no haber sido previsto por la Ley de Concesiones Eléctricas ni por su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo número 009-93-EM, el supuesto del consumo de mayor energía a la pactada por la empresa distribuidora, se presenta lo que en doctrina se conoce como una "laguna del derecho", frente a lo cual existen dos alternativas: 1) Que los titulares del derecho o la situación jurídica no prevista por el ordenamiento jurídico cubran esta laguna, como por ejemplo, a través de una cláusula contractual; o 2) Que, las partes no se hubieran percatado al momento de suscribir el contrato, por lo que una vez surgido el problema, recurran al órgano jurisdiccional, quien deberá solucionar el conflicto de intereses, debiendo subsanar dicha deficiencia normativa a través de un procedimiento de integración; **DUODÉCIMO:** Que, en el caso de autos, los contratantes optaron por la primera alternativa, de prever esa situación considerándolo expresamente en la cláusula 4.4 del contrato; pues pretender interpretar que dicho precio establecido debe tener como límite las tarifas en barra reguladas por OSINERG, sería dejar sin contenido la libertad contractual de las partes manifestada al momento de celebrar el contrato, ya que de ser así, de nada serviría pactar en el contrato de suministro la potencia y energía que ELECTROPERÚ debe entregar a Luz del sur S.A.A., ya que en la práctica quedaría en la arbitrariedad de la empresa Luz del Sur S.A.A. determinar cuánta energía consumir, al no haber ninguna diferencia entre el precio por consumo de energía pactada y la energía consumida en exceso, vaciando con ello el contenido de la libertad contractual, lo cual podría devenir en un ejercicio abusivo del derecho por parte de la empresa distribuidora, que no tendría límites en cuanto a la cantidad de energía consumida, más aún considerando que en virtud a lo establecido en la cláusula 4.4 del contrato de suministro, como lo ha sostenido la empresa generadora

y no ha sido contradicho por la demandante, se dio oportunidades en que por el exceso de consumo se cobró montos menores a lo que corresponde a la "tarifa en barras", por consiguiente no resulta coherente y sería contrario a los fines del contrato de suministro, que sólo se cobre con una tarifa distinta a la "tarifa en barra" cuando el monto sea menor a este y no cuando sea mayor, pues conforme a dicho razonamiento le sería rentable a las empresas distribuidoras pactar contratos por un consumo mínimo, ya que al consumir energía mayores a las pactadas se vería siempre beneficiada con un precio menor; **DÉCIMO TERCERO:** Que, respecto al argumento de la parte demandante, en el sentido que en los contratos de suministro eléctrico no es posible pactar recargos, penalidades y precios distintos o que excedan los máximos permitidos por la Ley de Concesiones Eléctricas, su reglamento y las condiciones de aplicación, en primer lugar debe señalarse que al pactarse un precio distinto al precio de venta de energía eléctrica cuando se dé un consumo por encima de lo pactado no constituye una penalidad; asimismo, como ya se ha señalado, al establecer en el contrato un precio distinto para la energía eléctrica consumida en exceso, lo que se está haciendo es cubrir un vacío normativo, por lo que no se puede hablar de contravención de una norma cuando esta norma no existe; **DÉCIMO CUARTO:** Que, a mayor abundamiento, en lo que concierne a la existencia de normas posteriores, si bien es cierto estas no son aplicables al caso de autos, no menos verdad es que corroboran la tesis de que sí es posible que se establezcan precios por acuerdo de partes, tal es así como el Decreto de Urgencia número 007-2004 (referido a los supuestos de retiro de potencia y energía de las empresas distribuidoras que no contaban con contrato de suministro, en la que se disponía que las empresas generadoras facturaran a las empresas distribuidoras los retiros a los precios de barra fijado por OSINERG), en el último párrafo de su artículo primero, establece que: "*La presente norma no será de aplicación a aquellos retiros efectuados al amparo de contratos cuya vigencia sea materia de controversia judicial o extrajudicial*", por lo que realizando una interpretación teleológica cabe aseverar que dicho Decreto de Urgencia reconoce que en muchos casos el vacío normativo había sido cubierto por cláusulas contractuales en estricto respeto a la libertad contractual consagrada en nuestra Constitución Política; **DÉCIMO QUINTO:** Que, finalmente debe señalarse que si bien es cierto tanto ELECTROPERU como Luz del Sur S.A.A., tienen el carácter de entidades de la administración pública conforme al numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de

la Ley número 27444, dicha norma fue establecida con la finalidad de que dichas personas jurídicas deben regirse por las normas del procedimiento administrativo para las actuaciones que realicen como parte de la administración pública, pero ello no puede ser extendido a situaciones en la que actúan como cualquier persona jurídica de derecho privado como es en el caso de la suscripción del contrato de suministro de electricidad, por consiguiente su libertad contractual no puede verse restringida más allá de los límites explícitamente contemplados como tales en la normativa de la materia, precisados en el Considerando Noveno de la presente sentencia; **DÉCIMO SEXTO:** Que, por las consideraciones expuestas, se puede concluir que el Tribunal de Soluciones de Controversias del OSINERG, al momento de emitir la resolución impugnada en cuanto a los extremos impugnados a través de la demanda, no ha contravenido disposición de orden constitucional o legal, por lo tanto no ha incurrido en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley número 27444; por estos fundamentos, impartiendo justicia a nombre de la Nación: **DECLARARON INFUNDADA** la demanda en todas y cada una de las pretensiones que contiene. En los seguidos por LUZ DEL SUR S.A.A. con el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG y ELECTROPERU S.A., sobre Nulidad de Resolución Administrativa.-

  
ODRÍA ODRÍA

  
BARREDA MAZUELOS

  
SERPA VERGARA

PODER JUDICIAL

SHIRLEY ALCOCER GALLO  
SECRETARIA

Primera Sala de Instancia Especializada  
en lo Contencioso Administrativo  
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

10 ENE. 2007

11 ENE. 2007



Ministerio Público  
Fiscalía Suprema en lo Civil

Exp. N° 2775-07  
Sala Civil Permanente  
Corte Suprema  
Impugnación de Resolución  
Administrativa  
LIMA

MESA DE PARTES UNICAS  
DE LAS SALAS CIVILES  
CORTE SUPREMA  
28 SEP 2007  
RECIBIDO

Dictamen N° 923-2007-MP-FN-FSC

SEÑOR PRESIDENTE:

**Luz del Sur SAA** interpone a fs. 729 Recurso de Apelación contra la resolución de fs. 715, expedida por la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 28 de noviembre del 2006, que declara Infundada la demanda sobre **Impugnación de Resolución Administrativa**, que se sigue con **OSINERG** y otro.

La recurrente alega que no existe laguna del derecho para la regulación de los excesos, según lo dispuesto en los artículos 43° y 45° de la Ley N° 25844 – Ley de Concesiones Eléctricas - (en adelante LCE), de cuyo alcance se deriva que la venta de electricidad no podrá forzosamente exceder la tarifa de barra cuando este destinada al Servicio Público de Electricidad, en la medida que los excesos de consumo involucran un traspaso de energía. Agrega, que las normas contenidas en la LCE son normas imperativas y, por tanto no puede pactarse en su contra, de conformidad con las normas del Código Civil. Añade, que para el caso de retiros en exceso, ELECTROPERÚ no se comprometía a abastecerlos como parte del contrato, sino que tenía la total libertad para limitarlos, restringirlos o incluso resolver el mencionado contrato de suministro, de esta manera se evita cualquier arbitrariedad de su parte. Sostiene finalmente, que es incorrecto lo afirmado por la Sala, porque los distribuidores no están en capacidad de contratar sólo una pequeña parte de potencia y energía para aprovechar un menor precio en los excesos, de acuerdo al Inc. b) del artículo 34° de la LCE.

La materia controvertible en el presente caso, se dirige a determinar si procede declarar judicialmente la invalidez parcial y consiguiente Nulidad parcial de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, de fecha 22 de abril del 2005; debiéndose declarar Nulidad en los siguientes extremos: **a.-** El artículo segundo de la Resolución que declara Infundada la apelación presentada, contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, que dispuso que los precios de energía regulados, establecidos por el OSINERG, para el servicio público de electricidad, no se aplica para los retiros en exceso; **b.-** El artículo cuarto de la resolución que establece que el precio tope constituido por la tarifa de barra resulta de aplicación únicamente para los montos contractualmente establecidos como venta y que la regulación de los montos adicionales a otros

..//

Dra. ZORADA AVALOS RIVERA  
 Fiscal Superior Titular  
 Encargada de la Fiscalía  
 Suprema en lo Civil



*Ministerio Público*  
*Corte Suprema en lo Civil*

2.

conceptos están sujetos a la autonomía de las partes intervinientes en el mercado eléctrico; c.- El artículo quinto de la resolución que establece que los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado, pese a que el aspecto impugnado pertenece al derecho público.

Resulta del sub-materia que el contrato de suministro, entre la recurrente y ELECTROPERÚ, sobre suministro de electricidad, obrante a fs. 69, establece que la Generadora vende y se obliga a poner a disposición y entregar a la Distribuidora la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen límites máximos de la obligación de suministro de la Generadora y del derecho de suministro de la Distribuidora y por su parte la Distribuidora compra y se obliga a pagar a la Generadora la potencia contratada -la utilice o no- y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega. Siendo la potencia contratada de 370 MV, la misma que fuera ampliada a 420 MV, en virtud de la tercera cláusula de addenda, que obra a fs. 90. En cuanto a los excesos por consumo de energía, se pactó en el cláusula 4.1, que los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán con arreglo a Ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio público y, en caso de que la energía mensual retirada por la Distribuidora, asignada a la Generadora, conforme a lo estipulado en el subcláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por la Generadora y pagados por la Distribuidora a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinado por el COES-SICN, durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes. De las cláusulas contractuales mencionadas, se colige dos situaciones: A) Que, las ventas sujetas al marco de la potencia contratada, se ciñen a las normas del Servicio Público de Electricidad, se efectúa entonces a tarifa en barra; y, B) Cuando se excede de la potencia contratada, dicho pago se realizará conforme a los costos marginales de corto plazo. En todo caso, lo que se discute en la presente litis, importa establecer si el pago del consumo de energía en exceso podía regularse conforme a las reglas de la libre contratación, o en su defecto las normas de Derecho público.

Ahora bien, el artículo 8° del Decreto Ley N° 25844<sup>1</sup>, (LCE) establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y, un sistema de precios regulados en aquellos

...//

<sup>1</sup> . Artículo modificado por la Ley N° 27239 del 22 de diciembre de 1999.



Ministerio Público  
Fiscalía Suprema en lo Civil

3.

suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la Ley. El Estado, en el marco de una Economía Social de Mercado, sólo debe intervenir para regular aquellos servicios de naturaleza pública, a fin de cautelar los legítimos derechos de los usuarios, pero en esa misma línea de actuación, puede dejar al arbitrio de los agentes del mercado, la regulación de situaciones que se enmarcan en la libre competencia, tal como acontece en el caso de las generadoras de energía eléctrica, siempre y cuando no contravengan normas de orden público y persigan fines lícitos; por lo que debe reconocerse un ámbito de autonomía privada en el ámbito de los contratos de suministro de energía eléctrica. El artículo 43° de la LCE, dispone que se encuentran sujetas a regulación de precios, las ventas de energía eléctrica de un Generador a un Distribuidor, destinadas a prestar un servicio público de electricidad<sup>2</sup>; por su parte el artículo 45° de la Ley citada, prevé que las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinadas al servicio público de electricidad, se efectuarán a tarifas de barra. Al respecto argumenta la recurrente, que el exceso de consumo de energía es una venta, por lo que no podrá exceder la tarifa en barra, cuando esta destinada al servicio público de electricidad. Tal como se desprende del contrato de suministro de energía eléctrica suscrito por las partes, las potencia contratada era de 420 MV, por lo que cualquier consumo superior al pactado, no se encuentra cubierto por el elemento "consensual", que caracteriza a cualquier contrato de compraventa, de conformidad con el artículo 1529° del Código Civil; de tal forma, que el pago de dicho consumo habría de sujetarse a las cláusulas contractuales convenidas por las partes. Máxime, si la misma recurrente reconoce, que en caso de los retiros en exceso, ELECTROPERÚ no se comprometía a abastecerlos como parte del contrato, sino que tenía la total libertad para limitarlos, restringirlos o incluso resolver el mencionado contrato de suministro, por lo que la situación anotada generaba consecuencias jurídicas inevitables. Resulta, entonces, a todas luces contradictorio, que se pretenda sostener que los consumos en exceso, se encontraban permitidos en el contrato en cuestión.

En este orden de ideas, no puede dejarse al libre arbitrio de las Distribuidoras el retiro de la energía eléctrica, pues podría ahuyentarse la inversión en el mercado de la generación eléctrica, al convalidarse posiciones contractuales per se ventajosas para una sola de las partes, en evidente desmedro de las autonomía de la voluntad, que debe regir en todo espacio del ámbito contractual; de no ser así, se estaría concediendo un corsé para que las concesionarias de distribución puedan retirar más energía de la pactada con ..//

<sup>2</sup> . Habiéndose establecido en el inc. a) del artículo 43°, que la regulación de precios no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supera la potencia y energía firme del comprador.



Ministerio Público  
Fiscalía Suprema en lo Civil

4.

los Generadoras, lo cual resulta incompatible con la máxima de seguridad jurídica, que debe garantizarse en un Estado de Derecho. Siendo así, la resolución administrativa objeto de impugnación judicial, no adolece de vicio alguno que acarree su Nulidad.

En consecuencia, esta Fiscalía Suprema es de la opinión que se **CONFIRME** la apelada por encontrarse arreglada a Ley.

**OTROSI DIGO:** La suscrita se avoca al conocimiento de la presente conforme a lo dispuesto por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1076-2007-MP-FN, su fecha 14 de Setiembre del año en curso.

Lima, 24 de setiembre de 2007

Dra. ZORAIDA AVALOS RIVERA  
Fiscal Superior Titular  
Encargada de la Fiscalía  
Suprema en lo Civil

ZAR/apcf/itc.

SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA.

Lima, nueve de abril del dos mil ocho.

**VISTOS;** con los cuadernos acompañados; y **CONSIDERANDO:**  
además:

PRIMERO.- Que, viene en grado de apelación la resolución número veintisiete, obrante a fojas setecientos quince, su fecha veintiocho de noviembre del dos mil seis, que declara infundada la demanda en todas y cada una de las pretensiones que contiene, interpuesta por la empresa Luz del Sur Sociedad Anónima Abierta.

SEGUNDO.- Que, viene también en apelación la resolución número quince, corriente a fojas quinientos noventidos, en el extremo que declara infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa deducida por la demandada ELECTROPERÚ.

TERCERO.- Que, en la propia resolución número quince de fecha tres de abril del dos mil seis, se declaró el saneamiento del proceso, se fijaron los puntos controvertidos, los mismos que aparecen del auto de fojas quinientos noventidos a quinientos noventa y ocho, se admitieron los medios probatorios de la partes y se dispuso el juzgamiento anticipado del proceso, quedando la causa expedita para el dictamen fiscal, el cual fue emitido a fojas seiscientos treinta y seis.

CUARTO.- Que, con respecto a la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa que viene en apelación en calidad de diferida, se debe señalar que el artículo 18 de la Ley 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa, conforme a las reglas establecidas en la Ley 27444 o por normas especiales; estableciendo el artículo 19 de la

## SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

propia Ley 27584, los casos en que no es exigible el agotamiento de la vía administrativa.

QUINTO.- Que, del cuaderno administrativo que se tiene a la vista se encuentra acreditado que el precio de ventas de excesos de energía fue materia de los petitorios administrativos de la empresa demandante; habiéndose pronunciado OSINERG sobre cual es el precio legal por ventas destinadas al servicio público; razón por la cual, existiendo coincidencia entre los petitorios administrativos y judiciales, debe rechazarse la excepción propuesta y confirmarse lo resuelto por la Sala Superior.

SEXTO.- Que, con respecto al fondo del asunto, el artículo 1° de la Ley 27584 dispone que la acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Perú, tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

SÉTIMO.- Que, el artículo 2 de la misma Ley 27584 dispone que el proceso contencioso administrativo se rige por los principios que se enumeran en dicho artículo y por los del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos en que sea compatible.

OCTAVO.- Que, uno de los principios en que se sustenta el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo, es el principio de legalidad, el que determina que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas.

## SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

NOVENO.- Que, del proceso administrativo acompañado aparece que la empresa demandante y Electroperú suscribieron un contrato de suministro de energía eléctrica con fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y siete, conforme es de verse a fojas quinientos veinticinco; habiendo pactado ambas partes en la cláusula Segunda "Objeto del Contrato", que la Generadora (Electroperú) se obliga a vender y poner a disposición y entrega de la Distribuidora (Luz del Sur) la potencia contratada y la correspondiente energía, los que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro de la distribuidora.

DÉCIMO.- Que, de otro lado, la distribuidora compra y se obliga a pagar a la generadora la potencia contratada, la utilice o no, y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega.

DÉCIMO PRIMERO.- Que, en la sub-cláusula 2.4 del referido contrato se determina que sólo por acuerdo de las partes, con arreglo a la sub-cláusula 18.1 se podrá ampliar o reducir la potencia contratada durante la vigencia del contrato; y en la segunda parte de la sub-cláusula 2.5 se señala también que los valores de potencia y energía que pudieran resultar en exceso sobre los valores contratados, serán facturados por la generadora según lo precisado en las sub-cláusulas 4.3 y 4.4.

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, en la Cláusula Cuarta del contrato en mención, se pactó en la sub-cláusula 4.1 que los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán, con arreglo a ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Especiales para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio público.

DÉCIMO TERCERO.- Que, a pesar de ello, en la sub-cláusula 4.4 del mismo contrato se estipula que: si la energía mensual retirada por la distribuidora, asignada a la generadora conforme a lo

## SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

estipulado en la sub-cláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por la generadora y pagados por la distribuidora a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COEST-SINC durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes.

**DÉCIMO CUARTO.**- Que, siendo esto así, se puede afirmar que se está ante un contrato de venta o transferencia de energía eléctrica, de generador a distribuidor, para el suministro por éste último al consumidor final, al precio o tarifa administrativamente fijada; consistiendo esencialmente un "*servicio público de electricidad*", tal como lo define el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas.-

**DÉCIMO QUINTO.**- Que, el artículo 2 del Decreto Ley 25844 "Ley de Concesiones Eléctricas" establece que "constituye Servicio Público de Electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establezca el Reglamento"; y de acuerdo a ello, el artículo 8 de la propia ley determina que "la ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precio regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la misma ley".

**DÉCIMO SEXTO.**- Que, en lo que se refiere a la aparente contradicción existente entre las sub-cláusulas 4.1 y 4.4 del contrato sub-materia, debemos referir que resulta de aplicación lo señalado por el artículo 169 del Código Civil, el mismo que establece que las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del

## SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

conjunto de ellas; debiendo pues, los contratos, ser interpretados de acuerdo a su conjunto.

DÉCIMO SÉTIMO.- Que, conviene precisar también que de lo anteriormente expuesto, se puede colegir que toda venta del generador al distribuidor tiene en la ley un único y un mismo precio (denominado tarifa en barra), con mayor razón si el inciso c) del artículo 31 de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que "las concesionarias de generación, transmisión y distribución están obligados a aplicar los precios regulados que se fijen de conformidad con las disposiciones de dicha ley"; por lo que, el cobro del exceso de consumo en el consumo energía y por encima del precio barra, contraviene los dispositivos de la Ley de Concesiones Eléctricas y el verdadero sentido de las cláusulas del contrato suscrito por las partes, por lo que el precio de venta de energía no puede exceder la tarifa de barra, al amparo de lo expresamente fijado por el artículo 45 de la Ley mencionada.

DÉCIMO OCTAVO.- Que, igualmente, debe señalarse que la venta de energía eléctrica contratada se encuentra destinada a la prestación del servicio público de electricidad y atendiendo a que constituye una actividad de Derecho Público; debiendo tomarse en cuenta que la regulación tarifaria aprobada por el Decreto Supremo número 009-93-EM comprende la consideración de los costos y sobrecostos asociados a la prestación del servicio público de electricidad.

DÉCIMO NOVENO.- Que, finalmente, se debe expresar que la Ley de Concesiones Eléctricas no se refiere expresamente al supuesto de exceso de consumo, no expresando tampoco como deben ser facturados; y lo que si hace en todo su articulado es configurar un principio estructural o de servicio regulado a tarifa administrativamente fijada.

## SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

VIGÉSIMO.- Que, siendo esto así, el precio de los excesos de consumo no puede en ningún caso ser objeto de pacto o de libre acuerdo entre las partes, por constituir una violación de los principios que la Ley de Concesiones Eléctricas ha previsto.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Que, de acuerdo a lo que aparece del propio contrato y de lo normado por la Ley de Concesiones Eléctricas, el único precio administrativamente fijado para estas transferencias es el denominado "precio en barra", que es también el único admitido por la ley para su toma en consideración a la hora de fijar la "tarifa de abono" al consumidor final.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que, a mayor abundamiento, la Ley no distingue entre potencia y energía contratada o retirada por excesos de consumo exigidos por el servicio público; toda venta del generador al distribuidor tiene en la ley un único y mismo precio; no pudiéndose pues, distinguir donde la ley no lo hace.

VIGÉSIMO TERCERO.- Que, en consecuencia, las resoluciones cuestionadas infringen el principio de legalidad previsto por el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimientos Administrativo General; y de conformidad en parte con el dictamen de la Señora Fiscal encargada de la Fiscalía Supremo en lo Civil.

### DECISION:

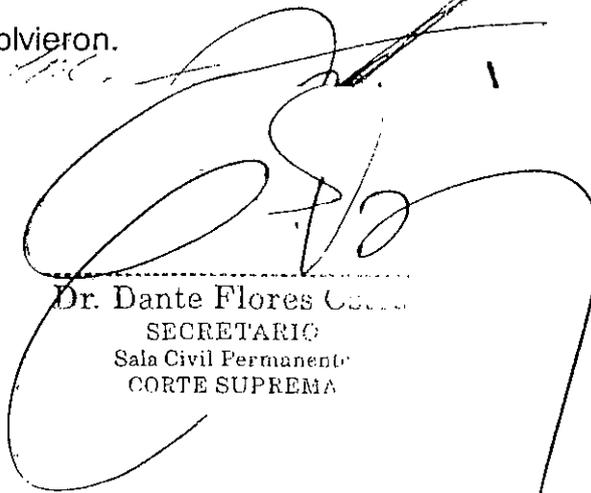
**CONFIRMARON** la resolución número quince corriente a fojas quinientos noventidos, su fecha tres de abril del dos mil seis, en el extremo que declara **infundada la excepción** de falta de agotamiento de la vía administrativa propuesta por la empresa codemandada Electroperú Sociedad Anónima; y **REVOCARON** la resolución (sentencia) apelada de primera instancia número veintisiete, corriente de fojas setecientos quince a setecientos

SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

veintitrés, de fecha veintiocho de noviembre del dos mil seis, que declara infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta de fojas doscientos setenta y cinco a trescientos cuatro por la empresa Luz del Sur Sociedad Anónima Abierta y **reformándola** la declararon **FUNDADA**, en consecuencia, **NULOS** los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución del Tribunal del Solución de Controversias del OSINERG número 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG de fecha veintidós de abril del dos mil cinco; y **NULOS** los artículos segundo y tercero de la Resolución número 008-2004-OS/CC-20 de fecha veinticinco de octubre del dos mil cuatro expedido por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del Organismo Supervisor de Inversión en Energía -OSINERG; **DISPONIÉNDOSE** que ELECTROPERU no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que venda a la empresa demandante para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la tarifa de barra; en los autos seguidos con el Organismo Supervisor de la Inversión en Energías – OSINERG y ELECTROPERU Sociedad Anónima sobre impugnación de resoluciones administrativas; interviniendo como Vocal Ponente el Señor Mansilla Novella; y los devolvieron.



Dr. Dante Flores  
SECRETARIO  
Sala Civil Permanente  
CORTE SUPREMA

E-1774  
TOMO IV

Expediente No. 1179-2005  
Secretario  
Escrito No. 1  
Cuaderno Cautelar  
**Sumilla:** Solicitud Cautelar

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA  
DE LIMA:

LUZ DEL SUR S.A.A. [En adelante, Luz del Sur], con RUC No. 20331898008  
[Anexo 1-A], debidamente representada por el Sr. Jorge Luis Alvarado Giraldo,  
identificado con Documento Nacional de Identidad No. 41873478 [Anexo 1-B],  
según poder que se adjunta [Anexo 1-C], en los seguidos contra Electroperú  
S.A. [En adelante, Electroperú], a usted respetuosamente decimos:

Que, habiendo expedido la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de  
Justicia de la República -mediante Resolución S/N de fecha 9 de abril de 2008  
[Anexo 1-D]- una sentencia amparando nuestra pretensión, (emitida en el  
marco del incidente de apelación No. 2775-2007) **solicitamos** que con la  
finalidad de garantizar el fallo recaído en el presente proceso, se nos otorgue el  
siguiente petitorio cautelar:

1. **Primera Pretensión Cautelar.-**

*La suspensión de todos los efectos de los artículos segundo, cuarto y quinto  
de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG  
número 005-2005-TSC/19-2004-TSC- OSINERG de fecha 22 de abril de  
2005.*

2. **Segunda Pretensión Cautelar.-**

*La suspensión de todos los efectos de los artículos segundo y tercero de la  
Resolución No. 008-2004-OS/CC-20 de fecha 25 de octubre de 2004  
expedida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG.*

3. Tercera Pretensión Cautelar.-

*Que Electroperú se abstenga de pretender –por cualquier medio, proceso o procedimiento de cualquier naturaleza que se encuentre en trámite, se inicio o que pretenda iniciarse- el cobro de las facturaciones por encima del Precio de Barra fijado por OSINERG respecto de los excesos sobre la energía contratada de cuatrocientos veinte megawats ocurridas durante los meses de julio, agosto, setiembre, octubre y noviembre de dos mil cuatro, según facturas Nos. 0004642, 0004707, 0004753, 0004810 y 0004856, respectivamente y/o de cualquier otra factura que por concepto de retiros de potencia y energía haya sido emitida.*

En efecto, la claridad del mandato expresado por la Corte Suprema de Justicia de la República determina que todo monto facturado por Electroperú sobre la base de un precio mayor al denominado precio de barra respecto de los excesos sobre la energía contratada resulta simplemente incobrable. Este es el caso de las facturas Nos. 0004642, 0004707, 0004753, 0004810 y 0004856 emitidas por Electroperú [**Anexo E**], razón por la que su Sala debe determinar expresamente que su pago no puede ser exigido.

En ese sentido, atendiendo a la claridad de lo señalado por la Corte Suprema en la sentencia antes comentada y teniendo en consideración su necesario otorgamiento a efectos de evitar que se nos genere un daño irreparable y que el resultado final del proceso no pueda ser efectivo, es claro que la medida cautelar solicitada debe ser concedida.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 615° del Código Procesal Civil indica expresamente que **procede medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable** (en nuestro caso la Resolución No. S/N de fecha 9 de abril de 2008), incluso **sin que resulte necesario ofrecer contracautela ni cumplir con exponer los fundamentos de la pretensión cautelar.**

Considerando que en el presente caso la sentencia expedida por la Corte Suprema ya ha determinado el derecho que le asiste a Luz del Sur para

solicitar la nulidad de la resolución impugnada, **queda claro que en aplicación de la norma antes invocada y a efectos de evitar que se nos produzcan mayores perjuicios, debe accederse a dictar la medida cautelar solicitada.**

Por ende, en estricta aplicación del artículo 615° del Código Procesal Civil e invocando la tutela cautelar que nos corresponde en razón de haber quedado acreditada suficientemente la verosimilitud del derecho que reclamamos, solicitamos al Juzgado acceder a nuestro pedido y dictar la medida cautelar en los términos indicados.

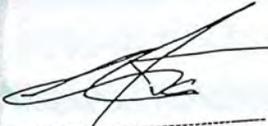
Así, como es más que evidente, luego de que la Corte Suprema ha declarado **NULA** la resolución impugnada en el extremo solicitado por Luz del Sur, resultaría ciertamente inadmisibles que Electroperú pretenda el cobro de las facturas antes mencionadas, sin embargo, **existe un evidente peligro en la demora** de que ello suceda (sobre la base de la ejecutoriedad de las resoluciones administrativas), razón por la cual se hace imperioso que se nos otorgue la medida cautelar solicitada con la finalidad de evitar un perjuicio irreparable.

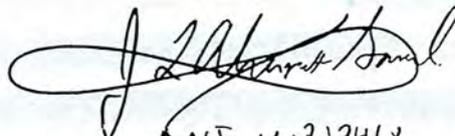
**POR TANTO:**

A la Sala solicitamos se sirva conceder la medida cautelar solicitada.

**OTROSI DECIMOS:** Que a efectos de dar cumplimiento al artículo 640° del Código Procesal Civil, adjuntamos copia de simple de la demanda formulada y sus anexos [**Anexo 1-F**], así como de la resolución que la admite a trámite [**Anexo 1-G**].

Lima, 25 de abril de 2008

  
JOSE TAMPÉREZ  
ABOGADO  
Reg. CAL. 26325

  
SNI 41813418