

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Título del informe

INFORME SOBRE EXPEDIENTE N°19-2004-TSC-OSINERGMIN, RECLAMACIÓN DE LUZ DEL SUR S.A.A. CONTRA ELECTROPERÚ S.A. SOBRE LOS COBROS POR LOS RETIROS EN EXCESO DE LA ENERGÍA CONTRATADA, DESTINADOS AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de **ABOGADO**

Autor

Marcelo Gabriel Castilla Baez

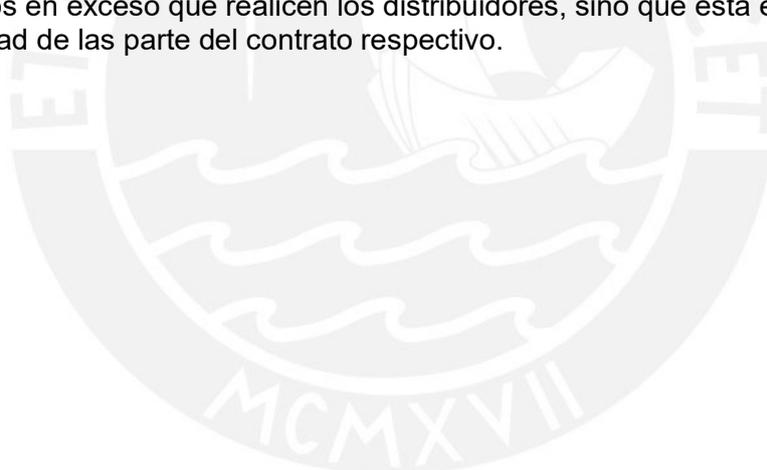
Revisor

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

Lima, 2021

RESUMEN

El presente informe jurídico analiza una controversia entre Electroperú y Luz del Sur vinculada a la regulación tarifaria de los excesos de energía contratada cuando dichos excesos estén destinados al Servicio Público de Electricidad. Además, analiza el procedimiento mediante el cual se resuelve la controversia, y la competencia que ostenta el OSINERGMIN para hacerlo. La relevancia del análisis radica en definir los alcances del Servicio Público de Electricidad y la asignación de responsabilidades por su prestación. Además, permite utilizar herramientas e instituciones de otras ramas del derecho, como el derecho constitucional, para determinar el adecuado desarrollo de los procedimientos trilaterales que son conocidos por el OSINERGMIN. Las hipótesis del caso son que (i) se cumplieron las normas del procedimiento, (ii) que los excesos de consumo deben ser pagados con la Tarifa en Barra y (iii) que el OSINERGMIN es competente para conocer y resolver la controversia. Para demostrar la validez o no de las hipótesis, se analizarán y aplicarán instituciones del derecho administrativo (procedimiento trilateral, las medidas cautelares, etc.), regulatorio (regulación tarifaria del mercado eléctrico) y constitucional (aplicación temporal de las normas, orden público, etc.). Los resultados de la investigación demuestran que dos de las tres hipótesis resultan ciertas, toda vez que los actores del procedimiento (empresas y órganos resolutivos) siguieron de manera general las reglas aplicables al procedimiento, y que el OSINERGMIN es competente para conocer y resolver la controversia en razón de que esta versa sobre aspectos regulatorios y normativos, y que la santidad de los contratos no puede aplicarse de manera absoluta en el presente caso. No obstante, se demuestra que la Tarifa en Barra no puede constituir un tope para los retiros en exceso que realicen los distribuidores, sino que está en el ámbito de la libre voluntad de las parte del contrato respectivo.



Índice

| | | |
|------|---|----|
| I. | Introducción | 4 |
| II. | Hechos relevantes | 5 |
| III. | Problemas jurídicos, análisis y posición | 9 |
| | 3.1. Del procedimiento trilateral | 10 |
| | 3.1.1. De la naturaleza del procedimiento | 10 |
| | 3.1.2. Procedimiento de solución de controversias | 12 |
| | 3.1.3. Desarrollo del procedimiento | 13 |
| | 3.1.4. Aspectos incidentales | 16 |
| | a. Medida cautelar | 16 |
| | b. Solicitud de abstención | 21 |
| | c. Presentación de cautelar judicial | 23 |
| | 3.2. El cobro de los excedentes | 24 |
| | 3.2.1. El mercado eléctrico peruano | 24 |
| | 3.2.2. Regulación del Servicio Público de Electricidad | 29 |
| | 3.2.3. Regulación tarifaria en el Caso | 38 |
| | 3.2.4. Posición y crítica de los argumentos planteados y de las resoluciones del OSINERGMIN | 42 |
| | 3.3. La competencia del OSINERGMIN para conocer el Caso | 55 |
| | 3.3.1. La función de solución de controversias | 56 |
| | 3.3.2. Posición y crítica de los argumentos alegados por las empresas y en las resoluciones del OSINERGMIN | 59 |
| | a. Aplicabilidad de la cláusula arbitral | 60 |
| | b. Sobre la vigencia en el tiempo de la función de solución de controversias | 65 |
| IV. | Conclusiones | 74 |
| V. | Bibliografía | 77 |
| VI. | Anexos | 81 |
| | Anexo 1 Definiciones | 81 |
| | Anexo 2 Hechos ocurridos durante el procedimiento | 83 |
| | Anexo 3 Información relevante del Expediente | 84 |

I. Introducción

El presente informe jurídico versa sobre el Expediente N° 19-2004-TSC-OSINERG, el cual resuelve una controversia entre Electroperú y Luz del Sur vinculada a la regulación tarifaria de los excesos de energía contratada cuando dichos excesos estén destinados al Servicio Público de Electricidad¹.

En ese sentido, este informe plantea una reflexión jurídica que determine la naturaleza del procedimiento y si se han seguido de manera correcta las reglas del mismo. Además, analizar si el OSINERGMIN es competente para resolver la controversia planteada y, finalmente, determinar si el tope constituido por la Tarifa en Barra es de aplicación para los retiros en exceso de la energía contratada entre un generador y un distribuidor, cuando dichos excesos estén destinados al Servicio Público de Electricidad.

Las materias desarrolladas en el Caso están comprendidas principalmente en el Derecho Administrativo y el Derecho de la Energía (en lo que respecta al Servicio Público de Electricidad). No obstante, también se debe considerar las áreas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo Económico y Teoría General del Derecho. En ese orden de ideas, el presente informe está compuesto principalmente de tres partes:

1. En primer lugar, se analizará la naturaleza del procedimiento administrativo trilateral de solución de controversias y se determinará si el procedimiento se llevó a cabo de acuerdo con la normativa vigente, o si de lo contrario, existe alguna irregularidad o vicio en su tramitación.
2. En segundo lugar, se describirá la regulación del mercado eléctrico a la fecha de la controversia y, de manera específica, la regulación tarifaria para los contratos de suministro entre generadores y distribuidores. Ello permitirá determinar si los excesos de consumo están sometidos o no al tope constituido por la Tarifa en Barra.
3. En tercer lugar, se analizará la competencia del Regulador para conocer la controversia, el rol de la Ley General de Arbitraje y los mandatos constitucionales aplicables al Caso.

¹ Todos los términos en mayúsculas se encuentran definidos en el Anexo 1 – Definiciones.

A pesar de la antigüedad del Caso, el mismo permite desarrollar los aspectos centrales de cada tema mencionado, que -incluso al día de hoy- no tienen una aceptación generalizada. Además, el Caso se enmarca en un contexto excepcional del mercado eléctrico por causas completamente ajenas al derecho, frente al cual se manifiesta la necesidad de regulación en los sectores de crucial importancia para la sociedad, como es el Servicio Público de Electricidad. En respuesta a ese contexto excepcional, las resoluciones emitidas plantean discusiones jurídicas que sirvieron como base de una reforma en el sector eléctrico a través de la publicación de la Ley N° 28832 a mediados de 2006.

A efectos del presente informe, toda norma mencionada deberá entenderse como la que estuvo vigente al momento de los hechos del Caso. Las precisiones respecto a modificaciones o disposiciones posteriores que resulten relevantes serán indicadas como pies de página.

II. Hechos relevantes

El 16 de mayo de 1996, las empresas Electroperú (generador eléctrico) y Luz del Sur (distribuidor eléctrico de la zona sur y este de Lima) suscribieron el Contrato de Suministro mediante el cual Electroperú se comprometió a suministrar 370 MW de potencia y la energía asociada, y Luz del Sur a pagar por esta potencia y energía la Tarifa en Barra que sea regulada por el Estado². En dicho contrato se señaló que los excesos de consumo se facturarán “a los 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 participantes”³. Además, el Contrato de Suministro señala que toda controversia que no se pueda solucionar en la etapa de trato directo sería resuelta mediante arbitraje⁴.

El 29 de julio de 2000 se publicó la Ley Marco de Organismos Reguladores mediante la cual se establece la competencia del Regulador para solucionar o “conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia”⁵. El Reglamento General del OSINERGMIN, publicado el día 9 de mayo de 2001, precisa las materias en las que el Regulador tiene competencia de resolver

² La potencia contratada y la energía asociada se incrementó a 420 MW mediante la adenda suscrita el 12 de diciembre de 2000.

³ Subcláusula 4.4 del Contrato de Suministro.

⁴ Subcláusulas 12.1 y 12.2 del Contrato de Suministro.

⁵ Literal e) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores.

controversias⁶. Por otro lado, el 9 de mayo de 2002 se publica el Reglamento de Solución de Controversias, el cual detalla -entre otros aspectos- el procedimiento de la mencionada función⁷.

Como consecuencia de fenómenos climáticos, a inicios del año 2000 se produjo una sequía que devino en la reducción drástica en la generación eléctrica, y, por ende, la elevación de sus precios. Las empresas distribuidoras tenían muchas dificultades para contratar con los generadores el suministro de energía para el Servicio Público de Electricidad, debido a que este suministro mantenía una tarifa regulada por el OSINERGMIN que era mucho menor que el precio en el mercado de corto plazo y no existía (ni existe) obligación de las empresas generadoras de suscribir contratos de suministro con las empresas distribuidoras.

En ese marco, surge la controversia entre Electroperú y Luz del Sur debido a que la segunda había retirado una cantidad superior de energía que la que había contratado con Electroperú. A criterio del Generador, el monto de contraprestación por el exceso de la energía retirada por Luz del Sur debía ser cobrada de acuerdo con el precio vigente en el mercado de corto plazo⁸. Sin embargo, de acuerdo con el Distribuidor, el pago por los excesos de consumo también estaba sujeto al tope máximo de la Tarifa en Barra, regulada por el OSINERGMIN, en la medida que la energía retirada haya sido destinada al Servicio Público de Electricidad⁹.

Debido a la existencia de una controversia, Luz del Sur presenta una reclamación ante el OSINERGMIN el 7 de setiembre de 2004 y solicita una medida cautelar el 13 del mismo mes y año. Las pretensiones principales de la reclamación de Luz del Sur fueron que se declare que los excesos de consumo que se facturen por el retiro de energía del Distribuidor sean como máximo los de la Tarifa en Barra cuando dicha energía esté destinada al suministro del Servicio Público de Electricidad¹⁰. Para Luz del Sur, las disposiciones contractuales aplicables al consumo en exceso de la energía deben entenderse en esos términos. Las pretensiones de la medida cautelar fueron que Electroperú cese “en el cobro de un precio igual al costo marginal de corto plazo por los retiros de energía en exceso de la energía contratada, efectuados por Luz del Sur bajo el Contrato [de Suministro] cuando dicho costo excede la tarifa en barra y

⁶ Artículo 46 del Reglamento General del OSINERGMIN.

⁷ Título II del Reglamento de Solución de Controversias.

⁸ Párrafo 2 de la página 12 del Escrito N° 1 de Electroperú, mediante el cual formula excepciones y absuelve traslado.

⁹ Numeral I del Escrito de Reclamación presentado por Luz del Sur.

¹⁰ Ibid.

proceda a cobrar por dichos retiros la tarifa en barra en esas condiciones”¹¹.

Por otro lado, Electroperú plantea una estrategia que consiste principalmente en rechazar la competencia de OSINERGMIN por considerar que esta es de naturaleza contractual y no técnica, normativo o regulatoria, y que las normas que establecen la función de solución de controversias son posteriores a la suscripción del Contrato de Suministro¹². Sin perjuicio de ello, sostiene que los excesos de consumo del Distribuidor no pueden ser facturados a Tarifa en Barra porque existe competencia en la venta de energía entre generadores y distribuidores y no existe un precio regulado para la facturación de excesos de consumo de energía¹³. A criterio de Electroperú, este puede cobrar lo establecido en el Contrato de Suministro sin un tope regulatorio porque se trata de penalidades libremente establecidas por las partes¹⁴.

El CCAH resolvió en primera instancia el 25 de octubre de 2004 rechazando la pretensión de Electroperú en el extremo vinculado a la competencia del OSINERGMIN para conocer la controversia, pues -sostiene el CCAH- sí se trataba de una controversia regulatoria y que el Regulador sí tenía las competencias para resolver controversias incluso de contratos suscritos antes de las normas que le otorgaron dicha competencia. No obstante, le da la razón al Generador en la materia de fondo, al considerar 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”¹⁵.

Ambas empresas impugnan la decisión del CCAH en los extremos no favorables para cada una. La controversia finaliza en última instancia administrativa el 22 de abril de 2005, mediante resolución del TSC, el cual resolvió dicha controversia con el mismo tenor que el CCAH, aunque no exactamente con el mismo razonamiento.

La decisión administrativa final respecto al tema de fondo estableció 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

¹¹ Petitorio cautelar contenido en el numeral I del escrito de solicitud de medida cautelar presentado por Luz del Sur (folios 64 y 65 del cuaderno cautelar).

¹² Páginas 1 a 4 del Escrito N° 1 a través del cual formula excepciones y absuelve el traslado (folios 268 a 265 del cuaderno principal).

¹³ Página 8 del Escrito N° 1 a través del cual formula excepciones y absuelve el traslado (folio 261 del cuaderno principal).

¹⁴ Páginas 10 y 11 del Escrito N° 1 a través del cual formula excepciones y absuelve el traslado (folios 259 a 258 del cuaderno principal).

mercado eléctrico” y que respecto de “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”¹⁶.

El detalle de cada uno de los actos procedimentales se encuentra en las siguientes líneas de tiempo (Anexo 2):

Gráfico 1 – Hechos durante la primera instancia del procedimiento

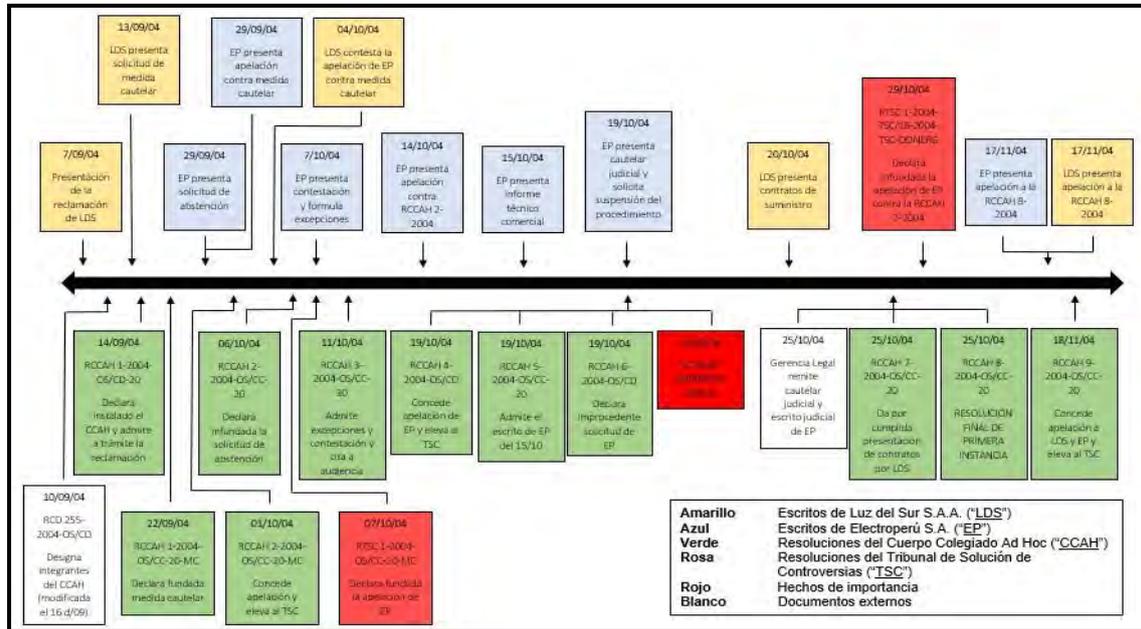
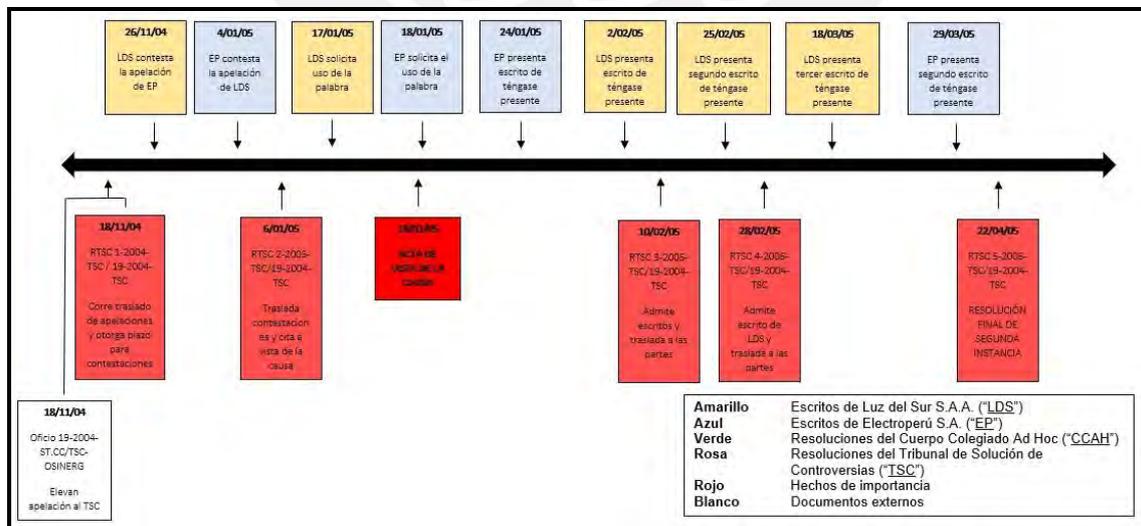


Gráfico 2 – Hechos sucedidos durante la segunda instancia del procedimiento



¹⁵ Artículo 3 de la Resolución de CCAH N° 8-2004-OS/CC-20 que resuelve la controversia en primera instancia.

¹⁶ Artículos cuarto y quinto de la Resolución del TSC N° 5-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG que resuelve la controversia en segunda instancia.

III. Problemas jurídicos, análisis y posición

Como se señaló previamente, el presente caso es una controversia surgida entre una empresa generadora y una empresa distribuidora de electricidad, por el pago que debía realizarse como consecuencia del retiro en exceso de la energía contratada entre ambos actores. Mientras que la primera sostiene que los montos a pagar pueden ser libremente determinados por las partes, y que corresponden a penalidades por incumplimientos contractuales, la segunda sostiene que el monto máximo debe ser la Tarifa en Barra, debido a que el destino de la energía en exceso retirada es el suministro del Servicio Público de Electricidad.

Sin embargo, durante el desarrollo del procedimiento, surge otra controversia vinculada a la competencia que tendría el OSINERGMIN para resolver el procedimiento. Así, a criterio de Electroperú, el Regulador carece de competencia porque la controversia es un tema contractual y no normativo, regulatorio o técnico, y que la función de resolver controversias del OSINERGMIN fue establecida después de la suscripción del Contrato de Suministro. Luz del Sur, por su parte, considera que el Regulador es plenamente competente para conocer y resolver la controversia.

De lo anterior, se desprenden principalmente tres problemas jurídicos:

- El primer problema está vinculado con el Derecho Administrativo, y consiste en analizar la naturaleza del procedimiento seguido ante el OSINERGMIN y, de manera especial, los aspectos incidentales que surgieron. El objetivo es verificar que las reglas administrativas que son aplicables al procedimiento sean adecuadamente cumplidas y verificar si este no presente ninguna irregularidad o vicio de invalidez. Este análisis corresponde a la forma en la que se llevó la solución de la controversia, no sobre el fondo del asunto (aspecto que será considerado en el segundo y tercer problema).
- El segundo problema está relacionado con el Derecho de la Energía. Específicamente, se vincula con la regulación tarifaria del Servicio Público de Electricidad. Este problema consiste en determinar si corresponde al generador aplicar, como máximo, la Tarifa en Barra en aquellos casos en donde un distribuidor consume energía en exceso,

para atender la demanda de sus clientes regulados. Es decir, si la Tarifa en Barra constituye un tope no solo para el suministro de energía que realizan los generadores a los distribuidores para el Servicio Público de Electricidad, sino también para el exceso de consumo de ese suministro (también destinado al Servicio Público de Electricidad).

- El tercer problema está también vinculado principalmente con el Derecho Administrativo y el Derecho de la Energía. Sin embargo, se considerarán instituciones de otras ramas como del Derecho Constitucional y la Teoría General del Derecho. Este tercer problema consiste en determinar si el Regulador puede resolver las controversias que surgen como consecuencia de contratos suscritos de manera previa a la asignación de la función de solución de controversias del OSINERGMIN.

Para desarrollar el problema y su análisis, será necesario aplicar conceptos del Derecho Administrativo como las competencias y funciones administrativas de los reguladores, y de Derecho Constitucional como las teorías de aplicación de las normas en el tiempo.

3.1. Del procedimiento trilateral

A efectos de analizar el primer problema descrito en el acápite anterior, es pertinente precisar que el presente caso se desarrolla en el marco de un procedimiento trilateral¹⁷, en concordancia con las normas establecidas LPAG, y en el Reglamento de Solución de Controversias. Ambas normas fueron las que, de manera general, se aplicaron para la parte procedimental del caso. No obstante, durante en desarrollo del mismo se emplearon fuentes normativas complementarias tales como el Código Procesal Civil.

3.1.1. De la naturaleza del procedimiento

El procedimiento trilateral se encuentra regulado en el Título IV de la LPAG.

¹⁷ Danos señala que “[e]n el Perú, los organismos reguladores cumplen la función de resolver controversias entre empresas prestadoras a través de procedimientos administrativos que la legislación de procedimiento administrativo general y la doctrina administrativa caracterizan como procedimientos trilaterales, para distinguirlos de los típicos procedimientos administrativos lineales.” (2004: 79).

Aun cuando su denominación de “procedimiento especial” fue modificado en 2016, las reglas establecidas para este se mantuvieron casi sin modificaciones hasta la actualidad¹⁸. De acuerdo con el numeral 219.1 del artículo 219 de la LPAG, “[e]l procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la presente Ley”¹⁹.

Morón define al procedimiento trilateral como aquel “desarrollado en el ámbito de la Administración Pública dirigido a decidir un conflicto de intereses suscitado con motivo de la actuación pública o en asuntos de interés público y en donde la autoridad ejerce el rol de instrucción de la causa con facultades inherentes a la jurisdicción retenida” (2011: 666).

Zegarra sostiene que:

(...) entre los aspectos que caracterizan es[te] tipo de procedimientos, podemos señalar:

- a. El procedimiento trilateral no presupone acuerdo alguno, se trata de un cauce formal establecido por la ley que tiene que ser transitado por los administrados para dilucidar determinados conflictos.
- b. El procedimiento trilateral solo puede operar cuando hay un conflicto actual.
- c. El procedimiento trilateral culmina con un acto administrativo que será atacable en todos los casos ante la judicatura contencioso-administrativa.

Nos encontramos frente a un verdadero procedimiento contencioso de naturaleza administrativa pensado y desarrollado por el legislador peruano con el fin de proporcionarle a las autoridades administrativas instrumentos de resolución de conflictos sin necesidad de convertirlas en autoridades jurisdiccionales (2016).

Ahora bien, de conformidad con el artículo 220 de la LPAG²⁰, las reglas para el procedimiento trilateral establecidas en dicha norma aplicarán

¹⁸ Desde la entrada en vigor de la LPAG hasta la actualidad se ha modificado únicamente el artículo 228 vinculado a la conciliación o transacción extrajudicial, a través del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016. La modificación establece la procedencia del desistimiento por parte del reclamante.

¹⁹ El inciso al que hace referencia el artículo 219 hace referencia a las empresas cuando estas desarrollan funciones públicas (por ejemplo, cuando resuelven en primera instancia los reclamos de los usuarios). El texto del artículo señala que “[l]as personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejercer función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia”. La modificación de artículo I del Título Preliminar de la LPAG, efectuada mediante el Decreto Legislativo N° 1272 no ha variado la redacción del inciso 8). En tal sentido, dicha disposición se mantiene hasta la actualidad. En un procedimiento de solución de controversias como el del presente Caso, las empresas actúan como administrados.

²⁰ Artículo 220.- Marco legal

únicamente de manera supletoria, dado que las normas principales se encuentran en el Reglamento de Solución de Controversias. Esto fue establecido, además, por la Cuarta Disposición Transitoria y Final del mencionado reglamento.

Por su parte, el Reglamento de Solución de Controversias sí ha presentado varias modificaciones hasta la actualidad. A efectos de este informe, tomaremos en cuenta las disposiciones normativas vigentes al momento de los hechos del Caso.

3.1.2. Procedimiento de solución de controversias

El inicio del procedimiento podía ser (i) de parte, supuesto en el cual el iniciante del procedimiento se denomina “reclamante” y el o los emplazados son denominados “reclamados”, y (ii) de oficio cuando “los conflictos entre las entidades afectan el interés de los usuarios o de otras empresas”²¹.

En caso de un procedimiento iniciado de parte, la reclamación -con los requisitos formales establecidos en el artículo 34 del Reglamento de Solución de Controversias- se dirige al presidente del Cuerpo Colegiado Permanente para que este determine si conocerá el caso o requerirá al Consejo Directivo de OSINERGMIN la conformación de un CCAH²².

Una vez constituido el CCAH -de corresponder- y admitida la reclamación, se procede a correr traslado al o los reclamados para que estos formulen su contestación (y réplica de considerarlo pertinente) en un plazo máximo de quince (15) días hábiles²³. Con la contestación o sin ella, el CCAH cita a audiencia única, en la que se invitará a las partes a conciliar, antes de delimitar la controversia y detallar y actuar los medios probatorios²⁴.

El CCAH tiene un plazo máximo de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente al término de la audiencia única para emitir la

El procedimiento trilateral se rige por lo dispuesto en el presente Capítulo y en lo demás por lo previsto en esta Ley. Respecto de los procedimientos administrativos trilaterales regidos por leyes especiales, este capítulo tendrá únicamente carácter supletorio [subrayado agregado].

²¹ Segundo párrafo del artículo 31 del Reglamento de Solución de Controversias.

²² Artículo 33 del Reglamento de Solución de Controversias.

²³ Artículo 36 del Reglamento de Solución de Controversias.

²⁴ Artículo 39 del Reglamento de Solución de Controversias.

resolución final de primera instancia²⁵.

El reclamante, el reclamado o ambos pueden interponer el recurso de apelación contra la resolución final de primera instancia o contra las medidas cautelares dictadas²⁶. Con la concesión del recurso, este se eleva al TSC para que se pronuncie sobre su admisibilidad, y requiera la absolución de la contraparte²⁷. Los tres actos (interposición del recurso de apelación, declaración de admisibilidad y la absolución) presentan un plazo máximo de quince (15) días hábiles contados a partir de la respectiva notificación.

Absuelto el o los traslados, o sin ellos, el TSC señala fecha y hora para la vista de la causa en la que las partes pueden hacer uso de la palabra²⁸. Finalmente, el mencionado tribunal tendrá un plazo de treinta (30) días hábiles -prorrogables por veinte (20) días hábiles adicionales- para expedir la resolución final de segunda instancia, con la que se agota la vía administrativa²⁹.

3.1.3. Desarrollo del procedimiento

En el siguiente Cuadro N° 1, se detalla el procedimiento iniciado por Luz del Sur, así como las respectivas actuaciones del procedimiento principal de esta empresa y de Electroperú:

Cuadro N° 1: Desarrollo del procedimiento

| N° | Disposición normativa | Entidad | Fecha ³⁰ | Actuación |
|----|-----------------------------|-------------|---------------------|---|
| 1 | Presentación de reclamación | Luz del Sur | 7/09/2004 | Presentación de la reclamación a iniciativa de parte. |
| 2 | Designación | Consejo | 10/09/2004 | Emisión de la |

²⁵ Artículo 45 del Reglamento de Solución de Controversias.

²⁶ Artículo 47 del Reglamento de Solución de Controversias.

²⁷ Artículo 50 del Reglamento de Solución de Controversias.

²⁸ Ibid.

²⁹ Artículo 51 del Reglamento de Solución de Controversias.

³⁰ Se indican las fechas consignadas en los respectivos documentos, no la fecha de su presentación o notificación, salvo indicación expresa que señale lo contrario en la columna de actuaciones.

| | | | | |
|----|--|---------------------------|------------|---|
| | del CCAH | Directivo de OSINERGMIN | | Resolución de Consejo Directivo N° 255-2004-OS/CD. |
| 3 | Instalación del CCAH y admisibilidad de la reclamación | CCAH | 22/09/2004 | Emisión de la Resolución del CCAH N° 1-2004-OS/CC-20. |
| 4 | Contestación de la reclamación | Electroperú | 7/10/2004 | Presentación de escrito. |
| 5 | Admisión de la contestación y convocatoria a audiencia única | CCAH | 11/10/2004 | Emisión de la Resolución del CCAH N° 3-2004-OS/CC-20. |
| 6 | Audiencia única | CCAH / Luz del Sur | 19/10/2004 | Sesión única. |
| 7 | Resolución final de primera instancia | CCAH | 25/10/2004 | Emisión de la Resolución del CCAH N° 8-2004-OS/CC-20. |
| 8 | Interposición de recursos de apelación contra la Resolución final de primera instancia | Luz del Sur / Electroperú | 17/11/2004 | Presentación de escritos. |
| 9 | Concesión de la apelación y remisión al TSC | CCAH | 18/11/2004 | Emisión de la Resolución del CCAH N° 9-2004-OS/CC-20. |
| 10 | Traslado de apelaciones y | TSC | 18/11/2004 | Mediante Resolución del TSC N° 1-2004- |

| | | | | |
|----|--|---------------------------------|-------------------------------|---|
| | otorgamiento de plazo para contestación | | | TSC/19-2004-TSC. |
| 11 | Contestación de las respectivas apelaciones | Luz del Sur / Electroperú | 26/11/2006 4/01/2005 | Presentación de escritos. |
| 12 | Traslado de contestaciones y convocatoria a la vista de la causa | TSC | 6/01/2005 | Mediante Resolución del TSC N° 2-2005-TSC/19-2004-TSC. |
| 13 | Vista de la causa | TSC / Luz del Sur / Electroperú | 18/01/2005 | Sesión única. |
| 14 | Presentación y admisión de escritos adicionales | TSC/ Luz del Sur / Electroperú | 24/01/2005 – 29/03/2005 | Presentación de hasta cinco (5) escritos: tres (3) escritos de Luz del Sur y dos (2) de Electroperú. El TSC admitió únicamente tres (3) ³¹ . |
| 15 | Resolución final de segunda instancia | TSC | 22/04/2005 | Mediante Resolución del TSC N° 5-2005-TSC/19-2004-TSC. |

Como se aprecia en el Cuadro N° 1, las principales actuaciones procedimentales de las partes corresponden a las reglas establecidas en el Reglamento de Solución de Controversias. Sin embargo, durante el procedimiento existieron ciertos aspectos incidentales sobre los que resulta pertinente pronunciarse.

³¹ Mediante Resoluciones del TSC N° 3-2005-TSC/19-2004-TSC y 4-2005-TSC/19-2004-TSC, el TSC admite un escrito de Electroperú y dos de Luz del Sur. Con fecha 18 y 29 de marzo de 2005, tanto Luz del Sur como Electroperú presentan escritos adicionales que no fueron considerados como admitidos para la emisión de la resolución final de segunda instancia.

3.1.4. Aspectos incidentales

En la línea de lo señalado anteriormente, durante el procedimiento trilateral las partes realizaron determinados actos en virtud de las disposiciones del Reglamento de Solución de Controversias y de la LPAG que -como señalamos- es de aplicación supletoria.

a. Sobre la medida cautelar

El 13 de setiembre de 2004, Luz del Sur presentó una solicitud de medida cautelar para que el CCAH disponga que:

[P]or los retiros de energía en exceso de la energía contratada en el Contrato (...), Electroperú no puede cobrar a [Luz del Sur] un precio mayor al precio de barra regulado por OSINERG (...). Consiguientemente, que provisionalmente y hasta la conclusión del procedimiento, Electroperú cese inmediatamente en el cobro de un precio igual al costo marginal de corto plazo por los retiros de energía en exceso de la energía contratada, efectuados por Luz del Sur bajo el Contrato [de Suministro] cuando dicho costo excede la tarifa en barra y proceda a cobrar por dichos retiros la tarifa en barra en esas condiciones, de conformidad con el artículo 45 de la Ley de Concesiones Eléctricas (...)³².

De acuerdo con el artículo 46 del Reglamento de Solución de Controversias, las medidas cautelares pueden solicitarse en cualquier estado del procedimiento, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, y se rigen por lo dispuesto en los artículos 146³³ y 226³⁴ de la LPAG. La

³² Página 1 del escrito de solicitud de medida cautelar presentado por Luz del Sur.

³³ "Artículo 146.- Medidas cautelares

146.1 *Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.*

146.2 *Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.*

146.3 *Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.*

146.4 *No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados.* [subrayado agregado].

³⁴ "Artículo 226.- Medidas cautelares

226.1 *En cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares conforme al Artículo 146.*

226.2 *Si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenado por la administración no lo hiciere, se aplicarán las normas sobre ejecución forzosa prevista en los Artículos 192 al 200 de esta Ley.*

226.3 *Cabe la apelación contra la resolución que dicta una medida cautelar solicitada por alguna de las partes dentro del plazo de tres (3) días contados a partir de la notificación de la resolución que dicta la medida. Salvo disposición legal o decisión de la autoridad en contrario, la apelación no suspende la ejecución de la medida cautelar.*

La apelación deberá elevarse al superior jerárquico en un plazo máximo de (1) día, contado desde la fecha de la concesión del recurso respectivo y será resuelta en un plazo de cinco (5) días. [subrayado agregado].

particularidad del Reglamento de Solución de Controversias respecto a las medidas cautelares es que este proscribiera la posibilidad de que una medida cautelar interrumpa el servicio o suministro de energía³⁵.

Adicionalmente, el artículo 94 del Reglamento General del OSINERGMIN, faculta al Regulador a dictar “de ser necesario, medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne en irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de la causa de dicho daño. (...). Para el dictado de dicha medida será de aplicación, en lo pertinente, lo previsto en el Artículo 611 del Código Procesal Civil. (...)”.

Zegarra desarrolla los requisitos de la medida cautelar en el marco de un procedimiento trilateral, de acuerdo con lo siguiente:

[P]uede afirmarse que por su naturaleza la adopción de medidas cautelares debe apoyarse en la conjunción de dos características: el *fumus boni iuris* de la pretensión del actor y el *periculum in mora* posible, a las que la doctrina administrativa en ocasiones añade un tercer elemento:

- a) «*Fumus boni iuris*» o «humo de buen derecho». Este requisito significa que el derecho invocado se considera verosímil; dicho de otra manera, que *prima facie* (no se puede entrar en el fondo porque estamos en un procedimiento cautelar y no en el procedimiento principal) la Administración debe poder considerar que la solicitud de quien requiere una medida cautelar tiene la apariencia de ser adecuada al ordenamiento jurídico. Para ello, se exige un ejercicio de ponderación de intereses.
- b) «*Periculum in mora*». Este requisito significa que, de no adoptarse una medida cautelar o decisión preventiva, la duración del procedimiento antes de la decisión final del procedimiento puede provocar perjuicios en la parte que solicita la medida.
- c) Proporcionalidad de la medida. La medida cautelar solicitada debe ser adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión (2014: 49).

En el Caso, Luz del Sur consideró que la verosimilitud radica en la supuesta errónea interpretación de Electroperú de la subcláusula 4.4 del Contrato de Suministro, la cual -a su parecer- es contraria a los principios elementales del derecho que “obligan a integrar lo estipulado en el Contrato [de Suministro] con las normas imperativas contenidas en la Ley de

³⁵ Artículo 28 del Reglamento de Solución de Controversias.

Concesiones Eléctricas y en las resoluciones del OSINERG que establecen los precios máximos para los suministros destinados al Servicio Público de Electricidad”³⁶.

Por otro lado, el peligro en la demora se sustentaría en que el transcurso del tiempo “constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece tutela especial”³⁷, dado que de no corregirse la interpretación de Electroperú, se le exigiría a Luz del Sur “el pago de cantidades que no [le] será posible recuperar con [sus] ventas, lo cual pondría en crisis no solo la situación económica de [la] empresa sino sobre todo la continuidad del Servicio Público de Electricidad en [su] área de concesión (...)”³⁸. Es decir, Luz del Sur señala que pago del monto que Electroperú viene cobrando generaría pérdidas irreparables a esa empresa.

En CCAH acoge los argumentos de Luz del Sur y declara fundada la medida cautelar, disponiendo que Electroperú cese del cobro de un precio igual al costo marginal de corto plazo por los retiros de energía en exceso de la energía contratada cuando dicho costo exceda la Tarifa en Barra vigente y que cobre a Luz del Sur en esas condiciones, hasta que se resuelva la controversia en primera instancia³⁹.

Ante la apelación interpuesta por Electroperú, el TSC acepta parcialmente los argumentos de Luz del Sur en tanto considera que existe verosimilitud del derecho, pero no considera que exista un peligro en la demora dado que ni el CCAH ni Luz del Sur han demostrado que dicho peligro pueda ocasionar un daño irreparable, ni se ha considerado el daño económico que la medida podría ocasionarle a Electroperú⁴⁰. El TSC añade que, al ser una empresa estatal, sería difícil que Electroperú dificulte el cumplimiento de una eventual decisión desfavorable para esta empresa, y resalta la excepcionalidad de las medidas cautelares⁴¹. Por tanto, la apelación es

³⁶ Página 4 del Escrito de solicitud de medida cautelar de Luz del Sur (folio 62 del cuaderno cautelar).

³⁷ Monroy Palacios, Juan José. “Bases para la formación de una teoría cautelar”. Lima, Comunidad, 2002, p. 176.

Citado en la página 14 del Escrito de solicitud de medida cautelar de Luz del Sur (folio 52 del cuaderno cautelar).

³⁸ Páginas 14 y 15 del Escrito de solicitud de medida cautelar de Luz del Sur (folios 52 y 51 del cuaderno cautelar).

³⁹ Artículos segundo y tercero de la Resolución del CCAH N° 1-2004-OS/CC-20-MC que resuelve en primera instancia la solicitud de medida cautelar.

⁴⁰ Decimosegundo considerando de la Resolución del TSC N° 1-2004-TSC/17-2004-TSC-OSINERG que resuelve en la apelación contra la concesión de la medida cautelar.

⁴¹ Decimotercer considerando de la Resolución del TSC N° 1-2004-TSC/17-2004-TSC-OSINERG que resuelve en la apelación contra la concesión de la medida cautelar.

declarada fundada y la medida cautelar es denegada⁴².

Considero que la medida cautelar solicitada por Luz del Sur no cumplía con el segundo requisito de una medida cautelar, vinculado al posible grave perjuicio que provocaría la tramitación del procedimiento, exista o no demora. Los montos reclamados por Luz del Sur podían ser devueltos por Electroperú en caso el CCAH -o el TSC después de la apelación- falle a su favor⁴³. La importancia de las medidas cautelares en los procedimientos trilaterales radica en “**asegurar** la materia controvertida o para evitar que se produzcan agravios **irreparables** en el reclamante por la duración que puede llevar el procedimiento en sí mismo” [énfasis agregado] (Zegarra 2014: 49).

En el presente caso, la necesidad de asegurar la materia controvertida al tratarse de una empresa estatal que tiene -presumiblemente- los fondos necesarios para cubrir las eventuales deudas. Además, no se observa la urgencia o necesidad de la medida cautelar ni la ocurrencia de agravios irreparables, más aún si se considera que en el pasado Luz del Sur pagó hasta siete (8) facturas por excesos de consumo sin realizar observaciones y ello no causó un agravio irreparable a la empresa.

Cabe resaltar que fue el gerente general de Luz del Sur quien reconoció haber pagado, sin observación, esas ocho (8) facturas, a través del interrogatorio realizado en la audiencia única de primera instancia, como se aprecia a continuación⁴⁴:

⁴² Artículo segundo de la Resolución del TSC N° 1-2004-TSC/17-2004-TSC-OSINERG que resuelve en la apelación contra la concesión de la medida cautelar.

⁴³ Esto no debe entenderse como una indemnización, dado que ni el Reglamento General del OSINERGMIN ni el Reglamento de Solución de Controversias le otorgan al Regulador capacidad indemnizatoria. Los eventuales perjuicios de la decisión son materia arbitrable.

⁴⁴ Los textos no necesariamente son correlativos, salvo en lo que respecta a la pregunta y la respuesta.

ADMISION Y ACTUACION DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Sobre la Declaración de parte se precedió a abrir el sobre que contenía el pliego interrogatorio y se formularon las preguntas respectivas;

1. Para que diga ¿cómo es verdad que a la fecha Luz del Sur ha pagado facturas por excesos de consumo de energía sin afectar observaciones a la misma en 8 oportunidades?

Si es verdad, se ha pagado facturas por exceso de consumo.

Es evidente que toda controversia implica la presencia de daños o potenciales daños a alguna de las partes, pero ello no significa que las medidas cautelares deban otorgarse para cubrir esos daños mientras dure el procedimiento, sino que deben dictarse -de manera excepcional- cuando la ocurrencia de esos agravios sea de tal magnitud que la reparación sea imposible o excesivamente costosa.

Además, Luz del Sur no presenta ninguna prueba fehaciente que demuestre el supuesto daño irreparable que le generaría el hecho de que Electroperú le cobre los precios del mercado de corto plazo mientras dure el procedimiento. Simplemente, se limita a presentar sus alegatos que no son acompañados con las pruebas suficientes.

Por otro lado, en ambas instancias se rechazó las solicitudes del uso de la palabra a Luz del Sur por (i) no ser necesario considerando que la medida fue otorgada en primera instancia y (ii) no ser procedente por el corto tiempo que tiene el TSC para resolver la apelación. Considero que aun cuando una audiencia en la que se expongan los argumentos podría ser mayor garantía de la tutela a un debido procedimiento⁴⁵, las normas aplicables no obligan a las instancias resolutorias a otorgar dicha pretensión, aunque sí a motivar las denegatorias. Es decir, no se puede rechazar arbitrariamente las solicitudes de informes orales, sino que esa decisión

⁴⁵ Posteriormente, en el año 2006, el Tribunal Constitucional estableció como precedente vinculante, lo siguiente:

“Considera este Colegiado, sobre este particular, que si bien el artículo 206 de la citada Ley de Derechos de Autor establece expresamente que en materia de solicitud de informe oral “[...] La actuación de denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Sala del Tribunal, según la importancia y trascendencia del caso”, ello no significa el reconocimiento de una facultad absolutamente discrecional. Aunque tampoco, y desde luego, no se está diciendo que todo informe oral tenga que ser obligatorio por el solo hecho de solicitarse, estima este Tribunal que la única manera de considerar compatible con la Constitución el susodicho precepto, es concibiéndolo como una norma proscriptora de la arbitrariedad. Ello, por de pronto, supone que la sola invocación al análisis de lo actuado y a la materia en discusión no puede ser suficiente argumento para denegar la solicitud de informe oral, no solo porque no es eso lo que dice exactamente la norma en cuestión (que se refiere únicamente a la importancia y trascendencia del caso), sino porque no existe forma de acreditar si, en efecto, se ha analizado adecuadamente lo actuado y si la materia en debate justifica o no dicha denegatoria. El apelar a los membretes sin motivación que respalde los mismos es simplemente

debe estar debidamente sustentada.

Espinoza-Saldaña señala, en ese sentido que nuestra normativa general “no asume como obligatorio el dar audiencia a los(as) interesados(as), siendo su realización más bien una decisión librada a la discrecionalidad de la autoridad competente”⁴⁶ (2010:180).

En el caso, existe una razón objetiva para la denegatoria, que es el breve plazo con el que contaba el TSC para resolver la apelación y la imposibilidad real de que este colegiado pueda escuchar a ambas partes en igualdad de condiciones. Por tanto, no se afectó el debido procedimiento.

En efecto, el TSC contaba con cinco (5) días hábiles para resolver el recurso⁴⁷. Si se toma en cuenta los días comprendidos entre la recepción de la solicitud, la notificación a la contraparte, la notificación a ambas partes de la fecha, hora y lugar (otorgando un plazo razonable para la preparación de las empresas), el desarrollo del informe y el tiempo que queda para la emitir la decisión final, se puede concluir que el corto plazo establecido para emitir la resolución que resuelve la apelación de una medida cautelar es un motivo válido para denegar la solicitud de uso de la palabra.

b. Solicitud de abstención

La resolución de primera instancia que otorga la medida cautelar a Luz del Sur contiene un párrafo que, en opinión de Electroperú, adelantaba la opinión del CCAH respecto del fondo del procedimiento y, por lo tanto, este debía abstenerse de resolverlo. El párrafo en cuestión señala que, “de lo expuesto por Luz del Sur, al parecer existiría una interpretación parcial por parte de Electroperú del Contrato, sin tomar en cuenta lo dispuesto por la Ley de Concesiones Eléctricas y las normas regulatorias (...).”⁴⁸ [subrayado agregado].

encubrir una decisión que puede resultar siendo plenamente arbitraria o irrazonable.” (Tribunal Constitucional: 2006) [subrayado agregado].

⁴⁶ Esta postura es compartida con lo señalado por Jesús González Pérez en “*Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*”. Madrid. Civitas, 1977, pp 432-433.

⁴⁷ Este plazo no es establecido por el Reglamento de Solución de Controversias sino por el último párrafo del artículo 226 de la LPAG, dado que el primero no lo regula. No obstante, este artículo es plenamente aplicable de acuerdo con lo establecido en el artículo 46 del Reglamento de Solución de Controversias.

⁴⁸ Octavo considerando de la Resolución del CCAH N° 001-2004-OS/CC-20-MC.

Electroperú manifestó que la citada afirmación constituiría un adelanto de opinión en tanto el pedido de Luz del Sur en su reclamo está directamente relacionado con el parecer del CCAH⁴⁹. Este último declaró infundada la solicitud de abstención sosteniendo los siguientes argumentos⁵⁰:

- a. El otorgamiento de toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 612 del Código Procesal Civil.
- b. Las consideraciones de la resolución fueron redactadas en forma condicional y sus argumentos están sujetos a verificación posterior.
- c. La aplicación de la abstención debe ser por las causas numeradas en la ley, y su interpretación debe ser restrictiva a aquellos hechos probados.
- d. En la elaboración de la LPAG se consideró que debe procurarse la estabilidad de la competencia administrativa evitando que la abstención sea empleada para entorpecer la función administrativa.

Respecto a la decisión del CCAH, Electroperú interpuso un recurso de apelación⁵¹ por considerar que la norma aplicable es el numeral 2 del artículo 88 de la LPAG y no el Código Procesal Civil, que tiene la condición de supletorio⁵². Finalmente, el TSC declaró infundada la apelación por los mismos motivos que los señalados por el CCAH.

Considero que la solicitud de Electroperú carece de toda razonabilidad, pues bajo esa postura cualquier otorgamiento de medida cautelar implicaría un adelanto de opinión. Como señalamos previamente, las medidas cautelares no tienen la finalidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido sino brindar una protección a los administrados que puedan verse irreparablemente agraviados de no otorgarse la medida.

En esa línea, la medida cautelar otorgada por el CCAH buscaba cautelar y asegurar la continuidad del Servicio Público de Electricidad y evitar agravios a Luz del Sur. El “parecer” del CCAH no buscó establecer una postura respecto al fondo del asunto sino describir los hechos controvertidos. Por otro lado, como señalan el CCAH y el TSC, en las

⁴⁹ Página 2 del escrito de solicitud de abstención presentado por Electroperú (folio 115 del cuaderno principal).

⁵⁰ Argumentos contenidos en la Resolución del CCAH N° 2-2004-OS/CC-20.

⁵¹ El recurso de apelación fue concedido mediante Resolución del CCAH N° 4-2004-OS/CC-20.

resoluciones que resuelven la solicitud de abstención de Electroperú y su apelación, el supuesto parecer no fue redactado de manera decisiva sino en condicional.

Además, Electroperú interpreta de manera aislada el numeral 2 del artículo 88 de la LPAG⁵³, cuando este no se contradice con el Derecho Procesal Civil. Tanto el CCAH como el TSC interpretan el mencionado numeral de manera que puedan darle viabilidad al procedimiento, dentro de los límites de la ley. Una lectura netamente literal del numeral 2 implicaría la procedencia de la abstención con cada medida cautelar que se otorgue. Cabe precisar, además, que la LPAG establecía que el Derecho Procesal Civil es aplicable cuando sea compatible con el régimen administrativo, lo que ocurre precisamente en este caso.

c. Presentación de cautelar judicial

Durante la tramitación del procedimiento, se puso en conocimiento del CCAH la Resolución N° 1 dictada por el Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores que dicta una medida cautelar innovativa a favor de Electroperú y en consecuencia ordena que “Luz del Sur cumpla con abonar los montos correspondientes a sus excesos de energía plasmados en las facturaciones correspondientes emitidas por Electroperú S.A., a partir de su incumplimiento, desde el mes de julio del presente año, y que continúe realizando los pagos conforme al contrato de suministro (...) hasta la culminación del contrato de suministro o la ejecución del laudo que deba emitirse”⁵⁴.

En el marco de la primera instancia, el mismo día que debía efectuarse la audiencia única, Electroperú presentó la resolución judicial solicitando que el procedimiento se suspenda “debido a que la controversia es de

⁵² Página 2 del recurso de apelación de Electroperú contra la Resolución del CCAH N° 2-2004-OS/CC-20 (folio 284 del cuaderno principal).

⁵³ “Artículo 88. Causales de abstención

La autoridad que tenga facultad resolutive o cuyas opiniones sobre el fondo del procedimiento puedan influir en el sentido de la resolución, debe abstenerse de participar en los asuntos cuya competencia le esté atribuida, en los siguientes casos:

(...)

2. Si ha tenido intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración.

(...)”

⁵⁴ Parte resolutive de la decisión judicial, contenida en el folio 321 del cuaderno principal.

conocimiento de la autoridad jurisdiccional”⁵⁵. Si bien esta resolución constituye una obligación para Luz del Sur, no se establece ninguna disposición aplicable al OSINERGMIN, ni se requiere que esta realice algún acto o se abstenga de hacerlos. Por lo tanto, esta solicitud es declarada -de manera correcta- improcedente por el CCAH⁵⁶.

El Anexo 2 del presente informe contiene la línea de tiempo detallada de cada uno de los actos procedimentales llevados a cabo por las partes del trilateral, incluyendo a los órganos resolutivos.

De todo lo señalado en el presente numeral, considero que tanto las partes como los órganos resolutivos cumplieron, de manera general, con las reglas y normas administrativas establecidas para estos efectos.

3.2. El cobro de los excedentes

3.2.1. El mercado eléctrico peruano

La actividad eléctrica en el Perú está regulada principalmente por la LCE y el Reglamento de la LCE. De acuerdo con el marco legal de nuestro sistema eléctrico, el sector comprende principalmente las actividades: generación, transmisión, distribución y comercialización⁵⁷.

En primer lugar, la actividad de generación consiste en la producción de energía eléctrica utilizando recursos como agua (centrales hidroeléctricas), gas, carbón y diésel (centrales termoeléctricas), luz solar (centrales fotovoltaicas), corrientes de aire (centrales eólicas), entre otros. Durante los primeros años del 2000, la mayor parte de energía eléctrica era producida por centrales hidroeléctricas. La actividad de generación no se realiza en condiciones monopólicas. En la actualidad, la actividad eléctrica de generación es altamente competitiva.

En segundo lugar, la actividad de transmisión consiste en transportar la

⁵⁵ Página 2 del escrito de Electroperú presentando ante el CCAH la Resolución Judicial N° 1 (folio 323 del cuaderno principal).

⁵⁶ Artículo único de la Resolución del CCAH N° 6-2004-OS/CC-20 que resuelve la solicitud de Electroperú para suspender el procedimiento (folio 325 del cuaderno principal).

energía eléctrica en altas y muy altas tensiones. Bajo el régimen vigente al momento de los hechos del caso, el sistema de transmisión estaba constituido por el Sistema Principal de Transmisión y el Sistema Secundario o Auxiliar de Transmisión. La actividad de transmisión eléctrica tiene condiciones de monopolio natural⁵⁸ y fue considerada explícitamente -de manera posterior al momento en el que se desarrolló el presente Caso- como un servicio público por la LCE⁵⁹.

En tercer lugar, la actividad de distribución consiste en el desarrollo de redes de media y baja tensión que permitan la entrega de energía a los usuarios que se ubican dentro de una determinada zona de concesión. Bajo la LCE se ha establecido que la actividad de distribución también comprenda la actividad de comercialización de energía a clientes regulados. Asimismo, también se ha establecido que la empresa distribuidora tendrá exclusividad dentro del área geográfica de concesión. En lo que respecta a clientes libres, estos tienen libertad de negociar y contratar el suministro de energía eléctrica con generadores o distribuidores eléctricos.

En términos simples, el sistema eléctrico consiste en la inyección de la energía eléctrica generada, en barras que elevan la tensión de dicha energía para que pueda ser transportada a través de las líneas de transmisión hasta otras barras, las cuales reducirán la tensión para que esta pueda ser -posteriormente- consumida por los usuarios regulados o clientes libres.

A efectos del presente informe resulta fundamental detallar algunas nociones adicionales, propias del sector eléctrico:

Cuadro N° 2 – Conceptos relevantes

| N° | Término | Definición |
|-----------|----------------|---|
| 1 | Cliente libre | <ul style="list-style-type: none"> • Usuario que consumía una cantidad de energía eléctrica superior a los 1 MW al |

⁵⁷ Si bien la LCE establece a la comercialización como una de las actividades del sector eléctrico, esta actividad no ha sido desarrollada como tal por empresas cuyo propósito exclusivo sea el de comercialización, como sucede en otros países como España.

⁵⁸ Es importante precisar que ninguna norma legal especifica que la transmisión es un derecho de prestación exclusiva.

⁵⁹ A efectos del presente informe, no es relevante profundizar más en la actividad de transmisión.

| | | |
|---|--|--|
| | | <p>momento de los hechos del Caso.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Podrá negociar el precio de su servicio, y elegir la calidad del suministrante (generadores o distribuidores). |
| 2 | Usuario regulado | <ul style="list-style-type: none"> • Son aquellos usuarios que consumen menos de 1 MW. • No pueden elegir la fuente de suministro, debiendo ser esta la empresa de distribución que ejerza la concesión en el espacio geográfico. • Los precios se regulan por el OSINERGMIN. |
| 3 | Mercado <i>spot</i> | <ul style="list-style-type: none"> • Sistema de comercialización de corto plazo en el cual los generadores inyectan energía eléctrica al sistema de acuerdo con las indicaciones dictadas por el COES cada quince (15) minutos. • Se realizaban transacciones en tiempo real de grandes cantidades de energía eléctrica entre generadores. • Carece de contratos. |
| 4 | Contratos de suministro de electricidad o <i>Power Purchase Agreements</i> (PPA) | <ul style="list-style-type: none"> • Sistema de comercialización de largo plazo en el cual se negocian acuerdos entre dos agentes del mercado eléctrico⁶⁰. • Se pacta principalmente el suministro de una cantidad de potencia y energía. • En el caso de los PPA entre generadores y distribuidores para el suministro de usuarios regulados (contratos bilaterales), la tarifa se regula por OSINERGMIN y se denomina Tarifa en Barra. |
| 5 | COES | <ul style="list-style-type: none"> • Es el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional, entidad privada sujeta al derecho público que está compuesta por representantes de las tres |

⁶⁰ Podrían ser entre Generadores y Distribuidores, entre Distribuidores y Usuarios Libres o entre generadores y Usuarios Libres.

| | | |
|---|----------------------------|---|
| | | <p>actividades eléctricas y clientes libres.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Es el encargado de planificar y coordinar el suministro de energía eléctrica en tiempo real, debido a la imposibilidad de almacenar la energía a costos eficientes. |
| 6 | Comercialización minorista | <ul style="list-style-type: none"> • Es el suministro de energía eléctrica en pequeñas cantidades, destinado a cubrir la demanda de los usuarios regulados. • Es el Servicio Público de Electricidad desarrollado por los distribuidores. |
| 7 | Comercialización mayorista | <ul style="list-style-type: none"> • Es el suministro de energía eléctrica en grandes cantidades destinado a cubrir la demanda de dos grandes grupos: los Usuarios Libres y los Distribuidores eléctricos. • Se desarrolla por los generadores en condiciones de competencia. |

Además, será fundamental entender la actuación de los generadores en el mercado eléctrico. Quiñones, grafica de manera precisa este tema, se la siguiente manera:

Siguiendo el modelo chileno, la Ley de Concesiones Eléctricas dividió la generación en dos segmentos: uno regulado y el otro libre. El primero corresponde al suministro destinado a los usuarios del servicio público de electricidad (...) en el cual tanto las ventas de generador a distribuidor, como de este último al consumidor final, se realizan a un precio fijado administrativamente (la tarifa en barra). (...).

(...), los generadores pueden elegir libremente entre vender al mercado spot la electricidad que producen, celebrar contratos bilaterales con distribuidores o clientes libres, o una combinación de ambas opciones.

La única restricción es la contenida en el artículo 101 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, que exige que cualquier contratación cuente con la garantía física del suministro (es decir, que no pueden obligarse a suministrar más potencia y energía que la que producen y las que tengan contratadas con otros generadores). En otras palabras, la legislación vigente impide,

incluso a los generadores, la celebración de contratos financieros “puros”, a pesar de que ello sería teóricamente posible al tener acceso al mercado “spot” para adquirir cualquier faltante que no produzcan. [énfasis agregado] (2005: 76-77).

A pesar de la extensión de la cita, esta es pertinente para entender el presente Caso. En efecto, nos encontramos frente a una generadora que contrata con una distribuidora el suministro de una cantidad determinada de energía para la prestación del Servicio Público de Electricidad. Sin embargo, la distribuidora retira mayores cantidades que las pactadas, sosteniendo que la tarifa que debe compensar dichos retiros no son los del Contrato de Suministro sino el tope constituido por la Tarifa en Barra.

El artículo 101 del Reglamento de la LCE establece que “[n]ingún integrante del COES podrá contratar con sus usuarios, más potencia y energía firme que las propias y, las que tenga contratada con terceros, pertenezcan o no al COES.”

De lo señalado por Quiñones y la literalidad del artículo 101 del Reglamento de la LCE, se desprende que un generador no puede vender más potencia y energía que la propia o contratada con terceros. Si bien los generadores y los distribuidores pueden pactar estos contratos, el suministro deberá estar garantizado y no podría existir un compromiso que supere esa garantía física.

Las razones detrás del artículo 101 del Reglamento de la LCE giran en torno a temas de seguridad y orden, a fin de evitar que drenen el mercado con requerimientos de energía que superen la oferta. El escenario óptimo es que la oferta y demanda se encuentren en balance. Justamente, el hecho de que se deba pagar una tarifa distinta (en este caso, mayor) que la regulada por los excesos de consumo sirve como medio para lograr ese balance. Si el costo de la energía en el mercado de corto plazo es superior a la Tarifa en Barra, los parámetros contractuales previstos sirven como desincentivo.

3.2.2. Regulación del Servicio Público de Electricidad

El artículo 2 de la LCE establecía que “[c]onstituye 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”.

No es intención de este informe analizar detalladamente la definición de servicio público, debido a que esta determinación no se encuentra en cuestionamiento. De manera general, resulta adecuada la definición elaborada por Huapaya:

[L]os servicios públicos económicos en sentido estricto y objetivo, serán actividades económicas de base privada o entregadas en todo caso a la iniciativa privada, sujetas a regulación económica implementada por el Estado, en orden a cumplir con los objetivos del marco legal del servicio, sin importar si es el Estado por medio de una empresa pública quien lo presta, o de lo contrario, si es que estamos frente a un prestador privado del servicio, con la condición de que se cumpla efectivamente con las diversas normas sectoriales que reflejan las viejas leyes de Roland de la regularidad, continuidad, igualdad, universalidad y progresividad de la prestación, en orden a satisfacer necesidades básicas o esenciales de la sociedad en conjunto, y permitir el desarrollo del conjunto de los servicios y actividades económicas que se montan sobre la infraestructura social levantada por medios de los grandes servicios públicos.⁶¹ (2015: 391).

El Tribunal Constitucional⁶², por su parte, también desarrolla algunas características que deben tener los servicios públicos, tales como:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standard mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad (2004).

Otro requisito fundamental del servicio público es que debe ser expresamente establecido por una ley. Huapaya cita amplia doctrina y jurisprudencia, según la cual es imprescindible que una ley declare a un servicio como público. A efectos del presente trabajo, conviene rescatar la

⁶¹ Huapaya sostiene que esta definición ha sido inspirada en el trabajo de Dolors Calans I Alettler y de las lecciones de José Esteve Pardo.

cita del catedrático español Gaspar Ariño, dado que este abogado participa del presente Caso.

Así, para Ariño, la definición de servicio público considera lo siguiente:

Se califican técnicamente como 'servicios públicos' un conjunto de actividades que, a la vista de la evolución y circunstancias de la vida de la sociedad, han devenido indispensables y esenciales para la comunidad, de tal manera que ésta se apoya necesariamente en ellos para su supervivencia y funcionamiento como tal. La determinación de cuáles sean en concreto estas actividades es una cuestión histórica y contingente, pero en cualquier caso la apreciación de cuando una necesidad se ha colectivizado constituye una "necesidad pública indispensable" corresponde al Estado. **Esta declaración formal de servicio público**, por sus trascendentales efectos (...), **debe ser adoptada mediante Ley formal (del Parlamento), que declare servicio público un sector de actividad determinado** [énfasis agregado] (2015: 384).

De manera que, para el experto español, un servicio público consiste en un sector de actividad determinado que debe ser declarado como tal mediante una ley formal. Esta definición será fundamental más adelante.

Por su parte, Danós señala que el hecho de que una determinada actividad sea declarada como servicio público, despliega importantes efectos a considerar:

A. Titularidad estatal

De un lado, el Estado asume la titularidad del servicio en cuestión, pero no para apropiarse de la actividad o para extraerla del mercado por la vía de impedir que los particulares puedan prestarlo, ya que **la asunción de titularidad sólo implica una toma directa de la responsabilidad por parte del Estado**, que no se apropia materialmente de la actividad calificada como servicio público. De ahí que aunque la titularidad del servicio público sea estatal, la ejecución de la actividad (la prestación del servicio público) tenga que estar a cargo de empresas particulares y que, por aplicación del precepto constitucional que consagra el principio de subsidiariedad, la intervención estatal en el plano de la gestión se restrinja a los supuestos de ausencia o insuficiencia de las prestaciones gestionadas por los privados, cediendo el Estado el protagonismo en la prestación a favor de los operadores particulares. (...)

B. Sujeción a un determinado régimen de carácter público

La segunda consecuencia importante de la declaración formal de una actividad como servicio público, ya no en función del Estado, sino respecto de la actividad misma, lo

⁶² A través de la sentencia recaída en el Expediente N° 34-2004-AI/TC.

constituye la aplicación de un **régimen jurídico especial de carácter público que determina las potestades del Estado y los derechos de los prestadores del servicio**, con la finalidad de asegurar el suministro de las citadas prestaciones esenciales que satisfacen necesidades primordiales de la sociedad. [Énfasis agregado] (2008: 259-261).

Añade Danós, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que las características del Servicio Público son principalmente su “naturaleza esencial para la comunidad, la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, su naturaleza regular; es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad, y la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad” (2008: 262).

Ahora bien, como hemos adelantado previamente, las empresas distribuidoras son aquellas que entregan la energía eléctrica que adquirieron de las empresas generadoras, a los clientes libres o usuarios regulados. En el momento en el que se desarrollaron los hechos del presente Caso, los distribuidores debían contratar el suministro de energía con los generadores a través de contratos bilaterales de suministro de electricidad o *PPA*.

Los *PPA* que suscriban los distribuidores con los generadores para el suministro de electricidad de usuarios regulados, como parte del Servicio Público de Electricidad, debían someterse a una tarifa regulada por el OSINERGMIN denominada Tarifa en Barra. Como en todo contrato, la prestación no puede ser indefinida ni indeterminada, sino que debería sujetarse a las capacidades de las partes contractuales.

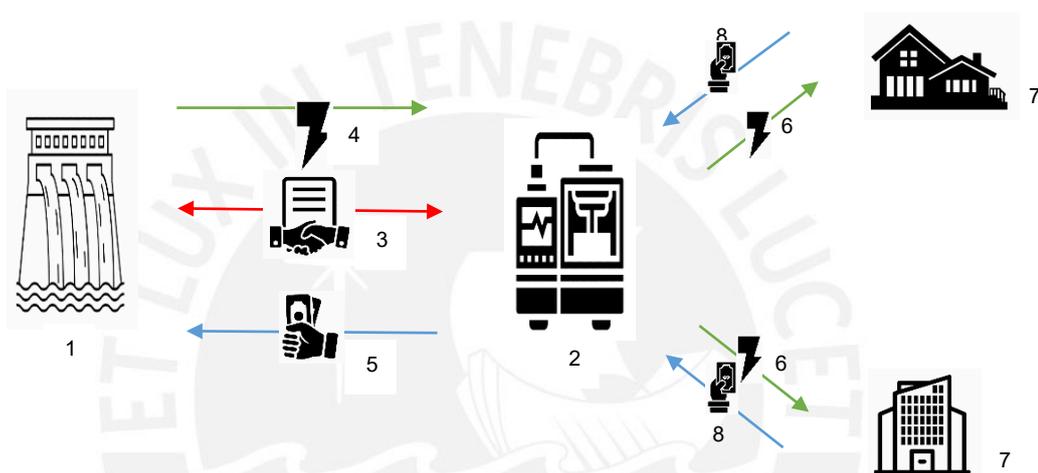
Como adelantamos previamente en la cita de Quiñones (2005: 76-77), el artículo 101 del Reglamento de la LCE prohíbe que los generadores contraten por una potencia y energía superior a su garantía física, con lo que un contrato sin límite de suministro sería contrario a dicho reglamento. Cabe señalar que, con posterioridad al Caso, el legislador optó por elevar a rango de ley la prohibición normativa para los generadores de contratar por más potencia y energía de la que pueden producir o que tengan contratada⁶³.

⁶³ Artículo 3 de la Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica.

En tal sentido, los *PPA* determinan la cantidad de energía que va a suministrar un generador a un distribuidor para el Servicio Público de Electricidad, la cual será retribuida con la Tarifa en Barra. Este será el ámbito regulado por el OSINERGMIN.

Podemos graficar la estructura descrita de la siguiente manera:

Gráfico N° 3 – Cadena de suministro para el Servicio Público de Electricidad



Del Gráfico N° 3, podemos desprender que las empresas generadoras (1) y las empresas distribuidoras (2) suscriben los contratos o *PPA* (3) necesarios para el suministro de potencia y energía (4) a cambio de una prestación denominada Tarifa en Barra (5) que será regulada por el OSINERGMIN. En los contratos, se establece la cantidad de potencia y energía que la generadora está obligada a destinar a la distribuidora.

Esa cantidad de potencia y energía, para que pueda considerarse como parte del Servicio Público de Electricidad, debe ser destinada a los usuarios regulados (7), los cuales recibirán la electricidad (6) a cambio de una tarifa (8) también regulada por el OSINERGMIN.

La controversia en el presente caso inicia cuando una empresa distribuidora (LDS) consume más energía que la que había contratado con una empresa generadora (EP). Ambas partes reconocen que ese exceso

debe ser cobrado, sin embargo, el conflicto recae en si el monto que la empresa distribuidora debe pagar a la generadora por los excesos retirados debe encontrar un límite en la Tarifa en Barra establecida por el OSINERGMIN, o si por el contrario, dicho monto puede pactarse libremente por las partes sin mayor límite que el indicado por la voluntad conjunta.

Por tanto, la controversia consiste en determinar si el tope aplicable al precio del exceso de consumo de energía -en el marco de un Contrato de Suministro para el Servicio Público de Electricidad- puede o no exceder la Tarifa en Barra.

Para determinar ello, es importante considerar las siguientes normas:

Cuadro N° 3 – Normas relevantes

| N° | Norma | Cita |
|----|---------------------------|---|
| 1 | Artículo 31 de la LCE | <p>“Artículo 31.- Los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a:</p> <p>(...)</p> <p>c) Aplicar los precios regulados que se fijen de conformidad con las disposiciones de la presente Ley;</p> <p>(...)”</p> |
| 2 | Artículo 8 de la LCE | <p>“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.</p> <p>(...)”</p> |
| 3 | Literal c del artículo 43 | <p>“Artículo 43.- Estarán sujetos a regulación de precios:</p> <p>(...)</p> <p>c) Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio</p> |

| | | |
|---|-----------------------|---|
| | de la LCE | Público de Electricidad; (...)" |
| 4 | Artículo 45 de la LCE | “Artículo 45.- Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra.” |

De manera previa al análisis de las normas citadas, es pertinente detallar qué se entiende por Tarifa en Barra, para poder comprender el alcance de las posiciones de ambas empresas.

Sobre el particular, Santivañez explica lo que significa la Tarifa en Barra en el mercado eléctrico peruano:

La venta de energía y potencia entre un Generador y una Empresa de Distribución destinada al suministro de consumidores de servicio público de electricidad se encuentra sujeta a regulación de precios establecidos periódicamente por [el OSINERGMIN].

Los precios regulados de potencia y energía se expresan en las denominadas Tarifas en Barra fijadas por [el OSINERGMIN].

Las Tarifas en Barras no constituyen precios obligatorios para esta modalidad de suministro, por el contrario, constituyen los precios máximos de potencia y energía que pueden ser trasladados por la Empresa de Distribución a los consumidores del servicio público de electricidad. (1998: 121)

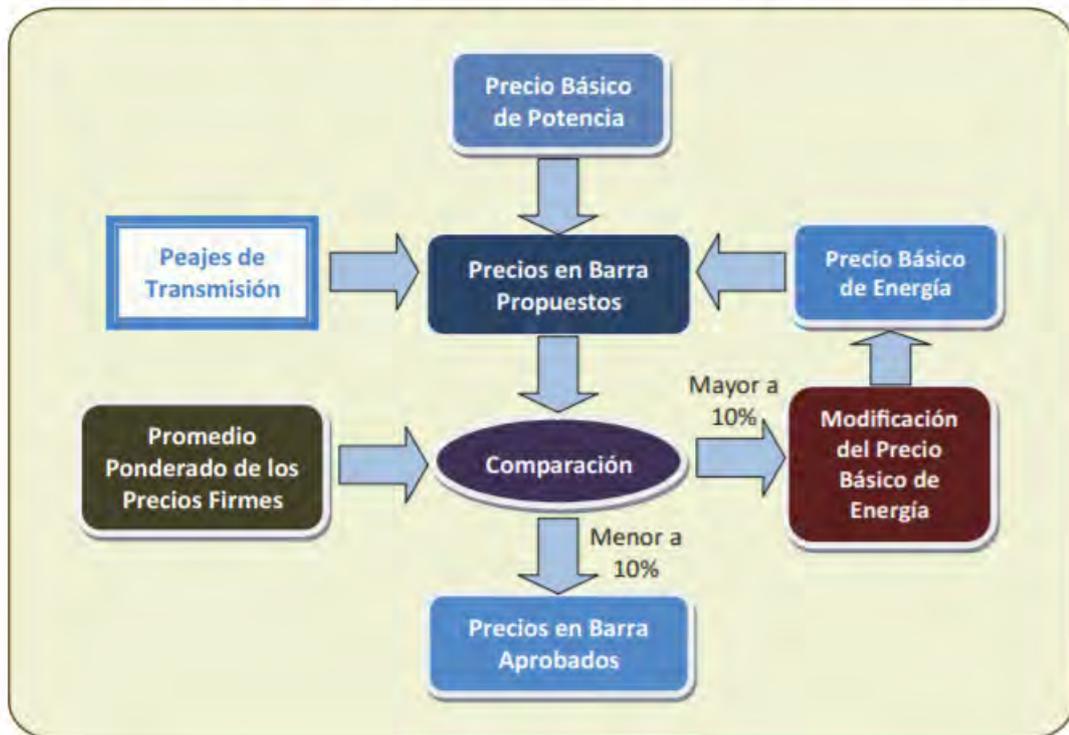
Los criterios para determinar la Tarifa en Barra se encuentran regulados en el Título V del Reglamento de la LCE. OSINERGMIN (2016) explica el procedimiento de regulación tarifaria en este caso, conforme a lo siguiente:

Los Precios en Barra se conforman a partir de los precios básicos, definidos en el Artículo 47° de la LCE y Artículos 125° y 126° de su Reglamento, los mismos que están constituidos por los precios de potencia y energía en las barras de referencia, a partir de las cuales se expanden los precios mediante factores de pérdidas de potencia y factores nodales de energía, respectivamente. (2016: 3)

La fijación de Tarifas en Barra también ha sido desarrollada por Dammert, Molinelli y Carbajal (2011) de la siguiente manera:

Los precios en barra engloban el precio básico de energía, el precio básico de potencia y los peajes de transmisión, y antes de ser aprobados deben ser comparados previamente con el promedio ponderado de los precios firmes; si la diferencia entre ambos (precios barra y precios firmes) resulta menor al 10%, los precios en barra propuestos serán aprobados. En cambio, si la diferencia entre ambos precios es mayor a 10%, deberá realizarse un ajuste al precio básico de potencia para alcanzar a lo más una diferencia del 10%, como se muestra en el gráfico siguiente:

Gráfico N° 75: Esquema de la fijación de los precios en barra



Fuente: Osinergmin (2011: 145-146)

Ahora bien, vemos en primer lugar que el artículo 31 de la LCE representa un mandato genérico que obliga a todos los concesionarios a aplicar los precios regulados establecidos por la LCE. En tal sentido, ninguno podría alegar la libre determinación de precios si es que estos deben ser fijados regulatoriamente. En el Caso, la Tarifa en Barra constituye un precio regulado al que tanto generadores como distribuidores se encuentran sujetos cuando se trata de atender el Servicio Público de Electricidad.

En segundo lugar, el artículo 8 de la LCE establece un régimen distinto para aquellos segmentos del mercado eléctrico en los que exista competencia y en los que no. Para el primer caso, la regla general es un

sistema de libertad de precios, pues se entiende que las leyes de oferta y demanda se encargarán de determinar los precios.

Este es el caso, por ejemplo, de los contratos de suministro que celebran los clientes libres con las empresas generadoras y distribuidoras. Dado que, en este mercado, el suministro de potencia y energía es competitivo no solo a nivel de generadoras, sino entre estas y las distribuidoras, la regla tarifaria en este aspecto es la libertad de precios. Los usuarios que requieran de grandes cantidades de potencia y energía podrán negociar libremente los precios que están dispuestos a pagar, tanto con las empresas generadoras como con las distribuidoras.

Por otro lado, la normativa establece precios regulados para aquellos suministros que “por su naturaleza lo requieran”⁶⁴. Un ejemplo de este último sistema es el suministro de las empresas distribuidoras a los usuarios regulados. Al ser la actividad de distribución un monopolio natural, y al resultar ineficiente la competencia en esta actividad, corresponde que sea el Estado quien determine los precios máximos que las empresas distribuidoras pueden cobrar a los usuarios regulados, quienes no tienen más opción que la de contratar con dichas empresas.

En tercer lugar, el literal c) del artículo 43 de la LCE es claro en señalar que las ventas de energía que realicen las empresas generadoras a las empresas distribuidoras, para el Servicio Público de Electricidad, estarán sujetas a regulación de precios.

Respecto a este punto, es fundamental enfatizar en dos aspectos, de cara al análisis del caso concreto. Lo primero es que la norma citada no hace distinción en la energía vendida para la aplicación del régimen de regulación tarifaria. Esto es, según el texto literal, cualquier tipo de venta que realicen las generadoras a las distribuidoras, y que tenga como objetivo el suministro del Servicio Público de Electricidad, estará sujeto a regulación de precios.

No obstante, lo segundo a considerar es que la norma habla de “venta” en específico, y no de “transferencia” en general. Es decir, para que se gatille

la regulación de precios, además de que la energía debe estar destinada al Servicio Público de Electricidad, se requiere que las partes hayan acordado y celebrado la venta de dicha energía.

En cuarto lugar, el artículo 45 de la LCE, en similar sentido que el literal c) del artículo 43 del mismo texto normativo, señala que será la “venta” de energía a una distribuidora, para el Servicio Público de Electricidad, la que se sujetará a la Tarifa en Barra. Nuevamente, la Tarifa en Barra no se aplicaría de manera general a cualquier transferencia de energía aun cuando esté destinada al Servicio Público de Electricidad, sino únicamente cuando dicha transferencia sea resultado de una venta.

Finalmente, debemos hacer énfasis en las Cláusulas 2.6 y 4.4 del Contrato de Suministro, que indican lo siguiente:

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 1000 kW, el citado suministro será destinado a clientes que tengan una demanda máxima igual o menor a 1000 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.

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.

De lo señalado se desprende que el legislador ha optado por establecer un sistema de precios regulados para determinados segmentos del mercado eléctrico, específicamente para el suministro del Servicio Público de Electricidad.

⁶⁴ Artículo 8 de la LCE.

3.2.3. Regulación tarifaria en el Caso

Antes de analizar, de manera crítica, los argumentos y posiciones presentadas tanto por Luz del Sur y Electroperú, como por el CCAH y el TSC, es pertinente detallar cada uno de ellos, a fin de entender cabalmente las pretensiones del Caso. De manera general, los principales argumentos de cada parte se encuentran contenidos en los escritos de reclamación, de absolución de traslado, de apelación y en las resoluciones finales de cada instancia.

Siendo que **Luz del Sur** inició el procedimiento de solución de controversias, iniciaremos analizando sus argumentos.

La Distribuidora sostiene, en primer lugar, que el precio tope que los generadores pueden cobrar a los distribuidores no puede exceder la Tarifa en Barra para las ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, en base a una lectura de las tres normas señaladas en el acápite anterior. A criterio de LDS, el artículo 45 de la LCE no hace distinción entre ventas inferiores o excedentes a la energía contratada, por lo que no puede distinguirse tampoco en la interpretación⁶⁵.

De acuerdo con Luz del Sur, el tope por la tarifa es aplicable también a los retiros en exceso de la energía contratada siempre que esta sea destinada al Servicio Público de Electricidad. En tal sentido, Electroperú no puede cobrar -por los retiros en exceso- un precio mayor a la Tarifa en Barra regulada por el OSINERGMIN⁶⁶.

En segundo lugar, Luz del Sur sostiene que la subcláusula 4.4 del Contrato de Suministro debe leerse de manera sistemática, considerando que los excesos deben pagarse a costo marginal de corto plazo siempre y cuando éste no sea mayor que la Tarifa en Barra fijada por el OSINERGMIN. En caso contrario, será la Tarifa en Barra el precio tope que pueda cobrar el Generador. De acuerdo con el Luz del Sur, “[e]sta interpretación es acorde con el Principio de Conservación, que obliga a interpretar el acto jurídico de

⁶⁵ Tercer párrafo del numeral 4.5 del escrito de reclamación presentado por Luz del Sur (folio 60 del cuaderno principal).

⁶⁶ Numeral 4.2 del escrito de reclamación presentado por Luz del Sur (folios 71 al 70 del cuaderno principal).

forma que mantenga su validez y eficacia plena⁶⁷.

Ante el argumento de Electroperú, según el cual LDS no puede reclamar porque en ocasiones pasadas reconoció los pagos en los términos del Contrato de Suministro (y, por tanto, se configuró los supuestos de los actos propios), LDS sostiene que tiene derecho a reclamar lo indebidamente pagado por error⁶⁸. Según la Distribuidora, no cabe la aplicación de la doctrina de los actos propios porque no existió conducta válida y eficaz, dado que esos pagos no se ajustaron a derecho. Por lo tanto, se puede actuar contra actos que son inválidos⁶⁹.

Por su parte, **Electroperú** sostiene en primer lugar que existe competencia en la venta de energía entre generadores y distribuidores, por lo que se puede pactar un precio encima de la Tarifa en Barra, pero ese precio no podría ser trasladado a los usuarios regulados⁷⁰.

Señala, además, que “no existe un ‘precio regulado’ para la facturación de excesos de consumo de energía”⁷¹. Por lo tanto, al ser un aspecto patrimonial de libre disposición, corresponde aplicar el monto pactado en el Contrato de Suministro, específicamente en la subcláusula 4.4⁷².

En segundo lugar, a criterio de Electroperú, LDS no ha acreditado que los destinos de los excesos sean para el Servicio Público de Electricidad⁷³.

En tercer lugar, el Generador sostiene que sí puede cobrar los montos pactados en el Contrato de Suministro porque el cobro de los excesos no se realiza en el marco de una compraventa sino como la aplicación de penalidades ante el incumplimiento de LDS de retirar únicamente las

⁶⁷ Segundo, tercer y cuarto párrafo del numeral 4.4 del escrito de reclamación presentado por Luz del Sur (folios 71 al 70 del cuaderno principal).

⁶⁸ Presentación de Luz del Sur en la Audiencia Única de fecha 19 de octubre de 2004.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Numeral 2.1 del Escrito de excepciones y absolución del traslado de Electroperú (folio 261 del cuaderno principal).

⁷¹ Segundo párrafo del numeral 2.1 del Numeral 2.1 del Escrito de excepciones y absolución del traslado de Electroperú (folio 261 del cuaderno principal).

⁷² Numeral 2.3 del Escrito de excepciones y absolución del traslado de Electroperú (folios 258 y 257 del cuaderno principal).

⁷³ Considero que esta argumentación es irrelevante, en tanto la defensa del Generador consiste en señalar que los excesos no estaban sujetos a la Tarifa en Barra. La decisión del Tribunal no habría variado en caso se detecte que el destino es o no el mercado de los usuarios regulados, en tanto la consulta era por la aplicabilidad de la Tarifa en Barra para el cobro de los excesos.

cantidades contratadas⁷⁴.

En tal sentido, la subcláusula 4.4 del Contrato de Suministro establece penalidades porque resarce daños (de conformidad con el artículo 1341 del Código Civil), constituyen incumplimientos al Contrato de Suministro, obliga a Electroperú a comprar energía de otras generadoras a costos marginales, es ajeno a la potencia y energía contratada y su denominación de precio no altera su naturaleza jurídica. Electroperú sostiene además que Luz del Sur reconoció la naturaleza de penalidades de estos cobros en ocasiones anteriores.

Para Electroperú, aceptar la pretensión de LDS implicaría que los generadores se obliguen a suministrar más energía que la que pueden producir, yendo en contra de la legislación sobre la materia. Les daría a los distribuidores, en otras palabras, un consumo ilimitado y discrecional.

Finalmente, Electroperú señaló que LDS nunca cuestionó la validez de las facturas y ha pagado los excesos de consumo hasta en ocho (8) oportunidades entre el 2002 y 2004, en los términos previstos en el Contrato de Suministro por montos que -en la mayoría de los casos- excedían la Tarifa en Barra.

Para el Generador, se cumplen los tres supuestos de la doctrina de los actos propios debido a que (i) hay conductas anteriores relevantes y eficaces; (ii) se ejercita una facultad por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción atentatoria de la buena fe existente entre ambas conductas y (iii) hay identidad entre ambos sujetos. Existiría, según sus alegaciones, una manifestación de voluntad tácita de aceptar pagar los consumos de energía en exceso a costos marginales⁷⁵.

El **CCA**H considera que el Contrato de Suministro debe interpretarse con las reglas del Código Civil. Es decir, según su criterio, correspondía que su colegiado interprete el texto del Contrato de Suministro⁷⁶.

⁷⁴ Punto 4 del numeral 2.2 del del Escrito de excepciones y absolución del traslado de Electroperú (folio 258 del cuaderno principal).

⁷⁵ Numeral 2.4 del Escrito de excepciones y absolución del traslado de Electroperú (folios 257 al 254 del cuaderno principal).

⁷⁶ La posición del CCAH descrita en los párrafos siguientes corresponde a lo indicado en la Resolución del CCAH 8-2004-OS/CC-20 que resuelve en primera instancia la reclamación de Luz del Sur.

Respecto al tema de fondo, el CCAH consideró que los excesos no están regulados por la normativa del sector eléctrico. En tal sentido, debido a que no hay una norma que regule el límite de la factura de los excesos, es válido pactar sobre esta materia, y pagarlos como lo hizo LDS en ocho (8) oportunidades, siete (7) de las cuales superaron la Tarifa en Barra.

Adicionalmente, para el CCAH, el principio de los actos propios es plenamente aplicable porque da protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia. Ello porque las partes establecieron libremente un sistema de facturación de los excesos de energía que se efectuó en varias ocasiones. LDS no debía, según su posición, contradecir sus actos propios.

En base a lo anterior, el CCAH declara, respecto a este punto, infundada la reclamación presentada por LDS y establece que “a los retiros 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”⁷⁷.

Por su parte, el **TSC** considera ⁷⁸ en primer lugar, la interpretación teleológica de los artículos a la luz de las reformas que sucedieron en el sector eléctrico con la LCE, y específicamente en el objetivo de desregular el sector. En base a lo anterior, el TSC sostiene que la LCE apunta a la promoción de los ámbitos de la autonomía privada como regla general, y la regulación como excepción. Los distribuidores, en este marco, “podrán diversificar su riesgo porque podrá[n] elegir entre varios proveedores de energía (generadores) y obtener mejores precios por la competencia que existirá entre ellos”.

Siendo ello así, la autoridad regulatoria no podría tener injerencia en la autonomía privada que la LCE reconoce para los actores del mercado. El TSC hace referencia además a las alegaciones de Luz del Sur en un procedimiento ante el OSINERGMIN, mediante las cuales la Distribuidora

⁷⁷ Artículo tercero de la Resolución del CCAH 8-2004-OS/CC-20 que resuelve en primera instancia la reclamación de Luz del Sur.

consiguió que se elimine la regulación de las penalidades, por encontrarse estas dentro del ámbito de la autonomía privada.

Finalmente, el criterio decisivo para la decisión del TSC radica en la distinción que hace respecto a las transferencias de energía dentro de los límites contratados y aquellos que forman parte de los excesos. Para el Tribunal, la regulación tarifaria de la Tarifa en Barra es únicamente aplicable a aquellas transferencias voluntarias que las partes hayan pactado en el respectivo contrato, y no para las tomas que excedan ese monto. De modo contrario, el generador no podría asignar su energía eficientemente, el distribuidor podría actuar casi discrecionalmente por el mercado sin contratos que lo autoricen, y podría determinar exclusivamente la cantidad del bien materia de la prestación.

En base a lo anterior, el TSC concluye que:

1. (...) 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^[79].
2. "(...) los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe[n] estar a lo estipulado contractualmente, respetándola autonomía de las partes por ser un aspecto no regulado^[80].

3.2.4. Posición y crítica de los argumentos alegados por las empresas y en las resoluciones del OSINERGMIN

De manera general, la controversia es compleja debido a que ambas argumentaciones resultan razonables. Por el lado de Luz del Sur, es evidente que se ve en un problema al no poder suscribir los contratos de suministro necesarios para el Servicio Público de Electricidad, y que además, este no puede ser suspendido por la característica de continuidad de los servicios públicos y por la utilidad pública del mismo.

⁷⁸ La posición del TSC descrita en los párrafos siguientes corresponde a lo indicado en la Resolución del TSC N° 5-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG que resuelve en segunda instancia la reclamación presentada por Luz del Sur y las correspondientes apelaciones.

⁷⁹ Artículo cuarto de la Resolución del TSC N° 5-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG que resuelve en segunda instancia la reclamación presentada por Luz del Sur y las correspondientes apelaciones.

⁸⁰ Artículo quinto de la Resolución del TSC N° 5-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG que resuelve en segunda instancia la reclamación presentada por Luz del Sur y las correspondientes apelaciones.

Como hemos señalado en el numeral 3.2.2, los servicios públicos deben cumplir con -entre otras características- la continuidad. Huapaya (2011: 95) sostiene que la característica de continuidad implica que “[e]l servicio debe prestarse ininterrumpidamente, cada vez que sea requerido por el usuario, ya que satisface a una necesidad esencial”.

En ese escenario, la Distribuidora se ve en la necesidad de obtener por otros medios (a través del retiro de excesos, por ejemplo), el suministro necesario para la prestación del mencionado servicio público. En caso el costo de ese suministro sea mayor a los precios regulados por OSINERGMIN, Luz del Sur no podría trasladar esos costos adicionales a los usuarios regulados por los topes establecidos también por el Regulador.

Por el otro lado, Electroperú también tiene una posición válida, según la cual su obligación contractual de suministro termina en las cantidades contratadas, y cualquier obligación adicional no se encuentra regulada y deberá sujetarse a lo que las partes establecieron en el Contrato de Suministro.

El riesgo de que la posición de Luz del Sur sea amparada radica en que el Generador perdería completamente el control de las cantidades por las que debe responder en base al Contrato de Suministro. Es decir, Luz del Sur podría -de manera ilimitada- retirar excesos cuyos costos no serían equivalentes a la contraprestación. Ese esquema contractual es sin duda muy beneficioso para una de las partes, perjudicando a la otra.

Lo cierto es que el problema se resume en que una de las partes debía asumir las pérdidas generadas por un hecho completamente ajeno a ambas: la deficitaria generación eléctrica como consecuencia de los cambios climatológicos, y el incremento exponencial en el costo marginal del mercado de corto plazo.

No obstante lo anterior, el OSINERGMIN debió tomar una posición que resultó correcta. En efecto, Electroperú no debía asumir los costos del mercado a corto plazo que implicaron los retiros en exceso realizados por Luz del Sur.

Para llegar a esa conclusión, debemos primero entender la estructura del Contrato de Suministro:

1. El Generador se obliga a suministrar al Distribuidor una cantidad de energía. Como contraprestación, el Distribuidor pagará como máximo, la Tarifa en Barra regulada por el OSINERGMIN.

Gráfico N° 4 – Suministro máximo contratado



2. Si el Distribuidor retira una cantidad superior de energía a la pactada en el Contrato de Suministro del mercado spot, el Generador deberá pagar por esos excesos el costo de la energía en el mercado de corto plazo. Ello, debido a que el sistema asignará a Electroperú dicho retiro y esta empresa deberá compensar los retiros excedentes al valor de la energía en ese momento.

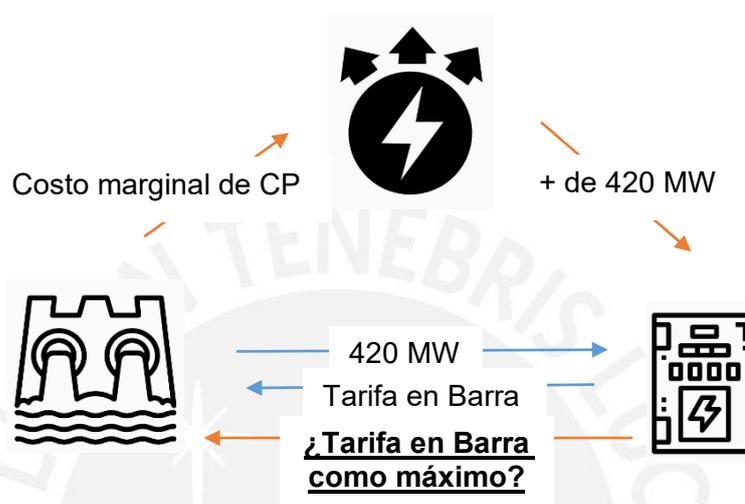
Gráfico N° 5 – Retiros en exceso



3. No es razonable que Luz del Sur pretenda pagar por montos que exceden el compromiso de Electroperú, una suma que incluso podría ser menor al monto de la contraprestación de la energía contratada, cuando el Generador paga por esos excesos el costo marginal de corto plazo (el cual podría ser muchísimo mayor que la Tarifa en Barra).

Es decir, Luz del Sur no solo pretende emplear como máximo la Tarifa en Barra para los excesos, sino incluso pagar los costos marginales si es que estos fueran menores que la mencionada tarifa. Es decir, pagar incluso menos que la tarifa regulada.

Gráfico N° 6 – Compensación por los retiros en exceso



Así, pues, la primera incongruencia que salta a la vista en la argumentación de Luz del Sur es que, según su postura, los excedentes también tendrían que estar sujetos a la Tarifa en Barra porque están destinados al Servicio Público de Electricidad. En tal sentido, las partes no podrían pactar montos distintos a la Tarifa en Barra. Sin embargo, tratándose de excedentes, bajo su criterio, sí podrían pactarse montos distintos siempre que sean menores a la Tarifa en Barra.

La segunda incongruencia que salta a la vista es que, como bien explica Luz del Sur, el incremento exponencial del costo marginal de energía en el corto plazo hizo que los contratos de suministro entre generadores y distribuidores sea poco atractivo para los primeros. Entendiendo que ello sea así, los pocos incentivos que habría para suscribir estos contratos se eliminarían por completo si se determinara que, además de pagar un precio menor al costo marginal, los generadores tendrían que asumir los retiros en exceso del mercado de corto plazo que discrecionalmente realicen los distribuidores.

En otras palabras, en el contexto en el que desarrollaron los hechos del

Caso, si el OSINERGMIN le daba la razón a Luz del Sur, a ningún generador le resultaría atractivo firmar un contrato en el que recibirá menos dinero que el que podría recibir en el mercado de corto plazo, y adicionalmente, tendría que asumir cualquier retiro en exceso que realice su contraparte, asumiendo el generador los costos notablemente superiores. Sería un contrato que solo prevé pérdidas para los generadores.

La tercera inconsistencia de Luz del Sur es que, de acuerdo con su argumentación, los retiros en exceso tendrían que ser pagados a una tarifa que podría ser incluso inferior a la Tarifa en Barra, a pesar de que parece reconocer implícitamente que los retiros en exceso constituyen incumplimientos al Contrato de Suministro.

El Distribuidor sostiene que, debido al poco éxito en sus intentos por suscribir contratos de suministro con los generadores, se vio en la “necesidad” de realizar los retiros en exceso⁸¹. Es decir, frente a la imposibilidad de poder suscribir los contratos de suministro necesarios para atender la demanda de sus clientes, no tuvo más opción que efectuar los retiros en exceso, con las consecuencias que ello implicara. Similar argumentación tuvo el Dr. Gaspar Ariño en el dictamen presentado por Luz del Sur en su apelación a la resolución del CCAH⁸².

Considero que ello demuestra que Luz del Sur tenía pleno conocimiento de que los excesos de consumo representaban un incumplimiento al Contrato de Suministro y que, por tanto, era de aplicación el régimen de penalidades. La subcláusula 4.4 es bastante explícita en señalar que, en ese supuesto, se deberá pagar el costo marginal de corto plazo porque ese era el monto que debía compensarse al mercado *spot* por el retiro (en caso no sea un generador con superávit de producción). Es importante enfatizar en este punto que, en caso el valor del costo marginal fuese menor a la Tarifa en Barra, también debía aplicarse dicho costo por corresponder a la autonomía privada de las partes.

En suma, el Contrato de Suministro estableció la obligación de ambas

⁸¹ Numeral 2.3 del escrito de reclamación presentado por Luz del Sur.

⁸² Folios 721 a 699 del cuaderno principal.

partes de suministrar la energía y pagar la Tarifa en Barra, respectivamente. Si el Distribuidor excedía ese consumo, debía pagar el costo marginal de corto plazo porque ese era el monto que costaba la energía retirada en exceso en el mercado de corto plazo.

No es correcto que sea Electroperú quien asuma los costos marginales de la energía retirada por Luz del Sur porque (i) eso no fue pactado en el Contrato de Suministro; (ii) las normas no lo obligan a aplicar la tarifa regulada en este caso y (iii) en última instancia, es el Distribuidor el responsable de garantizar la continuidad del Servicio Público de Electricidad.

Sobre estos puntos, resulta relevante hacer referencia a la descripción del problema sobre quién debe asumir el aumento del coste de energía que realiza el Dr. Ariño en el dictamen que presentó Luz del Sur como parte de su apelación. El experto señala correctamente que existen tres escenarios para determinar quién debe soportar los señalados costes⁸³:

- Escenario 1: Los generadores asumen los mayores costes. En este supuesto los generadores “deben seguir entregando energía al distribuidor, para cubrir los excesos de consumo, al precio fijado para la tarifa en barra, aunque los costes de generación sean más elevados”⁸⁴.
- Escenario 2: Los distribuidores asumen los mayores costes. En este supuesto, los distribuidores pagarían “la energía excedentaria al coste marginal de corto plazo, varias veces superior a la tarifa en barra. Ello, aun cuando estos, cuando suministren esa misma energía al consumidor final, sólo puedan cobrar por ella la tarifa de abono, basada justamente en las ‘tarifas en barra’”⁸⁵.
- Escenario 3: Los consumidores asumen los mayores costes. En este supuesto, se ajustaría progresivamente “tanto la tarifa en barra como la tarifa de abono al consumidor final, en los términos que la legislación permite (...). De esta forma y aun cuando los cálculos (estimaciones)

⁸³ Páginas 17, 18 y 19 del “Dictamen sobre el precio que debe aplicarse a las ventas de energía en exceso de la contratada, entre Electro-Perú y Luz del Sur”, elaborado por el Estudio Ariño y Asociados, y presentado por Luz del Sur como parte de su estrategia de apelación contra la resolución que puso fin a la primera instancia.

⁸⁴ Páginas 17 y 18 del dictamen del Dr. Ariño (folios 705 y 704 del cuaderno principal).

iniciales y la vigencia de estas se haya hecho para cuatro años (...), si la realidad desmiente tales estimaciones, porque los costos se han demostrado superiores, la Autoridad competente procedería con la corrección de las desviaciones”⁸⁶. Concluye el experto en Derecho Administrativo, que esta decisión sería política y no jurídica.

Si bien el Dr. Ariño sostiene, durante el desarrollo de su informe, que ante las desviaciones en las condiciones inicialmente pactadas, el Estado debería responder, también considera una explicación que obligaría a los generadores a asumir los costos en tanto son parte de la línea de suministro de energía que llegará, al final, a los consumidores regulados como parte del Servicio Público de Electricidad. En otras palabras, para el catedrático español, la generación también sería considerada como un servicio público cuando la producción de energía tenga como destino a los Usuarios Regulados.

Esa aproximación no se ajusta al espíritu ni a las disposiciones de la LCE y su Reglamento, por una razón fundamental: la generación, a diferencia de la distribución y la transmisión, se desarrolla en condiciones de competencia, y los generadores no asumen la obligación del suministro para el Servicio Público de Electricidad de manera amplia ni de manera específica.

Respecto a las condiciones de competencia, un argumento que Luz del Sur ha reiterado en varias ocasiones es que de aceptarse las pretensiones de Electroperú, las empresas generadoras “negarán a tratar como ‘energía contratada’ el íntegro de los requerimientos de la distribuidora y más bien exigirán considerar como energía contratada solo un décimo de ésta, dándole a los nueve décimos restantes el tratamiento de ‘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)”⁸⁷.

El Distribuidor ignora que, de acuerdo con la regulación, la generación no es un servicio público. Los generadores no se encontraban obligados a

⁸⁵ Página 18 del dictamen del Dr. Ariño (folio 704 del cuaderno principal).

⁸⁶ Página 19 del dictamen del Dr. Ariño (folio 703 del cuaderno principal).

⁸⁷ Página 4 del escrito de apelación de Luz del Sur, contra la resolución que puso fin a la controversia en primera instancia.

suscribir contratos de suministro con distribuidores, a sola discreción de alguna de las partes. De hecho, parte del problema inicia justamente porque los generadores no tenían incentivos para suscribir dichos contratos.

No se puede sostener, en base a esta situación anómala en el mercado eléctrico, que los generadores deben garantizar el suministro del Servicio Público de Electricidad porque ello implicaría un desbalance en el sistema y un absoluto desincentivo para contratar con distribuidores. Estos últimos tendrán, en condiciones normales, la potestad de negociar y suscribir los contratos con los generadores. Debemos hacer énfasis en que no debe legislarse en base a las excepciones, sino en base a la regla general.

Lo anterior no implica, sin embargo, que los distribuidores deban asumir siempre los costos excesivos de condiciones imprevisibles como las del Caso. Como señala Ariño, deberá ser el Estado quien promueva una solución política y normativa para evitar el desabastecimiento del suministro eléctrico y afectar a los usuarios regulados, considerando sobre todo que se trata de una situación excepcional. Sin embargo, mientras ello no ocurra, debe ser el concesionario en distribución quien asuma los riesgos, debido a que es su obligación garantizar a los usuarios regulados, la prestación continua del servicio⁸⁸, y no del generador.

Además, considerando que de acuerdo con el artículo 42 de la LCE, todos los precios regulados deben reflejar los costos marginales de suministro, la determinación de la tarifa en barra hasta un monto adecuado para las partes era algo que iba a suceder, si las condiciones desfavorables se mantenían.

En otras palabras, Luz del Sur asumió, en base a su concesión de distribución, la responsabilidad por la continuidad del Servicio Público de Electricidad de los usuarios regulados. Los riesgos vinculados a la prestación del servicio debían ser asumidos por esta última empresa, resultando inviable que fuesen trasladados a sus proveedores.

⁸⁸ Considerando, además, que los distribuidores tienen la obligación de contar con suministros garantizados de energía.

Asumir lo contrario implicaría reconocer que los generadores eléctricos están obligados a cubrir directamente el suministro del Servicio Público de Electricidad, y someter sus recursos (tanto su producción como sus recursos económicos) a la voluntad discrecional de los distribuidores⁸⁹. Ello no se sostiene con la regulación del mercado eléctrico.

Cabe destacar que la idea descrita en los párrafos precedentes ha sido reconocida por Luz del Sur en su escrito de apelación, cuando señala que:

“La concesión es un contrato de Derecho Administrativo por el cual el concedente (es decir, el Estado) **delega a un privado** la función de prestar, a su riesgo y ventura, un determinado servicio público”⁹⁰ [subrayado agregado].

Por tanto, siendo la obligación de Luz del Sur, al amparo de su contrato de concesión, el suministro de energía de los usuarios regulados es lógico que los riesgos vinculados a dicha prestación sean asumidos por esta empresa, no siendo posible trasladar esa obligación a sus proveedores.

Habiendo señalado las fortalezas, pero sobre todo, las falencias de la argumentación de Luz del Sur, como lo señalaron los órganos resolutivos, las pretensiones del Distribuidor no solo eran normativamente incorrectas, sino que podían convertirse en un mal precedente que ponía en riesgo el Servicio Público de Electricidad en general.

No obstante, si bien los órganos resolutivos llegan a una conclusión correcta, debemos señalar que ambas resoluciones presentan una argumentación débil en lo que respecta a este punto controvertido.

⁸⁹ Sobre el particular, debemos hacer presente que como parte de la reforma eléctrica llevada a cabo con la Ley N° 28832 (posterior a los hechos del Caso), se consideró -en el Libro Blanco (2004)- que “[s]e requiere que todo contrato de suministro para el servicio público de electricidad cuente con respaldo de energía y potencia certificadas. De esta manera, se tendrá la seguridad de que los Distribuidores a cargo de esta demanda han contratado energía y capacidad suficientemente confiables”.

Lo anterior debe leerse junto con el artículo 3 de la mencionada ley, según el cual “[n]ingún generador podrá contratar con Usuarios Libres y Distribuidores más potencia y energía firme que las propias y las que tenga contratadas con terceros”.

Estas disposiciones y consideraciones evidenciarían luego lo que el artículo 101 del Reglamento de la LCE señalaba desde 1994: que no corresponde que un generador pueda comprometerse a suministrar más energía que la que disponen. Peor aún, que la cantidad de energía suministrada sea determinada por otra empresa a sola discreción de esta última.

⁹⁰ Página 7 del escrito de apelación de Luz del Sur, contra la resolución que puso fin a la controversia en primera instancia.

La resolución que pone fin a la primera instancia, emitida por el CCAH, es una salida fácil -aunque legalmente válida- para la complejidad del caso. Considero que la resolución omite realizar un análisis detallado y completo de la problemática. Nos explicamos.

Para empezar, la resolución no hace un análisis completo de los aspectos presentados por las partes. En efecto, el CCAH no considera por ejemplo la naturaleza de las transferencias de energía (es decir, si se tratan de ventas, penalidades, etc.). Tampoco se pronuncia sobre la aplicación o no del Decreto de Urgencia N° 7-2004. Simplemente se limita a señalar que los excesos no están regulados.

Sin embargo, el error más grave del CCAH es suponer que el OSINERGMIN tiene la competencia de interpretar el Contrato de Suministro e intentar dar una solución considerando esa premisa equivocada. Como lo señalaremos más adelante⁹¹, el CCAH excedió sus competencias al pretender interpretar el Contrato de Suministro para resolver el caso. La interpretación de los contratos corresponde de manera exclusiva y excluyente a las partes; sin embargo, si del texto de los contratos surge una discrepancia respecto de alguno de los temas bajo competencia del OSINERGMIN, será el Regulador quien resuelva la controversia normativa, regulatoria o técnica, pero no la correcta interpretación del Contrato de Suministro.

En suma, aun cuando la decisión del CCAH fue la adecuada, tuvo que ser mucho más precisa en las razones que la fundamentan. Limitarse a señalar que la subcláusula 4.4 es aplicable porque los excesos no están regulados es brindar una respuesta fácil para la complejidad de la controversia. Sin embargo, esta crítica es más académica que legal (por cuanto la razón de fondo es válida), y por ello no implica una infracción en el deber de motivación debida.

El TSC, a diferencia del CCAH, no pretende interpretar el Contrato de Suministro sino dar, como es su competencia, un alcance general de cómo deben entenderse las disposiciones de la LCE a la luz de la controversia. Además, analiza de mejor manera las alegaciones de ambas partes y llega

a una conclusión correcta.

En efecto, lo más rescatable de la fundamentación desarrollada por el TSC es el análisis de las transferencias que realizan los generadores a los distribuidores. Es decir, a título de qué se realizan los retiros dentro y fuera de los máximos establecidos en el Contrato de Suministro.

En este punto, es importante reincidir brevemente en lo que señalan las partes. Tanto los escritos de Luz del Sur como los informes elaborados por expertos que la empresa ha presentado como parte de su estrategia sostienen que la transferencia de la energía debe ser considerada como venta, incluso si excede los máximos comprometidos por el Contrato de Suministro. El TSC, con buen criterio, se aparta de este razonamiento.

Para graficar de manera sencilla el caso, podríamos hacer un símil con los contratos de arrendamiento. Imaginemos a la persona X, que celebra un contrato de arrendamiento con la persona Y por un año, y pactan que se cobrará una penalidad por cada día que el arrendatario no devuelve el bien luego del vencimiento del contrato. Ciertamente, la no devolución del bien es un incumplimiento contractual frente al cual las partes acordaron un remedio. La persona Y tiene la total libertad de incumplir el contrato, pero estará sujeta a las penalidades pactadas, en una situación que la persona X no puede controlar y que ciertamente es desfavorable para ella. No podría considerarse que el plazo del arrendamiento sigue corriendo, porque ese plazo ha vencido, y las partes se encuentran en una situación de incumplimiento, sometiéndose a las reglas de esa etapa.

En similar sentido, Electroperú se ha comprometido a suministrar 420 MW de potencia y su energía asociada como máximo. Esa es la voluntad de las partes y esa es la venta que se acordó. En términos civiles, cualquier contrato, incluyendo los de compra venta, requieren de la voluntad de las partes para efectuarlo. La voluntad de Electroperú fue suministrar la energía asociada a 420 MW porque, además, debe respetar su capacidad garantizada, en cumplimiento del artículo 101 del Reglamento de la LCE.

Los retiros en exceso que realice Luz del Sur como incumplimiento

⁹¹ Literal a. del numeral 3.2.2 del presente informe.

contractual no se configuran como una venta, porque Electroperú no tiene la voluntad de vender esos excesos, menos aún a sola discreción de Luz del Sur y recibir por ellos montos muy por debajo de su precio vigente en el mercado de corto plazo (pactado en el Contrato de Suministro). Asumir la postura de Luz del Sur, en la que los excesos deben ser pagados con el costo marginal a corto plazo incluso cuando estos sean menores a la Tarifa en Barra (que es la contraprestación por el suministro regular) sería premiar a Luz del Sur por su incumplimiento, y obligar al Electroperú a suministrar energía incluso por encima de su capacidad instalada, algo que escapa de cualquier razonamiento lógico y legal.

Una interpretación contraria a la descrita podría afectar la libre contratación, y específicamente la libertad contractual. El Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia⁹² que este derecho “*se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad*”. Además, señala el Tribunal, que la libertad contractual:

[T]ambién conocida como libertad de configuración interna, (...) es la facultad para decidir, **de común acuerdo**, el contenido del contrato. (...) El contenido mínimo o esencial del derecho a la libre contratación (...) está constituido por las siguientes garantías:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo **[entiéndase: por común consentimiento]**, la materia objeto de regulación contractual [énfasis agregado] (2010).

Como señala dicho colegiado, para garantizar el contenido mínimo del derecho a la libre contratación se debe determinar de común acuerdo, los términos contractuales. En el Caso, las partes han acordado el suministro de una determinada cantidad de energía, y en caso de incumplimiento a esa cantidad, ambas acordaron que la penalidad a reembolsarse sería costo marginal de corto plazo. En tal sentido, el pago por el exceso por un monto distinto al pactado afectaría el derecho a la libertad contractual, porque esas condiciones no fueron pactadas de común acuerdo, y tampoco van en contra de la normativa.

Por lo tanto, correspondería que las pretensiones de Luz del Sur en estos extremos sean desestimadas.

Un último punto controvertido que fue desarrollado por ambas empresas, pero no por los órganos resolutivos fue la aplicación -o no aplicación- del Decreto de Urgencia N° 7-2004. Este Decreto de Urgencia establecía en su artículo 1, lo siguiente:

Los retiros de potencia y energía destinados a atender el Servicio Público de Electricidad **sin contratos de suministro de electricidad que los respalden**, que se produzcan durante los meses de julio a diciembre de 2004, serán atribuidos por el COES a todas las empresas generadoras cuyas acciones son de propiedad de y/o administradas por FONAFE, en proporción directa a su potencia firme en el mes correspondiente. Las referidas empresas generadoras facturarán a las empresas distribuidoras los mencionados retiros a los Precios de Barra fijados por el OSINERG. La presente norma será de aplicación únicamente a los retiros de potencia y energía del SEIN efectuados por las empresas distribuidoras destinados a atender el Servicio Público de Electricidad, **que hayan sido realizados sin amparo de un contrato vigente a la fecha de publicación de la presente norma**. [énfasis agregado]

El objeto de la norma no alcanza al presente Caso. En todo momento, la norma parte de la premisa de que los retiros de potencia y energía se realicen sin que el distribuidor cuente con ningún contrato vigente con algún generador a quien se le pueda imputar los retiros de energía de dicho distribuidor. Sin embargo, tal situación no se presenta en el Caso, dado que Luz del Sur mantenía a la fecha de la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia, un contrato de suministro con Electroperú.

Como se desarrolló ampliamente en los párrafos precedentes, el Contrato de Suministro regulaba las cantidades de potencia y energía que Electroperú debía suministrar a Luz del Sur para el Servicio Público de Electricidad, y contemplaba también la tarifa regulada que esta última debía pagar. Adicionalmente, el Contrato de Suministro reguló la penalidad que debía efectuar el Distribuidor en caso este retire mayores cantidades de energía que la contratada.

En tal sentido, siendo que el Contrato de Suministro reguló todos los

⁹² Sentencias recaídas en los expedientes 1405-2010-PAC/TC, 26-2008-PI/TC, 28-2008-PI/TC, 7339-2006-PA/TC, 11-2004-AI/TC y sus sentencias acumuladas.

aspectos que el Decreto de Urgencia 7-2004 pretendía regular, no corresponde que dicha norma se aplique a este Caso. Este análisis que es relativamente simple no fue considerado por el CCAH ni por el TSC, a pesar de ser discutido por las partes en reiteradas ocasiones.

A modo de conclusión, podemos señalar entonces que el pago por los excesos de consumo no está sujetos al tope máximo de la Tarifa en Barra aun cuando la energía retirada sea destinada al Servicio Público de Electricidad. Por lo tanto, el monto de contraprestación por el exceso de la energía retirada por Luz del Sur debía ser cobrada de acuerdo con el precio vigente en el mercado de corto plazo.

3.3. La competencia del OSINERGMIN para el conocer el Caso

El tercer problema jurídico es la competencia del OSINERGMIN para conocer el fondo del asunto. De acuerdo con la postura de Electroperú, el Regulador no habría tenido la competencia para resolver la controversia debido a que la normativa vigente al momento de la suscripción del Contrato de Suministro no le otorgaba dicha competencia⁹³.

Además, el Generador indicó que las normas emitidas de manera posterior le otorgaron competencias para resolver controversias respecto a los aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión, pero que la controversia entre el Generador y el Distribuidor es netamente contractual⁹⁴.

En tal sentido, a criterio de Electroperú, la controversia debería ser solucionada a través de la cláusula arbitral establecida en el Contrato de Suministro, en virtud del artículo 62 de la Constitución.

Tanto Luz del Sur como los órganos resolutivos de OSINERGMIN (el CCAH y el TSC) consideraron lo contrario. Según ambos, el OSINERGMIN sí era competente para conocer la controversia, la cual no podría ser sometida a un arbitraje por no depender de la voluntad de las partes sino de un mandato legal.

⁹³ Numeral 5 en la página 3 del escrito de excepciones y absolución de traslado presentado por Electroperú (folio 266 del cuaderno principal).

⁹⁴ Numeral 9 en las páginas 3 y 4 del escrito de excepciones y absolución de traslado presentado por Electroperú (folios 266 y 265 del cuaderno principal).

3.3.1. La función de solución de controversias

La función de solución de controversias de OSINERGMIN no proviene de su Ley de Creación del OSINERGMIN sino de la Ley Marco de los Organismos Reguladores. De acuerdo con el literal e) del artículo 3.1 de esta última norma, la función de solución de controversias de los organismos reguladores “comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados”.

A criterio de Danós (2004: 76) y Tassano (2008: 250), la función de solución de controversias fue establecida como una respuesta al proceso de privatización y otorgamiento de concesiones, a fin de establecer soluciones a los posibles conflictos que sucedan entre las empresas del sector y los usuarios. Estos procedimientos debían ser técnicos y ágiles. Una característica fundamental de los órganos que resuelven las controversias -y que cobra relevancia en el caso- es su actuación independiente respecto del mismo Regulador.

Ahora bien, debemos precisar que la competencia de solución de controversias que ostentan los organismos reguladores no constituye una potestad jurisdiccional sino una administrativa. Ello, porque de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, la administración de justicia la ejerce únicamente el Poder Judicial⁹⁵.

Vargas sostiene, en relación con la función de solución de controversias, que:

En el Perú, (...) se ejerce en el marco de un procedimiento que cumple con los requisitos para ser considerado un [procedimiento administrativo trilateral], en tanto que: (1) es especial puesto que no concierne a Administración-administrado, sino a dos administrados que buscan dirimir un conflicto; (2) su materia está vinculada al ámbito de competencia de los Organismos Reguladores, que se desenvuelven en el campo del Derecho Público; y (3) existen órganos resolutivos independientes creados para tramitar estos procedimientos (2019: 104).

⁹⁵ Sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha reconocido, por ejemplo, la función jurisdiccional del arbitraje.

Las competencias de OSINERGMIN para resolver la controversia se encuentran principalmente en el Reglamento del OSINERGMIN y en el Reglamento de Solución de Controversias.

Según el artículo 1 del Reglamento General del OSINERGMIN, el Regulador tenía competencia para “supervisar y fiscalizar a las Entidades del Sector Energía velando por la calidad, seguridad y eficiencia del servicio y/o productos brindados a los usuarios en general y cautelando la adecuada conservación del medio ambiente”⁹⁶.

En el marco de la función supervisora, el Reglamento General del OSINERGMIN señala que esta entidad supervisa el “cumplimiento de las disposiciones normativas y/o reguladoras, dictadas por OSINERG en el ejercicio de sus funciones”⁹⁷. Por otro lado, en el marco de la función de fiscalización, se permite que OSINERGMIN imponga “sanciones a las Entidades que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, así como las disposiciones reguladoras y/o normativas dictadas por OSINERG”⁹⁸.

Ahora bien, la función específica de solución de controversias se encuentra establecida en el Capítulo V del Reglamento General del OSINERGMIN. Esta función, de acuerdo con el artículo 44, comprende lo siguiente:

Artículo 44.- Función de Solución de Controversias

La función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de OSINERG, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las Entidades, entre estas y los Usuarios Libres y entre estos. (...)

La función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva de OSINERG, comprende además la facultad de este Organismo, de conciliar intereses contrapuestos sobre dichas materias.

⁹⁶ Las competencias vinculadas a la supervisión y fiscalización ambiental de OSINERGMIN fueron dejadas sin efecto en el Reglamento General de OSINERGMIN, mediante Decreto Supremo N° 103-2013-PCM. Este decreto supremo se dictó en concordancia con la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental que dispuso la transferencia de las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.

⁹⁷ Literal b. del artículo 34 del Reglamento General de OSINERGMIN.

⁹⁸ Artículo 36 del Reglamento General de OSINERGMIN.

De manera específica, el literal c) del artículo 46 del Reglamento General del OSINERGMIN señala que el Regulador es competente para conocer en vía administrativa las “[c]ontroversias entre **Generadores y Distribuidores**, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores eléctricos **relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos** o derivados del servicio o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.” [énfasis agregado].

Considero que la competencia del regulador para conocer el caso es clara dado que la normativa que regula su actuación, así como la que regula el sector eléctrico, le ha dado al OSINERGMIN la potestad de regular determinados precios. En efecto, la Ley Marco de Organismos Reguladores señala en el literal b) del artículo 3 que estas entidades gozan de la función reguladora, que “comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito”.

Por otro lado, el artículo 23 del Reglamento General del OSINERGMIN establece que el OSINERGMIN puede emitir disposiciones vinculadas a los “sistemas tarifarios o regulatorios o, mecanismos para su aplicación” en “ejercicio de su función normativa”. Posteriormente, el Capítulo II del mismo reglamento desarrolla la función reguladora como la “facultad de fijar tarifas del servicio público de electricidad (...)” y como alcance de dicha función se señala expresamente que está sujeta las “tarifas en barras del subsector electricidad”.

Siendo ello así, considerando que la regulación tarifaria es parte de la función reguladora del OSINERGMIN, esta entidad es plenamente competente para conocer el caso, conforme desarrollaremos más adelante.

En lo que corresponde al Reglamento de Solución de Controversias, el artículo 4 de la norma mencionada establece que el procedimiento en primera instancia (ante el CCAH) y en segunda (ante el TSC) constituye vía administrativa previa a la impugnación en sede judicial. El Reglamento de Solución de Controversias le otorga exclusividad de competencia a los órganos de OSINERGMIN. Esta disposición ya estaba establecida en el artículo 47 del Reglamento General de OSINERGMIN, que señala lo

siguiente:

Artículo 47.- Vía Administrativa Previa e Inicio del Procedimiento

La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSINERG, de acuerdo con las reglas establecidas en el presente Reglamento.

El procedimiento administrativo para la solución de las controversias se inicia a solicitud de parte. Excepcionalmente, OSINERG podrá iniciar un procedimiento, de oficio, en el caso que determine que los conflictos entre las ENTIDADES afectan el interés de los usuarios o de otras empresas, según las funciones asignadas a OSINERG. [énfasis agregado].

En ese sentido, las empresas vinculadas al sector eléctrico debían acudir al mecanismo de solución de controversias antes de un proceso jurisdiccional cuando la materia controversial se encuentre dentro del ámbito de competencia del Regulador.

3.3.2. Posición y crítica de los alegatos de las empresas y de las resoluciones del OSINERGMIN

Como hemos descrito, Electroperú sostenía que las partes habían decidido libremente someter a arbitraje toda controversia que no pueda ser solucionada en la etapa de trato directo. Además, el Generador sostenía que el Regulador carecía de competencia debido a que el Contrato de Suministro fue suscrito de manera previa a la Ley Marco de Organismos Reguladores y al Reglamento de Solución de Controversias.

Como señalamos en el numeral anterior, el Regulador es competente para conocer las controversias que surjan entre las entidades que participan en el mercado eléctrico, siempre que estas controversias se encuentren vinculadas a aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión. En tal sentido, las partes de un contrato vinculado al suministro de energía para el Servicio Público de Electricidad no podrían someter a arbitraje las controversias que versen sobre las materias antes señaladas, pues el OSINERGMIN tiene competencia exclusiva para conocer dichas controversias de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 44 del Reglamento General del OSINERGMIN.

a. Aplicabilidad de la cláusula arbitral

Electroperú alegó que la Cláusula Decimo Segunda del Contrato obligaba a las partes a que toda aquella controversia que no pueda ser solucionada durante el trato directo, deba ser sometida a arbitraje según las reglas establecidas en el Contrato de Suministro.

No compartimos la posición en este extremo, debido a que lo que se solicita al OSINERGMIN no es el cumplimiento de una obligación contractual sino la solución de una controversia en base a disposiciones normativas que regulan el sector eléctrico, y específicamente, las relaciones entre empresas generadoras y distribuidoras. Nos explicamos.

La competencia que ostenta el Regulador es -de manera genérica- la de resolver las controversias que surjan entre las entidades que participan en el mercado eléctrico. El origen de esas controversias es irrelevante a efectos de la norma. En otras palabras, la controversia podría haber surgido no mediante un contrato sino por ejemplo mediante correos electrónicos, comunicaciones, oficios, u otros medios y frente a una discrepancia vinculada con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o vinculados a contratos de concesión, el Regulador tendría competencia exclusiva para solucionarlos.

Considero que esa fue la línea que siguió el TSC al emitir la resolución de segunda instancia que puso fin al procedimiento trilateral. Esta resolución no pretendió interpretar el Contrato o las obligaciones que de él emanan a las partes, sino únicamente pronunciarse sobre la controversia presentada. Distinta situación sucedió en la resolución de primera instancia, cuando señala que “a efectos de solucionar el conflicto suscitado entre las partes, [el CCAH] debe interpretar el Contrato de Suministro de Electricidad entre Electroperú y Luz del Sur (...)”.

Lo anterior sí representa un exceso a las competencias que las normas han asignado a los reguladores y, de manera específica, al OSINERGMIN. La interpretación de los contratos corresponde de manera exclusiva y excluyente a las partes; sin embargo, si del texto de los contratos surge una discrepancia respecto de alguno de los temas bajo competencia del

OSINERGMIN, será el Regulador quien resuelva la controversia.

Es decir, el OSINERGMIN no tiene competencias legales para interpretar los Contratos que suscriban estos participantes del sector eléctrico, sino únicamente para solucionar las controversias que surjan entre ellos, cuando estas estén vinculadas a las materias señaladas. Si durante la ejecución de los contratos surge una controversia que esté comprendida en las materias, el OSINERGMIN tendrá competencia de señalar cómo es que debe resolverse la controversia. No podrá, entonces, determinar responsabilidades, asignar indemnizaciones ni establecer obligaciones contractuales en sus resoluciones.

Siguiendo la lógica anterior, las resoluciones que emitan los CCAH y el TSC no pueden establecer el cumplimiento de obligaciones contractuales⁹⁹, sino que declaran o establecen disposiciones relacionadas a los aspectos técnicos, normativos, regulatorios o de los contratos de concesión. En primera instancia, el CCAH parece “interpretar” el Contrato de Suministro, tanto en la parte considerativa (citada previamente) como en la parte resolutive de la resolución, cuando señala 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”.

El TSC no interpretó las disposiciones del Contrato de Suministro, sino que emitió reglas generales en base a las normas y regulaciones aplicables, tal como corresponde a estos casos. Si bien el TSC actúa de manera independiente del OSINERGMIN, como señala Danós (2003) “las resoluciones (...) que interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones correspondientes a la materia, constituyen precedentes de observancia obligatoria”¹⁰⁰.

Cairampoma define al precedente administrativo como “la fuente de

⁹⁹ El OSINERGMIN solo tiene competencia para resolver controversias contractuales cuando estas deriven de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y fiscalización por parte del regulador. Ello no sucede en el presente caso.

¹⁰⁰ Artículo 9 de la Ley Marco de Organismos Reguladores:

“Artículo 9.- Del Tribunal de Solución de Controversias

9.1 Los Organismos Reguladores contarán con un Tribunal de Solución de Controversias como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia administrativa. (...)”

derecho administrativo mediante la cual la Administración Pública define los criterios vinculantes a supuestos de hecho idénticos, en ejercicio de su potestad discrecional; a excepción de los supuestos en los que el interés general sustente el apartamiento del mismo.” (2014: 489).

Por otro lado, de acuerdo con el numeral 2.8 del artículo V y con el artículo VI de la LPAG, los precedentes administrativos deben ser debidamente publicados.

En tal sentido, la parte resolutive de la Resolución del TSC N° 5-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG tiene una vocación general que constituyó un precedente administrativo, como se evidencia a continuación:

SE RESUELVE:

(...)

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 (...).

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. [énfasis agregado].

Como se señaló, considero que los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN carecen de competencias para interpretar los contratos que suscriban los actores del mercado eléctrico. Ello no implica que las controversias que surjan eventualmente durante la ejecución de estos contratos sean ajenas a la competencia del Regulador. Debemos tener presente que esta competencia se asigna para las controversias, no para las obligaciones contractuales.

La controversia del Caso tiene, a todas luces, aspectos regulatorios y normativos. En efecto, se está discutiendo si el pago que realiza un agente del mercado eléctrico a otro está sujeto o no a las regulaciones tarifarias

establecidas en la normativa eléctrica. Esta controversia no podría someterse a un arbitraje debido a que la versa sobre las normas del sector eléctrico, vinculadas al Servicio Público de Electricidad.

La Ley General de Arbitraje, señalaba en su artículo 1 lo siguiente:

Artículo 1.- Disposición general. - Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables **sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición**, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; **excepto:**

(...)

4. **Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado**, o de personas o entidades de derecho público. [énfasis agregado].

De manera que para que una controversia pueda ser resuelta en vía arbitral, las partes deben tener **facultad de libre disposición** y ello no ocurre en el presente caso. La regulación tarifaria del sector eléctrico ha sido dispuesta por la Ley de Concesiones Eléctricas, por lo que corresponde al Estado, y en este caso al OSINERGMIN, resolver las controversias vinculadas a dicha regulación.

A modo de ejemplo, tenemos que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL ha precisado los supuestos que no constituyen materia de libre disposición en el sector de las telecomunicaciones. Así, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 12-99-CD/OSIPTEL aprobó las Normas sobre Materias Arbitrables entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, que señala, en su artículo 2, los supuestos que no pueden ser sometidos a arbitraje por no constituir materia de libre disposición. El último párrafo de la mencionada resolución señala además que “[l]os convenios arbitrales que comprendan o pretendan la solución de alguna de las materia[s] referidas en los incisos a) al d) anteriores **se entenderán como cláusulas de sometimiento a las instancias administrativas competentes de OSIPTEL** únicamente en la parte correspondiente a la materia no arbitrable.” [énfasis agregado].

En este punto, es pertinente referirnos al argumento de Electroperú, según

el cual resulta incoherente que el OSINERGMIN se declare competente para conocer la controversia pero que al mismo tiempo señale que los excesos no están sujetos a la regulación tarifaria. Esa afirmación parte de una premisa equivocada, bajo la cual la empresa estatal consideraría que el CCAH o el TSC están asumiendo competencias para interpretar el Contrato de Suministro. La declaración de competencia del OSINERGMIN no implica que esta entidad pueda obligar a una de las partes a cumplir o abstenerse de realizar alguna de las disposiciones contractuales. El OSINERGMIN es competente para resolver la controversia normativa y regulatoria presentada, aun cuando la respuesta final de la entidad sea que los excesos no se encuentran regulados.

Para hacer valer el cumplimiento del Contrato de Suministro, las partes debieron acudir a un arbitraje con el criterio que emita el OSINERGMIN para resolver la controversia. Debemos recordar además que el Regulador no tiene potestades jurisdiccionales sino únicamente administrativas.

En suma, la cláusula arbitral es plenamente aplicable cuando la controversia no verse sobre aspectos técnicos, normativos, regulatorios o de contratos de concesión. Cuando se presente una controversia vinculada a esas materias, el OSINERGMIN tiene competencia exclusiva de solución. No obstante, el cumplimiento de las obligaciones contractuales no podrá ser efectuado mediante un procedimiento trilateral de solución de controversias, debido a que la norma no le ha otorgado al Regulador competencias vinculadas a aspectos contractuales en general.

Así, el cumplimiento -o incumplimiento- de las obligaciones del Contrato de Suministro será competencia del tribunal arbitral en caso no se resuelva la controversia en el trato directo. Sin embargo, las controversias respecto a la regulación o normatividad de las actividades materia del contrato es competencia del OSINERGMIN.

En tal sentido, Luz del Sur debió someter ante el OSINERGMIN la controversia vinculada a la regulación de los excesos y, en caso de obtener una respuesta favorable, exigir a Electroperú el cumplimiento del criterio del Regulador. En caso Electroperú se niegue a cumplir el Contrato de Suministro aun con la interpretación del OSINERGMIN, Luz del Sur pudo

acudir a un arbitraje por el incumplimiento, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de Electroperú que pudiera haber por incumplir la normativa sectorial.

En ese supuesto, la controversia ya no sobre la regulación eléctrica sino sobre el cumplimiento de una obligación contractual. El tribunal arbitral que se habría conformado para esos efectos estaría impedido de optar por un criterio distinto al establecido por OSINERGMIN, debido a que la solución de la controversia normativa y regulatoria es competencia exclusiva del Regulador.

b. Sobre la vigencia en el tiempo de la función de solución de controversias

Electroperú ha señalado además que el OSINERGMIN no tiene competencia para resolver la controversia debido a que dicha competencia fue establecida por normas posteriores a la suscripción del Contrato. En efecto, tenemos la siguiente secuencia de hechos:

Gráfico 7: Competencia de solución de controversias del OSINERGMIN



El artículo 62 de la Constitución señala lo siguiente:

Artículo 62. – Libertad de contratar

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.

Sin perjuicio de lo señalado en el numeral anterior, de una revisión superficial del precepto constitucional, parecería que la postura de Electroperú es correcta y por tanto, la controversia debiera ser resuelta a través de los mecanismos contractuales. Sin embargo, esa interpretación es errada. Para explicar esta postura, primero repasaremos cuatro formas de aplicar el artículo 62 al caso en concreto.

Una primera aproximación está vinculada a lo que en Teoría General del Derecho se denominan las teorías de los derechos adquiridos o los hechos cumplidos.

Nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 103 de la Constitución ha optado por la teoría de los hechos cumplidos, según la cual las normas son aplicables de manera inmediata, quedando prohibida la ultraactividad de la norma previa o la retroactividad de la norma subsiguiente, salvo retroactividad penal benigna (Rubio 2008: 63).

El Tribunal Constitucional ha señalado que “la teoría de los hechos cumplidos implica que la ley despliega sus efectos desde el momento en que entra en vigor, debiendo ser ‘aplicada a toda situación subsumible en el supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aun no extinguidas, nacidas con anterioridad”¹⁰¹.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia¹⁰² han sostenido que el artículo 62 de la Constitución es una excepción al régimen general de los hechos cumplidos.

En ese sentido, bajo una primera interpretación podría considerarse que el artículo 62 de la Constitución es una excepción al régimen jurídico de los hechos cumplidos, amparado en el artículo 103 del mismo texto normativo.

¹⁰¹ Fundamento 11 de la Sentencia recaída en el expediente N° 2-2006-PI/TC.

¹⁰² A modo de ejemplo podemos mencionar el tercer párrafo del fundamento 35 de la sentencia recaída en el Expediente N° 5-2003-AI/TC.

No vamos a analizar, en este punto, si el artículo 62 es o no un caso de derechos adquiridos¹⁰³, simplemente se debe considerar que -a efectos de esta interpretación- se aparta del régimen de los hechos cumplidos.

Así, esta primera aproximación le daría la razón a Electroperú, entendiendo que las competencias de solución de controversias asignadas al OSINERGMIN por la Ley Marco de Organismos Reguladores serán aplicables a las relaciones posteriores a la entrada en vigencia de dicha norma. En este entendido, la cláusula arbitral sería aplicable, el OSINERGMIN no tendría competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto y la controversia se vería en el ámbito arbitral.

Una segunda aproximación es la que hizo el CCAH. La resolución que puso fin a la primera instancia, citando a Cárdenas (2000: 81), señaló lo siguiente:

[A]firmar 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 seguridades y garantías.

Además, el CCAH consideró que el artículo 62 de la Constitución debió interpretarse de manera restrictiva, limitándose a las normas supletorias. De esta forma, se buscó dar una coherencia al sistema normativo, el cual aparentemente tendría una contradicción entre el mencionado artículo de la Constitución y los artículos III del Título Preliminar y 1355 del Código Civil¹⁰⁴.

¹⁰³ Sobre esta discusión, es pertinente señalar simplemente que la doctrina no es uniforme porque mientras autores como Rubio (2004: 305) señalan que el artículo 62 es un ejemplo claro de derechos adquiridos, otros autores como Morales indican que el artículo 62 debe entenderse:

“[C]omo una excepción a la teoría de los hechos cumplidos, de forma que si esta teoría postula la irretroactividad de las normas, el artículo 62 permite la ultraactividad de las normas vigentes al momento de la celebración de un contrato, las cuales lo regirán en tanto éste subsista. Es decir que cada contrato “congela” el marco normativo existente al momento de su celebración y se mantiene para las partes en tanto se mantenga el contrato.

Esto, reiteramos, **no supone admitir que nos encontramos en el marco de la teoría de los derechos adquiridos ya que, como se habrá advertido, negar la teoría de los hechos cumplidos no supone afirmar la de los derechos adquiridos**. Es posible, como en este caso, exceptuar la teoría de los hechos cumplidos, imponiendo la ultraactividad de ciertas normas para el caso de los contratos, sin con ello admitir la adquisición de derechos por los particulares” [énfasis agregado] (2004: 283).

La justificación de Morales es -en esencia- que equiparar el artículo 62 a la teoría de los derechos adquiridos sería poner al mismo nivel los “derechos adquiridos” de las “disposiciones contractuales”.

¹⁰⁴ “Título Preliminar

La tercera aproximación es la que realizó el TSC, quien realiza una interpretación conjunta del artículo 62 y el artículo 58 de la Constitución Política del Perú. Este último, señala el TSC, prevé la función reguladora del Estado y es el “amparo constitucional a la competencia y funciones de los organismos reguladores”.

De esta manera, el TSC brinda cinco argumentos¹⁰⁵ según los cuales los artículos 62 y 58 son compatibles, que podemos sintetizar de la siguiente manera¹⁰⁶:

- a. La función reguladora del Estado es un límite proporcional a la libertad contractual.
- b. La norma que prevé la competencia de solución de controversias del OSINERGMIN es de orden público.
- c. La libertad contractual no es absoluta, sino que está sujeta al análisis de proporcionalidad.
- d. La compatibilidad de los artículos se evidencia aplicando el principio de coherencia normativa.
- e. La competencia también se deriva del principio de jerarquía normativa.

Una cuarta aproximación es la que sostienen Amado y Miranda. Estos autores analizan el caso específico de los contratos de suministro entre generadores y distribuidores y concluyen que a estos contratos no les es aplicable la intangibilidad del artículo 62 de la Constitución debido a que se encuentra bajo el ámbito del Derecho Público (2000: 257-258). Ello, en razón de que dichos contratos se encuentran regulados en el literal b) del artículo 34 y en el artículo 31 de la Ley de Concesiones Eléctricas. En base a ello, señalan los autores:

(...)

Artículo III.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”.

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

¹⁰⁵ Considero que el TSC pudo tomar en cuenta de manera amplia tres sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional vinculadas a la prestación de servicios públicos y los límites al artículo 62. Nos referimos a las sentencias recaídas en los expedientes N° 5-2003-AI/TC de octubre de 2003, 8-2003-AI/TC de noviembre de 2003 y 34-2004-PI/TC de febrero de 2005.

[P]or ejemplo, en relación con el límite de potencia en el suministro eléctrico materia de los contratos celebrado entre los concesionarios (...), debe tenerse presente que el artículo 2 de la LCE denomina “Servicio Público de Electricidad” al “suministro regular de energía para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establezca el Reglamento”, estableciendo, además, que se trata de servicios de “utilidad pública”.

(...)

Por tanto, se trata de un aspecto regulado del suministro en los que el Estado interviene por encima de la voluntad de las partes con el fin de garantizar la prestación del servicio público y que se encuentra sometido al derecho público.

En este sentido, es nuestra opinión que las disposiciones de los contratos celebrados entre concesionarios (...) referentes al Servicio Público de Electricidad se encuentran reguladas por el derecho público y, por tanto, les son aplicables las normas de derecho público que el Estado pudiera establecer al efecto. (2000: 161-162)

Tanto la primera como la segunda interpretación son equivocadas. En principio, porque ambas realizan interpretaciones aisladas de un mandato constitucional. Las sentencias del Tribunal Constitucional contenidas en los expedientes N° 5854-2005-PA7TC, 5-2003-AI/TC, 50-2004-AI/TC, 51-2004-AI/TC, 4-2005-AI/TC, 7-2005-AI/TC, 9-2005-AI/TC y 1091-2002-HC/TC reconocen el principio de unidad de la Constitución, según el cual se debe considerar a la Constitución como un ordenamiento en sí mismo y no como una norma en singular. La pluralidad de las disposiciones forma, en palabras del Tribunal, una unidad de conjunto y sentido. Añade el Tribunal que deben evitarse todas aquellas interpretaciones que generen superposiciones de normas, normas contradictorias o redundantes¹⁰⁷.

Si bien la literalidad del artículo 62 indica que las leyes no pueden modificar aspectos contractuales, una lectura conjunta de la Constitución permite ver que existen otros criterios que también deben ser analizados. En ese sentido, Landa señala que “si la modificación [de ciertos aspectos contractuales] supone que el objeto del contrato o determinadas disposiciones son o se convierten en contrarias al orden público constitucional, sería posible objetarlas a través de una nueva norma legal, siempre y cuando ella responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de la doctrina de los hechos cumplidos” (2014: 315). Como señalamos líneas arriba, la razón por la que se

¹⁰⁶ Los argumentos son extraídos de la Resolución del TSC N° 5-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG que resuelve en segunda instancia la reclamación presentada por Luz del Sur y las correspondientes apelaciones.

determinó la competencia de solución de controversias es el proceso de privatización y concesiones otorgadas a privados para la prestación de un servicio público, por lo que la norma que otorga estas competencias cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En segundo lugar, la interpretación realizada por el CCAH desvirtúa y le quita el contenido al artículo 62 de la Constitución, por lo que tampoco debería ser amparada. Interpretar que para la aplicación de dicho artículo, y por tanto para la intangibilidad de los contratos, es necesaria la suscripción de un contrato-ley implica desconocer por completo el principio de *pacta sunt servanda* reconocido constitucionalmente para los contratos privados¹⁰⁸.

Por otro lado, la santidad de los contratos establecido en el artículo 62 de la Constitución no es aplicable únicamente para normas dispositivas o supletorias, debido a que estas, al ser aplicable únicamente en caso las partes estén de acuerdo, nunca podrían afectar a los contratos, exista o no el mandato constitucional. Escobar y Cabieses, sobre el particular, consideran que “[c]omo quiera que las normas dispositivas no pueden per se alterar o modificar un pacto contractual, es obvio que el impedimento establecido en el artículo 62 de la Constitución solo puede tener como referente a las normas imperativas. (...). Sostener que las normas imperativas pueden seguir modificando el contenido de contratos en ejecución implica desconocer tanto el sustento político del artículo 62 de la Constitución como el significado elemental de los términos que emplea” (2013: 122).

Sin perjuicio de que no comparta la postura de los autores antes citados respecto a la regla casi absoluta de santidad de los contratos, esta grafica de manera adecuada el error en el incurre la CCAH al considerar que cualquier norma imperativa podría modificar los términos de un contrato pactado válidamente antes de la publicación de esa. El CCAH, además, parece forzar una interpretación, a fin de mantener vigentes artículos del Código Civil que estuvieron inspirados en un régimen de aplicación de

¹⁰⁷ El desarrollo de los principios de interpretación constitucional y la recopilación de jurisprudencia han sido desarrollados ampliamente por Castillo (2009: 223-236).

normas en el tiempo distinto al de la Constitución de 1993.

Ahora bien, los criterios establecidos en la tercera y cuarta forma de interpretar el artículo 62 y aplicarlo al caso concreto son más acertados. Como señalamos antes, los principios de interpretación constitucional no permiten una lectura aislada y absoluta de las normas de la Constitución. En ese sentido, el artículo 62 debe interpretarse de manera concordante no solo con los artículos 58 y 103 del mismo texto normativo, sino también con el numeral 14 del artículo 2. Según este, toda persona tiene derecho a “contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan **leyes de orden público**”.

Espinoza sostiene que “se entiende por orden público a los principios de orden superior, que constituyen nuestra organización política y social dentro de la cual son esenciales. (...) el orden público está compuesto por principios (no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad” (2002: 304). Es en ese marco que el TSC sostiene con buen criterio que la función de los reguladores está orientada a finalidades legítimas y sus competencias han sido asignadas por normas de orden público.

El Tribunal Constitucional mediante la Sentencia recaída en el Expediente N° 3283-2003-AA/TC, de manera previa a la emisión de las resoluciones del CCAH y del TSC, ha definido al orden público como:

[E]l conjunto de valores, principios, pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. **El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.**

En ese contexto, el Estado puede establecer medidas limitativas o restrictivas de la libertad de los ciudadanos con el objeto que, en el caso específico de la defensa de los valores como la paz o de principios como la seguridad, se evite la consumación de actos que puedan producir perturbaciones o conflictos. De allí que en resguardo del denominado orden material – elemento conformante del orden público- el Estado

¹⁰⁸ Señalan Amado y Miranda (2000), “(...) la cláusula pacta sunt servanda contenida en el artículo 62 de la Constitución que “garantiza la santidad del contrato” es una norma de derecho privado que, por ser claramente

procure la verificación de conductas que coadyuven al sostenimiento de la tranquilidad pública, el sosiego ciudadano, etc.¹⁰⁹ [énfasis agregado].

En efecto, el desarrollo de la LCE y la naturaleza del Servicio Público de Electricidad dotan de contenido al Contrato de Suministro. Las partes acuerdan un suministro considerando las disposiciones establecidas en la normativa sectorial que -si bien no establecía una competencia de solución de controversias-, sí resaltan la importancia del Servicio Público de Electricidad y el especial interés por parte del Estado de su regulación. Dichas normas corresponden, entonces, a principios de orden público.

Siendo ello así, al enmarcarse el contrato en el ámbito de un servicio fundamental para la sociedad y que ha sido priorizado por el Estado en sus políticas públicas, no podría considerarse que los contratos de suministro entre generadores y distribuidores gozan de la misma santidad que la que gozan los contratos privados no vinculados a servicios públicos. Ello, porque detrás de estos últimos no se consideran prestaciones ni obligaciones que el Estado ha considerado fundamentales para la sociedad¹¹⁰.

La Constitución otorga a los servicios públicos especial relevancia en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 58 establece que el Estado actúa en los servicios públicos y en la infraestructura. La norma suprema, además, otorga facultades constitucionales a miembros del poder legislativo y a la Defensoría del Pueblo para supervisar la prestación adecuada de los servicios públicos. Además, asigna al Poder Ejecutivo, así como a los gobiernos regionales y locales, activa participación en la prestación de dichos servicios.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha resaltado también la importancia de los servicios públicos en la sociedad. Así, los fundamentos 34 y

incompatible con la naturaleza de los contratos regulados por el derecho público, no les resulta aplicable.”

¹⁰⁹ Fundamentos 28 y 29.

¹¹⁰ Rubio señala sobre el particular que:

“[E]l texto del artículo 62 de la Constitución establece que los contratos están protegidos por la teoría de los derechos adquiridos, esto es, que sus previsiones no pueden ser modificadas por normas posteriores. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que el tratamiento de la libertad de contratos en la Constitución vincula de manera indesligable al [inciso 14 del] artículo 2. Consecuentemente, que ningún contrato puede ir contra norma de interés general o de orden público porque en tal caso infringe el primero de los dos dispositivos. Asimismo, el Tribunal considera que el Congreso puede modificar contratos existentes con mandatos de las leyes cuando esté de por medio el interés general. Sin embargo, se deberá demostrar la razonabilidad y proporcionalidad de tales modificaciones” (2013: 52).

siguientes de la Sentencia recaída en el expediente N° 34-2004-PI/TC señalan que los servicios públicos son “sectores esenciales y de necesidad básica para la población y el progreso social de la nación; de manera que **no pueden quedar expuestos aisladamente a los riesgos del mercado**, haciéndose menos gravosa una intervención estatal sustentada en estos fines, en la medida, claro está, que sea adecuada y objetiva” [énfasis agregado]. Si bien este criterio fue expuesto de manera posterior a la emisión de la resolución del CCAH, la sentencia fue publicada antes de la resolución del TSC, por lo que dicho colegiado tenía mayores mecanismos constitucionales para resolver este punto controvertido.

Reiteramos que la competencia del OSINERGMIN para resolver controversias no ha sido asignada de manera irracional o arbitraria, sino que responde a la necesidad de conciliar los intereses de las empresas que iban a prestar el Servicio Público de Electricidad, luego de los procesos de privatización y concesiones. Sostener lo contrario podría implicar la sujeción de la prestación de un servicio público a un tribunal arbitral privado.

En base a lo anterior, podemos concluir que la competencia del OSINERGMIN para resolver la controversia entre Electroperú y Luz del Sur es plenamente válida en razón de la materia controvertida, dado que versa sobre aspectos regulatorios y normativos y que la función de solución de controversias es aplicable aun cuando fue establecida luego de suscrito el contrato, debido a que resulta de orden público. Siendo ello así, una interpretación conjunta de las disposiciones constitucionales, y específicamente de los artículos 2.14, 58 y 103 de la Constitución, permite notar que la santidad de los contratos establecida en el artículo 62 es relativa cuando las modificaciones realizadas mediante normas posteriores son necesarias para el desarrollo de la sociedad.

IV. Conclusiones

1. Respecto al problema de determinar la naturaleza y reglas del procedimiento, es claro que el presente caso se desarrolla en el marco de un procedimiento trilateral. Las reglas principales para este procedimiento están establecidas en el Reglamento de Solución de Controversias y solo de manera supletoria se aplicarán las reglas generales de la LPAG.
2. Las principales actuaciones procedimentales de las partes corresponden a las reglas establecidas en las mencionadas normas. Sobre los aspectos incidentales del procedimiento debemos señalar lo siguiente:
 - La medida cautelar solicita por Luz del Sur para que Electroperú cobre únicamente la Tarifa en Barra mientras dure el procedimiento debió ser desestimada en ambas instancias, debido a que no se demostró el grave e irreparable perjuicio que provocaría la tramitación del procedimiento.
 - Si bien los informes orales permiten la exposición de los argumentos, el impedimento para realizarlas en el procedimiento cautelar no afectó el debido procedimiento debido a que respondió a razones objetivas y razonables.
 - La solicitud de abstención de Electroperú era improcedente debido a que el CCAH no manifestó su parecer respecto al tema de fondo, sino que describió en condicional los hechos controvertidos.
 - No correspondía la suspensión o paralización del procedimiento porque la disposición judicial no requería una acción o abstención de parte del Regulador.
3. Las partes como los órganos resolutivos cumplieron, de manera general, con las reglas y normas administrativas establecidas para estos efectos. No se evidencian irregularidades ni vicios.
4. En lo que respecta al segundo problema, vinculado al tope en el cobro por los excesos de energía retirados por Luz del Sur, podemos señalar en primer lugar que los generadores pueden comprometerse hasta el límite de su capacidad garantizada (potencia física y la potencia adicional contratada a otros generadores) y tienen la potestad de decidir si venden o no venden energía a los distribuidores.

5. Si bien ambas argumentaciones (de Electroperú y Luz del Sur) resultan razonables, la decisión del CCAH y TSC fue correcta al determinar que el pago por el retiro en exceso no se encontraba regulado y, por tanto, que podía ser libremente pactado por las partes.
6. Electroperú no debía asumir los costos de los retiros en exceso realizados por Luz del Sur porque eso no fue pactado en el Contrato de Suministro, porque las normas no obligan a las partes a aplicar la tarifa regulada en este caso, y es el Distribuidor el responsable de garantizar la continuidad del Servicio Público de Electricidad. Por tanto, es este último quien debe asumir los riesgos de la operación.
7. Además, los retiros en exceso que realice Luz del Sur no deben ser tomados como venta porque no hubo consentimiento o intención de Electroperú para que dichos retiros se configuren como tal. Las partes acordaron claramente que sería el costo marginal de corto plazo el aplicable en dichos casos.
8. La argumentación de Luz del Sur es incongruente porque pretende pagar un monto menor a la Tarifa en Barra como penalidad por incumplimiento, aun cuando la prestación ordinaria sería retribuida con montos incluso superiores. Por otro lado, desincentivaría por completo a los generadores de contratar con distribuidores para el suministro de energía destinado al Servicio Público de Electricidad.
9. Lo anterior no implica que los distribuidores deban siempre asumir los costos excesivos de condiciones imprevisibles, pues deberá ser el Estado quien corrija normativamente la situación en beneficio de los consumidores y del interés público (a través de normas especiales o la corrección de los precios regulados reflejando los costos marginales de suministro). Sin embargo, mientras ello no ocurra, los distribuidores deberán asumir los riesgos y costos de la operación por ser los obligados a prestar el servicio público.
10. Las resoluciones del OSINERGMIN, si bien concluyen en una decisión adecuada, realizan un análisis incompleto para la complejidad del Caso. Sin embargo, no llegan a ser inválidas por defectos en la motivación.

11. El Decreto de Urgencia N° 7-2004 no era aplicable por cuando su ámbito de aplicación excluía expresamente supuestos como los del presente Caso.
12. En tercer lugar, en lo que respecta al problema de la competencia del OSINERGMIN para conocer la presente controversia, las empresas vinculadas al sector eléctrico descritas en la norma debían acudir al mecanismo de solución de controversias antes del proceso jurisdiccional cuando la materia controversial se encuentre dentro de la competencia del Regulador.
13. Lo que se solicitó al OSINERGMIN no es el cumplimiento de una obligación contractual sino la solución de una controversia vinculada a las disposiciones normativas del sector. El hecho de que el CCAH haya pretendido interpretar el Contrato de Suministro es un exceso a las competencias asignadas al Regulador.
14. La cláusula arbitral no es aplicable porque la controversia versa sobre aspectos técnicos, normativos y regulatorios.
15. Debido a que el Contrato de Suministro se enmarca en el ámbito de un servicio fundamental para la sociedad, y que ha sido priorizado por el Estado en sus políticas públicas, no podría considerarse que los contratos de suministro gozan de la misma santidad que los contratos privados porque detrás de estos últimos no existen prestaciones calificadas como imprescindibles.
16. Por lo tanto, la competencia del OSINERGMIN para resolver la controversia es válida debido a que la materia controvertida es de orden público.

V. Bibliografía

AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA

2000 Aplicabilidad de la cláusula pacta sunt servanda del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el derecho público. *Revista Themis*. Lima, número 40, pp. 255 – 262.

CAIRAMPOMA, Alberto

2014 La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista Derecho PUCP*. Lima, número 73, pp. 483-504.

CASTILLO, Luis

2009 Pautas para interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales. *Gaceta Jurídica*. Lima, pp. 223-236.

COMISIÓN MEM-OSINERG

2004 *Libro Blanco del Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica*. Consulta: 24 de enero de 2020

<http://www2.osinerg.gob.pe/Novedades/Volumen%201%20-%20Resumen.pdf>

<http://www2.osinerg.gob.pe/novedades/volumen%202%20-%20libro%20blanco.pdf>

DAMMERT, Alfredo, MOLINELLI, Fiorella y Max CARBAJAL

2011 *Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico Peruano*. OSINERGMIN. Lima, pp. 141 – 146.

DANÓS, Jorge

2008 El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. *Themis Revista de Derecho*. Lima, número 55, pp. 255 – 264.

DANÓS, Jorge

2004 Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamo de usuarios. *Revista peruana de derecho de la empresa*. Lima, volumen 57, pp. 59-94.

ESCOBAR, Fredy y Guillermo CABIESES

2013 La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, número 46, pp. 114 – 139.

ESPINOZA, Juan

2002 El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, número 24, pp. 302 – 313.

ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy

2010 Medidas cautelares en el procedimiento administrativo peruano: una mirada

crítica a lo realizado y un adelanto sobre aquello que debiera hacerse al respecto. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 9, pp. 177 – 184.

GÓMEZ, Hugo

2011 El procedimiento trilateral: ¿Cuasijurisdiccional? *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 10, pp. 15-42.

HUAPAYA, Ramón

2011 Notas sobre el Concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, número 36, pp. 93 – 102.

HUAPAYA, Ramón

2015 Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, número 50, pp. 368 – 397.

LANDA, César

2014 La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y límites. *Revista Themis*. Lima, número 66, pp. 309 – 327.

MORALES, Félix

2004 La Reforma Constitucional y los Derechos Adquiridos. *Revista Derecho y Sociedad*. Lima, número 23, pp. 275 – 287.

MORÓN, Juan Carlos

2011 “El procedimiento administrativo trilateral”. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 665 – 682.

OSINERGMIN

2016 Informe N° 0610-2016-GRT Proceso de Regulación de los Precios en Barra. *Gerencia de Regulación de Tarifas*. Lima, pp. 1 – 12.

QUIÑONES, María Teresa

2005 Mercado eléctrico en el Perú: ¿una utopía? *Revista Themis*. Lima, número 50, pp. 73 – 85.

RUBIO, Marcial

2004 “La aplicación del sistema jurídico en el tiempo”. *Introducción al sistema jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 301-306.

RUBIO, Marcial

2008 *El título preliminar del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO, Marcial

2013 *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Segunda edición aumentada. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO, Marcial

2014 *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición, cuarta reimpresión. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANTIVANEZ, Roberto

1998 Mercado Eléctrico Peruano: Principios y Mecanismos de Operación y Sistemas de Precios. *Themis Revista de Derecho*. Lima, número 37, pp. 111 – 128.

TASSANO, Hebert

2008 El procedimiento de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. *Revista de derecho administrativo*. Lima, número 4, pp. 89-106.

TASSANO, Hebert

2007 “Los tribunales administrativos en el marco de la regulación económica de los servicios públicos”. Ponencia presentada en el II Congreso de Derecho Administrativo. Lima.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 *Expediente N° 3283-2003-AA/TC*. Sentencia del 15 de junio de 2004.

Consulta: 13 de enero de 2021:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 *Expediente N° 34-2004-PI/TC*. Sentencia: 15 de febrero de 2005.

Consulta: 10 de enero de 2021

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 *Expediente N° 2-2006-PI/TC*. Sentencia: 16 de mayo de 2007.

Consulta: 4 de noviembre de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00002-2006-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 *Expediente N° 3075-2006-PA/TC*. Sentencia: 29 de agosto de 2006.

Consulta: 2 de noviembre de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03075-2006-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2011 *Expediente N° 2175-2011-PA/TC*. Sentencia del 20 de marzo de 2012.

Consulta: 5 de noviembre de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02175-2011-AA.html>

VARGAS, Erick

2019 El procedimiento administrativo trilateral como mecanismo de solución de

controversias en el sector eléctrico peruano. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 17, pp. 96 – 123.

ZEGARRA, Diego

2014 *Serie Módulos Instruccionales N° 1 – Procedimiento Administrativo Trilateral*.
Lima: INDECOPI.

ZEGARRA, Diego

2016 *El procedimiento administrativo trilateral* [diapositiva]. Consulta: 8 de noviembre de 2020.



VI. Anexos

Anexo 1 – Definiciones

Para efectos del presente informe, los términos listados en el presente Anexo tendrán las siguientes definiciones:

1. Caso

Expediente N° 19-2004-TSC-OSINERGMIN, el cual resuelve una controversia entre Electroperú y Luz del Sur vinculada a la regulación tarifaria de los excesos de potencia y energía contratada cuando dichos excesos estén destinados al Servicio Público de Electricidad.

2. CCAH

Cuerpo Colegiado Ad Hoc designado mediante Resolución N° 255-2004-OS/CD y modificada por Resolución N° 256-2004-OS/CD, que resuelve en primera instancia la controversia del presente caso.

3. Constitución

Constitución Política del Perú del año 1993.

4. Contrato de Suministro

Contrato de Suministro de Electricidad suscrito entre Luz del Sur y Electroperú el 16 de mayo de 1996 y modificado mediante adenda del 12 de diciembre de 2000.

5. Electroperú, EP o el Generador

Electroperú S.A., empresa estatal de derecho privado, generadora de electricidad que en el presente caso es la parte reclamada.

6. LCE

Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, publicada el 19 de noviembre de 1992.

7. Ley de Creación del OSINERGMIN

Ley N° 26734, Ley de Creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG publicada el 31 de diciembre de 1996.

8. Ley General de Arbitraje

Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, publicada el 5 de enero de 1996.

9. Ley Marco de los Organismos Reguladores

Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, publicada el 29 de julio de

2002.

10. LPAG

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

11. Luz del Sur, LDS o el Distribuidor

Luz del Sur S.A.A., empresa privada distribuidora de electricidad que en el presente caso es la parte reclamante.

12. OSINERGMIN o el Regulador

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía. Para efectos de este informe se denominará OSINERGMIN, aun cuando al momento de los hechos del Caso, la denominación era oficial era OSINERG.

13. Reglamento de la LCE

Decreto Supremo N° 9-93-EM que aprueba el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, publicado el 25 de febrero de 1993.

14. Reglamento de Solución de Controversias

Resolución de Consejo Directivo N° 826-2002-OSINERG/OS-CD que aprueba el Reglamento de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía – OSINERG.

15. Reglamento General del OSINERGMIN

Decreto Supremo N° 54-2001-PCM que aprueba el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG, publicado el 9 de mayo de 2001.

16. Servicio Público de Electricidad

Servicio de suministro eléctrico que realiza una empresa distribuidora, en este caso Luz del Sur, a los usuarios regulados.

17. Tarifa en Barra

Tarifa regulada por el OSINERGMIN para el pago del suministro de potencia y energía por parte de los generadores a los distribuidores para el Servicio Público de Electricidad. La Tarifa en Barra también considera costos asociados a la transmisión eléctrica.

18. TSC

Tribunal de Solución de Controversias que, de acuerdo con el Reglamento de Solución de Controversias de OSINERGMIN resuelve en segunda y última instancia la controversia del presente caso.

Anexo 3 – Documentos relevantes

A efectos de que los miembros del jurado puedan evaluar el informe, y en cumplimiento del artículo 90 del Reglamento de la Facultad de Derecho, se adjunta los documentos más relevantes del Caso, que podrán ser encontrados también en el siguiente enlace:

<https://drive.google.com/drive/folders/1aXU-udwv1MZIlgZ20jB4atXRRakC5q2I?usp=sharing>

Los siguientes documentos:

1. Contrato de suministro suscrito entre Luz del Sur S.A.A. y Electroperú S.A.
2. Escrito de reclamación presentado por Luz del Sur S.A.A.
3. Escrito de contestación y formulación de excepciones de Electroperú S.A.
4. Resolución N° 8-2004-OS/CC-20 que resuelve en primera instancia el procedimiento.
5. Apelación presentada por Luz del Sur S.A.A. contra la Resolución N° 8-2004-OS/CC-20.
6. Apelación presentada por Electroperú S.A. contra la Resolución N° 8-2004-OS/CC-20.
7. Resolución N° 5-2005-TSC-TSC/19-2004-TSC que resuelve en segunda instancia el procedimiento.
8. Resolución N° 1-2004-OS/CC-20-MC que otorga la medida cautelar solicitada por Luz del Sur.
9. Resolución N° 1-2004-TSC/17-2004-TSC-OSINERG que resuelve la apelación presentada por Electroperú y deja sin efecto la medida cautelar concedida por el CCAH.

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 Extranjería 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



100040

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



00045

de cargo de **LA GENERADORA** ningún exceso de potencia ni de energía respecto a la potencia y a la energía contratada establecida en el presente Contrato. Cuando otros proveedores asumen el crecimiento de demanda de **LA DISTRIBUIDORA** no se 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 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



*5/6 de pago
renovado*

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 previsibles 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

[Handwritten initials]



00043

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 :

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

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_t = 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 :

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



000042

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.



000041

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 pago indebido 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 se computará hasta la fecha de pago del monto observado. El monto resultante de la liquidación de intereses se actualizará hasta la fecha en 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 del 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 periodo superior a tres (3) meses, LA **GENERADORA** estará facultada para resolver el 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.



000039

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

8.3 LA GENERADORA prestará a LA DISTRIBUIDORA las facilidades necesarias para el acceso a la información registrada en los medidores de LA GENERADORA, vía interrogación a distancia y/o lectura directa, cumpliendo el 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, se considerará el valor promedio de la potencia registrada en períodos de integración de quince minutos.

8.5 Los equipos de medición instalados por LA GENERADORA se probarán a través de una empresa especializada, autorizada por INDECOPI, cuando 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 primera prioridad 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 I 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;



000037

- iii) operaciones militares bélicas, haya o no declaración de guerra;
- iv) actos terroristas;
- v) condiciones hidrológicas anormales, determinadas según el procedimiento convenido en el Anexo N° 4;
- vi) huelgas y otras paralizaciones laborales;
- vii) fallas o indisponibilidades imprevisibles de equipos o 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 lo 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



000036

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 1º 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 resolución o por incumplimiento de cualquiera de las partes, la parte que decidió 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 período 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 no 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.



000034

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.



000030

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 del 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.

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 i8.1.
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 períodos de 15 minutos, registradas en un mes en cada punto de entrega.
6. "Día" significa día calendario y comprende un período 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.



000031

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.



ANEXO N° 2

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD PARA SERVICIO PUBLICO, ENTRE ELECTROPERU Y LUZ DEL SUR

PUNTOS DE ENTREGA Y POTENCIA CONTRATADA DESAGREGADA POR PUNTOS DE ENTREGA

| Punto de Entrega | Tensión (kV) | Potencia (MW) |
|----------------------------------|--------------|---------------|
| 1. Subestación Santa Rosa | 210 | 100 |
| 2. Subestación San Juan | 210 | 240 |
| 3. Subestación San Juan | 60 | 30 |
| Total Potencia Contratada | | 370 |

La desagregación de la potencia contratada por punto de entrega establecida en el presente Anexo, tiene sólo carácter referencial por cuanto refleja las condiciones actuales del respectivo suministro de electricidad.



ANEXO N° 3

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD PARA SERVICIO PUBLICO, ENTRE ELECTROPERU Y LUZ DEL SUR DETERMINACION DE LA POTENCIA FACTURABLE EN CASOS DE INDISPONIBILIDAD PARCIAL O TOTAL DE LA POTENCIA MAXIMA COMPROMETIDA

En casos de indisponibilidad parcial o total de las potencias máximas comprometidas, la potencia reducida facturable, correspondiente a cada período tarifario, se determinará de acuerdo a la siguiente fórmula :

$$PF_K = (1/N_K) [PC_K(N_K - n) + \sum_{i=1}^n PR_{Ki}]$$

Donde:

- PF : potencia reducida facturable en el mes, en kW.
- PC : potencia máxima comprometida en kW.
- PR : potencia promedio registrada en cada período de quince (15) minutos, kW.
- K : indicador del período tarifario: horas de punta, horas intermedias, en correspondencia con los períodos considerados para la facturación de la potencia.
- i : contador de períodos de quince minutos en los que se presentó restricción o interrupción del suministro de potencia.
- n : número total de períodos de quince minutos en los que se presentó restricción o interrupción del suministro de potencia.
- N : número total de períodos de quince minutos en el período tarifario considerado, durante el mes de facturación.



000028

ANEXO N° 4

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD PARA SERVICIO PUBLICO, ENTRE ELECTROPERU Y LUZ DEL SUR CONDICIONES HIDROLÓGICAS ANORMALES

AÑO HIDROLOGICO CON PROBABILIDAD DE EXCEDENCIA DEL 95 % DE LAS C.H. MANTARO Y RESTITUCION

Mediante simulaciones de operación de las centrales hidroeléctricas de Mantaro y Restitución, utilizando los modelos JUNRED y JUNTAR, y considerando una serie hidrológica de 38 años, se obtienen las energías producibles por dichas centrales en cada año de dicha serie, las que se muestran en el Cuadro N° 2.

Para la indicada simulación de operación, se proporciona las siguientes 3 series de caudales promedio mensuales (m3/seg) :

- Afluentes del Lago Junín
- Afluentes de la Central Hidroeléctrica Malpaso : Que se obtiene por diferencia entre el registro correspondiente a la estación Chulec y el de la estación Upamayo.
- Afluentes de las Centrales Hidroeléctricas Mantaro y Restitución : Que se obtiene por diferencia entre el registro correspondiente a la estación La Mejorada y el de la estación Chulec.

La energía producible por las indicadas centrales correspondiente a un año hidrológico más próximo al 95 % de excedencia es de 5 700,5 GWh, que de acuerdo a la serie hidrológica corresponde al año de 1957, cuyos caudales promedio mensuales se muestran en el Cuadro N° 1.

De presentarse caudales promedio mensuales menores que los mostrados en el Cuadro N°1 y por tanto una energía anual producible menor que 5 700,5 GWh, está situación constituirá un evento de fuerza mayor a que se refiere la subcláusula 11.1, apartado v) del CONTRATO.

Los caudales mensuales del Cuadro N° 1, así como las energías producibles del Cuadro N° 2, serán actualizados de conformidad con las correspondientes nuevas series de caudales mensuales adoptadas por el COES-SICN.



000027

Cuadro N° 1
CAUDALES DEL AÑO 1957 (95% Excedencia)
(m3/seg)

| MES | AFLUENTES LAGO JUNIN | AFLUENTES MALPASO | AFLUENTES C.H.MANTARO |
|---------|-------------------------|----------------------|--------------------------|
| Enero | 28,7 | 28,0 | 49,0 |
| Febrero | 74,6 | 36,0 | 189,0 |
| Marzo | 39,6 | 48,0 | 251,0 |
| Abril | 38,8 | 34,0 | 63,0 |
| Mayo | 15,5 | 17,0 | 46,0 |
| Junio | 6,8 | 9,0 | 36,0 |
| Julio | 3,5 | 5,0 | 29,0 |
| Agosto | 8,1 | 11,0 | 23,0 |
| Setiemb | 16,3 | 4,0 | 35,0 |
| Octubre | 16,9 | 14,0 | 33,0 |
| Noviem | 21,1 | 19,0 | 46,0 |
| Diciemb | 32,6 | 29,0 | 43,0 |

Cuadro N° 2
ENERGIA PRODUCIBLE POR C.H. MANTARO Y RESTITUCION
(GWh)

| | VALORES HISTORICOS | | VALORES ORDENADOS (De mayor a menor) |
|----|--------------------|---------------|---|
| | Año | Energía | |
| 1 | 1956 | 5748,2 | 6695,6 |
| 2 | 1957 | 5700,5 <==95% | 6695,6 |
| 3 | 1958 | 5782,7 | 6695,6 |
| 4 | 1959 | 6009,0 | 6695,6 |
| 5 | 1960 | 5960,2 | 6695,6 |
| 6 | 1961 | 6659,2 | 6695,6 |
| 7 | 1962 | 6695,6 | 6695,6 |
| 8 | 1963 | 6580,0 | 6695,6 |
| 9 | 1964 | 6568,4 | 6695,6 |
| 10 | 1965 | 6284,5 | 6695,6 |
| 11 | 1966 | 6169,5 | 6695,6 |
| 12 | 1967 | 6695,6 | 6695,6 |
| 13 | 1968 | 6569,8 | 6659,2 |
| 14 | 1969 | 6219,4 | 6580,0 |
| 15 | 1970 | 6577,8 | 6577,8 |
| 16 | 1971 | 6249,5 | 6569,8 |
| 17 | 1972 | 6695,6 | 6568,4 |
| 18 | 1973 | 6695,6 | 6544,4 |
| 19 | 1974 | 6695,6 | 6493,2 |
| 20 | 1975 | 6544,4 | 6488,8 |
| 21 | 1976 | 6695,6 | 6448,8 |
| 22 | 1977 | 6356,5 | 6448,2 |
| 23 | 1978 | 6488,8 | 6437,7 |
| 24 | 1979 | 6303,8 | 6356,5 |
| 25 | 1980 | 5961,7 | 6303,8 |
| 26 | 1981 | 6695,6 | 6299,8 |
| 27 | 1982 | 6448,8 | 6284,5 |
| 28 | 1983 | 5696,4 | 6262,5 |
| 29 | 1984 | 6695,6 | 6249,5 |
| 30 | 1985 | 6695,6 | 6219,4 |
| 31 | 1986 | 6695,6 | 6169,5 |
| 32 | 1987 | 6437,7 | 6009,0 |
| 33 | 1988 | 6493,2 | 5961,7 |
| 34 | 1989 | 6695,6 | 5960,2 |
| 35 | 1990 | 6299,8 | 5782,7 |
| 36 | 1991 | 6448,2 | 5748,2 |
| 37 | 1992 | 4155,2 | 5700,5 <== 95% |
| 38 | 1993 | 6262,5 | 5696,4 |
| 39 | 1994 | 6695,6 | 4155,2 |

Handwritten marks and initials.



**CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD
ENTRE ELECTROPERU Y LUZ DEL SUR
PRIMERA ADENDA**

Conste por el presente documento la Primera Adenda al Contrato de Suministro de Electricidad que celebran de una parte LUZ DEL SUR S.A.A, con Registro Unico de Contribuyentes N° 33189800, en adelante denominada "LA DISTRIBUIDORA", debidamente representada por su Gerente General don Mile Cacic Enriquez, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 10472837 y por su Gerente Comercial don Víctor Scarsi Hurtado, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 06606335, con poderes inscritos en los asientos C00019 y C00014 de la partida N°11008689 del Registro Mercantil de Lima; y de la otra, ELECTROPERU S.A. con Registro Unico de Contribuyentes N° 10002770, en adelante denominada "LA GENERADORA", debidamente representada por su Gerente General don Carlos Manuel Jo Miranda, con Libreta Electoral N° 07903655, de conformidad con el nombramiento acordado en Sesión de Directorio N° 1071 del 9 de setiembre de 2000, según poder inscrito en la partida N° 11009718 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao; en los términos y condiciones siguientes:

CLAUSULA 1: ANTECEDENTES

Con fecha 16 de mayo de 1997 Luz del Sur y ELECTROPERU celebraron un Contrato de Suministro de Electricidad, el mismo que en la **Subcláusula 2.1** establece la potencia contratada, desagregada por puntos de entrega conforme al **Anexo N° 2** del Contrato y en la **Subcláusula 7.1** establece las características técnicas para la tensión.

CLAUSULA 2: OBJETO

La presente Adenda tiene por objeto modificar la potencia contratada establecida en la **Subcláusula 2.1** y el **Anexo N° 2** del Contrato así como el valor del rango de tensión en la **Subcláusula 7.1**.

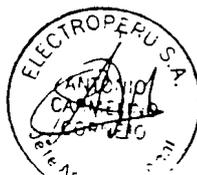
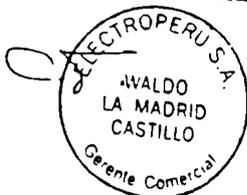
CLAUSULA 3: MODIFICACION

Las partes acuerdan modificar -a partir del 1° de julio de 2001- la **Subcláusula 2.1**, la **Subcláusula 7.1** y el **Anexo N° 2** del Contrato, cuyos textos quedarán sustituidos a partir de dicha fecha por los siguientes:

"2.1 **LA GENERADORA** se compromete a poner a disposición y entregar a **LA DISTRIBUIDORA**, a partir del 1° de julio del 2001, la potencia contratada de cuatrocientos veinte Megawatts (420 MW), en forma desagregada por cada punto de entrega, conforme se describe en el **Anexo N° 2**.

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 energía a **LA DISTRIBUIDORA**, en los puntos de entrega, sin exceder los rangos siguientes:

Para la tensión : +5% y -5% de 210 kV
Para la frecuencia : +1% y -1% de 60 Hz



000025

ANEXO N° 2

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD ENTRE ELECTROPERU Y LUZ DEL SUR

PUNTOS DE ENTREGA Y POTENCIA CONTRATADA DESAGREGADA POR PUNTOS DE ENTREGA

| Punto de Entrega | Tensión (kV) | Potencia (MW) |
|----------------------------------|--------------|---------------|
| 1. Subestación Santa Rosa | 210 | 100 |
| 2. Subestación San Juan | 210 | 320 |
| Total Potencia Contratada | | 420 |

La desagregación de la potencia contratada por punto de entrega establecida en el presente Anexo, tiene sólo carácter referencial por cuanto refleja las condiciones actuales del respectivo suministro de electricidad. "

CLAUSULA 4: DECLARACION

Todas las otras estipulaciones del Contrato se mantienen vigentes, en cuanto no hayan sido expresamente modificadas por la presente Adenda.

Firmada en la ciudad de Lima a los doce (12) días del mes de diciembre de 2000.

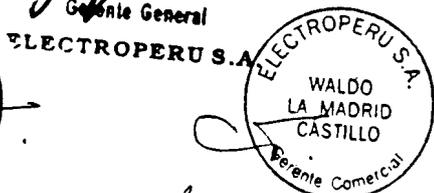
por LA GENERADORA

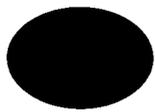
por LA DISTRIBUIDORA


CARLOS JO MIRANDA
Gerente General


MILE CACIC
GERENTE GENERAL
LUZ DEL SUR S.A.A.


VICTOR SCARSI H.
Gerente Comercial





LUZ DEL SUR

Llevamos más que luz

| | |
|---|--|
| OSINERG | |
| RECIBIDO | |
| 7000 | |
| 07 SET 2004 | |
| 470604 226 | |
| LA RECEPCIÓN DEL INGRESO DE LOS DOCUMENTOS DE CONFORMIDAD | |

Sumilla: Presenta reclamación contra ELECTROPERÚ

A LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LAS INSTANCIAS DE DE CONTROVERSIAS DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN ENERGÍA - OSINERG:

| | |
|--------------|--|
| RECIBIDO | |
| 07 SET. 2004 | |
| OSINERG | |
| CON R.U.C. | |
| | |

LUZ DEL SUR S.A.A. (en adelante, "LUZ DEL SUR"), 33189800 (Anexo 1), debidamente representada por general, señor Mile Cacic Enríquez, identificado con D.N.I. 10472837 (Anexo 2), según consta en el poder que se adjunta al presente escrito (Anexo 3), con domicilio real en Av. Canaval y Moreyra 380, San Isidro, señalando domicilio para estos efectos en Av. San Felipe No. 758 - Jesús María, respetuosamente dice:

Que mediante el presente escrito presentamos nuestra reclamación contra la empresa generadora de energía eléctrica **ELECTROPERÚ S.A.** (en adelante, "ELECTROPERÚ"), con domicilio en Av. Pedro Miotta No. 421, San Juan de Miraflores, con la finalidad de que el Cuerpo Colegiado *ad hoc* del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía (en adelante, "OSINERG") que se constituya para conocer la presente controversia, declare **FUNDADAS** las siguientes pretensiones:

I. PETITORIO:

Que, existiendo una controversia con ELECTROPERU sobre el tope aplicable al precio de la energía en el contrato de suministro para el Servicio Público de Electricidad suscrito con dicha empresa el 16 de mayo de 1997, pedimos que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare:

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

Av. Canaval y Moreyra 380
 San Isidro, Lima, Perú.
 Teléfonos : 51 (1) 271-9000 • 271-9090
 Fax : 51 (1) 421-5156
 central@luzdelsur.com.pe
 www.luzdelsur.com.pe

000000

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. → y el Cto?

II. COMPETENCIA DEL CUERPO COLEGIADO Y DEL TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS.

1. El artículo 1° del Reglamento General del OSINERG, promulgado por Decreto Supremo No. 054-2001-PCM (en adelante, el "Reglamento General") señala que OSINERG tiene competencia para regular las tarifas y fijar los distintos precios regulados del servicio eléctrico, así como supervisar y fiscalizar a las entidades del sector energía, velando por la calidad, seguridad y eficiencia del servicio y/o productos brindados a los usuarios en general.
2. El artículo 34°, inciso b, del Reglamento General precisa que la función supervisora de OSINERG incluye la verificación del cumplimiento de las disposiciones normativas y reguladoras dictadas por OSINERG en el ejercicio de sus funciones.
3. El artículo 36° del Reglamento General faculta a OSINERG a imponer sanciones a las entidades que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de obligaciones legales, técnicas, derivadas de los contratos de concesión, o de disposiciones reguladoras o normativas dictadas por OSINERG.

4. El artículo 44° del Reglamento General establece que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes del OSINERG, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre las entidades del sector eléctrico.
5. De conformidad con lo establecido en los artículos 46°, inciso c), y 47° del Reglamento General y de los artículos 2°, inciso a), y 4° del Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución No. 826-2002-OS/CD (en lo sucesivo, el "RSC"), los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias de OSINERG tienen competencia exclusiva para conocer las controversias entre generadores y distribuidores relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.
6. Tal como se ha señalado, la presente controversia involucra la participación de dos entidades integrantes del sector eléctrico. ELECTROPERÚ, empresa generadora de electricidad, y LUZ DEL SUR, empresa concesionaria de distribución eléctrica.
7. ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR suscribieron el 16 de mayo de 1997 un Contrato de Suministro de Electricidad (en adelante, el "Contrato") mediante el cual la primera se obligó a vender a nuestra empresa energía y potencia destinada, exclusivamente, al Servicio Público de Electricidad.¹
8. Puesto que las pretensiones materia de la presente reclamación versan sobre los precios máximos aplicables a la energía en el caso de suministros destinados al Servicio Público de Electricidad, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que el Consejo Directivo de OSINERG designe es el competente para conocer y amparar dichas pretensiones, al estar directamente relacionadas con aspectos regulatorios, normativos y derivados de los contratos de

¹ La Cláusula 2.6 del Contrato señala: "LA DISTRIBUIDORA utilizará el suministro objeto del Contrato -exclusivamente- para la atención a sus clientes a precio regulado con arreglo a la Ley".

concesión del Reclamante y del Reclamado, que son objeto de regulación, supervisión y fiscalización por OSINERG.

9. Cabe precisar que la solución de la presente controversia por el Cuerpo Colegiado de OSINERG constituye vía administrativa previa, por disposición expresa del artículo 47° del Reglamento General y del artículo 4° del RSC.
10. Adicionalmente, no es de aplicación en este caso la vía arbitral prevista en la cláusula Décimo Segunda del Contrato entre LUZ DEL SUR y ELECTROPERÚ. En efecto, las partes no tienen facultad de libre disposición sobre la materia objeto de esta controversia, porque concierne a una atribución o función que la ley especial ha reservado a OSINERG.

III. FUNDAMENTOS DE LA RECLAMACION

1. ¿DE QUÉ TRATA LA PRESENTE CONTROVERSIA?

La materia sobre la cual versa la presente controversia es simple: se trata de un generador (ELECTROPERÚ) que pretende cobrar a un distribuidor (LUZ DEL SUR) la energía retirada en exceso de la energía contratada a un precio superior al regulado por OSINERG para el Servicio Público de Electricidad².

En efecto, ELECTROPERÚ considera que la subcláusula 4.4³ del Contrato la faculta a cobrar por la energía retirada en exceso de la energía contratada bajo el Contrato, un precio igual al costo marginal de corto plazo sin límite alguno, inclusive

² De conformidad con lo establecido en el artículo 2° de la LCE :
"Constituye Servicio Público de Electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para el 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."
³ La subcláusula 4.4 del Contrato estipula 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."*

cuando éste exceda varias veces la tarifa en barra. LUZ DEL SUR, por el contrario, interpreta dicha estipulación en el sentido que los excesos de energía deben pagarse a costo marginal, siempre y cuando dicho precio no exceda la tarifa en barra; en caso contrario, este 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.

En otras palabras, ELECTROPERÚ pretende interpretar las cláusulas relativas a los precios por el suministro objeto del Contrato 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.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

- 2.1 El 16 de mayo de 1997, ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR suscribieron el Contrato, destinado exclusivamente al suministro de electricidad para el Servicio Público de Electricidad, mediante el cual la primera se obligó a suministrar a nuestra empresa una potencia contratada de 370 MW y la energía activa asociada a dicha potencia. (Anexo 4). Mediante adenda suscrita el 12 de diciembre de 2000, la potencia contratada se incrementó a 420 MW.
- 2.2 Como es de conocimiento público, desde principios de este año el mercado eléctrico atraviesa una circunstancia extraordinaria, originada en una sequía inusualmente severa y en los altos precios del combustible. Lo anterior ha llevado a que la brecha entre los costos marginales de corto plazo y la tarifa en barra fijada por OSINERG 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.
- 2.3 En este contexto, LUZ DEL SUR, a pesar de todos sus esfuerzos (múltiples licitaciones declaradas desiertas en los últimos dos años por ausencia de generadores interesados en contratar a precio regulado) no ha podido suscribir nuevos contratos para

atender los requerimientos de sus clientes regulados, existiendo actualmente un déficit de, aproximadamente, 40 MW.

Como consecuencia de lo anterior, ~~desde febrero del 2004~~, nos vimos en la necesidad de retirar excesos de potencia y energía por encima de la potencia y energía contratadas para el Servicio Público de Electricidad con los generadores integrantes del Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, COES). Estos últimos han sido facturados por ELECTROPERU a un precio igual al costo marginal de corto plazo, es decir, varias veces por encima de la tarifa en barra. Es precisamente el precio facturado por ELECTROPERU por la energía retirada para cubrir este déficit el que ha motivado la presente controversia.

- 2.4 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 5), 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 en función al costo marginal de corto plazo determinado por el COES para el mes de junio de 2004⁴.
- 2.5 El 20 de julio de 2004, LUZ DEL SUR remitió a ELECTROPERÚ la Carta LE-305/2004 (Anexo 6) mediante la cual procedió a devolver la Factura No. 005-4599, por considerar que los excesos de consumo, al tener como destinatarios a los consumidores regulados, debían facturarse a precio de barra⁵.

⁴ 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".

⁵ 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".

- 2.6 El 22 de julio de 2004, LUZ DEL SUR remitió a ELECTROPERÚ la Carta LE-310/2004 (Anexo 7) a la cual adjuntó un cuadro con los excesos de potencia y energía que ELECTROPERU había facturado a costo marginal durante el período comprendido entre febrero y junio de 2004. En dicha carta manifestamos nuestra intención de convenir el modo y la oportunidad en que la generadora debía devolvernos los montos pagados en exceso del precio máximo equivalente a la tarifa en barra.

Adicionalmente, LUZ DEL SUR solicitó que para los meses comprendidos entre julio y diciembre de 2004, inclusive, ELECTROPERÚ sólo facture la potencia contratada bajo el Contrato, ya que cualquier exceso de potencia y energía debía ser atribuido por el COES de conformidad con las disposiciones del Decreto de Urgencia No. 7-2004.

- 2.7 El 26 de julio de 2004, ELECTROPERÚ remitió a LUZ DEL SUR la Carta No. G-380-2004 (Anexo 8), requiriendo la cancelación de su Factura No. 005-0004599, bajo apercibimiento de demandar su pago en la vía arbitral.
- 2.8 Mediante Carta No. LE-318/2004 (Anexo 9), del 27 de julio de 2004, LUZ DEL SUR solicitó a ELECTROPERÚ dar inicio al procedimiento previsto en la subcláusula 5.8. del Contrato⁶, con el objeto de llegar a un acuerdo en trato directo.
- 2.9 Mediante Carta G-604-2004 (Anexo 10), remitida el 3 de agosto de 2004, ELECTROPERÚ comunicó a LUZ DEL SUR su disposición para iniciar las reuniones de trato directo.
- 2.10 El 13 de agosto de 2004 las partes suscribieron el Acta de Conclusión del Trato Directo (Anexo 11), dejando constancia de la imposibilidad para llegar a un acuerdo que solucionase la controversia.

⁶ "Cláusula 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".

3. **¿CUÁL ES EL PRECIO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD?**

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

Base legal

*"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).*

3.2 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 concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad"** (resaltado agregado).*

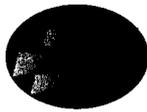
3.3 El artículo 45° de la LCE agrega que:

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

3.4 No cabe duda que las normas legales citadas 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 Preliminar⁷ y 1354⁸ del Código Civil.

⁷ "Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

⁸ "Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".



4. ¿CÓMO DEBEN INTERPRETARSE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS EXCESOS EN EL CONSUMO?

4.1 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 la 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."* (Resaltado agregado).

4.2 En consecuencia, no existe duda alguna que por tratarse de una venta de energía de generador a distribuidor, destinada a clientes regulados, 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 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 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).

- 4.3 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).

- 4.4 ¿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?.

En opinión de LUZ DEL SUR, una interpretación sistemática⁹ que no se quede en una lectura aislada de la subcláusula 4.4

⁹ 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 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



del Contrato, sino que la integre 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" 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 Castilla¹⁰, citando a Pothier:

*"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).

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".

¹⁰ 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*.

- 4.5 Aunque parezca increíble, ELECTROPERÚ opina lo contrario. En su correspondencia plantea la absurda interpretación de 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 aun cuando éste exceda varias veces la tarifa en barra. Dicha posición es, a todas luces, inadmisibles, por ser contraria a la ley y a los principios básicos que cautelan el Servicio Público de Electricidad.

Lo que ELECTROPERÚ pretende es hacer 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.¹¹

La interpretación de ELECTROPERU 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 de Derecho no permite distinguir donde la ley no distingue. El artículo 45° de la LCE es tajante al referirse a las ventas 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

¹¹ Es pertinente mencionar la Resolución No. 15-95-P/CTE, modificada por la Resolución No. 22-95-P/CTE, que aprobó las Condiciones de Aplicación de las tarifas en barra para los suministros de energía a que se refiere el Artículo 43° de la Ley de Concesiones Eléctricas.

La sección 8.1 de las Condiciones de Aplicación autoriza al generador a pactar, exclusivamente por los excesos a la **potencia contratada**, una penalidad equivalente hasta el 50% de la tarifa en barra. **No existe disposición similar para los excesos de consumo de energía activa**, aun cuando sí se permite cobrar una penalidad por la energía reactiva.

Las disposiciones en materia de excesos reguladas en las Condiciones de Aplicación guardan consistencia con las que regulan la venta del distribuidor a usuarios del Servicio Público de Electricidad, que también permiten cobrar una penalidad por energía reactiva, mas no cobrar un precio distinto por excesos en el consumo de energía activa. Ambas disposiciones son casi "espejos" la una de la otra, porque de acuerdo con la LCE el distribuidor traslada a los usuarios los precios que paga a su suministrador, añadiendo, exclusivamente, su Valor Agregado de Distribución.

de aplicación exclusiva a la energía contratada, mas no a los retiros en exceso de la misma.

- 4.6 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 del precio de barra.

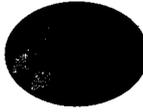
En confirmación de lo anterior el Literal c) del artículo 31 de la LCE establece expresamente que:

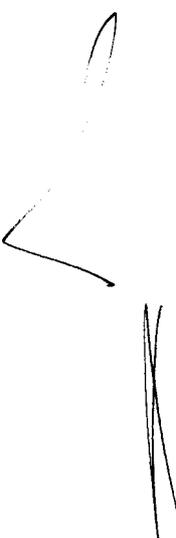
*"Artículo 31°.- Los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a:
c) Aplicar los precios regulados que se fijan de conformidad con las disposiciones de la presente Ley."*

IV. MEDIOS PROBATORIOS.

Adjuntamos como medios probatorios de los argumentos señalados a lo largo del presente escrito, lo siguientes documentos:

1. Contrato de Suministro de Electricidad de fecha 16 de mayo de 1997 suscrito entre ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR que prueba la relación contractual existente entre estas dos partes.
2. Informe Técnico Comercial CC-818-2004 del 9 de julio de 2004 que prueba que ELECTROPERÚ manifestó que el pago del exceso consumido por nuestra empresa debía facturarse en función al costo marginal de corto plazo determinado por el COES para el mes de junio de 2004.

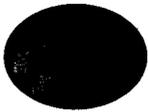
- 
3. Carta LE-305/2004 del 20 de julio de 2004, que prueba que LUZ DEL DUR procedió a devolver la Factura No. 005-4599, por considerar que los excesos de consumo, al tener como destinatarios a los consumidores regulados, debían facturarse a un precio máximo igual a la tarifa en barra.
 4. Carta LE-310/2004 del 22 de julio de 2004 que prueba que LUZ DEL SUR solicitó la devolución de los excesos de potencia y energía que le habían sido facturados a costo marginal durante el período comprendido entre febrero y junio de 2004. Durante este período el costo marginal excedió la tarifa en barra vigente.
 5. Carta No. G-380-2004 del 26 de julio de 2004 que prueba que ELECTROPERÚ requirió la cancelación de su Factura No. 005-0004599, bajo apercibimiento de demandar su pago en la vía arbitral.
 6. Carta No. LE-318/2004 del 27 de julio de 2004 que prueba que LUZ DEL SUR solicitó a ELECTROPERÚ dar inicio al procedimiento previsto en la subcláusula 5.8. del Contrato, con el objeto de llegar a un acuerdo en trato directo.
 7. Carta G-604-2004 del 3 de agosto de 2004, que prueba que ELECTROPERÚ comunicó a LUZ DEL SUR su disposición para iniciar las reuniones de trato directo.
 8. Acta de Conclusión del Trato Directo del 13 de agosto de 2004 que prueba la imposibilidad de las partes para llegar a un acuerdo que solucione la controversia.



V. ANEXOS

Adjuntamos como anexos del presente escrito los siguientes documentos:

1. Copia del R.U.C. de LUZ DEL SUR.
2. Copia del D.N.I. de nuestro representante.
3. Copia del Poder de nuestro representante.

- 
4. Contrato de Suministro de Electricidad de fecha 16 de mayo de 1997 suscrito entre ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR.
 5. Informe Técnico Comercial CC-818-2004 del 9 de julio de 2004.
 6. Carta LE-305/2004 del 20 de julio de 2004.
 7. Carta LE-310/2004 del 22 de julio de 2004.
 8. Carta No. G-380-2004 del 26 de julio de 2004.
 9. Carta No. LE-318/2004 del 27 de julio de 2004.
 10. Carta G-604-2004 del 3 de agosto de 2004.
 11. Acta de Conclusión del Trato Directo del 13 de agosto de 2004.

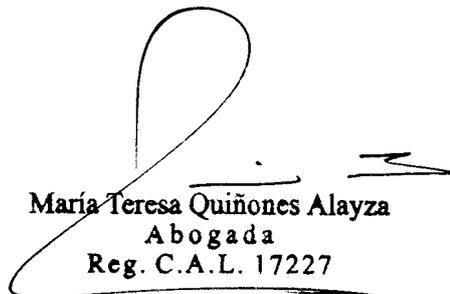
POR TANTO:

Al Cuerpo Colegiado solicitamos declarar fundadas todas las pretensiones solicitadas, por los fundamentos expuestos en la presente reclamación.

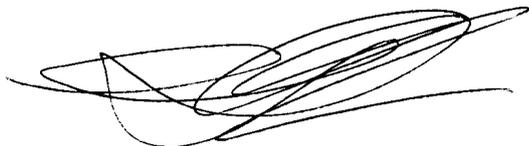
PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 80 del Código Procesal Civil (aplicable supletoriamente al presente proceso), otorgamos facultades generales de representación a los doctores Juan del Busto Quiñones, Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, María Teresa Quiñones Alayza, José Tam Pérez y Luis Bedoya Ezcurra. Al respecto, ratificamos la dirección consignada en la introducción del presente escrito y declaramos estar instruidos de la representación otorgada y de sus alcances.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que designamos al señor Alejandro Manayalle Chirinos, identificado con D.N.I. No. 40471722 para que pueda dar lectura al expediente, recabar la documentación necesaria y efectuar los trámites pertinentes a cargo de nuestra parte.

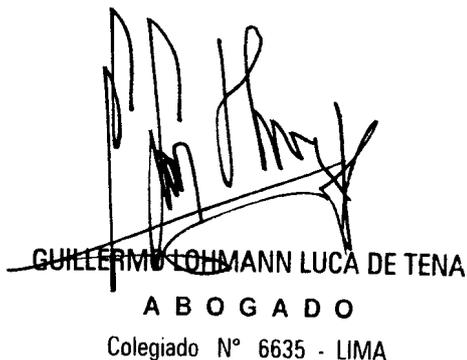
Lima, 7 de setiembre de 2004.



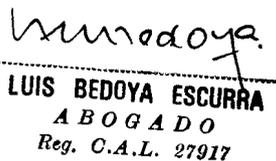
María Teresa Quiñones Alayza
Abogada
Reg. C.A.L. 17227



JUAN DEL BUSTO
ABOGADO
Registro No. 4836
LIMA



GUILHERMO LOHMANN LUCA DE TENA
ABOGADO
Colegiado N° 6635 - LIMA



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



Sec. Técnico: H. Tassano

Cuaderno Principal

Escrito N° 1

Formula excepciones y absuelve traslado

SEÑORES MIEMBROS DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC DE OSINERG:

EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERU S.A. – ELECTROPERÚ S.A. (en adelante ELECTROPERÚ), con Registro Único de Contribuyente N° 20100027705, con domicilio real y procesal en la Av. Pedro Miotta N° 421, San Juan de Miraflores, debidamente representada por su Apoderado Dante Mendoza Antonioli identificado con D.N.I. N° 08249713, según poder que en copia legalizada se adjunta, en el reclamo presentado por **LUZ DEL SUR S.A.A.** (en adelante LUZ DEL SUR), a usted, atentamente decimos:

Que, hemos sido notificados el 16 de setiembre del 2004, con la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de OSINERG N° 001-2004-OS/CC-20, con la cual el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se declara instalado, asume competencia y admite a trámite la reclamación presentada por LUZ DEL SUR.

Que, sin perjuicio de absolver más adelante el traslado conferido, por aplicación supletoria del Código Procesal Civil, interponemos las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral, por las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 16 de mayo de 1997, ELECTROPERU S.A. y LUZ DEL SUR, suscribieron un Contrato de Suministro de Electricidad, en adelante EL CONTRATO (**Anexo 1.C**), mediante el cual ELECTROPERU vende y se obliga a poner a disposición y a entregar a LUZ DEL SUR la potencia


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERU S.A.

contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro de ELP y del derecho a suministro de LUZ DEL SUR S.A. Por su parte, la distribuidora compra y se obliga a pagar a ELECTROPERÚ la potencia contratada -la utilice o no- y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega.

2. En la Cláusula Décimo Segunda de EL CONTRATO, las partes convinieron que todas las controversias que surjan entre ellas derivadas o relacionadas con dicho Contrato, que no pudieran ser solucionadas en trato directo, se resolverían mediante Arbitraje. La Cláusula Décimo Segunda establece:

“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 Contrato deberá ser resuelta por medio de arbitraje de derecho (...)”

3. 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 alcance de la cláusula arbitral ha sido determinado por las partes como cualquier controversia que pudiese surgir derivada del mencionado contrato.

4. La Constitución Política del Perú en su artículo 62º señala 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". (subrayado y resaltado nuestro).

5. La normatividad vigente en la fecha de suscripción de EL CONTRATO, **97.05.16**, no establecía ninguna competencia a OSINERG para solucionar controversias entre entidades del sector energía. Por lo cual las partes, ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR pactando validamente, conforme a las normas vigentes a la fecha de suscripción de EL CONTRATO, establecieron que las controversias que surgieran entre las mismas serían solucionadas en la vía arbitral.
6. Es recién con la **Ley N° 27332**, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, publicada en el diario oficial El Peruano de fecha **2000.07.29**, que en su artículo 3°, señaló como función de los organismos reguladores, dentro de los cuales se encuentra OSINERG, la función de solución de controversias, la cual debe ser ejercida "con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos" (artículo 3, numeral 3.2).
7. Lo expuesto evidencia que el OSINERG, a través de su función de solución de controversias, es incompetente para conocer de la controversia suscitada entre LUZ DEL SUR y ELECTROPERÚ sobre el cobro de excesos de consumos a los correspondientes costos marginales fijados en EL CONTRATO.
8. Más aún si de acuerdo al Principio de Legalidad, recogido en el artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, se tiene 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" (resaltado y subrayado nuestro).
9. La Administración Pública debe fundar necesariamente su actuación en la normatividad vigente. La validez de cualquier acto administrativo requiere del necesario sustento de un precepto jurídico. Con acierto Juan Carlos Morón

Urbina, comentando el Principio de Legalidad en materia administrativa señala:

“mientras los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no esta prohibido, **los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que les esta expresamente facultado.** En otras palabras, no basta la simple relación de no contradicción. Se exige, además, una relación de subordinación. O sea, que para la legitimidad de un acto administrativo es insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley. Debe ser realizado con base en alguna norma permisiva que le sirva de fundamento”¹. (resaltado y subrayado nuestro).

Por lo expuesto, solicitamos 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.

PRIMER OTROSI DECIMOS: ABSUELVE TRASLADO

Son fundamentos de Hecho y de Derecho que sustentan la presente absolución los que pasamos a exponer:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO:

1.1. El Contrato:

Con fecha 16 de mayo de 1997, ELECTROPERU S.A. y LUZ DEL SUR, suscribieron un Contrato de Suministro de Electricidad, EL CONTRATO **(Anexo 1.C)**, mediante el cual ELECTROPERU vende y se obliga a poner a disposición y a entregar a LUZ DEL SUR la potencia


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERU S.A.

contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro de ELP y del derecho a suministro de LUZ DEL SUR S.A. Por su parte, la distribuidora compra y se obliga a pagar a ELECTROPERÚ la potencia contratada- la utilice o no- y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega.

ELECTROPERU S.A., debía poner a disposición de LUZ DEL SUR, a partir del 1° de noviembre de 1998, la potencia contratada de 370 000 kilovatios (kW), posteriormente, con fecha 2000.12.12, se suscribió la primera adenda de EL CONTRATO acordándose que la potencia contratada sería de 420 000 kilovatios (kW), a partir del 2001.07.01 **(Anexo 1.C)**.

La subcláusula 4.4. de EL CONTRATO **(Anexo 1.C)** establece “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**” (resaltado y subrayado nuestro).

1.2. Las Comunicaciones entre las partes:

1.2.1. Por Carta N° LE-305/2004 de fecha 2004.07.19 **(Anexo 1.D)**, LUZ DEL SUR pone en conocimiento de ELECTROPERÚ que están a la espera de la publicación de un Decreto de Urgencia a través del cual se daría solución a los problemas que existen en el sector eléctrico. Asimismo, nos devuelve la Factura N° 0004599 **(Anexo 1.E)**, emitida por

¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2001. Pp. 26.*

ELECTROPERU S.A., por venta de electricidad, excesos de consumo correspondientes al mes de junio de 2004, solicitándonos que consideremos dichos excesos dentro del tratamiento que será determinado por dicho Decreto de Urgencia. LUZ DEL SUR se niega a cumplir el pago de una factura emitida dentro de los alcances del contrato que libre y voluntariamente las partes suscribieron.

- 1.2.2. Con fecha 2004.07.21, LUZ DEL SUR, a través de la Carta N° LE-310/2004 (**Anexo 1.F**), plantea una devolución de los montos que en cumplimiento del contrato ha pagado a ELECTROPERU por concepto de excesos de energía, señalando que los mismos debía pagarse a Tarifa en Barra. Asimismo, LUZ DEL SUR da indicaciones a ELECTROPERU sobre las facturas que en el futuro le deberemos cursar por concepto de potencia y energía en aplicación del contrato que nos vincula.
- 1.2.3. Por su parte ELECTROPERU, contestó las dos cartas de LUZ DEL SUR, mediante Carta N° G-380-2004 del 2004.07.23 (**Anexo 1.G**), a través de la cual manifestamos a LUZ DEL SUR nuestra posición opuesta a la de dicha empresa respecto de los excesos de consumo de energía que viene realizando LUZ DEL SUR, excesos que están regulados por el CONTRATO y que el mismo señala que cuando LUZ DEL SUR se excediera en el retiro de la energía contratada, dichos excesos serán facturados por ELECTROPERU y pagados por LUZ DEL SUR a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SINAC.
- 1.2.4. **En dicha comunicación se le expuso que con anterioridad a la publicación del Decreto de Urgencia, LUZ DEL SUR ha pagado por los excesos de consumo de energía: una factura en el año 2002, tres facturas en el año 2003 y cuatro facturas en el presente año (las correspondientes a los meses de febrero, marzo, abril y mayo); habiendo incurrido en denegatoria de pago en lo correspondiente a la factura de junio del presente año.**


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERU S.A.

- 1.2.5. Con Carta N° LE-318/2004, de fecha 2004.07.27 (**Anexo 1.H**), LUZ DEL SUR, reitera la posición expresada en sus comunicaciones anteriores.
- 1.2.6. Con fecha 13 de agosto de 2004 las partes suscribimos un Acta de Culminación de Trato Directo (**Anexo 1.I**), luego de lo cual **LUZ DEL SUR ha cancelado la factura impaga correspondiente a los excesos de consumo ocurridos en el mes de junio de 2004, mencionando en su carta LE-361/2004 del 2004.08.17 (Anexo 1.Ñ) que “en los próximos días iniciaremos 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”** (resaltado y subrayado nuestro).
- 1.2.9. Mediante Carta N° LE-354/2004 del 2004.08.16 (**Anexo 1.J**), LUZ DEL SUR devolvió a ELECTROPERÚ la factura N° 005-0004642 (**Anexo 1.M**), correspondiente a los excesos de consumo de energía del mes de julio de 2004, expresando similares motivos a los mencionados en sus cartas LE-305/2004 (**Anexo 1.D**), LE-310/2004 (**Anexo 1.F**) y LE-318/2004 (**Anexo 1.H**).
- 1.2.10. ELECTROPERÚ con carta N° C-667-2004, del 2004.08.26 (**Anexo 1.K**), señaló a LUZ DEL SUR que el plazo para solucionar la controversia en trato directo, en aplicación de la subcláusula 5.8 del contrato, vencía el 2004.08.31, luego de lo cual correspondía que LUZ DEL SUR pague la factura observada.
- 1.2.11. ELECTROPERÚ con Carta N° G-450-2004, del 2004.09.03 (**Anexo 1.L**), ha requerido a LUZ DEL SUR el cumplimiento del procedimiento fijado por las partes para resolver las observaciones de las facturas y consecuente que procedan al pago de la factura N° 005-0004642 (**Anexo 1.M**).
- 1.2.12. LUZ DEL SUR con carta LE-392/2004 del 2004.09.05 (**Anexo 1.N**), manifiesta que no corresponde que ELECTROPERÚ emita una 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, en tal sentido nuevamente devuelve a ELECTROPERÚ la factura emitida de julio de 2004.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

2.1. Fijación de precios en el sistema eléctrico:

Una característica importante de la actual regulación del sector eléctrico peruano es la referida a la libertad de fijación de precios como regla general para el suministro de electricidad, salvo en aquellos suministros que por su naturaleza requieran² que sus precios sean regulados. “Es importante tener en cuenta que los contratos de venta de potencia y suministro de energía entre Generadores y Distribuidores tienen lugar dentro de condiciones de competencia, razón por la cual es perfectamente válido y eficaz el pacto de un precio diferente al de las Tarifas en Barra, con la salvedad que el Distribuidor no podrá exigir a sus usuarios de servicio público precios mayores a los establecidos en las Tarifas en Barra”. Efectuando la precisión que **“La regulación de precios en esta modalidad de suministro aplica a nivel de los valores máximos susceptibles de ser trasladados a los Clientes Regulados”**³.

Además, no existe “precio regulado” para la facturación de excesos de consumo de energía.

² El artículo 8° de la Ley de Concesiones Eléctricas señala:

“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 (...)”

2.2. Naturaleza jurídica de los pagos efectuados por los consumos en exceso efectuados por LUZ DEL SUR

Sin perjuicio de lo expuesto en el numeral precedente, en principio debemos señalar que el pacto de la partes contenido en la subcláusula 4.4 no transgrede norma imperativa alguna y por el contrario está en concordancia con el marco legal vigente. Cabe recordar que la Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE, hoy OSINERG-GART), mediante su Resolución N° 015-95-P/CTE (**Anexo 1.S**) estableció en el año 1995 una penalidad para los excesos de consumo de potencia por encima de lo contratado, con lo cual pretendió solucionar una controversia similar a la presente que venía confrontando ELECTROPERÚ de un lado, con LUZ DEL SUR y EDELNOR S.A., del otro. Dicha Resolución N° 015-95-P/CTE (**Anexo 1.S**), fue impugnada por EDELNOR S.A. y LUZ DEL SUR, debido a que no estaban de acuerdo con la penalidad impuesta para los excesos, alegando que las penalidades sólo pueden ser pactadas por las partes en los contratos de suministro. En respuesta a ello, la CTE expidió las Resoluciones N° 020-95-P/CTE⁴ (**Anexo 1.T**) ante lo cual la CTE revocó su resolución y fijó un precio mínimo aplicable a los excesos de consumo en la facturación de potencia.

Bajo dicho marco normativo se celebró en 1997 EL CONTRATO (**Anexo 1.C**) entre ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR, en el que las partes acordaron el pago de los excesos de consumo de energía en aplicación

³ SANTIVANEZ, Roberto. Manual de Legislación Eléctrica en el Perú. Estudio Muñiz, Forsyth, Ramirez, Perez-Taiman & Luna Victoria Abogados. Lima, mayo de 1999. Pag.23.

⁴ En el Segundo y Tercer considerando de las resoluciones N° 020-95-P/CTE y N° 021-95-P/CTE, respectivamente, la CTE dispuso lo siguiente:


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERU S A

de los costos marginales de corto plazo fijados por el COES. Dicho pacto escrito reiteró la conformidad de las partes en el contrato de suministro suscrito con fecha 93.11.30 (**Anexo 1.P**), en cuya ejecución LUZ DEL SUR pagó a ELECTROPERÚ sus excesos de consumo de energía a costos marginales, aún cuando no existía pacto en el contrato sobre el particular. Pese a todo ello y a haber cumplido el pacto en los años 2002, 2003 y hasta el mes de mayo de 2004, LUZ DEL SUR reclama la aplicación de tarifas de barra porque indican que no se puede pactar precios distintos a los precios regulados por el OSINERG.

Respecto a la naturaleza jurídica del precio cobrado por los excesos de consumo de LUZ DEL SUR, denominados así en el contrato, corresponden a una penalidad, por las siguientes razones:

1. 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.
2. Los excesos de consumo constituyen un incumplimiento del contrato, como está expresamente reconocido en EL CONTRATO (**Anexo 1.C**) (subcláusula 2.3).
3. 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.

“Que el recurso de reconsideración debe declararse fundado en cuanto a la eliminación de las penalidades, por cuanto éstas sólo pueden ser pactadas por las partes intervinientes en los contratos, conforme a ley”


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERÚ S.A.

4. En consecuencia, puede decirse que el precio es aplicable a la potencia y energía objeto del suministro; esto es hasta el límite máximo de la potencia contratada y la energía contratada, pero dicho concepto (precio) resulta ajeno al caso de los excesos de consumo, que constituyen un incumplimiento de EL CONTRATO **(Anexo 1.C)** como está reconocido expresamente en el contrato. Y para dicho incumplimiento se ha pactado la aplicación de penalidades, denominadas precio en el contrato.
5. La denominación de "precio" no altera la naturaleza jurídica de la penalidad convenida en el contrato, ya que para el Derecho no interesa el nombre que las partes le den a los actos jurídicos o a los contratos, sino su verdadera naturaleza jurídica.

2.3. Fuerza vinculante de los contratos:

El artículo 1361° del Código Civil establece que "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos" por lo que, la primera norma a ser observada es el contrato de suministro de electricidad suscrito por ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR, con fecha 97.05.16 y su adenda modificatoria de fecha 2000.12.12 **(Anexo 1.C)**.

Como lo hemos señalado, la subcláusula 4.4. de EL CONTRATO **(Anexo 1.C)** establece "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**


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERU S.A.

el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes" (resaltado y subrayado nuestro).

El artículo 1362° del Código Civil señala que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Es en aplicación de este principio que ELECTROPERÚ suscribió el contrato, pues en la negociación previa se evaluó la Potencia y Energía que ELECTROPERÚ comprometía al suscribir el contrato y los eventuales perjuicios económicos que podría generarle un exceso en los consumos de la potencia contratada con LUZ DEL SUR, que en este caso se verían reflejados en la necesidad de tener que adquirir energía (asociada a los excesos de consumo de potencia) a costo marginal en el mercado spot.

Como se puede ver, dentro de esa relación jurídica, existen deberes y acreencias por ambas partes, es decir prestaciones recíprocas, y, habiendo cumplido ELECTROPERÚ con su prestación debida, deviene en acreedor frente a LUZ DEL SUR que no ha cumplido con la contraprestación prometida.

2.4. Doctrina de los Actos Propios:

Pese a la claridad de los términos contractuales, desarrollados precedentemente para demostrar la obligación de LUZ DEL SUR con respecto a los pagos por los excesos de consumo de energía, debemos tener en cuenta que, con anterioridad a la observación de las facturas correspondientes a dichos excesos en los meses de junio y julio de 2004, nunca cuestionó la validez de las facturas emitidas por los excesos de consumo, pese a que se facturó por dicho concepto, durante

la ejecución contractual, hasta en ocho oportunidades durante los años 2002 a mayo de 2004; por lo que existe una palmaria contradicción entre la conducta observada por LUZ DEL SUR y su negativa al pago de los excesos de consumo.

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. Esta exigencia impone que cuando una persona –dentro de una relación jurídica o en la celebración y ejecución de un negocio jurídico- ha suscitado en otra con su conducta la confianza de que un derecho no será ejercitado o lo será en determinado sentido, deba mantenerse necesariamente dicha confianza desestimándose toda actuación incompatible con el sentido que objetivamente se deduzca de la conducta primera.

Lo anterior tiene sustento en la llamada “doctrina de los actos propios”, que habitualmente se plasma en las máximas “nemo potest contra factum venire”, o “venire contra factum proprium non valet”, o “adversus factum suum quis venire nos potest”; y que significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe, que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita, por ello, el ejercicio de los derechos subjetivos.

Dadas las circunstancias y los hechos presentados en el presente caso, resulta de aplicación la teoría de los actos propios, pues conforme se ha

13


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERU S.A.

000256

mencionado el fundamento de la sanción que impone esta teoría se halla en la protección de la coherencia en la conducta de una de las partes que genera una confianza fundada de la otra parte, en que la conducta futura de la primera no debe defraudar el sentido y la buena fe existente en la relación.

La doctrina supone tres presupuestos para la aplicación de esta teoría a una situación particular, los cuales son: a) Una conducta anterior relevante y eficaz, b) El ejercicio de una facultad o derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción atentatoria de la buena fe existente entre ambas conductas, y c) La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas. En cuanto al primer requisito, LUZ DEL SUR ha pagado sin reclamo alguno, entre el 2002 y el 2004, ocho facturas por excesos de consumo de energía a los correspondientes Costos Marginales, es decir existen claras muestras de una conducta anterior relevante y eficaz para el derecho, correspondiendo proteger la buena fe depositada por ELECTROPERU S.A. en esa situación convalidada por aquella conducta. En cuanto al segundo supuesto, actualmente LUZ DEL SUR pretende negarse a pagar sus excesos de consumo de energía a los Costos Marginales previstos en el contrato. Finalmente, existe sin lugar a dudas identidad entre los sujetos vinculados.

Conforme lo señala el artículo 1362° del Código Civil “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, asimismo, el artículo 141° de dicho cuerpo normativo 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.

2.5. Transacción extrajudicial sobre idénticos reclamos efectuados por LUZ DEL SUR en un anterior contrato de suministro de electricidad

Durante la vigencia del contrato de suministro de electricidad suscrito con fecha 93.11.30 (**Anexo 1.P**), entre las mismas partes, se presentaron excesos de consumo de potencia y energía.

Efectivamente, durante los meses de diciembre de 1994 hasta octubre de 1998, LUZ DEL SUR excedió la potencia conectada de 307,8 MW fijada en el contrato vigente hasta el 98.10.31, lo que originó los respectivos suministros extraordinarios por los excesos de potencia y energía.

Los excesos de consumo de energía fueron facturados mensualmente a costos marginales de corto plazo registrados en el COES-SICN; más un recargo del 10% por gastos administrativos (**Anexo 1.R**).

Las discrepancias persistieron hasta que mediante una Transacción Extrajudicial (**Anexo 1.Q**), celebrada con fecha 31 de marzo del 2000, ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR (representada por la actual administración, Ing. Mile Cacic y Dr. Enrique Tabja) decidieron poner fin a las mismas. En la Cláusula Primera de la Transacción, numeral 1.3, se señaló expresamente "(E)n 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 consumo de potencia y energía (...)
(resaltado y subrayado nuestro).

Como anexo del mencionado documento transaccional se adjunto el anexo N° 1, en el cual constan la totalidad de las facturas (**Anexo 1.R**) que fueron emitidas por ELECTROPERÚ por los diversos conceptos objeto de la transacción, dentro de los cuales se encontraban los correspondientes a los excesos de consumo de potencia y energía. Adjuntamos a la presente copia de las facturas por dichos excesos (**Anexo 1.R**), las mismas que fueron canceladas en virtud del acuerdo transaccional antes mencionado.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 1302⁵ del Código Civil, la Transacción tiene la calidad de cosa juzgada para las partes intervinientes, lo cual impide que los mismos conceptos puedan ser ventilados posteriormente en cualquier vía, sea esta judicial, arbitral o administrativa. La transacción celebrada vincula y obliga a LUZ DEL SUR y a ELECTROPERÚ, no pudiendo revisarse aquellos conceptos, como el cobro de excesos de consumo, en los que ya se han puesto de acuerdo.

2.6. Argumentos expuestos en el reclamo:

LUZ DEL SUR interpreta la cláusula 4.4 del contrato “en el sentido que los excesos de energía deben pagarse a costo marginal, siempre y cuando dicho precio no exceda la tarifa en barra; en caso contrario,

⁵ Código Civil:

“Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada”.

este 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”.

Además de reiterar los argumentos expuestos en las líneas precedentes, debemos resaltar la evidente inconsistencia lógica del planteamiento efectuado por LUZ DEL SUR. Efectivamente, de acuerdo a lo previsto en la subcláusula 2.3 del contrato **los excesos de consumo constituyen un incumplimiento de contrato**, sin embargo, LUZ DEL SUR, la empresa que negligentemente ha incumplido con sus obligaciones contractuales, en su entender, tendría que resultar beneficiada pagando montos menores a los que corresponden a su suministro normal de energía.

La interpretación tendenciosa que pretende efectuar LUZ DEL SUR evidencia de manera grosera la falta de seriedad de su reclamo.

LUZ DEL SUR señala que **“ELECTROPERÚ pretende interpretar las cláusulas relativas a los precios por el suministro objeto del Contrato 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”**

De manera contraria a lo expuesto por LUZ DEL SUR, consideramos que la forzada interpretación que pretende darle al contrato evidencia una violación de principios elementales de la lógica y del 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.

2.7. Necesarias precisiones:

Aceptar la posición de LUZ DEL SUR de tomar excesos de potencia y energía de manera ilimitada a Tarifa en Barra, implicaría que los conceptos de potencia contratada y energía asociada a la misma, previstos en la legislación vigente, carecerían de sentido definitorio correcto respecto a la cuantificación de la responsabilidad mutua de las partes, dejando desprotegido a la totalidad de los Generadores integrantes del Sistema 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 terceros⁶, se verían obligados a asumir consumos de sus clientes en magnitudes que no podían prever al suscribir contratos de suministro de electricidad.

En efecto, el aceptar la posición esgrimida por LUZ DEL SUR llevaría al absurdo de sostener que bastaría con que un Distribuidor contrate, por ejemplo, 1MW de electricidad con cualquier generador para poder incurrir, posteriormente, **en un consumo ilimitado de electricidad**, que podría conllevar al Generador a exceder su potencia y energía propia, lo cual podría llevarlo inclusive a perder la concesión u autorización otorgada por el Estado Peruano. Lo expuesto resultaría un precedente desastroso para el mercado eléctrico en cuanto a la contratación entre generadores y distribuidores.

⁶ Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Supremo N° 009-93-EM:

"Artículo 101.- Ningún integrante del COES podrá contratar con sus usuarios, más potencia y energía firme que las propias y, las que tenga contratada con terceros, pertenezcan o no al COES."

Es necesario precisar que LUZ DEL SUR no ha acreditado en forma alguna que sus excesos de consumo de energía -que el COES ha asignado a las empresas suministradoras de LUZ DEL SUR en función a sus respectivas potencias contratadas- están destinadas -por disposición expresa de dichos contratos- al mercado a precio libre de LUZ DEL SUR, para acreditar lo contrario LUZ DEL SUR debe presentar la totalidad de sus contratos de suministro con los que cuenta. Adjunto al presente alcanzamos un Informe Técnico que acredita que lo expresado por LUZ DEL SUR a lo largo de su escrito de reclamación es falso.

Se hace mención también a la actual diferencia de precios entre la Tarifa en Barra y el Costo Marginal como peligro para el sistema de distribución. Sin embargo, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, no ha reparado en los perjuicios que le ocasiona a ELECTROPERÚ la decisión adoptada, por lo siguiente:

- Actualmente existe una crisis comercial no resuelta, en la cual a las empresas generadoras de electricidad les resulta perjudicial en alto grado vender a las empresas distribuidoras porque las tarifas que pagan dichas empresas (Tarifas en Barra) no cubren el valor real de la generación de energía eléctrica (Costo Marginal).
- En caso LUZ DEL SUR continúe con su pretensión de no pagar sus excesos de consumo de energía eléctrica a costo marginal, se podrían generar cuantiosos e irreparables daños a ELECTROPERÚ S.A., pues tendría que asumir como pérdida para el período julio-diciembre de 2004, en cálculos estimados un monto superior a los S/. 50 000 000,00 (cincuenta millones de nuevos soles) (Anexo 1.O), al tener que afrontar ante los demás generadores integrantes del COES SINAC los costos de los excesos de consumo de energía en que continúe incurriendo LUZ DEL SUR, los cuales se facturarán a ELECTROPERÚ a Costo Marginal y de no ser trasladados a LUZ

DEL SUR podrían ocasionar un mayor perjuicio económico y un endeudamiento mayor de ELECTROPERÚ el cual agravaría considerablemente nuestra crítica situación financiera, pues, en un escenario de hidrología seca por todo el ejercicio 2004 se proyecta una pérdida de S/. 4 300 000,00, asimismo, para cubrir su déficit de caja al final de cada mes, la empresa deberá concertar financiamientos por hasta S/. 101 500 000,00.

- Abundando en los peligros a ocasionarse y que pueden resultar irreparables debe señalarse el hecho que la titularidad de las acciones de ELECTROPERÚ pertenecen al Fondo Consolidado de Reserva – Ley 19990, estando los beneficios económicos obtenidos por la empresa destinados al pago de pensiones de los jubilados de la mencionada ley provisional, los cuales pueden resultar seriamente afectados por la disminución de los ingresos de ELECTROPERÚ.

III. Medios probatorios:

Documentales:

1. Copia de Contrato de Suministro de Electricidad entre LUZ DEL SUR y ELECTROPERÚ de fecha 97.05.16 y su Primera Adenda de fecha 2000.12.12.
2. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-305/2004 de fecha 2004.07.19.
3. Copia de la Factura N° 0004599, emitida por ELECTROPERÚ, por suministro de energía, excesos de consumo correspondientes al mes de junio de 2004.
4. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-310/2004 de fecha 2004.07.21.
5. Copia de la Carta de ELECTROPERU N° G-380-2004 de fecha 2004.07.23.

6. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-318/2004 de fecha 2004.07.27.
7. Copia del Acta de Culminación de Trato Directo de fecha 2004.08.13.
8. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-354/2004 de fecha 2004.08.16.
9. Copia de la Carta de ELECTROPERÚ N° C-667-2004, de fecha 2004.08.26.
10. Copia de la Carta de ELECTROPERÚ N° G-450-2004, de fecha 2004.09.03.
11. Copia de la Factura N° 005-0004642 emitida por ELECTROPERÚ, por suministro de energía, excesos de consumo correspondientes al mes de julio de 2004.
12. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-392/2004, de fecha 2004.09.05.
13. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-361/2004, de fecha 2004.08.17.
14. Cuadro de cálculos estimados de perdidas para ELECTROPERÚ en el año 2004.
15. Contrato de suministro de electricidad de fecha 93.11.30, suscrito entre EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN LIMA SUR S.A. (hoy LUZ DEL SUR).
16. Transacción de fecha 2000.03.31, celebrada entre ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR.
17. Facturas correspondientes a los excesos de consumo generados en la ejecución del contrato de suministro de fecha 93.11.30.
18. Informe Técnico Comercial sobre el destino de los suministros que LUZ DEL SUR tiene contratados con sus suministradores.

Exhibicionales:


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERÚ S.A.

La exhibicional que deberá efectuar LUZ DEL SUR de la totalidad de sus contratos de suministro eléctrico vigentes en los meses en los que han incurrido en excesos de consumo.

Declaración de Parte:

Declaración de parte que deberá efectuar el Gerente General de LUZ DEL SUR S.A.A., conforme al pliego interrogatorio que en sobre cerrado se adjunta.

POR TANTO:

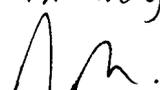
A UDS. SEÑORES MIEMBROS DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC PEDIMOS: tener por absuelto el traslado conferido y oportunamente declarar fundadas las excepciones deducidas y en su caso infundado el reclamo planteado por ser ello de estricta justicia.

ANEXOS:

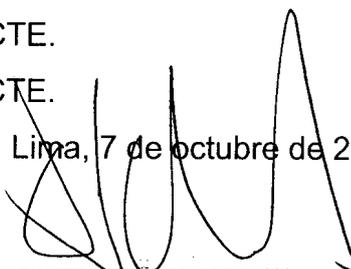
- 1.A: Copia del D.N.I. de nuestro apoderado.
- 1.B: Copia legalizada del poder de nuestro apoderado.
- 1.C: Copia de Contrato de Suministro de Electricidad entre LUZ DEL SUR y ELECTROPERÚ de fecha 97.05.16 y su Primera Adenda de fecha 2000.12.12.
- 1.D. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-305/2004 de fecha 2004.07.19.
- 1.E. Copia de la Factura N° 0004599, emitida por ELECTROPERÚ, por suministro de energía, excesos de consumo correspondientes al mes de junio de 2004.
- 1.F. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-310/2004 de fecha 2004.07.21.
- 1.G. Copia de la Carta de ELECTROPERU N° G-380-2004 de fecha 2004.07.23.


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERÚ

- 1.H. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-318/2004 de fecha 2004.07.27.
- 1.I. Copia del Acta de Culminación de Trato Directo de fecha 2004.08.13.
- 1.J. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-354/2004 de fecha 2004.08.16.
- 1.K. Copia de la Carta de ELECTROPERÚ N° C-667-2004, de fecha 2004.08.26.
- 1.L. Copia de la Carta de ELECTROPERÚ N° G-450-2004, de fecha 2004.09.03.
- 1.M. Copia de la Factura N° 005-0004642 emitida por ELECTROPERÚ, por suministro de energía, excesos de consumo correspondientes al mes de julio de 2004.
- 1.N. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-392/2004, de fecha 2004.09.05.
- 1.Ñ. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-361/2004, de fecha 2004.08.17.
- 1.O. Cuadro de cálculos estimados de perdidas para ELECTROPERÚ en el año 2004
- 1.P. Contrato de suministro de electricidad de fecha 93.11.30, suscrito entre EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN LIMA SUR S.A. (hoy LUZ DEL SUR).
- 1.Q. Transacción de fecha 2000.03.31, celebrada entre ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR.
- 1.R. Facturas correspondientes a los excesos de consumo generados en la ejecución del contrato de suministro de fecha 93.11.30.
- 1.S. Copia de la Resolución N° 015-95-P/CTE.
- 1.T. Copia de la Resolución N° 020-95-P/CTE.
- 1.U. Copia de la Resolución N° 022-95-P/CTE.
- 1.V. Pliego interrogatorio.


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERÚ S.A.

Lima, 7 de octubre de 2004


DANTE MENDOZA ANTONOLI
APODERADO
CAL 17174
ELECTROPERU S.A.

23

000246

**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.

000596

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

000594

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

4
4
Alvarado
000593

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

000592

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.

000591

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

000530

7

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 Constitución¹, se ha sostenido por autorizada doctrina nacional que existe incompatibilidad entre el artículo 1355° Código Civil², y el artículo 62° Constitución³, y no ha faltado quien ha opinado que se ha derogado el artículo 1355° Código Civil⁴. 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 citado⁵. 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"⁶. 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 imperativas⁷.

¹ 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).

² Que prescribe que: "la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

³ 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).

⁴ 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).

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

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

⁷ 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 1º. 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 1º 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 la 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. 1362º y 168º del Código Civil), al principio de buena fe (artículos. 1362º y 168º del Código Civil); a la interpretación sistemática (artículo 169º del Código Civil) y a la finalista (artículo 170º del Código Civil);

000588

19/11/10

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 43º 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 45º 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”⁸ 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

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

en la apariencia"⁹. 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"¹⁰.

Que, los requisitos para la aplicación del principio de los actos propios son los siguientes¹¹:

- 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"¹², por cuanto todo sujeto del proceso se halla ligado a sus actos anteriores, de los que no puede volver intempestivamente¹³. 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;

⁹ 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).

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ LOPEZ MESA, op. cit.

SE RESUELVE:

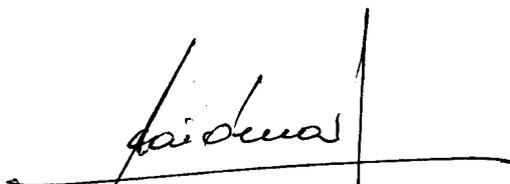
Artículo 1.- Declarar infundadas las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral presentadas por ELECTROPERU S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

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 Bustios
Miembro
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc



Juan Espinoza Espinoza
Miembro
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

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

OSINERG S.A.
RECEBIDO
27 OCT. 2004
RE
Asesoría Legal

Secretaría

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.

| DETALLE DE NO ENTREGADOS | | | |
|------------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|
| | 1ra. | 2da | 3ra. |
| 1 SE MUDD DE DOMICILIO | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 2 FALLECIO | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 3 NO EXISTE DOMICILIO | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 3 CERRADO | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 5 NO EXISTE NUMERO DE PUERTA | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 6 DESTINATARIO DESCONOCIDO | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 7 RECHAZADO | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 8 OTROS | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |

OBSERVACIONES:
1.000 *Carlos Marín*
Blanco *10016917*
J. P. S. O.



**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.

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.

000583

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:

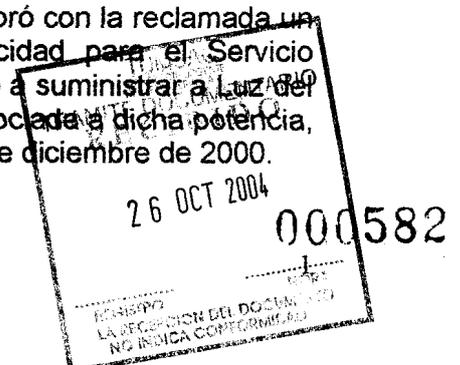
1. Posición de las partes.

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.



Handwritten signature or initials.

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

CARGO

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:

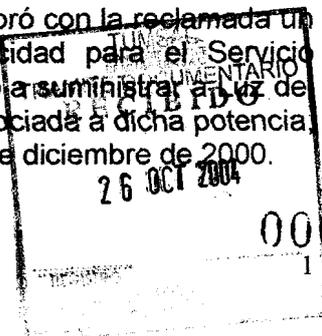
1. Posición de las partes.

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.



Alm

| | | | | |
|------|--|--|------|--|
| PRES | | OSINERG TRÁMITE DOCUMENTARIO RECIBIDO TRIBUNAL C. 17 NOV. 2004 49.5651 14:04 REGISTRO HORA | OAF | |
| GG | | | LOG | |
| GL | | | RRH | |
| GFH | | | CONT | |
| GFE | | | OI | |
| GART | | | OAI | |
| OSFF | | | ORL | |
| OEE | | | OC | |
| JARU | | | EJC | |
| OPG | | | | |

Sumilla: Apela Resolución del Cuerpo Colegiado

AL GUERPO COLEGIADO AD HOC DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA - OSINERG:

LUZ DEL SUR S.A.A. (en adelante, "LUZ DEL SUR"), debidamente representada por su representante legal, doctor Enrique Tabja Awapara, según poder que se acompaña, respetuosamente dice:

Que dentro del plazo legal establecido en el artículo 47¹ del Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias (en adelante, el "Reglamento") y en el artículo 207² de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, "LPAG"), interponemos **RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL** contra la Resolución No. 008-20004-OS/CC-20 (en adelante, la "Resolución"), emitida con fecha 25 de octubre de 2004 y notificada a nuestra parte el 26 de octubre de 2004, con la finalidad de que sea revocada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG (en adelante, el "Tribunal") en los extremos contenidos en los Artículos 2 y 3 de su parte resolutive, que declaran infundada la reclamación presentada por LUZ DEL SUR .

Más precisamente, solicitamos al Tribunal que, al revocar parcialmente la Resolución, la reforme declarando lo siguiente:

- 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 tratarse de un

¹ "El Recurso deberá ser presentado en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Resolución impugnada"

suministro sujeto a regulación de precios de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8°, 43° (c) y 45° de la Ley No. 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en lo sucesivo, la "LCE").

- 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, al precio por los retiros en exceso de la energía contratada, cuando dichos excesos están destinados al Servicio Público de Electricidad.
- Que ELECTROPERU no puede cobrar a nuestra empresa, por la energía consumida en exceso de la contratada, un precio mayor a la Tarifa en Barra regulada por OSINERG, puesto que el Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 16 de mayo de 1997 (en adelante, el "Contrato"), está destinado exclusivamente a los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

La presente apelación es procedente conforme a los artículos 206.2³ y 209⁴ de la LPAG en la medida que, tal como será demostrado, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG (en adelante, el "Cuerpo Colegiado") encargado de emitir la Resolución:

² "El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberá resolverse en un plazo de 30 días".

³ "Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo".

⁴ "El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".

- (i) ha expedido una resolución que pone fin a la instancia;
- (ii) ha interpretado de manera errónea y contradictoria las normas contenidas en la LCE y la regulación vigente;
- (iii) implícitamente ha legislado modificando los términos de la LCE;
- (iv) carece de sustento legal;
- (v) pone en riesgo la continuidad del Servicio Público de Electricidad y del sistema de precios regulados;
- (vi) ha aplicado incorrectamente la doctrina de los actos propios, vulnerando las normas fundamentales que rigen este principio.

Sustentamos nuestra posición en los fundamentos que pasamos a desarrollar.

I. ¿QUÉ ES LO QUE ESTÁ EN JUEGO EN LA PRESENTE CONTROVERSIA?

Analicemos con detenimiento los efectos y consecuencias que se derivarían de la Resolución, que erróneamente permite a los generadores establecer libremente los precios por los consumos de energía destinada al Servicio Público de Electricidad, cuando éstos excedan la energía contratada (aun cuando tales precios superen varias veces la Tarifa en Barra).

El primer efecto de una interpretación semejante es que los generadores eléctricos tendrían 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.

El "incentivo perverso" operaría de la siguiente manera: Asumamos que la distribuidora "A" necesita "X" MW/h 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 (que usualmente imponen sus estipulaciones en los contratos de suministro de energía, dado que a diferencia de las empresas distribuidoras no están obligadas por la LCE a vender energía destinada al Servicio Público de Electricidad), bajo el sencillo artificio de denominar a las ventas de energía como "excesos de consumo".

En efecto, en el supuesto negado que se confirme el criterio contenido en la Resolución, los generadores contarán con el mecanismo para vender la energía destinada al Servicio Público de

Electricidad a un precio superior a la Tarifa en Barra, efectuando tales ventas bajo la modalidad de "excesos en el consumo".

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). Como señala el connotado jurista Gaspar Ariño Ortiz en el dictamen que acompañamos a este recurso, este hecho 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.

Corresponde al Tribunal, mediante la correcta interpretación y aplicación de lo establecido en la LCE y el marco regulatorio que gobierna el Servicio Público de Electricidad, evitar que un incentivo perverso como el descrito se materialice en el mercado eléctrico peruano. Para ello, deberá revocar la Resolución y declarar que bajo ningún concepto puede venderse energía destinada al Servicio Público de Electricidad (ni siquiera bajo el nombre de "excesos de consumo") a un precio superior a la Tarifa en Barra.

II. ALGUNOS CONCEPTOS PRELIMINARES

Con la finalidad de que el Tribunal aprecie en conjunto los argumentos que serán desarrollados a lo largo del presente escrito, consideramos conveniente precisar algunos conceptos preliminares respecto al tratamiento del servicio público de electricidad como parte del Derecho Administrativo Regulatorio.

1. ¿CUÁL ES LA NATURALEZA DEL SERVICIO PÚBLICO EN GENERAL?

El artículo 119º de la Constitución otorga al Estado la titularidad de los servicios públicos. Textualmente, el mencionado artículo establece que *"la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y*

a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo”.

Puesto que el Estado es el titular de los servicios públicos –que en virtud de la *publicatio* se encuentran excluidos de la actividad privada al formar parte de las funciones del Estado– los privados sólo pueden explotarlos bajo el régimen de la concesión.

La titularidad pública sobre la actividad ha generado que el Estado mantenga una exclusividad regalésitica respecto de ella. Sobre este particular, Gaspar Ariño⁵ señala:

*“toda declaración de servicio público significa ... que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la **esfera de acción libre** de los particulares. Es lo que se ha llamado exclusividad regalésitica o titularidad pública sobre la actividad en que el servicio consiste. **Por su particular vinculación al interés público (al bien de la colectividad) se entenderán tales sectores como reservados, encomendados, en principio, a los poderes públicos, que ejercerán sobre ellos una dirección unitaria y exclusiva”** (resaltado y subrayado agregados).*

La concesión es un contrato de Derecho Administrativo por el cual el concedente (es decir, el Estado) **delega en un privado** la función de prestar, a su riesgo y ventura, un determinado servicio público.

Al respecto, Baldo Kresalja⁶ señala:

"La evolución de los fines históricos del Estado sirve para poner de manifiesto las modalidades de la actuación administrativa que surgieron como consecuencia de su expansión en asuntos económicos. (...) Desde el punto de vista jurídico, las modalidades de la acción administrativa que han sido puestas en marcha para realizar esos fines sucesivamente crecientes podrían ... ser clasificados en cinco tipos, a saber:

(...) c) El tercer tipo de actuación es como protagonista, tiene a su cargo el ejercicio directo de actividades, que podrán ser prestadas por sí mismo a través de sus propios órganos , o bien por delegación a través de concesiones. En estas actividades el titular es la Administración; en ella se encuadra la actividad de servicio público, a nombre propio o por delegación

(...) el concepto de servicio público, o su caracterización, está básicamente referido al citado tercer tipo de actuación, cuando el Estado es titular de la actividad, sea que la preste directamente o mediante terceros"
(subrayado agregado).

Por tratarse de una relación contractual de Derecho Público, (una "delegación transestructural de cometidos estatales" en

⁵ ARIÑO, Gaspar. "El nuevo servicio público". Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 553.

⁶ KRESALJA, Baldo. "El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos". En: THEMIS - Revista de Derecho No. 39. pp. 44-45.

palabras de Merthehikian⁷) el concesionario no sólo debe sujetar su actuación a las regulaciones que expida la Administración, sino que también tiene restringidas sus libertades contractuales y de contratar. En efecto, es usual que se le imponga una obligación de contratar con quien se lo solicite (como sucede en el caso de las empresas distribuidoras) y que las condiciones para la prestación del servicio no puedan ser libremente convenidas sino que deban sujetarse a las regulaciones y cláusulas generales impuestas por el organismo regulador (como sucede tanto en el caso de los suministros de energía por un generador a un distribuidor, como de un distribuidor a un usuario, cuando están destinados al Servicio Público de Electricidad).

En contraprestación, el concesionario cuenta con una serie de prerrogativas características del "ius imperium" que le han sido delegadas, dentro de las que destaca la potestad de cobrar tarifas o peajes a los usuarios, además del derecho de ocupar bienes públicos y obtener servidumbres sobre los bienes privados para la prestación del servicio público.

"Si el Estado determina que una determinada actividad resulta de interés público -y por lo tanto integra el bien común- dicha actividad se encuentra comprendida dentro de la esfera de competencia estatal. Ahora bien, por aplicación del principio de subsidiariedad que caracteriza al bien común, el Estado puede que considere que dicha actividad debe ser ejercida por los particulares. Por

⁷ Eduardo Merthehikian, "Análisis de algunas de las modificaciones introducidas a la ley de concesión de obra pública (A propósito de la ley de reforma del Estado)", en "La Ley", T.1990-B, Sec. Doctrina, pp. 1131-1132.

consiguiente, el Estado puede ser que transfiera el ejercicio de dicho cometido a favor de un sujeto privado, sin renunciar a la titularidad del mismo...

"Se opera de tal suerte una verdadera delegación que trasciende la estructura de la Administración pública delegante, para recaer en una estructura extraña, diferente de la Administración y de naturaleza privada. Por tal motivo, se la denomina delegación transestructural de cometidos"⁸

Es decir que la calidad de "delegado de la Administración", a la vez que permite al concesionario privado la posibilidad de prestar servicios públicos que, por ser tales, constituyen un cometido estatal, conlleva, asimismo, la sujeción del concesionario a los lineamientos que el Estado concedente imponga.

¿Por qué es el Estado el titular de los servicios públicos? La razón es sencilla: los servicios públicos satisfacen el bien común, las necesidades de interés público, son de utilidad pública⁹, como expresamente declara en su parte final el artículo 2º de la LCE : "El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública".

⁸ Ibid., p. 1132.

⁹ Respecto a la utilidad pública, Baldo Kresalja ha afirmado lo siguiente: "se trata de una actividad dirigida a la utilidad general del público. De ahí se deriva que un usuario tenga un derecho abstracto a la prestación, exigible jurídicamente.

En ese sentido, corresponde al Estado velar porque tales servicios se presten en condiciones que permitan la universalidad de acceso y su continuidad¹⁰.

Al respecto, Gaspar Ariño¹¹ afirma:

"... servicio público es aquella actividad propia del estado o de otra administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social" (subrayado agregado).

Consecuencia directa e inmediata de lo anterior es que los servicios públicos se rijan por las normas propias del Derecho Público. Como precisa Rodolfo Barra:

*"actividades generalmente de contenido comercial-industrial (...) destinadas a satisfacer necesidades de interés público directo e inmediato y sometidas a un régimen de Derecho Público"*¹² (subrayado agregado).

Tal como será detallado más adelante, **la sujeción al Derecho Público por tratarse de una función estatal delegada a un privado conlleva que la prestación del servicio público se encuentre sujeta al principio de legalidad. Es decir que**

¹⁰ Características elementales de los servicios públicos. En efecto, el servicio público debe ser prestado en forma continua, habitual, profesional y uniforme.

¹¹ ARIÑO, Gaspar, op.cit. Pág. 534.

en materia de servicios públicos el concesionario sólo tendrá los derechos que expresamente le sean reconocidos por las normas aplicables.

*"Frente al derecho privado, que es el reino de la libertad (autonomía de la voluntad, libertad de disposición), el derecho público está presidido por la sujeción, la vinculación a la norma, la predeterminación de las conductas por el contenido de lo dispuesto en las leyes y reglamentos (principio de legalidad, tipicidad del acto administrativo), por el respeto al principio de igualdad, por la exigencia de control y rendición de cuentas ante órganos y según procedimientos establecidos. Esta es la esencia del derecho administrativo, que es, así, una mezcla de privilegios y de garantías (ambos en defensa del interés público y de los derechos de los ciudadanos)."*¹³

Adicionalmente, cabe indicar que la titularidad estatal del servicio público involucra, *per se*, la responsabilidad del Estado respecto a su prestación. Ariño acota:

"...se ha dicho con acierto que si el servicio público constituye una actividad cuya titularidad y dirección asume la Administración, ésta debe asumir también su responsabilidad. Tanto respecto al concesionario, que

¹² BARRA, Rodolfo. "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público". En: La Ley - B, 1982. p. 365. Citado por KRESALJA, Baldo. Op. Cit. Loc Cit.

¹³ ARIÑO, GASPAR: "Principios de Derecho Público Económico. (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)". Granada 2001, Segunda Edición, Editorial Comares, p. 53

aparece como un gestor subordinado, como respecto a terceros."¹⁴

Es por ello que la Administración conserva, aun en el caso que un servicio público sea otorgado en concesión, sus poderes internos de dirección, modalización y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación del servicio e incluso respecto de su propia organización; esto es, la Administración sigue siendo titular y por ello responsable de su prestación.

Las prerrogativas de la Administración pueden convertirse en restricciones a la libertad de empresa y a la libertad contractual del concesionario. **Respecto a esta última, el organismo regulador y el concedente tienen la potestad, entre otras, de fijar tarifas,** determinar el libre acceso a las infraestructuras del concesionario y las modalidades para la prestación del servicio.

2. LA REGULACIÓN DE LOS PRECIOS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El servicio público generalmente se encuentra asociado con un monopolio natural y, en tal sentido, requiere de un regulador que fije la tarifa para evitar que el concesionario perciba rentas monopólicas que le proporcionen un retorno por encima del razonable¹⁵. En condiciones de monopolio no es posible la existencia de un mercado que fije los precios a través de la competencia.

¹⁴ ARIÑO, Gaspar. El Nuevo Servicio Público. Op. Cit., pp. 560-561

Al respecto, Miguel Marienhoff¹⁶ señala:

"las tarifas aplicables en los servicios públicos deben ser establecidas o aprobadas por la autoridad pública correspondiente (...).

El interés público en juego justifica y explica la intervención estatal en la fijación de las tarifas. Como el servicio público satisface 'necesidades' o 'intereses' generales, si se dejare que quienes prestan los servicios actúen con entera libertad en la fijación de tasas o precios, correríase el riesgo de que estos entes o personas expoliasen a los habitantes del país mediante tasas o precios exagerados. La intervención del Estado tiende a impedir eso" (subrayado agregado).

En este contexto, los particulares no pueden fijar libremente un precio cuando se trata de un servicio público cuyos precios están sujetos a regulación. La libertad de la que gozan cuando existen intereses meramente privados desaparece al presentarse un interés público que la restringe.

Agrega Marienhoff¹⁷, citando a la Corte Suprema de la Nación Argentina, que:

¹⁵ Las tarifas son un precio público determinado por el Estado de acuerdo a su función reguladora.

¹⁶ MARIENHOFF, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot. pp. 147 y 149.

¹⁷ MARIENHOFF, Miguel. Op. Cit. pp. 149-150.

"La absoluta libertad de contratar y de fijar el precio de las cosas y de los servicios, existe solamente cuando la propiedad o la actividad personal se hallan dedicadas a objetos puramente privados. Cuando lo son a usos públicos, especialmente si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido por el Estado... el propietario o concesionario se encuentra sometido por el carácter de la dedicación de su actividad y por la naturaleza misma del favor que le ha sido otorgado, a un contralor especial de parte de la autoridad administrativa, contralor que comprende también el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que está encargada de prestar" (resaltado y subrayado agregados).

3. LA REGULACIÓN EN EL PERU DEL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

Ciertas actividades eléctricas han sido declaradas dentro de la categoría de "servicio público", conforme lo establece el artículo 2º de la LCE:

"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"
(subrayado agregado).

A su vez, el artículo 2° del Reglamento de la LCE precisa que corresponde al Servicio Público de Electricidad el suministro a usuarios cuya demanda no exceda el 20% de la demanda máxima de la zona de concesión de distribución, hasta un tope de 1000 kW.

Al respecto, Gaspar Ariño¹⁸ precisa que:

"hay que señalar que el sector eléctrico y el sector del gas seguirán regulados por diversos motivos, antes enunciados: características de monopolio natural en determinadas actividades, carácter de suministro esencial para los ciudadanos y de importancia estratégica para el país, la necesaria coordinación técnica de la operación, etc." (subrayado agregado).

En el caso del sector eléctrico las redes de distribución y transmisión constituyen monopolios naturales. Si bien la moderna regulación económica ha desagregado verticalmente la actividad eléctrica (separándola en generación, transmisión y distribución) y consagrado el principio de libre acceso a las redes, no ha podido eliminar estos monopolios. Por ello, los peajes de transmisión y distribución están regulados (sujetos a precios máximos fijados por el OSINERG).

La regulación de precios no alcanza solamente a la contraprestación por el uso de las redes de transmisión y distribución, sino que se extiende a toda la cadena que va del generador al usuario final para el caso de ventas destinadas al

¹⁸ ARIÑO, Gaspar. "Principios de Derecho Público Económico". Lima, Ara Editores, 2004. p. 721.

Servicio Público de Electricidad. Las razones son evidentes. Por un lado, el distribuidor tiene un monopolio legal respecto al suministro eléctrico destinado a los usuarios del Servicio Público de Electricidad¹⁹. Ello hace que deba suministrar a dichos usuarios a precio regulado. Pero como la electricidad no la produce el distribuidor, sino el generador, resultaría inviable la venta por el distribuidor a precios regulados si el generador no le vende, a su vez, la energía a una tarifa establecida por el regulador. California es un ejemplo del desastre que significó un modelo regulatorio en el cual sólo las ventas de distribuidor a usuario final estaban reguladas, modelo que se basó en la confianza de que habría suficiente competencia a nivel de generación para que no existiera la necesidad de regular los precios en ese extremo de la cadena. ¿Cuál fue el resultado? La quiebra de las empresas distribuidoras y el racionamiento del servicio público de electricidad.

A diferencia del modelo californiano, en el Perú la Ley de Concesiones Eléctricas considera como Servicio Público –y, por ende, sujeto a regulación de precios- a todas las actividades necesarias para el suministro a usuarios del Servicio Público de Electricidad, como claramente lo establece el artículo 43° de la LCE:

¹⁹ Artículos 30° y 34°, inciso d) de la Ley de Concesiones Eléctricas:

"La concesión de distribución de Servicio Público de Electricidad en una zona determinada, será exclusiva para un solo concesionario, y no podrá reducirla sin autorización del Ministerio de Energía y Minas.."

*"Los concesionarios de distribución están obligados a:
(...) d) permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, para suministrar energía a usuarios que no tengan el carácter de Servicio Público de Electricidad, ubicados dentro o fuera de su zona de concesión, en las condiciones establecidas en la presente Ley y su Reglamento". (Subrayados agregados).*

"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; y,*
d) *Las ventas a usuarios de Servicio Público de Electricidad".*

En este contexto, las denominadas "tarifas en barra" son el precio regulado que los distribuidores deben pagar a los generadores por la electricidad que consumen²⁰. Ello, en la medida que cuando los generadores suministran energía eléctrica a los distribuidores para uso colectivo están prestando un servicio público.

Estas Tarifas en Barra son fijadas por OSINERG en ejercicio de su función reguladora. Al respecto, el artículo 46° de la LCE establece:

"Las Tarifas en Barra y sus respectivas fórmulas de reajuste, serán fijadas semestralmente por la Comisión de Tarifas Eléctricas [hoy OSINERG] y entrarán en vigencia en los meses de mayo y noviembre de cada año.

Las tarifas sólo podrán aplicarse previa su publicación en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de mayor circulación" (el texto entre corchetes es nuestro).

²⁰ 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 (abonados) del servicio público de electricidad pagan a los distribuidores un precio regulado compuesto por la tarifa en barra y el valor agregado de distribución.

Agrega el artículo 10 de la LCE que la Comisión de Tarifas de Energía (que fuera absorbida por OSINERG) es el organismo "responsable de fijar las tarifas de energía eléctrica"; y en el literal a) del artículo 15 de la LCE se incluye, dentro de las funciones de su Consejo Directivo, la de *"Fijar, revisar y modificar las tarifas de venta de energía eléctrica con estricta sujeción a los procedimientos establecidos en la presente Ley"*. Desarrolla lo anterior el artículo 22º, inciso h) del Reglamento de la LCE, cuando precisa que la potestad de OSINERG se extiende a la emisión de directivas complementarias para la aplicación tarifaria.

Concordantemente, el Decreto Supremo No. 35-95-EM, precisa: /

*"...que la facultad conferida al Consejo Directivo de la Comisión de Tarifas Eléctricas, 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 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 y distribuidor-usuario del Servicio Público de Electricidad, incluidos los sobrecostos, recargos y penalidades por excesos de consumo.

En ese orden de ideas, 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 destinadas al Servicio Público de Electricidad (las "Condiciones de Aplicación"). En esta norma se regula detalladamente la forma en que debe medirse la energía entregada, los costos de conexión directa, los sistemas de facturación permitidos y los recargos que es posible cobrar por retiros en exceso de la potencia y energía contratadas.

Un aspecto que resulta fundamental para precisar la base legal sobre la cual debe resolverse la presente controversia es, justamente que **las Condiciones de Aplicación regulan los únicos cargos y penalidades que resultan aplicables a los suministros destinados al Servicio Público de Electricidad.** Sobre el particular, la sección 8.1 de las Condiciones de Aplicación autoriza al generador a pactar penalidades, **exclusivamente por los excesos a la potencia contratada**, una penalidad equivalente hasta el 50% de la Tarifa en Barra. **No existe disposición similar para los excesos de consumo de energía activa**, aun cuando sí se permite cobrar una penalidad por la energía reactiva.

000765

Las disposiciones en materia de excesos reguladas en las Condiciones de Aplicación guardan consistencia con las que regulan la venta del distribuidor a usuarios del Servicio Público de Electricidad, que también permiten cobrar una penalidad por energía reactiva, mas no cobrar un precio distinto por excesos en el consumo de energía activa. Ambas disposiciones son casi "espejos" la una de la otra, porque **de acuerdo con la LCE el distribuidor traslada a los usuarios los precios que paga a su suministrador, añadiendo, exclusivamente, su Valor Agregado de Distribución.**

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 deben sujetarse al máximo establecido por las Condiciones de Aplicación. **En aplicación del principio de legalidad que rige toda relación de Derecho Público (como es el caso de los contratos de generador a distribuidor destinados al Servicio Público de Electricidad) no es posible, por tanto, pactar recargos, penalidades o precios distintos que excedan los máximos permitidos por la Ley de Concesiones Eléctricas, su Reglamento y las Condiciones de Aplicación.**

Concordantemente, el artículo 31, en su inciso c) de la LCE, consagra como obligación de los concesionarios de generación, transmisión y distribución *"Aplicar los precios regulados que se fijan de conformidad con las disposiciones de la presente Ley"*.

En suma, en la medida que en materia de servicios públicos sólo está permitido hacer lo que la norma expresamente

000764

permite, y dado que ni la LCE ni su Reglamento ni las Condiciones de Aplicación permiten cobrar penalidades por excesos en el consumo de energía activa, entonces no es posible que los generadores cobren a los distribuidores precios que excedan la Tarifa en Barra.

Cabe concluir, por tanto, que el OSINERG es la única entidad facultada para fijar los precios máximos para la potencia, energía activa y energía reactiva, así como los recargos y penalidades por excesos en el consumo de suministros destinados al Servicio Público de Electricidad. Es decir que **en la medida que un cargo o penalidad no esté expresamente permitido por la regulación, no será posible pactarlo en un contrato de suministro, en aplicación del principio de legalidad.** Ello por cuanto el citado artículo 46° de la LCE supedita la aplicación de cualquier tarifa (es decir, de cualquier precio que pueda ser cobrado por el suministro de potencia y energía destinada al Servicio Público de Electricidad) a su publicación previa en el Diario Oficial "El Peruano" y en otro diario de mayor circulación.

III. LA NATURALEZA DE LA REGULACIÓN DE TARIFAS ELÉCTRICAS: ¿CUÁL ES EL PRECIO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD?

1. ¿CÓMO DEBE INTERPRETARSE CORRECTAMENTE LA LCE?

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

000763

"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 y subrayado agregados).

De otro lado, el Anexo de la Ley de Concesiones Eléctricas contiene en su numeral 8 la siguiente definición:

"Mercado no regulado: Corresponde a las transacciones de electricidad para los clientes que no sean de Servicio Público de Electricidad en condiciones de competencia, en los cuales la fijación de precios no se encuentra regulada o reglamentada por la Ley."

Por su parte, el artículo 43º de la LCE precisa que se encuentran sujetas a regulación de precios las ventas de energía eléctrica de un generador a un distribuidor, destinadas a prestar el Servicio Público de Electricidad:

"Estarán sujetos a regulación de precios:

(...)

c) **Las ventas de energía de generadores concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad"** (resaltado y subrayado agregados).

El artículo 45º 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 y subrayado agregados).

Las normas legales precedentemente citadas **restringen -por exclusión- el ámbito del "mercado no regulado"** (aquel en el cual es posible pactar libremente las condiciones del suministro) **a aquéllas transacciones destinadas a personas distintas de los usuarios del Servicio Público de Electricidad.** Consecuencia de lo anterior es que **todos los cargos, precios y penalidades aplicables a los suministros para el Servicio Público de Electricidad, correspondan al mercado regulado.**

Si corresponden al mercado regulado, el único competente para determinar el cargo, precio o penalidad será el regulador. En ausencia de dicha regulación, 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 sobrepago sino que debe venderse a Tarifa en Barra.

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*"²¹.

¿Qué quiere decir la norma, en consecuencia, cuando se refiere a "traspasar" electricidad? Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española "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 (i) los excesos de esta energía, contractualmente previstos (tal como ocurre en el presente caso).

²¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésimo Segunda Edición. 2001.

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 (Anexo 3 de este escrito) dicha empresa consigna como Referencia de los precios cobrados la **"venta de electricidad – excesos de consumo"**.

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 45º de la LCE.

De otro lado, como se acredita de las copias que adjuntamos como parte de prueba, en ninguno de los pliegos tarifarios que ha entregado a Luz del Sur desde la fecha de celebración del Contrato con ELECTROPERU ha señalado un precio por la energía suministrada en exceso de la energía contratada que sea distinto a o supere la Tarifa en Barra aplicable. Y no lo ha hecho porque es indudable que el OSINERG hubiera objetado cualquier precio que excediese la Tarifa en Barra.

A manera de ejemplo, en el artículo 4 de la Resolución que fija las Tarifas en Barra para el período noviembre 2004 a marzo 2005 (Resolución No. 281-2004-OS/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de octubre pasado) el Consejo Directivo del Osinerg dispone lo siguiente:

Las empresas generadoras están obligadas a comunicar por escrito a las empresas distribuidoras y al Osinerg, previos a su aplicación, sus pliegos tarifarios debidamente suscritos por sus representantes legales bajo responsabilidad (el subrayado es nuestro).

Cabe reiterar lo señalado en la sección precedente de este escrito, en el sentido que las disposiciones relativas a precios regulados contenidas en la LCE son normas

imperativas y, por tanto, no puede pactarse en su contra de conformidad con lo establecido en los artículos V de Título Preliminar²² y 1354²³ del Código Civil.

En efecto, las normas citadas contienen fórmulas que sin duda alguna las convierten en imperativas. Así pues, el hecho que el artículo 43 de la LCE señale que "estarán sujetas a regulación de precios" no deja margen alguno para pensar que ésta no es una norma de cumplimiento obligatorio.

Por otro lado, el artículo 45° de la LCE establece un estándar máximo de cumplimiento (al determinar un tope tarifario o *price cap*), lo cual la convierte en una norma imperativa de máximo de derecho necesario, definida como aquella contra la cual los particulares no pueden pactar superando el tope establecido por ésta, aun cuando sí tienen derecho a pactar por debajo de sus límites.

No sólo nos encontramos ante normas imperativas sino de orden público, en la medida que se refieren al Servicio Público de Electricidad y que, por ello, debe entenderse que el rigor de su imperatividad es originado *per se*.

En consecuencia, debe concluirse que no puede pactarse un precio superior a la Tarifa en Barra en el caso de ventas de energía eléctrica de un generador a un distribuidor, sea bajo

²² "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

²³ "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

la modalidad de energía contratada o de "excesos de consumo".

2. ¿CÓMO DEBEN INTERPRETARSE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES RESPECTO DE LOS EXCESOS EN EL CONSUMO?

El objeto del Contrato suscrito entre ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR es el suministro de energía y potencia destinado, en exclusiva, al Servicio Público de Electricidad. Lo anterior se evidencia claramente en el texto de la 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 agregado).

Así pues, no cabe duda alguna que por tratarse de una venta de energía de generador a distribuidor, destinada a clientes regulados, el precio no puede exceder lo dispuesto en el artículo 45º 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 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 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).

A su vez, 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).

¿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?.

Tal como señalamos en nuestro recurso de reclamación, una interpretación sistemática²⁴ que no se agote en una lectura aislada de la subcláusula 4.4 del Contrato, sino que la

²⁴ 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 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 169º del Código Civil cuando dispone: "Las

integre con lo estipulado en sus subcláusulas 2.6 y 4.2, así como con las leyes vigentes (mencionadas en el acápite anterior), necesariamente lleva a concluir que dicho convenio es plenamente válido, pero sólo 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" del negocio jurídico, el cual 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 (por ejemplo, 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 vulnerando normas imperativas), deberá preferirse la primera interpretación antes que la segunda. Como explica Ordoqui Castilla²⁵, citando a Pothier:

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".

²⁵ 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

"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 (...)" (subrayado agregado).

Sin embargo, el Cuerpo Colegiado opina lo contrario en la Resolución. Inexplicablemente señala que los excesos por consumo de energía destinada al Servicio Público de Electricidad no están sujetos a los precios máximos aprobados por OSINERG (aun cuando omite exponer las razones por las cuales dichos excesos no corresponden a la categoría de "ventas" que es el concepto sujeto a regulación de precios conforme a la LCE), interpretando que debe pagarse por ellos el costo marginal de corto plazo, o cualquier otro precio libremente pactado, aun cuando 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.

Con ello, **el Cuerpo Colegiado está propiciando que ELECTROPERÚ realice 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 las**

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. *Ibíd.*

ventas de energía eléctrica efectuadas mediante la modalidad de "excesos de consumo de energía", a pesar de que la reclamada expresamente reconoce en el Contrato que no tiene la potestad de cobrar por encima del precio regulado por tratarse de un suministro destinado al Servicio Público de Electricidad²⁶.

3. LA INCORRECTA INTERPRETACIÓN LEGAL Y CONTRACTUAL EFECTUADA POR EL CUERPO COLEGIADO

- **La interpretación del Cuerpo Colegiado**

El Cuerpo Colegiado presupone –sin motivar su presunción– que el artículo 45° de la LCE se refiere sólo a la energía contratada y no a los excesos de consumo. Así pues, en el único párrafo relevante de toda la Resolución (que no constituye motivación suficiente para resolver la controversia), señala lo siguiente:

²⁶ Es pertinente mencionar la Resolución No. 15-95-P/CTE, modificada por la Resolución No. 22-95-P/CTE, que aprobó las Condiciones de Aplicación de las tarifas en barra para los suministros de energía a que se refiere el Artículo 43° de la Ley de Concesiones Eléctricas.

La sección 8.1 de las Condiciones de Aplicación autoriza al generador a pactar, exclusivamente por los excesos a la **potencia contratada**, una penalidad equivalente hasta el 50% de la Tarifa en Barra. **No existe disposición similar para los excesos de consumo de energía activa**, aun cuando sí se permite cobrar una penalidad por la energía reactiva.

Las disposiciones en materia de excesos reguladas en las Condiciones de Aplicación guardan consistencia con las que regulan la venta del distribuidor a usuarios del Servicio Público de Electricidad, que también permiten cobrar una penalidad por energía reactiva, mas no cobrar un precio distinto por excesos en el consumo de energía activa. Ambas disposiciones son casi "espejos" la una de la otra, porque de acuerdo con la LCE el distribuidor traslada a los usuarios los precios que paga a su suministrador, añadiendo, exclusivamente, su Valor Agregado de Distribución.

"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" (subrayado agregado).

Si Jte
(Puro
trab#?)

- **El Cuerpo Colegiado distingue donde no debe distinguir**

La interpretación del Cuerpo Colegiado respecto a 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 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 previstas por la Ley. Ello ha sido groseramente vulnerado por el Cuerpo Colegiado, el cual ha diferenciado 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 45º 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.

000750

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 Barra²⁷.

- **La incorrecta aplicación de los principios de derecho privado a un tema estrictamente público (administrativo)**

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, en el supuesto negado que la LCE no hubiera regulado el supuesto materia de la presente controversia, la Resolución sería contraria a los principios básicos del Derecho Público Administrativo que son a los que debe remitirse cualquier interpretación de la normativa sobre servicios públicos.

Es evidente que en materia de precios regulados, el concesionario sólo puede cobrar aquellos montos y

²⁷ Lo que ha hecho el Cuerpo Colegiado puede ser resumido en un ejemplo de la vida cotidiana: Una persona que viaja por negocios al extranjero, después de haber comprado y registrado su boleto de avión, se acerca a la caseta en la que deberá pagar la Tarifa Única por Uso de Aeropuerto (esta tarifa regulada es igual para todas las personas que quieran viajar al extranjero) y el encargado le pregunta si el viaje que efectuará es uno de negocios o de turismo porque considera que el "impuesto de aeropuerto" cobrado por negocios debe ser mayor al cobrado por turismo. Pero, ¿acaso la razón de ser de la tarifa no es la utilización del aeropuerto sin importar qué hará en su viaje la persona que la paga? La persona encargada de la caseta no está haciendo sino una diferencia en donde la norma legal no ha diferenciado y, en tal sentido, modificando las normas referentes a la materia y perjudicando a los consumidores. Ello es precisamente lo que ha hecho el Cuerpo Colegiado con lo establecido en la Resolución.

conceptos expresamente permitidos por las normas vigentes.²⁸

En lo referente al Servicio Público de Electricidad, actividad cuya titularidad corresponde al Estado y que gestionan los particulares 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 la ley no prohíbe, 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.

Así lo confirma el especialista en Derecho Administrativo nacional Juan Carlos Morón Urbina²⁹, quien 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 y subrayado agregados).

²⁸ Ello resulta aún más evidente si tomamos en cuenta que la anterior redacción del artículo 44º de la LCE señalaba que "no están sujetos a regulación de precios las ventas de energía eléctrica no señaladas explícitamente en el artículo anterior (43º de la LCE)". Esta disposición fue suprimida en la medida que podía causar confusiones como la del Cuerpo Colegiado. Ahora en la LCE no existe disposición que señale algo parecido, con lo que se hace aún más fuerte el argumento de que sólo las tarifas que figuran en el artículo 43º son aquellas que se pueden cobrar en las actividades desarrolladas en el sector eléctrico.

Es decir que no se requiere de una disposición legal que expresamente prohíba pactar precios o penalidades superiores a la Tarifa en Barra para los retiros en exceso de la energía contratada; basta que la ley no lo permita para que no pueda hacerse.

Así debe interpretarse lo dispuesto en el literal c) del artículo 31 de la LCE, que expresamente establece:

"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"

(subrayado agregado).

Desafortunadamente, el Cuerpo Colegiado ha aplicado, de manera errada, un principio de Derecho Privado a una controversia regida por el Derecho Público Administrativo, contraviniendo con ello lo dispuesto en la LCE y en las resoluciones de OSINERG.

- **La ilegal modificación de la LCE**

El Cuerpo Colegiado ha modificado ilegalmente el artículo 45º de la LCE. En efecto, sin legitimidad ni sustento alguno, el Cuerpo Colegiado ha pretendido variar el texto de la LCE

²⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General" Lima, Gaceta Jurídica, 2002. p. 26.

por un **hipotético artículo** que en su opinión debiera tener el texto siguiente:

"Artículo 45.- La energía y potencia contratadas a un concesionario de generación por un concesionario de distribución, destinadas al Servicio Público de Electricidad, se pagarán a Tarifas en Barra. Los excesos de consumo que superen la potencia y energía contratadas se pagarán a costo marginal o a cualquier cantidad superior a la Tarifa de Barra".

La ilegal modificación de la LCE no debe ser amparada por el Tribunal en la medida que el Cuerpo Colegiado no tiene las facultades ni competencias para tales efectos. En ese sentido, el Tribunal debe efectuar una correcta interpretación del artículo 45 de la LCE y declarar que éste es aplicable a todos los traspasos (ventas) de electricidad efectuados de generador a distribuidor destinados al servicio público.

- **La Contradicción De La Resolución: El Reconocimiento De La Aplicación De Una Tarifa Regulada**

La interpretación efectuada por el Cuerpo Colegiado es tan inconsistente que incluso resulta contradictoria consigo misma. En efecto, recordemos, en primer lugar, que ELECTROPERÚ señaló en su escrito de contestación a la reclamación que la autoridad competente para conocer la presente controversia no era el OSINERG sino más bien un Tribunal Arbitral, en la medida que así había sido convenido por las partes en el Contrato.

El Cuerpo Colegiado desestimó la excepción deducida por ELECTROPERÚ, argumentando lo siguiente:

"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 destinados al Servicio Público de Electricidad.

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 (sic) resulta que conforme al inciso 4 del artículo 1º 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 la presente reclamación (sic), 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".

En la presente controversia ¿qué es directamente concerniente a las atribuciones y funciones del imperio del Estado? Tal como lo señala el propio Cuerpo Colegiado en el

considerando citado, *"la tarifa eléctrica debe ser regulada por el Estado por el órgano señalado por la ley"*.

Esta función se enmarca en la función reguladora de las tarifas eléctricas y, por tanto, es una función exclusiva del Estado, conforme al literal b del artículo 3.1 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el cual señala que *"la función reguladora comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito"*.

Si los precios de los excesos de energía pudieran ser negociados libremente (pactándose por encima de la Tarifa en Barra) y -tal como señala el Cuerpo Colegiado- no existiera regulación tarifaria con respecto a los excesos de consumo destinados al Servicio Público de Electricidad, entonces el Estado no tendría atribuciones exclusivas y la presente controversia simplemente debiera ser resuelta mediante arbitraje.

Ello cobra más fuerza aún si tenemos en cuenta que el Reglamento señala que los Cuerpos Colegiados y el Tribunal son competentes para resolver: *"controversias entre Generadores y Distribuidores (...) relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG"³⁰* (subrayado agregado).

³⁰ Ver artículo 2.a) del Reglamento.

La norma citada es muy clara: el OSINERG sólo resuelve conflictos entre los operadores relativos a materias que se encuentren bajo su ámbito de regulación. En ese sentido, el Cuerpo Colegiado –al declararse competente para conocer el presente procedimiento– reconoció la naturaleza regulada de los precios de la energía vendida por generadores a distribuidores destinada al servicio público.

En este contexto, no se entiende cómo luego el Cuerpo Colegiado señala que los precios por excesos en el consumo no son precios regulados.

En resumen: la Resolución señala que el OSINERG es competente para conocer la controversia porque ésta se trata de precios regulados y, a renglón seguido se contradice al afirmar que los excesos de energía no están regulados por no haberse previsto expresamente en la LCE. *

IV. LA INDEBIDA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

En el presente acápite demostraremos al Tribunal que el Cuerpo Colegiado ha aplicado de manera errónea y desnaturalizado la doctrina de los actos propios. Esta incorrecta aplicación la convierte en un “cajón de sastre” que permite convalidar cualquier error o acto contrario a normas de orden público.

1. ¿QUÉ DIJO EL CUERPO COLEGIADO RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS?

El Cuerpo Colegiado ha señalado en la Resolución lo siguiente:

"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 de sus propios actos' es perfectamente aplicable a la situación bajo análisis (...)

Que, es imperativo aplicar este criterio 'respecto de conductas judiciales y extrajudiciales', por cuanto todo sujeto del proceso se halla ligado a sus actos anteriores, de los que no puede volver intempestivamente. 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"
(subrayado agregado).

La aplicación equivocada de este principio, así como la incorrecta interpretación de la LCE (desarrollada a lo largo del acápite anterior) fueron los argumentos empleados por el Cuerpo Colegiado para desestimar la reclamación de LUZ DEL SUR.

2. LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS A LA PRESENTE CONTROVERSIA

El principio del respeto a los propios actos no resulta aplicable a la presente controversia en la medida que cualquier conducta desarrollada erróneamente por LUZ DEL SUR que vulnere una norma imperativa no tiene validez jurídica ni puede ser considerada como una conducta eficaz en aplicación de dicha doctrina.

¿Cuáles son los presupuestos de aplicación de la doctrina de los actos propios? Como el propio Cuerpo Colegiado señala en la Resolución, para que se pueda aplicar la doctrina de los actos propios deben confluír los siguientes requisitos:

- Una conducta anterior relevante, válida y eficaz.
- El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción existente entre ambas conductas.
- La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

En este contexto, cabe destacar que la conducta anteriormente desarrollada por LUZ DEL SUR (el erróneo pago de siete facturas por excesos de consumo a un costo marginal que excedía la Tarifa en Barra) no es una conducta jurídicamente válida o eficaz por no ajustarse a derecho, toda vez que por error se efectuaron pagos sobre el límite permitido por la ley (la Tarifa en Barra).

Respecto a la aplicación de la teoría de los actos propios, Alejandro Borda señala que la primera conducta vinculante debe ser una conducta jurídicamente válida para que luego no pueda ser atacada o contradicha por una conducta posterior. El hecho que la primera conducta haya adolecido de vicio genera que el sujeto pueda –sin duda alguna– contradecirla e incluso anular el acto jurídico sin afectar el principio de buena fe ni el principio de respeto a los propios actos.

Al respecto, Alejandro Borda³¹ sostiene lo siguiente:

"La conducta vinculante o primera debe ser jurídicamente eficaz. Por lo tanto, si esta primera conducta es inválida se puede volver lícitamente contra ella. Esto significa que si el negocio jurídico celebrado en primer término o, lo que es lo mismo, la conducta vinculante llevada a cabo fuere inválida o ineficaz en sí misma, puede ser atacada o impugnada sin que ello importe una violación a la teoría de los actos propios" (subrayado agregado).

Adicionalmente, Borda³² agrega:

*"Inaplicabilidad de la teoría.
Sin embargo, como ya lo hemos adelantado, no toda conducta contradictoria es inadmisibile. Por ejemplo:*

³¹ BORDA, Alejandro. "La teoría de los actos propios". Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986. p. 73.

³² Ibid. p. 89.

a) Es lícito volver contra los propios actos cuando se trata de una conducta vinculante contra legem o inválida".

Luis Diez Picazo³³, en un extenso trabajo sobre el principio de los actos propios, ha establecido igualmente que los actos que contravengan conductas anteriores que fueron inválidas no atentan contra el principio de los actos propios. En efecto, el mencionado autor –al referirse a la conducta vinculante o primera conducta– sostiene lo siguiente:

"Nuestra jurisprudencia viene exigiendo, constante y reiteradamente, que la conducta vinculante esté formada por actos que sean jurídicamente eficaces. En ese sentido, se ha puntualizado que 'no puede hablarse de contradicción de actos propios cuando los primeramente realizados no son jurídicamente eficaces'; que 'contra los actos propios puede reclamarse cuando con ellos se violan leyes cuya observancia no se subsana por el consentimiento, con perjuicio del interés público' (...)

*Los actos propios han de ser jurídicamente eficaces y, si por cualquier circunstancia no lo fueran, el que los realizó puede impugnarlos. **Se puede venir contra los actos propios cuando son inválidos**" (resaltado y subrayado agregados).*

³³ DIEZ PICAZO, Luis. "La doctrina de los propios actos". Barcelona, Editorial Bosch, 1963. p. 201.

Ello es confirmado por Ludwig Enneccerus³⁴, quien al referirse a la aplicación de la doctrina de los propios actos, afirma lo siguiente:

"A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe" (subrayado agregado).

Por otro lado, cabe señalar que la profesora chilena María Fernanda Ekdahl³⁵ desarrolla ampliamente el requisito de eficacia y validez de la conducta vinculante para que resulte imposible volver contra ella. Refiriéndose a la práctica en la jurisprudencia española, esta autora señala lo siguiente:

"La regla de la eficacia de los actos fue una de las primeras que formula la jurisprudencia. El Tribunal Supremo se refiere a ella ya en 1876, fecha a partir de la cual es incesantemente repetida por la doctrina, ..., que en definitiva apunta esencialmente a ...: la eficacia, validez o conformidad del acto con el ordenamiento jurídico en cuestión".

³⁴ ENNECCERUS, Ludwig y Karl Heinz NIPPERDEY. "Derecho Civil – Parte General" Tomo I Volumen 2. Barcelona, Bosch, 1947. p. 482.

³⁵ EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. "La doctrina de los actos propios. El deber de no contrariar conductas propias pasadas". Santiago, Editorial Jurídica Chile, 1989. p. 98.

Asimismo, la mencionada profesora agrega lo siguiente:

"No podrá en caso alguno hablarse de contradicción de actos propios cuando los primeramente realizados carezcan de eficacia jurídica.

*Los actos nulos y los ineficaces en general carecen por tanto de virtualidad para fundar en ellos la aplicación de esta doctrina, y puede válidamente venirse contra ellos*³⁶ (subrayado agregado).

Así pues, el requisito de que el acto sea un acto eficaz quiere decir que el acto ineficaz o inválido simplemente no configura una conducta vinculante que no pueda contradecirse.

El Tribunal Supremo Español se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre ello, señalando lo siguiente:

*"La doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos reconocidos y consentidos, ha sido siempre bajo el supuesto de que tales actos hayan sido lícitos y permitidos por las leyes, y nunca cuando se hayan expresa y terminantemente prohibidos bajo pena de nulidad*³⁷

"Contra los actos propios puede reclamarse cuando con ellos se violan leyes cuya inobservancia no se

³⁶ Ibid. p. 99.

³⁷ Sentencia de 26 de mayo de 1876.

*subsana por el consentimiento con perjuicio del interés público*³⁸.

*"El acatamiento del principio de que no es lícito a nadie ir contra sus propios actos, requiere que los actos sean jurídicamente eficaces"*³⁹ (subrayado agregado).

Sobre ello, resulta conveniente citar nuevamente a la profesora María Fernanda Ekdahl⁴⁰, quien afirma:

"Al agente solamente le ligan las consecuencias del acto que realiza; cuando éste es válido ante el derecho, posee eficacia jurídica.

Contra la conducta ineficaz o las consecuencias que de ella se derivan, puede válidamente venirse en cuanto su impugnación no es considerada por el ordenamiento como una pretensión contradictoria y, por tanto, no puede ser impedida en atención a la inadmisibilidad del venire contra factum proprium" (subrayado agregado).

La doctrina nacional también se ha manifestado sobre el tema en absoluta concordancia con los autores citados precedentemente. No puede tomarse como válida una conducta que vulnera normas imperativas y, por tanto, puede volverse contra ella posteriormente sin afectar el principio de los propios actos.

³⁸ Sentencia de 19 de abril de 1889.

³⁹ Sentencia de 14 de diciembre de 1956.

Sobre este particular, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle ha afirmado lo siguiente al referirse a la conducta vinculante:

*"La conducta debe ser eficaz, o sea debe haber producido efectos válidos que han ingresado en el mundo jurídico, por lo cual ha suscitado confianza de que observará una conducta similar en circunstancias futuras"*⁴¹ (subrayado agregado).

Adicionalmente, el doctor René Ortiz Caballero⁴² (citado por el Cuerpo Colegiado en la Resolución), señala lo siguiente:

"Por todo lo dicho, el aforismo que nos ocupa, en realidad, 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" (subrayado agregado).

El Derecho no puede declarar válida una conducta inválida (que vulnera el sistema jurídico) simplemente porque un

⁴⁰ EKDAHL, María Fernanda. Op. Cit. p. 110.

⁴¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La doctrina de los actos propios". Ensayo de incorporación presentado ante la Academia Peruana de Derecho.

⁴² ORTIZ CABALLERO, René. "La doctrina de los actos propios en el Derecho civil peruano". En: Derecho No. 45. Diciembre de 1991. p. 275.

sujeto prestó su consentimiento -por error- para que ésta sea desarrollada.

Por el contrario, el Derecho debe pretender que las conductas que en un primer momento fueron inválidas puedan ser posteriormente contradichas por otros actos que vengan contra las primeras y que se ajusten al sistema jurídico.

Ahora bien, tal como hemos señalado a lo largo del presente escrito de apelación, la interpretación que el Cuerpo Colegiado efectúa de la subcláusula 4.4 contraviene normas jurídicas de carácter imperativo.

En efecto, el Cuerpo Colegiado declaró que ELECTROPERÚ está autorizado a cobrar los excesos de consumo de electricidad -adquirida por LUZ DEL SUR para brindar el Servicio Público de Electricidad- a precios de costo marginal cuando estos sean superiores a la Tarifa en Barra.

El artículo 45º de la LCE, sin embargo, establece que "*las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinadas al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra*".

Así pues, si la primera conducta consiste en que un distribuidor paga -por error- a un generador un precio superior a la Tarifa en Barra por consumo de electricidad, que es una tarifa regulada sobre la cual no se puede pactar, esta conducta simplemente no es vinculante ni menos aún

eficaz, en la medida que no se ajusta a lo establecido en el artículo 45 de la LCE, norma de carácter imperativo.

Ello quiere decir que la conducta vinculante carece de validez y, por tanto, de eficacia jurídica, no existe para el derecho y en esa medida no puede causar la apariencia de que no se actuará contra ella más adelante.

Así pues, el Cuerpo Colegiado aplicó erróneamente el principio mencionado y, en tal medida, el Tribunal debe encargarse de establecer la correcta aplicación de la doctrina de los actos propios declarando que los pagos efectuados anteriormente por LUZ DEL SUR a costo marginal no lo vinculan para siempre seguir pagando a costo marginal.

3. EL ERROR COMETIDO ANTERIORMENTE EN EL PAGO DE LAS VENTAS DE ENERGÍA NO VINCULA A LUZ DEL SUR A SEGUIR PAGANDO A COSTO MARGINAL

La Resolución considera, de manera absurda e ilegal, que quien realiza un pago por error queda perpetuamente vinculado a pagar el monto equivocado. Dicha afirmación no sólo es insostenible sino que además es injusta, puesto que pretende que una persona quede ligada *ad aeternum* por una conducta inicial que se originó en un error.

Al respecto, resulta muy importante señalar que el error no es fuente de derecho y que, si un sujeto desarrolló una conducta por error o equivocación, simplemente no puede mantenerse atado o vinculado por esta primera conducta.

Lo anterior quiere decir que un sujeto puede contradecir sus conductas anteriores si éstas han sido producto de equivocaciones o de errores.

Sobre el particular, Luis Diez Picazo⁴³ señala lo siguiente:

"En relación con el tema de la conducta vinculante, es menester preguntarse por las consecuencias de una conducta equivocada o errónea, esto es, si, cuando el interesado ha adoptado una determinada conducta errónea o equivocadamente, continúa en pie la admisibilidad de venir luego contra ella o si, por el contrario, el error de que adolece la conducta, permite una posterior impugnación.

*En nuestra jurisprudencia parece haber ganado terreno la tendencia según la cual conviene valorar el error en los actos propios. **Cuando los actos fueron realizados por error, no hay lugar para aplicar la norma que sanciona la inadmisibilidad de venir contra ellos**"*
(resaltado y subrayado agregados).

La jurisprudencia de los Tribunales Españoles a la que se refiere Diez Picazo es citada por José Puig Brutau⁴⁴, quien refiriéndose al error en los actos propios, cita los siguientes fallos:

⁴³ Ibid. p. 208.

⁴⁴ PUIG BRUTAU, José. "Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios". Barcelona, Ediciones Ariel, 1951. pp. 133-134.

"la opinión errónea que puede tenerse acerca de la extensión de un derecho, no puede servir de base para atribuir a los actos que de ella derivan carácter trascendental en perjuicio de su derecho, pues para ello sería preciso que tales actos revelasen una renuncia consciente de aquel derecho que evidentemente no existe en caso de error"⁴⁵
(subrayado agregado).

Adicionalmente, el Tribunal Supremo Español ha señalado:

*"la opinión errónea que alguien tenga acerca de su derecho no le perjudica, a no ser que se traduzca en una renuncia de tal derecho"*⁴⁶.

Cabe indicar que el error en el que incurrió LUZ DEL SUR al efectuar los pagos de las facturas emitidas por ELECTROPERÚ a precio de costo marginal no puede significar de manera alguna la renuncia al derecho de tomar la electricidad a un precio de Tarifa en Barra.

Ello es evidente por la sencilla razón de que este derecho es irrenunciable debido a que proviene de una norma de orden público de carácter imperativo que obliga a los generadores a traspasar (vender) a los distribuidores la energía eléctrica a un precio de tarifa de barra cuando la electricidad está destinada a los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

⁴⁵ Sentencia de 1 de marzo de 1904.

⁴⁶ Sentencia de 16 de enero de 1930.

Por otro lado, resulta importante destacar que los pagos efectuados mediante error no vinculan las conductas posteriores dado que éstos pueden ser repetidos conforme a las reglas del pago indebido establecidas en el ordenamiento civil.

Sobre este particular, Luis Diez Picazo⁴⁷ señala:

"El error es tomado en consideración también como defecto del acto de realización de una prestación, como defecto del pago. El error en el pago ocasiona un pago indebido y, en consecuencia una acción de repetición de lo indebidamente pagado. El puro hecho de pagar no es un 'factum proprium' que impida la acción de repetición, aunque esta venga, de alguna manera, a contradecir aquél" (resaltado y subrayado agregados).

Lo señalado por Luis Diez Picazo en la cita transcrita implica adicionalmente que efectuar un pago por error o equivocación (tal como los pagos efectuados por LUZ DEL SUR) no quiere decir que se haya perdido el derecho a negarse posteriormente a seguir cancelando más pagos indebidos. Lo anterior queda plenamente corroborado por lo establecido en el artículo 1267° del Código Civil, conforme al cual:

⁴⁷ DIEZ PICAZO, Luis. Op. cit. p. 211. Diez Picazo adicionalmente cita una sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 1 de marzo de 1904, en la cual se establece lo siguiente: "La opinión errónea que pudiera tener acerca de la extensión de su derecho a los bienes legados doña Francisca o su heredera, la demandada doña Carmen López, no pueden servir de base para atribuir a los actos que de ella derivan carácter trascendental en perjuicio de su derecho, pues para ello, sería preciso que tales actos revelasen una renuncia consciente de aquel derecho, que, evidentemente, no existe cuando la conducta de la persona a quien se imputan los

“El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió”.

Es decir que **el Derecho faculta a repetir y reclamar los pagos indebidos anteriormente efectuados**. Ello será solicitado en su oportunidad por nuestra parte en la vía correspondiente.

4. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS A LA CONDUCTA DE ELECTROPERÚ

Cabe indicar que la doctrina de los actos propios sí resultaría aplicable para la conducta desarrollada por ELECTROPERÚ en el reconocimiento de la naturaleza de venta de los excesos del consumo.

En efecto, tal como se ha señalado en páginas precedentes **ELECTROPERÚ ha reconocido en las Facturas 0004599 y 0004642 que los excesos de consumo tienen la naturaleza de venta.**

En ese sentido, si las ventas de electricidad se deben efectuar a precio regulado conforme la LCE, ELECTROPERÚ no puede ahora afirmar que los excesos de consumo no se encuentran dentro de los alcances del artículo 45º de dicha norma cuando este artículo se refiere a “ventas de electricidad” las cuales

actos procede de un error o equivocación” (subrayado agregado). DIEZ PICAZO, Luis. Op. cit. p. 299.

000729

comprenden, conforme a lo expresado en su factura por la empresa generadora, a los excesos de consumo.

El reconocimiento de ello sí representa una conducta anterior, eficaz, válida y vinculante de la cual ELECTROPERÚ no puede desligarse contradiciéndola tal como la contradice ahora al afirmar que los excesos de consumo no son ventas reguladas por la LCE.

V. LAS CAUSALES DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN: EL AGRAVIO

Por todo lo expuesto a lo largo del presente escrito, invocamos al Tribunal que declare la nulidad de la Resolución por lo siguiente motivos:

1. AUSENCIA DE MOTIVACIÓN

La Resolución adolece de falta de motivación, en la medida que no justifica ni explica 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. Con ello, vulnera nuestro derecho al respeto al debido proceso.

La administración tiene el deber de respetar el principio de debido proceso y la obligación de motivar sus decisiones, lo cual no ha sido respetado al emitir la Resolución.

El derecho a un proceso justo o debido proceso constituye un derecho fundamental de la persona humana, tal como lo

000728

reconocen la mayor parte de Cartas Fundamentales e instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁴⁸.

En nuestro ordenamiento el derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política y en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG). Esta última norma establece que *"todos los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento"*. Asimismo, indica que comprende el derecho del administrado a *"obtener una decisión motivada y fundada en derecho"*.

El contenido más detallado de la obligación de motivar las decisiones se desarrolla en el artículo 6° de la LPAG, que en su numeral 6.1 indica que la motivación debe ser expresa y contener *"la exposición de las razones jurídicas y normativas"* que justifiquen sus decisiones. Asimismo, el numeral 6.3 introduce mayores precisiones al establecer que *"No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto"*. Agrega, finalmente, que tampoco serán admisibles aquellas fórmulas que por su vaguedad o insuficiencia *"no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto"*.

La debida motivación es, además, un requisito de validez de los actos administrativos, tal como lo prescribe el numeral 4 del artículo 3° de la LPAG⁴⁹, por lo que el incumplimiento de esta

⁴⁸ Ver al respecto, BUSTAMANTE, Reynaldo. "El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo". Lima, ARA Editores, 2001. pp. 45-46.

⁴⁹ **"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos**
Son requisitos de validez de los actos administrativos:

000727

disposición vicia de nulidad cualquier decisión de la autoridad administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 10º, numeral 2 de dicha norma:

Artículo 10.- Causales de nulidad

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

(...)2.El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14º."

El Cuerpo Colegiado no ha sustentado la Resolución en una adecuada motivación que permita a LUZ DEL SUR entender por qué los excesos de consumo de energía activa no están regulados en la LCE ni constituyen ventas reguladas por su artículo 43º, inciso c).

Ello genera, sin duda alguna, que la Resolución se encuentre viciada de nulidad en el extremo que origina nuestra apelación parcial, como expresamente lo dispone el citado artículo 10º de la LPAG, al no haber respetado los parámetros mínimos del principio de debida motivación.

2. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Adicionalmente, cabe señalar que la Resolución vulnera el principio de legalidad consagrado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el cual señala que "las

(...) 4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico".

autoridades administrativas deben actuar con respecto 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”.

En la presente controversia, al haber resuelto de manera contraria a lo expresamente dispuesto en los artículos 43° y 45° de la LCE, el Cuerpo Colegiado ha viciado su resolución –en los extremos apelados- 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...”

VI. CONCLUSIONES

- La LCE establece que las ventas de energía eléctrica de generador a distribuidor para el servicio público se efectuarán a tarifa regulada.
- Las ventas de energía eléctrica pueden ser definidas como el traspaso del dominio de la electricidad a cambio de una contraprestación. El traspaso del dominio puede efectuarse bajo (i) potencia y energía contratadas y (ii) excesos de consumo. 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

000725

sentido, debe entenderse que la Tarifa en Barra se aplica a cualquiera de estas dos modalidades.

- La Resolución equivocadamente presupone que la LCE no regula los precios para las ventas realizadas bajo la modalidad de "excesos en el consumo" y 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. (b)

- La Resolución se contradice cuando declara al OSINERG competente para conocer una controversia sobre aspectos a los que el Cuerpo Colegiado denomina "no regulados", cuando en realidad el OSINERG sólo es competente para conocer aspectos regulados. Con ello, el Cuerpo Colegiado reconoce la naturaleza regulada de los precios por excesos de consumo. (b)

- El Cuerpo Colegiado ha aplicado incorrectamente la doctrina de los actos propios debido a que no se presenta uno presupuesto indispensable para su aplicación: la conducta vinculante válida y eficaz. (3)

- En el presente caso, no existe conducta vinculante válida y eficaz en la medida que los pagos efectuados anteriormente a ELECTROPERÚ a costo marginal en exceso de la Tarifa en Barra constituyen un error que contraviene lo dispuesto en una norma de orden público.

- El error no es fuente de derecho. No es concebible que el Cuerpo Colegiado pretenda afirmar que si LUZ DEL SUR pagó mal anteriormente, entonces está condenado a seguir pagando mal por siempre. Eso quiere decir que sí se pueden contradecir las conductas anteriores cuando éstas han sido producto del error, máxime si tal

error se trata de un pago indebido, el cual no constituye un *factum proprium*.

POR TANTO:

Solicitamos al Cuerpo Colegiado admitir el presente Recurso de Apelación Parcial y elevarlo dentro del plazo legal para que éste sea resuelto por el Tribunal declarándolo **FUNDADO** en la oportunidad que corresponda y ordenando **SE REVOQUE** la Resolución expedida por el Cuerpo Colegiado.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS:

Que Solicitamos al Tribunal nos conceda el **uso de la palabra** por treinta (30) minutos, para sustentar los argumentos por los cuales consideramos que la Resolución del Cuerpo Colegiado debe ser revocada. Amparamos nuestro pedido en lo dispuesto en el artículo 166º, numeral 3, de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS:

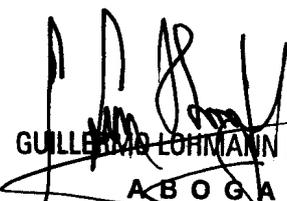
Que adjuntamos como anexos los siguientes documentos:

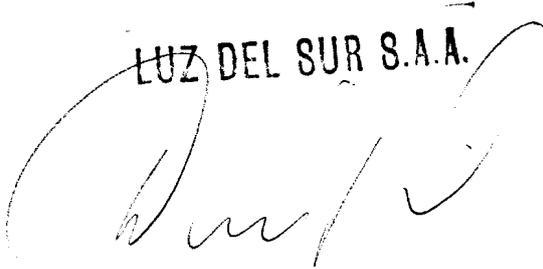
1. Dictamen Sobre el Precio que debe Aplicarse a las Ventas de Energía en Exceso de la Contratada, informe emitido por el Dr. Gaspar Ariño Ortiz, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid y autor de varios libros sobre el Derecho de los Servicios Públicos.
2. Opinión emitida por el economista Eduardo A. Maldonado Maldonado, sobre el tema en controversia.

000723

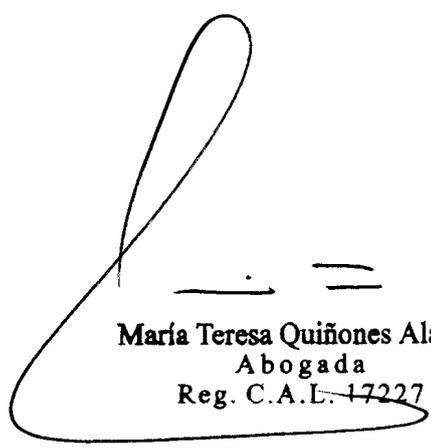
3. Copia Legalizada de las Facturas Nos. 005-0004134, 004-0000724, 005-0004197, 004-0000726, 005-0004226, 005-0004450, 004-0000589, 005-0004505, 005-0004535, 005-0004567, 005-0004642, 005-0004707 y 005-0004753, expedidas por ELECTROPERU, mediante las cuales se acredita que dicha empresa considera que los excesos en el consumo de energía son también ventas de electricidad.
4. Copia de los pliegos tarifarios entregados por ELECTROPERU a nuestra empresa, correspondientes a los años 2003 y 2004, en los que consta que el único precio consignado para la potencia y energía es el de la Tarifa en Barra, no existiendo referencia alguna al costo marginal de corto plazo.
5. Copia simple del poder y del Documento Nacional de Identidad de nuestro representante legal que suscribe el presente recurso.

Lima, 17 de noviembre de 2004.


GUILLELMO LOHMANN LUCA DE TENA
ABOGADO
Colegiado N° 6635 - LIMA


LUZ DEL SUR S.A.A.

ENRIQUE TABLA A.


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

000722

PAYET REY CAUVI

ABOGADOS

| | | |
|------|----------------------|------|
| PRES | OSINERG | DAF |
| GS | TRÁMITE DOCUMENTARIO | LOG |
| GL | RECIBIDO | RRHH |
| DPH | TC - CC | CONT |
| DPE | 17 NOV. 2004 | CI |
| CART | 495748 | QAI |
| OSPF | | URL |
| OEE | | CC |
| JARU | | EJC |
| OPB | REGISTRO HORA | |

LA RECEPCIÓN DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD

| | |
|-------------------|----------------------|
| Expediente | CC-20-2004-CP |
| Esp. Legal | Dr. Tassano |
| Cuaderno | Principal |
| Escrito N° | 3 |
| Sumilla | APELACIÓN |

AL CUERPO COLEGIADO AD-HOC DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA – OSINERG:

ELECTROPERÚ S.A. (en adelante, "**Electroperú**"), en los seguidos por Luz del Sur S.A.A. (en adelante, "**Luz del Sur**") en el procedimiento de reclamación seguido contra nuestra empresa, atentamente decimos:

De conformidad con el artículo 47° del Reglamento de Solución de Controversias del OSINERG, aprobado mediante Resolución N° 0826-2002/OS-CD (en adelante, "**Reglamento de Solución de Controversias**"), interponemos recurso de apelación única y exclusivamente contra el artículo 1° de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 (en adelante, "**Resolución**"), en virtud del cual el Cuerpo Colegiado Ad - Hoc del OSINERG (en adelante, "**Cuerpo Colegiado**") resuelve declarar infundadas las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral interpuestas por Electroperú.

I. ANTECEDENTES

1.1. El 16 de mayo de 1997, Electroperú y Luz del Sur suscribieron un Contrato de Suministro de Electricidad (en adelante, "Contrato de Suministro"), en virtud del cual Luz del Sur se obligó (i) a comprar a Electroperú una potencia contratada de 420MW y la energía asociada a dicha potencia, a tarifa en barra, y (ii) a pagar a costo marginal de corto plazo los consumos en exceso en que incurriera Luz del Sur, por sobre los límites de la potencia y energía contratadas. Asimismo, las partes establecieron que cualquier

discrepancia derivada del Contrato de Suministro sería resuelta mediante arbitraje.

- 1.2. Con fecha 7 de septiembre de 2004, Luz del Sur interpuso una reclamación ante OSINERG contra Electroperú, con el objeto que OSINERG declare lo siguiente: (i) 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; (ii) que el citado tope resulta de aplicación, además, para los excesos de retiro de energía contratada, cuando dichos excesos están destinados al Servicio Público de Electricidad y (iii) que Electroperú no puede cobrar a Luz del Sur un precio mayor al de la tarifa en barra tanto por la energía contratada como por los retiros en exceso.
- 1.3. Con fecha 28 de septiembre de 2004 Electroperú solicitó la abstención del Cuerpo Colegiado para conocer la materia controvertida.
- 1.4. Con fecha 6 de octubre de 2004, mediante resolución N° 2-2004-OS/CC-20, el Cuerpo Colegiado Ad – Hoc declaró infundado el pedido de abstención formulado por Electroperú.
- 1.5. Con fecha 7 de octubre de 2004 Electroperú presentó un escrito deduciendo excepciones de competencia y convenio arbitral y absolviendo traslado de la reclamación.

- 1.6. Con fecha 19 de octubre de 2004 se llevó a cabo la audiencia única, en la cual se levantó un acta señalándose los siguientes puntos controvertidos: (i) se declare si OSINERG, a través del Cuerpo Colegiado Ad - Hoc, es competente para conocer de la reclamación interpuesta por Luz del Sur contra Electroperú y (ii) 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.
- 1.7. Con fecha 26 de octubre de 2004, mediante resolución 8-2004-OS/CC-20, el Cuerpo Colegiado Ad - Hoc declaró infundada en su artículo 1º las excepciones de incompetencia y convenio arbitral interpuestas por Electroperú, e infundada la reclamación de Luz del Sur, precisando en su artículo 3º lo siguiente: 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.

II. NUESTRA APELACIÓN

Sin perjuicio de encontrar conforme los artículos 2º y 3º de la Resolución, nuestra representada no puede dejar de cuestionar la competencia que se atribuye el Cuerpo Colegiado del OSINERG para conocer la reclamación presentada por Luz del Sur.

En este sentido, nuestra apelación está destinada a impugnar **única y exclusivamente** lo resuelto por el Cuerpo Colegiado en el artículo 1º de

la Resolución, consintiendo con lo resuelto en los artículos 2° y 3° de dicha Resolución. | 0

III. FUNDAMENTOS DE NUESTRA IMPUGNACIÓN

El artículo 1° de la Resolución, en la que el Cuerpo Colegiado resuelve declarar infundadas las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral interpuestas por Electroperú, incurre en un error al considerar competente al OSINERG para conocer la reclamación presentada por Luz del Sur contra nuestra representada.

3.1. LA COMPETENCIA DE OSINERG PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La competencia de OSINERG para la solución de controversias encuentra amparo legal en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en la cual se señala que **dentro de sus respectivos ámbitos de competencia**, los Organismos Reguladores ejercen la función de solución de controversias la cual comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

No obstante, esta competencia del OSINERG no es absoluta, sino que se encuentra sujeta a los límites contenidos en el Decreto Supremo N° 54-2001-PCM, que aprueba el Reglamento General del OSINERG, en cuyo artículo 46 inciso c) se reconoce que, "OSINERG es competente para

conocer en la vía administrativa las siguientes controversias [...] c) Controversias entre Generadores y Distribuidores [...], relacionados con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y fiscalización por parte de OSINERG..." (subrayado añadido).

Según se aprecia, OSINERG es competente para solucionar las controversias que se presenten entre generadores y distribuidores, pero no cualquier controversia, sino sólo aquellas relacionadas con los aspectos previstos en el citado artículo 46° del Reglamento del OSINERG, a saber:

- (i) aspectos técnicos,
- (ii) aspectos regulatorios,
- (iii) aspectos normativos, y
- (iv) aspectos derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y fiscalización por parte de OSINERG.

En consecuencia, cualquier otra controversia no relacionada con los aspectos previstos en los numerales que anteceden, escapa a la competencia de OSINERG y no puede ser sometida al procedimiento de solución de controversias previsto reglamentariamente.

3.2. LA CONTROVERSIA ENTRE ELECTROPERÚ Y LUZ DEL SUR

Lo controversia suscitada entre Electroperú y Luz del Sur consiste en determinar si los consumos en exceso de energía por sobre los límites establecidos en el Contrato de Suministro están sujetos a los precios regulados (tarifa en barra), o si, por el contrario, no les resulta de aplicación dicho tope sino exclusivamente lo estipulado por las partes en el numeral 4.4 del contrato.

Como se puede apreciar, la controversia que ha sido sometida indebidamente a la competencia de OSINERG es una de carácter **contractual**, consistente en la interpretación del numeral 4.4 del Contrato de Suministro, y no de índole técnico, regulatorio o normativo, ni relacionada a un contrato de concesión sujeto a la supervisión del OSINERG, por lo que mal puede ser sometida al procedimiento de solución de controversias previsto en el Reglamento de OSINERG.

Cabe señalar que la naturaleza contractual de la controversia ha sido reconocida expresamente por el Cuerpo Colegiado en uno de sus considerandos al señalar expresamente 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 establecido 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..."* (subrayado y resaltado añadido).

De esta manera, existe efectivamente una controversia entre una generadora y otra distribuidora, pero esta controversia no versa acerca de temas técnicos, regulatorios o normativos, sino acerca de la interpretación de un contrato privado suscrito entre dos partes, en pleno ejercicio de su autonomía de voluntades.

Es evidente, pues, que al atribuirse competencia para conocer la reclamación de Luz del Sur, que versa sobre una controversia derivada de la interpretación de una cláusula de un contrato privado, el Cuerpo Colegiado se ha excedido en sus facultades pretendiendo ser el órgano competente para interpretar contratos, cuando su función de solución de controversias se limita a aquellas relacionadas a aspectos técnicos, normativos y regulatorios, según lo expresamente establecido por el artículo 46° del Reglamento de OSINERG.

3.3. SOMETIMIENTO A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

En adición a lo expuesto hasta aquí, debemos mencionar que, en uso de su autonomía de voluntades, las partes han pactado de manera expresa en el Contrato de Suministro someter cualquier controversia derivada del Contrato a la jurisdicción arbitral, lo cual constituye un pacto perfectamente válido, con arreglo a la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante, "LGA") y a la Constitución.

A este respecto, cabe señalar que el artículo 1° numeral 4 de la LGA señala expresamente que, *"Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de aquellas el proceso judicial*

existente o evitando el que podría promoverse, excepto: [...] 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público" (subrayado añadido).

A entender del Cuerpo Colegiado, la controversia suscitada entre Electroperú y Luz del Sur no puede ser sometida a arbitraje, en virtud del artículo 1º numeral 4 de la LGA, toda vez que, en su opinión, "...siendo que la tarifa de energía eléctrica debe ser regulada por el Estado por el órgano señalado por ley – hoy por OSINERG [...] – 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 de Estado, o de personas o entidades de derecho público" lo que es le(sic) 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."

En este sentido, no podemos dejar de cuestionar esta indebida interpretación del Cuerpo Colegiado, toda vez que la controversia entre Electroperú y Luz del Sur no está referida al cobro de una tarifa regulada, sino más bien al cobro de un importe no regulado que se genera como consecuencia de una causal de incumplimiento contractual por parte de Luz del Sur, al retirar mayor potencia y energía que la prevista en el Contrato de Suministro.

Sobre este particular, el mismo Cuerpo Colegiado ha reconocido en su Resolución 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***" (subrayado y resaltado añadidos). Por tanto, no resulta comprensible que el Cuerpo Colegiado reconozca que los cobros pactados en el Contrato de Suministro por los consumos en exceso en que incurra Luz del Sur no se encuentren sujetos a precios regulados, sino a lo pactado por las partes en el Contrato y, al mismo tiempo, considere que una controversia derivado de dichos cobros no pueda ser objeto de arbitraje por tratarse de una materia sujeta a regulación del Estado.

Es evidente, pues, que el Cuerpo Colegiado incurre en un error al considerar que la controversia no es arbitrable por tratarse de un tema sujeto a regulación estatal, cuando al mismo tiempo reconoce expresamente que el cobro por los excesos de consumo de potencia y energía no se encuentran sujetos a regulación, sino a lo acordado por las partes en el Contrato de Suministro.

No debe quedar duda que OSINERG es el organismo competente para solucionar las controversias derivadas de aspectos técnicos, normativos y regulatorios, lo cual abarca incluso aspectos vinculados al cobro de tarifas y precios regulados. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no nos encontramos ante el cobro de una tarifa o un precio regulado, sino únicamente ante el cobro de un importe derivado ante una causal de incumplimiento contractual prevista en un contrato privado que, tal y como ha sido reconocido por el Cuerpo Colegiado, se rige solamente por lo pactado en el Contrato, y no se encuentra sujeto a regulación.

POR TANTO:

Solicitamos a este Cuerpo Colegiado conceder nuestro recurso de apelación, y proceder de acuerdo a ley para que sea declarado fundado por el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG.

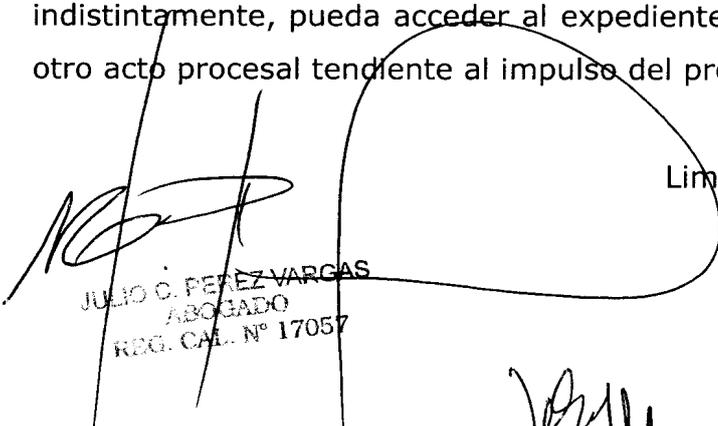
PRIMER OTROSÍ DECIMOS:

De conformidad con los artículos 74 y 80 del Código Procesal Civil, otorgamos representación procesal a nuestros abogados José Antonio Payet con CAL N° 16338, Julio César Pérez Vargas con CAL N° 17057, Jorge Lazarte Molina con CAL N° 32246 y Patricia Nakahodo Higa con CAL N° 34321, para que individual e indistintamente ejerzan las facultades generales de representación.

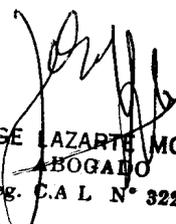
SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS:

Autorizamos a los señores Patricio Barrón de Olarte, identificado con DNI N° 41799713, Inés Vega Franco, identificada con DNI N° 42187903, Ana Julia Mendoza Chiappori, con DNI N° 41307552, Rosalina Susano Urbina, identificada con DNI N° 41364969, para que cualquiera de ellos, indistintamente, pueda acceder al expediente, recoger copias y cualquier otro acto procesal tendiente al impulso del proceso.

Lima, 11 de noviembre de 2004


JULIO C. PÉREZ VARGAS
ABOGADO
REG. CAL. N° 17057


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Abogado
Reg. CAL. 22398
Asesoría Legal
ELECTROPERU S.A.


JORGE LAZARTE MOLINA
ABOGADO
Reg. C.A.L. N° 32246

**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

- C
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 empresas reclamadas;
 4. Mediante escrito del 29 de Setiembre del 2004, ELECTROPERÚ solicita al Cuerpo Colegiado que se abstenga de seguir conociendo la causa, por haber
- C
- C

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.

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 15 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, 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

000995

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.

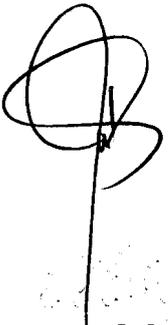


Por ultimo, el presente caso no versa sobre un cobro de una tarifa o precio regulado sino sobre el cobro de un importe derivado de una causal de incumplimiento contractual prevista en el contrato, materia en la cual, tal y como lo reconoce el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, sólo rige lo pactado entre las partes.

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.

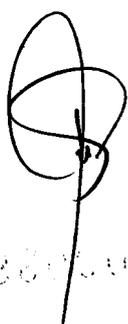
- NATURALEZA DE LA REGULACIÓN DE LAS TARIFAS ELÉCTRICAS.
 - Constituyen el mercado no regulado aquellas transacciones destinadas a personas distintas de los usuarios del Servicio Público de Electricidad (artículo 8 de la LCE, Anexo de la LCE numeral 8, artículo 43 inc. c) de la LCE, artículo 45 de la LCE) consecuentemente, todos los cargos,

000993

2005/05/15

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 sobreprecios 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.



230110

000992

- 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.

000991

087000

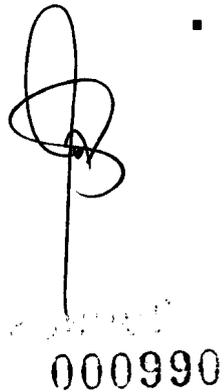
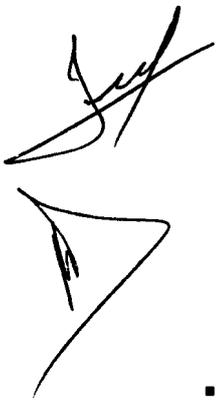
Luz del Sur contesta la apelación de ELECTROPERÚ y sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

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 especificas 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.



000990

- 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 fijen 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, solo 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 valida por ir en contra de una norma de carácter público. Sin embargo, siguiendo al Dr. Santiváñez, estas normas no tienen carácter publico, 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 mas.

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 esta 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 Publico 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. (EEPSA 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.

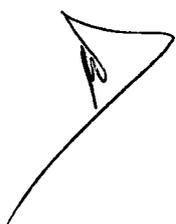
III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

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 toques, 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";

000985

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 presupuestos:

- 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 material¹).
- 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);

¹El 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, 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;

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.

000983

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

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

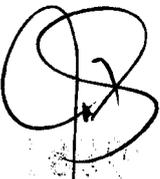
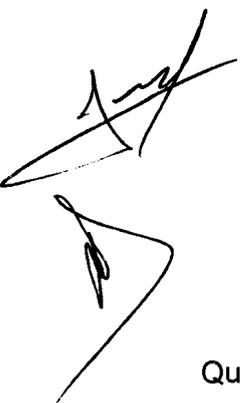
“La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, cuyo tenor es que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción 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



000982

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 del 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

000981

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 caso consultado 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 caso consultado 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 LPAG², 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

² 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 tal³, 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 vigente⁴.

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 fundamenta 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;

³ 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.

⁴ 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

C Que, durante el procedimiento ante el Tribunal una 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

000977

8 21 11

precios, ello lo establece claramente los artículos 8°, 43° (c) y 45° de la Ley de Concesiones Eléctricas - LCE⁵.

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

⁵ **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 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).

000975

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 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 (producida) 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:

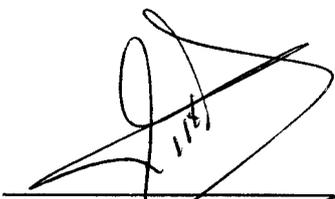
Artículo Primero. – Declarar infundada la Apelación presentada por la Empresa de Electricidad del Perú S.A. – ELECTROPERÚ -, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

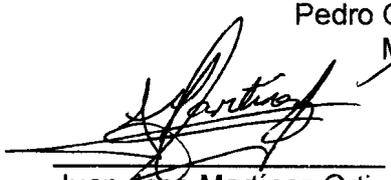
Artículo Segundo. – Declarar infundada la Apelación presentada por la Empresa Luz del Sur S.A.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

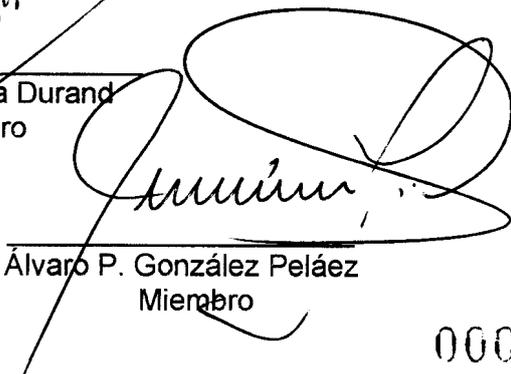
Artículo Tercero. – Establecer que el precio máximo que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, es la Tarifa en Barra aprobada por el OSINERG por las razones expuestas en la parte considerativa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

000973



Lima, 22 de abril de 2005

CARGO

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 está 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 empresas reclamadas;
4. Mediante escrito del 29 de Setiembre del 2004, ELECTROPERÚ solicita al Cuerpo Colegiado que se abstenga de seguir conociendo la causa, por haber

000972

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

CARGO

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 empresas reclamadas;
4. Mediante escrito del 29 de Setiembre del 2004, ELECTROPERÚ solicita al Cuerpo Colegiado que se abstenga de seguir conociendo la causa, por haber

000971

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA
OSINERG N° 001-2004-OS/CC-20-MC**

Lima, 22 de setiembre de 2004

VISTA:

La solicitud de Medida Cautelar presentada por la empresa Luz del Sur S.A.A. (en adelante Luz del Sur), mediante escrito de fecha 07 de setiembre de 2004, en el procedimiento de solución de controversia presentado contra ELECTROPERU S.A., (en adelante ELECTROPERU), a fin de que el Cuerpo Colegiado Ad – Hoc del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (en adelante OSINERG) disponga que, 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, en adelante el Contrato, ELECTROPERU, no pueda cobrar a Luz del Sur un precio mayor al precio de barra regulado por el OSINERG, puesto que dicho contrato está destinado exclusivamente al suministro de los usuarios del Servicio Público de Electricidad y por consiguiente, que provisionalmente y hasta la conclusión del procedimiento, ELECTROPERU, cese inmediatamente en el cobro de un precio igual al costo marginal de corto plazo por los retiros de energía en exceso de la energía contratada, efectuados por Luz del Sur bajo el Contrato cuando dicho costo excede la tarifa en barra vigente y proceda a cobrar por dichos retiros la tarifa en barra en esas condiciones, de conformidad con el artículo 45° de la Ley de Concesiones Eléctricas – LCE-, ofreciendo como contracautela, en el punto V del referido escrito, caución juratoria por el monto de los perjuicios que pudieran generarse contra ELECTROPERU por la desestimación de su pretensión, cumpliendo con legalizar la firma de su representante legal ante Notario y el escrito de fecha 13 de setiembre de 2004, mediante el cual Luz del Sur solicita el uso de la palabra;

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 94° del Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, Reglamento General del OSINERG, dispone que OSINERG en ejercicio de sus funciones podrá dictar, de ser necesario, medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne en irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de la causa de dicho daño y peligro en la demora;

Que, el artículo 46° del Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado mediante Resolución No. 0826-2002-OS/CD, establece que en cualquier estado del procedimiento, las partes pueden solicitar, por su cuenta, costo y riesgo, la adopción de las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del procedimiento o para garantizar el resultado de éste, las cuales se rigen por lo establecido en el artículo 146° y 226° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 y en ningún caso se admitirá como medida cautelar el corte o suspensión del servicio o suministro;

Que, el numeral 226.1, de la Ley 27444, señala que en cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares conforme al artículo 146;

Que, el artículo 146° de la referida Ley, dispone que iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en la Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir; asimismo que las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción. Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento y no se

podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados;

Que, asimismo el artículo 94° antes referido establece que será de aplicación en lo pertinente, los requisitos establecidos para las medidas cautelares en el artículo 611° del Código Procesal Civil, por lo que es necesario analizar la verosimilitud del derecho invocado por Luz del Sur y la existencia del peligro en la demora;

Que, en cuanto a la verosimilitud del derecho invocado, Luz del Sur argumenta que ELECTROPERU considera, erróneamente, que la subcláusula 4.4 del Contrato la faculta a cobrar, por la energía retirada en exceso de la energía contratada bajo el Contrato, un precio igual al costo marginal de corto plazo sin límite alguno, inclusive cuando dicho costo exceda la Tarifa en Barra, cuando dicha interpretación debería ser efectuada, señala Luz del Sur, en el sentido que los retiros de energía en exceso de la energía contratada deben pagarse a un precio igual al costo marginal; siempre y cuando dicho costo no supere la tarifa en barra. En caso contrario, esta última constituye el precio máximo que puede cobrarse por el suministro de energía destinado a clientes regulados, ya que no es posible pactar contra normas de orden público, la interpretación de ELECTROPERU, sería contraria a los principios elementales del derecho que obligan a integrar lo estipulado en el Contrato con las normas imperativas contenidas en la Ley de Concesiones Eléctricas y en las resoluciones del OSINERG que establecen los precios máximos para los suministros destinados al Servicio Público de Electricidad;

Que, en lo que respecta al peligro en la demora, Luz del Sur señala que el sólo transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial, dado que de no corregirse la interpretación de ELECTROPERU, se le exige el pago de cantidades que no le será posible recuperar con sus ventas, poniendo en crisis no sólo la situación económica de la empresa sino sobre todo la continuidad del Servicio Público de Electricidad en su área de concesión, dada la absoluta y abismal diferencia actual entre el precio de la tarifa en barra y el precio a costo marginal;

Que, de lo expuesto por Luz del Sur, al parecer existiría una interpretación parcial por parte de ELECTROPERU del Contrato, sin tomar en cuenta lo dispuesto por la Ley de Concesiones Eléctricas y las normas regulatorias, asimismo dada la actual diferencia existente entre la tarifa en barra y el costo marginal, existe un peligro en la demora, para el sistema de distribución eléctrica, como en el racionamiento de la energía destinada al Servicio Público de Electricidad y un posible perjuicio económico irreparable para la empresa Luz del Sur, que es necesario prevenir, en tanto no se resuelva la controversia presentada;

Que, por lo expuesto se concluye que la solicitud de medida cautelar presentada por Luz del Sur cumple con todos los elementos constitutivos exigidos por ley, esto es que existe la posibilidad de un daño económico por el peligro en la demora del pronunciamiento final, y la verosimilitud del derecho invocado, por lo que corresponde declarar fundada la misma;

Que, conforme al artículo 613° del Código Procesal Civil, Luz del Sur ha cumplido con presentar como contracautela, caución juratoria por el monto de los perjuicios que pudieran generarse contra ELECTROPERU si se desestimara la pretensión de la empresa reclamante, la cual se considera suficiente al garantizarse el pago de todos los perjuicios que pudieran ocasionarse;

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;

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Teniendo los elementos de juicio suficientes y estando a los argumentos presentados, no resulta necesario conceder el uso de la palabra solicitado por Luz del Sur S.A.A.

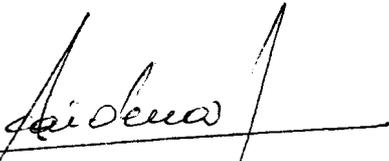
Artículo 2°.- Declarar **FUNDADA** la Medida Cautelar solicitada por la empresa Luz del Sur S.A.A.

Artículo 3°.- **DISPONER** que ELECTROPERU S.A. cese en el cobro de un precio igual al costo marginal de corto plazo por los retiros de energía en exceso de la energía contratada, efectuada por Luz del Sur S.A.A. bajo el Contrato suscrito entre las partes cuando dicho costo exceda la tarifa en barra vigente y cobre por dichos retiros la tarifa en barra en esas condiciones, hasta que se resuelva la controversia presentada por la empresa Luz del Sur S.A.A., por parte del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

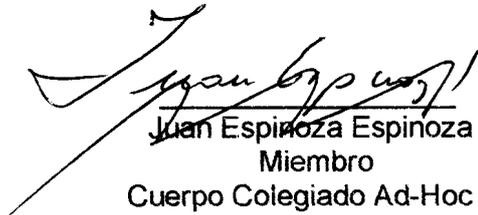
Artículo 4°.- **APRUEBASE** la contracautela ofrecida por la empresa Luz del Sur S.A.A., hasta por el monto de los perjuicios que pudieran generarse contra ELECTROPERU S.A. por la desestimación de la reclamación presentada por Luz del Sur S.A.A.



Sergio León Martínez
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc



Jorge Cardenas
Miembro
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc



Juan Espinoza Espinoza
Miembro
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS del
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA
OSINERG N° 001-2004-TSC/ 17-2004-TSC-OSINERG**

Lima, 07 de octubre de 2004.

VISTA:

La Resolución N° 002-2004-OS/CC-20-MC, de fecha 01 de octubre de 2004, mediante la cual se concede la Apelación presentada por ELECTROPERU S.A., en adelante ELECTROPERU, de fecha 29 de setiembre de 2004, contra la Resolución N° 001-2004-OS/CC-20-MC, mediante la cual el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, nombrado mediante Resolución No. 255-2004-OS/CD, declaró fundada la Medida Cautelar solicitada por la empresa Luz del Sur S.A.A., en adelante Luz del Sur y el escrito de Luz del Sur de fecha 04 de octubre de 2005, mediante el cual solicita tener presente;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 22 de setiembre de 2004, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc emitió la Resolución N° 001-2004-OS/CC-20-MC mediante la cual concedió la medida cautelar solicitada por la empresa luz del Sur, en el procedimiento de solución de controversia seguido con ELECTROPERU sobre el pago 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 entre las partes;

Que, ELECTROPERU con fecha 29 de setiembre de 2004, presentó recurso de Apelación contra la Resolución N° 001-2004-OS/CC-20-MC, en el procedimiento anteriormente referido;

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, mediante Resolución N° 002-2004-OS/CC-20-MC, de fecha 01 de octubre de 2004, concedió la Apelación presentada por ELECTROPERU;

Que, se ha procedido a numerar y registrar el expediente, según lo establecido en el artículo 50° del Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERG No. 0826-2002-OS/CD;

Que, el último párrafo del artículo 226° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que la apelación de las medidas cautelares será resuelto en un plazo de cinco días, desde que fue elevado al superior jerárquico;

Que, ELECTROPERU argumenta como parte de su escrito de Apelación temas relativos a la fijación de precios en el sistema eléctrico, la fuerza vinculante de los contratos y la doctrina de los actos propios, todos ellos aspectos vinculados al fondo de la materia que se encuentra en controversia ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y sobre los cuales no corresponde en este procedimiento de apelación pronunciarse al Tribunal, por que podría implicar un adelanto de opinión de una materia que puede llegar en apelación a conocimiento del Tribunal;

Que, asimismo ELECTROPERU argumenta que la resolución impugnada no se basa en prueba alguna que sustente lo expuesto por Luz del Sur, tomando como sustento únicamente lo expresado por dicha empresa, transgrediendo el derecho al debido proceso, el cual en una de sus manifestaciones exige que las resoluciones se fundamenten en lo probado por las partes y se tenga en cuenta "la prueba anexa";

Que, en lo referente al peligro en la demora, ELECTROPERU sostiene que la resolución impugnada no desarrolla o explica qué peligro existiría para el sistema de distribución y no lo hace por que no existe ningún peligro para el sistema de distribución, de igual manera señala ELECTROPERU, la resolución no ha reparado en los perjuicios que le ocasiona a ELECTROPERU la decisión adoptada;

Que, finalmente ELECTROPERU señala que la resolución no precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela;

Que, para declarar fundada una solicitud de medida cautelar es necesario analizar la verosimilitud del derecho invocado y la existencia del peligro en la demora, como ha efectuado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la resolución materia de impugnación;

Que, en lo que respecta a que la resolución impugnada no se basa en prueba alguna que sustente lo expuesto por Luz del Sur, el Tribunal considera que al tomar su decisión el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se basa en los argumentos presentados por la parte que solicita la Medida Cautelar y ellos son evaluados con lo que establecen las normas, tomando una decisión del análisis en conjunto de los dos aspectos mencionados, habiendo considerado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que lo argumentado estaba debidamente probado y fundamentado y tenía un respaldo aparente en las normas legales, sin pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, al realizar sus apreciaciones en términos condicionantes. Asimismo el artículo 165º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, establece que "no será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios"¹, parte de los argumentos de Luz del Sur, respecto a la actual situación del sistema eléctrico es un hecho público, por lo que la resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no ha transgredido el debido procedimiento y existe por lo expuesto por la resolución impugnada una verosimilitud de los hechos y del derecho invocado;

Que, respecto al peligro en la demora, el Tribunal considera que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no ha efectuado un análisis adecuado sobre este punto, ni Luz del Sur ha demostrado que el peligro en la demora pueda ocasionar un daño irreparable, en el supuesto caso que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc emitiera una resolución declarando fundada la reclamación de la reclamante Luz del Sur podrá solicitar a ELECTROPERU, el monto pagado en exceso; asimismo tampoco se ha tomado en consideración el daño económico que pudiera ocasionarle esta medida a ELECTROPERU, en igual medida como alega la empresa Luz del Sur;

Que, tampoco existe un peligro o un daño irreparable en la demora, debido a que ELECTROPERU es una empresa del Estado, con activos conocidos que difícilmente podría realizar actos que obstaculicen o impidan el cumplimiento de una futura

¹ Los hechos públicos o notorios; "...son los hechos que pertenecen al común de la gente o grupo social referido gozan de forma pública sin necesidad de probanza adicional sobre la notoriedad. Ésta debe responder al conocimiento que la Administración posee y no a la que terceros o administrados aleguen, por lo que se aplica leyes de oficio por la autoridad". MORON URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Nueva Ley del procedimiento Administrativo General". Lima, Gaceta Jurídica, 2002, pág. 354.

decisión definitiva que pudiera ser favorable a Luz del Sur. En ese sentido, de ser el caso, estaría en condiciones de devolver a Luz del Sur lo indebidamente pagado;

Por lo tanto, al no haberse demostrado fehacientemente la existencia de un peligro en la demora que ocasione un daño irreparable para la reclamante, no se ha configurado uno de los requisitos esenciales para declarar fundada la solicitud de medida cautelar y en consecuencia debe declararse fundada la apelación de ELECTROPERU y revocar la resolución impugnada.

Que, el otorgamiento de una medida cautelar tiene un carácter excepcional y por lo tanto el Tribunal debe exigir el cumplimiento estricto de los requisitos procesales para el otorgamiento de este tipo de medidas. Así quedó anteriormente establecido por el Tribunal en la resolución No. 001-2004-TSC/11-2004-TSC-OSINERG, que resolvió la apelación contra la medida cautelar otorgada a la Compañía Minera Condestable S.A.

Que, Luz del Sur en su escrito de fecha 04 de octubre, solicita tener presente una serie de argumentos, sobre los cuales el Tribunal considera que no es oportuno pronunciarse por que podrían implicar un adelanto de opinión, como se ha señalado anteriormente, en cuanto al pedido de uso de la palabra, esta instancia manifiesta que dado la brevedad de los plazos para resolver la apelación y la obligación que tendría de conceder el mismo derecho a la apelante, no es procedente conceder el uso de la palabra;

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 y el reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERG No. 0826-2002-OS/CD, y la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

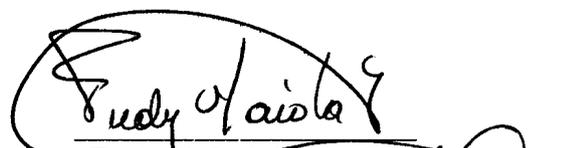
SE RESUELVE:

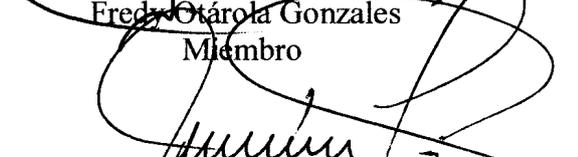
Artículo 1º.- Denegar el pedido de Luz del Sur S.A.A., para concederle el uso de la palabra, por lo expuesto en la presente resolución.

Artículo 2º.- Declarar fundada la Apelación presentada por ELECTROPERU S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución y por lo tanto dejar sin efecto la Medida Cautelar concedida mediante Resolución N° 001-2004-OS/CC-20-MC.


Pedro G. Villa Durand
Miembro


Juan José Martínez Ortiz
Miembro


Fredy Otárola Gonzales
Miembro


Alvaro P. González Peláez
Miembro