

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



Informe Sobre el Expediente N° 005-2005-TSC/19-  
2004-TSC-OSINERG.

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de  
Abogada

Autor:

*Carla Elizabeth Mantilla Acosta*

Asesor(es):

*David Enrique Serafín Mendiola Flórez*

Lima, 2022

## **RESUMEN**

El presente informe jurídico analizará la controversia generada entre la empresa LUZ DEL SUR S.A.A., contra la empresa ELECTROPERU S.A., respecto a la determinación del precio tope aplicable a los excesos de energía contratada y destinadas al servicio público de electricidad (regulación tarifaria), ello en atención al CONTRATO DE SUMINISTRO PARA EL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD, suscrito el 16 de mayo de 1997. Pues bien, en el citado expediente, LUZ DEL SUR S.A.A., en su calidad de empresa distribuidora de energía, alega que los excesos de retiro de la energía contratada, al ser destinadas al servicio público deben de ser facturados a Tarifa en Barra, argumento que es rechazado por la empresa generadora, esto es ELECTROPERU S.A., razón por la cual LUZ DEL SUR S.A.A., presenta una reclamación ante el OSINERG (actualmente, OSINERGMIN), pese a que existía una cláusula arbitral de solución de controversias acordadas por ambas partes; motivo por el cual se analizará el procedimiento y la competencia del Tribunal Administrativo del OSINERG para conocer y resolver la controversia; adicionalmente a ello, se analizará el alcance del servicio público de electricidad, bajo la relevancia de la aplicación de las Tarifas Reguladas en los Contratos de Concesiones Eléctricas, específicamente en aquellos donde la empresa prestadora de energía se ve en la necesidad de “excederse” en los términos del contrato con la finalidad de poder cumplir con la prestación del servicio público de electricidad; asimismo, se analizará la responsabilidad de la empresa distribuidora ante dicho incumplimiento, bajo la perspectiva de la responsabilidad extra contractual, al excederse en los retiros de la energía contratada y, finalmente brevemente se analizará el actuar de LUZ DEL SUR S.A.A., bajo la Teoría de los Actos Propios.

### **Palabras clave**

*Tarifa en barra; retiro sin contrato; procedimiento trilateral; servicio público; cláusula arbitral.*

## **ABSTRACT**

*This legal report will analyze the controversy generated between LUZ DEL SUR S.A.A. and ELECTROPERÚ S.A., regarding the determination of the ceiling price applicable to the excess of contracted energy destined to the public electricity service (tariff regulation), in accordance with the SUPPLY CONTRACT FOR THE PUBLIC ELECTRICITY SERVICE, signed on May 16, 1997. In the aforementioned case, LUZ DEL SUR S.A.A., in its capacity as energy distribution company, alleges that the excess withdrawal of contracted energy, since it is destined to public service, should be billed at the Bar Rate, an argument that is rejected by the generating company, ELECTROPERÚ S.A., for which reason LUZ DEL SUR S.A.A. filed a claim before the OSINERG (currently, OSINERGMIN), despite the existence of an arbitration clause for dispute resolution agreed by both parties; for this reason, the procedure and competence of the Administrative Court of OSINERG to hear and resolve the dispute will be analyzed; Additionally, the scope of the public electricity service will be evaluated, under the relevance of the application of the regulated tariffs in the electricity concession contracts, specifically in those where the energy company is forced to "exceed" the terms of the contract, in order to comply with the provision of the public electricity service. Likewise, the liability of the distribution company for such breach will be analyzed under the perspective of the non-contractual liability for exceeding the contracted energy withdrawals; finally, the actions of LUZ DEL SUR S.A.A. will be briefly examined under the theory of its own acts.*

## **Key words**

*Bar rate; withdrawal without contract; trilateral proceeding; public service; arbitration clause*

## ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO .....	1
I. INTRODUCCIÓN.....	2
1. Justificación de la elección de la resolución .....	2
2. Presentación del caso y análisis .....	2
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES .....	5
1. Antecedentes .....	5
2. Hechos relevantes del caso .....	9
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS .....	11
1. Problema principal .....	11
2. Problemas secundarios .....	11
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A .....	12
1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	12
2. Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	13
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	13
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES .....	28
BIBLIOGRAFÍA .....	29
ANEXOS .....	32

## 1 PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho De La Energía/ Derecho Administrativo/Derecho Administrativo Económico/
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía OSINERG N° 001-2004-TSC-OSINERG.</li> <li>- Resolución del CCAD-HOC Organismo Supervisor de la Inversión en Energía OSINERG N° 008-2044-OS/CC-20.</li> <li>- Resolución del Tribunal de Solución De Controversias del OSINERG – OSINERG N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG.</li> </ul>
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	LUZ DEL SUR S.A.A
DEMANDADO/DENUNCIADO	ELECTROPERU S.A.
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DEL OSINERGMIN
TERCEROS	OSINERGMIN
OTROS	<i>Medidas Cautelares en los Procedimientos Trilaterales, Excesiva Onerosidad de la Prestación, Crisis del Mercado Eléctrico</i>

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1. Justificación de la elección de la resolución**

El presente expediente es de carácter complejo porque se desarrolla durante la Crisis de los Contratos Eléctricos, donde los costos marginales de generar energía experimentaron un incremento exponencial en comparación a la tarifa en barra establecida por el COES-SINAC, aunado a la grave sequía del año 2003, conllevó a que las empresas distribuidoras realicen retiros de energía y potencia sin contrato a fin de poder cumplir con la obligación de brindar de forma continua el servicio público de electricidad al mercado regulado, poniendo en evidencia la laguna normativa existente al respecto; es en ese sentido que la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, genera un precedente que conllevará al debate y posterior modificatoria de la Ley de Concesión Eléctrica; adicionalmente a ello, el expediente desarrolla la competencia del Órgano Regulador – OSINERGMIN- en los Contratos de Suministro de Energía, aunque los mismos se hayan suscrito antes de la entrada en vigencia de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, dejando sin efecto la cláusula arbitral ya pactada por las partes.

### **2. Presentación del caso y análisis**

En presente informe jurídico versa sobre el expediente administrativo N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, el cual resuelve la controversia generada a raíz del reclamo presentado por LUZ DEL SUR S.A.A. contra ELECTROPERU S.A., por la determinación de la tarifa aplicable en los casos que la energía retirada en exceso sea destinada a brindar el servicio público de electricidad; asimismo, analiza la competencia del Órgano Regulador (OSINERG) para resolverlo.

Ahora bien, dicha controversia nace a raíz de que la empresa LUZ DEL SUR S.A.A., se negara a pagar las facturas por el exceso de consumo de energía activa retirada durante el mes de junio de 2004, puesto que las mismas habían sido facturas en función al costo marginal de corto plazo determinado por el COES; ante ello, la

empresa alegó que el exceso de consumo, al tener como destinatarios a los consumidores regulados, debían de ser facturados a precio de barra.

Es en ese contexto que, ELECTROPERU, ante el incumplimiento y la negativa de la empresa LUZ DEL SUR de pagar las facturas, le comunicó que iniciaría el proceso de requerimiento de pago a través de la vía arbitral, de conformidad con lo estipulado en el CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD ENTRE ELECTROPERU Y LUZ DEL SUR, firmado el 16 de mayo de 1997 y con PRIMERA ADENDA del CONTRATO, de fecha 12 de diciembre del 2000, lo que motivó a la empresa LUZ DEL SUR diera inicio al Acuerdo en Trato Directo, el cual fue infructuoso.

Ante ello, LUZ DEL SUR presentó su reclamo ante el OSINERG – OSINERG, pese a que, en el Contrato de Suministro, se había estipulado la Clausula Arbitral ante el surgimiento de cualquier controversia derivada del contrato, lo que generó que ELECTROPERU, cuestionara la competencia del Órgano Regulador.

Es así que, el presente procedimiento administrativo finaliza con la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG – (en adelante **TSC del OSINERG**) N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, de fecha 22 de abril de 2005, mediante el cual establece que el precio tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación únicamente a los montos contractualmente establecidos como venta, siendo que los montos adicionales u otros conceptos están sujetos a la autonomía de los privados (los que intervienen en el mercado eléctrico) y finalmente establece que por lo retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, ya que no es un aspecto regulado.

Entonces, del análisis del presente procedimiento, se denota que el caso versa sobre materias desarrolladas por el Derecho Administrativo, en lo que respecta al Derecho de las Concesiones, el Derecho Administrativo Económico; el Derecho de la Energía, en lo que respecta a las tarifas reguladas, la prestación del servicio público de electricidad; la Teoría General del Derecho, el Derecho Constitucional y el Derecho Civil, en lo correspondiente a la responsabilidad civil.

De acuerdo a lo planteado, es necesario señalar la cuestión previa antes de abordar el problema principal, es entonces importante mencionar que el 29 de julio del 2000, se promulgó la Ley Marco de Organismo Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos – Ley 27332, la cual estableció disposiciones que regulan la conformación, competencias y el funcionamiento de los Organismos Reguladores, asignándole a OSINERG la función de regulación, asimismo, se le asignó las funciones normativas, de solución de controversias y reclamos. Dos años más tarde, el 16 de abril de 2002, mediante la aprobación de la Ley de Fortalecimiento Institucional del OSINERG, se ampliaron las facultades de la institución y le otorgaron mayores prerrogativas sancionadoras; adicionalmente a ello, es pertinente mencionar la publicación del Reglamento de la Ley N° 27332, aprobada a través del Decreto Supremo N° 042-2005-PCM.

Adicionalmente a ello, es importante señalar que desde el año 2002, existían problemas para la renovación de los contratos de Suministro de Potencia y Energía entre los Generadores y Distribuidores, puesto que las empresas generadoras acusaban al OSINERGMIN de falta de estabilidad y predictibilidad en las tarifas aplicadas administrativamente<sup>1</sup>; asimismo, no se puede soslayar que durante el 2004, el mercado eléctrico enfrentó una situación muy difícil producida por una severa sequía y el alza del precio de los combustibles, lo que evidenció el incremento de la brecha entre los costos marginales de corto plazo y la tarifa regulada por el OSINERGMIN<sup>2</sup>.

Ahora bien, el problema principal radica en la controversia surgida entre ELECTROPERU S.A. y la empresa LUZ DEL SUR S.A.A., por el cobro a costo marginal en lugar de la facturación mediante la Tarifa en Barra del exceso de consumo de energía contratada en casos de suministros de energía eléctrica destinados al servicio público de electricidad, poniendo énfasis en que Luz del Sur, al ser un agente que brinda el servicio público, se encontraba en la obligación de brindar de forma continua e idónea el servicio de electricidad al mercado regulado, es por ello que se analizará el bien jurídico tutelado bajo el análisis de la Ley de Concesiones Eléctricas y de los Servicios Públicos; asimismo, se analizará la pertinencia de la aplicación de la regulación tarifaria del Servicio Público de Electricidad; es decir, si es que

---

<sup>1</sup> Vignolo Cueva, Giancarlo. (2015: 230)

<sup>2</sup> Resolución de CCAH del OSINERG N.º 008-2004-OS/CC-20.



corresponde o no aplicar la Tarifa en Barra en aquellos casos en que se extraiga energía en exceso con el fin de cumplir con brindar el servicio público de electricidad a los clientes regulados.

En esa línea de análisis, en razón de dicha controversia, es que se desprende el siguiente problema, el cual es la competencia del Órgano Regulador, esto es si OSINERGMIN contaba con la competencia para resolver la citada controversia, pese a la existencia de una cláusula arbitral, para ello se analizará el tipo de controversia; es decir, es una controversia que nace de una obligación contractual o es una controversia que se desprende sobre un tema técnico regulatorio; asimismo se analizará las normas en el tiempo, desde la suscripción del Contrato de Servicios hasta los instrumentos legales que le otorgaron las competencias correspondientes al citado órgano, apoyándonos en la Teoría General del Derecho Administrativo, la Ley de Arbitraje, así como las sentencias del Tribunal Constitucional.

Acto seguido, es necesario analizar las actuaciones realizadas durante el proceso administrativo, ello porque del mismo se desprenden incidencias que conllevan al cuestionamiento de la validez de los actos, para ello se analizará el Reglamento del OSINERG y las actuaciones procedimentales, apoyándonos en el Derecho Administrativo.

Por último, se analizará específicamente la actuación de la empresa distribuidora, es decir LUZ DEL SUR S.A.A., bajo la Teoría de los Actos Propios y su responsabilidad contractual.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES**

### **1. Antecedentes**

A continuación, se detallarán los antecedentes más relevantes del expediente administrativo, los cuales ayudarán a entender el desarrollo del proceso:

1. Con fecha 16 de mayo de 1997, se suscribió el CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD ENTRE ELECTROPERU Y LUZ DEL SUR (en adelante El Contrato); a través del cual ELECTROPERU S.A. (en adelante LA GENERADORA), vende y se obliga a poner a disposición y entregar a la empresa LUZ DEL SUR S.A.A. (en adelante la DISTRIBUIDORA) 370 MW de potencia contratada y la correspondiente energía activa asociada a dicha potencia, la misma que será destinada exclusivamente al Servicio Público de Electricidad.
2. El 29 de julio de 2000, se promulgó la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y se asignó al OSINERG la función de regulación que desarrollaba hasta ese momento la Comisión de Tarifas de Energía (CTE). Adicionalmente, mediante dicha ley, se le asignaron las funciones normativas, de solución de controversias y reclamos<sup>3</sup>.
3. Posteriormente, con fecha 12 de diciembre del 2000, se firmó la PRIMERA ADENDA del CONTRATO, modificando la potencia contratada establecida en EL CONTRATO, comprometiéndose la GENERADORA a poner y entregar a la DISTRIBUIDORA, a partir del 01 de julio del 2001, la potencia contratada de 420 MW, en forma desagregada por cada punto de entrega.
4. El 16 de abril de 2002, mediante la aprobación de la Ley de Fortalecimiento Institucional del Osinerg, se ampliaron las facultades de la institución y le otorgaron mayores prerrogativas sancionadoras.
5. Que, el 12 de julio de 2004, LA GENERADORA, le remitió a la DISTRIBUIDORA, el Informe Comercial CC818-2004, adjuntando la Factura N° 005-4599, por el exceso de consumo de energía activa retirada durante los

---

<sup>3</sup>Tamayo, Jesús; Salvador, Julio; Vásquez, Arturo y Carlo Vilches. (2016)

meses de junio de 2004, señalando que el pago en exceso consumido debía facturarse en función al costo marginal de corto plazo determinado por el COES para el mes correspondiente, esto es el mes de junio.

6. Al respecto, el 20 de junio de 2004, LA DISTRIBUIDORA, le remitió a la GENERADORA la carta LE-305/2004, devolviendo la factura remitida, por considerar que los excesos de consumo, al tener como destinatarios a los consumidores regulados, debían facturar a precio de barra y no a costo marginal de corto plazo determinado por el COES.
7. Adicionalmente a ello, el 22 de julio del mismo año, la DISTRIBUIDORA, remitió la carta LE-310-2004 a la GENERADORA, adjuntando un cuadro con los excesos de potencia y energía que le fueron facturados a costo marginal en el periodo comprendido entre febrero y junio del 2004, solicitando la devolución de los montos pagados en exceso del precio máximo equivalente a la tarifa en barra; asimismo, solicitó le sea facturado solo la potencia contratada en los meses de julio y diciembre del 2004, puesto que el exceso de potencia y energía debía de ser atribuido al COES, de conformidad a los dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 007-2004.
8. La GENERADORA, el 26 de julio del 2004, requirió a la DISTRIBUIDORA, el pago de la factura N° 005-0004599, informándole que de no cumplir con el mismo, la demandaría por la vía arbitral, motivo por el cual la DISTRIBUIDORA, invocó la aplicación de la cláusula 5.8 del CONTRATO; es decir, dar inicio a un acuerdo en Trato Directo, a lo que la GENERADORA accedió.
9. El 13 de agosto del 2004, la GENERADORA y la DISTRIBUIDORA, suscribieron el Acta de Conclusión del Trato Directo al no haber llegado a ningún acuerdo.
10. Es entonces que, el 07 de septiembre del 2004, la DISTRIBUIDORA, presenta una reclamación ante el ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA – OSINERG (en adelante, para el presente informe legal

OSINERGMIN), contra la GENERADORA, solicitándole declare que el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de energía en los casos de ventas destinadas al servicio público, no pueden exceder la tarifa en barra al ser un suministro sujeto a regulación de acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas (**en adelante la LCE**). Asimismo, solicitó que el precio tope, resulte aplicable a los retiros en exceso de la energía contratada, cuando dichos excesos están destinados al Servicio Público.

11. Con fecha, 29 de septiembre LA GENERADORA, solicita al Cuerpo Colegiado AD-HOC del OSINERGMIN (en adelante **CCAD-HOC del OSINERGMIN**), se abstenga del proceso al haber adelantado opinión al conceder a la DISTRIBUIDORA una medida cautelar.
12. A través de la Resolución N° 002-2004-OS/CC-20, de fecha 06 de octubre de 2004, el CCAD-HOC del OSINERG, declaró infundado el pedido de la GENERADORA.
13. El 07 de octubre la GENERADORA, contesta la reclamación y formula excepciones.
14. Con Resolución N° 003-2004-OS/CC, de fecha 11 de octubre de 2004, el CCAD-HOC del OSINERG, informa a la DISTRIBUIDORA que la GENERADORA ha contestado la reclamación y ha formulado excepciones, asimismo, le comunica la fecha en que se llevará a cabo la audiencia única.
15. El 19 de octubre de 2004, el CCAD-HOC del OSINERG, realizó la audiencia única, pese que la DISTRIBUIDORA solicitó no se lleve a cabo, motivo por el cual el CCAD-HOC del OSINERG, emitió la Resolución N° 006-2004-OS/CD-20, declarando improcedente su solicitud y continuando con la citada audiencia. Cabe señalar que, pese a que la DISTRIBUIDORA no se encontraba presente, el Cuerpo Colegiado, fijó los puntos controvertidos para las dos partes.
16. El 25 de octubre del 2004, el CCAD-HOC del OSINERG, emitió la Resolución 008, declarando infundadas las excepciones presentadas por la empresa

DISTRIBUIDORA y la reclamación presentada por la empresa GENERADORA.

17. Con fecha 17 de noviembre del 2004, tanto la empresa GENERADORA como la empresa DISTRIBUIDORA, apelaron la Resolución N° 0008.
18. Finalmente, con fecha 22 de abril del 2005, el TSC del OSINERG, resolvió declarar infundada la apelación presentada por la DISTRIBUIDORA y la GENERADORA, en los diferentes extremos de sus pretensiones.

## 2. Hechos relevantes del caso

- El 16 de mayo de 1996, la empresa ELECTROPERÚ (generadora) y Luz del Sur (distribuidora) suscriben un Contrato de Suministro de Electricidad, a través del cual el generador se obliga a suministrar 370 MW de potencia y energía asociada a la distribuidora, obligándose esta última a pagar la tarifa establecida por el Estado; posteriormente, el 12 de diciembre del 2000, se firmó una Adenda, incrementando a 420 MW la potencia y energía asociada.
- Ahora bien, es importante citar en este punto la Cláusula CUARTA: TARIFA Y PRECIOS PARA EXCESOS DE CONSUMO del Contrato primigenio, la cual estableció que *“Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA, asignada a LA GENERADORA conforme a lo estipulado (...) 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 (...)”*<sup>4</sup>.
- Adicionalmente, corresponde citar la cláusula DECIMO SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS *“(…) De no llegarse a un acuerdo en trato directo dentro del plazo establecido (...) las partes acuerdan que cualquier controversia derivada*

---

<sup>4</sup>De acuerdo a lo establecido en la sub cláusula 4.4 del Contrato de Suministro.

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

(resaltado propio).

- EL 07 de septiembre del 2004, la empresa distribuidora presenta reclamación ante el OSINERGMIN y solicitó una medida Cautelar contra ELECTROPERU<sup>5</sup>, solicitando como pretensión principal que el CCAD-HOC declare que el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de las ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no pueden exceder la tarifa en barra aprobada por el OSINERG, por ser un suministro sujeto a regulación, de acuerdo a lo establecido en la LCE, asimismo, solicitó que inclusive, se aplique la tarifa en barra no sólo al precio de la energía contratada sino que además se debe de extender en aquellos casos donde existan retiros en exceso destinados al Servicio Público de Electricidad.
- Por su parte, ELECTROPERÚ, interpone excepciones de competencia y de convenio arbitral, invocando las cláusulas 4.4 y décimo segunda del contrato suscrito el 16 de mayo de 1997, alegando que la controversia es de índole contractual y no técnica, normativa o regulatoria, en ese sentido, resulta imperativo que todas aquellas controversias que se hayan dispuesto en la cláusula arbitral al momento de la celebración del Contrato sólo se solucionarán en la vía arbitral o en la judicial; asimismo, alegó que, al no existir un precio regulado para los distribuidores en los casos de retiro en exceso de energía, no es posible facturarlos a Tarifa en Barra; más aún cuando los contratos de venta de potencia y energía entre generadores y distribuidores tienen lugar dentro de condiciones de competencia.
- En ese sentido, la Resolución del CCAD-HOC Organismo Supervisor de la Inversión en Energía OSINERGMIN N° 008-2004-OS/CC-20, de fecha 25 de octubre del 2004, declaró infundada la excepción y convenio presentada por la GENERADORA y declara **INFUNDADA** la reclamación presentada por la DISTRIBUIDORA.

---

<sup>5</sup> Presentado el 13 de septiembre de 2004.

- Posteriormente, ambas partes presentan impugnan la Resolución de CCAD-HOC Organismo Supervisor de la Inversión en Energía OSINERGMIN N° 008-2004-OS/CC-20.
- Finalmente, el 22 de abril del 2005, el TSC del OSINERGMIN, estableciendo 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 (...)”; adicionalmente, 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 mercado eléctrico (...)”, esto quiere decir que los retiros en exceso de lo convenido en el contrato se deben de ajustar a lo establecido por las partes, respetando su autonomía.

### III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

#### 1. Problema principal

Después de haber detallado los antecedentes y los principales hechos del caso, identificamos tres problemas jurídicos, siendo el principal el que nos lleva a cuestionarnos sobre la aplicación o no de la tarifa regulada en aquellos casos en que se incurra en penalidades contractuales por el retiro en exceso de la potencia y energía contratada a fin de cumplir con el servicio público del mercado regulado.

Esto es, ¿Le era correspondiente a LUZ DEL SUR, la aplicación de la Tarifa en Barra y no el precio vigente en el mercado a corto plazo, a los retiros de energía realizadas sin contrato, toda vez que buscaba atender la demanda del servicio público de electricidad a sus clientes regulados?

#### 2. Problemas secundarios

En este punto, se formularán dos problemas secundarios que se desprenden del principal, los mismos que nos invitan a reflexionar sobre:

- a) Primero: ¿Era competente el OSINERGMIN, para conocer y resolver la presente controversia, pese a que las partes habían convenido la solución de futuras controversias a través del Arbitraje, más aún cuando el Contrato fue suscrito antes de que el Órgano Regulador cuente con competencias establecidas por Ley?
- b) Segundo: De acuerdo al tipo de proceso administrativo; ¿las actuaciones realizadas durante el desarrollo del proceso, cautelaron el debido proceso de las partes, hubo actuaciones que conllevaron a vicios de nulidad o invalidez?

#### **IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA**

##### **1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios**

- Respecto al Problema Principal:

Como respuesta preliminar al problema principal podemos señalar que, si bien, la empresa distribuidora de energía alegó que el retiro de los excesos de energía y potencia, eran con la finalidad de cumplir con la obligatoriedad de mantener la continuidad del servicio público dentro de su mercado regulado, se debe de tener presente que dichos retiros en excesos fueron estipulados como penalidades contractuales y siendo que estamos bajo un ámbito no regulado por la LCE, prima la voluntad de las partes al momento de suscribir el Contrato de Suministro.

- Respecto a los problemas secundarios:

- a) En primer lugar, El OSINERGMIN, en su calidad de ente regulador, al establecer que la controversia no versaba sobre un análisis de incumplimiento contractual, sino sobre un tema de regulación tarifaria, cautelo los intereses del servicio público, más aún cuando el criterio de establecer la facturación tarifaria recaía sobre un servicio público de un mercado regulado, cuyas consecuencias económicas les afectaría de forma directa.



- b) En segundo lugar, después del análisis de las actuaciones realizadas por el Órgano Regulador, se desprende que el procedimiento se llevó a cabo en el marco del Procedimiento Trilateral, estando las actuaciones realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Solución de Controversias, la Ley del Procedimiento Administrativo General y de forma supletoria el Código Procesal Civil.

## **2. Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Estoy a favor del fallo del TSC del OSINERGMIN, no solo porque pone en debate la falta de regulación, al momento de ocurridos los hechos, de los retiros en exceso de potencia y energía de las empresas distribuidoras, si no que permite que sea el propio mercado el que las regule bajo cuenta y riesgo de las partes contractuales, a través de contratos privados suscritos por las mismas, pero con la atinencia que estos no pueden ser trasladados a la Tarifa en Barra de los clientes regulados, poniendo énfasis en la continuidad del servicio público.

Es en ese sentido que, pertinentemente podemos establecer que la controversia suscitada entre las partes no era un tema de análisis contractual, sino que nos encontrábamos ante un debate de aplicación tarifaria; es decir, un problema técnico regulatorio, por lo que la inaplicación de la cláusula arbitral era una consecuencia del desarrollo del proceso.

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

Ahora bien, corresponde realizar el análisis del problema principal y los problemas secundarios que se desprenden del presente procedimiento administrativo, para ello; tal y como se ha mencionado líneas precedentes, se analizará con detenimiento las particularidades del sistema eléctrico peruano, puesto que para poder entender el caso en concreto, es necesario conocer el bien jurídico tutelado bajo la LCE, la regulación tarifaria del Servicio Público de Electricidad y las normas conexas, ello con la finalidad de poder responder a la interrogante de si es posible o no aplicar la Tarifa en Barra en

aquellos casos en que se extraiga energía en exceso con el fin de cumplir con brindar el servicio público de electricidad a los clientes regulados.

### **5.1 Breve reseña de la evolución del mercado eléctrico y su estructura.**

Nuestro sistema eléctrico peruano sufrió una gran transformación a raíz de la promulgación de la LCE N° 25844, puesto que se diferenciaron las actividades de generación, transmisión y distribución, promoviendo su licitación a través de Contratos de Concesión, ello *“con el objetivo de promover la libre competencia y alcanzar la máxima eficiencia en el servicio público de electricidad”*; asimismo a través de la citada Ley, se estableció un nuevo sistema tarifario para las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, buscando con ello la institucionalidad del sector, reduciendo al máximo la discrecionalidad de las decisiones del regulador en el marco de la libre competencia<sup>6</sup>.

Dichas transformaciones, buscaron la eficiencia energética a través de mercados de energía competitivos y la regulación de las infraestructuras eléctricas sujetas a condiciones de monopolio natural, permitiendo con ello el incremento de la inversión privada y como consecuencia un mayor crecimiento y eficiencia. El proceso de reforma estuvo acompañado de la creación de organismos reguladores, como OSINERG mediante la Ley N° 26734, de fecha 31 de diciembre de 1996, el mismo que le dio el papel de árbitro en casos de falla del mercado en las actividades energéticas en competencia, regulador de precios, supervisor de la calidad y la seguridad de los segmentos de la industria con características de monopolio natural.<sup>7</sup>

Adicionalmente, mediante el Decreto Supremo N° 020-97-EM, se emitió la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, a través del cual se estableció los valores mínimos que las empresas concesionarias deben de cumplir en cuanto al producto entregado y al servicio prestado, siendo usada para la supervisión y fiscalización de las empresas concesionarias de electricidad, tanto privadas como estatales.

---

<sup>6</sup> Campodónico (1999)

<sup>7</sup> OSINERGMIN (2016)

Ahora bien, de acuerdo a la LCE aprobada por Decreto Ley N° 25844 y el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante RLCE), aprobado mediante el Decreto Supremo N° 009-93-EM, el sistema eléctrico peruano se dividió en:

- De acuerdo a las actividades realizadas:
  - i) *Actividad de Generación*; es la actividad encargada de transformar las fuentes de energía extraída de la naturaleza, tales como el agua, el sol, el viento, el carbón, el gas, el petróleo, etc; convirtiéndolas en energía eléctrica, tales como las centrales hidroeléctricas, térmicas, solares, eólicas, nucleares, etc.
  - ii) *Actividad de Transmisión*; es la actividad que permite transportar la electricidad a altos niveles de tensión y a las largas distancias desde las centrales de Generación hasta las empresas de Distribución. Cabe señalar en este punto que, este sistema registra características de monopolio natural<sup>8</sup>.
  - iii) *Actividad de Distribución*; es la actividad de trasladar la electricidad hacia los usuarios finales a través de redes eléctricas de mediana y baja tensión.
  - iv) *Actividad de Comercialización*; es una actividad complementaria, su función está vinculada a la entrega de electricidad desde la generación hasta el usuario final y se subdivide en comercialización mayorista (entre generadores y distribuidores) y minoristas (con los usuarios regulados del servicio).
  
- De acuerdo al cliente o usuario; los cuales se subdividen en:
  - a) *Usuario Libre*; Son aquellos que realizan sus transacciones en forma libre, tienen una demanda superior a 1 MW y tienen la capacidad de comprar energía directamente a las empresas distribuidoras.
  - b) *Usuario Regulador*; Son aquellos que conforman el Servicio Público de Electricidad, cuya demanda es menor a 1 MW y están sujetos a regulación por la Comisión de Tarifas Eléctricas.

Ahora bien, a fin de poder comprender el contexto de desarrollo del presente informe es fundamental detallar los siguientes conceptos relacionados al diseño del mercado eléctrico:

---

<sup>8</sup> Los monopolios naturales son aquellos escenarios donde resulta más eficiente que una sola empresa produzca un bien o servicio a demanda, dicha situación genera que el Estado actúe como ente regulador a fin de evitar una posición abusiva por parte de la empresa.

- *Mercado Libre o Mercado Spot:* Se presenta bajo las condiciones de oferta y demanda, donde las empresas de generación pueden negociar directamente los precios de potencia y energía con los usuarios libres que tienen demandas mayores a 2500 KW al año, las mismas que se realizan bajo un Contrato de Suministro de Potencia y Energía (*Power Purchase Agreements* – en adelante, PPA). Bajo este mercado se negocia energía y potencia al costo marginal de corto plazo calculado por el COES - SINAC, dichas transacciones se llevan a cabo entre las empresas generadoras superavitarias y las deficitarias de energía y potencia, al respecto el COES-SINAC al realizar la valoración de las transferencias determina qué generadora debe pagar a otra luego de realizar diversas inyecciones y retiros de potencia energía, escenario descrito por Vignolo.

Al respecto, es preciso señalar que, la única restricción que el RLCE establece en el artículo 101 es que exista la garantía de física del suministro; es decir que las empresas generadoras solo pueden transar respecto a su capacidad de potencia y energía, tal y como así lo señala Quiñones.

- *Mercado Regulado:* Es aquel en el que se destina la energía generada al servicio público, donde las empresas de distribución eléctrica adquieren la potencia y energía a fin de destinarlas a los usuarios regulados; es decir, en este mercado las empresas de distribución eléctricas cuentan con un PPA celebrado con una empresa de generación eléctrica a fin de garantizar el suministro a sus usuarios regulados; cabe señalar que los precios establecidos por la empresa generadora y distribuidora eran fijados administrativamente por el OSINERGMIN (tarifa en barra).

Entonces, una vez descrito los actores y el mercado que conforman el servicio público de electricidad, podemos entender que en el presente caso estamos ante una empresa distribuidora que ha suscrito un contrato PPA, con una empresa generadora, a fin de poder prestar el servicio público de electricidad a los usuarios regulados, siendo esta potencia y energía convenida, facturada bajo la tarifa en barra establecida por el OSINERGMIN.

Sin embargo, la empresa distribuidora, pese a tener conocimiento de que estaba incurriendo en penalidad contractual y a fin de poder cumplir con la prestación del

servicio público durante el año 2004, procedió a retirar mayores cantidades de potencia y energía de la empresa generadora, obligándola indirectamente a vender potencia y energía mayores a su capacidad de producción, motivo por el cual esta última requiere el pago correspondiente al *mercado spot*, siendo cuestionada por la empresa distribuidora al alegar que estos retiros al ser destinados al mercado regulado le corresponde la facturación bajo la Tarifa en Barra.

### 5.1.2 Servicio Público y Regulación del Servicio de Electricidad

Ahora bien, corresponde cuestionarnos en este punto, si es razón suficiente alegar que al encontrarnos ante un servicio público, la empresa distribuidora tenía la facultad de retirar excesos de energía a fin de cumplir con la prestación del servicio de electricidad a sus usuarios regulados.

Pues bien, en atención a ello y a fin de poder responder a adecuadamente, como cuestión previa corresponder repasar el concepto de servicio público; al respecto, debemos de recordar que el servicio público nace una necesidad indispensable y esencial de una comunidad, la misma que es declarada por Ley; asimismo, dicho servicio se encuentra sujeto a regulación estatal, indiferentemente de quien preste el servicio, puesto que puede ser una empresa pública o privada, dado que lo que se busca es que se garantice la regularidad, continuidad, igualdad, universalidad y progresividad de la prestación, a fin de satisfacer las necesidades de la comunidad (...)<sup>9</sup>

Entonces, de lo expuesto y en concordancia con lo señalado por el Tribunal Constitucional, las características fundamentales de los servicios públicos son<sup>10</sup>:

- i) Su naturaleza es esencial para la comunidad
- ii) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo
- iii) Su naturaleza regular, es decir, que debe de mantener un estándar mínimo de calidad y,
- iv) La necesidad de que acceso se dé en condiciones de igualdad

<sup>9</sup> HUAPAYA, Ramón (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. Revista Ius Et Veritas. Lima, número 50. p 391

<sup>10</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 00034-2004-PI/TC, considerando 40.

De lo expuesto, se desprenden dos consecuencias, las mismas que han sido analizadas por Danós:

#### **A. Titularidad estatal**

De un lado, el Estado asume la titularidad del servicio, pero la ejecución del mismo, o sea la prestación del servicio público, está a cargo de empresas particulares, dejando el Estado el protagonismo de la prestación a favor de los operadores particulares. cumpliendo con ello su rol subsidiario.

#### **B. Sujeción a un determinado régimen de carácter público**

La segunda consecuencia (...) lo 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. (2008: 259-261).

Ahora bien, de lo expuesto, podemos señalar que efectivamente de acuerdo con el artículo 2° de la LCE, el servicio público de electricidad es de utilidad pública, en consecuencia la empresa distribuidora se encontraba obligada a garantizar la regularidad y continuidad de la prestación; pero, acaso ello es fundamento suficiente para solicitar al OSINERMING que la empresa generadora, facture como tope máximo los retiros en exceso de potencia y energía bajo la tarifa correspondiente al sector regulado, desconociendo con ello no tan solo las penalidades contractuales ya convenidas por las partes, sino que además inobserva los artículos correspondientes de la LCE.

Pero, qué es la tarifa en barra o precio en barra; al respecto, de acuerdo con el OSINERGMIN, es el precio establecido a través de un procedimiento administrativo, el cual resulta de la suma de precios básicos de energía, potencia y peaje de transmisión, los cuales, antes de ser aprobados, son comparados con el promedio ponderado de los precios de las licitaciones convocadas por las empresas distribuidoras al amparo de la Ley N° 28832, puesto que si la diferencia entre ambos resulta menor a 10%, entonces el precio en barra es aprobado; pero si la diferencia es mayor, se debe ajustar el precio básico de la energía hasta alcanzar como máximo una diferencia de 10%.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> [Osinermin-Industria-Electricidad-Peru-25anos.pdf](#). pp. 146.

Por consiguiente, a fin de continuar con el análisis, corresponde realizar el análisis de las normas de la LCE, que tanto la empresa distribuidora como la generadora invocan como sustento de sus pretensiones.

Respecto a los artículos 8° y 31° de la LCE, tenemos que la norma establece diferentes regímenes en aquellos casos en que exista la libertad de contratación un sistema regulado; pues bien, en el primer supuesto, estamos en condiciones de libre oferta y demanda, mientras que en el segundo supuesto, nos encontramos en aquellos suministros que por su **naturaleza lo requieran, es decir los usuarios regulados**; en consecuencia, podemos desprender de las citadas normas que en los casos de regulación tarifaria, no se puede alegar libertad contractual.

En esa línea de análisis, corresponde poner énfasis en que tanto el artículo 43° como el artículo 45° de la LCE, señalan que la **venta** que realicen las empresas generadoras a las empresas distribuidoras, para **el servicio público de electricidad**, estarán sujetas a regulación de precios, es decir se sujetarán a la tarifa en barra; realizamos el énfasis en la palabra venta y servicio público de electricidad, porque de la redacción de la citada norma se puede desprender que solo en aquellos casos en que efectivamente la venta de la energía producida por la empresa generadora a las empresas distribuidoras, destinadas a brindar el servicio público de electricidad, estarán sujetas a la regulación de precios.

Por otro lado, es importante citar en este punto que, es la propia norma en los artículos 34° y 36°, quien señala **la obligatoriedad de las empresas distribuidoras** de tener contratos vigentes con las empresas generadoras de energía, con la finalidad de garantizar su requerimiento de potencia y energía, bajo la sanción de **CADUCIDAD** de la concesión. (énfasis propio).

Hasta este punto, queda claro que en el presente caso, el Contrato de Suministro de Potencia y Energía, suscrito por LUZ DEL SUR y ELECTROPERU, en el año 1997, cumplían con estipular correctamente todos aquellos alcances establecidos en la norma y de forma diligente estipularon que, de ser el caso que exista un caso de exceso de retiro de energía, se aplicaría lo correspondiente a los costos marginales de corto plazo.

### 5.1.3 “Crisis de los Contratos” y Factores extrínsecos en el Sector Eléctrico

Es pertinente en este punto detallar los factores sociales en los cuales se desarrolló el presente caso, por la relevancia de los hechos y la pertinencia de los mismos a fin de poder desarrollar el principal punto controvertido, pues bien desde el año 2002 se evidenció la negativa de las empresas generadoras para renovar o suscribir contratos *PPA* con las empresas de distribución eléctrica, ello en razón de que las tarifas de generación se fijaban semestralmente sobre la base de proyecciones para los siguientes cuatro años, lo que generó gran incertidumbre respecto al comportamiento del ente regulador, puesto que existía el riesgo de que se cambiasen las señales de precios (y los criterios y procedimientos que los justificaban); es decir, no existía predictibilidad respecto a los precios regulados, demostrando el ente regulador excesiva discrecionalidad, situación crítica descrita por Quiñones (2005: 74).

Aunado a ello, a finales del 2003, se produjo una sequía severa en el Perú, dándose el panorama de escasez hídrica, hecho que generó una grave crisis puesto que la principal fuente de generación energética eran las Centrales Hidroeléctricas, aunado a ello, el precio del combustible sufrió un incremento considerable, lo que conllevó a que los costos marginales de corto plazo del mercado *spot* cuadruplicaran a la tarifa regulada.

Esto trajo como consecuencia que las empresas generadoras se negasen a suscribir contratos con las empresas distribuidoras para el mercado regulado, puesto que al ser más oneroso utilizar la energía de los combustibles no era rentable facturarlas a Tarifa en Barra, por el contrario, era más lógico vender la potencia y energía eléctrica al mercado *spot*, ya que se este pagaría el precio marginal vía valorizaciones de transferencias de potencia y energía en el COES-SINAC, que el mercado regulado.

Esta situación originó que, las empresas distribuidoras, realicen retiros de potencia y energía del SEIN sin contar con un respaldo contractual - *PPA*, con la finalidad de poder atender la demanda sus clientes regulados, rompiendo así con la cadena de pagos y creando un problema *sui generis*; asimismo, es importante mencionar en este punto, que por la conformación del sistema eléctrico peruano, las empresas generadoras se encontraban en la obligación de inyectar directamente al SEIN, por lo que les era imposible interrumpir o cortar



el suministro de potencia y energía a las empresas distribuidoras que no contaban con un respaldo contractual<sup>12</sup>.

#### **5.1.4 Posición respecto a los argumentos de las empresas y la postura del**

##### **OSINERMIN**

Corresponde en este punto, después realizar el análisis de los argumentos esgrimidos tanto como la empresa generadora como la empresa distribuidora, así como la posición del ente regulador al respecto.

Pues bien, volviendo al punto central del presente caso, Luz del Sur tiene una postura válida al alegar que al ser una empresa obligada a cumplir con la prestación del servicio público de forma continua a sus usuarios regulados, se vio en la necesidad de retirar excesos de potencia y energía a los contratados con la empresa generadora, cayendo en el supuesto de penalidad establecido en la Cláusula 4.4 del Contrato; sin embargo, dicha penalidad no le puede ser aplicada porque el usuario final de dichos excesos es el cliente regulado, en consecuencia, corresponde aplicar la Facturación de Tarifa en Barra.

Al respecto y en atención a las citadas normas, así como al desarrollo del contexto extrínseco ya detallado líneas precedentes, la empresa distribuidora, tenía pleno conocimiento que al realizar retiros en exceso de potencia y energía incurría en la penalidad establecida en la subcláusula 4.4 del Contrato; por lo que, de acuerdo a la LCE, es responsabilidad de la empresa distribuidora asumir los riesgos que se generan a raíz de la prestación del servicio público, más aún cuando la citada empresa, en anteriores ocasiones, cuando incurrió en dicha penalidad no mostró su inconformidad con la facturación a costo marginal de corto plazo realizada por la empresa generadora, por lo que no puede alegar desconocimiento o abuso de la aplicación de la cláusula penal.

Por otro lado, tenemos a la empresa generadora, cuyo argumento principal recae en señalar que la empresa distribuidora incurrió en retiros de exceso de potencia y energía sin respaldo contractual, pese a conocer que incurría en penalidad contractual, situación que la obligó a salir al mercado en condiciones de competencia y en consecuencia facturar la energía retirada en el mercado del costo marginal de corto plazo; por lo que no correspondería facturar dichos

---

<sup>12</sup> VIGNOLO (2015) . Pp.229-230

excesos a precio regulado, más aún cuando la brecha entre la tarifa en barra y el costo marginal, eran más que evidente, por el alto coste que se había generado por el alza del combustible y la anómala sequía .

Dicho argumento, no solo nos conlleva al análisis del contrato suscrito por las partes, sino que además nos invita a cuestionarnos si efectivamente, le correspondía a la empresa generadora asumir el costo marginal de corto plazo por el exceso de potencia y energía retirada por la empresa distribuidora.

Pues bien, tal y como ya habíamos desarrollado líneas precedentes, el mercado eléctrico se encontraba en crisis, puesto que no existían incentivos para que las empresas generadoras contraten con las empresas distribuidoras, dadas las anomalías climáticas, sumadas al alza de los precios de los combustibles y la falta de predictibilidad del COES; en ese sentido, el TSC del OSINERGMIN, realizó un buen análisis al ponderar la voluntad de las partes respecto a la libre determinación de las penalidades estipuladas en el Contrato de Suministro, puesto que si la empresa generadora asumía el coste del exceso de retiro, indirectamente le daba libertad a la empresa distribuidora de romper continuamente con el Contrato y no solo ello sino que generaría desincentivos a las demás empresas generadoras de contratar en un futuro con las empresas distribuidoras.

En consecuencia, el TSC del OSINERGMIN, no solo trató de regular una situación suscitada por el propio Estado al no aplicar los artículos 34 y 36 del LCE, esto es el de caducar las concesiones de las distribuidoras eléctricas al realizar retiros de potencia y energía sin un contrato que las respalde, si no que dio una alternativa a dicho supuesto, esto es el de mantener la voluntad de las partes en caso estos se hayan regulado como penalidad.

## **5.2. Competencia del OSINERGMIN**

Como acto seguido, se analizará la competencia del Órgano Regulador ante la existencia de una cláusula arbitral, para el caso específico, esto es si OSINERGMIN contaba con la competencia para resolver la citada controversia, estableciendo como primer paso el tipo de controversia existente; es decir, si nos encontramos ante una controversia que nace de una obligación contractual o estamos ante una controversia que se desprende sobre un

tema técnico regulatorio, seguidamente se analizará el argumento sostenido por el órgano regulador respecto a la inaplicabilidad de la cláusula arbitral; para ello, es fundamental analizar las normas en el tiempo, esto es desde la suscripción del Contrato de Servicios llevado a cabo entre LUZ DEL SUR S.A.A. y ELECTROPERU S.A., hasta los instrumentos legales que le otorgaron la función de regulación, la función normativa, de solución de controversias y reclamos.

### **5.2.1 OSINERGMIN como ente de solución de controversias.**

Cabe precisar que la capacidad de solución de controversias del OSINERGMIN, proviene de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, toda vez que en el literal e) del artículo 3.1 señaló que “(...) 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”.

Al respecto, Vargas sostiene que en el Perú la solución de controversias, “(...) 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”<sup>13</sup>.

En el caso concreto del OSINERGMIN, la función específica de solución de controversias se encuentra establecida en el Capítulo V del Reglamento General del OSINERGMIN, específicamente en el artículo 44°, la misma que señala:

**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. (...).

---

<sup>13</sup> 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, p. 104

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.

A mayor abundamiento, corresponde citar el artículo 46° del ya citado RSC del OSINERGMING señaló que son de su competencia, todos aquellos asuntos controvertidos entre los actores del sector eléctrico, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados del servicio o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización.

En consecuencia, de los artículos expuestos se puede establecer que, de conformidad con la norma competencial, todos los actores de vinculados al sector eléctrico, ante la existencia de algún tema controvertido dentro del ámbito de regulación del Ente regulador, deben acudir al ente el Tribunal de Controversias del OSINERGMING, como mecanismo de solución, antes que la vía jurisdiccional.

En consecuencia, si bien la empresa generadora alegó la falta de competencia del OSINERGMING para resolver la controversia la existir una cláusula arbitral, corresponde señalar en este punto que, la materia controvertida no era respecto a la interpretación de una clausula contractual, si no que estábamos ante una controversia técnica regulatoria cuyos alcances indirectamente generarían consecuencias a terceros, esto es el mercado de los usuarios regulados, más aún cuando en dicha controversia se estaban poniendo en debate la aplicación o no una norma regulatoria de un servicio público por lo que fue correcta la fundamentación del órgano regulador en ese extremo.

### **5.3. - Sobre el Proceso Administrativo**

En este punto, analizaremos las actuaciones llevadas a cabo durante el proceso administrativo (Proceso Trilateral), la naturaleza de este, puesto que del mismo se desprenden incidencias que invitan al cuestionamiento de la validez de los actos; por último, se analizará específicamente la actuación de la empresa distribuidora bajo la Teoría de los Actos Propios y por consiguiente de forma complementaria su responsabilidad contractual bajo la luz del Derecho Civil.

#### **5.3.1 Sobre el Proceso Trilateral y la aplicación de la medida cautelar**

De acuerdo a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 (en adelante, LPAG)<sup>14</sup>, un Procedimiento Administrativo Trilateral, es aquel en el que dos o más administrados, solicitan al órgano administrativo competente, tome conocimiento y resuelva la controversia que los enfrenta, sin perjuicio de que lo resuelto sea judicializado por la parte que no se encuentre conforme con la legalidad de la misma. Asimismo, el artículo 220, de la citada Ley, señaló que en aquellos casos que exista una norma especializada, esta es aplicable en todo el procedimiento, teniendo carácter supletorio lo establecido en la LPAG. (énfasis propio)

Ahora bien, en el presente caso, de acuerdo con lo ya señalado líneas precedentes, el OSINERMIN cuenta con un Reglamento de Solución de Controversias (en adelante **RSC**), por lo que este al ser una norma especializada, será de aplicación principal en todo el procedimiento, dejando la aplicación de la LPAG en forma supletoria; entonces, del caso, tenemos que, la empresa distribuidora dio inicio al Proceso Trilateral presentando una reclamación ante el órgano regulador, acto seguido presentó una medida cautelar<sup>15</sup> solicitando al ente regulador, que la empresa generadora se abstenga de cobrarle los retiros en exceso al costo marginal de corto plazo de los retiros en exceso realizados bajo el Contrato de Suministro, especialmente si dichos retiros fueron destinados a los usuarios del servicio público de electricidad, por consiguiente le corresponde la facturación bajo la tarifa regulada por el OSINERGMIN.

Al respecto, el artículo 46° del RSC, señala que:

**“Artículo 46°.- La solicitud de medidas cautelares se pueden realizar en cualquier estado del procedimiento, en ese sentido, 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 (materia controvertida) o para garantizar el resultado de éste (...). (agregado y énfasis propio)**

---

<sup>14</sup> Es importante señalar en este punto que se hace referencia a la LPAG vigente al momento de suscitados los hechos controvertidos.

<sup>15</sup> Presentado el 07 de septiembre del 2004

A mayor abundamiento, es pertinente mencionar que, al concordar el citado artículo con los artículos 146 y 226 de la LPAG, se desprende que las medidas cautelares buscan principalmente evitar agravios irreparables para el reclamante.

Al respecto, Zegarra señala que la importancia de las medidas cautelares se apoya en dos características a) el *fumusboni iuris* de la pretensión del actor; esto quiere decir que el derecho invocado se considera verosímil por el reclamante, y b) el *periculum in mora*; esto quiere decir que, de no tomar una medida preventiva, el tiempo que dure el proceso hasta el pronunciamiento final le generaría perjuicios al reclamante; y, una tercera característica desarrollada por la doctrina, esto es c) la proporcionalidad, ello quiere decir que la misma debe de garantizar la eficacia de la pretensión<sup>16</sup>.

Pues bien, en atención a la solicitud presentada por la empresa distribuidora, el CCAD-HOD, mediante la Resolución N° 001-2004-OS/CC-20, resolvió declarar fundada la medida cautelar al haberse cumplido con los requisitos exigidos por la norma, los cuales son: 1) la verosimilitud del derecho invocado, puesto que la empresa generadora ha interpretado parcialmente la cláusula 4.4 del Contrato de Suministro, yendo en contra de lo establecido en la LCE y las resoluciones del ente regulador y 2) la existencia del peligro en la demora del pronunciamiento final, puesto que existe una evidente amenaza a la estabilidad económica de la empresa distribuidora y por ende a la continuidad del servicio de electricidad; en consecuencia, dispuso que la empresa generadora solo cobre por el exceso de retiro el precio máximo señalado en la tarifa regulada hasta que se resuelva la controversia; resolución que fue apelada por la empresa distribuidora, la misma que fue declarada fundada por el TSC del OSINERMIN, dejándola sin efecto la citada medida<sup>17</sup>.

En la resolución emitida por el TSC del OSINERGMING, si bien acepta la existencia del primer requisito de la medida cautelar invocada, esto es la verosimilitud del derecho invocado, no considera que se haya cumplido con el segundo requisito para el otorgamiento de la medida, toda vez que la empresa distribuidora no ha probado fehacientemente el daño irreparable que le pueda ocasionar el peligro en la demora de

---

<sup>16</sup> ZEGARRA, Diego (2014). *Serie Módulos Instruccionales N° 1 – Procedimiento Administrativo Trilateral*. Lima: INDECOPI. Página 49.

<sup>17</sup> Resolución TSC del OSINERGMING N° 001-2004-TSC/17-2004-TSC-OSINERG, de fecha 07.10.2004

la emisión del pronunciamiento final del ente regulador, específicamente en el caso que el fallo del CCAD-HOC le pueda ser favorable y en consecuencia reclame a la empresa generadora el pago realizado en exceso, puesto que al ser esta última una empresa estatal, difícilmente se le dificultaría el cumplimiento de la obligación.

De lo expuesto podemos concluir que, en principio la medida cautelar solicitada por la empresa distribuidora, no cumplía con todos los requisitos señalados por la norma, específicamente el segundo requisito, puesto que de su solicitud no se desprende el daño irreparable que le pueda ocasionar el peligro en la demora de la tramitación del proceso, más aún cuando la empresa generadora cuenta con solvencia económica garantizada por el Estado, por lo que en caso de obtener un fallo favorable, le serían devueltos los pagos en exceso realizados.

En consecuencia, el TSC del OSINERGMING, al actuar en estricto cumplimiento con los requisitos establecidos para el otorgamiento de una medida cautelar, realizó un especial análisis a los argumentos presentados por la empresa distribuidora en la supuesta ocurrencia de agravios irreparables, puesto que careció de validez señalar que un futuro fallo en su contra le causaría un perjuicio económico irreparable, toda vez que la empresa distribuidora, pagó hasta en ocho (08) ocasiones, las penalidades contractuales por el exceso de retiro de potencia y energía, sin emitir documento alguno que demuestre que ello le generó un perjuicio económico que amenace su sostenibilidad; por otro lado, en caso cuente con un fallo a su favor, la empresa distribuidora, tiene garantizado el cumplimiento de la obligación puesto que la empresa generadora, al ser una empresa estatal, cuenta con fondos suficientes que le garanticen el cumplimiento del mismo.

### **5.3.2 Sobre los “actos propios” y la responsabilidad de la distribuidora**

Ahora bien, es importante señalar en este punto que, no fue hasta el año 2004 que la empresa distribuidora, presentó su disconformidad respecto a la facturación a costo marginal del exceso de energía retirada, puesto que, en años anteriores, hasta en ocho (08) ocasiones diferentes realizó el pago correspondiente a la penalidad establecida en el Contrato, sin presentar alguna observación.

Es entonces, válido el cuestionamiento de la empresa generadora, puesto que se habría configurado los supuestos de los “actos propios”, toda vez que existió una aceptación tácita por parte de la empresa distribuidora de que en aquel supuesto en que incurra en excesos de retiro de potencia y energía, correspondía la facturación a costo marginal.

Dicho supuesto, es abordado por el OSINERGMIN, en el sentido que valoró la autonomía de las partes y la buena fe al momento de contratar en aquellos supuestos que no existe regulación establecida por ley, dejando su competencia regulatoria solo en aquellos supuestos donde exista una norma técnica que genere controversia, limitando así su discrecionalidad.



## **VI.- CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

- a) Luz del Sur, debió de asumir el costo de los excesos de energía retirados puesto que ya se había establecido contractualmente las penalidades bajo ese supuesto, asimismo, es responsabilidad del distribuidor garantizar la continuidad del servicio público de electricidad; en consecuencia, este debe de asumir los riesgos del mismo.



- b) No se le puede obligar a la empresa generadora que se comprometa a brindar el servicio de electricidad más allá del límite de su capacidad garantizada, y que encima de ello, pretenda facturarle bajo el tope de la Tarifa en Barra.
- c) En ese sentido, carece de fundamento lo alegado por Luz del Sur respecto a la aplicación de la Tarifa en Barra por lo excesos de retiro de energía y potencia, puesto que en el Contrato ya se había establecido penalidades aplicando el costo marginal.
- d) EL OSINERMIN, como ente regulador tenía la competencia de conocer y resolver la controversia suscitada entre la empresa generadora y la empresa distribuidora, toda vez que nos encontramos ante un supuesto de aplicación de una norma técnica (tarifa en barra) en aquellos casos en que la empresa distribuidora realice retiros en exceso potencia y energía de la capacidad contratada con la empresa generadora para destinarlos al mercado regulado.
- e) El presente procedimiento al desarrollarse dentro de un procedimiento trilateral, las reglas estaban establecidas dentro del Reglamento de Solución de Controversias del OSINERMIN, siendo que, de forma supletoria se aplicaron las reglas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, vigente al momento de ocurridos los hechos.
- f) En consecuencia, el órgano resolutorio cumplió con las normas y reglas establecidas, no evidenciándose irregularidades.
- g) La cláusula arbitral no es aplicable porque la materia controvertida versa sobre aspectos técnicos, normativos y regulatorios.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Comisión MEN-OSINERG. (2005). *Libro Blanco del Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica*. Ministerio de Energía y Minas. <http://www2.osinerg.gob.pe/novedades/volumen%20%20%20libro%20blanco.pdf>.

- Cairampoma, Alberto (2014). *La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. Revista Derecho PUCP. Lima, número 73, p. 483-504.
- Danós, Jorge. (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. *Themis- Revista de Derecho*, (55), p. 255-264
- Dammert, Alfredo, Molinelli, Fiorella y Max Carbajal (2011). *Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico Peruano*. OSINERGMIN. Lima, p. 141 – 146.
- Decreto de Urgencia N.º 007-2004. (2004). Decreto de urgencia que resuelve contingencia en el mercado eléctrico originada por la existencia de empresas concesionarias de distribución sin contratos de suministro de electricidad.
- Decreto Ley N.º 25844 (2006). Ley de Concesiones Eléctricas.
- Escobar, Fredy y Guillermo CABIESES (2013). La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, número 46, p. 114-139.
- Huapaya, R. (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. *Revista Ius Et Veritas*, 50, p. 368-397.
- Ministerio de Energía y Minas. (2000). *Normatividad legal sector energía y minas*. Ministerio de Energía y Minas.
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. (2016). *La Industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*. OSINERGMIN [https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro\\_documental/Institucional/Estudios\\_Economicos/Libros/Osinergmin-Industria-Electricidad-Peru-25anios.pdf](https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Osinergmin-Industria-Electricidad-Peru-25anios.pdf)
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. (2003). *Transparencia y procedimientos de fijación de tarifas de energía*. OSINERG
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. (2005). *Reformas Estructurales en el Sector Eléctrico Peruano-Documento de Trabajo N° 5*. OSINERG. [https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro\\_documental/Institucional/Estudios\\_Economicos/Documentos\\_de\\_Trabajo/Documento\\_de\\_Trabajo\\_05.pdf](https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_05.pdf)
- Quiñones, M. (2005). Mercado eléctrico en el Perú: ¿una utopía? *Revista Themis*, 50, p. 73-85.

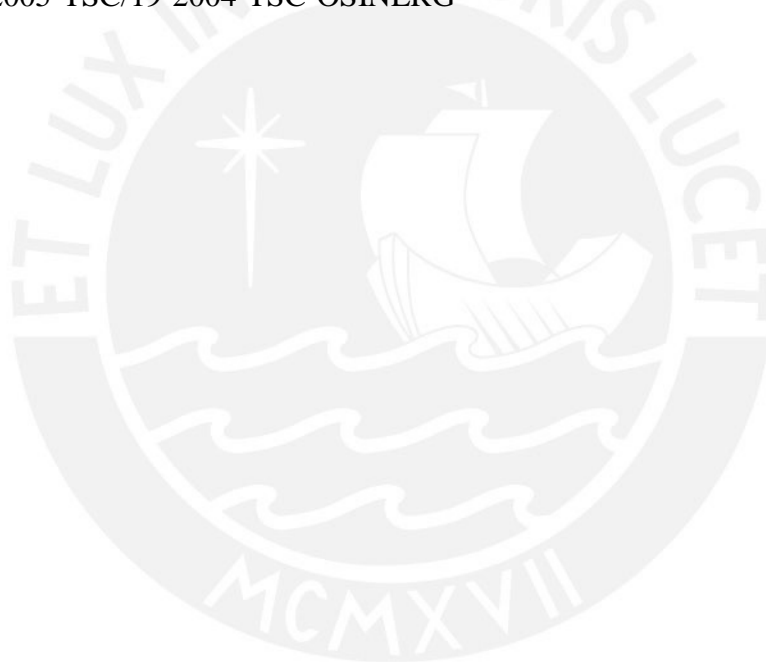
- Rubio Correa, M. (2017). El sistema jurídico: introducción al derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, C. M. (2013). *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salvatierra, R. (2019). Los contratos de concesión en el sector eléctrico. *Revista de Derecho Administrativo*, 4(7), p. 317-328
- Tassano, H. (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.
- Tassano, H. (2008). El procedimiento de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. *Revista de derecho administrativo*.
- Trelles, O. (2002). El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos. *Themis-Época 2*, no. 44
- Trelles, O. (2002). El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos. *Themis*, (44).
- Vargas, E. (2019). El procedimiento administrativo trilateral como mecanismo de solución de controversias en el sector eléctrico peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, (17), p. 96-123.
- Vignolo, G. (2015). Retiros de Potencia y energía del sistema eléctrico interconectado nacional, sin respaldo contractual para la atención del mercado regulado, llevados a cabo por las empresas peruanas de distribución eléctrica: Antecedentes, causas y consecuencias. *Vox Juris*, 227-239
- Zegarra, Valdivia D. (2005). *El Servicio Público: Fundamentos*. Lima: Palestra Editores, p. 303-351.
- Zegarra, D. (2014). *Serie Módulos Instruccionales N° 1 - Procedimiento administrativo trilateral*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.



## **ANEXOS**

- Contrato de Suministro de Electricidad entre ELECTROPERU y LUZ DEL SUR de fecha 16 de mayo de 1997 y su correspondiente primera Adenda.

- Copia de la reclamación presentada por LUZ DEL SUR ante la Secretaría Técnica del OSINERGMING, y el escrito de descargos presentado por ELECTROPERU.
- Resolución del Cuerpo Colegiado AD-HOC del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG N° 001-2004-OS/CC-20-MC, que declara fundada la medida cautelar presentada por LUZ DEL SUR.
- Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG N° 001-2004-TSC-OSINERG, que deja sin efecto la medida cautelar concedida por el Cuerpo Colegiado AD-HOC.
- Resolución del CCAD-HOC Organismo Supervisor de la Inversión en Energía OSINERG N° 008-2044-OS/CC-20,
- Resolución del Tribunal de Solución De Controversias del OSINERG – OSINERG N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG



# 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



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**.

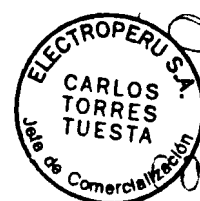
2.3 **LA GENERADORA** no estará obligada a suministrar más potencia ni energía que la potencia contratada y la energía contratada. Y en caso de que la demanda máxima mensual de **LA DISTRIBUIDORA** excediera la potencia contratada, o su consumo de energía excediera la correspondiente energía contratada, 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





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



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".

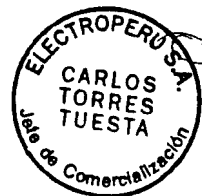
c) **LA DISTRIBUIDORA** informará por escrito a **LA GENERADORA** los valores mensuales de  $ET$  y  $ET^i$ , dentro de los tres primeros días hábiles del mes inmediato siguiente al mes de suministro que se factura.

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 período 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.

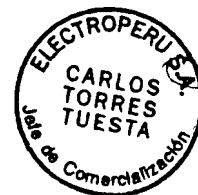
10.3 Si durante la vigencia del Contrato la carta fianza fuera ejecutada, la parte cuya carta fianza fue ejecutada deberá entregar a la parte ejecutora -dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecución- una nueva carta fianza por el monto ejecutado, de forma tal que se mantenga siempre el monto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

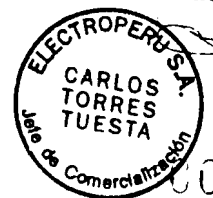
11.3 La parte afectada en el cumplimiento de sus obligaciones por causa de fuerza mayor, hará sus mejores esfuerzos para remediar su incumplimiento a la mayor brevedad posible; sin embargo, no estará obligada a poner fin a una huelga u otras paralizaciones laborales, en términos que no considere convenientes.

### 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.

*[Handwritten signature]*



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.

*[Handwritten marks]*

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



por LA GENERADORA

por LA DISTRIBUIDORA



*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

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

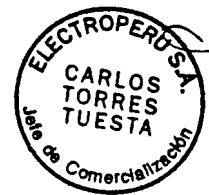
1. "COES-SICN" significa Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Centro Norte, con el alcance referido en los artículos 39 y siguientes de la Ley.
2. "Contrato" significa el presente Contrato de Suministro de Electricidad acordado y suscrito por las partes, incluyendo sus Anexos que 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.

*Handwritten initials or signature.*



## 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
<b>Total Potencia Contratada</b>		<b>370</b>

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.

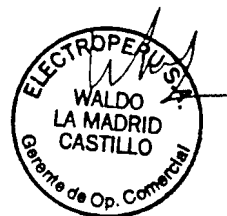
Para la indicada simulación de operación, se proporciona las siguientes 3 series de caudales promedio mensuales (m3/seg) :

- 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 signature]*



**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**.

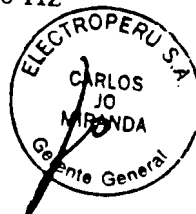
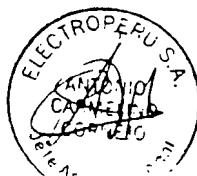
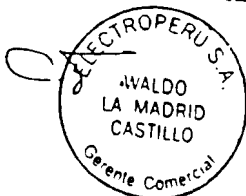
**CLAUSULA 3: MODIFICACION**

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
<b>Total Potencia Contratada</b>		<b>420</b>

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.

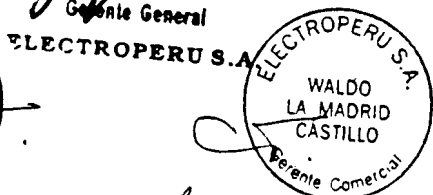
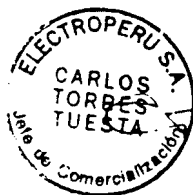
por LA GENERADORA

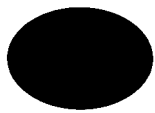
por LA DISTRIBUIDORA

  
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	
7CCC	
07 SET 2004	
470604 226	
LA RECEPCION DEL INGRESO DE LOS DOCUMENTOS DE CONFORMIDAD	TC

**Sumilla: Presenta reclamación  
contra ELECTROPERÚ**

**A LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LAS INSTANCIAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIA DE INVERSIÓN PRIVADA EN ENERGÍA - OSINERG:**

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

**LUZ DEL SUR S.A.A.** (en adelante, "LUZ DEL SUR"), con R.U.C. 33189800 (Anexo 1), debidamente representada por su gerente 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.<sup>1</sup>
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

<sup>1</sup> 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 Electricidad<sup>2</sup>.

En efecto, ELECTROPERÚ considera que la subcláusula 4.4<sup>3</sup> 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

<sup>2</sup> 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."*  
<sup>3</sup> 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 2004<sup>4</sup>.
- 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 barra<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Textualmente, ELECTROPERÚ señaló lo siguiente: "De acuerdo a lo establecido en ... (la) subcláusula 4.4 del Contrato, el ... exceso de energía activa ha sido facturado a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES para el mes de junio de 2004 y utilizado por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía activa entre sus integrantes".

<sup>5</sup> Textualmente, LUZ DEL SUR señaló "(...) por medio de la presente estamos devolviendo su factura ... por venta de electricidad, excesos de consumo, correspondientes al mes de junio de 2004 al haber sido facturados a costo marginal, cuando tales excesos fueron íntegramente destinados para la atención de los clientes de Luz del Sur del mercado regulado, a precio regulado, que es, de acuerdo con ... (el) contrato, el único mercado al cual se puede destinar la energía que se adquiere al amparo del mismo".

- 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 Contrato<sup>6</sup>, 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.

<sup>6</sup> "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).*

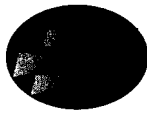
3.3 El artículo 45° de la LCE agrega que:

***"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 Preliminar<sup>7</sup> y 1354<sup>8</sup> del Código Civil.

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

<sup>8</sup> "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 sistemática<sup>9</sup> que no se quede en una lectura aislada de la subcláusula 4.4

<sup>9</sup> En la interpretación sistemática, en palabras de Nicolás Coviello, "Para descubrir el verdadero sentir de la ley, no basta atender al significado de las palabras contenidas en una sola disposición, pues es necesario poner en correlación una disposición con las demás afines que forman toda una institución jurídica, y aun poner ésta en relación con 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 Castilla<sup>10</sup>, 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".

<sup>10</sup> ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. "Interpretación del Contrato en el Régimen Uruguayo" En: Contratación Contemporánea. Tomo II. Lima, Palestra-Temis, 2001. p. 349, citando a POTHIER. "Tratado de las Obligaciones". p. 60. Asimismo, DIEZ PICAZO sostiene que si en vía hermenéutica existe la opción entre un significado útil y otro inútil deberá decidirse en el sentido de la preeminencia de la validez. DIEZ PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo I. p. 396, Citado por ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Ibidem*.

- 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.<sup>11</sup>

**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

<sup>11</sup> 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.

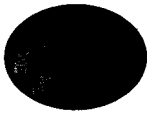
- 
3. Carta LE-305/2004 del 20 de julio de 2004, que prueba que LUZ DEL DUR procedió a devolver la Factura No. 005-4599, por considerar que los excesos de consumo, al tener como destinatarios a los consumidores regulados, debían facturarse a un precio máximo igual a la tarifa en barra.
  4. Carta LE-310/2004 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.

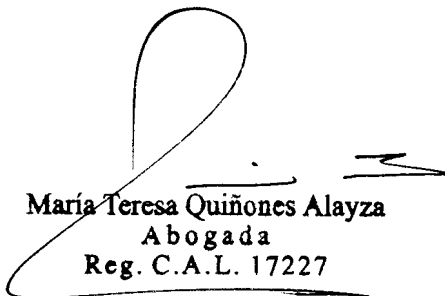
**POR TANTO:**

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.

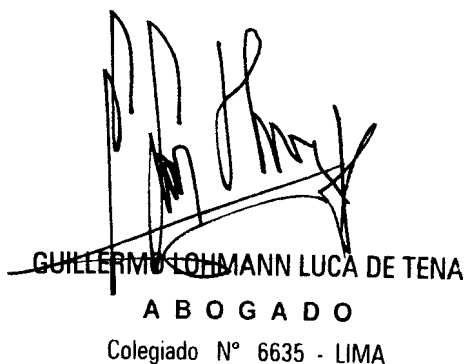
Lima, 7 de setiembre de 2004.



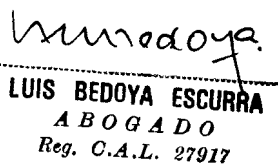
María Teresa Quiñones Alayza  
Abogada  
Reg. C.A.L. 17227



JUAN DEL BUSTO G  
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”<sup>1</sup>. (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

---

<sup>1</sup> 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 requieran<sup>2</sup> 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”**<sup>3</sup>.

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

---

<sup>2</sup> 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/CTE<sup>4</sup> (**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

---

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

<sup>4</sup> 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 1362º 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



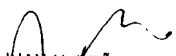
la ejecución contractual, hasta en ocho oportunidades durante los años 2002 a mayo de 2004; por lo que existe una palmaria contradicción entre la conducta observada por LUZ DEL SUR y su negativa al pago de los excesos de consumo.

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 1302<sup>5</sup> 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,**

<sup>5</sup> 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 terceros<sup>6</sup>, 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.

---

<sup>6</sup> 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:

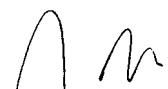
#### Documentales:

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:**

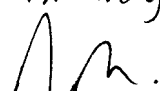
**A UDS. SEÑORES MIEMBROS DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC PEDIMOS:** tener por absuelto el traslado conferido y oportunamente declarar fundadas las excepciones deducidas y en su caso infundado el reclamo planteado por ser ello de estricta justicia.

**ANEXOS:**

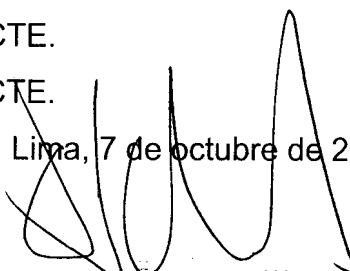
- 1.A: Copia del D.N.I. de nuestro apoderado.
- 1.B: Copia legalizada del poder de nuestro apoderado.
- 1.C: Copia de Contrato de Suministro de Electricidad entre LUZ DEL SUR y ELECTROPERÚ de fecha 97.05.16 y su Primera Adenda de fecha 2000.12.12.
- 1.D. Copia de la Carta de LUZ DEL SUR N° LE-305/2004 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que, en cuanto a que el Cuerpo Colegiado Ad hoc no resulta competente por cuanto en el contrato celebrado entre las partes se estableció en la cláusula décimo segunda que las controversias que se originaran derivadas o relacionadas con el contrato que no pudieran ser solucionadas en trato directo serían resueltas mediante arbitraje de derecho, debe tenerse en cuenta lo que establece la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, en su artículo 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 le presente reclamación, lo que no elimina la posibilidad que otros asuntos que se conviertan en controversias entre las partes como consecuencia de la ejecución del contrato que celebraron puedan ser materia de arbitraje;

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

Que, este Cuerpo Colegiado entiende que, a efectos de solucionar el conflicto suscitado entre las partes, debe interpretar el Contrato de Suministro de Electricidad entre Electroperú y Luz del Sur, del 16 de mayo de 1997, en adelante, el Contrato, de acuerdo a los criterios establecidos en el Código Civil, es decir, de acuerdo a las reglas de interpretación de la común intención de las partes y lo que se haya expresado en el acto jurídico (artículos. 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”<sup>8</sup> es perfectamente aplicable a la situación bajo análisis. En efecto, “el fundamento de este principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**SE RESUELVE:**

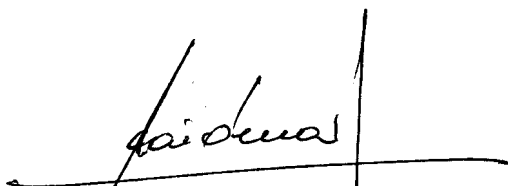
**Artículo 1.-** Declarar infundadas las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral presentadas por ELECTROPERU S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

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


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



Sergio León Martínez  
Presidente  
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc



Jorge Cardenas 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.

*[Handwritten marks and signatures]*



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:			
<i>1.000 Carlos Marín</i>			
<i>Blanco 10016917</i>			
<i>J. P. S. O.</i>			



**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:**

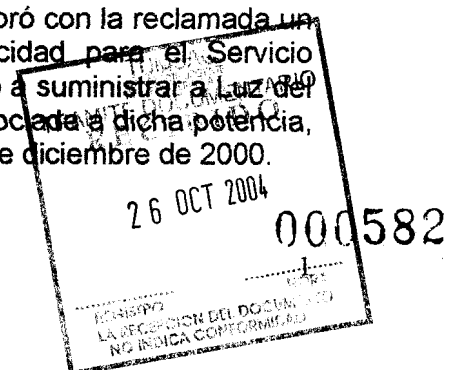
**1. Posición de las partes.**

**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*

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:

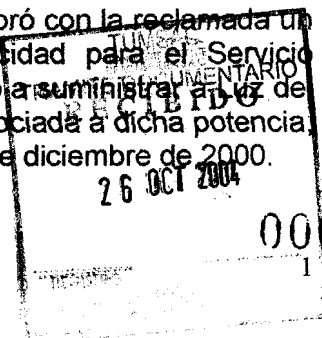
1. Posición de las partes.

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		<b>OSINERG</b> TRÁMITE DOCUMENTARIO <b>RECIBIDO</b> TRIBUNAL C. 17 NOV. 2004  49.5651 14.04 REGISTRO HORA <b>AL GUERRERO COLEGIADO</b>	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 GUERRERO 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 47<sup>1</sup> del Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias (en adelante, el "Reglamento") y en el artículo 207<sup>2</sup> 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

<sup>1</sup> "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 206.2<sup>3</sup> y 209<sup>4</sup> 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:

---

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

<sup>3</sup> "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".

<sup>4</sup> "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 Ariño<sup>5</sup> 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 Kresalja<sup>6</sup> 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

---

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

<sup>6</sup> 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 Merthehikian<sup>7</sup>) 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*

---

<sup>7</sup> 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"<sup>8</sup>*

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 pública<sup>9</sup>, como expresamente declara en su parte final el artículo 2º de la LCE : "El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública".

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 1132.

<sup>9</sup> 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 continuidad<sup>10</sup>.

Al respecto, Gaspar Ariño<sup>11</sup> 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"*<sup>12</sup> (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**

---

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

<sup>11</sup> 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)."*<sup>13</sup>

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*

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.*"<sup>14</sup>

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 razonable<sup>15</sup>. En condiciones de monopolio no es posible la existencia de un mercado que fije los precios a través de la competencia.

---

<sup>14</sup> ARIÑO, Gaspar. El Nuevo Servicio Público. Op. Cit., pp. 560-561

Al respecto, Miguel Marienhoff<sup>16</sup> 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 Marienhoff<sup>17</sup>, citando a la Corte Suprema de la Nación Argentina, que:

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

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

<sup>17</sup> 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 Ariño<sup>18</sup> 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

<sup>18</sup> 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 Electricidad<sup>19</sup>. 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 43º de la LCE:

---

<sup>19</sup> Artículos 30º y 34º, 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 consumen<sup>20</sup>. 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).

<sup>20</sup> Así lo dispone el Artículo 45° de la LCE: *"Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada la 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 sobrepuestos o conceptos distintos -o en condiciones diferentes- de aquellos específicamente autorizados por OSINERG. Es decir, si la regulación no admite un sobrepuesto por los retiros en exceso de la energía contratada, no es posible pactar este sobrepuesto 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*"<sup>21</sup>.

¿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).

---

<sup>21</sup> 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 Preliminar<sup>22</sup> y 1354<sup>23</sup> 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

---

<sup>22</sup> "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

<sup>23</sup> "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 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).*

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 sistemática<sup>24</sup> que no se agote en una lectura aislada de la subcláusula 4.4 del Contrato, sino que la

---

<sup>24</sup> En la interpretación sistemática, en palabras de Nicolás Coviello, "*Para descubrir el verdadero sentir de la ley, no basta atender al significado de las palabras contenidas en una sola disposición, pues es necesario poner en correlación una disposición con las demás afines que forman toda una institución jurídica, y aun poner ésta en relación con 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 Castilla<sup>25</sup>, 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".*

<sup>25</sup> ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. "Interpretación del Contrato en el Régimen Uruguayo" En: Contratación Contemporánea. Tomo II. Lima, Palestra-Temis, 2001. p. 349, citando a POTHIER. "Tratado de las Obligaciones". p. 60. Asimismo, Diez

*"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. Ibídem.

**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 Electricidad<sup>26</sup>.

### **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:

---

<sup>26</sup> 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 Barra<sup>27</sup>.

- **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

---

<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

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 Urbina<sup>29</sup>, 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).

<sup>28</sup> 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

---

<sup>29</sup> 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"<sup>30</sup>* (subrayado agregado).

---

<sup>30</sup> 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 CONTROVERSID**

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 Borda<sup>31</sup> 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, Borda<sup>32</sup> agrega:

*"Inaplicabilidad de la teoría.  
Sin embargo, como ya lo hemos adelantado, no toda conducta contradictoria es inadmisibile. Por ejemplo:*

---

<sup>31</sup> BORDA, Alejandro. "La teoría de los actos propios". Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986. p. 73.

<sup>32</sup> Ibid. p. 89.

a) Es lícito volver contra los propios actos cuando se trata de una conducta vinculante contra legem o inválida".

Luis Diez Picazo<sup>33</sup>, 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).*

<sup>33</sup> DIEZ PICAZO, Luis. "La doctrina de los propios actos". Barcelona, Editorial Bosch, 1963. p. 201.

Ello es confirmado por Ludwig Enneccerus<sup>34</sup>, 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 Ekdahl<sup>35</sup> 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".*

---

<sup>34</sup> ENNECCERUS, Ludwig y Karl Heinz NIPPERDEY. "Derecho Civil – Parte General" Tomo I Volumen 2. Barcelona, Bosch, 1947. p. 482.

<sup>35</sup> 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*<sup>36</sup> (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*<sup>37</sup>

*"Contra los actos propios puede reclamarse cuando con ellos se violan leyes cuya inobservancia no se*

---

<sup>36</sup> Ibid. p. 99.

<sup>37</sup> Sentencia de 26 de mayo de 1876.

*subsana por el consentimiento con perjuicio del interés público*<sup>38</sup>.

*"El acatamiento del principio de que no es lícito a nadie ir contra sus propios actos, requiere que los actos sean jurídicamente eficaces"*<sup>39</sup> (subrayado agregado).

Sobre ello, resulta conveniente citar nuevamente a la profesora María Fernanda Ekdahl<sup>40</sup>, 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.

<sup>38</sup> Sentencia de 19 de abril de 1889.

<sup>39</sup> 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"*<sup>41</sup> (subrayado agregado).

Adicionalmente, el doctor René Ortiz Caballero<sup>42</sup> (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

---

<sup>40</sup> EKDAHL, María Fernanda. Op. Cit. p. 110.

<sup>41</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La doctrina de los actos propios". Ensayo de incorporación presentado ante la Academia Peruana de Derecho.

<sup>42</sup> 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.

000733



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 Picazo<sup>43</sup> 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 Brutau<sup>44</sup>, quien refiriéndose al error en los actos propios, cita los siguientes fallos:

---

<sup>43</sup> Ibid. p. 208.

<sup>44</sup> 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"<sup>45</sup>  
(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"*<sup>46</sup>.

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.

---

<sup>45</sup> Sentencia de 1 de marzo de 1904.

<sup>46</sup> 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 Picazo<sup>47</sup> 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:

---

<sup>47</sup> 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 humanos<sup>48</sup>.

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 LPAG<sup>49</sup>, por lo que el incumplimiento de esta

---

<sup>48</sup> Ver al respecto, BUSTAMANTE, Reynaldo. "El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo". Lima, ARA Editores, 2001. pp. 45-46.

<sup>49</sup> **"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:**

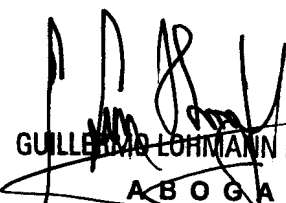
Que adjuntamos como anexos los siguientes documentos:

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

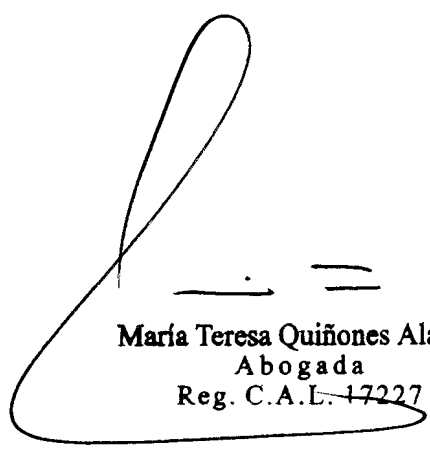
3. Copia Legalizada de las Facturas Nos. 005-0004134, 004-0000724, 005-0004197, 004-0000726, 005-0004226, 005-0004450, 004-0000589, 005-0004505, 005-0004535, 005-0004567, 005-0004642, 005-0004707 y 005-0004753, expedidas por ELECTROPERU, mediante las cuales se acredita que dicha empresa considera que 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

<b>Expediente</b>	<b>CC-20-2004-CP</b>
<b>Esp. Legal</b>	<b>Dr. Tassano</b>
<b>Cuaderno</b>	<b>Principal</b>
<b>Escrito N°</b>	<b>3</b>
<b>Sumilla</b>	<b>APELACIÓN</b>

**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.

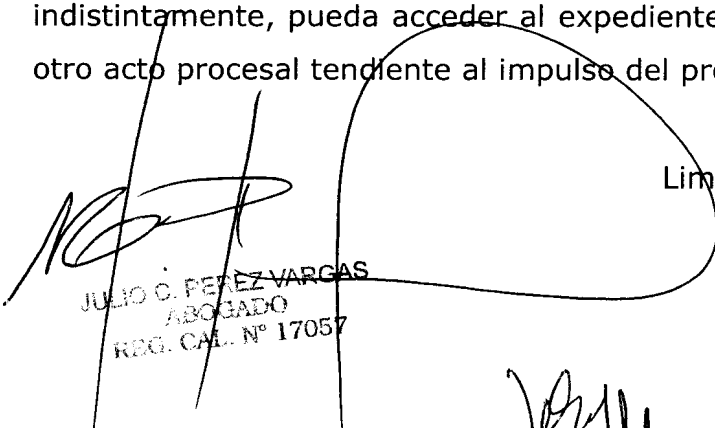
**PRIMER OTROSÍ DECIMOS:**

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**

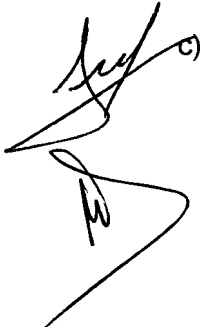
- C
1. Con fecha 07 Setiembre de 2004, Luz del Sur presentó una reclamación contra ELECTROPERÚ, solicitando como pretensiones al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, lo siguiente:
    - a) Que declare que el precio tope que los generadores pueden cobrar a lo concesionarios de distribución por la energía, en el caso 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;**

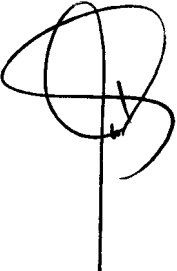
- a) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare que el precio tope que los Generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no puede exceder la tarifa en barra aprobada por OSINERG, por tratarse de un suministro 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.



000994

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

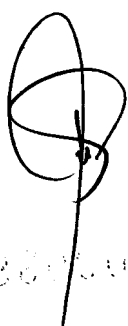
- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA
  - Los Generadores tendrían incentivos para propiciar en los distribuidores los excesos de consumo de electricidad.
  - Permitir a las empresas generadoras vender energía (bajo el nombre de excesos de consumo) a un precio superior a la Tarifa en Barra perforaría 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

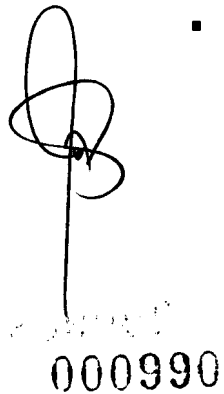
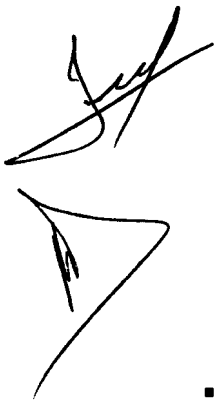
**Luz del Sur contesta la apelación de ELECTROPERÚ y sustenta su posición principalmente en lo siguiente:**

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 fijan las partes, no se impone que sea fijada en tarifa en barra. Las normas que regulan las relaciones jurídicas que informan no son de derecho público sino de derecho privado, 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.

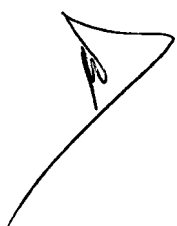
### III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

#### 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 material<sup>1</sup>).
- Que las normas afectadas por el "síndrome de incompatibilidad" pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, que tengan homóloga equivalencia jerárquica.

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

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

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

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

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

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

Que, 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 LPAG<sup>2</sup>, se ha cumplido con el mismo a cabalidad;

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

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



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

### 2.3. Violación del Principio de Legalidad

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

Que, de la lectura del análisis efectuado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la Resolución 008, se concluye que este se basa en la normatividad legal vigente, como son la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión en los Servicios Públicos, Ley No. 27332, el Reglamento General del OSINERG, Decreto Supremo No. 054-2001-PCM, la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, Resolución No. 0826-2002-OS/CD, la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, por lo tanto el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc 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;

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

<sup>4</sup> Idem, Pág. 26.

### 3.2. Teoría de los Actos Propios

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

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

### 3.3. Destino de los excesos

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 - LCE<sup>5</sup>.

#### 4.2. Análisis de la Segunda Pretensión

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

- a) La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la presente Ley. Esta regulación no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supere la potencia y energía firme del comprador,
- b) Las tarifas y compensaciones a titulares de Sistemas de Transmisión y Distribución;"
- c) **Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad; y,**
- d) Las ventas a usuarios de Servicio Público de Electricidad.

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

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

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

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

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

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

- a. Están referido única y exclusivamente a energía que tenga como destino final el Servicio Público de Electricidad.
- b. Las partes pueden pactar libremente la cantidad de electricidad 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:

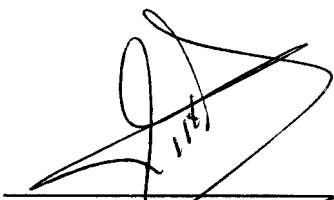
**Artículo Primero.** – Declarar infundada la Apelación presentada por la Empresa de Electricidad del Perú S.A. – ELECTROPERÚ -, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

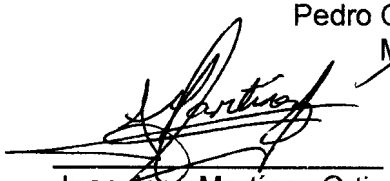
**Artículo Segundo.** – Declarar infundada la Apelación presentada por la Empresa Luz del Sur S.A.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

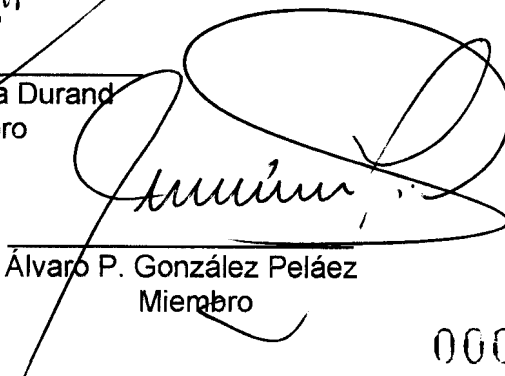
**Artículo Tercero.** – Establecer que el precio máximo que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, es la Tarifa en Barra aprobada por el OSINERG por las razones expuestas en la parte considerativa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

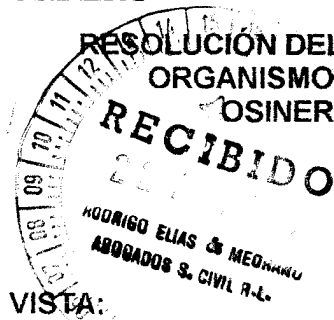
**Artículo Quinto.** – Establecer que por los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado.

  
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;

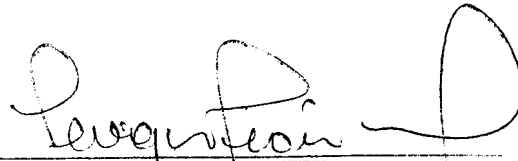
**SE RESUELVE:**

**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.

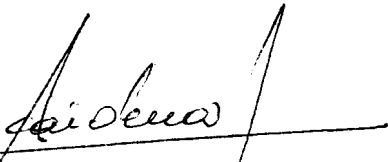
**Artículo 2°.-** Declarar **FUNDADA** la Medida Cautelar solicitada por la empresa Luz del Sur S.A.A.

**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.

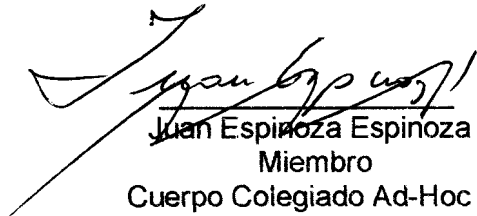
**Artículo 4°.- APRUEBASE** la contracautela ofrecida por la empresa Luz del Sur S.A.A., hasta por el monto de los perjuicios que pudieran generarse contra ELECTROPERU S.A. por la desestimación de la reclamación presentada por Luz del Sur S.A.A.



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"<sup>1</sup>, 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

<sup>1</sup> 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;

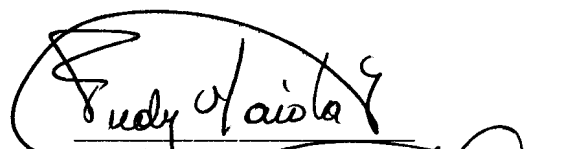
**SE RESUELVE:**

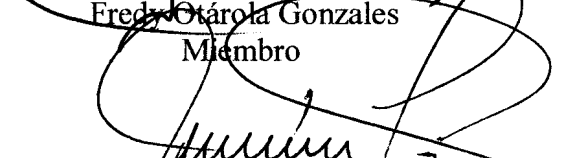
**Artículo 1º.-** Denegar el pedido de Luz del Sur S.A.A., para concederle el uso de la palabra, por lo expuesto en la presente resolución.

**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