

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe del Expediente N° 1179-2005.

Proceso contencioso administrativo iniciado por LUZ DEL SUR
S.A.A contra ELECTROPERÚ S.A. y OSINERGMIN por el pago de
los excesos de consumo de energía

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de
Abogada

Autora:

Annie Estefani Mijahuanga Gallego

Asesor:

David Enrique Serafín Mendiola Flórez

Lima, 2022

RESUMEN

El presente informe jurídico versa sobre el análisis del Expediente N° 1179-2005, una controversia respecto al pago por los excesos de consumo de energía de Luz del Sur S.A.A (LDS) a Electroperú S.A. (ELP), en el marco de un proceso contencioso administrativo. El objetivo del presente estudio consiste en determinar qué parte debe asumir los costos por los retiros en exceso de la energía contratada. Para ello, analizamos el rol del Estado en la tutela de los servicios públicos y si estamos ante un escenario de precios libres o precios regulados, a efectos de evaluar si resulta viable realizar una interpretación sistemática del contrato con la LCE y su Reglamento. Asimismo, identificamos el alcance de los decretos de urgencia, figuras jurídicas como la contraprestación y penalidad, así como la supuesta vulneración a los principios de legalidad y debida motivación en los extremos de las resoluciones impugnadas de OSINERGMIN. Finalmente, concluimos que LDS debe pagarle a ELP los excesos de consumo de energía considerando los costos marginales, siempre y cuando éstos no sobrepasen la tarifa en barra al estar destinados dichos consumos a usuarios regulados. Por esta razón, es necesario modificar la LCE y su Reglamento, a fin de trasladar los costos por los retiros en exceso del consumo de energía a los usuarios finales para garantizar al funcionamiento del mercado eléctrico y la inversión privada.

Palabras clave

Regulación- Servicios públicos- Empresas eléctricas- Tarifas eléctricas

ABSTRACT

This legal report deals with the analysis of Case No. 1179-2005, a controversy regarding the payment for excess energy consumption of Luz del Sur S.A.A. (LDS) to Electroperú S.A. (ELP), in the framework of an administrative litigation proceeding. The objective of this study is to determine which party should bear the costs for withdrawals in excess of the contracted energy. For this purpose, we analyze the role of the state in the protection of public utilities and whether we are facing a scenario of free prices or regulated prices, in order to assess whether it is feasible to perform a systematic interpretation of the contract with the LCE and its Regulations. Likewise, we identified the scope of the emergency decrees, legal figures such as the consideration and penalty, as well as the alleged violation of the principles of legality and due

motivation in the challenged resolutions of OSINERGMIN. Finally, we conclude that LDS must pay ELP for the excess energy consumption considering the marginal costs, as long as these do not exceed the busbar tariff since said consumption is destined to regulated users. For this reason, it is necessary to modify the LCE and its Regulations, in order to transfer the costs for withdrawals in excess of energy consumption to end users to guarantee the functioning of the electricity market and private investment.

Keywords

Regulation- Public services- Electricity companies- Electricity rates



“Agradezco a Dios, a mis padres, amigos y a todas las personas que me acompañaron en mi crecimiento personal y profesional por su apoyo, amor y paciencia.

Un abrazo al cielo, también, a quien estuvo conmigo siempre, y hoy está en mi corazón.”



ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
1. INTRODUCCIÓN	2
1.1 Justificación de la elección de la sentencia	3
1.2 Presentación del caso y análisis	3
2. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	7
2.1. Antecedentes	7
2.2 Hechos relevantes del caso	7
2.2.1 Contrato de Suministro.....	7
2.2.2 Primera Instancia del Procedimiento Administrativo	8
2.2.3 Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc.....	9
2.2.4 Segunda Instancia del Procedimiento Administrativo	11
2.2.5 Proceso contencioso administrativo	12
2.2.5.1 Contestaciones	13
2.2.5.2 Dictámenes	14
2.2.5.3. Resolución N° 27 - Corte Superior de Justicia de Lima.....	14
2.2.5.4 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia	14
3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	15
3.1 Problema principal	15
3.2 Problemas secundarios.....	15
4. POSICIÓN DE LA CANDIDATA.....	15
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	15
4.2 Posición individual sobre el fallo de la sentencia	16
5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	18
5.1 Primer problema jurídico secundario: ¿Si el alcance del Decreto de Urgencia N° 007-2004 afectó los términos del Contrato?.....	18
5.2 Segundo problema jurídico secundario: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato y la importancia del consentimiento de las Partes?	21
5.2.1 ¿Son los excesos de consumo de energía una “venta” en el mercado eléctrico?..	24
5.2.2 Competencia de OSINERGMIN.....	25
5.3 Tercer problema jurídico secundario: ¿Si los retiros en exceso de energía corresponden a una penalidad por incumplimiento contractual o a una contraprestación por servicio?	27

5.3.1 ¿Los retiros en exceso de consumo de energía son una contraprestación del servicio o penalidad?.....	29
5.4 Cuarto problema jurídico secundario: ¿Debe prevalecer el bien jurídico tutelado de acceso a los servicios públicos de los usuarios finales de LDS sobre la libertad contractual de ELP?.....	31
5.5 Quinto problema jurídico secundario: ¿Resulta válida la posición de la Corte Suprema sobre la decisión de la Sala Superior, que confirma lo resuelto en la vía administrativa previa?	34
5.5.1 Aplicación de la doctrina de los actos propios.....	39
5.6 Problema principal: ¿LDS debe pagar a ELP por los retiros en exceso de energía a precio regulado en tarifa en barra o por costos marginales, a pesar de que dichos retiros estuvieron destinados al servicio público de electricidad.....	40
6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	42
7. BIBLIOGRAFÍA	43



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	N° 1179-2005
ÁREAS DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Administrativo, Derecho de la Energía, Derecho Contencioso Administrativo y Derecho Civil
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	<ul style="list-style-type: none"> ● Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 ● Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG ● Resolución N° 27 de la Primera Sala Transitoria Especializada Contenciosa Administrativa ● Sentencia AP.NRO. 2775-2007.LIMA
DEMANDANTE	LUZ DEL SUR S.A.A.
DEMANDADOS	ELECTROPERÚ S.A. y OSINERGMIN
INSTANCIA JURISDICCIONAL	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema
TERCEROS	---
OTROS	---

1. INTRODUCCIÓN

El análisis del presente informe se basa en los hechos y pronunciamientos administrativos y judiciales emitidos en el Expediente N° 1179-2005, en el marco de un proceso contencioso administrativo iniciado por LDS contra OSINERGMIN y ELP una vez agotada la vía administrativa previa ante OSINERGMIN. Ello, a raíz de que, suscribieron un contrato de suministro, donde los excesos se fijaron como penalidades al costo marginal, según ELP.

Sobre el particular, en última instancia, la Sala Suprema decidió declarar la nulidad de los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERGMIN y nulos los artículos segundo y tercero de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, referidos a la interpretación errónea de que los pagos no se apliquen a los excesos de consumo, que dichos retiros no son venta; y que las Partes pueden fijar penalidades.

Desde nuestra perspectiva, dicho pronunciamiento fue adecuado para garantizar la continuidad del suministro eléctrico de los usuarios regulados, pues la decisión de la Sala Superior ponía en riesgo el abastecimiento de un servicio público esencial garantizado por el Estado, al no considerar los destinos de dichos retiros. En esa línea, nuestra tesis central sostiene que LDS debe pagar estos retiros considerando el tope de la tarifa en barra porque estaban destinados a un servicio público, cuyo régimen en estricto es una materia regulada.

Para sustentar nuestra postura, identificamos que la posición de la Sala Superior inobserva la vulneración a los principios de legalidad y debida motivación pues no consideran que sus actuaciones no se ampararon por una norma legal, tampoco, evaluaron los efectos de su decisión en el sector eléctrico como la crisis energética en California en el año 2000, ni fundamentaron válidamente su decisión final. Para ello, profundizaremos sobre la figura del contrato de suministro, los decretos de urgencia, la regulación de los servicios públicos y los principios del derecho administrativo. También, revisamos la LCE, su Reglamento y resoluciones de OSINERGMIN vinculadas a la regulación de tarifas eléctricas; así como doctrina y jurisprudencia en materia del derecho civil, derecho contencioso administrativo y el derecho administrativo. Por último, concluimos que es importante que el legislador modifique la LCE y su Reglamento, a efectos de que se les trasladen los costos a los usuarios finales.

1.1 Justificación de la elección de la sentencia

Las razones de la elección de la presente resolución se basaron en identificar los motivos, por los cuales los jueces pueden tomar decisiones erróneas que a la larga afectan a todos los ciudadanos, sin medir las consecuencias. Resulta lógico que, sean los jueces quienes resuelvan por la falta de experiencia y conocimiento técnico contra el funcionamiento del mercado eléctrico, sin embargo, aquí ocurre lo contrario: los jueces resuelven y ponen en riesgo el rol garante del propio Estado sobre los servicios públicos. A fin de identificar el marco normativo y los motivos políticos y/o económicos de su decisión, optamos por elegir una Sentencia que versara sobre Derecho Administrativo y Derecho de la Energía, así como otras materias del Derecho, a efectos de evaluar el impacto de las decisiones judiciales en el sector eléctrico.

La sentencia dictada por la Suprema evidenciaba cómo la falta de regulación en el mercado eléctrico afectaba las actividades como generación y distribución respecto a los excesos de consumo de energía. La controversia se originó producto de la demanda contenciosa administrativa interpuesta por Luz del Sur, a raíz de que la Sala Superior resolvió a favor de Electroperú y, apoyó la posición de OSINERGMIN ocasionándole un serio perjuicio económico que podría llevar a las Distribuidoras a la quiebra e interrumpir la continuidad del suministro eléctrico. Precisamente, esta situación mostró la falta de diligencia de la administración pública para emitir actos administrativos que vulneran el principio de legalidad y la debida motivación, puesto que ante el vacío normativo en la LCE y su Reglamento optaron por atribuirle a los privados disponer sobre los precios regulados. Peor aún, el escenario se complejiza más cuando la Sala Superior sigue el mismo razonamiento jurídico.

En ese sentido, su complejidad radica en analizar la postura del organismo regulador quien se encarga de fijar las tarifas eléctricas, la posición de la Sala Superior por su apoyo estricto a la posición del regulador y, por último, los argumentos de la Sala Suprema, en el marco de las normas vigentes entre los años 2004- 2006.

1.2 Presentación del caso y análisis

El presente caso trata de un procedimiento trilateral originado a través de una demanda interpuesta por LUZ DEL SUR S.A. en un proceso contencioso administrativo, al estar

disconformes con lo resuelto por el Tribunal de Solución de Controversias-OSINERGMIN (en adelante, “TSC”) en la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG. Por un lado, LUZ DEL SUR S.A. (en adelante, “LDS”) es una empresa Distribuidora, que brinda el servicio público de electricidad a usuarios regulados y clientes libres. Por otro lado, ELECTROPERÚ S.A. (en adelante, “ELP”) es una empresa, cuyo objeto social está orientado a la generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica. Asimismo, la presente controversia, involucra, al OSINERG (en adelante, “OSINERGMIN”), quien supervisa, fiscaliza y sanciona a las empresas eléctricas a fin garantizar la calidad y continuidad del suministro eléctrico.

El análisis de fondo versa sobre la naturaleza del pago por los excesos de consumo de energía activa, al ser una obligación de LDS a favor de ELP, como consecuencia del contrato de suministro pactado entre las Partes. Sin embargo, la situación cambia a raíz de la “Crisis de los Contratos”.

Ante ello, identificamos el principal problema jurídico:

- El primer problema se centra en determinar si LDS debe pagar a ELP por los retiros en exceso de energía a precio regulado o por costos marginales, considerando los usuarios finales. Al estar vinculado al Derecho de la Energía, analizaremos las normas del sector eléctrico referidas a la regulación tarifaria y el destino de los consumos.

Asimismo, también analizaremos los problemas jurídicos secundarios:

- Analizar si el alcance del Decreto de Urgencia N° 007-2004 afectó los términos del Contrato de Suministro vinculados al cobro por los retiros en exceso de energía. Revisaremos los términos del contrato y en qué consisten los decretos de urgencia, materias relacionadas al Derecho Civil y Constitucional.
- Identificar la naturaleza jurídica del contrato y la importancia del consentimiento de las Partes. Aplicaremos las normas del Derecho Civil, a fin de averiguar si las Partes brindaron su consentimiento y ante qué tipo de contrato estamos.
- Determinar si los retiros en exceso de energía corresponden a una contraprestación por servicio o a una penalidad por incumplimiento contractual. En este extremo,

aplicaremos las reglas del Derecho Civil para evaluar si las Partes fijaron penalidades.

- Analizar si debe prevalecer el bien jurídico tutelado de acceso a los servicios públicos de los usuarios regulados del Distribuidor sobre la libertad contractual del Generador. Utilizaremos el test de proporcionalidad recogido en varias jurisprudencias del Tribunal Constitucional.
- Determinar si resulta válida la posición de la Corte Suprema de declarar de nulidad de las Resoluciones de OSINERGMIN. Para este extremo, estudiaremos el caso aplicando los principios del derecho administrativo.

En relación con el marco normativo, a través del **Cuadro 1** adjunto, recopilamos los siguientes dispositivos normativos:

Cuadro 1. Normativa nacional¹

#	Base legal	Texto normativo
1	Artículo 2 de la LCE	“Constituyen Servicios Públicos de Electricidad: a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y, b) La transmisión y distribución de electricidad. El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública.”
2	Artículo 8 de la LCE	“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. (...)”
3	Artículo 31 de la LCE	“Los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a: (...)”

¹ Para la elaboración del cuadro 1, se tomaron como referencias las normas vigentes cuando se originó la controversia.

		c) Aplicar los precios regulados que se fijen de conformidad con las disposiciones de la presente Ley; (...)"
4	Artículo 34 de la LCE	"Los concesionarios de distribución están obligados a: a) Dar servicio a quien lo solicite dentro de su zona de concesión o a aquellos que lleguen a dicha zona con sus propias líneas, en un plazo no mayor de un año y que tengan carácter de Servicio Público de Electricidad;
5	Literal c del artículo 43 de la LCE	"Estarán sujetos a regulación de precios: (...) c) Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad; (...)"
6	Artículo 44 de la LCE	"Las tarifas de transmisión y distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía independientemente de si éstas corresponden a ventas de electricidad para el servicio público o para aquellos suministros que se efectúen en condiciones de competencia. (...)"
7	Artículo 45 de la LCE	"Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra."
8	Artículo 63 de la LCE	"Las tarifas a usuarios finales de Servicio Público de electricidad, comprenden las Tarifas en Barra y el Valor Agregado de Distribución."
9	Artículo 82 de la LCE	"Todo solicitante, ubicado dentro de una zona de concesión de distribución, tendrá derecho a que el respectivo concesionario le suministre energía eléctrica, previo cumplimiento de los requisitos y pagos que al efecto fije la presente Ley y el Reglamento (...)"
10	Artículo 1 del D.S. N° 035-95-EM	"Precísase 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 N° 009-93-EM, comprende la consideración de los costos y sobrecostos asociados a la prestación del Servicio Público de Electricidad (...)"

11	Literal h del Artículo 22 del RLCE	“Adicionalmente a las funciones señaladas en el Artículo 15 de la Ley, el Consejo Directivo deberá: (...) h) Emitir las directivas complementarias para la aplicación tarifaria.”
----	------------------------------------	---

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

A inicios del año 2004, se produjo una segunda crisis en el mercado eléctrico que perjudicó sobre todo a aquellos Distribuidores que no tenían contratos vigentes o estaban próximos a vencer, puesto que los Generadores no querían suscribir contratos con ellos. Luyo sugiere que “la crisis estuvo motivada por las sequías que afectaron a las hidroeléctricas, la imprevisión de las instituciones del sector eléctrico (...)” (2015, p. 78).

De manera que, esta situación imprevisible ocasionó que los costos marginales aumentaran excesivamente a comparación de años anteriores. Es así como, en el Perú, el Poder Ejecutivo y Legislativo al observar que los Distribuidores se veían imposibilitados de asegurar un Generador que satisfaga a todos los usuarios regulados y clientes libres a su cargo, decidió promulgar una serie de decretos de urgencia, a fin de garantizar que abastecimiento del servicio eléctrico de usuarios regulados y libres.

2.2 Hechos relevantes del caso

2.2.1 Contrato de Suministro

El 16 de mayo de 1996, ELP y LDS suscribieron un contrato de suministro de electricidad. ELP, mediante la cláusula 2.1. del contrato acordó vender 370 KWh de potencia y energía contratada, mientras que el LDS, se comprometió a pagar un monto por el suministro, cuya vigencia rige desde el 01 de noviembre de 1998 hasta el 31 de octubre de 2006. Posteriormente, el 12 de diciembre de 2000, ambas Partes suscribieron una adenda para aumentar la cantidad de energía contratada hasta 420 MW desde el 01 de julio de 2001.

Respecto a los excesos de consumo de energía, a través de la cláusula 2.3 del contrato, se detalla que ELP no estaba obligada a vender más energía de los 420 MW, por tanto, cualquier cantidad superior a la energía contratada ameritaba que el Distribuidor cancele una “penalidad” por incumplimiento contractual. Ante ello, ELP tenía la facultad de exigir el pago a LDS considerando los costos marginales determinados por COES, considerando el costo marginal.

Recordemos que es COES quien tomó como referencia las declaraciones brindadas por ELP para emitir el Informe del COES-SINAC N° DTR-118-2004, como parte de las valorizaciones de transferencia de potencia, acorde con el inciso d) del artículo 40 de la Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, “LCE”) y el artículo 107 del Decreto Supremo N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, “Reglamento”).

En el marco del contrato, ELP se comprometió a remitirle las facturas respectivas a LDS para que le cancelen por el servicio prestado o, en su defecto, las observen². En virtud de ello, LDS cumplió con pagarle a ELP considerando los costos marginales desde el 2002 hasta el mes de abril de 2004. Sin embargo, desde el mes de julio de 2004, LDS se negó a pagar las facturas porque los costos marginales superaban la tarifa en barra, producto de la “Crisis de los Contratos”.

2.2.2 Primera Instancia del Procedimiento Administrativo

Al no existir una conciliación, con fecha 7 de setiembre de 2004, LDS (Reclamante), presenta un recurso de reclamación contra ELP (Reclamado) ante OSINERGMIN. De esta manera, plantea como pretensión principal que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc determine que los precios por los retiros en exceso de energía contratada tengan como tope máximo el de la tarifa en barra dado que están destinados al servicio público y, además, como pretensión accesoria solicita que se declare que el tope determinado a tarifa en barra aplique para al exceso de los consumos de energía contratada cuando su destino vaya al servicio público. Para ello, LDS sostiene que:

² Subcláusula 5.6 del contrato.

- El Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM manifiesta que es competente para resolver este caso en la vía administrativa cuando la controversia se vincule a la regulación de tarifas y fijación de los precios regulados.
- El inciso c) del artículo 46, el artículo 47 y los artículos 2, inciso a) y 4 del Reglamento, señala que OSINERGMIN debe admitir la reclamación de LDS porque la controversia es regulatoria al estar vinculada sobre precios máximos que se aplican a los excesos de consumo de energía contratada.
- Los excesos de los consumos de energía contratada son ventas de energía del Generador al Distribuidor porque está destinada al servicio público.
- Las subcláusulas 4.4, 2.6 y 4.2 del Contrato pactadas entre las Partes deben ser interpretadas conforme a lo establecido en la LCE y su Reglamento.

Posteriormente, el 07 de octubre de 2004, ELP presenta su contestación e interpone excepciones de incompetencia y convenio arbitral. A continuación, resumiremos sus argumentos:

- OSINERGMIN no tenía competencia para solucionar controversias vinculadas a energía porque cuando se suscribió el Contrato, no contaba con esa competencia asignada.
- La naturaleza jurídica de los excesos de consumo es de una “penalidad” por incumplimiento contractual, conforme con el artículo 1341 del Código Civil.
- Los excesos de consumo de energía fueron pactados al costo marginal determinado por COES, siendo de conocimiento de LDS desde negociaciones previas.
- LDS contraviene sus actos propios al haber cancelado ocho (08) facturas previas por excesos de consumo de energía, sin observaciones.

2.2.3 Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc

A través de la reclamación presentada por LDS se inició el procedimiento administrativo en primera instancia. Luego, con fecha 10 de setiembre de 2004,

mediante la Resolución N° 255-2004 se designó al Cuerpo Colegiado AD HOC, quienes resolverían en primera instancia.

Al amparo del artículo 46 del Reglamento de Solución de Controversias de OSINERGMIN, el 13 de setiembre de 2004, LDS presentó una medida cautelar a fin de que no se le sigan afectando su derecho, dado que ELP continuaba emitiendo facturas pendientes de pago. Ante ello, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc concede la medida cautelar. Por este motivo, ELP interpone una solicitud de abstención, denegada, posteriormente.

Seguidamente, con fecha 20 de setiembre de 2004, a través de la Resolución N° 001-2004-OS/CC-20 se instaló el Cuerpo Colegiado Ad Hoc y admitió el trámite del recurso de reclamación y corrieron traslado a ELP, a fin de que en un plazo no menor de quince (15) días responda la reclamación presentada, según el artículo 36 del TUO del Reglamento de OSINERGMIN de Solución de Controversias. De esta forma, OSINERGMIN asume la competencia para resolver la controversia. Como respuesta, el 7 de octubre de 2004, ELP remitió su contestación con los argumentos expuestos previamente, dicho documento fue admitido el 11 de octubre de 2004 con la Resolución N° 003-2004-OS/CC-220 que, a su vez, convocó a una audiencia única para escuchar los alegatos de ambas Partes. Esta audiencia se realizó el 19 de octubre de 2004, sin embargo, ELP no se presentó, a pesar de haber sido notificado.

Posteriormente, el 25 de octubre de 2004, el Cuerpo Colegio Ad Hoc a través de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 discrepó con la posición de ELP y resuelve que OSINERGMIN es competente para resolver este caso³. Debido que la controversia era un aspecto regulatorio, cuya competencia estaba a cargo de la Comisión de Tarifas Eléctricas que pertenece al OSINERGMIN. Sin embargo, en cuanto al precio para la facturación de excesos de energía de ELP, en la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, OSINERGMIN menciona que al no haber una regulación expresa para este concepto, resultaba válido lo pactado por las Partes⁴.

³ Numeral 3.1. de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20.

⁴ En el numeral 4.2 de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 se precisa que “las Partes tienen derecho a establecer penalidades o compensaciones por la toma de energía más allá de lo voluntariamente pactado por el proveedor de la misma”.

2.2.4 Segunda Instancia del Procedimiento Administrativo

El 25 de octubre de 2004, LDS interpuso una apelación parcial contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 a fin de que se revoquen los extremos señalados en el artículo 2 y 3 de la referida resolución. Sostienen que la resolución adolece de motivación porque no detalla el motivo por el cual los excesos en el consumo de energía activa no constituyen ventas, contraviniendo el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución y numeral 1.2 del Artículo IV del TUO de la LPAG, vulnerando el principio de legalidad. Difieren con el hecho de que las Partes determinen los montos que se deben pagar en precios regulados.

Ante lo resuelto en primera instancia, ELP presenta un recurso de apelación solo en el extremo del artículo 1 de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 vinculado a la competencia de OSINERGMIN porque este organismo no tenía competencia, al momento de la suscripción del Contrato.

Ambos recursos son admitidos en apelación mediante la Resolución N° 009-2004-OS/CC-20 y, posteriormente, trasladados a las Partes para que puedan responder en un plazo de quince (15) días hábiles, conforme a la Resolución N° 001-2004-TSC/19-2004-TSC-OSINERG. Después, con la Resolución N° 002-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG se dio por absuelto el traslado de las apelaciones presentadas por LDS y ELP, dado que ambas Partes presentaron sus respectivos escritos y se le informó a ELP la absolución de la apelación que presentó LDS.

Con los alegatos presentados por ambas Partes, el 22 de abril del 2005, a través de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, el TSC declara infundados ambos recursos de apelación presentados por las Partes. De esta manera, reafirman que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc es competente para resolver este caso. El hecho de que el caso verse sobre los precios regulados y la tarifa en barra determinada por OSINERGMIN faculta a que ese organismo regulador pueda analizar este caso.

Sobre el planteamiento de declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 008-2004-

OS/CC-20, el TSC manifiesta que ambas Partes gozaron de las mismas garantías del debido procedimiento y alegan que no existe falta de motivación⁵. Asimismo, no se vulnera el principio de legalidad porque no afecta disposiciones normativas. Concluyen que: (i) los excesos de retiros de energía no son ventas, (ii) las Partes pueden pactar “penalidades” por incumplimiento contractual (iii) respeto por la voluntad de las Partes.

2.2.5 Proceso contencioso administrativo

Con fecha 21 de junio de 2005, LDS interpuso una demanda e inició el proceso contencioso administrativo contra ELP y OSINERGMIN. En concordancia con el artículo 148° de la Constitución⁶ y la Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, LDS plantea su demanda tres pretensiones principales:

- (i) Se declare la invalidez parcial, y por ende, la nulidad parcial de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG por no considerar que los consumos de exceso de energía debe ser facturados como “venta”.
- (ii) De declararse fundada la primera pretensión, se plantee como pretensión accesoria que los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, carecen de eficacia en su fundamentación; igual que los artículos 2 y 3 de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20.
- (iii) ELP no puede cobrar como penalidades en precios regulados.

Al respecto, LDS cuestiona el criterio de que los excesos de consumo de energía no pueden ser considerados como “venta”. Para LDS, los excesos de consumo de energía son un traspaso de propiedad tanto como de una energía contratada como de sus excesos. Adicionalmente, para LDS la naturaleza jurídica de los excesos de consumo de energía no son una penalidad por incumplimiento. Entre sus argumentos, mencionan que el servicio público de electricidad es una actividad del Derecho

⁵ Numeral 2.2 de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, respecto a la ausencia de motivación.

⁶ Artículo 148° de la Constitución” Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.”

Público, por tanto, no cabe que por autonomía de la voluntad de las Partes se fijen penalidades sobre dicho concepto, cuando la LCE no lo establece. Ello sería contrario al ordenamiento jurídico y pondría en riesgo el servicio público de electricidad.

En adición, la decisión del TSC afecta seriamente el mercado eléctrico. Los Distribuidores tienen como negocio cobrar la tarifa en barra y el valor agregado de distribución (“VAD”)⁷. Sin embargo, si existe un exceso de consumos de energía activa exponencial, los Distribuidores no percibirían ganancias por su actividad.

2.2.5.1 Contestaciones

El 1 de setiembre de 2005, ELP presenta la contestación de la demanda explica que solo se comprometió a brindarle al Distribuidor hasta 420 KWh de potencia y energía. Los excesos de consumo son una penalidad, conforme a la subclausula 2.6 del contrato.

También, los Distribuidores deben asumir el riesgo de no pactar los contratos para atender las necesidades de sus usuarios o de no pactar los contratos necesarios. Caso contrario, serían los Generadores quienes asumirían ese riesgo, dado que el Distribuidor retiraría energía del mercado spot a libre discrecionalidad.

Por último, ELP invoca a la doctrina de actos propios. En vista de que durante siete (07) años, LDS realizó los pagos sin observaciones, sin embargo, en el año 2004, el Distribuidor se negó a pagar las facturas porque debían, según su parecer, cancelar las facturas sin exceder el tope de tarifa en barra. Ello evidencia un comportamiento contradictorio con sus propios actos reiterados durante años.

Al ser un procedimiento administrativo trilateral, OSINERGMIN, se pronunció el 2 de setiembre de 2005, cuestionando la posición de LDS y solicitando que se declare la demanda infundada en todos los extremos porque “el contrato de suministro constituye un acto de naturaleza privada regida por el Derecho Civil, por tal motivo, no forma parte del Derecho Público”.

⁷ Artículo 63 de la LCE.

Finalmente, agregan que existe una interpretación errónea de LDS al tratar de desnaturalizar el artículo único del Decreto Supremo N° 035-95-EM dado que tienen facultad para emitir normas complementarias respecto a la fijación tarifaria solo alcanza a los conceptos establecidos en la norma como la venta de energía, no para “penalizaciones” por incumplimiento.

2.2.5.2 Dictámenes

El de setiembre de 2005, la Fiscalía Superior de Justicia de Lima difiere de lo resuelto por el TSC. Argumentan que existe una contradicción en la subcláusula 4.4. del contrato porque los excesos de consumo de energía “comprende la consideración de los costos y sobrecostos asociados a la prestación del Servicio Público de Electricidad”, conforme al Decreto Supremo N° 035-95-EM y el Decreto Supremo N° 009-93-EM, RLCE. Después, con fecha 24 de setiembre de 2007, teniendo en cuenta la Resolución N° 27 de la Corte Superior de Justicia de Lima, la Fiscalía Suprema en lo Civil emite su opinión, afirmando que no hay nulidad ni vicio en las Resoluciones.

2.2.5.3. Resolución N° 27 - Corte Superior de Justicia de Lima

A través de la Resolución N° 27, la Primera Sala Transitoria Especializada Contenciosa Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró infundada la demanda presentada por LDS en todos sus extremos. Por tanto, las resoluciones impugnadas son válidas y los pronunciamientos tanto del Cuerpo Colegiado Ad Hoc y del TSC son eficaces. Los jueces consideraron que el contrato de suministro de electricidad se convino en el marco de la LCE, la “penalidad” pactada por las Partes fue un elemento para cubrir la laguna de derecho en la LCE y su Reglamento; asimismo si bien LDS y ELP son entidades de la administración pública, en consecuencia, sus actuaciones se rigen por el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la LPAG. Sin embargo, en esta controversia, el contrato fue suscrito en el ámbito de derecho privado, por lo tanto, aplican las normas del derecho civil.

2.2.5.4 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia

El 09 de abril de 2008, mediante la Sentencia AP.NRO. 2775-2007.LIMA, la Corte Suprema declaró fundada la demanda interpuesta por LDS. De esta manera, se declararon nulos los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG y nulos los artículos segundo y tercero de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, a fin de que ELP no cobre los excesos de consumo de energía por encima la tarifa en barra. Como hecho incidental, LDS solicitó una medida cautelar a la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo- Corte Superior de Justicia, alegando que ELP seguía facturando los cobros pendientes.

3 IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

- ¿LDS debe pagar a ELP por los retiros en exceso de energía a precio regulado en tarifa en barra o por costos marginales, a pesar de que dichos retiros estuvieron destinados al servicio público de electricidad?

3.2 Problemas secundarios

- ¿Si el alcance del Decreto de Urgencia N° 007-2004 afectó los términos del Contrato?
- ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato y la importancia del consentimiento de las Partes?
- ¿Si los retiros en exceso de energía corresponden a una penalidad por incumplimiento contractual o a una contraprestación por servicio?
- ¿Debe prevalecer el bien jurídico tutelado de acceso a los servicios públicos de los usuarios finales de LDS sobre la libertad contractual de ELP?
- ¿Resulta válida la posición de la Corte Suprema sobre la decisión de la Sala Superior, que confirma lo resuelto en la vía administrativa previa?

4 POSICIÓN DE LA CANDIDATA

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

En este extremo, presentaremos brevemente las respuestas preliminares a los problemas planteados, la secuencia proviene del acápite III del trabajo:

Problema Principal

- LDS debe pagar a ELP los excesos de consumo de energía considerando los costos marginales porque las Partes acordaron las “penalizaciones” sobre los excesos de consumo de energía y conocían perfectamente sus obligaciones.

Problemas secundarios

- El alcance del Decreto de Urgencia N° 007-2004 no afecta los términos del contrato porque no afecta los contratos ya suscritos.
- Su naturaleza es de contrato de suministro. ELP se obliga a transferirle energía a cambio de una contraprestación económica por LDS. Por ende, existe una transferencia de bienes entre ambas Partes.
- Los retiros en exceso de la energía contratada son una penalidad por incumplimiento contractual porque sobrepasaron los límites establecidos del consumo de energía contratada.
- Debe prevalecer el derecho de la libertad contractual del Generador, de lo contrario, se desincentivaría las inversiones en generación eléctrica.
- La posición de la Corte Suprema pondría en riesgo la inversión económica y la libertad contractual de los Generadores. Los jueces no tienen el suficiente conocimiento técnico para entender los impactos de su decisión en el mercado eléctrico, en cambio, OSINERGMIN al ser encargado de fijar las tarifas eléctricas, debería ser el último en resolver.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la sentencia

Nuestra posición individual está a favor del fallo de la Sala Suprema. Debido que los magistrados de la Sala Suprema ponderaron el acceso a los servicios públicos de los usuarios regulados de LDS, a pesar de que el contrato se prestaba a distintas interpretaciones. No obstante, debe preferirse aquella alternativa que beneficie a más personas, aunque ello implique limitar el derecho a la libertad contractual.

Al respecto, consideramos que es válido el razonamiento de la Sala Suprema. En el marco del contrato, las Partes pueden pactar pagar estos retiros al costo marginal si éstos no exceden el tope de la tarifa en barra, aplicable para precios regulados. Para ambas Partes, habrá mayor certeza jurídica sobre qué riesgos asumirán al momento de suscribir el contrato. Dichos riesgos no se solucionan solo pactando únicamente la cantidad de energía contratada que requiere la Distribuidora, puesto que ni siquiera depende de ella. Lo único cierto para ellas es que deben cumplir con la obligación de abastecer continuamente de energía a sus usuarios. No obstante, advertimos aspectos que faltaron profundizar por parte de la Sala Suprema:

Para empezar, en este informe analizamos si el argumento de la Sala Superior sobre la interpretación del DU N° 007-2004 afectó los términos del contrato. Pues, la Sala Superior había interpretado que, al exceptuarse a los contratos vigentes, implicaba que no necesitara una regulación, pues las Partes pueden fijar sus propios términos respecto a los excesos de consumo. Ello no fue parte del objeto de análisis de la Sala Suprema, sin embargo, al ser un argumento recurrente de LDS en vía previa y referido, nuevamente, por la Sala Superior, mostramos nuestra postura.

En segundo lugar, nos pronunciamos sobre la naturaleza jurídica del contrato y el consentimiento. Si bien estamos de acuerdo con lo resuelto por la Sala Superior, lo ideal hubiera sido precisarlo. Asimismo, nos hemos enfocado en analizar el consentimiento de LDS al aceptar pagar los excesos al costo marginal, el cual no puede ser motivo de avalar conductas contrarias al ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, analizamos si estamos ante una penalidad o contraprestación. Sucede que, no existe un pronunciamiento en materia civil de la Sala Suprema que nos aclare si estamos ante la figura de la contraprestación en un contrato de suministro, solo nos queda claro que no son penalidades. Ante ello, buscamos profundizar sobre ambas figuras, pues el desarrollo del fallo no realiza un análisis detallado de la contraprestación.

Otro aspecto donde la Corte Suprema sí se pronuncia, pero no realiza un análisis detallado es la prevalencia del servicio público. A diferencia de la Sala Superior, la Sala Suprema analiza los destinos de los excesos de consumo de energía, sin embargo, si bien concordamos con el fallo central, realizamos un test de ponderación, a efectos de determinar la afectación a la libertad contractual y la prevalencia del bien jurídico tutelado.

Por último, estamos completamente de acuerdo con el análisis respecto a la vulneración a los principios de legalidad y motivación que inobservó la Sala Superior a las resoluciones de OSINERGMIN, toda vez que las actuaciones de la administración pública no tenían razón de ser al no contar con una norma jurídica. Por tanto, nuestra crítica central en este extremo se centra en la posición de la Sala Superior y las resoluciones primigenias.

5 ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. Primer problema jurídico secundario: ¿Si el alcance del Decreto de Urgencia N° 007-2004 afectó los términos del Contrato?

Sobre este extremo, resaltamos que la Sala Superior precisa que realizando una interpretación teleológica al artículo 1 del DU 007-2004, se exceptúa a los contratos suscritos porque las Partes pueden disponer sobre ello.

En esa línea, analizaremos en qué consiste un decreto de urgencia y si son válidos considerando sus elementos reconocidos por el Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”), máximo intérprete de nuestra Carta Magna. Nuestra Constitución reconoce que:

“Artículo 118, inciso 9. Constitución:

Los decretos de urgencia son medidas extraordinarias dictadas por el Poder Ejecutivo con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional, con cargo de dar cuenta al Congreso. (...)”

De esta forma, vemos que un decreto de urgencia es una medida excepcional adoptada por el Estado, la cual tiene rango de fuerza de ley y protege materias económicas y financieras. La disposición es aprobada por el Consejo de Ministros y refrendada por el Premier. Por tanto, no es que solo un funcionario público observó la falta de contratos por parte de los Distribuidores para adoptar estas medidas, sino que responden a un escenario de “urgencia” al necesitar continuar si o si con el servicio público de electricidad.

Las normas promulgadas por el Estado fueron el Decreto de Urgencia N° 007-2004⁸ (En adelante, “DU 007-2004”) y el Decreto de Urgencia N° 007-2006⁹ (En adelante, “DU 007-2006”). El DU 007-2004 dispuso que los retiros de potencia y energía que estén destinados al servicio de público de electricidad sean atribuidos por COES en proporción directa a la potencia firme en el mes correspondiente¹⁰. Posteriormente, el DU 007-2006 estableció un sistema de licitaciones que garantice el suministro a largo plazo.

Sobre su validez, a través del Expediente N° 008-2003-AI/TC, el TC estableció los requisitos esenciales que deben tener los decretos de urgencia. A continuación, los detallaremos.

Respecto a la **excepcionalidad**, el TC explica que la norma busca solucionar una situación inesperada que afecta seriamente el interés público. En sus términos, el TC menciona en el Expediente N° 008-2003-AI/TC “está orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos” (2003).

En tal sentido, el DU 007-2004 responde, primero, a los cambios climáticos como la sequía y al desincentivo de los Generadores para contratar con los Distribuidores. Por su parte, el DU 007-2006 se dio en un contexto similar, pues al observar la complicada situación de obtener contratos a largo plazo, el Estado tomó el mismo camino.

También, el TC reconoce en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, el criterio de **necesidad**:

“las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables” (2003).

No resultaba conveniente esperar que sea el Congreso quien siguiendo los procedimientos formales opte por una ley, pues tomaba más tiempo que un decreto de urgencia. En

⁸ Publicado el 20 de julio de 2004.

⁹ Publicado el 10 de mayo de 2006.

¹⁰ Artículo 1 del DU 007-2004.

consecuencia, esta era la medida ideal por ser la más célere o los perjuicios se incrementarían en el mercado eléctrico.

En relación con el criterio de **transitoriedad**, el TC precisa que las medidas adoptadas no son perennes¹¹. Como observamos, el DU N° 007-2004 vence el 31 de diciembre de 2004, mientras que el DU N° 007-2006 tiene como plazo el 31 de diciembre de 2006. Por tanto, ambos decretos tenían vigencias transitorias.

El TC, también, se pronuncia sobre la **generalidad** que deben tener los decretos de urgencias:

“ (...) los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad”. El alcance de estos decretos buscaba beneficiar a los usuarios regulados de todas las distribuidoras.” (2003)

Adicionalmente, es necesario que exista una medida vinculada a solucionar el problema extraordinario ocurrido: la falta de contratos de suministros por los Distribuidores. El criterio de **conexidad** determina que “debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes” (2003). Ambos decretos de urgencia deben garantizar que existan contratos o buscar una medida alternativa válida que solucione este problema. En este caso, se optó por adoptar decretos de urgencia que faciliten el suministro de los Distribuidores.

También, identificamos que el artículo 1 del DU 007-2004 expresó:

“Artículo 1.- Objeto

(...)

La presente norma será de aplicación únicamente a los retiros de potencia y energía del SEIN efectuados por las empresas distribuidoras destinados a atender el Servicio Público de Electricidad, **que hayan sido realizados sin amparo de un contrato vigente a la fecha de publicación** de la presente norma.” (énfasis agregado)

Por su parte, la Exposición de Motivos del DU 007-2006 precisó:

¹¹ Tribunal Constitucional (2003). Sentencia recaída en el expediente N° 008-2003-AI/TC. 11 de noviembre. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

“Si bien las acciones tomadas por el Estado resolvieron la contingencia presentada en el mercado eléctrico durante el año 2004, estas no concluyeron en la suscripción de contratos de suministro de potencia y energía de largo plazo (...) (énfasis agregado)

Así, el Estado garantizó el suministro de electricidad mediante la promulgación de los decretos. Su interés consistió adoptar las medidas necesarias para evitar contingencias mayores en el mercado eléctrico, a efectos de regular las transacciones físicas a cargo de COES y garantizar el suministro de electricidad, así no existan contratos suscritos.

Por tanto, concluimos que ambos decretos de urgencia son válidos porque cumplieron con los criterios esenciales para su promulgación. Sin embargo, ninguno de los decretos de urgencia aplica en el contrato porque el DU 007-2004 detallaba claramente que su alcance no afectaba los términos de ningún contrato de suministro vigente. Tampoco, el DU 007-2004 aplicaba por su temporalidad.

5.2. Segundo problema jurídico secundario: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato y la importancia del consentimiento de las Partes?

Para empezar, haremos referencia a las reglas del Código Civil (en adelante, “CC”) sobre contrato de suministro. Identificamos los siguientes dispositivos normativos:

“Noción del Contrato

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más Partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”

“Perfección de Contratos

Artículo 1352.- Los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las Partes”

Para el derecho privado, este contrato fue un acuerdo entre ELP y LDS con la finalidad de que exista un suministro eléctrico a favor del Distribuidor. Precisamente, en esa línea, el contrato muestra el consentimiento de ambas Partes de estar conformes con los términos establecidos en cada una de sus cláusulas. Sin embargo, al parecer olvidan que el consentimiento no implica

dejar de lado el ordenamiento jurídico, incluyendo, normas imperativas como la LCE y su Reglamento. Nuestro CC, también, señala:

“Contenido de los contratos

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

“Reglas y límites de la contratación

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

Identificamos que los contratos no pueden contravenir norma legal de carácter imperativo. De manera similar, La Puente y La Valle (1996) asocia este artículo a la teoría normativista “la autonomía privada de la voluntad no puede ir más allá de lo dispuesto por las normas vigentes al momento de la celebración del contrato.” (p.9). Ello no contraviene la voluntad de las Partes al momento de suscribir el contrato siempre y cuando sean conformes con el ordenamiento jurídico.

Es así como, si bien las Partes por su autonomía de la voluntad de las Partes pueden pactar los términos del contrato, no tienen la libertad absoluta de contravenir las normas imperativas del derecho público. Es más, el artículo 1356° del CC expresa que “Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las Partes, salvo que sean imperativas”.

El legislador mantuvo que las normas imperativas predominan sobre lo acordado entre las Partes. Esta concepción se reconoce en la Casación N° 46-06 Sullana:

“Lo convenido libremente por las Partes, **al no ser contrario a norma imperativa alguna, prevalece sobre las disposiciones de derecho común**, y obliga en sus propios términos a las Partes, conforme lo establecen los artículos 1354 y 1356 del Código Civil.”

En este caso, las Partes acordaron que los excesos de consumo de energía se paguen al costo marginal, sin límites¹². Sin embargo, a partir de lo establecido en el artículo 45 de la LCE

¹² Subclausula 4.4 del Contrato.

vemos que las ventas de energía destinadas a un servicio público se pagan considerando los precios regulados. Asimismo, conforme al artículo 44 de la LCE, el único órgano jurídico que puede fijar las tarifas es OSINERGMIN, no las Partes. Por ende, resulta incomprensible la decisión de la Sala Superior y del TSC, de brindarle absoluta libertad a las Partes para fijar una materia exclusivamente regulada por ser de interés público.

Ante ello, concordamos con la postura de LDS en su demanda. Aplicando una interpretación sistemática¹³ el contrato resultaría válido. Fernández Cruz (2002) detalla que la redacción del artículo 169 del CC implica que el intérprete tome el contrato como una unidad a fin de entender todo el panorama del contrato. De esta forma, una cláusula dudosa puede contrastarse con las demás, aprehendiendo un único significado, evitando una interpretación aislada discordante con el contenido (p. 158).

De una lectura conjunta de los artículos 43, 44 y 45 de la LCE con las subcláusulas 2.6, 4.2 y 4.4 del contrato, el contrato sería válido siempre y cuando dicho precio no exceda la tarifa en barra, precisamente, porque el destino era para usuarios regulados.

Sobre el particular, debemos identificar la naturaleza jurídica del contrato de suministro suscrito. En términos del artículo 1604° del CC, un contrato de suministro implica que “Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes”.

Así, ELP brinda el suministro de potencia y energía contratadas a LDS, a cambio de una contraprestación económica por la prestación del “bien”, en este caso, por el abastecimiento de potencia y energía contratada. El problema radica en lo que ocurre cuando LDS consume más energía de la acordada.

Asimismo, Aldana y Matos (2020) sostienen que el objeto del suministro es la electricidad, vinculada a la cantidad suficiente de energía para satisfacer a el requerimiento de los usuarios; y la potencia, asociada a la infraestructura para generar la electricidad. De manera que, el contrato de suministro tiene como bienes objeto tanto a la potencia como a la energía. (p.192).

¹³ Artículo 169.-“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.”

De esta forma, entendemos que, si bien la energía no es un objeto físico, no por eso, es ajena de regulación. Es un servicio necesario para satisfacer a todos los usuarios, como tal tiene la categoría de contrato de suministro.

Por estas razones, sostenemos que la figura de contrato de suministro calza para este caso. Debido que ELP brinda potencia y energía, a cambio de una contraprestación económica y fijando sus propios términos y condiciones. Así, se le provee a LDS de energía que no tiene y que necesita para satisfacer a sus usuarios regulados.

5.2.1. ¿Son los excesos de consumo de energía una “venta” en el mercado eléctrico?

La controversia gira en determinar si los excesos de consumo de energía pueden calzar como “venta de energía”. Como parte de la demanda presentada por LDS expresa que los “excesos de consumo de energía” son venta, al igual que la potencia y energía contratada¹⁴, mientras que ELP sostiene que la única venta era la energía contratada, no sus excesos¹⁵. En este extremo hacen hincapié en que ambas Partes estuvieron de acuerdo en fijar límites al consumo.

En relación los argumentos presentados por las Partes, observamos que tienen claro que el contrato es uno de compraventa de electricidad. Por ello, concordamos con la postura de la Corte Suprema, indica que toda venta del Generador al Distribuidor tiene un mismo precio, pues la LCE no hace distinciones sobre ella¹⁶. Bajo este argumento, carece de todo fundamento lo alegado por OSINERGMIN respecto a que solo lo taxativo puede ser considerado como venta, pues desconoce la técnica de la interpretación sistemática.

Sobre ello, observemos que es una venta en el mercado regulado. Cabanellas (1993) identifica el significado de venta “el contrato por el cual una de las Partes, el vendedor se obliga a transferir a la otra, el comprador la propiedad de una cosa, a cambio de un precio cierto en dinero o cosa” (p.334). De manera que, una venta implicaba que LDS le pague por el suministro

¹⁴ Fundamentos del numeral 9.11 de la demanda de LDS.

¹⁵ Fundamentos del literal c) del numeral 2.4 de la contestación de ELP.

¹⁶ Fundamento vigésimo segundo de la Sentencia.

proporcionado, pero, además en el contrato se plantearon medios alternativos como la compra de equipos que limiten la potencia y energía, suspender el suministro y resolver el contrato¹⁷.

No obstante, ELP prefirió “vender” la potencia y energía contratada porque nunca notificó a LDS de su disconformidad, o de que necesitara abastecer a otro cliente libre que podría pagarle por la energía sobrante una mayor cantidad. Tampoco, existe evidencia de que ELP presentara recursos de impugnación ante COES a fin de que recalculen sus valorizaciones de potencia y energía activa por estar disconformes con la asignación de retiros en exceso a su favor. Es más, contablemente registró estos retiros como “ventas”, reafirmando esta posición.

Al contrario, ELP aprovechó la situación para cobrarle a LDS por excesos de consumo de energía el costo marginal, que excedía exponencialmente en el 2004 a diferencia de otros años. Esto es insostenible porque el Distribuidor no es quien tiene la certeza de cuanto necesitará retirar de potencia y energía para abastecedor a sus usuarios regulados, de lo único que está seguro es de que debe contar con contratos de suministro o renovarlos y, además de que tiene la obligación¹⁸ de abastecerse a sus usuarios regulados.

En ese sentido, ELP debió convenir, o en su defecto, interpretar que los excesos de consumo de energía se pagaban con tope de tarifa en barra porque estaba en juego el servicio público de electricidad, una materia estrictamente regulada. No sujeta a libertad de precios, en ningún apartado de la LCE y su Reglamento, se permite esta interpretación. Pues, la única autoridad competente para determinar si es costo o sobre costo de energía es exclusiva del propio regulador, OSINERGMIN¹⁹.

Sin perjuicio de ello, consideramos necesario hacer hincapié sobre el rol del regulador en las tarifas eléctricas.

5.2.2. Competencia de OSINERGMIN

¹⁷ Subcláusula 2.3 del contrato.

¹⁸ Artículo 34 de la LCE.

¹⁹ Artículo 1 del D.S. N° 35-95-EM y artículo 44 de la LCE.

En principio, el literal e) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores, reconoce la función de solución de controversias de los reguladores:

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

e) **Función de solución de controversias**: comprende la facultad de **conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia (...)**”
(énfasis agregado)

Asimismo, el literal e) del artículo 3 del Reglamento de Organización y funciones de OSINERGMIN reitera su función de conciliar ante intereses contrapuestos de los agentes. En ese sentido, resulta coherente que, la vía²⁰ para reclamar desde un inicio, sea el regulador porque buscaba conciliar en aras de satisfacer un interés público, cuyo trasfondo no solo afectaba a dos entidades sino a un tercero como los usuarios finales de LDS.

También, en el literal c) del artículo 46 del Reglamento General de Osinergmin y el artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores, establecen que el regulador es competente para conocer **aspectos técnicos, regulatorios, normativos**. Respecto a la función reguladora, la fijación de las tarifas eléctricas se reconoce que OSINERGMIN fija las tarifas eléctricas²¹.

Observamos que OSINERGMIN era claramente competente para resolver una controversia vinculado a aspectos regulatorios y de solución de controversias que involucraba a un Generador y un Distribuidor. Sumado a ello, la controversia gira por fijación de tarifas eléctricas, sujeto a su competencia.

En resumen, el rol de OSINERGMIN consiste en:

- a) Fijar las tarifas en barra mediante sus propias resoluciones, las mismas que deben respetar a las empresas eléctricas cuya materia se vincule a un precio regulado.
- b) Tener competencia para pronunciarse sobre materias vinculadas a tarifas eléctricas.

²⁰ Literal a) del artículo 4 del Reglamento de Solución de Controversias de OSINERGMIN.

²¹ Artículo 3, literal c) de la Ley Marco de Organismos Reguladores y artículo 45 de la LCE.

- c) Brindar un escenario de seguridad jurídica al contar con un precio tope, de obligatorio cumplimiento.

5.3. Tercer problema jurídico secundario: ¿Si los retiros en exceso de energía corresponden a una penalidad por incumplimiento contractual o a una contraprestación por servicio?

El principal argumento de ELP es que existe un incumplimiento contractual por parte de LDS por los retiros en exceso de energía porque podían resolver el contrato por los retiros en exceso²². Por esta razón, al momento de suscribir el contrato se fijaron límites.

Desde nuestra perspectiva, no existe un incumplimiento contractual. Lo que ocurrió fue que LDS observó las facturas por exceso de consumo de energía durante el contexto de la crisis de los contratos porque se cuadruplicaron los costos marginales²³. A todas luces, resultaría insostenible que ante un grave perjuicio económico al Distribuidor siga avalando un cobro injustificado, a pesar de que, anteriormente, había pagado las facturas por el mismo concepto. El hecho de haber notado esta afectación tiempo después, no le niega el derecho de reclamar y/o demandar por la restitución de sus derechos.

En esa línea, recordemos que nuestro CC se pronuncia sobre la resolución:

“Artículo 1428°.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las Partes falta al cumplimiento de su prestación, **la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios (...)**” (énfasis agregado)

Diez Picasso expresa que “(...) si el incumplimiento implica un retraso en la prestación o fin práctico del negocio, es válida de la resolución, sino sería un supuesto de abuso de derecho” (1998, p.875-876).

²² Literal a) del artículo 2.4. de la contestación de ELP.

²³ De acuerdo con el numeral 8.6 de la demanda de LDS, la tarifa en barra se quintuplicó costando US\$ 26.92 el megavatio/hora, mientras que el costo marginal alcanzaba los US\$ 112.38 el megavatio/hora.

En este caso, el contrato estableció como obligaciones esenciales que ELP proporcionara solo hasta 420 MW de energía contratada correspondiente y que LDS pagara por dicho suministro. Aquellos “excesos” no estaban contemplados “expresamente” como un acuerdo voluntario, tampoco, eran obligaciones esenciales. En todo momento, LDS cumplió con pagar las facturas por el concepto de energía contratada, pero los excesos no son parte de la obligación esencial. Este supuesto es un escenario inevitable para el Distribuidor, quienes no conocen el alcance real de la potencia y energía que requieren sus usuarios.

Es más, autores como Alvarado y Matos (2020) señalan que:

El contrato de suministro de electricidad es el acto jurídico por el cual suministradores (Generadores o Distribuidores) se obligan a abastecer de potencia y energía asociada a los Usuarios, a cambio de un pago. El contrato comprende, en consecuencia, dos prestaciones: de un lado, el suministro de potencia y su energía asociada; y, de otro, una **contraprestación** o pago a favor del suministrador. Ambas prestaciones constituyen **obligaciones principales de las Partes en el contrato de suministro**. (p. 198)

En consecuencia, diferimos con ELP respecto a la existencia de incumplimiento contractual. Durante la vigencia del contrato, LDS pagó las facturas correspondientes a la venta de energía de potencia y energía contratadas y sus excesos. El hecho de que, anteriormente, hayan pagado absurdamente estos “excesos”, no conlleva a que la subcláusula 4.4 del contrato, aisladamente resulte válida. No existe una regla en el derecho privado que avale conductas que contravienen el ordenamiento jurídico, por el contrario, lo que se busca es garantizar la validez del contrato conforme al principio de conservación contractual.

En sus contestaciones, OSINERGMIN y ELP afirman que son los privados quienes tienen la libertad de fijar los precios. No obstante, aquí está en riesgo el abastecimiento del servicio público de los usuarios finales de LDS. Recordemos, también, que no son los administrados quienes deben complementar o llenar una aparente laguna de derecho, cuando la propia norma no ha distinguido. Por esta razón, consideramos que la interpretación válida del contrato es que los excesos no pueden exceder la tarifa en barra fijada por el regulador.

En consecuencia, diferimos con ELP respecto a la existencia de incumplimiento contractual. Durante la vigencia del contrato, LDS pagó las facturas correspondientes a la venta de energía

de potencia y energía contratadas y sus excesos. El hecho de que, anteriormente, hayan pagado absurdamente estos “excesos”, no conlleva a que la subcláusula 4.4 del contrato, aisladamente resulte válida. No existe una regla en el derecho privado que avale conductas que contravienen el ordenamiento jurídico, por el contrario, lo que se busca es garantizar la validez del contrato conforme al principio de conservación contractual.

Por ende, concluimos que nunca existió incumplimiento contractual. Ambas Partes cumplieron con las obligaciones esenciales pactadas en el contrato. Tengamos en consideración, también, que el consumo real de potencia y energía no es un hecho predecible para el Distribuidor, entonces sería incongruente obligarlo a pagar por un monto que no conoce y que no está bajo su alcance.

5.3.1. ¿Los retiros en exceso de consumo de energía son una contraprestación del servicio o penalidad?

Al respecto, corresponde analizar si las Partes podían pactar que los excesos del consumo de energía que realizaba LDS configuran una “penalidad”, considerando el contrato de suministro y las normas del derecho público. De manera que, en este punto, evaluaremos que la autonomía de la voluntad de las Partes puede ser absoluta o por el objeto del contrato amerita un límite como la fijación del precio.

Para ello, recordemos que el artículo 8 de la LCE reconoce que, en el mercado eléctrico existe un “régimen de libertad de precios” y de “precios regulados”, y que solo OSINERGMIN es el encargado de fijar las tarifas eléctricas. Precisamente, en esa línea, sostendremos que estamos bajo un supuesto de contraprestación por transferencia de energía a favor de LDS.

Es así que, haremos hincapié en que estamos ante un contrato de suministro. ELP se compromete a suministrarle energía a cambio de una contraprestación, es decir, “una venta”. Recordemos que el artículo 44 menciona que independientemente de si son excesos de consumos de energía o no, las tarifas eléctricas orientadas a abastecer un servicio de electricidad se contemplan bajo el régimen de precios regulados. Por ello, resulta incomprensible que el contrato en cuestión se haya pactado “penalidades” por dicho concepto

contraviniendo el artículo 44 y 45 de la LCE, que tienen carácter de *ius cogens*, es decir, exigen un obligatorio cumplimiento a todos por ser de derecho público.

Nos cuestionamos, ¿Por qué ELP piensa que puede fijar “penalidades” sin sustento legal? Las penalidades son consecuencia de un incumplimiento, sin embargo, como sostuvimos nunca LDS estuvo en incumplimiento. Entonces, no resulta lógico un reclamo de penalidades cuando este no existe. Las obligaciones principales vinculadas a la energía contratada siempre se cumplieron. Es más, cuando LDS presenta su demanda una vez agotada la vía administrativa, exige la nulidad de actos administrativos que atentan contra sus intereses porque si se permite cobrar por encima del costo marginal, se estaría desnaturalizando la propia LCE.

En esa línea, Osterling (1998) explica que la cláusula penal es accesoria, condicional y subsidiaria porque es una obligación condicional supeditada al incumplimiento de la obligación principal y evalúa los daños y perjuicios de la inejecución de la obligación principal (p.303). En efecto, al no existir un incumplimiento de una obligación esencial, no se activaría una cláusula penal accesoria, no generando una penalidad.

Ahora bien, realicemos un símil con la obra “Mercader de Venecia”²⁴, respecto a la contravención de lo suscrito con las normas de derecho público. De acuerdo con Vidal (2014):

Shakespeare narra en una de sus obras un préstamo de dinero a favor de Shylock a cambio de una libra de su carne que le daría al mercador en caso no cumpla con el pago en el plazo establecido, evidentemente, aquí a pesar del trato realizado estaba en riesgo la integridad personal de Shylock que por la necesidad aceptó, pero contraviene derechos fundamentales (p.359).

En esa línea, el hecho de que LDS pague los excesos al costo marginal no se ajustan a lo establecido a la LCE y, por el contrario, pone en riesgo la continuidad del servicio público de electricidad. No todo lo pactado resulta válido si atenta contra el propio ordenamiento jurídico.

²⁴ Vidal referencia una obra de Shakespeare publicada en 1600 para explicar que no todo acuerdo resulta válido si contraviene una norma de derecho público.

También, la Resolución N° 015-95-P/CTE modificada por la Resolución N° 22-15-95-P/CTE²⁵, referida las “Condiciones de Aplicación de las Tarifas en Barra” solo regulaba penalidades para energía reactiva²⁶. No siendo aplicable en este caso porque la controversia se vincula a la energía activa. De manera que, no existen penalidades realmente establecidas en normas sectoriales. Pues, en ningún momento, esta norma habilitaba a las Partes a fijar sus propios precios, afectando un servicio público.

Por tanto, sostenemos que las Partes no pueden fijar los excesos de consumo de energía afectando el suministro de los usuarios regulados. El destino de la energía no es irrelevante- como sostiene ELP- porque es deber del estado garantizar este servicio público. Tampoco, existe norma que regule penalidades para energía activa.

5.4 Cuarto problema jurídico secundario: ¿Debe prevalecer el bien jurídico tutelado de acceso a los servicios públicos de los usuarios finales de LDS sobre la libertad contractual de ELP?

En este extremo, haremos referencia al Test de proporcionalidad. Robert Alexy sostiene que la ponderación implica que: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (1993). Con esta evaluación no buscamos determinar qué principio es superior al otro, sino que analizamos cuál sería la medida menos lesiva respecto al fallo de la Sala Suprema.

El funcionamiento del mercado eléctrico comprende las actividades de generación, transmisión y distribución. Con estas actividades se logra que los usuarios finales cuenten con el suministro de electricidad necesario para que realicen sus funciones cotidianas y/o laborales, sin embargo, la distribución depende de que, también, la transmisión y la generación funcionen adecuadamente y que las centrales no estén indisponibles (Dammert, A., Molinelli, F. y Carbajal, 2011, pp. 22-67).

²⁵ El numeral 9 del artículo 1 precisa que “las penalidades son para energía reactiva”.

²⁶ “La energía reactiva es aquella que se origina por desincronización del voltaje y corriente eléctrica de los sistemas de corriente alterna, que genera pérdidas pero beneficia manteniendo el voltaje hasta cierto nivel y se puede reducir instalando capacitadores en el destino de carga” (Dammert, García y Molinelli, p.72)

En esa línea, Ariño afirma que “El servicio público comprende así toda la cadena de actividades eléctricas- generación, transmisión y distribución- en la medida en que estén destinadas al suministro en régimen regulado, a tarifa, para uso colectivo general” (2004, p.13).

Como vimos, el contrato estaba orientado al servicio público. Son los Distribuidores quienes tienen la obligación de brindar el suministro eléctrico²⁷, mientras que los usuarios finales tienen el derecho de recibirlo²⁸. Sin embargo, en su contestación, ELP sostiene que hay una vulneración a su libertad de contratar y, por ende, un riesgo de asumir un mayor costo si LDS no reconoce la penalidad pactada²⁹.

Ante ello, identificamos dos bienes jurídicos tutelados en colisión: El acceso a los servicios públicos de los usuarios finales de LDS vs la libertad contractual de ELP.

En relación con el primero, en la Sentencia del TC en el Expediente N° 034- 2004-PI/TC (Caso “Medio Pasajes”) se determina que “un servicio público se caracteriza por su naturaleza esencial, la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, su naturaleza regular y su acceso en condiciones de igualdad” (2004). Mientras que, en la Sentencia del TC recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC (Caso “Régimen Económico”) vemos que la “libertad contractual, comprende: a) la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como, la potestad de elegir al celebrante; y, b) la autodeterminación para decidir, de común acuerdo la materia objeto de regulación contractual” (2003).

Sin embargo, en este extremo, analizaremos los elementos reconocidos en la Sentencia recaída en el Expediente N° 007-2006-PI/TC (Caso “Calle de las Pizzas”):

37. Análisis de idoneidad. La medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del objetivo (...)

38. Análisis de necesidad. La restricción es un medio necesario dado que no hay medidas alternativas, igualmente eficaces, que posibiliten un entorno acústicamente sano (objetivo) en las zonas aledañas a la de la restricción. (...)

²⁷ Artículo 82 de la LCE.

²⁸ Artículo 34 de la LCE.

²⁹ Numeral 2.7. de la contestación de ELP.

39. Análisis de ponderación. Para efectuar este análisis es preciso identificar los derechos constitucionales y/o bienes constitucionales que se hallan en conflicto. (...). (Tribunal Constitucional, 2007)

Para empezar, realizaremos el examen de “**idoneidad**”. La intervención de la Corte Suprema resulta válida porque es el Estado, quien a través de sus órganos jurisdiccionales, busca garantizar la continuidad del suministro eléctrico de LDS a favor de los usuarios finales. Así, podrá cumplir con abastecer a sus usuarios con el servicio de electricidad y ellos tendrán derecho al acceso de dicho servicio.

El segundo elemento es la “**necesidad**”. Existen medios alternativos como una regulación expresa sobre los excesos del consumo de energía o, en todo caso, que el Estado intervenga en la tarifa en barra considerando el costo marginal “real”, proponiendo una diferencia mínima o, por último, que el Estado brinde un fomento económico para mitigar el impacto económico.

No obstante, el Estado solo optó por los decretos de urgencia que no tenían injerencia en contratos ya suscritos. Por tanto, es válido que las Partes recurran a un órgano jurisdiccional que decida qué son los excesos del consumo de energía y, su vez, determine si LDS tiene la obligación de pagarle a ELP. Dicha medida es válida y, a nuestro punto de vista, la más célere y menos perjudicial para el acceso al servicio público.

Adicionalmente, analizaremos el tercer elemento, la “**proporcionalidad**” de la medida adoptada por la Corte Suprema. La ponderación involucra el grado de afectación entre los bienes jurídicos tutelados, en este caso, la afectación a la libertad contractual es intermedia³⁰. Si bien los Generadores se ven afectados porque no pueden determinar a quienes brindarle la energía en exceso, la satisfacción de los usuarios de contar con suministro eléctrico continuo se vería protegida. Por esta razón, estamos de acuerdo con el fin legítimo que persiguen los magistrados porque el servicio público se vincula a que reciba también suministro de los Generadores.

³⁰ Para Huapaya citando el Expediente N° 0034-2004-AI, “(...) cuando el Estado hay concedido u autorizado la gestión del servicio a los particulares, debido a objetivos de orden económico tales como lograr una mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta capacidad de intervención.” (Fundamento 42)

Tengamos en cuenta que, el artículo 62 de la Constitución³¹ hace referencia a la santidad de los contratos. Sin embargo, aquí lo que está en riesgo es el acceso a los servicios públicos de los usuarios regulados. Precisamente, un escenario distinto. De aceptarse la tesis de ELP, los Generadores tendrían la libertad de pactar el precio que quieran sobre los excesos de consumo, ocasionando que el Distribuidor pueda no pagarle por los altos precios y no cumplir con el abastecimiento de sus usuarios.

Ahora bien, según Landa “ante el vacío de la norma legal específica, el control de un juez se presenta como una alternativa que puede conseguir el fin propuesto, que es asegurar los derechos fundamentales” (2014, p. 325). Lo mencionado resulta aplicable en este caso porque ninguna norma regula claramente qué pasa con los excesos. Por ende, resulta válido que sean los jueces quienes recurran a la integración para administrar justicia ante vacío o deficiencia de la norma³².

Por lo expuesto, considero que el hecho de ELP planteo que el no reconocimiento del pago por excesos de consumo de energía vulnera su libertad de contratar carece de fundamento. No es que la Sala Suprema ocasione que ELP no pueda fijar con quien contratar o el contenido de sus contratos. Por el contrario, los jueces pueden aplicar los principios de integración para resolver en casos complejos como éstos.

5.5 Quinto problema jurídico secundario: ¿Resulta válida la posición de la Corte Suprema sobre la decisión de la Sala Superior, que confirma lo resuelto en la vía administrativa previa?

Nosotros observamos que la posición de la Sala Superior en la Resolución N° 27 evidencia serios errores en el fallo. Su tesis se resume en los siguientes puntos:

1. Ante un vacío en la LCE respecto a los excesos de consumo de energía, las Partes pueden fijar el precio sobre ello.
2. No existen penalidades, sino montos adicionales fijados por las Partes.

³¹ 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.”

³² Numeral 8 del artículo 139 de la Constitución.

3. LDS no puede contravenir sus propios actos negándose a cumplir con los pagos respectivos, puesto que, anteriormente, ha cancelado en ocho (08) oportunidades previas facturas por estos conceptos.

A partir de lo resuelto por la Sala Superior, identificamos en el Fundamento Décimo Tercero de la Resolución N° 27 que los pagos con costos marginales son un monto adicional, no una penalidad. Este concepto no tiene fundamento legal en ninguna norma sectorial o del derecho civil. Es una interpretación que solo refleja, nuevamente, que no existen penalidades por energía activa y, pese a ello, intentan fundamentar que los privados puedan fijar los precios atribuyéndole el concepto de “monto adicional”. Sin considerar que el regulador es el único competente para fijar los topes en precios por los excesos de consumo.

De esta manera, la Sala Superior trae a colación un nuevo concepto como la fijación de un “monto adicional” distinto a una penalidad, sin amparo legal. No obstante, esta argumentación vulnera claramente el numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG:

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

Por tanto, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc y el TSC solo pudieron actuar habilitados por norma legal específica. Pues, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, la administración pública solo puede tomar decisiones habilitada por una norma legal. Sin embargo, los actos administrativos que habilitaban que las Partes fijen sus propios precios por excesos de retiros carecían de amparo legal. En consecuencia, las resoluciones primigenias, contravinieron la legalidad porque se inclinan por fijar “penalidades” cuando ni siquiera están reconocidas para la energía activa.

Otra interpretación errónea es la que realiza la Sala Superior al interpretar que la excepción en el alcance del DU N° 007-2004 se generaba porque los privados libremente fijaban sus términos para los retiros en exceso. En ningún momento, su alcance impactó en el contrato de suministro suscrito. Por ende, no tiene coherencia lo alegado con la intención del legislador. Su argumento pretende imponer la idea de que aquello que el decreto no reguló, interpretaba

como parte del ámbito contractual y la voluntad de las partes. Otra argumentación sin base normativa.

Asimismo, otro error inconsistente es la referencia de vacío normativo, pues estamos ante una laguna de derecho. Rubio (2009) explica que el primero, ocurre cuando no existe una norma jurídica que regule sobre ello, pero consideran que tampoco debe estar regulado. En cambio, el segundo, implica que ante la falta de regulación sí sea necesario contar con una regulación por ello es viable que los jueces puedan integrar para dar una solución, conforme al inciso 1 del artículo 102 y el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución. (p. 262)

Resulta incomprensible que la Corte Superior y OSINERGMIN apoyen el hecho de que las Partes regulen ante un vacío de derecho. Cuando este no amerita una regulación que, como vemos, no es nuestro caso. Claramente, los excesos de consumo de energía sí necesitan una regulación clara y concisa que garantice a los administrados saber el límite de los montos que deben pagar por este concepto. Caso contrario, existirán un sinnúmero de interpretaciones sistemáticas de todos los involucrados que, inevitablemente, pondrá en riesgo la continuidad del suministro eléctrico.

Asimismo, la Corte Superior desconoce que el destino del suministro de electricidad se dirigía al servicio público de electricidad. En ningún momento, se pronuncia sobre el destino de los retiros. Precisamente, este es un bien jurídico tutelado que debe ser garantizado por el Estado a través de las entidades de administración pública como OSINERGMIN, o en su defecto, por los jueces quienes velan, también, por la tutela de los administrados y el interés público. No es posible que quede a discrecionalidad de las Partes fijar los montos por los excesos de consumo de energía porque con ello peligraría la continuidad del suministro eléctrico, y atentaría contra los derechos de los usuarios finales.

Al parecer, también, la Corte Superior olvida que los Distribuidores no tienen la certeza de cuánta energía requerirán para abastecer a sus usuarios, lógicamente la intención del legislador del Decreto Supremo 35-95-EM fue garantizar que los costos y sobrecostos por la demanda del servicio público de electricidad sea un precio regulado. Si tuvieran la certeza, no tendría sentido la promulgación de dicho decreto o, el hecho de que LDS tenga otros contratos con otros suministradores.

Es claro, que la situación descrita, genera una transferencia de riesgos como todo contrato, el problema radicaría en quienes deberían ser quienes asuman esos costos adicionales, toda vez que los usuarios regulados solo pagan por la tarifa en barra y el VAD por el consumo de energía. Sumado a ello, las Distribuidoras tienen el compromiso de abastecer el servicio público de electricidad³³, sin embargo, bajo la lógica de la Corte Superior y el propio OSINERGMIN, los Distribuidores deben pagar esos sobrecostos independientemente de si ello, conlleva a su quiebra.

Si bien no hay sustento jurídico en ninguna de las resoluciones del regulador y la Sala Superior que pruebe la malicia de los Distribuidores de retirar indiscriminadamente energía sin límites bajo la excusa del servicio público, sin embargo, sí existe un caso de crisis energética en California en el año 2000. Involucraba a dos Distribuidores que asumieron solos esos sobrecostos generando enormes pérdidas financieras. La situación conllevó a que las empresas quiebren porque no tenían la capacidad económica para pagar. Similar a lo ocurrido en el Perú, no podían trasladar los costos a sus usuarios finales. De acuerdo con Herrero:

“La desregulación californiana consistió fundamentalmente en liberar el "precio" a los Generadores, mientras que la tarifa que paga el usuario quedó reglamentada, por lo cual los distribuidores no pudieron incluir los aumentos de precio de la energía eléctrica mayorista” (2001, p. 2).

De esta manera, trasladarles los costos a los Distribuidores resulta contraproducente para la inversión privada y el acceso a los servicios públicos de sus usuarios. Es deber del Estado, a través de sus organismos jurisdiccionales, velar por el acceso a los servicios esenciales como prueba de ello tenemos los decretos de urgencia y los artículos 34 y 82 de la LCE. Precisamente, con la decisión de la Suprema se buscó una medida alterna que no ponga en riesgo a las Distribuidoras y a su obligación de brindarle suministro a sus usuarios. Así evitamos caer en la misma situación que California.

Ante ello, lo ideal hubiera sido que la Corte Superior declare la nulidad de las Resoluciones de OSINERGMIN. Pues, los jueces ejercen control jurídico sobre las actuaciones de la

³³ Artículo 34 de la LCE.

administración pública³⁴. En este caso, tanto de las decisiones primigenias como de la resolución de la Sala Superior. No obstante, observamos que, en lugar de observar una falta al principio de legalidad, confirmaron la posición contraproducente a la validez del acto administrativo y que, a su vez, afecta el interés público.

Asimismo, el hecho de que la Corte Superior confirme la posición de OSINERGMIN contraviene la debida motivación conllevando a una nulidad de lo resuelto. En línea con ello, y en tanto las resoluciones del Cuerpo Colegiado Ad Hoc y el TSC tienen naturaleza jurídica de un acto administrativo, resulta pertinente mencionar el TUO de la LPAG:

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

4. Motivación.- **El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...)**”

(Énfasis agregado).

Sobre ello, hemos identificado en las resoluciones de OSINERGMIN no se motivaron conforme al ordenamiento jurídico:

- a. Nunca se especificó bajo qué norma se habilita a los privados a fijar el precio por los excesos de los retiros.
- b. Es insuficiente el hecho de que las Partes hayan gozado de todas las garantías del debido procedimiento.

Sobre la motivación, Morón (2020) precisa que esta implica una cita expresa de la fuente normativa pertinente, la síntesis de la interpretación jurídica que se le da al precepto citado y su aplicación en el caso concreto. Los hechos referenciados implican que la administración resuelva sobre las circunstancias reales, que den una convicción sobre verdad material en la autoridad que decide el procedimiento. (pp. 247-248)

³⁴ Artículo 1 de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso del Contencioso Administrativo.- “La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.”

Como vemos, la fundamentación de OSINERGMIN se basó en conjeturas que no han ocurrido hasta la fecha como el hecho de que las Distribuidoras retiren indiscriminadamente del mercado spot afectando a los Generadores. Asimismo, los preceptos citados solo evidencian que no hay penalidades para energía reactiva, y que el Estado debe garantizar el acceso a los servicios públicos. En ninguna circunstancia se ha citado al precepto que permite a los privados fijar las penalidades, o como afirma, la Sala Superior los “montos adicionales”. También, la Sala Superior se equivoca al interpretar el DU 007-2004, dándole un sentido que no se basa en ningún hecho ni refleja la intención del legislador.

Observamos que LDS debió obtener un acto motivado, que detalle las razones por las cuales la laguna posibilitaba que las Partes fijen “penalidades” en precios regulados. Sin embargo, aparte de confundir laguna por vacío, la Sala Superior no se pronuncia detenidamente a fundamentar las razones de su decisión. Por el contrario, aplica un supuesto de “penalidades” que no está contemplado en la propia LCE, interpretando erróneamente el DU 007-2004.

Ahora bien, el artículo 10° del TUO de la LPAG, precisa las causales que generan la nulidad de los actos administrativos:

“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.**
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez (...).”**

Por los fundamentos expuestos, consideramos que, al transgredirse los principios del derecho administrativo en los actos administrativos, conllevaron a una postura errónea del regulador, sostenida en su contestación de demanda y, peor aún, en vez de ser revocada por la Sala Superior fue confirmada poniendo en riesgo un interés público. Por ello, estamos conformes con la posición de la Sala Suprema, pues los jueces prefieren tutelar el acceso a los servicios públicos de los usuarios de LDS utilizando la técnica de la integración.

5.5.1. Aplicación de la doctrina de los actos propios

Sobre la teoría de actos propios que invoca el propio OSINERGMIN y la Corte Superior, diferimos con este argumento. Sostenemos que:

- a) No hay contradicción porque, desde un principio, el contrato estuvo viciado de nulidad por contravenir la LCE, es decir, LDS nunca debió pagar por encima de la tarifa en barra.
- b) La supuesta conducta contradictoria nunca fue lícita, pues los pagos realizados sobrepasaron el tope de tarifa para precios regulados. Por tanto, defender la interpretación de ELP y OSINERGMIN implicaría obligar a LDS a pagar por encima del precio establecido.

En adición a ello, Diez Picasso (1963) manifiesta “Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, **es la exigencia de un comportamiento coherente.** (...)” (p. 43), pues no existió un comportamiento coherente de LDS puesto que, desde el inicio, esta supuesta conducta contradictoria nunca debió existir. Ante ello, un mecanismo válido para hacer valer sus derechos es el inicio de un proceso contencioso administrativo.

Adicionalmente, recordemos que existe un principio jurídico que establece que el “error no puede generar derecho”. Según el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 03397-2006-AA/TC “el goce de un derecho presupone que éste haya sido obtenido conforme a ley, pues el error jurídicamente grave no puede generar derechos” (2006). De manera que, el hecho de que LDS cancelará las facturas previamente, no genera una obligación de que el Distribuidor esté obligado a cancelar si o si cuando, claramente, su conducta nunca se avaló en ninguna norma sectorial.

Por tanto, concluimos que el argumento de ELP se desestima simplemente porque es inconcebible que un simple error obligue a LDS a pagar por encima del tope de tarifas eléctricas para precios regulados que, como vimos, nunca debió ocurrir.

5.6 Problema principal: ¿LDS debe pagar a ELP por los retiros en exceso de energía a precio regulado en tarifa en barra o por costos marginales, a pesar de que dichos retiros estuvieron destinados al servicio público de electricidad

A raíz de los problemas jurídicos accesorios analizados, hemos esclarecido los temas principales que se desarrollaron en la Sentencia, como consecuencia, corresponde que nos pronunciemos sobre el problema jurídico principal de este trabajo.

LDS debe pagar a ELP por los retiros en exceso de energía respetando el tope de la tarifa porque, básicamente, el destino de dichos retiros afecta a los usuarios regulados. Si bien las subcláusulas 4.1 y 4.4 del Contrato, ocasionaron la confusión de que LDS estaba obligada a pagarle a ELP por encima del precio regulado fijado por OSINERGMIN, dicha interpretación carece de sentido cuando analizamos que el destino de dichos retiros a afectarían el acceso a un servicio público.

Sumado a ello, observamos que los retiros en exceso de energía son una transferencia de energía calificadas como “venta”, también. Por tanto, toda aquella venta orientada a abastecer un servicio público debe ser pagada con tope de tarifa en barra³⁵. Tal como ocurre en este caso, de manera que, los excesos deben pagarse respetando ese tope. Esto podría beneficiar al propio Generador porque, en ocasiones, la tarifa en barra puede ser mayor que el costo marginal. No siempre sería una pérdida.

Ahora bien, respecto a la regulación tarifaria de OSINERGMIN. Recordemos que, a través del artículo 44 de la LCE, el regulador es el único encargado de fijar las tarifas eléctricas, no las Partes. La tarifa para precios regulados se fija en un horizonte de cada cuatro años, donde era inimaginable que ambas Partes tengan la certeza de que el costo podría cuadruplicarse o que, como consecuencia de la crisis, ningún Generador quisiera contratar con ellos.

Sobre lo estipulado en el contrato, queda claro que las Partes no son responsables de la falta de regulación. Sin embargo, tenemos presente que la controversia, probablemente, no se hubiera ocasionado si los costos marginales no superaban los montos excesivamente en el año 2004, a diferencia de años anteriores. Ante la falta de regulación, las Partes buscaron suplir esta deficiencia por autonomía de su voluntad, lo cual sería válido siempre y cuando no excediera el costo marginal la tarifa en barra, bajo el análisis de la Sala Suprema. Postura que reafirmamos en este trabajo, pues podría afectar el suministro continuo de energía de los usuarios de LDS como ocurrió en California en el año 2000.

³⁵ Artículos 44 y 45 de la LCE.

Como examinamos en el acápite 5.4 de este trabajo, el Estado tiene el deber de garantizar los servicios público. En base a este deber, resulta válida la interpretación sistemática que desarrollamos en el trabajo. Además, en materia civil, lo ideal es buscar la validez del contrato conforme al principio de conservación contractual.

Por tanto, concluimos que los contratos de suministros destinados al servicio público de electricidad deben sujetarse a las reglas de precios regulados. De esta manera, deben aplicarse los artículos 43 y 45 de la LCE. Así, los retiros en excesos del mercado de corto plazo serán considerados como “ventas” y sus sobrecostos independientemente de si cuentan con contratos los Generadores. La decisión de la Sala Suprema evidencia una real preocupación por garantizar el servicio público.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego de haber analizado la controversia respecto al pago por los excesos de consumo de energía, hemos llegado a establecer las siguientes conclusiones:

- a) Los decretos de urgencia adoptados por el Estado para mitigar el impacto de la crisis de los contratos en el sector eléctrico no afectaron al Contrato. Debido que, en el artículo 1 de la norma, se precisó que dicha disposición no impacta en los contratos suscritos, mientras que el DU 007-2006 no es relevante por la temporalidad.
- b) Estamos ante un contrato de suministro de electricidad porque hay una transferencia de energía a favor de LDS. En ningún momento, se incumplieron obligaciones esenciales, por ende, tampoco existe la posibilidad de reclamar penalidades, pues son accesorias a la obligación principal.
- c) No existe incumplimiento contractual por los retiros en exceso de energía. Las Partes no pueden pactar que los excesos de consumo de energía sean “penalidades” porque la regulación no contempló ese supuesto para energía activa. Los excesos de consumos son una venta y, bajo esa naturaleza, corresponde pago con tope de tarifa en barra.
- d) La libertad contractual no es un derecho absoluto de las empresas, tiene límites. A través del test de proporcionalidad, detectamos que la actuación de la Sala Suprema fue la más idónea, necesaria y proporcional porque implícitamente prevalece la continuidad de los servicios públicos al darle la razón a LDS.

- e) Resulta válido lo resuelto por la Corte Suprema. Estábamos antes actos administrativos nulos porque OSINERGMIN actuó sin amparo de una ley expresa interpretando erróneamente que aquello que no está regulado, queda a discrecionalidad de las Partes.

En vista de que el Contrato es una asunción de transferencia de riesgos, la posición de la Corte Suprema, también, afecta a los Generadores quienes son la fuente de donde proviene la energía eléctrica. Por ello, recomendamos lo siguiente:

- a) Suplir la laguna de Derecho en la LCE estableciendo si los excesos de consumo de energía son “venta” o no. Determinar si cabe la posibilidad de un reconocimiento de “penalizaciones” en precios regulados, cuyo destino es el servicio público.
- b) Modificar el artículo 63 de la LCE, a fin de que los usuarios regulados puedan asumir aparte del costo de tarifa en barra y el VAD, los costos y sobrecostos por los excesos de consumo de energía.
- c) En caso, los Generadores sean quienes sí o sí deben asumir los costos por los excesos de consumo, el Estado debe brindarles una subvención económica, a fin de que la empresa afectada no sufra el perjuicio económico real que la ponga en riesgo y afecte, también, sus inversiones.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Aldana, J., & Matos Ortega, M. (2019). El contrato de suministro en el mercado libre de electricidad: Nociones generales y apuntes para su entendimiento. Revista de Derecho Administrativo, (18), 188-219. Recuperado a partir de

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22862>

Ariño. G. (2004, 15 de noviembre). Dictamen sobre el precio que debe aplicar a las ventas de energía en exceso de la contratada entre ELP y LDS. Madrid.

Balbín, Carlos. (2008). Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires: La Ley.

Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial. Heliasta S.R.L.

COES-SINAC (2004). Informe COES SINAC/DTR-118-2004. Valorización provisional de las transferencias de Energía Activa para Julio 2004. Lima, 7 de agosto de 2004

Código Civil. Decreto Legislativo N° 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú)

Congreso de la República. (2004, 20 de enero). D.U. N° 007-2004. Por la cual se resuelve contingencia en el mercado eléctrico originada por la existencia de empresas concesionarias de distribución sin contratos de suministro de electricidad. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2004, 20 de enero). Exposición de Motivos de D.U. N° 007-2004. Por la cual se resuelve contingencia en el mercado eléctrico originada por la existencia de empresas concesionarias de distribución sin contratos de suministro de electricidad. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2006, 08 de mayo). D.U. N° 007-2006, 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. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2006, 08 de mayo). Exposición de Motivos del D.U. N° 007-2006, 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. Diario Oficial El Peruano.

Constitución Política del Perú [Const], 29 de diciembre de 1993.

Corte Suprema. (2006). Casación N°46-06 Sullana. Publicado en El Peruano 04-12-2006

Dammert, A., Molinelli, F., & Carbajal, M. (2011). Fundamentos técnicos y económicos

del sector eléctrico peruano. Recuperado a partir de https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Libro_Fundamentos_Tecnicos_Economicos_Sector_Electrico_Pe ruano.pdf

Danós, J. (2004). Los Organismos Reguladores de Los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. *Revista Peruana de Derecho de La Empresa*, 57, 59–94. Recuperado a partir de <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wpcontent/uploads/2013/08/Peru-Organismos-Reguladores-de-los-Servicios-Publicos.pdf>

D.L N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas. Diario Oficial El Peruano (1992)

D.S. N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. Diario Oficial El Peruano (1993)

D.S. N° 054-2001-PCM, Aprueban Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía-OSINERG. Diario Oficial El Peruano (2001)

Diez Picazo, L. (1963). *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Editorial BOSCH.

Diez Picazo, L. (1998). *Instituciones del Derecho Civil: Vol II, Derechos reales*. Madrid: Tecnos.

Fernández Cruz, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, (19), 146-164. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17249>

Gómez, H. (2011). El procedimiento trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, (10), pp. 15 – 42. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13674>

- Herrero, F. (2001) ¿Desregulación o descontrol energético en California?. Revista Realidad Económica Bs.As. (Arg) núm. 179 mayo-junio de 2001. Recuperado por: <http://cdi.mecon.gov.ar/bases/docelec/iade/realecon/179bis.pdf>
- Huapaya, R. (2019). *El proceso contencioso administrativo*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. IUS ET VERITAS, 24(50), 368-397. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827/15382>
- Landa, C. (2014). La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. Themis. Revista de Derecho. Lima, (66), pp. 309-327.
- La Puente y Lavalle, M. (1996). La libertad de contratar. Themis. Revista de Derecho. Lima, (33), pp. 7-14. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11856/12424>
- Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (10 de abril de 2001). Normas Legales, N.º 7597. Diario Oficial El Peruano.
- Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje. (5 de enero de 1996). Diario Oficial El Peruano.
- Luyo, J. (2015). De las crisis a las Reformas regulatorias en el sector energía. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, (12), pp. 77 – 85.
- Ministerio de Energía y Minas. (1995, 10 de noviembre). Decreto Supremo N.º 35-95-EM. Por la cual precisan facultad conferida al Consejo Directivo de la Comisión de Tarifas Eléctricas para la regulación tarifaria. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio público. (2005). Dictamen N.º 498-2006-MP-FNI-7SCL.

Ministerio público. (2007). Dictamen N° 923-2007-MP-FN-FSC

Morón, J. (2017). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima. Editorial: Gaceta Jurídica, p. 83.

MORON, J. C.(2020). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS). LIMA. Gaceta Jurídica.

Okumura, P. (2015). El mercado mayorista de electricidad en el Perú. THEMIS: Revista de Derecho, 68, 261–277. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15598/16047>

O’Neill de la Fuente, C. (2005) “‘El cielo de los conceptos jurídicos’ versus la solución de problemas prácticos a propósito de la doctrina de los Actos Propios”. Revista Themis. Lima, número (51), pp. 43-55.

OSINERGMIN. (2002). Resolución N° 0826-2002-OS/CD, Reglamento del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería para Solución de Controversias.

Osterling, F. y M. Castillo Freyre. (2016). Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima. Palestra Editores.

Osterling, F. (1998). Obligaciones de la cláusula penal. En Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, p. 301-323.

Rubio, M. (2009). El sistema jurídico: Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial PUCP; pp. 1-346.

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.

Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia recaída en el expediente N° 3283-2003-AA/TC. 15 de junio de 2004. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>

Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia recaída en el expediente N° 2500-2003-AA/TC. 9 de agosto de 2004. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02500-2003-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia recaída en el expediente N° 03397-2006 AA/TC. 9 de abril de 2007. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03397-2006-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia recaída en el expediente N° 034-2004-PI/TC. 15 de febrero. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia recaída en el expediente N° 002-2006-PI/TC. 16 de mayo. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00002-2006-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia recaída en el expediente N° 3075-2006-PA/TC. 29 de agosto. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03075-2006-AA.html>

Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia recaída en el expediente N° 008-2003-AI/TC. 11 de noviembre. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Tribunal Constitucional.(2004). Sentencia recaída en el expediente N° 004-2004-AI/TC. 14 de mayo. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Resolucion.html>

Tribunal Constitucional.(2011). Sentencia recaída en el expediente N° 2175-2011 PA/TC. 20 de marzo. Recuperada de

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

Tribunal Constitucional.(2006). Sentencia recaída en el expediente N° 007-2006-PI/TC. 22 de junio. Recuperada de

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

Tribunal de Solución de Controversias. (2005). Resolución recaída en el expediente N° 19-2004-TSC-OSINERGMIN. 22 de abril.

Vargas, E. (2019). El procedimiento administrativo trilateral como mecanismo de solución de controversias en el sector eléctrico peruano. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 17, pp. 96 – 123.

Vidal Ramos, R. (2014). El "Mercader de Venecia; y las obligaciones con cláusula penal. *Advocatus*, (030), 349-363. Recuperado de:

<https://doi.org/10.26439/advocatus2014.n030.4295>

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*. Lima (30)2, pp. 227-239.

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

Lima, 25 de octubre de 2004.

VISTO:

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

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

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

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

CONSIDERANDO:

1. Posición de las partes.

1.1. De la Reclamante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. De la Reclamada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Puntos Controvertidos

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

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

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

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

3. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

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

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

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

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

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

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

Que, a propósito de lo prescrito por el artículo 62° de la Constitución¹, se ha sostenido por autorizada doctrina nacional que existe incompatibilidad entre el artículo 1355° Código Civil². y el artículo 62° Constitución³, y no ha faltado quien ha opinado que se ha derogado el artículo 1355° Código Civil⁴. Otro sector de la doctrina nacional, interpretando que con el artículo 62° de la Constitución se ha retornado a la teoría de los derechos adquiridos, rompiendo el esquema de los hechos cumplidos, reconocido por el artículo III del Título Preliminar. del Código Civil, ha propuesto la modificación del artículo 62° ya citado⁵. Sin embargo, en opinión que este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc comparte, se ha observado que “afirmar que la frase “no pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales”, abarca inclusive a las normas de orden público, importaría atribuir en el fondo a los contratos en general, el carácter de contratos-ley, no obstante no contarse con la participación directa del Estado, por intermedio de alguna de sus entidades, para brindar las correspondientes garantías y seguridades”⁶. Por ello, una interpretación atenta de estos modelos jurídicos impone una lectura restrictiva del artículo 62° de la Constitución, haciéndolo aplicable sólo al caso de las normas supletorias. Con ello, la coexistencia con el artículo 1355° del Código Civil sería posible, ya que esta última si se refiere a las normas imperativas⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que, siendo que la tarifa de energía eléctrica debe ser regulada por el Estado por el órgano señalado por la ley- hoy por OSINERG desde que fuera la Comisión de Tarifas de Energía le fue incorporada- resulta que conforme al inciso 4 del artículo 1º de la Ley General de Arbitraje, es una materia que no puede someterse a arbitraje dado que el mencionado inciso establece que no son arbitrables las controversias "... directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público" lo que es 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);

Que, la subcláusula 2.6 del Contrato precisa que:

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

Que, la subcláusula 4.4. del Contrato establece que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que, es imperativo aplicar este criterio “respecto de conductas judiciales y extrajudiciales”¹², por cuanto todo sujeto del proceso se halla ligado a sus actos anteriores, de los que no puede volver intempestivamente¹³. En efecto, este principio no puede ser extraño en un proceso como este. Por consiguiente, al quedar acreditado que las partes voluntariamente habían establecido un sistema de facturación de los excesos de energía, en el sentido que debe pagarse a costo marginal de corto plazo, sin ninguna limitación expresa en lo que a Tarifas de Barra se refiere y además que así fue pagado por Luz del Sur en ocho oportunidades, la reclamante no debería contradecir sus propios actos.

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

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

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

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

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

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

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

¹³ LOPEZ MESA, op. cit.

SE RESUELVE:

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

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

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

Sergio León Martínez
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Jorge Cardenas Bustíos
Miembro
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Juan Espinoza Espinoza
Miembro
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

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

Lima, 22 de abril de 2005

VISTA:

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

CONSIDERANDO:

I. PRINCIPALES ANTECEDENTES

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

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

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

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

Petitorio de Luz del Sur;

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

Petitorio de ELECTROPERÚ

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

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

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

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

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

II. ARGUMENTOS DE LOS APELANTES

Apelación de ELECTROPERÚ

Sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

OBJETO DE LA APELACIÓN

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

FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN

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

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

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

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

Apelación de Luz del Sur

Sustenta su posición principalmente en lo siguiente

OBJETO DE LA APELACIÓN

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

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA
 - Los Generadores tendrían incentivos para propiciar en los distribuidores los excesos de consumo de electricidad.
 - Permitir a las empresas generadoras vender energía (bajo el nombre de excesos de consumo) a un precio superior a la Tarifa en Barra perforaría el sistema de regulación de precios previstos en la LCE y en la regulación del OSINERG, lo que conllevaría al progresivo endeudamiento de las distribuidoras hasta su quiebra.

- LA REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD
 - La regulación no alcanza solamente a la contraprestación por el uso de las redes de transmisión y distribución, sino que abarca toda la cadena que va del generador al usuario final en el caso de ventas destinadas al servicio público de electricidad, quienes pagan un precio regulado, resulta inviable que el distribuidor cobre precios regulados si le venden energía a precios libres, también deben ser regulados.
 - La tarifa en Barra es el precio regulado que los distribuidores deben pagar a los generadores por la energía consumida, ello porque cuando los generadores suministran energía a los distribuidores para uso colectivo están prestando un servicio público.
 - La función reguladora de OSINERG respecto de las tarifas no sólo alcanza al precio de la potencia y energía sino a las demás estipulaciones contractuales aplicables a las relaciones generador-distribuidor y distribuidor-usuario del servicio público de electricidad, incluidos los sobrecostos, recargos y penalidades por exceso de consumo, según el Decreto Supremo No. 035-95-EM).
 - Las condiciones de aplicación de las Tarifas en Barra para las ventas de generador a distribuidor destinadas al servicio público de electricidad (las condiciones de aplicación), regulan los únicos cargos y penalidades que resultan aplicables a los suministros destinados al servicio público de Electricidad, Resolución 15-95-P/CTE, en ella se autoriza al generador a pactar penalidades sólo por el exceso de potencia contratada, mas no existe norma para los excesos de consumo de energía activa aun cuando si se permite las penalidades por energía reactiva.
 - De acuerdo con la LCE, el único valor que traslada el distribuidor al usuario es el precio que paga a su suministrador y añade, exclusivamente, su Valor Agregado de Distribución. En aplicación del principio de legalidad; la administración sólo puede hacer lo que la ley le permite, y en vista que no hay norma que se lo permita; no es posible pactar recargos, penalidades o precios distintos que excedan los máximos permitidos por la LCE, su reglamento – RLCE - y las condiciones de aplicación.

- NATURALEZA DE LA REGULACIÓN DE LAS TARIFAS ELÉCTRICAS.
 - Constituyen el mercado no regulado aquellas transacciones destinadas a personas distintas de los usuarios del Servicio Público de Electricidad (artículo 8 de la LCE, Anexo de la LCE numeral 8, artículo 43 inc. c) de la LCE, artículo 45 de la LCE) consecuentemente, todos los cargos,

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

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

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

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

OBJETO DE LA CONTESTACIÓN

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

FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN:

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

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

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

FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN:

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

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

- Luz del Sur asume que los costos marginales están por encima a los precios fijados para la tarifa en barra, no siempre es así, por ejemplo, lo ocurrido en marzo del 2002, que siguiendo la hipótesis de Luz del Sur, debió haberse reflejado en los usuarios, por una suerte de efecto espejo, lo cual hubiera significado que las tarifas de sus usuarios finales se hubiese reducido en ese mes; ya que el costo marginal estaba por debajo de la Tarifa en barra.
- Luz del Sur tiene la misma cláusula con otros suministradores (Edegel, Termoselva, Egenor y Eepsa) , dichas empresas han facturado a Luz del Sur por los excesos de energía bajo la modalidad que ha usado Luz del Sur; sin embargo, Luz del Sur no ha reclamado.
- Respecto al supuesto error de Luz del Sur al pagar las facturas pasadas, argumentan que no es una conducta eficaz ni válida por ir en contra de una norma de carácter público. Sin embargo, siguiendo al Dr. Santiváñez, estas normas no tienen carácter público, sino carácter de Derecho Privado y tiene la finalidad de incentivar a la empresa adquirente a hacer sólo los retiros de energía que contrato, y no 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 topes, está es la materia controvertida que ha sido reconocida por las partes de manera expresa. Lo cual supone un conflicto entre particulares que debe ser resuelto por la Administración Pública, encargada de ello, en este caso el Organismo Regulador, enmarcándose dentro de lo establecido en el artículo 219° de la LPAG siendo un procedimiento trilateral el cual se inicia según el artículo 219.2° de la misma norma, con la presentación ante la autoridad administrativa de una reclamación, que es lo que ha ocurrido;

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

Que, el artículo 1º 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 46º de su Reglamento General, OSINERG es competente para conocer las controversias que involucren generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres, que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG, que duda cabe que la presente controversia trata sobre una materia regulada, que es determinar hasta donde se debe aplicar la tarifa en barra para el Servicio Público de electricidad, independientemente que se señale que los exceso no están regulados, realizar esa aclaración es competencia del OSINERG, por que parte de analizar e interpretar el marco regulatorio del sector eléctrico en un tema vinculado a las tarifas que es de exclusiva competencia del OSINERG;

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

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

1.2. Reconocimiento jurisprudencial de la competencia del OSINERG

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

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

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

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

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

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

- Que las normas afectadas por el “síndrome de incompatibilidad” pertenezcan a un mismo orden jurídico; o que encontrándose adscritas a órdenes distintos, empero, estén sujetas a relaciones de coordinación o subordinación (tal el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).
- Que las normas afectadas por el “síndrome de incompatibilidad” tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material¹).
- Que las normas afectadas por el “síndrome de incompatibilidad” pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, que tengan homóloga equivalencia jerárquica.

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

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

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;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que, tal derecho garantiza:

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

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

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

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

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

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

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

Que, adicionalmente el Tribunal dijo:

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. PEDIDO DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 008

2.1. Efecto de la nulidad

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

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

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

2.2. Ausencia de motivación

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

Que del análisis efectuado por este Tribunal sobre este punto, se llega a la conclusión que en todo momento el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc a respetado el debido procedimiento, las partes han gozado de todos los derechos y garantías inherentes al procedimiento de la materia, han presentado los escritos que han considerado conveniente, se les ha dado el uso de la palabra para exponer sus argumentos, etc, por lo que atendiendo a la definición del debido procedimiento contenido en el Numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG², se ha cumplido con el mismo a cabalidad;

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

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

o no los convenza, pero si hay una motivación, la cual se encuentra dentro de lo que la doctrina acepte como tal³, por lo tanto no existe causal de nulidad;

2.3. Violación del Principio de Legalidad

Que, como aplicación del principio de legalidad de la función ejecutiva, los agentes públicos deben fundar todas sus actuaciones en la normativa vigente⁴.

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

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

3. RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC

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

3.1. Competencia del OSINERG y no regulación de los excesos

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

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

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

⁴ Idem, Pág. 26.

3.2. Teoría de los Actos Propios

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

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

3.3. Destino de los excesos

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

4. LOS EXCESOS

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

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

4.1. Análisis de la Primera Pretensión

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

precios, ello lo establece claramente los artículos 8°, 43° (c) y 45° de la Ley de Concesiones Eléctricas - LCE⁵.

4.2. Análisis de la Segunda Pretensión

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 43.- Estarán sujetos a regulación de precios:

a) La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3. Análisis de la Tercera Pretensión

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

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

SE RESUELVE:

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

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

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

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

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

Pedro G. Villa Durand
Miembro

Juan José Martínez Ortiz
Miembro

Álvaro P. González Peláez
Miembro

9

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD ENTRE ELECTROPERU Y LUZ DEL SUR

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

CLAUSULA PRIMERA : DEFINICIONES

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

CLAUSULA SEGUNDA : OBJETO

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

CLAUSULA TERCERA : VIGENCIA

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

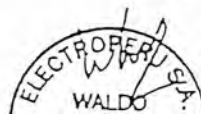
CLAUSULA CUARTA : TARIFA Y PRECIOS PARA EXCESOS DE CONSUMO

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

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

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

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



3

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

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

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

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

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

CLAUSULA QUINTA : FACTURACION Y PAGO

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

donde :

E_g = energía a facturar por LA GENERADORA a LA DISTRIBUIDORA

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

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

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

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

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



donde :

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

CLAUSULA SEXTA : PUNTOS DE ENTREGA

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



CLAUSULA SETIMA : CARACTERISTICAS TECNICAS

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

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

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

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

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

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

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

CLAUSULA OCTAVA : MEDICION

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

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

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



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

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

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

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

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

CLAUSULA NOVENA: COORDINACIONES OPERATIVAS

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

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

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



CLAUSULA DECIMA : GARANTIA

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

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

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

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

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

CLAUSULA DECIMO PRIMERA : FUERZA MAYOR

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

- i) incendios;
- ii) terremotos;



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

11.2 La parte directamente afectada por un evento de fuerza mayor 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



Handwritten initials and a signature mark.

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

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

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

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

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

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

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

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

CLAUSULA DECIMO TERCERA : RESOLUCION DEL CONTRATO

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



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

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

CLAUSULA DECIMO CUARTA : RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

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

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

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

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



CLAUSULA DECIMO QUINTA: CESION DE LA POSICION CONTRACTUAL

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

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

CLAUSULA DECIMO SEXTA : DOMICILIO

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

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

LA DISTRIBUIDORA : Jirón Zorritos 1301 Chacra Ríos - Lima

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

CLAUSULA DECIMO SEPTIMA: ANEXOS

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

Anexo N° 1 : Definiciones

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

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

Anexo N° 4 : Condiciones hidrológicas anormales

CLAUSULA DECIMO OCTAVA : DISPOSICIONES VARIAS

18.1 Modificación del Contrato

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



18.2 Ley Aplicable

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

18.3 Títulos

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

18.4 Invalidez Parcial

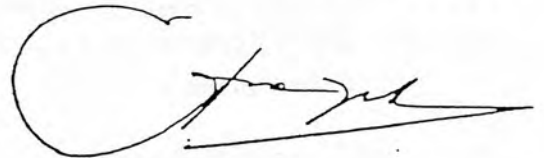
En caso de que alguna o algunas cláusulas o subcláusulas del Contrato fueran declaradas nulas, dicha nulidad no afectará a las restantes estipulaciones de Contrato.

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

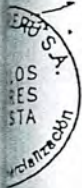
por LA GENERADORA



por LA DISTRIBUIDORA



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



H10

ANEXO N° 1

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

DEFINICIONES

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

R
K
S

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

ELECTROPERU S.A.
CARLOS
TORRES
TUESTA
Jefe de Comercialización

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



E-1777 328
Tomo I



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

A LA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE LIMA:

I. DEMANDANTE:

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

II. DEMANDADOS:

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

III. PETITORIO:

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

3.1. Primera pretensión principal. Nulidad.

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Pretensión accesoria de la primera principal. Ineficacia.

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

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

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

3.3. Segunda pretensión principal. Reconocimiento del derecho.

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

IV. VIA PROCEDIMENTAL:

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

V. COMPETENCIA:

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

VI. ADMISIBILIDAD:

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

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

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

VII. ¿DE QUÉ TRATA LA PRESENTE CONTROVERSIA?

Tema de Controversia

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

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

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

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

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

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

electricidad vendida¹, cuando sus destinatarios finales son los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

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

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

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

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

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

- Excesos de
- Energía

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

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

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

VIII. FUNDAMENTOS DE HECHO:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 8.6 El 12 de julio de 2004, ELECTROPERÚ remitió a LUZ DEL SUR el Informe Técnico Comercial CC-818-2004 del 9 de julio de 2004 (Anexo 1-N), al que adjuntó la Factura No. 005-4599 por el exceso de consumo de energía activa retirada por LUZ DEL SUR durante el mes de junio de 2004. En dicho documento, ELECTROPERÚ manifestó que el pago del exceso consumido por nuestra empresa debía facturarse no al valor de la Tarifa en Barra (es decir, el precio regulado) sino en función al “costo marginal de corto plazo” determinado por el COES para el mes de junio de 2004².

El costo marginal de corto plazo es un valor al cual se liquidan las transferencias de energía entre empresas generadoras, el cual no guarda relación alguna con la Tarifa en Barra. En “años secos”, como fue el caso del 2004, en el que hubo una severa sequía, el costo marginal se incrementa fuertemente, porque se determina por el costo de operación de centrales obsoletas, operadas con diesel, que resultan extremadamente caras. Por el contrario, la Tarifa en Barra representaba un precio promedio de los costos de electricidad en un horizonte de cuatro años³. Justamente se utiliza la figura del “precio promedio” para evitar que los usuarios del Servicio Público de Electricidad se vean afectados en épocas de sequía con la volatilidad de los costos marginales.

² 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”.

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

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

- 8.7 El 20 de julio de 2004 LUZ DEL SUR remitió a ELECTROPERÚ la Carta LE-305/2004 (Anexo-Ñ), mediante la cual procedió a devolver la Factura No. 005-4599, por considerar que los excesos de consumo, al tener como destinatarios a los usuarios regulados, debían facturarse a la Tarifa en Barra⁴.
- 8.8 Por tratarse de una materia regulatoria, frente a la cual OSINERG tiene competencia administrativa, nuestra empresa interpuso la correspondiente reclamación ante el Cuerpo Colegiado de OSINERG, a través de un procedimiento de solución de controversias, a efectos de que dicho organismo declare, como solicitamos en nuestro petitorio:

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

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

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

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

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

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

IX. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

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

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

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

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

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

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

c) Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad”
(resaltado agregado).

9.4 El artículo 45° de la LCE agrega que:

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

9.5 No cabe duda que las normas citadas precedentemente son de orden público y, por tanto, de carácter imperativo. Respecto de ellas no es posible pactar en contrario, de conformidad con lo establecido en los artículos V del Título Preliminar⁵ y 1354⁶ del Código Civil.

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

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

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

“4.1 Los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán, con arreglo a Ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas⁷ para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio

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

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

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

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

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

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

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

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

Ciertamente no. Una interpretación sistemática⁸ que no se quede en una lectura aislada de la subcláusula 4.4 del Contrato, sino que la integre con

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

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

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

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

Así pues, si un contrato puede ser interpretado de una forma que determine su validez (i.e. precio igual al costo marginal en la medida que no exceda la Tarifa en Barra) y de otra que determine su invalidez (costo marginal sin tope alguno), deberá preferirse la primera interpretación antes que la segunda. Como explica Ordoqui Castilla⁹, citando a Pothier:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“... que la facultad conferida al Consejo Directivo de la Comisión de Tarifas Eléctricas¹¹, 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

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

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

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

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

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

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

8
Sin embargo, las Condiciones de Aplicación no contemplan la posibilidad de que se cobren penalidades por los excesos de energía activa, por lo que debe entenderse –por ser una norma de Derecho Público– que es imposible para las partes pactar libremente esta clase penalidades cuando se trata de un supuesto no contemplado en la regulación¹².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 10.- Causales de nulidad

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

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

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

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

¹³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

X. CONCLUSIONES:

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

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

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

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

XI. MEDIOS PROBATORIOS:

Ofrecemos en calidad de medios probatorios los siguientes documentos:

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

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

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

XII. ANEXOS:

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

POR LO EXPUESTO:

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

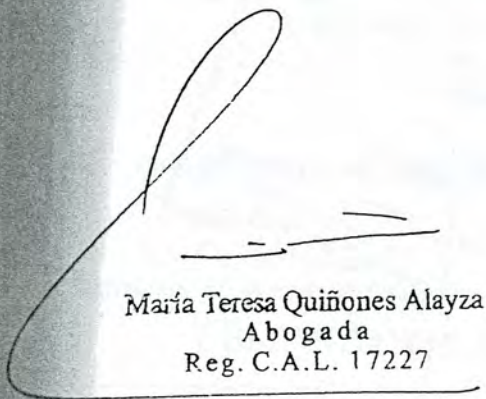
PRIMER OTROSI DECIMOS: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 80° del Código Procesal Civil y 290° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, otorgamos poder a los abogados Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, María Teresa Quiñones Alayza, José Tam Pérez, Luis Bedoya Escurra, Renzo Carrasco Domhoff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

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

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

TERCER OTROSI DECIMOS: Adjuntamos la tasa judicial correspondiente.

Lima, 21 de junio de 2005



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



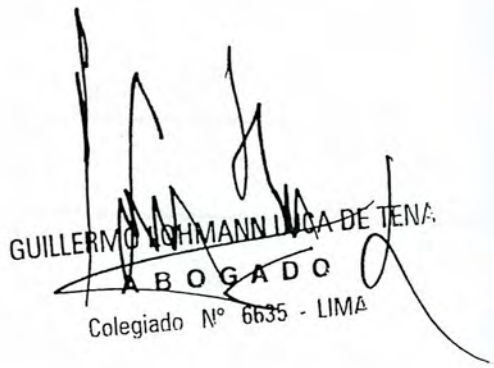
LUIS BEDOYA ESCRRA
ABOGADO
Reg. C.A.L. 27917



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



JOSE TAMAYO
ABOGADO
Reg. CAL. 263



GUILLERMO SCHMANN
ABOGADO
Colegiado N° 6635 - LIMA

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

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

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

I. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA CONTESTACION:

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

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

yy

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

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

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

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

Juy

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

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

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

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

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

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

Juy

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

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

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

Juy

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

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

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

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

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

July

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

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

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

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

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

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

July

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

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

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

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

1.4 La materia controvertida objeto del presente proceso judicial contencioso administrativo

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

Juy

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

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA CONTESTACION:

2.1 Operación del sector eléctrico en el Perú

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

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

Juy

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

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

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

El precio máximo que las empresas distribuidoras pagan a las empresas generadoras por venta de electricidad para atender el Servicio Público de

Juy

Electricidad es la denominada "Tarifa en Barra", que es fijada por OSINERG (precio regulado). Asimismo, las empresas distribuidoras suministran electricidad a los usuarios finales del Servicio Público de Electricidad y por dicho suministro cobran a los usuarios también un precio regulado (Tarifa) que también es fijado por OSINERG. Este último precio regulado está conformado por el precio de la Tarifa en Barra más el llamado "Valor Agregado de Distribución" (VAD), que permite a las empresas concesionarias de distribución eléctrica obtener una ganancia en su negocio.

En razón del despacho económico del Sistema explicado anteriormente, es posible y legalmente válido, que una empresa generadora no "inyecte" electricidad en un periodo determinado y que, sin embargo, tenga clientes (libres o empresas distribuidoras) con quienes mantiene contratos de suministro de electricidad y cumpla con las obligaciones contractuales derivadas de dichos contratos, siendo indiferente para sus clientes si el generador con el cual ha contratado está produciendo electricidad o no lo está haciendo.

Lo anterior determina que cada empresa generadora deba comprar o vender energía de las demás empresas generadoras y viceversa al interior del COES para satisfacer las obligaciones contractuales de suministro de electricidad libremente asumidas con sus respectivos clientes. Esta compra venta entre los generadores es lo que se denomina "Transferencias en el COES entre Generadores" o, también, "Transferencias en el Mercado Spot". El precio de las transferencias de energía entre generadores se encuentra expresamente previsto en la LCE y equivale al "costo marginal de corto plazo" de la energía en el Sistema, del que hemos venido hablando precedentemente².

¹ Clientes con una demanda de potencia superior a 1,000 KW que pueden ser contratados directamente con el generador o la respectiva empresa distribuidora al precio y demás condiciones que las partes fijen libremente.

² El "Costo Marginal de Corto Plazo" equivale al costo variable de operación de la última central que sea necesario operar para abastecer el consumo total del Sistema en un periodo determinado. Dicho costo es establecido por el COES para cada barra del Sistema cada quince minutos.

Juy

Es así, que una empresa generadora de electricidad adquiere la energía que requiere para atender la demanda de sus respectivos clientes (libres o empresas distribuidoras) en el mercado spot del COES, pagando por dicha energía a los generadores que la "inyectaron" al Sistema un precio equivalente al "costo marginal de corto plazo" que determine el COES.

Como consecuencia de lo anterior, si el precio estipulado en el contrato de suministro (ya sea el precio libre o la Tarifa en Barra) es superior al "costo marginal de corto plazo" el generador obtendrá una ganancia, mientras si dicho "costo marginal de corto plazo" es superior al precio pactado en el respectivo contrato, el generador obtendrá una pérdida. Así, una empresa generadora puede decidir libremente qué cantidad de energía considera conveniente vender para el mercado regulado (a empresas distribuidoras para el Servicio Público de Electricidad), qué cantidad para el mercado libre o qué cantidad en el mercado spot, asumiendo el generador los riesgos propios de dicha decisión.

En el caso del Contrato, como se hace evidente de sus cláusulas, Electroperú se comprometió frente a Luz del Sur a suministrarle un máximo de 420 MW para el mercado regulado (Servicio Público de Electricidad).

2.2 Normas legales que regulan la contratación y el sistema de precios entre generadores y distribuidores

La división del mercado eléctrico en generación, transmisión y distribución de electricidad respondió a la finalidad de desarrollar un mercado competitivo que beneficiara a los consumidores con un mayor oferta de energía al menor precio posible, favoreciendo, a la vez, el crecimiento del mercado a través de la promoción de las inversiones en el mismo³.

³ Sobre este punto, es ilustrativo el artículo 122° de la LCE que dispuso que las actividades de generación, transmisión y de distribución de energía eléctrica no podrían efectuarse por un mismo titular o por

July

En concordancia con lo anterior, el artículo 8° de la LCE señaló que la Ley prevería un régimen de libertad de precios para los suministros de energía que puedan efectuarse en condiciones de competencia y, a su vez, un sistema de precios regulado aplicable sólo a aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran⁴.

Así, conforme a la LCE se establecieron ámbitos en los cuales prima la autonomía privada, donde generadores, transmisores y distribuidores pueden negociar libremente los precios por los servicios que prestan, y ámbitos en los cuales los generadores, transmisores y distribuidores deben sujetarse a los precios establecidos de acuerdo a los mecanismos técnicos impuestos por la Ley y fijados por el organismo regulador de las tarifas en el Sector Eléctrico, en este caso el OSINERG.

Uno de los ámbitos que la LCE decidió someter primordialmente a la autonomía privada es el de la generación de la electricidad, no existiendo norma alguna que obligue a un generador a colocar la energía en un ámbito determinado. Esto se refleja, en el hecho de que, conforme a la LCE y su Reglamento, las reglas a las que está sometida la actividad de generación eléctrica en cuanto al suministro de electricidad sean únicamente las siguientes:

- a) Cuando una empresa generadora decide voluntariamente vender electricidad a una empresa distribuidora para que la misma sea destinada al Servicio Público de Electricidad, el precio que

quien ejerza directa o indirectamente el control de éste. Dicha norma tuvo por finalidad que los participantes del mercado satisficieran sus necesidades en función de la oferta y demanda.

⁴ Artículo 8.- "La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley (...)"

juj

la Ley
gía que
ema de
uraleza

rima la
pueden
s en los
e a los
por la
éctrico,

te a la
stiendo
ámbito
E y su
eración
te las

vender
na sea
o que

antes del

puedan
ue por su
V de la

obligatoriamente rige esa venta es un precio tope constituido por la Tarifa en Barra fijada por OSINERG⁵.

- b) Cuando una empresa generadora comercializa la electricidad en el denominado mercado spot entre generadores, el precio que obligatoriamente rige esa operación es el "costo marginal de corto plazo" que es determinado por el COES⁶.
- c) La cantidad total de electricidad que los generadores pueden vender a sus clientes libres o empresas distribuidoras no puede ser mayor a la que el propio generador puede generar adicionando a ello la que tenga contratada con terceros⁷.

Todos los demás aspectos de la actividad de generación en cuanto al suministro de energía se encuentran, repetimos, no sujetos a regulación, sino que están dentro del ámbito de la autonomía privada de las partes.

Con carácter general, el caso de los distribuidores de electricidad es distinto al de los generadores: su actividad se encuentra primordialmente regulada.

A diferencia de los generadores, los distribuidores sí tienen la obligación de suministrar electricidad a los usuarios finales del Servicio Público de Electricidad que se la soliciten, conforme lo dispone el artículo 34 a) de la LCE, y esta electricidad debe ser cobrada a dichos usuarios a un precio regulado (Tarifa aprobada por OSINERG⁸). Asimismo, los distribuidores tienen la obligación legal de prever la demanda de electricidad futura de sus clientes dentro de su zona de concesión y de tener contratos vigentes con

⁵ Los artículos 43 c) y 45 de la LCE señalan que estarán sujetas a regulación de precios las ventas de energía de generadores a distribuidores destinadas al Servicio Público de Electricidad, las que se efectuarán a Tarifa en Barra.

⁶ El artículo 43 a) de la LCE señala que estará sujeta a regulación de precios la transferencia de potencia y energía (electricidad) entre generadores, los que serán determinados por el COES.

⁷ Artículo 101 del Reglamento de la LCE (D.S. 009-93-EM).

⁸ Artículo 43 c) de la LCE.

juj

empresas generadoras que le garanticen la totalidad de dicho requerimiento para los siguientes 24 meses como mínimo⁹.

Esto es así por que, de acuerdo con la concepción de la LCE, la actividad de generación se realiza principalmente en condiciones de competencia, mientras que la actividad de distribución no¹⁰.

Como puede apreciarse, en el sector eléctrico nos encontramos frente a un doble régimen jurídico derivado de la propia LCE. Por un lado, el régimen de autonomía privada y libertad de precios en los ámbitos en los cuales las partes puedan actuar en el marco de la libre competencia; y por otro, el régimen sujeto a regulación tarifaria allí donde la naturaleza del suministro lo requiere; tal como es el caso de la venta o suministro de energía destinada al Servicio Público de Electricidad.

2.3 **El suministro de electricidad entre una empresa generadora y una empresa distribuidora no está sujeta al derecho público ni se rige por el principio de legalidad administrativa, como erróneamente señala Luz del Sur**

La demandante pretende fundamentar su demanda en dos argumentos: (i) que la actividad de generación eléctrica y la comercialización de electricidad entre un generador y un distribuidor constituyen un servicio público sujeto al derecho público y al principio de legalidad, por lo que las partes no pueden pactar lo que la ley no les ha autorizado expresamente, como es la facturación a "costo marginal de corto plazo" por los retiros en exceso prevista en la Cláusula 4.4 del Contrato; y, sin perjuicio de lo anterior, (ii) que los retiros de energía en exceso de la contratada para el Servicio Público de Electricidad

⁹ Artículo 34.- Los concesionarios de distribución están obligados a:

- a) Dar servicio a quien se los solicite dentro de su zona de concesión.
- b) Tener contratos vigentes con empresas generadoras que le garanticen su requerimiento total de potencia y energía (electricidad), por siguientes 24 meses como mínimo.

¹⁰ El artículo 30 de la LCE establece que la concesión de distribución de Servicio Público de Electricidad en una zona determinada será **exclusiva** para un solo concesionario.

July

constituirían una venta voluntaria bajo el Contrato de suministro, por lo que les resulta aplicable el precio regulado constituido por la Tarifa en Barra.

Respondiendo el primero de los argumentos de Luz del Sur, debemos señalar que la comercialización de electricidad entre generador y distribuidor no está sujeta al derecho público, ni mucho menos le resulta aplicable el principio de legalidad administrativa.

El principio de legalidad, consagrado en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), se refiere al hecho de que las entidades administrativas sólo pueden actuar en virtud de lo expresamente permitido por la ley. Luz del Sur considera que el principio de legalidad es aplicable al Contrato en cuanto a los retiros en exceso, por cuanto el numeral 8 del Artículo I del Título Preliminar de la LPAG establece que las personas jurídicas que prestan servicios públicos son "entidades administrativas" sujetas a la LPAG, considerando erradamente como sujeta al régimen del derecho público a la comercialización de electricidad por parte de las generadoras a las distribuidoras para la atención por éstas del Servicio Público de Electricidad.

El artículo I del Título Preliminar de la LPAG determina el ámbito de aplicación de dicho cuerpo legal identificando cuáles son los sujetos de derecho obligados a procedimentalizar sus declaraciones de voluntad y seguir los preceptos generales de la actuación gubernativa¹¹. Así, la norma indicada establece que la LPAG es de aplicación a todas las "entidades de la Administración Pública" y, seguidamente, enumera qué entidades son consideradas como tales.

La enumeración de entidades consideradas como parte de la Administración Pública sólo tiene efectos en la medida en que la LPAG sea aplicable. Por

¹¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Pág. 18.

tanto, no convierte o transforma a las entidades consideradas como parte de la Administración Pública en el artículo I del Título Preliminar de la LPAG en "entidades administrativas" en todos sus aspectos.

En el caso de las personas jurídicas que prestan servicios públicos, debemos aclarar que la LPAG sólo las considera "entidades administrativas" en tanto se encuentren cumpliendo una función administrativa. MORÓN explica que "si tales entidades ejercen función administrativa dictan actos administrativos, están sujetos a controles administrativos es propio que les sean aplicadas las normas del procedimiento administrativo."¹².

Asimismo, el mencionado autor precisa que la aplicación de la LPAG a las personas jurídicas prestadoras de servicios públicos --y en consecuencia, la aplicación del Principio de Legalidad-- se circunscribe a la relación del prestador del servicio público con los usuarios¹³.

Así, por ejemplo, Luz del Sur actúa como una entidad administrativa al resolver en primera instancia los reclamos formulados por los usuarios del Servicio Público de Electricidad. En el resto de sus actividades Luz del Sur es una persona jurídica de derecho privado que no se rige por el Principio de Legalidad sino que debe respetar las normas imperativas que regulan su actividad y, en los ámbitos no regulados, se rige por la autonomía de la voluntad.

Electroperú, en cambio, no tiene vinculación alguna con los usuarios del Servicio Público de Electricidad. Siendo esto así, es evidente que Electroperú en lo que a este aspecto se refiere no puede considerarse en ningún caso una "entidad de la Administración Pública" como pretende la demandante y, en consecuencia, la LPAG no le es aplicable.

¹² Ibidem, pág. 19.
¹³ Ibidem, pág. 20.

juj

juj

Asimismo, Luz del Sur olvida que, de acuerdo con el artículo 2° de la LCE, el único servicio que califica como servicio público es el "Servicio Público de Electricidad". Dicho servicio se encuentra constituido por el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo que realizan las empresas distribuidoras a los usuarios finales¹⁴.

Resulta absurdo que Luz del Sur pretenda atribuir a Electroperú la calidad de prestador del Servicio Público de Electricidad cuando ni siquiera la propia ley lo hace. Si bien la LCE regula los precios de la energía que el generador vende voluntariamente al distribuidor para el Servicio Público de Electricidad, ello no implica que el generador sea un prestador de dicho servicio.

Como ya lo hemos explicado, en la medida en que la venta de energía se encuentre destinada al Servicio Público de Electricidad, el generador deberá respetar la regulación tarifaria impuesta por OSINERG, caso contrario, la cadena de suministro se sujeta a la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, ha sido desvirtuado el primer argumento de la demanda de Luz del Sur, habiendo quedado establecido que la actividad de generación y la comercialización de electricidad entre un generador y un distribuidor no está regulada por el derecho público ni por el principio de legalidad administrativa.

2.4 La correcta interpretación del Contrato. El retiro en exceso no es una venta voluntaria de electricidad sino un incumplimiento del Contrato, por lo que no está sujeto a regulación tarifaria

Como segundo argumento de la demanda, Luz del Sur señala que los retiros de energía en exceso de la contratada para el Servicio Público de Electricidad constituirían una venta voluntaria bajo el Contrato de suministro, por lo que

¹⁴ Artículo 2.- Constituye Servicio Público de Electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establezca el Reglamento. El

July

les resulta aplicable el precio regulado constituido por la Tarifa en Barra. Sin embargo, demostraremos que en este segundo argumento Luz del Sur también se equivoca.

a) El Contrato

Como hemos señalado en los fundamentos de hecho de la presente contestación de demanda, el 16 de mayo de 1997 Electroperú y Luz del Sur suscribieron un Contrato de Suministro, a través del cual Electroperú vendía y se obligaba a poner a disposición y entregar a Luz del Sur una cantidad determinada de electricidad (420 MW). Es decir, las partes acordaron que el suministro objeto del contrato estaba constituido por dicho límite máximo contratado.

En el numeral 2.3 de la misma cláusula segunda, las partes pactaron que Electroperú no estaría obligada a suministrar más electricidad que la contratada. En caso el consumo de energía por parte de Luz del Sur excediera la contratada --sin perjuicio del cobro convenido en los numerales 4.3 y 4.4 del Contrato-- Electroperú podría, entre otras facultades, "resolver el contrato por incumplimiento" de Luz del Sur.

En la cláusula 2.6 las partes establecieron que Luz del Sur utilizaría el suministro objeto del Contrato (detallado en la cláusula segunda) exclusivamente para la atención de sus clientes a precio regulado. Es decir, Luz del Sur debía destinar sólo los 420 MW objeto del Contrato al Servicio Público de Electricidad.

Por último, las partes acordaron que por el suministro materia del contrato, Luz del Sur debía pagar la Tarifa en Barra fijada por OSINERG; y, en la cláusula 4.4, pactaron que por los retiros en exceso de la energía contratada

Handwritten signature

(lo cual constituía un incumplimiento contractual) Luz del Sur debía pagar a Electroperú el costo marginal a corto plazo determinado por el COES.

- b) Correcta interpretación del Contrato, de acuerdo a la común intención de las partes y a lo expresado por ellas en el mismo

Como resulta evidente de una simple lectura de los acuerdos adoptados por las partes en el Contrato de Suministro y que han sido detallados en el literal a) precedente, Electroperú acordó vender, poner a disposición y entregar a Luz del Sur una cantidad determinada de electricidad. Ello se acuerda de manera expresa en la cláusula segunda del Contrato, específicamente en los numerales 2.1 y 2.2 de dicha cláusula, en los cuales se establece el límite máximo objeto de suministro. Sobre dicho límite, ni Electroperú se encontraba obligada a suministrar ni Luz del Sur estaba obligada a ser suministrada.

No obstante ello y teniendo en cuenta la imposibilidad de evitar que un distribuidor retire más energía de la contratada (de acuerdo a como funciona el Sistema, ya que los distribuidores se encuentran directamente conectados a éste a través de sus propias instalaciones), las partes acordaron que si Luz del Sur incumplía el Contrato y retiraba energía en exceso de la contratada, debía asumir el mayor costo que ello podría implicar; es decir, debía pagar el costo que dicha energía retirada en exceso tiene en el mercado mayorista entre generadores (mercado spot), que no es otro que el "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES, sin condicionamientos de ningún tipo.

De lo expuesto se desprende que el Contrato regula claramente dos conceptos distintos: la venta de una cantidad determinada de electricidad para el Servicio Público de Electricidad (suministro objeto del Contrato); y el retiro en exceso de dicha electricidad contratada sin importar el destino de la misma (incumplimiento contractual).

juj

No es posible interpretar el Contrato de manera distinta a lo que claramente se desprende del propio texto del mismo. No es posible afirmar que los retiros en exceso de la energía contratada son ventas de energía, cuando en el propio contrato las partes los han considerado y regulado como incumplimiento contractual.

Cabe precisar que si Electroperú no hizo uso de su derecho a resolver el contrato por el incumplimiento de Luz del Sur al efectuar retiros en exceso de la energía contratada, ello no determina que los retiros en exceso no constituyan efectivamente un incumplimiento contractual. Recordemos que conforme lo dispone el artículo 1428 del Código Civil, ante el incumplimiento del Contrato, Electroperú puede solicitar el cumplimiento o la resolución del mismo y, en uno u otro caso, el pago del eventual perjuicio que pudiera ocasionar a Electroperú el incumplimiento de Luz del Sur, situación que, en este caso, se reguló a través de la cláusula 4.4 del Contrato.

Por último, también debe agregarse lo dispuesto en la cláusula 2.6 que hemos mencionado anteriormente, a través de la cual las partes acordaron que la energía contratada debía ser destinada exclusivamente al Servicio Público de Electricidad (y por eso cobra por ella la Tarifa en Barra), mientras que respecto a los retiros en exceso de la energía contratada no se les asignó ningún destino específico (y por eso las partes establecieron que si ello llegase a ocurrir, Luz del Sur debía pagar el "costo marginal de corto plazo").

La interpretación del Contrato que efectúa Luz del Sur a lo largo de su escrito de demanda carece de sentido, pues ¿cuál sería la lógica de hacer una distinción entre electricidad contratada y retiros en exceso, si ambos conceptos serían considerados como ventas a Tarifas en Barra? En el mismo orden de ideas, si las partes no habrían hecho una distinción entre ambos conceptos conforme hemos demostrado, ¿por qué habrían suscrito una adenda al Contrato de suministro a fin de incrementar la cantidad de electricidad

luz

contratada de 370 MW a 420 MW, si cualquier retiro en exceso hubiera sido considerado venta objeto del Contrato a Tarifa en Barra?

Como se puede apreciar, la interpretación del Contrato propuesta por Luz del Sur no soporta ningún análisis y es contraria al texto expreso del Contrato y a la común intención que tuvieron las partes al suscribirlo.

c) Los retiros en exceso no son venta

La tendenciosa interpretación del Contrato que pretende Luz del Sur es consecuencia de considerar a los retiros en exceso de la energía contratada como "ventas". Sin embargo, esta última interpretación no es posible, conforme exponemos a continuación.

En primer lugar, de acuerdo a lo expuesto en el literal b) precedente, el propio Contrato hace la distinción, en su cláusula segunda, entre venta de electricidad y retiros en exceso de dicha electricidad. En efecto, en dicha cláusula se establece que es objeto del Contrato la venta, la puesta a disposición y la entrega de electricidad hasta 420 MW; y cualquier retiro en exceso sobre dicha cantidad es considerado incumplimiento contractual, por el cual debe pagarse el "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES.

En tal sentido, lo estipulado en la cláusula 2.6 del Contrato respecto al destino de la electricidad contratada, sólo puede ser interpretado tal y como la letra del Contrato lo indica: la electricidad objeto del suministro del Contrato debe ser destinada al Servicio Público de Electricidad, sin hacer referencia alguna al destino de los retiros en exceso, los cuales contrario sensu pueden tener cualquier destino.

En segundo lugar, la definición que se le ha de dar al concepto "venta" debe ser aquel legalmente establecido, pues nos encontramos ante una controversia

Juy

respecto a la interpretación legal de un contrato. En tal sentido, la definición que otorga Luz del Sur, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es un buen punto de partida pero incompleta, pues ella debe ser complementada con la definición legal de la figura contractual.

Al respecto, es importante tener en consideración lo dispuesto por el artículo 1529 del Código Civil, el cual establece expresamente que "[p]or la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero" (El subrayado es agregado). Más específicamente respecto al contrato de suministro, el Código Civil dispone, en su artículo 1604, que "[p]or el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar a favor de otra persona, prestaciones periódicas o continuadas de bienes" (el subrayado es agregado).

Como resulta evidente de las normas antes indicadas, para que pueda establecerse que las partes han efectuado una venta o suministro, el que vende o suministra (en este caso Electroperú) debe haberse obligado a ello. De acuerdo a lo establecido en el Contrato, Electroperú se obligó únicamente respecto a las cantidades fijadas en su cláusula segunda (y, posteriormente, en la primera adenda al Contrato de fecha 12 de diciembre de 2000). Es más, conforme señalamos anteriormente, la electricidad contratada constituía el límite máximo de la obligación de suministro de Electroperú. Por encima de dicho límite máximo, cualquier retiro efectuado por Luz del Sur sería considerado un exceso de la energía contratada y, por tanto, incumplimiento contractual.

En tal sentido, no es posible afirmar, como lo hace Luz del Sur, que los retiros en exceso de la energía contratada --sobre los cuales no existe una obligación de Electroperú de vender, poner a disposición y entregar, conforme a lo expresamente pactado por las partes en la cláusula segunda del Contrato-- han sido objeto de venta a través de dicho Contrato, pues a lo largo del mismo las partes le han otorgado un tratamiento diferenciado a ambos

July

conceptos, otorgándole a uno la calidad de venta para el Servicio Público de Electricidad (según lo expuesto expresamente en la cláusula 2.6 del Contrato) y al otro, la calidad de incumplimiento contractual, por el cual debe pagarse a Electroperú el "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES.

Adoptar como válida la tesis de Luz del Sur implicaría reconocer que podría existir una venta unilateral en la cual el comprador (en este caso Luz del Sur) es quien determina los términos del contrato.

Ello no es posible por dos razones. La primera es que según la definición legal de compraventa prevista en nuestro Código Civil, el vendedor es quien se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra persona. Por ello, no puede ser esta otra persona (el comprador) quien determine a qué está obligado el supuesto vendedor sin su consentimiento, o más precisamente, en contra de lo expresamente acordado, ya que en este caso las partes calificaron a los retiros en exceso como incumplimiento contractual, diferenciándolos de los volúmenes de electricidad efectivamente contratada (vendida).

En segundo lugar, cabe destacar que una de las características principales de todo contrato y, en particular, del contrato de compraventa y de suministro, es el consentimiento de las partes que intervienen en el mismo, requisito sin el cual, el contrato carece de validez.

Al respecto, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle señala que:

"El contrato es, como se ha dicho anteriormente, un acto jurídico plurilateral. Consecuentemente, para la validez del contrato se requieren los mismos requisitos que para la validez de los actos jurídicos, pero se le agrega uno más, que es característico del contrato: el consentimiento.

En efecto, sin consentimiento no puede haber contrato (...) por la esencia de éste el acuerdo de voluntades, o sea el consentimiento.

juj

(...) conviene hacer la advertencia, aunque resulte repetitiva, que todo contrato, cualquiera que sea su naturaleza o calificación, cualquiera que sea la obligación que engendre para una o ambas partes, supone el consentimiento de las mismas."¹⁵ (El subrayado es agregado).

De acuerdo al texto citado y a lo expresamente pactado por Electroperú y Luz del Sur en el Contrato, no es posible sostener, como pretende Luz del Sur, que los retiros en exceso están dentro del concepto de venta y, por tanto, deben estar sujetos a regulación por el OSINERG.

d) Los retiros en exceso no están sujetos a regulación tarifaria

Como hemos señalado, los retiros en exceso no son ni pueden ser considerados como "venta", tanto en virtud de los propios términos del Contrato, como por carecer de los elementos esenciales para su validez.

En tal sentido, al no poder ser considerados como venta, los retiros en exceso no pueden estar sujetos a la regulación de precios impuesta por OSINERG, pues como ya hemos detallado, y como lo ha afirmado la propia demandante, de conformidad con lo dispuesto por el literal c) del artículo 43 de la LCE, solo están sujetas a regulación de precios "Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad" (el subrayado es agregado).

En el mismo sentido, el artículo 45 de la LCE establece que "Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra" (El subrayado es agregado).

De acuerdo a ello resulta evidente que si no son ventas, como ha quedado plenamente acreditado, los retiros de energía en exceso de la energía contratada no están sujetos a regulación tarifaria y, por tanto, el pacto

¹⁵

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del Contrato Privado. Tomo I. Cultural

July

July

contenido en el Contrato de Suministro (a través del cual las partes acordaron que por el incumplimiento contractual consistente en retirar más energía que la contratada voluntariamente, Luz del Sur debía pagar el costo marginal de corto plazo determinado por el COES) es plenamente válido y debe ser respetado por ambas partes.

Asimismo, como también ya lo hemos indicado, la LCE establece que son las distribuidoras las que tienen la obligación legal de prever la demanda futura de sus usuarios del Servicio Público de Electricidad y la obligación legal de tener suscrito contratos de suministro vigentes con empresas generadoras que garanticen la totalidad de dicha demanda para los próximos 24 meses como mínimo. Es decir, si una empresa distribuidora se encuentra en la situación de no tener contratos de suministro vigentes para la totalidad de la demanda de sus usuarios, ello genera, conforme a la LCE, un incumplimiento de sus obligaciones legales y, por tanto, son las distribuidoras las que deben asumir el riesgo y los perjuicios de tal incumplimiento.

Distribución de riesgo entre los generadores y distribuidores.

Así, si por un lado las generadoras asumen el riesgo de pérdida o ganancia por la diferencia entre la Tarifa en Barra y el "costo marginal de corto plazo" por la electricidad que deciden libremente vender al mercado regulado; las distribuidoras son las que deben asumir el riesgo de no prever con anticipación la demanda de sus usuarios y de no tener contratada toda la electricidad (potencia y energía) que necesiten para atenderla, debiendo pagar a los generadores por los perjuicios que ocasionan con los retiros en exceso de la electricidad contratada.

En efecto, conforme hemos expuesto, las generadoras pueden, a su elección, vender su electricidad tanto a clientes libres, como a clientes regulados o a otros generadores en el mercado spot. El precio para cada uno de estos mercados es distinto. Por ello, cuando un distribuidor retira más energía del Sistema que aquella efectivamente contratada con un generador, está

retirando energía que no le estaba destinada originalmente por el generador, por lo que los distribuidores deben pagar lo que dicha energía cuesta en el Sistema, que es el "costo marginal de corto plazo" fijado por el COES, que es el precio pactado para este efecto de común acuerdo entre las partes por el Contrato.

Esa es la lógica de la cláusula 4.4 del Contrato, pues Electroperú sólo se está obligando a suministrar a Luz del Sur un límite máximo de electricidad, que representa el límite máximo por el cual Electroperú está dispuesta a asumir el riesgo que, potencialmente, implica la diferencia que puede existir entre la Tarifa en Barra y el "costo marginal de corto plazo". La energía retirada por Luz del Sur en exceso de aquel límite máximo, obligaría a Electroperú a adquirir tal energía de otros generadores en el mercado spot también al "costo marginal de corto plazo" para atender el mayor retiro de Luz del Sur o, en caso Electroperú cuente con dicha energía en exceso, importaría que Electroperú deje de venderla en el mercado spot o en el mercado libre, cobrando por dicha energía el "costo marginal de corto plazo" o incluso un precio mayor.

Por ello, el incumplimiento contractual de Luz del Sur de retirar más energía que aquella contratada, debe ser asumido por Luz del Sur pagando a Electroperú el "costo marginal de corto plazo" por dicha energía, sin que tal incumplimiento pueda considerarse una "venta" dentro del marco del Contrato. Ese es el acuerdo que adoptaron libre y válidamente las partes y, por tanto, debe ser respetado por Luz del Sur, conforme ha expuesto OSINERG en la resolución del TSC impugnada por Luz del Sur.

e) El destino de los retiros en exceso es irrelevante

Como señalamos en los fundamentos de hecho de la presente contestación de demanda, la propia OSINERG consideró que no era materia del procedimiento administrativo el determinar si tales retiros en exceso fueron

juj

efectivamente destinados por Luz del Sur al Servicio Público de Electricidad o al mercado libre, pues si, como hemos acreditado, los retiros en exceso no son venta, los mismos no se encuentran sujetos a regulación de precios, cualquiera sea el destino que se les dé.

Sin perjuicio de ello, en el supuesto negado que el Juzgado considere que sí resulta relevante el destino que se le dio a los retiros de energía en exceso, debemos señalar lo siguiente:

Luz del Sur señala que todos los retiros en exceso fueron destinados al Servicio Público de Electricidad de acuerdo con los términos del Contrato. En primer lugar, el Contrato sólo exigía que el suministro objeto del contrato (420 MW) sea destinado exclusivamente al Servicio Público de Electricidad, mas no los retiros en exceso, para los cuales no se estableció un destino obligatorio.

En caso fuera posible determinar el destino exacto de la energía (por la diferencia entre volúmenes contratados y consumo total), hay evidencia documental en el expediente administrativo de que la energía retirada en exceso por Luz del Sur no fue destinada en su totalidad al Servicio Público de Electricidad. En efecto, de acuerdo con la información proporcionada por la propia Luz del Sur a OSINERG, ésta también tenía un importante déficit de contratación respecto de sus clientes libres. Es decir, que la demanda de dichos clientes libres no se encontraba enteramente respaldada contractualmente, pues sólo tenía contratos de suministro con generadores por alrededor de 35MW y, sin embargo, el consumo de sus clientes libres ascendía aproximadamente a 50MW.

Resulta evidente entonces que toda la energía que Luz del Sur retiró en exceso no fue destinada exclusivamente al Servicio Público de Electricidad, como ella afirma en su demanda, sino que la misma fue también destinada a los clientes no regulados de Luz del Sur. En consecuencia, aún en el supuesto

Juy

que dicho destino sea relevante (aunque sostenemos que no), dichos retiros no estarían sujetos a regulación debido a que fueron destinados a clientes no regulados.

2.5 Actos propios de Luz del Sur en la ejecución del Contrato con Electroperú y en sus otros contratos de suministro con otros generadores

Como hemos expuesto en el presente escrito de contestación de demanda, pese a los términos claros del Contrato y a la manera como el mismo ha venido siendo ejecutado por ambas partes, Luz del Sur pretende ahora a los seis (6) años de iniciada la ejecución del Contrato, con esta demanda, hacer una interpretación tendenciosa de dicho Contrato (como ya acreditamos anteriormente) y, sobre todo, contradictoria con su propia conducta inicial.

Ante nuestro cuestionamiento a dicho cambio de comportamiento, Luz del Sur pretendió alegar que el Contrato suscrito entre las partes se regía por el Derecho Público y, por tanto, no le era aplicable la doctrina de los actos propios del Derecho Privado. Sin perjuicio de ya haber determinado que la relación jurídica existente entre las partes se rige por el Derecho Privado y que, en consecuencia, sí le es aplicable la doctrina de los actos propios antes mencionada; aún en el supuesto que la Sala considere que nos encontramos frente a una relación sujeta al Derecho Público (lo cual negamos), la doctrina de los actos propios es perfectamente aplicable al caso¹⁶.

Ahora bien, respecto a la doctrina de los actos propios, de acuerdo a lo expuesto por el profesor Luis Díez-Picazo *"Cuando una de las partes trata de apartarse unilateralmente de un negocio jurídico regular y válidamente celebrado, o cuando trata de desconocer o de dejar de observar la regla de conducta que ella misma se ha impuesto en el negocio, o cuando intenta*

¹⁶ Así se ha expresado Héctor Mairal al señalar que *"Al igual que en el derecho privado, cabe sostener también la prohibición del venire contra factum proprium allí donde la Administración, para obtener ventajas, o mejorar su posición en una negociación contractual, pretenda contradecir su anterior conducta legítima"*¹⁶. Es decir, la doctrina de los actos propios se aplica a los actos de la

juuy

ejercitar sus derechos o cumplir sus deberes sin respetar las prescripciones negociales, se dice que va contra sus propios actos. Va contra sus propios actos porque contradice lo que ella misma ha declarado".¹⁷

Asimismo, señala que "La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe (...) el hecho que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad. He aquí por donde la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas."¹⁸

Nuestro Código Civil, en su artículo 1362, ha establecido que "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes" (el subrayado es agregado).

En tal sentido, tanto de los textos citados como de lo dispuesto por el artículo 1362 del Código Civil, las partes dentro de una relación jurídica tienen un deber de coherencia en su comportamiento frente a su contraparte.

En este caso, y sin perjuicio de la contundencia de los términos contractuales y de lo dispuesto en la LCE, en virtud de los cuales Luz del Sur se encuentra obligada a pagar a Electroperú por los retiros en exceso el "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES, debemos tener en consideración que antes de que Luz del Sur objetara las facturas por los retiros en exceso correspondientes a los meses de julio a noviembre de 2004 (alegando que por dicho concepto Electroperú no podía cobrarle más que la Tarifa en Barra), ella nunca cuestionó la validez, e incluso pagó sin cuestionamientos, las

Administración. En: MAIRAL, Héctor. La doctrina de los actos propios y la administración pública. Depalma. Buenos Aires, 1994. pág. 133.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal Supremo. Bosch. Barcelona, 1963. pág. 146.

¹⁸ Ibidem, pág. 143.

Jury

facturas emitidas por el mismo concepto y a costo marginal por encima de la Tarifa en Barra.

Es decir, en ejecución del Contrato desde el año 2002 hasta mayo de 2004, Luz del Sur cumplió con pagar, sin observación alguna, ocho (08) facturas a Electroperú por retiros en exceso al "costo marginal de corto plazo" correspondiente a dichos retiros. Sin embargo, ahora, debido a la alteración de los precios durante el año 2004 producto principalmente de la sequía, Luz del Sur muy convenientemente pretende desconocer lo acordado y ejecutado por las partes pacíficamente durante años, esbozando una interpretación que carece de sentido y que va en contra de lo expresamente estipulado por el Contrato y la LCE, como ya hemos expuesto en los numerales precedentes, pretendiendo que Electroperú cobre como máximo la Tarifa en Barra.

Asimismo, Luz del Sur ha pactado expresamente en sus contratos de suministro suscritos con otras generadoras¹⁹, que por los retiros en exceso que efectúe sobre la energía contratada debe pagar, al igual que en el caso de Electroperú, el "costo marginal de corto plazo" determinado por el COES. Sin embargo, dichos contratos no han sido cuestionados por Luz del Sur.

En tal sentido, resulta evidente que Luz del Sur ha variado su comportamiento respecto del inicialmente adoptado, incurriendo así en contradicción que afecta el principio de la buena fe y contraviene la doctrina de los actos propios. En consecuencia, cualquier cambio de comportamiento que no sea coherente con el comportamiento inicial de Luz del Sur frente a Electroperú (pagar el "costo marginal de corto plazo" por los retiros en exceso de la energía contratada) importa una violación al artículo 1362 del Código Civil, siendo infundados los cuestionamientos o reclamos por la facturación de los retiros en exceso a dicho "costo marginal de corto plazo".

¹⁹ Ver los contratos de suministro que Luz del Sur ha suscrito con Edegel S.A.A de fecha 29 de mayo de 1997 (cláusula 10.2), con Empresa Eléctrica de Piura S.A. - EEPISA de fecha 26 de octubre de 1999 (cláusula 10.4), con Termoselva S.R.L. de fecha 1 de noviembre de 1998 (Anexo 1, numeral

July

2.6 Lo resuelto por OSINERG es coherente con la regulación del sistema eléctrico y se ajusta a la Ley de Concesiones Eléctricas, su Reglamento y a la Constitución Política. La tesis de Luz del Sur, por el contrario, afecta al sistema eléctrico en su conjunto y lo pone en grave peligro

Aceptar la tesis propuesta por Luz del Sur, según la cual los consumos en exceso deben ser pagados a Tarifa en Barra, implicaría atribuir a los generadores los costos derivados del incumplimiento contractual en el que incurrió el distribuidor, lo que no está previsto en la LCE ni en ninguna otra norma legal.

Pero lo señalado en el párrafo anterior no es lo más grave del planteamiento de Luz del Sur. Es preciso anotar que las consecuencias de asumir como válida la posición de Luz del Sur atentarian contra la subsistencia misma del Sistema eléctrico peruano, tal y como se encuentra estructurado en la LCE.

En efecto, de ampararse en sede judicial la demanda de Luz del Sur se consagraría el siguiente principio en el mercado eléctrico: *"El distribuidor del Servicio Público de Electricidad tiene derecho a retirar toda la energía que requiera del sistema eléctrico sin necesidad de haber suscrito contratos de suministro con generadores de electricidad, pagando siempre por los consumos efectuados la Tarifa en Barra"*²⁰.

El correlato lógico de dicho principio sería la instauración de una inverosímil obligación a cargo de los generadores de suministrar continuamente toda la energía que los distribuidores les requieran, a un precio regulado y sin que pueda exigirse la existencia de un contrato de por medio. Tal situación

3.2) y con Duke Energy Internacional Egenor de fecha 14 de setiembre de 2002 (cláusula 5.3 y Anexo B).

²⁰ Esto fue previsto por el Tribunal de Solución de Controversias en la Resolución materia de impugnación pues señaló: "Si se aceptase la tesis de Luz del Sur, casi nada quedaría para la autonomía privada o para el ámbito contractual. Ni si quiera los elementos esenciales como precio y bien. Ello porque el precio estaría regulado (tarifa en barra) y la cantidad del bien (energía) sería determinada exclusivamente por una de las partes (que tomaría toda la que quisiese). Ello constituiría un remedo de contratación. Bajo esta situación, una de las partes podría retirar toda la energía que quisiese, sin límites, a un precio con límites (tarifa regulada). Esto no es otra concordante con la LCE que pretende promover un sistema de mercados y contratación activa."

July

importaría la destrucción del marco de libre competencia en el cual actúan los generadores de electricidad conforme a lo expresamente previsto en la LCE.

En efecto, mientras que el día de hoy los generadores pueden determinar cómo colocan su energía entre los diversos mercados de electricidad (regulado, libre o spot), compitiendo entre sí; con la insensata posición de Luz del Sur, los generadores se convertirán en prestadores de un servicio obligatorio en favor de los distribuidores sólo para el mercado regulado.

En este contexto, la suscripción de contratos de suministro sería absolutamente innecesaria y los generadores se encontrarían a merced de una especie de "dictadura" de los distribuidores, quienes por sí y ante sí podrían determinar cuánta energía retiran del sistema y qué precio pagan por ella.

La situación descrita contradice abiertamente la naturaleza del mercado eléctrico peruano consagrada en la LCE, pues no existirá un segmento de generación de electricidad basado en la libre competencia y libertad de contratación. Para darnos cuenta que la tesis de Luz del Sur no puede ser admitida, sólo basta preguntarnos ¿cómo puede subsistir un mercado en libre competencia, si quienes participan en él no tienen la capacidad de determinar su oferta?

Ahora bien, es relevante señalar que la tesis de Luz del Sur no sólo perjudica a los generadores que operan en el sistema eléctrico peruano, sino también a los distribuidores que diligentemente suscriben contratos con generadores de energía para abastecer la demanda del Servicio Público de Electricidad.

Dado que los generadores compiten entre sí para colocar su energía, los distribuidores del Servicio Público de Electricidad pueden verse beneficiados por dicha competencia y conseguir mejores precios para la energía contratada. Recordemos que la Tarifa en Barra es sólo un precio máximo para la energía destinada al Servicio Público de Electricidad por debajo del cual puede

juuy

pactarse libremente. Por tanto, al encontrarse en la necesidad de colocar energía, los generadores pueden ofrecer precios menores a la Tarifa en Barra a fin de celebrar contratos con los distribuidores del Servicio Público de Electricidad.

De adoptarse la tesis de Luz del Sur, esta situación óptima y buscada implícitamente por la regulación de la LCE, nunca podría darse en el mercado, pues nunca se suscribirán contratos para satisfacer la demanda del Servicio Público de Electricidad.

En segundo lugar, y como resultado de lo expuesto, es preciso señalar que la aceptación de la posición de Luz del Sur traería consigo un fuerte desincentivo para la inversión en el mercado de la generación eléctrica, tan necesaria en nuestro país.

Resulta a todas luces evidente que ninguna empresa se encontrará incentivada a ingresar o a invertir en el mercado de la generación eléctrica en el Perú pues, si en contra de lo previsto en la LCE, la singular tesis de Luz del Sur fuese amparada, ello implicaría que los generadores se verían obligados a vender energía al mercado regulado en contra de su voluntad, obligándoseles a asumir un riesgo de negocio no calculado ni deseado:

Por último, de aceptarse la tesis de Luz del Sur también se afectaría gravemente la operación económica del Sistema prevista en la LCE, pues destruiría el sistema de transferencias de electricidad entre generadores al interior del COES.

En efecto, de acuerdo con la tesis de Luz del Sur, no sería necesario que los distribuidores suscriban contratos de suministro con los generadores debido a que éstos tendrían la obligación de proporcionarles toda la energía que requieren a un precio equivalente a la Tarifa en Barra. En consecuencia, los distribuidores tomarían energía sin tener un solo contrato de suministro

juuy

suscrito con generadores. Y si esto sucede, no podrá determinarse en el COES a qué generador pertenece el retiro de energía efectuado por el distribuidor, ni tampoco en qué magnitud se distribuyen entre los generadores los consumos de energía.

Como hemos explicado anteriormente, la energía que los distribuidores retiran del sistema no necesariamente es la energía producida por los generadores con quienes han suscrito un contrato de suministro. Por tanto, en el mercado spot al interior del COES los generadores se compensan entre sí la energía retirada por los distribuidores al "costo marginal de corto plazo" determinado por el propio COES. Dicha compensación se efectúa en virtud de los contratos suscritos entre los generadores y sus clientes.

En una situación como la que propone la peculiar tesis de Luz del Sur, la cual llevaría finalmente a la inexistencia de contratos suscritos entre generadores y distribuidores, sería imposible determinar por cuenta de quién los distribuidores estarían retirando energía en el sistema. Por tanto, los generadores que inyectaron la energía no tendrían a qué generadores cobrarles dicha energía al respectivo "costo marginal de corto plazo", lo que ocasionaría que el sistema previsto por la LCE sea insostenible.

En consecuencia, como puede apreciarse, lo resuelto por OSINERG no sólo es coherente con lo pactado por las partes en el Contrato y con el marco legal previsto en la LCE y su Reglamento, sino que, sobre todo, lo resuelto por OSINERG ha permitido que no se afecte la regulación del mercado eléctrico en su conjunto tal como fue previsto por la LCE.

2.7 La tesis de Luz del Sur afecta los derechos constitucionales de Electroperú

Tal y como ha sido demostrado a lo largo del presente escrito, la tesis de Luz del Sur supone la contravención de la LCE. No obstante, no debe perderse de

Juy

vista que en la hipótesis negada que la posición de Luz del Sur fuera amparada, los derechos constitucionales de Electroperú a la libertad de empresa y libertad de contratar se verían gravemente afectados.

Conforme a lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el proceso de Expediente No. 3330-2004-AA/TC, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho:

- (i) La libertad de creación de empresa y de acceso al mercado;
- (ii) La libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros;
- (iii) La libertad de competencia; y
- (iv) En último término, la libertad para cesar las actividades.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria. La primera consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

Por su parte, la doctrina considera que *"el tercer aspecto en la libertad de la empresa es la libertad de ejercicio de la actividad empresarial: libertad de*

Juy

tomar decisiones y de competir en un mercado libre. Dentro de este apartado deben mencionarse cuestiones como la libertad de producción (volumen, calidades, etc.), libertad de inversión (o de desinversión o cierre), libertad de fijación de una política o estrategia comercial –cuestión íntimamente ligada con la libertad de precios–, libertad de publicidad (no engañosa), libertad de distribución y venta, libertad de competencia leal o libertad contractual (de contratar o no contratar), de esta forma el empresario pone en juego todos sus talentos y el de las personas que le rodean para desarrollar la empresa²¹

La capacidad de un generador de determinar en qué modalidad vende energía, y dado el caso, en qué porcentajes asigna dicha energía a sus clientes libres o a los distribuidores para el Servicio Público de Electricidad, constituye una manifestación indubitable del derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú de 1993. Por tanto, nadie se encuentra habilitado a obligar a un generador a transferir energía de manera obligatoria ni a aceptar un precio que no fue el libremente acordado. La LCE no contiene ninguna norma que así lo disponga razón por la cual rigen los derechos constitucionales antes mencionados.

Pero además, en la regulación de la actividad de generación, el generador tiene otro derecho fundamental: no está obligado a contratar con ningún distribuidor específico ni con ningún cliente individual en particular. Tampoco está obligado a negociar energía con quien no tenga un contrato de suministro. La LCE es muy clara al respecto y otorga a los generadores el derecho de elegir a sus contrapartes contractuales. Este derecho es conocido como la libertad de contratación, consagrado en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política y ratificado en el artículo 62 de la misma.

Los derechos consagrados por la LCE constituyen una manifestación de la libertad de contratar y de la libertad de empresa de Electroperú. Si se adoptara

²¹

ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Comares. Granada, 1999. Pág. 225.

July

la tesis de Luz del Sur, se transgredirían indebidamente estos derechos constitucionales fundamentales.

III. MEDIOS PROBATORIOS:

Ofrecemos como medios probatorios de nuestra contestación de demanda los siguientes:

- 3.1. Copia de la Resolución No. 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, la misma que obra en autos como Anexo 1-D de la demanda.
- 3.2. Copia de la Resolución No. 008-2004-OS/CC-20 del Cuerpo Colegiado Ad Hoc de OSINERG, la misma que obra en autos como Anexo 1-E de la demanda.
- 3.3. Copia del Contrato de Suministro suscrito entre Luz del Sur y Electroperú con fecha 16 de mayo de 1997 y su adenda, el mismo que obra en autos como Anexo 1-I de la demanda.
- 3.4. Copia de los contratos de suministro de energía que Luz del Sur ha suscrito con Edegel S.A.A., Termoselva S.R.L., Empresa Eléctrica de Piura S.A. – EEPSA y Duke Energy International Egenor, los mismos que obran en autos como Anexos 1-J a 1-M de la demanda.
- 3.5. Copia de las ocho (08) facturas emitidas por Electroperú por los excesos de consumo y pagadas por Luz del Sur a costo marginal superior a la Tarifa en Barra (**Anexo 2-A**).
- 3.6. Copia del Informe Técnico No. CC-1211-2004, que demuestra que Luz del Sur destina sus consumos en exceso de energía a clientes libres. Cabe señalar que este informe obra en el expediente administrativo que deberá remitir OSINERG y que ofrecemos como medio probatorio en el numeral 3.7 siguiente (**Anexo 2-B**).
- 3.7. El expediente administrativo que dio origen a la resolución impugnada, el mismo que deberá ser remitido por OSINERG.

juj

IV. ANEXOS:

Adjuntamos los siguientes anexos:

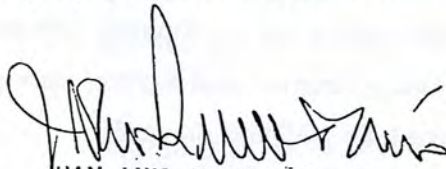
- 2-A: Copia de las ocho (08) facturas emitidas por Electroperú por los excesos de consumo y pagadas por Luz del Sur a costo marginal superior a la Tarifa en Barra.
- 2-B: Copia del Informe Técnico No. CC-1211-2004.

POR TANTO:

Solicitamos a la Sala se sirva tener por contestada la demanda en los términos antes expuestos y, en su oportunidad, declararla INFUNDADA.

OTROSI DECIMOS: Acompañamos el recibo de pago de las tasa judicial correspondiente, por concepto de ofrecimiento de pruebas (S/. 33.00), así como copias y cédulas de notificación.

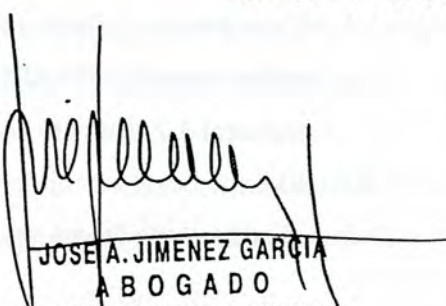
Lima, 1 de setiembre de 2005

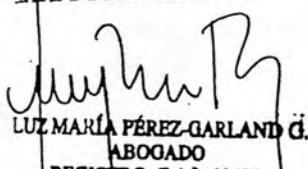

JUAN LUIS AVENDAÑO
ABOGADO
Registro N° 3761


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


MAURICIO RAFFO LA ROSA
ABOGADO
REGISTRO C.A.L. 24236


HECTOR FERRER TAFUR
CAL 21520
ELECTROPERU S.A.


JOSE A. JIMENEZ GARCIA
ABOGADO
REGISTRO C.A.L. 16233


LUZ MARÍA PÉREZ-GARLAND G.
ABOGADO
REGISTRO C.A.L. 39493

COMIS. ELECTOP.

03

Exp. N° 1179-05

Secretario: Dr. Adrián Zárate R.

Escrito N° 1

Cuaderno Principal

Sumilla: Contesta demanda.

**AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA
ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPERIOR DE
JUSTICIA DE LIMA:**

**ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN
ENERGIA - OSINERG** -, con dirección domiciliaria en Bernardo Monteagudo
No. 222- Magdalena del Mar, representado por su apoderado Dr. Arturo Aza
Riva, identificado con D.N.I. N°10058940, según poder otorgado mediante
escritura pública del 25 de junio de 2001 por ante Notario Público de Lima, Dr.
Carlos Augusto Sotomayor Bernos, reiterando como nuestro domicilio procesal
la Casilla N° 827 del Servicio de Notificaciones del Colegio de Abogados de
Lima (4to. Piso de Palacio de Justicia), en los iniciados por Luz del Sur S.A.A.,
sobre Acción Contencioso Administrativa, atentamente decimos:

Que, dentro del término de ley, contestamos la
demanda de Luz del Sur S.A.A., en adelante **Luz del Sur**, solicitando se
declare infundada en todos sus extremos, conforme a los fundamentos de
hecho y de derecho que exponemos a continuación:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO:

Introducción.-

I.1. A manera de introducción a la controversia
planteada por **Luz del Sur**, cabe una breve referencia al contexto en la que
esta se desarrolla, que es el del mercado de generación eléctrica.

Como conoce la Sala, con la entrada en vigencia de la Ley de Concesiones Eléctricas - Decreto Ley No. 25844, se modificó sustancialmente el esquema del mercado eléctrico peruano, pues a partir de la desintegración vertical de las actividades de generación, transmisión y distribución que lo conforman, se introdujeron mecanismos de competencia que buscaban incentivar el desarrollo y expansión sostenido de dichas actividades por parte de los inversionistas privados.

Así mismo, la indicada modificación legislativa supuso el establecimiento de un régimen de libertad de precios para los suministros que pudieran efectuarse en condiciones de competencia, y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que, por su naturaleza, lo requerían, en base a costos de eficiencia de inversión y operación.

I.2. Dentro de dicho esquema, la actividad de generación, en la que los propietarios de las distintas centrales de generación energía compiten entre sí para producir energía al menor costo posible, se desarrolla dentro de dos segmentos claramente distintos: el de la venta de energía a precio libre y el de la venta a precio regulado.

En el primer segmento se encuentran las ventas de energía que pactan los generadores con los denominados clientes libres, es decir, aquellos cuya demanda para consumo interno es mayor a 1000 kW.

A diferencia de éstos y como respectivamente se prevé en los literales a) y c) del artículo 43 de la Ley de Concesiones Eléctricas, el precio a pagar por la transferencia de potencia y energía entre generadores y las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad, se encuentra sujeto a regulación por parte del **OSINERG**.

I.3. Respecto a este último punto, cabe llamar la atención de la Sala en la trascendencia de la referida segmentación para la comprensión de la calidad competitiva del mercado de generación y la indiscutible autonomía que ostenta el concesionario de generación dentro del mismo.

En efecto, si bien es cierto que los precios fijados para las ventas de energía destinadas al intercambio con generadores y a los distribuidores del servicio público de electricidad son aquellos regulados por el **OSINERG**, no es menos cierto que será en última instancia el generador quien decida si vende y, de ser el caso, cuánto de energía vende a éstos concesionarios o, por el contrario, si destina toda o la mayor parte de su producción al sector de los clientes libres.

En este aspecto, evidentemente, tendrán un rol fundamental los términos contractuales que las partes libremente pacten sobre los aspectos no regulados de los contratos a precio regulado, especialmente, como se ha visto, aquellos términos relativos a la cantidad de energía a vender, pues resulta obvio que, dentro de la estructura costo-beneficio que un generador proyecta para sus ventas en un determinado periodo, la variable relativa a la energía que ha de producir resulta fundamental a efectos de decidir de qué manera distribuye ésta entre compradores a precio regulado y compradores a precio libre.

I.4. Puede afirmarse entonces, como premisa básica de la presente contestación, que dada la estructura del mercado de generación, la regulación viene dada únicamente para aquellos aspectos específicamente previstos en la disposiciones legales respectivas (fijación de precios tope (tarifas) y algunos aspectos complementarios (condiciones de aplicación de las tarifas)), prevaleciendo la autonomía privada de las partes contratantes para todos los demás aspectos, los que como se ha explicado, no se restringen únicamente al ámbito de la venta de energía a precios libres, sino

que también alcanzan a los términos de los contratos sujetos a precio regulado que tienen como finalidad normar materias diversas de aquellas imperativamente previstas en el ordenamiento.

I.5. Es precisamente esta primera conclusión la que nuestra entidad ha defendido en las resoluciones que **Luz del Sur** pretende cuestionar a través de las pretensiones planteadas con su demanda, para cuyo efecto esta concesionaria no duda en pedirle a la Sala que la autorice a incumplir obligaciones autónomamente asumidas frente a la generadora Electroperú S.A., respecto a materias que no se encuentran sujetas al ámbito regulatorio previsto por la Ley de Concesiones Eléctricas, lo que como desarrollaremos a continuación, resulta poco menos que un despropósito.

Antecedentes.-

I.6. **Luz del Sur** es una empresa concesionaria de distribución de energía eléctrica que compra electricidad a distintos generadores para destinarla tanto al Servicio Público de Electricidad como para ofrecerla a clientes libres.

I.7. En el desarrollo de sus actividades y para efectos de atender el suministro del servicio público de electricidad, **Luz del Sur** suscribió con la empresa de generación eléctrica Electroperú S.A., en adelante **Electroperú**, el 16 de mayo de 1997, un contrato denominado de "suministro de electricidad" (**Anexo 1-I** de la demanda).

Como podrá constatar la Sala con la sola lectura de la cláusula segunda del referido contrato, en adelante **el Contrato**, éste en realidad es uno de compraventa de energía, pues en virtud del mismo **Electroperú** "...vende y se obliga a poner a disposición y entregar a LA DISTRIBUIDORA (**Luz del Sur**) la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación de

suministro". Por su parte, **Luz del Sur** "...compra y se obliga a pagar a LA GENERADORA (**Electroperú**) la potencia contratada - la utilice o no - y la totalidad de la energía que retire de los puntos de entrega".

I.8. Ahora bien, estando frente a un contrato de compraventa, la determinación del objeto mediato de la venta, la electricidad, viene dado con la fijación, por las partes, de las cantidades de potencia y energía que **Electroperú** se comprometió a entregar a **Luz del Sur** en las cláusulas 2.1. y 2.2. del **Contrato**.

Conforme a dicha disposición, quedaba claro que el precio previsto en la cláusula 4.1. del **Contrato** (que en realidad y por mandato imperativo de la ley no es más que la remisión a los precios regulados que fijara el **OSINERG**, por tratarse de electricidad que **Luz del Sur** iba a destinar a los usuarios del servicio público de energía), estaba específicamente referido a las cantidades de potencia y energía previstos en las cláusulas 2.1. y 2.2. antes mencionadas.

En todo caso, en numerosas cláusulas del **Contrato**, las partes se cuidan de dejar en claro dicha limitación.

Así, tenemos que ya desde la cláusula segunda se precisa que **Electroperú** vende y se obliga a poner a disposición de **Luz del Sur** "...la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación.." (el subrayado es nuestro)

Del mismo modo, en la cláusula 2.3. las partes dispusieron que **Electroperú** "...no estará obligada a suministrar más potencia ni energía que la potencia contratada y la energía contratada."

I.9. De lo expuesto se desprende nítidamente que en la celebración del **Contrato**, medió el interés manifestado de **Electroperú** y

aceptado por **Luz del Sur**, de que la transferencia onerosa de electricidad estuviera limitada en su cantidad.

Ello, como se ha explicado en la parte introductoria de los presentes fundamentos, constituye una decisión no sólo razonable y plenamente justificada, sino absolutamente legal, pues como generador de energía tenía el derecho de reservar el saldo de su producción no comprometida en **el Contrato** para su venta a otros clientes, llámense generadores, distribuidores o clientes libres.

I.10. Es por ello que, en defensa del referido interés y contando siempre con la anuencia de **Luz del Sur**, las partes decidieron pactar mecanismos destinados a salvaguardarlo, los que se expresaron básicamente en el reconocimiento a **Electroperú** de tres derechos potestativos que podría aplicar alternativa o concurrentemente, según fuera el caso: **a)** Una cláusula penal para la facturación de la potencia y energía consumida en exceso; **b)** La instalación de equipos limitadores de consumo de potencia y energía a costa de **Luz del Sur** con la consecuente suspensión de la transferencia de electricidad mientras ello no sucediera; y **c)** La resolución del Contrato.

Como se ve, todos los mecanismos legales antes descritos tienen una doble dimensión: disuasiva y reparadora, pues advierten de y facultan a la imposición de una sanción contractual a **Luz del Sur** ante lo que, bajo dicha perspectiva y conforme a lo estipulado en el **Contrato**, constituía claramente un incumplimiento lesivo para los intereses de **Electroperú**.

I.11. Así, en relación a la cláusula penal por retiro excesivo de energía, que es la que interesa a efectos de la presente controversia, la cláusula 4.4. del **Contrato** prevé que "Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA, asignada a LA GENERADORA conforme a lo

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

En otras palabras, si **Luz del Sur** retiraba más energía de aquella que **Electroperú** había convenido en venderle de acuerdo a lo pactado en la cláusula 2.2 del **Contrato**, tendría la obligación de indemnizar a ésta por la situación de desventaja en la que su incumplimiento la había situado.

En efecto, recordemos que el hecho de que **Luz del Sur** tomara energía que **Electroperú** no le había destinado, suponía que otro cliente de esta última se estaba quedando sin recibir dicha energía, situación que obligaba a la generadora a tener que cumplir con su compromiso mediante la adquisición de energía a otro generador.

Esto explica y justifica el porqué la cláusula penal prevista en el numeral 4.4 del **Contrato** determinaba que los excesos de energía tomados por **Luz del Sur**, sin consentimiento de **Electroperú**, debían ser reparados con un monto igual al valor de su costo marginal de corto plazo determinados por el COES-SICN durante el mes respectivo, pues era éste valor el mismo utilizado por dicho organismo para cuantificar en dinero las transferencias de energía entre sus integrantes.

1.12. Previstos así los términos del **Contrato**, su ejecución se estuvo desarrollando por más de siete años sin objeción alguna por ninguna de las partes.

Así, en las oportunidades en que **Luz del Sur**, excediéndose en los términos pactados, retiraba más energía de aquella

convenida como objeto de la venta, **Electroperú** aplicaba la cláusula penal prevista en la cláusula 4.4., facturándole el exceso al costo marginal de corto plazo, monto que, **sin observación alguna, vino pagando la primera durante más de siete años.**

La Controversia Administrativa.-

I.13. Pues bien, a pesar de la inequívoca conducta observada por **Luz del Sur** durante los más de siete años antes mencionados, cuando **Electroperú** le remitió, el 12 de julio de 2004, el Informe Técnico Comercial CC-818-2004 con el que adjuntaba la factura No. 005-4599 por el exceso de consumo de energía activa retirada durante el mes de junio de 2004, dicha empresa reaccionó con la carta LE-305/2004, mediante la que le devolvía la indicada factura señalando que los excesos en consumo, al tener como destinatarios a los consumidores regulados, debían facturarse a precio de barra, es decir, al precio regulado previsto por el artículo 45 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Es más, sustentándose en esa misma posición, **Luz del Sur**, mediante carta LE-310/2004, solicitó a **Electroperú** que procediera también a devolverle los montos facturados por los excesos de energía retirados durante los meses de febrero y junio de 2004.

I.14. No habiendo aceptado **Electroperú** dicha posición y habiendo además fracasado el procedimiento de trato directo que las partes celebraron con la intención de llegar a un arreglo respecto a la referida controversia, **Luz del Sur** presentó, el 7 de setiembre de 2004, reclamación ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc constituido para dicho efecto, solicitando como pretensiones las siguientes:

- a) *Que se declare que el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no pueden exceder la tarifa en*

barra aprobada por el **OSINERG**, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de precios de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8°, 43°(c) y 45 de la Ley de Concesiones Eléctricas;

- b) Que, el citado tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación no sólo al precio de energía contratada con el generador sino, inclusive, a los retiros en exceso de la energía contratada, cuando dichos excesos están destinados al Servicio Público de Electricidad;
- c) Que, **Electroperú** no puede cobrar a **Luz del Sur**, por los retiros de energía en exceso de la energía contratada en el Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 16 de mayo de 1997, vigente entre las partes, un precio mayor al precio de barra regulado por **OSINERG**, puesto que la energía suministrada está destinada exclusivamente a los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

I.15. Seguido el procedimiento administrativo según el reglamento correspondiente, el referido Cuerpo Colegiado Ad-Hoc dictó, el 25 de octubre de 2004, la Resolución No. 008-2004-OS/CC-20 (**Anexo 1-E** de la demanda), mediante la que declaró infundada la reclamación presentada por **Luz del Sur**, estableciendo que a los retiros de energía en exceso, destinados al Servicio Público de Electricidad, no les resultaba de aplicación como tope los precios regulados, sino lo estipulado en el contrato suscrito entre las partes.

I.16. Apelada la indicada resolución por parte de **Luz del Sur**, se elevaron los actuados al Tribunal de Solución de Controversias de nuestra entidad, que mediante Resolución No. 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, en adelante **la Resolución (Anexo 1-D** de la demanda), declaró infundado el referido recurso, estableciendo que: **a)** El precio máximo que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, es la Tarifa en Barra aprobada por el **OSINERG** (Artículo Tercero); **b)** El precio tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación únicamente a los montos contractualmente establecidos como venta. La regulación de los

montos adicionales u otros conceptos están sujetos a la autonomía privada de las partes intervinientes en el mercado eléctrico (Artículo Cuarto); y **c)** Por los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado (Artículo Quinto).

I.17. Tal como se desprende de los términos de **la Resolución**, la decisión de nuestro Tribunal está sustentada en el reconocimiento de que, en el mercado de generación, el principio general que sustenta su funcionamiento es el de la autonomía privada de los agentes privados y la excepción es la regulación y la aplicación de normas de Derecho Público.

En ese sentido, resalta que, como antes hemos mencionado, aún en el ámbito de la contratación de compraventa de energía para los concesionarios de distribución del servicio público, existen aspectos propios de la referida autonomía (donde las partes deciden si celebran la transacción y por cuánta cantidad de electricidad la celebran) y sólo de modo excepcional, aspectos taxativamente regulados, que se limitan a la fijación de precios topes (tarifas) y algunos aspectos complementarios específicamente previstos (condiciones de aplicación de las tarifas).

I.18. Siguiendo ese mismo razonamiento, **la Resolución** sostiene que alcanzando el ámbito de la regulación únicamente al precio pactado por las partes y entendiendo éste como aquél valor de intercambio aplicable únicamente a la energía voluntariamente transferida por **Electroperú** a favor de **Luz del Sur**, los excesos de consumo unilateralmente retirados por esta última más allá de lo pactado en **el Contrato**, al tratarse de conceptos no regulados, constituyen áreas de la autonomía privada de las partes y, por ende, sujetas a lo que éstas, dentro de su libertad contractual, hubiesen pactado al respecto.

Conforme a ello, concluye, las partes tienen derecho a establecer penalidades o compensaciones por la "toma" de energía más allá de lo voluntariamente aceptado por el vendedor de la misma, por lo que **Luz del Sur** debe estar a lo pactado por las partes en la cláusula 4.4. del **Contrato** y, en consecuencia, pagar las facturaciones emitidas por **Electroperú** en aplicación de la misma.

I.19. Ante el pronunciamiento del **OSINERG**, **Luz del Sur** ha interpuesto la presente demanda solicitando, como pretensión principal, que se declare la invalidez y consiguiente nulidad de los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución y, como pretensión accesoria a ésta, que se declare también que los pronunciamientos contenidos en los indicados artículos y en los artículos 2º y 3º de la Resolución No. 008-2004-OS/CC-20, carecen de eficacia.

Del mismo modo, como segunda pretensión principal, **Luz del Sur** solicita a la Sala declarar que "**Electroperú** no puede cobrar precio o penalidad alguno por los excesos de energía que venda a **Luz del Sur** para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la Tarifa en Barra".

I.20. Sin embargo, tal como demostraremos a continuación, los fundamentos esgrimidos por **Luz del Sur** para sustentar las indicadas pretensiones resultan deleznable, pues partiendo de inadmisibles distorsiones de las normas que invoca, no reparan en atropellar principios elementales para el funcionamiento eficiente del mercado de generación, buscando, en su afán de obtener un beneficio indebido e ilegal, sentar lo que sería un peligroso y nefasto precedente para el mismo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

II.1. En efecto, incurre en error **Luz del Sur** cuando pretende sostener que los contratos de suministro de generador a distribuidor

para atender el Servicio Público de Electricidad
Derecho Público y que, en ese sentido, no cabe la int
privada de las partes pues, según afirma, en las re
estas no hay lugar más que para la "estricta" aplic
determinado en las normas respectivas.

NATURALEZA DE CONTRATO DE SUMINISTRO:
- SOLO LO REGULADO EN LA LCE → D. PÚBLICO.
- EL ÍTEM DE DISPOSICIONES → D. PRIVADO
→ VOLUNTAD DE LAS PARTES.

Dicha aseveración pretende negar lo que es una
verdad de perogrullo: Que la finalidad de la Ley de Concesiones Eléctricas fue
establecer un marco legal que permitiera la promoción y desarrollo de un
mercado competitivo por parte de los agentes del sector privado.

En ese sentido y si bien existen sectores sujetos a
específica regulación, no puede desconocerse, como pretende hacer **Luz del Sur**, que la generalidad de las relaciones que se dan en la actividad del sector
eléctrico derivan de actos de naturaleza privada, regidos como tales por el
Derecho Civil, pues mal podría hablarse de contratación entre privados dentro
del ámbito del Derecho Público.

Conforme a ello, sin negar que, como se desprende del
artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas, junto a estas relaciones regidas
por el Derecho Civil coexisten determinados aspectos que, por su propia
naturaleza y características, se encuentran específicamente regulados por
disposiciones propias del Derecho Público, ello ocurre únicamente de modo
excepcional y en tanto la norma lo haya previsto de modo taxativo.

En consecuencia, no es cierto que toda la relación
jurídica derivada de un contrato de suministro de generador a distribuidor
para atender el Servicio Público de Electricidad esté regido por el Derecho
Público. Todo lo contrario, únicamente aquellas disposiciones taxativamente
reguladas por la Ley de Concesiones Eléctricas, específicamente la fijación de
precios tope (tarifas) y algunos aspectos complementarios (condiciones de
aplicación de las tarifas), se encontrarán dentro del ámbito del Derecho

público, quedando todas las restantes en el ámbito del Derecho Civil y, como tales, sometidas a la autonomía privada de las partes.

Al respecto, resulta oportuno citar al especialista español Santiago Fernández Plasencia, que analizando el mercado de producción de energía eléctrica en su país, de indudables similitudes con el nuestro (al punto tal que la demandante apoya su posición en el informe elaborado por otro jurista de dicha nacionalidad), sostiene que la consideración del contrato de compraventa de energía eléctrica como uno de naturaleza administrativa "...ha cambiado sustancialmente al abrirse el mercado a la competencia, pues era precisamente la falta de ésta la que exigía proteger por mecanismos ajenos a los del mercado la posición del más débil. La compraventa de energía eléctrica en el mercado de producción ha recuperado así su carácter de contrato civil sujeto fundamentalmente a la autonomía de la voluntad, aunque con algunas limitaciones...".¹ (Adjuntamos el texto íntegro del artículo del que se extrae la presente cita, como Anexo 1-C del presente escrito. La cita se encuentra en la página 29 del mismo).

II.2. En esa misma línea podemos rebatir el argumento de Luz del Sur según el cual, siendo ésta y Electroperú "entidades de la Administración Pública", no podían convenir penalidades por el retiro de energía no autorizada, pues la Ley de Concesiones Eléctricas no los faculta para ello.

En este punto, debemos precisar que la referencia contenida en el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, según la cual debe entenderse como entidad de la Administración Pública a "Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos en virtud de concesión", es únicamente aplicable, como lo señala dicha norma, para los fines de dicha ley.

¹ FERNÁNDEZ PLASENCIA, Santiago. "El Mercado de Producción de Energía Eléctrica". Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red. Editorial Montecorvo. No. 5, Junio 1999,

Concordando dicha norma con lo previsto en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, queda claro que la referida calidad únicamente se aplica cuando dichas empresas concesionarias actúan como primera instancia administrativa para atender los reclamos de los usuarios del servicio público de electricidad, sujetándose ahí, de manera supletoria, a los preceptos contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General No. 27444.

Evidentemente, cuando las mencionadas empresas desarrollan actividades ajenas a las previstas en la referidas Ley No. 27444, como es el caso de la contratación con las concesionarias de generación, no puede sostenerse que forman parte de la Administración Pública, no sólo porque estamos frente a una relación que no se regula por la mencionada norma, sino principalmente porque la decisión de entablar el referido vínculo es adoptada autónomamente por las partes.

Nuevamente, entonces, nada obsta a que un generador, como **Electroperú**, y un distribuidor, como **Luz del Sur**, decidan voluntariamente suscribir un contrato de compraventa de energía y, dentro de los aspectos no sujetos a regulación, pacten una penalidad por el retiro de energía más allá de los límites contractualmente establecidos.

II.3. Al respecto, es preciso desvirtuar también la interpretación que **Luz del Sur** pretende darle a lo previsto en el artículo único del Decreto Supremo No. 035-95-EM, con el que se precisa que la facultad conferida al **OSINERG** para emitir directivas complementarias para la aplicación tarifaria *"...comprende la consideración de los costos y sobrecostos asociados a la prestación del Servicio Público de Electricidad en que incurran o puedan incurrir los suministradores de energía eléctrica, como consecuencia de los requerimientos reales de potencia y energía de sus usuarios, así como, el establecimiento de las condiciones generales de contratación y recargos de acuerdo a la naturaleza de la materia eléctrica que regula."*

Según la interesada posición de **Luz del Sur**, de dicha norma se desprende que "...la función reguladora de OSINERG respecto de las tarifas alcanza no sólo al precio de la potencia y energía, sino a las demás estipulaciones contractuales aplicables a la relación generador - distribuidor y distribuidor - usuario del Servicio Público de Electricidad, incluidos sobrecostos, recargos y penalidades por excesos de consumos".

Dicha apreciación, una vez más, carece de todo asidero legal, pues para empezar, soslaya que la aludida precisión está referida exclusivamente a la fijación tarifaria por parte del **OSINERG** y, por ende, en modo alguno los conceptos a los que dicha norma alude pueden ser entendidos fuera de la determinación tarifaria, es decir, el precio pagado por la transferencia voluntaria de energía.

Lo indicado se corrobora con la lectura de la parte considerativa del Decreto Supremo No. 35-95-EM, en la que queda explicado que los costos y sobrecostos a los que hace referencia son aquellos derivados de las variaciones de la demanda proyectada producida por variaciones imputables a los usuarios que pueden afectar la reserva del sistema, concepto que, como es obvio, es absolutamente ajeno al tema de las penalidades que **Luz del Sur** intenta, sin éxito, incluir dentro del concepto tarifario.

Del mismo modo, las "condiciones generales de contratación y recargos", deben ser leídas, como indica el propio artículo, "de acuerdo a la naturaleza de la materia eléctrica que regula". En otras palabras, dichas previsiones sólo procederán en tanto se trate de aspectos específicamente regulados, lo que no ocurre con las penalidades que, como se ha dicho, pueden ser libremente pactadas entre generadores y distribuidores al decidir celebrar un contrato de compraventa de energía para el suministro del Servicio Público.

II.4. Es de lamentar, eso sí, que **Luz del Sur** intente sorprender a la Sala señalando que la Resolución No. 15-95-P/CTE, modificada por la Resolución No. 22-95-P/CTE, aprobó las Condiciones de Aplicación de las Tarifas en Barra para las ventas de generador a distribuidor en ejercicio de la función reguladora precisada por el Decreto Supremo No. 035-95-EM.

Ya se ha dicho en **la Resolución** que dicha norma fue dictada antes de la dación del mencionado decreto supremo y que la misma sólo desarrolla condiciones de aplicación de las propias tarifas en barra, no resistiendo ningún análisis el que se intente sostener que, a través de ésta, se "incorporaron" a la regulación aspectos que, como las penalidades, no están taxativamente recogidos por la Ley de Concesiones Eléctricas para dicho fin.

II.5. Por otro lado y en forzada "tesis", **Luz del Sur**, contradiciéndose con sus propios argumentos, postula también que el retiro de energía que unilateralmente toma más allá de los límites pactados con **Electroperú**, no constituye una penalidad sino una "venta", y como tal, sujeta a lo previsto en el artículo 45 de la Ley de Concesiones Eléctricas, desafía los conceptos más elementales del Derecho objetivo.

En efecto, no entendemos cómo se puede sostener que un claro supuesto de incumplimiento contractual, que de las cláusulas 2 y 2.3. del **Contrato** se desprende que no sólo no es deseado sino que incluso puede ser sancionado hasta con la resolución del vínculo jurídico, pueda ser considerado como "venta de energía eléctrica".

Resulta ocioso remitirnos a la definición de compraventa prevista en el artículo 1529 del Código Civil, pero no escapará a nadie con nociones básicas de Derecho que, para que exista venta, el vendedor debe obligarse a transferir el bien objeto de la misma a cambio de un precio.

Consta de la cláusula segunda del **Contrato** que **Electroperú** "vende y se obliga a poner a disposición y entregar a LA DISTRIBUIDORA la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro..." (el resaltado es nuestro)

Ergo, más allá de los límites de energía pactados en la cláusula 2.2. del **Contrato**, no existe ya obligación de **Electroperú** de transferir energía a favor de **Luz del Sur**, de donde no puede existir compraventa.

Es más, como se ha indicado antes, de las cláusulas 2.3. y 4.4. del **Contrato** se desprende que **Electroperú** no deseaba que **Luz del Sur** tomara más energía de aquella comprometida en la cláusula 2.2., razón por la que resulta un absurdo sostener que existe una "venta" por el sólo hecho de la apropiación unilateral de energía y sin que medie el necesario consentimiento del propietario para dicho efecto.

El hecho de que las partes hayan convenido una penalidad para el caso que se presente el aludido incumplimiento contractual, en modo alguno transforma éste en una obligación adicional del contrato, pues la voluntad de las partes nunca estuvo destinada a dicho efecto, sino únicamente a establecer un elemento disuasivo que aminorara el riesgo de incumplimiento doloso y, adicionalmente, a prever anticipadamente una reparación para la eventualidad de que el mismo se diera.

Es más, ni siquiera es exacto que **Electroperú**, al facturar la energía retirada por **Luz del Sur** sin su autorización, hubiera reconocido que se trata de una venta.

En efecto, la simple denominación de un acto como compraventa, no le otorga dicha calidad a menos que, en su constitución, no presenten los elementos esenciales específicos para dicho efecto.

En todo caso, es obvio que la referencia de los excesos de consumo de energía contenidas en las facturas presentadas por **Luz del Sur** como **Anexo 1-O**, es únicamente una denominación para efectos tributarios, máxime si en el detalle no se consigna que se trate de una transferencia a título de compraventa.

II.6. Lo que en todo caso resulta contundente, es la propia conducta que **Luz del Sur** ha venido observando en la ejecución del **Contrato** por más de siete años.

En efecto, habiendo quedado claro que el aspecto relativo a penalidades pactadas en contratos de compraventa de energía, con prescindencia del destino que tengan, forman parte del ámbito de la autonomía privada de las partes, es indiscutible que, a efectos de la evaluación e interpretación de la conducta de éstas es necesario recurrir a las instituciones que informan el Derecho Civil Patrimonial.

De acuerdo a ello y como recoge *la Resolución*, cabe aplicar el principio de los actos propios, según el cual la posición que **Luz del Sur** plantea con su demanda debe ser desestimada por ser contraria a la conducta que ésta misma ha venido observando, irradiando así una apariencia de absoluta conformidad con los términos contractuales que ahora, insólitamente, pretende negar.

II.7. Finalmente, es preciso rebatir también los oscuros "vaticinios" que ensaya **Luz del Sur** como consecuencias del criterio contenido en **la Resolución**.

Al respecto, debemos indicar que no es exacto que se pretenda presentar la penalidad como una suerte de "carga" arbitrariamente impuesto sobre el distribuidor. Recordemos, si éste está obligado a asumirla, es únicamente porque calculó erradamente la cantidad de energía que requería para suministrar energía, de donde siendo el incumplimiento resultado de su negligencia, no podría pensarse en otra solución más justa.

Contrariamente, de avalarse una situación como la propuesta por **Luz del Sur**, carecería de todo sentido delimitar las cantidades de energía materia de transferencia en un contrato, pues el distribuir podría seguir retirando electricidad hasta agotar toda la producción del generador, pagando siempre la misma cantidad.

Esto último ocasionaría una retracción en el mercado de generación, pues los concesionarios de dicha actividad podrían abstenerse de suscribir contratos con distribuidores del servicio público de electricidad, en el temor de que éstos puedan dejarlos sin energía para atender a sus otros clientes.

Es más, no existiría razón alguna para celebrar contratos de compraventa de energía a los generadores, pues según la posición de **Luz del Sur**, los distribuidores tendrían patente de corso para tomar energía en las cantidades que unilateralmente dispongan, pagando siempre el precio de tarifa en barra, perjudicando así el derecho de los generadores de comercializar la energía producida en los otros sectores del mercado.

Conclusión:

II.7. En consecuencia, atendiendo a lo antes señalado, queda evidenciado que los argumentos de **Luz del Sur** no sólo adolecen de falta de sustento fáctico y/o legal, sino que tampoco acreditan los supuestos vicios que aluden, de donde los términos de **la Resolución**, tal

como han sido explicados en la primera parte del presente escrito, se sostienen, razón por la que solicitamos a la Sala declarar infundada la demanda en todos sus extremos.

III. MEDIOS PROBATORIOS:

A efectos de acreditar los fundamentos de nuestra contestación, ofrecemos como medio probatorio el mérito del expediente administrativo en el que se dictó la Resolución No. 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, que remitiremos una vez recibido el oficio a que hace referencia la Resolución No. 01.

Ofrecemos también, a manera de ilustración sobre la naturaleza civil del contrato de compraventa de energía celebrado por los generadores, el artículo "El Mercado de Producción de Energía Eléctrica", del reputado especialista español, Dr. Santiago Fernández Plasencia, el que adjuntamos como **Anexo 1-C** del presente escrito.

POR TANTO:

A la Sala solicitamos tener por contestada la demanda y, en su oportunidad, declararla infundada en todos sus extremos.

PRIMER OTROSI DECIMOS: ANEXOS.- Que acompañamos los siguientes anexos a nuestra contestación:

1-A: Copia del documento de identidad de nuestro representante;

1-B: Testimonió que acredita su representación;

1-C: El artículo "El Mercado de Producción de Energía Eléctrica", suscrito por el Dr. Santiago Fernández Plasencia.

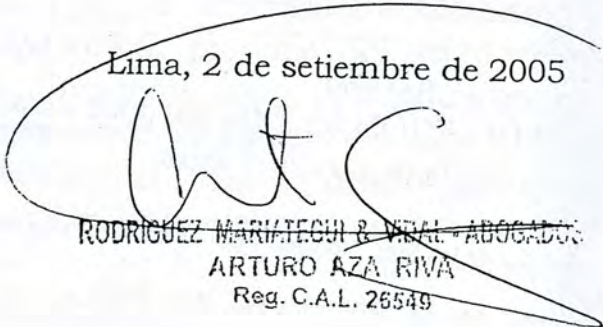
SEGUNDO OTROSI DECIMOS: APODERADOS JUDICIALES.- Que como consta del poder que adjuntamos, además del apoderado que suscribe el presente escrito, también han sido designados como apoderados judiciales de

OSINERG los Dres. Fernando Vidal Ramírez, Miguel Quino Fonseca y otros miembros del Estudio Rodríguez-Mariátegui & Vidal -Abogados, por lo que cualquiera de ellos, indistintamente, podrá ejercer la representación judicial de la recurrente.

TERCER OTROSI DECIMOS: AUTORIZACIÓN PARA LECTURA DEL EXPEDIENTE.- Que autorizamos al Sr. Iván Erick Hernando Cástillejo, identificado con D.N.I. No. 07634489 y/o a la Srta. Mónica Lorena Tanji García, con D.N.I. No. 40507493, a fin de que cualquiera de ellos, indistintamente, pueda tener acceso al expediente para su lectura.

CUARTO OTROSI DECIMOS: ARANCEL JUDICIAL.- Que adjuntamos el recibo de pago por el arancel judicial respectivo.


Lima, 2 de setiembre de 2005


~~RODRIGUEZ MARIATEGUI & VIDAL - ABOGADOS~~
ARTURO AZA RIVA
Reg. C.A.L. 28549

AR/csg

Dictamen final
(Fiscalía)
→ Fundada la demanda

RESAD
RELA
25 SET. 2006
Superior de Justicia de Lima
Primera Sala Especializada
Contencioso Administrativo


MINISTERIO PÚBLICO
FISCALIA DE LA NACION
SEPTIMA FISCALIA SUPERIOR
CIVIL DE LIMA

EXPEDIENTE N° 1179-2005
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DICTAMEN N° 148-2006-MP-FN-7FSC

Señor Presidente:

Se ha remitido para dictamen a esta Fiscalía Superior la presente causa sobre Proceso Contencioso Administrativo, en los seguidos por LUZ DEL SUR S. A. A. contra el ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA – OSINERG y contra ELECTROPERU S. A.

1.- PRETENSION DE LA DEMANDANTE.-

Que, por escrito de fs. 275/304, LUZ DEL SUR S.A.A, interpone demanda contencioso administrativo con la finalidad de que el órgano jurisdiccional declare la nulidad e invalidez parcial de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG N° 005-2005-TSC, de fecha 22 de abril del 2005, en los siguientes extremos:

1.1). El artículo Segundo de la Resolución, al "Declarar infundada la apelación presentada por la Empresa Luz del Sur S.A.A.", contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, del 15 de Octubre del 2004, que había dispuesto erróneamente que los precios de energía regulados y establecidos por el OSINERG – Tarifa en Barra – para el Servicio Público de Electricidad no se aplican para los retiros en exceso

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

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

En tal sentido, como consecuencia de la pretensión anterior, la parte accionante solicita también se declare que carece eficacia los pronunciamientos contenidos en los citados artículos segundo, cuarto y quinto de la resolución materia de impugnación, así como también de lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, del 15 de Octubre del 2004. Asimismo, peticona se declare que Electroperú no puede cobrar precio o penalidad alguno por los excesos de energía que venda Luz del Sur para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda de la Tarifa en Barra.

2.- CONTESTACION DE LA DEMANDA:

A fs. 449/469, es absuelto el trámite de la contestación de la demanda por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG, negando y contradiciendo la misma, además solicita que en su oportunidad se declare infundada. A fs. 502/539, es absuelta la demanda por la co-emplazada ELECTROPERU S.A., a través de su Apoderado, Dr. Juan Humberto Peña Acevedo, en los términos que en ella se fundamenta.

3.- FIJACION DE PUNTO(S) CONTROVERTIDO(S):

De autos se tiene, conforme consta de la Resolución N° 15, de fecha 03 de Abril del 2006, obrante a fs. 592/598, se ha fijado como puntos controvertidos:

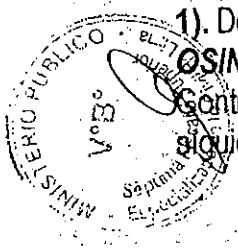
1). Determinar si se configura la nulidad de la **Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG**, de fecha 22 de abril del 2005, expedida por el Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG, en los siguientes extremos:

1.1). El artículo segundo de la Resolución al declarar infundada la apelación presentada por la Empresa Luz del Sur S.A.A. contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, del 15 de Octubre del 2004, que había dispuesto que los precios de energía regulados establecidos por el OSINERG (Tarifa en Barra) para el Servicio Público de Electricidad no se aplican para los retiros en exceso.

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

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

2). Determinar si procede declarar que carecen de eficacia los pronunciamientos contenidos en los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución impugnada y que carece de eficacia lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de la **Resolución N° 008-2004-OS/CC-2004**, del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, del 15 de Octubre del 2004.



3). Determinar si es procedente declarar que **ELECTROPERU** no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que venda a **Luz del Sur S.A.A.** para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la Tarifa en Barra.

4.- ANALISIS FISCAL Y FUNDAMENTOS.-

Debe puntualizarse, que la acción contencioso administrativa tiene por finalidad enmendar una infracción de la ley administrativa o la omisión de las formalidades esenciales, la misma que por su propia naturaleza está destinada al control de la legalidad del procedimiento administrativo, siempre que se encuentren dentro de los alcances del artículo 148° de la Constitución Política del Estado. En este sentido, es garantía de la constitucionalidad y legalidad de la administración pública frente a los administrados¹.

Que, un acto administrativo es válido cuando su objeto o propósito es lícito, es dictado por autoridad competente y el procedimiento se ajusta a las normas legales establecidas, deviniendo en nulidad ipso jure, sólo cuando adolece de vicios establecidos en la ley, pudiendo ser objeto de anulación en el caso de padecer de vicios o defectos no esenciales, que pueden ser subsanados a pedido del interesado.

En tal contexto, la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley No. 27444- contempla en su artículo 3° como requisitos de validez del acto administrativo que éste esté dotado de un objeto o contenido y una debida motivación. El primero de ellos alude a la necesidad de que los actos administrativos se ajustan al ordenamiento legal vigente, así como a los criterios jurisprudenciales vigentes y al principio de razonabilidad en caso de vacío legal. El segundo, alude a la exigencia de que los argumentos vertidos por los administrados al interior de determinado procedimiento administrativo sean debidamente dilucidados siempre y cuando éstos tengan una relevancia para la solución del caso, pues sólo de esa forma los administrados podrán conocer si la decisión adoptada es una decisión de la mera voluntad de la Administración y "*si el íter de su pensamiento es conforme con las reglas de la lógica y de la experiencia*", como lo destaca el jurista Reynaldo Bustamante en su obra "Derechos Fundamentales y Proceso Justo"².

En primer término, debe destacarse que uno de los principios predominantes y de mayor importancia bajo el cual debe regirse todo procedimiento administrativo es el referido a la legalidad de las actuaciones de las autoridades administrativas las que, deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho. Por tanto, en virtud a este principio debe entenderse que las entidades están sujetas a todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta a los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por la ley formal, los actos administrativos de alcance general y, eventualmente, ciertos contratos administrativos. En consecuencia, el principio de legalidad va más allá de lo dispuesto en las leyes y la Constitución, siendo de aplicación incluso, para aquellos criterios pre-establecidos por la Administración para la resolución de

¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique; La Constitución de 1993 - Análisis Comparado -; Quinta Edición, Setiembre de 1999; pág. 681.

² BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Lima, ARA Editores, 2000, página 308.

determinados casos. Por tanto, al tratarse de un principio que engloba todo el ordenamiento constitucional, las disposiciones contenidas en éste son plenamente aplicables a todo procedimiento administrativo y, por consiguiente, a fin de dilucidar la materia controversial de autos, es necesario remitirnos a las mismas.

En la presente litis, la controversia en debate está dirigida a establecer si la **Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG**, de fecha 22 de abril del 2005 que en copia certificada obra a fs. 973/997 del Tomo IV del expediente administrativo, expedido por el Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG-, contiene vicios que acarreen su nulidad e ineficacia parcial, en razón de haber resuelto en su artículo segundo – *parte resolutive* - declarando infundada la apelación interpuesta por la accionante – Luz del Sur S.A.A. – contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, del 15 de Octubre del 2004, expedido por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, mediante la cual se dispuso que los precios de energía regulados y establecidos por el OSINERG - Tarifa en Barra - para el Servicio Público de Electricidad no se aplican para los retiros en exceso; además, respecto al artículo Cuarto – *parte resolutive* - de dicha resolución, que estableció que el precio tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación a los montos contractualmente establecidos como venta, acotando que la regulación de los montos adicionales u otros conceptos está sujeto a la autonomía privada de las partes intervinientes en el mercado eléctrico; por último, con relación al artículo Cuarto – *parte resolutive*- de la misma resolución objeto de impugnación que establece que por los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado. En este contexto, como consecuencia de los extremos materia de la pretensión principal, debe también determinarse si carecen de eficacia los pronunciamientos contenidos en los artículos segundo, cuarto y quinto de la precitada resolución impugnada y de lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la Resolución N° 008-2004-OS/CC-2004, expedido por Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG, en primera instancia administrativa, y si resulta procedente declarar que la co-demandada Electroperu no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que venda a accionante (Luz del Sur S. A. A.) para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la Tarifa en Barra.

De los actuados se infiere, que la actora Luz del Sur S.A.A. y la co-emplazada Electroperú S.A. suscribieron un "Contrato de Suministro de Energía Eléctrica con fecha 16 de Mayo de 1997, tal como se corrobora a fs. 525/539 del tomo III del expediente administrativo y a fs. 69/85 del principal, para tal efecto a la primera de las nombradas se le ha denominado en "Distribuidora" y a la segunda en "Generadora". En ese sentido, de la Cláusula Segunda – Objeto del Contrato - de dicho contrato se infiere que ambas partes pactaron que: "*la Generadora (Electroperú) se obliga a vender y a poner a disposición y entrega de la Distribuidora (Luz del Sur) la potencia contratada y la correspondiente energía contratada³; que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro de la Distribuidora. Y por su parte la Distribuidora compra y se obliga a pagar a la Generadora la potencia contratada – la utilice o no – y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega*". Asimismo, conforme a la sub-cláusula 2.4 del citado

³ Según la Sub-Cláusula 2.1: "*LA GENERADORA se compromete a poner a disposición de LA DISTRIBUIDORA, a partir del 1° de noviembre de 1998, la potencia contratada de trescientos setenta y cinco MEGAWATS (370 MW), en forma desagregada por cada punto de entrega, conforme se describe en el Anexo N° 2 (fs. 86 del principal)*".

contrato, "Sólo por acuerdo de las partes, con arreglo a la sub-cláusula 18.1, se podrá ampliar o reducir la potencia contratada durante la vigencia del contrato"⁴ (...). En la sub-cláusula 2.5 –segunda parte- se señala que: "Los valores de potencia y energía que pudieran resultar en exceso sobre los valores contratados, serán facturados por la Generadora según lo precisado en las sub-cláusulas 4.3 y 4.4" (...).

En esa misma línea, en la sub-cláusula 2.6 del citado contrato de suministro se establece que: "La Distribuidora utilizará el suministro objeto del Contrato – exclusivamente – para la atención a sus clientes a precio regulado con arreglo a Ley. (...). Ahora bien, en la Cláusula Cuarta, del contrato en referencia, respecto de la Tarifa y Precios para Excesos de Consumo, se pactó en la sub-cláusula 4.1 lo siguiente: "Los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán, con arreglo a Ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinados al servicio público. Los precios de potencia y energía activa serán equivalentes a los respectivos precios en barra fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas, referidos a los puntos de entrega establecidos en el Anexo N° 2 de acuerdo a las fórmulas tarifarias fijadas por la misma Comisión".

De otro lado, contradictoriamente, en la sub-cláusula 4.4 del mismo contrato antes citado se estipula que: "Si la energía mensual retirada por la Distribuidora, asignada a la Generadora conforme a lo estipulado en la sub-cláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por la Generadora y pagados por la Distribuidora a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COEST-SINC durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes".

Que, en este correlato, conviene destacar que el objeto del contrato suscrito entre Luz del Sur S.A.A. y Electroperú S.A. es el suministro de energía y potencia destinado al Servicio Público de Electricidad, razón por la cual al comprender una venta de energía de generador (Electroperú) a distribuidor (Luz del Sur), el precio que irroga el mismo no puede ser superior al establecido taxativamente en el artículo 45° de la Ley de Concesiones Eléctricas, denominados precios máximos de generador a distribuidor de servicio público de electricidad. En tal contexto, la tarifa en barra representa un precio máximo para los suministros regulados, por lo que debe entenderse que los excesos de energía sólo deben pagarse a costo marginal de corto plazo, tal como se encuentra estipulado en la sub-cláusula 4.4 del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica, en el supuesto caso que éste no sea mayor a la tarifa en barra que fija el OSINERG, lo que supone, caso contrario, que será la tarifa en barra el precio tope o máximo que puede cobrar el generador (Electroperú).

De otro lado, debe también puntualizarse que, ante la aparente contradicción entre las sub-cláusulas 4.1 y 4.4 del contrato sub litis, anteriormente citadas, no supone que estemos ante una supuesta inaplicación parcial del contrato o de alguna de dichas sub-cláusulas, sino que – para establecer plenamente su validez – conviene complementarlas con las demás cláusulas y las leyes vigentes, atendiendo además al verdadero sentido del acto jurídico y al principio de legalidad del que reposa, a fin de que constituya una auténtica garantía para ambas partes y establecer una equidad para su

⁴ Conforme a la Cláusula Tercera: Vigencia: "El Contrato entra en vigencia en la fecha del Contrato y su vigencia termina el 31 de Octubre del año 2006. Sin perjuicio de lo anterior, el suministro objeto del Contrato se iniciará el 1° de noviembre de 1998".

eficacia, de tal forma que se traduzca en un acto jurídico válido. Para tal efecto, debe señalarse que la "Validez y la Eficacia" de la finalidad producirán sus efectos siempre que cumpla con construcción adecuada de las estructuras constitutivas del acto jurídico, adecuados a la ley, al derecho y la moral⁵. El Jurista Vidal Ramírez, al referirse al "Fin Lícito como Requisito de Validez" del acto jurídico, señala que el Código (Civil) exige que la finalidad sea lícita, esto es que el motivo determinante de la celebración del acto jurídico no sea contrario a las normas de orden público ni a las buenas costumbres a fin de que los efectos producidos puedan tener el amparo del ordenamiento jurídico⁶.

Que, asimismo, bajo una interpretación sistemática, el artículo 169° del Código Civil establece que, **"las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas"**. En tal razón, el jurista Torres Vásquez⁷, al comentar dicha norma sustantiva, sostiene que la interpretación sistemática (o contextual o independiente) parte del hecho de que el acto jurídico es un todo integral, una unidad indivisible, hallándose sus estipulaciones concatenadas las unas de las otras, cuya significación es una. La interpretación de una cláusula aislada puede dar como resultado una significación contraria a la voluntad real de las partes, lo que no sucedería si dicha cláusula es interpretada a la luz de toda la reglamentación del acto. La norma del art. 169° tiene su origen en la sexta regla de interpretación de Pothier que expresa: **"Una cláusula debe ser interpretada por las otras cláusulas contenidas en el acto, sea que éstas precedan a la sigan"**. (...). Acota además, que el acto jurídico no es una suma de estipulaciones o cláusulas, éstas no están yuxtapuestas sin ninguna interrelación, sino, como se desprende del art. 169, constituyen un todo coherente y orgánico, no son contradictorias sino interdependientes, por lo que han de interpretarse las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto. Por eso, las estipulaciones dudosas, equivocadas o ambiguas se interpretan atribuyéndoles el sentido que resulte del conjunto de todas, o lo que es lo mismo, las expresiones dudosas se interpretan por medio de los términos claros y precisos, de tal modo que el sentido atribuido corresponda al contexto general del acto. (...). Si en el acto jurídico existieran estipulaciones contradictorias, mediante una interpretación habrá que armonizarlas, si ello no fuera posible y la cláusula contradictoria es accesorio o separable habrá que sacrificarla para mantener la vigencia del acto jurídico (principio de la conservación).

En ese orden, debe precisarse que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844⁸, **"constituye Servicio Público de Electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establezca el Reglamento. (...). El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública"**. Acorde con lo antes expuesto, el artículo 8° de la precitada Ley establece que **"la Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que**

⁵ Artículo: El Control de los Actos Finales del Acto Jurídico; Autor: BENITO VILLANUEVA HARO; http://www.wikilearning.com/eficacia_ineficacia_e_invalidez-wkccp-2226-3.htm.

⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando; "El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano"; Cultural Cuzco S.A. Editores; Lima - Perú - 1989; pág. 112.

⁷ TORRES VÁSQUEZ, Anibal; Código Civil; Comentarios y Jurisprudencia; Sexta Edición - Septiembre - 2002; pág. 172.

⁸ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 19 de Noviembre de 1992. Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 27239, publicada el 22-12-99.



puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley. (...) Asimismo, los incisos c) y d) del artículo 43º del acotado dispositivo legal preceptúan que: “estarán sujetos a regulación de precios, las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad, y las ventas a usuarios de Servicio Público de Electricidad”. (...) Igualmente, el artículo 45º del mismo cuerpo legal prescribe que: “las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servido Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra”.

Que, bajo dicho marco legal, conviene precisar que toda venta del generador al distribuidor tiene en la Ley un único y un mismo precio (Tarifa en Barra), máxime si de acuerdo con el inciso c) del artículo 31º de la citada Ley de Concesiones Eléctricas, “los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a aplicar los precios regulados que se fijen de conformidad con las disposiciones de la presente Ley”. (...) Consecuentemente, el cobro del “exceso de consumo en el consumo de energía” y por encima del precio en barra, contraviene los dispositivos de la Ley de Concesiones Eléctricas y el verdadero sentido de las cláusulas del contrato suscrito por ambas partes, por lo que el precio de venta de energía no puede exceder la **Tarifa en Barra**, al amparo de lo expresamente establecido en el artículo 45º de la Ley de Concesiones Eléctricas, en razón de que dicha venta de energía eléctrica se encuentra destinada a la prestación del Servicio Público de Electricidad y atendiendo a que constituye una actividad de derecho público, máxime si de conformidad con el artículo 1º del Decreto Supremo N° 035-95-EM⁹, ha establecido que la facultad conferida al Consejo Directivo de la Comisión de Tarifas Eléctricas (absorbida por OSINERG), para la regulación tarifaria, por el inciso h) del artículo 22º del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas¹⁰, aprobado por Decreto Supremo N°009-93-EM, comprende la consideración de los costos y sobrecostos asociados a la prestación del Servicio Público de Electricidad en que incurran o puedan incurrir los suministradores de energía eléctrica, como consecuencia de los requerimientos reales de potencia y energía de sus usuarios, así como, el establecimiento de las condiciones generales de contratación y recargos de acuerdo a la naturaleza de la materia eléctrica que regula”. Por tanto, se reconoce que los excesos de consumo de una empresa Distribuidora, como es el caso de Luz del Sur (accionante), se originan en los requerimientos de los usuarios de energía eléctrica, por lo que la función reguladora del OSINERG, con relación a las tarifas, alcanza también a los sobrecostos, recargos y penalidades por excesos de consumo. Por tales fundamentos, se concluye que al haberse expedido la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, en los extremos materia de impugnación, se ha incurrido en causal de nulidad, prevista en el artículo 10º de la Ley N° 27444, razón por la cual la demanda incoada en autos debe declararse fundada en todos sus extremos.

⁹ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 10 de Noviembre de 1995; por la que se precisa la facultad conferida al Consejo Directivo de la Comisión de Tarifas Eléctricas (ahora OSINERG) para la regulación tarifaria

¹⁰ Dispositivo que señala que: Adicionalmente a las funciones señaladas en el Artículo 15º de la Ley, el Consejo Directivo deberá: h) Emitir las directivas complementarias para la aplicación tarifaria.

5.- CONCLUSION FISCAL:

Por los fundamentos anteriormente expuestos y de conformidad con el inciso 6) del artículo 159° de la Constitución Política del Estado, concordante con el Decreto Legislativo 052 – Ley Orgánica del Ministerio Público -, esta Fiscalía Superior es de **OPINION** se declare **FUNDADA** la demanda interpuesta por **LUZ DEL SUR S.A.** contra el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA – OSINERG** y contra **ELECTROPERU S.A.**

OTROSÍ DIGO: El suscrito de avoca al conocimiento de la presente causa en virtud de la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1668-2005-MP-FN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de agosto del 2005.

OTROSÍ DIGO: Expedida que sea la sentencia, solicito se sirva notificarme con copia de la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 14°, último párrafo, de la Ley N° 27584.

OTROSÍ DIGO: Se remite el Expediente Principal en fs. 635; Expediente Administrativo en IV Tomos, de fs. 01 al 251; fs. 252 al 502; fs. 253 al 753; fs. 754 al 1006, respectivamente.

Lima, 13 de Septiembre del 2006

JVZB/caj.-



[Handwritten signature]
VICTOR ZELADA BAF
Fiscal Superior (T) de la Séptima
Fiscalía Superior Especializada
en lo Civil de Lima

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA TRANSITORIA ESPECIALIZADA EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Resolución 10 inunciao
Corte Superior
→ inunciao

IMPORTANTE

Expediente : N° 1179-05
Demandante : Luz del Sur S.A.A.
Demandado : OSINERG y ELECTROPERU S.A.
Materia : Nulidad de Resolución Administrativa

Resolución número veintisiete

Lima, veintiocho de noviembre
del dos mil seis.-

VISTOS; con el expediente administrativo que se acompaña; con lo expuesto en el Dictamen Fiscal de folios seiscientos treintiséis a seiscientos cuarentitrés; interviniendo como Vocal Ponente la señora Serpa Vergara; resulta de autos, que por escrito de fojas doscientos setenticinco a trescientos cuatro, Luz del Sur S.A.A., debidamente representada por su asesor legal Enrique Tabja Awapara, interpone demanda contencioso administrativa contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG y ELECTROPERU S.A., señalando como **Primera Pretensión Principal:** se declare la invalidez parcial y consiguiente nulidad parcial de la Resolución número 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, de fecha veintidós de abril del dos mil cinco, debiendo declararse la nulidad en los siguientes extremos: i) El artículo segundo de la Resolución que declara infundada su apelación presentada contra la Resolución número 008-2004-OS/CC-20 del cuerpo Colegiado Ad-Hoc de OSINERG que dispuso que los precios de energía regulados establecidos por el OSINERG (tarifa en barra) para el servicio público de electricidad no se aplica para los retiros en exceso; ii) El artículo cuarto de la Resolución que establece que el precio tope constituido por la tarifa de barra resulta de aplicación únicamente a los montos contractualmente establecidos como venta y que la regulación de los montos adicionales a otros conceptos están sujetos a la autonomía de las partes intervinientes en el mercado eléctrico; iii) El artículo quinto de la resolución que establece que por los retiros de energía en exceso de la

energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado, pese a que el aspecto impugnado pertenece al derecho público y se puede pactar que se encuentra expresamente permitido por ley; como **Pretensión Accesorio**: solicita que se declare la ineficacia de los pronunciamientos contenidos en los artículos segundo y tercero de la resolución impugnada; y como **Segunda Pretensión Principal**: que se declare que ELECTROPERU no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que vende a Luz del Sur S.A.A. para atender el servicio público de electricidad que exceda la tarifa de barra; mediante resolución número uno de folios trescientos cinco a trescientos seis, se admitió la demanda; mediante escrito de folios cuatrocientos cuarentinueve a cuatrocientos sesentinueve, OSINERG, representado por su apoderado Arturo Aza Riva, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que se declare infundada; mediante escrito de folios quinientos dos a quinientos treintinueve, ELECTROPERU S.A., representada por su apoderado Juan Humberto Peña Acevedo, contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que se declare infundada; mediante resolución número quince, de fojas quinientos noventidós a quinientos noventiocho, se declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa deducida por ELECTROPERU S.A. y se declaró saneado el proceso, se fijó los puntos controvertidos, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes y no habiendo medios probatorios susceptibles de actuación se prescindió de la Audiencia de Pruebas, disponiéndose el Juzgamiento Anticipado; mediante resolución número dieciséis de fojas seiscientos diez del expediente principal se concedió el recurso de apelación contra la resolución número quince, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida; obra de folios seiscientos treintiséis a seiscientos cuarentitrés el dictamen del Fiscal Superior, opinando que se declare fundada la demanda; tramitada la causa de acuerdo a su naturaleza, su estado es el de emitir sentencia que ponga fin a la instancia; y **CONSIDERANDO: PRIMERO**: Que, el control jurisdiccional de las entidades administrativas del Estado es una garantía fundamental en un Estado de Derecho, porque *“exigir a la Administración que dé cuenta de sus actos, que explique con claridad las razones que la mueven a elegir una solución en lugar de otra u otras y confrontar con la realidad la consistencia de estas razones es algo que no solo interesa al justiciable, sino que importa decisivamente a la comunidad*

entera"¹, así, en nuestro ordenamiento jurídico a través del Proceso Contencioso Administrativo se garantiza a los particulares el acceso a una Tutela Jurisdiccional Efectiva, la misma que no se reduce a realizar una revisión de la validez formal del acto administrativo, sino que brinda una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los administrados que podrían haberse lesionado o que se hayan amenazados por la actuación administrativa inconstitucional o ilegal; **SEGUNDO:** Que, conforme se ha establecido mediante resolución número quince de fecha tres de abril del dos mil seis, que obra de folios quinientos noventa y dos a quinientos noventa y ocho, parte pertinente, los puntos controvertidos son determinar: **i)** si se configura la nulidad parcial de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, en sus artículos segundo, cuarto y quinto; **ii)** si procede declarar que carecen de eficacia los pronunciamientos contenidos en los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución impugnada y lo dispuesto en los artículos dos y tres de la Resolución N° 008-2004-OS/CC20 del cuerpo colegiado de OSINERG; y **iii)** si es procedente declarar que ELECTROPERU no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que venda a Luz del Sur S.A.A. para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la Tarifa en Barra; **TERCERO:** Que, el recurrente expone como fundamentos de su demanda que: **a)** El Tribunal del OSINERG, al considerar que los precios de los excesos de energía vendidos por un generador a un distribuidor con destino al servicio público de electricidad puede pactarse libremente por las partes, contraviene la ley que no autoriza el cobro de penalidades por exceso de consumo de energía y más bien dispone que el precio de la energía destinada a los usuarios de servicio público de electricidad no exceda la tarifa regulada por OSINERG (tarifa en barra); **b)** Las personas jurídicas privadas que prestan servicio público como es el caso de ELECTROPERU y Luz del Sur S.A.A., tienen el carácter de entidades de la administración pública conforme el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la Ley número 27444, por lo que tienen restringidos su capacidad de contratación y de contratar sólo a los supuestos establecidos por la ley; **c)** Las tarifas en barra son los precios regulados por OSINERG que los distribuidores deben pagar a los generadores de electricidad cuando sus destinatarios finales son los usuarios del servicio público de electricidad, lo cual está expresamente señalado en el artículo 46 de la Ley de Concesiones

¹ Tomás - Ramón Fernández; "Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional", Primera Edición, Editorial Palestra Editores S.A.C.; Lima - Perú; marzo 2006; página 361

Eléctricas; d) La resolución número 15-95-P/CTE, modificada por la resolución número 22-95-P/CTE, aprobó las condiciones de aplicación de las tarifas en barra para las ventas de generador a distribuidor destinado al servicio público de electricidad incluidos los cargos y penalidades por encima de la tarifa de barra en caso de exceso a la potencia contratada y a la energía reactiva, no admitiendo penalidad alguna para el caso de consumo en exceso de la energía activa, sin embargo el Tribunal de OSINERG, contraviniendo el principio de legalidad, ha resuelto que corresponde a la autonomía de las partes, sin restricción alguna, pactar las penalidades por exceso de consumo; e) finalmente, refiere que la sub-cláusula cuatro punto cuatro del contrato de suministro debe ser interpretada en el sentido que los excesos de energía deben pagarse a costo marginal de corto plazo, siempre y cuando éste no sea mayor a la tarifa en barra fijada por el OSINERG, en caso contrario será la tarifa en barra el precio tope que puede cobrar el generador, siendo dicha interpretación acorde con el Principio de Conservación de los actos jurídicos;

CUARTO: Que, conforme se puede ver de los actuados administrativos, Luz del Sur S.A.A., al ser notificada por ELECTROPERU S.A. con el Informe Técnico Comercial y la Factura Comercial correspondiente al exceso de energía activa del mes de junio del dos mil cuatro, que obran de fojas veintiuno a veintidós, en la que se detalla que el precio facturado ha tomado en cuenta los correspondientes costos marginales de corto plazo determinado por el COES y publicados el día ocho de julio del dos mil cuatro en su página de Internet, inicia un proceso de reclamación ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG, solicitando que determine que el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía en el caso de ventas destinadas al servicio público de electricidad, no puede exceder la tarifa en barra aprobada por OSINERG;

QUINTO: Que, el veinticinco de octubre del dos mil cuatro, el cuerpo colegiado Ad- Hoc de OSINERG emite la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, de fojas treintiséis a cuarentisiete, en la que declara infundadas las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral presentadas por ELECTROPERÚ e infundada la reclamación presentada por la empresa Luz del Sur S.A.A. y establece que a los retiros de energía en exceso, destinados al servicio público de electricidad, no les resulta de aplicación como tope los precios regulados, sino lo estipulado en el contrato suscrito entre las partes, interponiendo apelación contra dicha resolución tanto Luz del Sur S.A.A como ELECTROPERÚ; con fecha veintidós de abril del

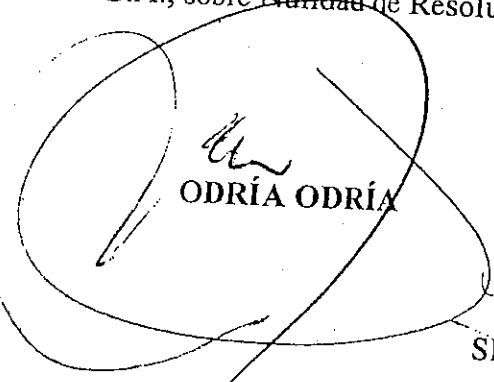
dos mil cinco el Tribunal de Resoluciones de Controversias de OSINERG, mediante Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, que obra de fojas novecientos noventitres a novecientos noventa y siete del expediente administrativo, declara infundada la reclamación y establece que el precio tope constituido por la tarifa en barra no resulta aplicable para los retiros de energía en exceso de la contratada, en la que se debe estar a lo estipulado contractualmente; **SEXTO:** Que, debe precisarse que el conflicto que es materia de autos, surge a raíz del contrato suscrito con fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y siete entre ELECTROPERÚ y Luz del Sur S.A.A. sobre suministro de energía eléctrica, en adelante "contrato de suministro", el mismo que obra de fojas sesenta y nueve a ochenta y nueve, habiéndose establecido el objeto del contrato en la segunda cláusula, señalando expresamente: "*La Generadora vende y se obliga a poner a disposición y entregar a la distribuidora la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro de la Generadora y del derecho de suministro de la distribuidora y por su parte la distribuidora compra y se obliga a pagar a la generadora la potencia contratada – la utilice o no – y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega*"; en ese entonces, la potencia contratada fue de trescientos setenta megavatios, la misma que fue ampliada a cuatrocientos veinte megavatios, mediante la tercera cláusula de la primera adenda del doce de diciembre del dos mil, que obra a fojas noventa y noventa y uno; **SEPTIMO:** Que, en el mismo contrato se estableció en la cláusula cuarta la tarifa y precios para excesos de consumo, señalándose en el punto 4.1. que: "*Los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán con arreglo a Ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio público...*", y en el punto 4.4 que: "*Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA, asignada a LA GENERADORA, conforme a lo estipulado en la subcláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por LA GENERADORA y pagados por LA DISTRIBUIDORA a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinado determinado por el COES-SICN durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes*" [el subrayado es nuestro]; **OCTAVO:** Que, si bien es cierto, que el aludido contrato fue suscrito bajo los alcances de la Ley de

Concesiones Eléctricas – Decreto Ley número 25844, sin embargo también ya se encontraba vigente la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, que en su artículo 62° consagra el derecho a la libertad contractual, en virtud del cual las partes que celebran un contrato, cualquiera sea su modalidad o forma, pueden establecer las cláusulas que crean convenientes para la satisfacción de sus intereses, siempre y cuando no contravengan disposiciones legales ni sean contrarios a las buenas costumbres (así por ejemplo, no se podría pactar un contrato de mutuo con una cláusula en la que se señale un interés superior a la permitida por ley), y si bien es cierto la libertad contractual como todo derecho tiene límites y restricciones, los mismos están claramente determinados en las leyes respectivas, tal es el caso de los servicios públicos, por considerarse esenciales para los ciudadanos, que requiere una prestación asequible y alcanzando umbrales mínimos de calidad; **NOVENO:** Que, por otro lado, la Ley de Concesiones Eléctricas, en su artículo 8, señala que: “La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran...”, es decir, si bien es cierto el Estado, en cumplimiento de sus funciones, establece el marco jurídico y fija las reglas del mercado para los operadores privados, no menos verdad es que de la norma glosada se desprende que existen dos regímenes de precios para los suministros eléctricos: 1) Uno de **libertad de precios** para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia; y 2) Otro de **precios regulados**, en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran; a su vez el artículo 43, establece los supuestos en que los precios estarán sujetos a regulación, siendo uno de ellos el contemplado en el literal “c” que señala: “La venta de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al servicio público de electricidad...”, a ello debe agregarse lo establecido en el artículo 45, en el sentido que: “Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a tarifa en barra”, es decir que la restricción de la libertad contractual se da únicamente con respecto al precio que se debe pactar cuando la empresa generadora de energía eléctrica suministra a la empresa distribuidora electricidad destinada al servicio público, pues existe una norma imperativa que dispone que el precio que se debe pactar por dicho suministro deberá ser a tarifa en barra y precisamente por tratarse de una restricción a la libertad contractual no se puede extender su ámbito más allá de lo que la norma


claramente estipula, esto es, más allá de los supuestos de los precios de venta que se estipulan en los contratos de suministros; **DÉCIMO:** Que, además en el caso de autos no existe discrepancia en cuanto al precio de venta por la cantidad de electricidad contratada (420MW) para el servicio público, por cuanto ambas partes consideran que al respecto se ha cumplido estrictamente con las disposiciones legales pertinentes; sin embargo, con respecto al consumo en exceso, que por su misma denominación significa la utilización de una energía no pactada, las reglas a aplicar no pueden ser las determinadas para la electricidad contratada, ya que si esa hubiera sido la intención de los contratantes, entonces no habría sido necesario señalar un máximo de retiro de energía; **UNDÉCIMO:** Que, además, debe puntualizarse que al no haber sido previsto por la Ley de Concesiones Eléctricas ni por su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo número 009-93-EM, el supuesto del consumo de mayor energía a la pactada por la empresa distribuidora, se presenta lo que en doctrina se conoce como una "laguna del derecho", frente a lo cual existen dos alternativas: 1) Que los titulares del derecho o la situación jurídica no prevista por el ordenamiento jurídico cubran esta laguna, como por ejemplo, a través de una cláusula contractual; o 2) Que, las partes no se hubieran percatado al momento de suscribir el contrato, por lo que una vez surgido el problema, recurran al órgano jurisdiccional, quien deberá solucionar el conflicto de intereses, debiendo subsanar dicha deficiencia normativa a través de un procedimiento de integración; **DUODÉCIMO:** Que, en el caso de autos, los contratantes optaron por la primera alternativa, de prever esa situación considerándolo expresamente en la cláusula 4.4 del contrato; pues pretender interpretar que dicho precio establecido debe tener como límite las tarifas en barra reguladas por OSINERG, sería dejar sin contenido la libertad contractual de las partes manifestada al momento de celebrar el contrato, ya que de ser así, de nada serviría pactar en el contrato de suministro la potencia y energía que ELECTROPERÚ debe entregar a Luz del sur S.A.A., ya que en la práctica quedaría en la arbitrariedad de la empresa Luz del Sur S.A.A. determinar cuánta energía consumir, al no haber ninguna diferencia entre el precio por consumo de energía pactada y la energía consumida en exceso, vaciando con ello el contenido de la libertad contractual, lo cual podría devenir en un ejercicio abusivo del derecho por parte de la empresa distribuidora, que no tendría límites en cuanto a la cantidad de energía consumida, más aún considerando que en virtud a lo establecido en la cláusula 4.4 del contrato de suministro, como lo ha sostenido la empresa generadora

y no ha sido contradicho por la demandante, se dio oportunidades en que por el exceso de consumo se cobró montos menores a lo que corresponde a la "tarifa en barras", por consiguiente no resulta coherente y sería contrario a los fines del contrato de suministro, que sólo se cobre con una tarifa distinta a la "tarifa en barra" cuando el monto sea menor a este y no cuando sea mayor, pues conforme a dicho razonamiento le sería rentable a las empresas distribuidoras pactar contratos por un consumo mínimo, ya que al consumir energía mayores a las pactadas se vería siempre beneficiada con un precio menor; **DÉCIMO TERCERO:** Que, respecto al argumento de la parte demandante, en el sentido que en los contratos de suministro eléctrico no es posible pactar recargos, penalidades y precios distintos o que excedan los máximos permitidos por la Ley de Concesiones Eléctricas, su reglamento y las condiciones de aplicación, en primer lugar debe señalarse que al pactarse un precio distinto al precio de venta de energía eléctrica cuando se dé un consumo por encima de lo pactado no constituye una penalidad; asimismo, como ya se ha señalado, al establecer en el contrato un precio distinto para la energía eléctrica consumida en exceso, lo que se está haciendo es cubrir un vacío normativo, por lo que no se puede hablar de contravención de una norma cuando esta norma no existe; **DÉCIMO CUARTO:** Que, a mayor abundamiento, en lo que concierne a la existencia de normas posteriores, si bien es cierto estas no son aplicables al caso de autos, no menos verdad es que corroboran la tesis de que sí es posible que se establezcan precios por acuerdo de partes, tal es así como el Decreto de Urgencia número 007-2004 (referido a los supuestos de retiro de potencia y energía de las empresas distribuidoras que no contaban con contrato de suministro, en la que se disponía que las empresas generadoras facturaran a las empresas distribuidoras los retiros a los precios de barra fijado por OSINERG), en el último párrafo de su artículo primero, establece que: "*La presente norma no será de aplicación a aquellos retiros efectuados al amparo de contratos cuya vigencia sea materia de controversia judicial o extrajudicial*", por lo que realizando una interpretación teleológica cabe aseverar que dicho Decreto de Urgencia reconoce que en muchos casos el vacío normativo había sido cubierto por cláusulas contractuales en estricto respeto a la libertad contractual consagrada en nuestra Constitución Política; **DÉCIMO QUINTO:** Que, finalmente debe señalarse que si bien es cierto tanto ELECTROPERU como Luz del Sur S.A.A., tienen el carácter de entidades de la administración pública conforme al numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de

la Ley número 27444, dicha norma fue establecida con la finalidad de que dichas personas jurídicas deben regirse por las normas del procedimiento administrativo para las actuaciones que realicen como parte de la administración pública, pero ello no puede ser extendido a situaciones en la que actúan como cualquier persona jurídica de derecho privado como es en el caso de la suscripción del contrato de suministro de electricidad, por consiguiente su libertad contractual no puede verse restringida más allá de los límites explícitamente contemplados como tales en la normativa de la materia, precisados en el Considerando Noveno de la presente sentencia; **DÉCIMO SEXTO:** Que, por las consideraciones expuestas, se puede concluir que el Tribunal de Soluciones de Controversias del OSINERG, al momento de emitir la resolución impugnada en cuanto a los extremos impugnados a través de la demanda, no ha contravenido disposición de orden constitucional o legal, por lo tanto no ha incurrido en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley número 27444; por estos fundamentos, impartiendo justicia a nombre de la Nación: **DECLARARON INFUNDADA** la demanda en todas y cada una de las pretensiones que contiene. En los seguidos por LUZ DEL SUR S.A.A. con el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG y ELECTROPERU S.A., sobre Nulidad de Resolución Administrativa.-


ODRÍA ODRÍA


BARREDA MAZUELOS


SERPA VERGARA

PODER JUDICIAL

SHIRLEY ALCOCER GALLO
SECRETARIA

Primera Sala de Instancia Especializada
en lo Contencioso Administrativo
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

10 ENE. 2007

11 ENE. 2007



Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Civil

Exp. N° 2775-07
Sala Civil Permanente
Corte Suprema
Impugnación de Resolución
Administrativa
LIMA

MESA DE PARTES UNICAS
DE LAS SALAS CIVILES
CORTE SUPREMA

28 SEP 2007

Dictamen N° 923-2007-MP-FN-FSC

SEÑOR PRESIDENTE:

Luz del Sur SAA interpone a fs. 729 Recurso de Apelación contra la resolución de fs. 715, expedida por la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 28 de noviembre del 2006, que declara Infundada la demanda sobre **Impugnación de Resolución Administrativa**, que se sigue con **OSINERG** y otro.

La recurrente alega que no existe laguna del derecho para la regulación de los excesos, según lo dispuesto en los artículos 43° y 45° de la Ley N° 25844 – Ley de Concesiones Eléctricas - (en adelante LCE), de cuyo alcance se deriva que la venta de electricidad no podrá forzosamente exceder la tarifa de barra cuando este destinada al Servicio Público de Electricidad, en la medida que los excesos de consumo involucran un traspaso de energía. Agrega, que las normas contenidas en la LCE son normas imperativas y, por tanto no puede pactarse en su contra, de conformidad con las normas del Código Civil. Añade, que para el caso de retiros en exceso, ELECTROPERÚ no se comprometía a abastecerlos como parte del contrato, sino que tenía la total libertad para limitarlos, restringirlos o incluso resolver el mencionado contrato de suministro, de esta manera se evita cualquier arbitrariedad de su parte. Sostiene finalmente, que es incorrecto lo afirmado por la Sala, porque los distribuidores no están en capacidad de contratar sólo una pequeña parte de potencia y energía para aprovechar un menor precio en los excesos, de acuerdo al Inc. b) del artículo 34° de la LCE.

La materia controvertible en el presente caso, se dirige a determinar si procede declarar judicialmente la invalidez parcial y consiguiente Nulidad parcial de la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, de fecha 22 de abril del 2005; debiéndose declarar Nulidad en los siguientes extremos: **a.-** El artículo segundo de la Resolución que declara Infundada la apelación presentada, contra la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, que dispuso que los precios de energía regulados, establecidos por el OSINERG, para el servicio público de electricidad, no se aplica para los retiros en exceso; **b.-** El artículo cuarto de la resolución que establece que el precio tope constituido por la tarifa de barra resulta de aplicación únicamente para los montos contractualmente establecidos como venta y que la regulación de los montos adicionales a otros

..//

Dra. ZORADA AVALOS RIVERA
 Fiscal Superior Titular
 Encargada de la Fiscalía
 Suprema en lo Civil



Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Civil

2.

conceptos están sujetos a la autonomía de las partes intervinientes en el mercado eléctrico; c.- El artículo quinto de la resolución que establece que los retiros de energía en exceso de la energía contratada se debe estar a lo estipulado contractualmente, respetando la autonomía de las partes, por ser un aspecto no regulado, pese a que el aspecto impugnado pertenece al derecho público.

Resulta del sub-materia que el contrato de suministro, entre la recurrente y ELECTROPERÚ, sobre suministro de electricidad, obrante a fs. 69, establece que la Generadora vende y se obliga a poner a disposición y entregar a la Distribuidora la potencia contratada y la correspondiente energía contratada, que constituyen límites máximos de la obligación de suministro de la Generadora y del derecho de suministro de la Distribuidora y por su parte la Distribuidora compra y se obliga a pagar a la Generadora la potencia contratada -la utilice o no- y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega. Siendo la potencia contratada de 370 MV, la misma que fuera ampliada a 420 MV, en virtud de la tercera cláusula de addenda, que obra a fs. 90. En cuanto a los excesos por consumo de energía, se pactó en el cláusula 4.1, que los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán con arreglo a Ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Eléctricas para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio público y, en caso de que la energía mensual retirada por la Distribuidora, asignada a la Generadora, conforme a lo estipulado en el subcláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por la Generadora y pagados por la Distribuidora a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinado por el COES-SICN, durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes. De las cláusulas contractuales mencionadas, se colige dos situaciones: A) Que, las ventas sujetas al marco de la potencia contratada, se ciñen a las normas del Servicio Público de Electricidad, se efectúa entonces a tarifa en barra; y, B) Cuando se excede de la potencia contratada, dicho pago se realizará conforme a los costos marginales de corto plazo. En todo caso, lo que se discute en la presente litis, importa establecer si el pago del consumo de energía en exceso podía regularse conforme a las reglas de la libre contratación, o en su defecto las normas de Derecho público.

Ahora bien, el artículo 8° del Decreto Ley N° 25844¹, (LCE) establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y, un sistema de precios regulados en aquellos

...//

¹ . Artículo modificado por la Ley N° 27239 del 22 de diciembre de 1999.

Dña. ZORILDA AVALOS RIVERA
Fiscalía Suprema en lo Civil
Procuradora General de la Fiscalía
Suprema en lo Civil



Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Civil

3.

suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la Ley. El Estado, en el marco de una Economía Social de Mercado, sólo debe intervenir para regular aquellos servicios de naturaleza pública, a fin de cautelar los legítimos derechos de los usuarios, pero en esa misma línea de actuación, puede dejar al arbitrio de los agentes del mercado, la regulación de situaciones que se enmarcan en la libre competencia, tal como acontece en el caso de las generadoras de energía eléctrica, siempre y cuando no contravengan normas de orden público y persigan fines lícitos; por lo que debe reconocerse un ámbito de autonomía privada en el ámbito de los contratos de suministro de energía eléctrica. El artículo 43° de la LCE, dispone que se encuentran sujetas a regulación de precios, las ventas de energía eléctrica de un Generador a un Distribuidor, destinadas a prestar un servicio público de electricidad²; por su parte el artículo 45° de la Ley citada, prevé que las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinadas al servicio público de electricidad, se efectuarán a tarifas de barra. Al respecto argumenta la recurrente, que el exceso de consumo de energía es una venta, por lo que no podrá exceder la tarifa en barra, cuando esta destinada al servicio público de electricidad. Tal como se desprende del contrato de suministro de energía eléctrica suscrito por las partes, las potencia contratada era de 420 MV, por lo que cualquier consumo superior al pactado, no se encuentra cubierto por el elemento "consensual", que caracteriza a cualquier contrato de compraventa, de conformidad con el artículo 1529° del Código Civil; de tal forma, que el pago de dicho consumo habría de sujetarse a las cláusulas contractuales convenidas por las partes. Máxime, si la misma recurrente reconoce, que en caso de los retiros en exceso, ELECTROPERÚ no se comprometía a abastecerlos como parte del contrato, sino que tenía la total libertad para limitarlos, restringirlos o incluso resolver el mencionado contrato de suministro, por lo que la situación anotada generaba consecuencias jurídicas inevitables. Resulta, entonces, a todas luces contradictorio, que se pretenda sostener que los consumos en exceso, se encontraban permitidos en el contrato en cuestión.

En este orden de ideas, no puede dejarse al libre arbitrio de las Distribuidoras el retiro de la energía eléctrica, pues podría ahuyentarse la inversión en el mercado de la generación eléctrica, al convalidarse posiciones contractuales per se ventajosas para una sola de las partes, en evidente desmedro de las autonomía de la voluntad, que debe regir en todo espacio del ámbito contractual; de no ser así, se estaría concediendo un corsé para que las concesionarias de distribución puedan retirar más energía de la pactada con ..//

² . Habiéndose establecido en el inc. a) del artículo 43°, que la regulación de precios no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supera la potencia y energía firme del comprador.



*Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Civil*

4.

los Generadoras, lo cual resulta incompatible con la máxima de seguridad jurídica, que debe garantizarse en un Estado de Derecho. Siendo así, la resolución administrativa objeto de impugnación judicial, no adolece de vicio alguno que acarree su Nulidad.

En consecuencia, esta Fiscalía Suprema es de la opinión que se **CONFIRME** la apelada por encontrarse arreglada a Ley.

OTROSI DIGO: La suscrita se avoca al conocimiento de la presente conforme a lo dispuesto por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1076-2007-MP-FN, su fecha 14 de Setiembre del año en curso.

Lima, 24 de setiembre de 2007

Dra. ZORAIDA AVALOS RIVERA
Fiscal Superior Titular
Encargada de la Fiscalía
Suprema en lo Civil

ZAR/apcf/itc.

SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA.

Lima, nueve de abril del dos mil ocho.

VISTOS; con los cuadernos acompañados; y **CONSIDERANDO:**
además:

PRIMERO.- Que, viene en grado de apelación la resolución número veintisiete, obrante a fojas setecientos quince, su fecha veintiocho de noviembre del dos mil seis, que declara infundada la demanda en todas y cada una de las pretensiones que contiene, interpuesta por la empresa Luz del Sur Sociedad Anónima Abierta.

SEGUNDO.- Que, viene también en apelación la resolución número quince, corriente a fojas quinientos noventidos, en el extremo que declara infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa deducida por la demandada ELECTROPERÚ.

TERCERO.- Que, en la propia resolución número quince de fecha tres de abril del dos mil seis, se declaró el saneamiento del proceso, se fijaron los puntos controvertidos, los mismos que aparecen del auto de fojas quinientos noventidos a quinientos noventa y ocho, se admitieron los medios probatorios de la partes y se dispuso el juzgamiento anticipado del proceso, quedando la causa expedita para el dictamen fiscal, el cual fue emitido a fojas seiscientos treinta y seis.

CUARTO.- Que, con respecto a la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa que viene en apelación en calidad de diferida, se debe señalar que el artículo 18 de la Ley 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa, conforme a las reglas establecidas en la Ley 27444 o por normas especiales; estableciendo el artículo 19 de la

SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

propia Ley 27584, los casos en que no es exigible el agotamiento de la vía administrativa.

QUINTO.- Que, del cuaderno administrativo que se tiene a la vista se encuentra acreditado que el precio de ventas de excesos de energía fue materia de los petitorios administrativos de la empresa demandante; habiéndose pronunciado OSINERG sobre cual es el precio legal por ventas destinadas al servicio público; razón por la cual, existiendo coincidencia entre los petitorios administrativos y judiciales, debe rechazarse la excepción propuesta y confirmarse lo resuelto por la Sala Superior.

SEXTO.- Que, con respecto al fondo del asunto, el artículo 1° de la Ley 27584 dispone que la acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Perú, tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

SÉTIMO.- Que, el artículo 2 de la misma Ley 27584 dispone que el proceso contencioso administrativo se rige por los principios que se enumeran en dicho artículo y por los del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos en que sea compatible.

OCTAVO.- Que, uno de los principios en que se sustenta el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo, es el principio de legalidad, el que determina que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas.

SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

NOVENO.- Que, del proceso administrativo acompañado aparece que la empresa demandante y Electroperú suscribieron un contrato de suministro de energía eléctrica con fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y siete, conforme es de verse a fojas quinientos veinticinco; habiendo pactado ambas partes en la cláusula Segunda "Objeto del Contrato", que la Generadora (Electroperú) se obliga a vender y poner a disposición y entrega de la Distribuidora (Luz del Sur) la potencia contratada y la correspondiente energía, los que constituyen los límites máximos de la obligación de suministro de la distribuidora.

DÉCIMO.- Que, de otro lado, la distribuidora compra y se obliga a pagar a la generadora la potencia contratada, la utilice o no, y la totalidad de energía que retire en los puntos de entrega.

DÉCIMO PRIMERO.- Que, en la sub-cláusula 2.4 del referido contrato se determina que sólo por acuerdo de las partes, con arreglo a la sub-cláusula 18.1 se podrá ampliar o reducir la potencia contratada durante la vigencia del contrato; y en la segunda parte de la sub-cláusula 2.5 se señala también que los valores de potencia y energía que pudieran resultar en exceso sobre los valores contratados, serán facturados por la generadora según lo precisado en las sub-cláusulas 4.3 y 4.4.

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, en la Cláusula Cuarta del contrato en mención, se pactó en la sub-cláusula 4.1 que los precios unitarios de potencia y energía activa y reactiva serán, con arreglo a ley, los precios regulados fijados por la Comisión de Tarifas Especiales para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio público.

DÉCIMO TERCERO.- Que, a pesar de ello, en la sub-cláusula 4.4 del mismo contrato se estipula que: si la energía mensual retirada por la distribuidora, asignada a la generadora conforme a lo

SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

estipulado en la sub-cláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, dichos excesos serán facturados por la generadora y pagados por la distribidora a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COEST-SINC durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes.

DÉCIMO CUARTO.- Que, siendo esto así, se puede afirmar que se está ante un contrato de venta o transferencia de energía eléctrica, de generador a distribuidor, para el suministro por éste último al consumidor final, al precio o tarifa administrativamente fijada; consistiendo esencialmente un "*servicio público de electricidad*", tal como lo define el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas.-

DÉCIMO QUINTO.- Que, el artículo 2 del Decreto Ley 25844 "Ley de Concesiones Eléctricas" establece que "constituye Servicio Público de Electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establezca el Reglamento"; y de acuerdo a ello, el artículo 8 de la propia ley determina que "la ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precio regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la misma ley".

DÉCIMO SEXTO.- Que, en lo que se refiere a la aparente contradicción existente entre las sub-cláusulas 4.1 y 4.4 del contrato sub-materia, debemos referir que resulta de aplicación lo señalado por el artículo 169 del Código Civil, el mismo que establece que las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del

SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

conjunto de ellas; debiendo pues, los contratos, ser interpretados de acuerdo a su conjunto.

DÉCIMO SÉTIMO.- Que, conviene precisar también que de lo anteriormente expuesto, se puede colegir que toda venta del generador al distribuidor tiene en la ley un único y un mismo precio (denominado tarifa en barra), con mayor razón si el inciso c) del artículo 31 de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que "las concesionarias de generación, transmisión y distribución están obligados a aplicar los precios regulados que se fijen de conformidad con las disposiciones de dicha ley"; por lo que, el cobro del exceso de consumo en el consumo energía y por encima del precio barra, contraviene los dispositivos de la Ley de Concesiones Eléctricas y el verdadero sentido de las cláusulas del contrato suscrito por las partes, por lo que el precio de venta de energía no puede exceder la tarifa de barra, al amparo de lo expresamente fijado por el artículo 45 de la Ley mencionada.

DÉCIMO OCTAVO.- Que, igualmente, debe señalarse que la venta de energía eléctrica contratada se encuentra destinada a la prestación del servicio público de electricidad y atendiendo a que constituye una actividad de Derecho Público; debiendo tomarse en cuenta que la regulación tarifaria aprobada por el Decreto Supremo número 009-93-EM comprende la consideración de los costos y sobrecostos asociados a la prestación del servicio público de electricidad.

DÉCIMO NOVENO.- Que, finalmente, se debe expresar que la Ley de Concesiones Eléctricas no se refiere expresamente al supuesto de exceso de consumo, no expresando tampoco como deben ser facturados; y lo que si hace en todo su articulado es configurar un principio estructural o de servicio regulado a tarifa administrativamente fijada.

SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

VIGÉSIMO.- Que, siendo esto así, el precio de los excesos de consumo no puede en ningún caso ser objeto de pacto o de libre acuerdo entre las partes, por constituir una violación de los principios que la Ley de Concesiones Eléctricas ha previsto.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Que, de acuerdo a lo que aparece del propio contrato y de lo normado por la Ley de Concesiones Eléctricas, el único precio administrativamente fijado para estas transferencias es el denominado "precio en barra", que es también el único admitido por la ley para su toma en consideración a la hora de fijar la "tarifa de abono" al consumidor final.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que, a mayor abundamiento, la Ley no distingue entre potencia y energía contratada o retirada por excesos de consumo exigidos por el servicio público; toda venta del generador al distribuidor tiene en la ley un único y mismo precio; no pudiéndose pues, distinguir donde la ley no lo hace.

VIGÉSIMO TERCERO.- Que, en consecuencia, las resoluciones cuestionadas infringen el principio de legalidad previsto por el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimientos Administrativo General; y de conformidad en parte con el dictamen de la Señora Fiscal encargada de la Fiscalía Supremo en lo Civil.

DECISION:

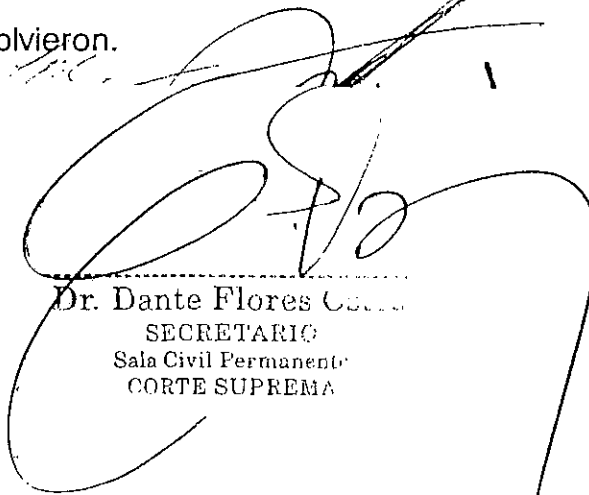
CONFIRMARON la resolución número quince corriente a fojas quinientos noventidos, su fecha tres de abril del dos mil seis, en el extremo que declara **infundada la excepción** de falta de agotamiento de la vía administrativa propuesta por la empresa codemandada Electroperú Sociedad Anónima; y **REVOCARON** la resolución (sentencia) apelada de primera instancia número veintisiete, corriente de fojas setecientos quince a setecientos

SENTENCIA

AP. NRO. 2775-2007.

LIMA

veintitrés, de fecha veintiocho de noviembre del dos mil seis, que declara infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta de fojas doscientos setenta y cinco a trescientos cuatro por la empresa Luz del Sur Sociedad Anónima Abierta y **reformándola** la declararon **FUNDADA**, en consecuencia, **NULOS** los artículos segundo, cuarto y quinto de la Resolución del Tribunal del Solución de Controversias del OSINERG número 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG de fecha veintidós de abril del dos mil cinco; y **NULOS** los artículos segundo y tercero de la Resolución número 008-2004-OS/CC-20 de fecha veinticinco de octubre del dos mil cuatro expedido por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del Organismo Supervisor de Inversión en Energía -OSINERG; **DISPONIÉNDOSE** que ELECTROPERU no puede cobrar precio o penalidad alguna por los excesos de energía que venda a la empresa demandante para atender el Servicio Público de Electricidad que exceda la tarifa de barra; en los autos seguidos con el Organismo Supervisor de la Inversión en Energías – OSINERG y ELECTROPERU Sociedad Anónima sobre impugnación de resoluciones administrativas; interviniendo como Vocal Ponente el Señor Mansilla Novella; y los devolvieron.



Dr. Dante Flores
SECRETARIO
Sala Civil Permanente
CORTE SUPREMA

E-1774
TOMO IV

Expediente No. 1179-2005
Secretario
Escrito No. 1
Cuaderno Cautelar
Sumilla: Solicitud Cautelar

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LIMA:

LUZ DEL SUR S.A.A. [En adelante, Luz del Sur], con RUC No. 20331898008
[Anexo 1-A], debidamente representada por el Sr. Jorge Luis Alvarado Giraldo,
identificado con Documento Nacional de Identidad No. 41873478 [Anexo 1-B],
según poder que se adjunta [Anexo 1-C], en los seguidos contra Electroperú
S.A. [En adelante, Electroperú], a usted respetuosamente decimos:

Que, habiendo expedido la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de
Justicia de la República -mediante Resolución S/N de fecha 9 de abril de 2008
[Anexo 1-D]- una sentencia amparando nuestra pretensión, (emitida en el
marco del incidente de apelación No. 2775-2007) **solicitamos** que con la
finalidad de garantizar el fallo recaído en el presente proceso, se nos otorgue el
siguiente petitorio cautelar:

1. **Primera Pretensión Cautelar.-**

*La suspensión de todos los efectos de los artículos segundo, cuarto y quinto
de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG
número 005-2005-TSC/19-2004-TSC- OSINERG de fecha 22 de abril de
2005.*

2. **Segunda Pretensión Cautelar.-**

*La suspensión de todos los efectos de los artículos segundo y tercero de la
Resolución No. 008-2004-OS/CC-20 de fecha 25 de octubre de 2004
expedida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERG.*

3. Tercera Pretensión Cautelar.-

Que Electroperú se abstenga de pretender –por cualquier medio, proceso o procedimiento de cualquier naturaleza que se encuentre en trámite, se inicio o que pretenda iniciarse- el cobro de las facturaciones por encima del Precio de Barra fijado por OSINERG respecto de los excesos sobre la energía contratada de cuatrocientos veinte megawats ocurridas durante los meses de julio, agosto, setiembre, octubre y noviembre de dos mil cuatro, según facturas Nos. 0004642, 0004707, 0004753, 0004810 y 0004856, respectivamente y/o de cualquier otra factura que por concepto de retiros de potencia y energía haya sido emitida.

En efecto, la claridad del mandato expresado por la Corte Suprema de Justicia de la República determina que todo monto facturado por Electroperú sobre la base de un precio mayor al denominado precio de barra respecto de los excesos sobre la energía contratada resulta simplemente incobrable. Este es el caso de las facturas Nos. 0004642, 0004707, 0004753, 0004810 y 0004856 emitidas por Electroperú [**Anexo E**], razón por la que su Sala debe determinar expresamente que su pago no puede ser exigido.

En ese sentido, atendiendo a la claridad de lo señalado por la Corte Suprema en la sentencia antes comentada y teniendo en consideración su necesario otorgamiento a efectos de evitar que se nos genere un daño irreparable y que el resultado final del proceso no pueda ser efectivo, es claro que la medida cautelar solicitada debe ser concedida.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 615° del Código Procesal Civil indica expresamente que **procede medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable** (en nuestro caso la Resolución No. S/N de fecha 9 de abril de 2008), incluso **sin que resulte necesario ofrecer contracautela ni cumplir con exponer los fundamentos de la pretensión cautelar.**

Considerando que en el presente caso la sentencia expedida por la Corte Suprema ya ha determinado el derecho que le asiste a Luz del Sur para

solicitar la nulidad de la resolución impugnada, **queda claro que en aplicación de la norma antes invocada y a efectos de evitar que se nos produzcan mayores perjuicios, debe accederse a dictar la medida cautelar solicitada.**

Por ende, en estricta aplicación del artículo 615° del Código Procesal Civil e invocando la tutela cautelar que nos corresponde en razón de haber quedado acreditada suficientemente la verosimilitud del derecho que reclamamos, solicitamos al Juzgado acceder a nuestro pedido y dictar la medida cautelar en los términos indicados.

Así, como es más que evidente, luego de que la Corte Suprema ha declarado **NULA** la resolución impugnada en el extremo solicitado por Luz del Sur, resultaría ciertamente inadmisibles que Electroperú pretenda el cobro de las facturas antes mencionadas, sin embargo, **existe un evidente peligro en la demora** de que ello suceda (sobre la base de la ejecutoriedad de las resoluciones administrativas), razón por la cual se hace imperioso que se nos otorgue la medida cautelar solicitada con la finalidad de evitar un perjuicio irreparable.


POR TANTO:

A la Sala solicitamos se sirva conceder la medida cautelar solicitada.

OTROSI DECIMOS: Que a efectos de dar cumplimiento al artículo 640° del Código Procesal Civil, adjuntamos copia de simple de la demanda formulada y sus anexos [**Anexo 1-F**], así como de la resolución que la admite a trámite [**Anexo 1-G**].

Lima, 25 de abril de 2008


JOSE TAMPÉREZ
ABOGADO
Reg. CAL. 26325


SNI 41813418