

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



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

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

Mauricio Adolfo Checa Oliva

ASESOR:

David Enrique Serafín Mendiola Flórez

Lima, 2022

INFORME DE SIMILITUD

Yo, David Enrique Serafín Mendiola Flórez, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del informe jurídico titulado, “Informe sobre Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERG N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG”, del autor Mauricio Adolfo Checa Oliva, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 37%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 12/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

Mendiola Flórez, David Enrique Serafín	
DNI: 41875591	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-6365-9545	

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es analizar, en el marco de una relación contractual existente entre la empresa distribuidora Luz del Sur y la empresa generadora Empresa de Electricidad del Perú – Electroperú, cuál es el precio tope que resulta aplicable a la energía que es retirada en exceso de la contratada y que es destinada a abastecer de electricidad a los usuarios regulados en un contexto excepcional en el que, con ocasión de una sequía que afectó la generación hidroeléctrica, el precio de la energía en el mercado de corto plazo experimentó un incremento exponencial respecto al precio de la energía regulada por tratarse de un servicio público. Para Luz del Sur, el precio tope es la Tarifa en Barra según la legislación de electricidad y, para Electroperú, es el costo marginal según el contrato de suministro que vincula a ambas partes. Por otro lado, se analiza si OSINERG es el competente para resolver la mencionada controversia.

El contexto excepcional de la sequía y las diferencias desproporcionales entre el precio de corto plazo y la Tarifa en Barra dieron lugar al fenómeno catalogado como “la crisis de los contratos” en virtud del cual, desde un enfoque comercial, para los generadores no resultaba positivo celebrar contratos para el suministro de energía que tengan como destinatario final a los usuarios regulados, negándose así a celebrar nuevos contratos o renovar los que estaban próximos a vencer. Para hacer frente a dicha situación, se promulgaron una serie de decretos de urgencia para garantizar la continuidad del servicio público de electricidad.

Ahora bien, para abordar la materia controvertida, la investigación desarrolla conceptos jurídicos como el de mercado eléctrico, servicio público de electricidad, competencia, entre otros, que llevan a concluir que el precio tope por los retiros de energía es la Tarifa en Barra y OSINERG era el competente para resolver dicha controversia.

Palabras clave

Mercado eléctrico, servicio público de electricidad, procedimiento administrativo trilateral

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse, within the framework of a contractual relationship between the distribution company Luz del Sur and the generating company Empresa de Electricidad del Perú - Electroperú, what is the price ceiling applicable to the energy that is withdrawn in excess of the contracted amount and that is destined to supply electricity to regulated users in an exceptional context in which, due to a drought that affected hydroelectric generation, the price of energy in the short-term market increased exponentially with respect to the regulated price because it is a public service, during a drought that affected hydroelectric generation, the price of energy on the short-term market experienced an exponential increase compared to the price of regulated energy as it is a public service. For Luz del Sur, the price cap is the Barra Tariff according to the electricity legislation, and for Electroperú, it is the marginal cost according to the supply contract that binds both parties. On the other hand, it is analysed whether OSINERG is competent to resolve the aforementioned controversy.

The exceptional context of the drought and the disproportionate differences between the short-term price and the Bar Tariff gave rise to the phenomenon known as "the contract crisis" whereby, from a commercial point of view, it was not positive for generators to enter into contracts for the supply of energy to regulated users, thus refusing to enter into new contracts or renew those that were about to expire. To address this situation, a series of emergency decrees were issued to guarantee the continuity of the public electricity service.

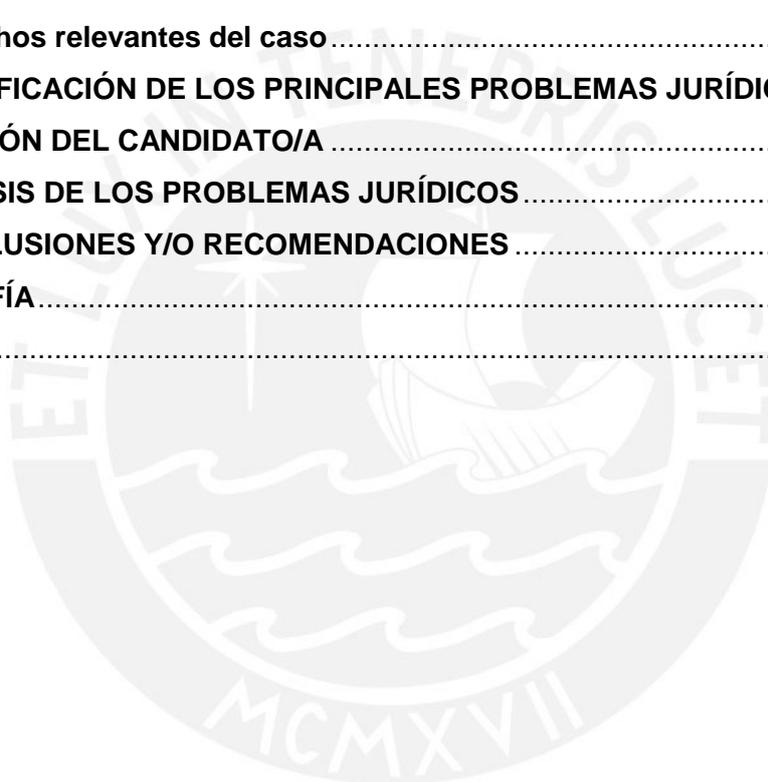
Now, in order to address the controversial matter, the investigation develops legal concepts such as the electricity market, public electricity service, competition, among others, which lead to the conclusion that the price ceiling for energy withdrawals is the Bar Tariff and OSINERG was the competent body to resolve this controversy.

Keywords

Electricity market, public electricity service, trilateral administrative procedure.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	0
DEFINICIONES	1
PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	2
1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	2
1.2. Presentación del caso y análisis	2
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	4
2.1. Hechos relevantes del caso.....	4
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	8
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	9
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	11
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	32
BIBLIOGRAFÍA	33
ANEXOS	37



ABREVIATURAS

CC	:	Código Civil
CAAH	:	Cuerpo Colegiado Ad Hoc de OSINERG
COES	:	Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional ¹
CONTRATO	:	Contrato de Suministro o PPA celebrado entre Electroperú y Luz del Sur
CPP	:	Constitución Política del Perú
CTE	:	Comisión de Tarifas Eléctricas
ELP	:	Empresa de Electricidad del Perú S.A. ²
LDS	:	Luz del Sur S.A.A. ³
LCE	:	Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por el Decreto Ley N° 25844
LCO	:	Ley de creación de OSINERG, aprobada por la Ley N° 26734 y promulgada el 1 de enero de 1997
LGE	:	Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, aprobada por la Ley N° 28832
LMOR	:	Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por la Ley N° 27332 y promulgada el 29 de julio de 2000
LPAG	:	Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobada por la Ley N° 27444
PAT	:	Procedimiento Administrativo Trilateral
OSINERG	:	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía ⁴
RLCE	:	Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por el Decreto Supremo 009-93-EM
ROG	:	Reglamento de OSINERG, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y promulgado el 9 de mayo de 2001
RSCO	:	Reglamento de Solución de controversias de OSINERG, aprobado por la Resolución Osinergmin N° 0826-2002-OS-CD
TSC	:	Tribunal de Solución de Controversias de OSINERG

¹ Referencias: <https://www.coes.org.pe/portal/>

² Referencias: <https://www.luzdelsur.com.pe/es>

³ Referencias: <https://www.electroperu.com.pe/ElectroWebPublica/Index.aspx>

⁴ Referencias: <https://www.osinergmin.gob.pe/SitePages/contactanos.aspx>

DEFINICIONES

Costo marginal de corto plazo (Cmq)	:	Es el costo en que incurre un generador para producir una unidad adicional de energía. Dicho costo se utiliza para liquidar diferencias entre la energía inyectada y la contratada.
Mercado de contratos	:	Coexisten varios tipos de contratos de suministro de energía o potencia o ambos, tales como los contratos suscritos entre generadoras y distribuidoras para el suministro de usuarios regulados a través de contratos bilaterales como es el caso.
Mercado de corto plazo	:	En el mercado de corto plazo solo participan los generadores que son quienes realizan transferencias de potencia y energía a partir del despacho determinado por el COES.
Tarifa en Barra	:	La tarifa en barra es aquella determinada para cada barra del sistema de transmisión con sus respectivas fórmulas de reajuste.
Usuario Libre	:	Al momento de los hechos del caso, el usuario regulado es todo consumidor que tenga una demanda máxima de potencia superior a 1 MW. Estos clientes podrán contratar libremente el suministro de energía para tener por satisfecha su demanda con generadores o distribuidores.
Usuario Regulado	:	Al momento de los hechos del caso, un usuario regulado es todo aquel cuya demanda máxima es no mayor de 1 MW. Ellos gozan del derecho de exigir el suministro eléctrico, a precio regulado, de la empresa de distribución.

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho de la Energía, Derecho Administrativo, Teoría General del Derecho y Derecho Civil
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N° 008-2004-OS/CC-20 Resolución N° 001-2004-TSC/17-2004-TSC-OSINERG Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Reclamante: Luz del Sur
DEMANDADO/DENUNCIADO	Reclamado: Electroperú
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Instancia Administrativa
TERCEROS	No interviene ningún tercero
OTROS	Ninguno

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

El presente expediente ha sido seleccionado para el presente trabajo debido a que su contenido es muy enriquecedor para analizar y tratar los problemas jurídicos que se gestan en torno al suministro de electricidad pactado entre generador y distribuidor para abastecer de electricidad a los usuarios regulados. Considerando la naturaleza del destinatario final, estamos frente a la prestación del servicio público de electricidad, en el cual el componente de interés público hace aún más interesante el análisis del caso.

Este expediente es complejo considerando que se debe recurrir a conceptos jurídicos y normas de derecho de la energía, derecho administrativo, teoría general del derecho y derecho civil para resolver los problemas jurídicos identificados.

1.2. Presentación del caso y análisis

El presente expediente versa sobre una controversia que surgió entre LDS y ELP en medio de la “crisis eléctrica de los contratos”⁵ del año 2004, respecto a cuál es el precio tope que LDS tenía que pagar por los excesos de energía que retiró más allá de la energía contratada con ELP para abastecer de electricidad a sus clientes regulados.

En ese contexto, LDS planteó ante OSINERG una reclamación en la que sostuvo que el precio tope era la Tarifa en Barra considerando que la energía retirada en exceso estaba sujeta a regulación de precios, como se resume en sus pretensiones:

1. Que el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no puede exceder la tarifa en barra aprobada por el OSINERG, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de precios de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8º, 43º (c) y 45º de la Ley No. 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en lo sucesivo, la “LCE”).

⁵ Vignolo Cueva, Giancarlo. 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. 2015. Pp. 228.

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.

En contraste, ELP en su contestación a la reclamación sostuvo que el precio era el costo marginal determinado en el mercado de corto plazo sin importar que este supere a la Tarifa en Barra, como se muestra a continuación:

Como lo hemos señalado, la subcláusula 4.4. de EL CONTRATO (Anexo 1.C) establece "Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA, asignada a LA GENERADORA conforme a lo estipulado en la subcláusula 2.5, excediera la correspondiente energía contratada, **dichos excesos serán facturados por la GENERADORA y pagados por LA DISTRIBUIDORA a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SICN durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes**" (resaltado y subrayado nuestro).

Sumado a lo anterior, ELP planteó una excepción de competencia y convenio arbitral para que la controversia sea resuelta en un proceso arbitral y no en la vía administrativa por OSINERG.

En atención a la controversia planteada, en primera instancia, el CCAH resolvió declarar infundadas las excepciones planteadas por ELP y fundadas las pretensiones de ELP respecto a que el tope de los retiros de energía en exceso es conforme a la autonomía de las partes contratantes y no necesariamente se aplica la Tarifa en Barra. En segunda instancia, el TSC falló en el mismo sentido que el CCAH. Estando a ello, OSINERG resolvió la controversia fallando a favor de ELP, por tanto, decidiendo que por los

excesos de energía, el precio aplicable podía ser uno distinto al precio regulatorio de la Tarifa en Barra.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Hechos relevantes del caso

- El 16 de mayo de 1996, LDS y ELP celebraron un CONTRATO⁶, cuyo objeto fue el suministro de potencia y energía (primero 370 MW - después 420 MW) a favor de LDS, a cambio del pago a ELP de un precio regulado administrativamente por la CTE de OSINERG denominado Tarifa en Barra, a partir del 1 de noviembre de 1998 hasta octubre del 2006⁷. Por su parte, las partes acordaron que, la energía en exceso sería facturada a costo marginal determinado por el COES⁸ en el mercado de corto plazo.
- Ahora bien, la LCO, la LMOR, el RGO y el RSCO, reconocen a favor de OSINERG la función de resolución de controversias en el marco de un PAT.
- A comienzos de abril de 2004⁹, una sequía inesperada impactó en la generación hidroeléctrica, la cual fue reemplazada por la termoeléctrica cuyos costos de producción eran más elevados y dieron lugar al incremento del precio marginal respecto a la Tarifa en Barra en una proporción de 4 a 1¹⁰. Así también, dicho contexto fue un claro desincentivo para que los generadores suscriban nuevos contratos o renueven aquellos próximos a vencer que fueron suscritos con distribuidoras que prestan el servicio público de electricidad¹¹, dado que resultaba más atractivo vender la energía en el mercado de corto plazo.
- Pues bien, en ese contexto, desde febrero de 2004, LDS vino retirando más energía que la contratada en virtud del CONTRATO, a fin de garantizar la continuidad del servicio público de electricidad a sus clientes regulados. Razón

⁶ Las partes suscribieron una adenda al CONTRATO, en virtud del cual se incrementó la potencia contratada de 370 MW a 420 MW.

⁷ Cláusula 2.2 del CONTRATO

⁸ Cláusula 4.4 del CONTRATO

⁹ Según estadísticas del COES, para dicha fecha la generación era producida en su mayoría por centrales con fuentes hidroeléctricas.

¹⁰ Vignolo Cueva, Giancarlo. 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. 2015. Pp. 229.

¹¹ Reclamación presentada por LDS.

por la cual se inició la controversia entre ambas partes, a partir de las posiciones opuestas respecto al precio que es aplicable a dicha energía retirada en exceso.

- En ese contexto, entre LDS y ELP se enviaron las siguientes comunicaciones:
 - El 12 de julio de 2004, ELP envió a LDS el Informe CC-818-2004 y la Factura 005-4599 con la valorización de la energía en exceso consumida en junio de 2004, facturada al costo marginal¹².
 - El 20 de julio de 2004, LDS devolvió a ELP la Factura N° 005-4599, al estar en desacuerdo con el precio de facturación de los excesos.
 - El 22 de julio de 2004, LDS requirió a ELP la devolución de la diferencia entre lo facturado a costo marginal y el precio de la Tarifa en Barra entre febrero - junio de 2004. Asimismo, LDS también solicitó que, los excesos de energía no sean facturados entre julio - diciembre de 2004, de acuerdo con el Decreto de Urgencia N° 7-2004.
 - El 16 de agosto de 2004, LDS devolvió a ELP la Factura 005-4642 con la valorización de la energía en exceso consumida en julio del 2004, al estar en desacuerdo con el precio cobrado por la energía retirada en exceso.
 - El 3 de septiembre de 2004, mediante carta G-450-2004, ELP solicitó a LDS el pago de las Facturas 005-4599 y 005-4642.
- Considerando que las comunicaciones no solucionaron la controversia entre LDS y ELP, ambas partes recurrieron al trato directo, como se nota a continuación:
 - El 26 de julio de 2004, mediante la carta G-380-2004, ELP solicitó a LDS que pague la Factura 005-4599 bajo apercibimiento de demandar el pago en un proceso arbitral.
 - El 27 de julio de 2004, mediante la carta LE-318/2004, LDS solicitó a ELP el inicio de un trato directo para solucionar la controversia.

¹² Reclamación de LDS.

- Por su parte, el 3 de agosto de 2004, mediante carta G-604-2004, ELP confirmó su participación.
 - El 13 de agosto de 2004, en línea con lo expresado en el Acta de Conciliación, las partes no lograron solucionar la controversia mediante un trato directo.
 - El 26 de agosto de 2004, mediante carta C-667-2004, ELP indicó a LDS que se tenía hasta el 31 de agosto de 2004 para resolver la controversia mediante un trato directo.
- Al no haberse resuelto la controversia a través del trato directo, LDS sometió la resolución de la controversia a la vía administrativa, como se detalla:
 - El 7 de septiembre de 2004, a través de una reclamación, LDS recurrió a OSINERG para que resuelva la presente controversia. En ese contexto, la pretensión de LDS es que OSINERG declare que los excesos de energía consumidos por sus clientes regulados deben ser valorizados como máximo a la Tarifa en Barra, ya que una interpretación distinta sería contraria a las normas de carácter imperativo y de orden público.
 - El 7 de octubre de 2004, ELP interpuso una excepción de incompetencia y de convenio arbitral, a fin de evitar que OSINERG conozca y resuelva la presente controversia por tener naturaleza contractual. Por otro lado, ante la ausencia de regulación que determine el alcance de los excesos, ELP es de la posición que tales excesos que se generan en la relación entre generador y distribuidor deben obedecer a lo acordado por las partes porque dicha relación se rige en condiciones de competencia. Por otro lado, ELP considera que el precio que se cobró por los excesos de energía corresponden a una penalidad para resarcir daños y perjuicios causados por el incumplimiento¹³. Por consiguiente, ELP es de la posición que se puede cobrar por los excesos de energía lo pactado en el CONTRATO sin obedecer a un tope regulado por OSINERG.
 - El 25 de octubre de 2004, mediante la Resolución 008-2004-OS/CC-20, el CCAH de OSINERG resolvió la reclamación en primera instancia. Sobre los

¹³ Escrito que formula excepciones y absuelve el traslado. 2004. Pp. 16.

puntos controvertidos, el CCAH consideró que era competente para resolver la controversia, siendo esto así, le dio la razón a ELP considerando que la relación entre generador y distribuidor se da en condiciones de competencia y que la Tarifa en Barra era aplicable únicamente en la relación distribuidor y cliente regulado. Veamos a continuación lo resuelto por el CCAH:

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.

- Finalmente, ambas partes impugnaron parcialmente la Resolución 008-2004-OS/CC-20 en aquellos extremos en los que el CCAH no les dio la razón. Es así como, tras la presentación de los recursos de impugnación, mediante Resolución 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, el TSC declaró infundadas las apelaciones presentadas y resolvió en el mismo sentido que el CCAH como se muestra a continuación:

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.

- En resumen, se trata de una controversia relacionada con la regulación tarifaria donde se buscó dilucidar la tarifa tope que era aplicable a la energía retirada en exceso de aquella contratada. Es de precisar que, agotada la

vía administrativa con la resolución de segunda instancia, LDS (parte perjudicada) sometió dicha controversia a la vía contenciosa administrativa, en la cual recibió un pronunciamiento favorable de cara a sus intereses.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

- 3.1.1. ¿OSINERG ES COMPETENTE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA?
- 3.1.2. ¿CUÁL ES EL PRECIO TOPE QUE SE DEBE COBRAR Y PAGAR POR LOS RETIROS DE ENERGÍA EN EXCESO DESTINADOS AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD? ¿TARIFA EN BARRA O COSTO MARGINAL?

3.2. Problemas secundarios

- 3.2.1. ¿CALIFICA COMO UNA VENTA EL RETIRO DE ENERGÍA EN EXCESO PARA PRESTAR EL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD?
- 3.2.2. ¿CALIFICA COMO UNA PENALIDAD LOS RETIROS DE LA ENERGÍA EN EXCESO?
- 3.2.3. ¿RESULTA APLICABLE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS RECOGIDA POR EL DERECHO PRIVADO?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

- 4.1.1 Consideramos que OSINERG si es la autoridad competente para resolver la controversia considerando que el LMOR, el ROG y el RSCO le reconocen la facultad de resolución de controversias vinculados a aspectos regulatorios como la fijación tarifaria que fue la materia controvertida en la relación entre ELP (generador) y LDS (distribuidor).
- 4.1.2 El precio tope que se debe cobrar y pagar por la energía retirada en exceso a la contratada que es destinada a los usuarios regulados es la Tarifa en Barra conforme se indica a continuación:
- 4.1.2.1 El retiro de energía en exceso para prestar el servicio público de electricidad si califica como una “venta de energía” considerando (i) la aplicación de métodos de interpretación para dilucidar el sentido del artículo 45 de la LCE y lo señalado por el CONTRATO; (ii) la voluntad de LDS y ELP para pactar un escenario paralelo a la “venta de energía contratada” donde se reguló contrario a derecho que se cobraría el costo marginal por los excesos de energía; (iii) el tratamiento contable que ELP le dio a los excesos de energía; y, (iv) la necesidad pública indispensable de garantizar la continuidad del servicio público de electricidad.
- 4.1.2.2 El retiro de energía en exceso no califica como un incumplimiento contractual sino como una “venta de energía” encausada en el CONTRATO como un escenario paralelo donde se obligaron a darle un trato diferenciado a los excesos de energía.
- 4.1.2.3. El argumento de los actos propios no aplica porque resulta contrario al ordenamiento jurídico y a las normas imperativas que LDS haya pagado el precio marginal por la energía retirada en exceso.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Me encuentro parcialmente en contra de lo resuelto por el CCAH y el TSC en sus fallos de primera y segunda instancia. En específico, estoy de acuerdo que hayan resuelto que OSINERG era la autoridad con competencia para resolver la controversia; sin embargo, me encuentro en desacuerdo con la posición que sostiene que prevalece la libertad de las partes para pactar sobre el tratamiento tarifario de los excesos de energía considerando que se trata de un aspecto no regulado, cuando en realidad si lo está considerando que tenemos al frente una relación contractual cuya finalidad es garantizar el servicio público de electricidad.



V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: ¿OSINERG ES COMPETENTE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA?

La competencia es definida como las facultades, poderes o atribuciones que le dan a un órgano la capacidad de obrar de manera exclusiva e irrenunciable¹⁴. En este caso, la competencia de OSINERG está relacionado con la facultad de obrar en el sentido que podrá resolver de forma exclusiva e irrenunciable la controversia.

Pues bien, mediante la LCO de fecha 1 de enero de 1997, se creó el OSINERG como el organismo de derecho público competente para fiscalizar a las empresas del subsector de electricidad¹⁵ y, entre otras funciones, se le reconoció el poder velar por que se cumplan las normas técnicas y legales que regulan la calidad y eficiencia del servicio de electricidad prestado a los usuarios [regulados o libres]¹⁶¹⁷. Asimismo, alrededor de dicha fecha, se crearon otros organismos como OSIPTEL, SUNASS y OSITRAN.

Posteriormente, es mediante la LMOR de fecha 29 de julio de 2000 que, entre las funciones¹⁸ de OSINERG como regulador, se le reconoció la de solución de controversias, conforme consta en el literal e) del artículo 3 siguiente:

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, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,

¹⁴ Citado en Vargas, E. El procedimiento administrativo trilateral como mecanismo de solución de controversias en el sector eléctrico peruano. 2019. Círculo de Derecho Administrativo. Pp. 109

¹⁵ Artículo 1 de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG

¹⁶ Inciso a), del artículo 5 de la LCO

¹⁷ Incisos c) y d) del Artículo 5 de la LCO

¹⁸ Los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

De igual manera, el ROG de fecha 9 de mayo de 2001 establece que OSINERG es competente para “supervisar y fiscalizar”¹⁹ la actuación de las entidades que operan en el sector electricidad teniendo como principales objetivos velar por los usuarios [libres] para que accedan a recibir electricidad de calidad y de manera continua, y por los usuarios [regulados]²⁰ para que accedan al servicio público de electricidad bajo las mismas condiciones y, a cambio, paguen un precio regulado determinado por la tarifa [en barra]²¹.

Asimismo, el ROG reconoce en su artículo 44 la función de solución de controversias de OSINERG en los mismos términos que la LMOR. Nótese que, el alcance de solución de controversias al que se refiere el referido artículo 44 se extiende a las controversias originadas entre entidades de generación y distribución como se desprende del literal c) del artículo 46 del ROG:

Artículo 46.- Controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES

c) Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y USUARIOS LIBRES, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

Como se muestra, el artículo 46 del ROG indica que las controversias que surjan entre generadores y distribuidores deben estar vinculadas con aspectos técnicos, normativos y regulatorios. Al respecto, los aspectos técnicos son aquellos en donde los fundamentos de la ingeniería son esenciales para solucionar situaciones del sector como congestiones, fallas o rechazos de carga. También, existen normas técnicas como los Procedimientos Técnicos del COES, mediante los cuales el COES busca asegurar el correcto funcionamiento del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional. Por otro lado, los aspectos normativos están vinculados con la potestad de OSINERG para dictar normas reglamentarias de carácter general sobre asuntos tarifarios, regulatorios, entre otros²². Finalmente, los aspectos regulatorios se encuentran relacionados con el régimen tarifario.

¹⁹ Artículo 1 del ROG

²⁰ Este supuesto es una clara manifestación del principio de subsidiariedad de OSINERG el cual proscribe que “la actuación de OSINERG es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los USUARIOS DE SERVICIO PÚBLICO o CONSUMIDORES REGULADOS”.

²¹ Incisos a) y c) del artículo 19 del ROG

²² Artículos 21 y 23 del ROG.

Ahora bien, para determinar la competencia de OSINERG se deberá verificar los siguientes criterios al momento de los hechos del caso: (i) si OSINERG contaba con la función de “solución de controversias”, (ii) si dicha función estaba destinada a resolver las controversias entre un generador y un distribuidor, (iii) si dicha controversia estaba relacionada con aspectos técnicos, regulatorios y normativos, y (iv) si la controversia es materia de supervisión y fiscalización por OSINERG²³.

Sobre el particular, al momento de los hechos del caso, OSINERG si contaba con la función para solucionar la controversia surgida entre ELP (generador) y LDS (distribuidor) en atención a la cual se debía dilucidar cuál era el precio de la tarifa tope aplicable a los excesos de energía, la cual es entendida como una materia fiscalizable por OSINERG al tratarse de un aspecto regulatorio.

Sobre el aspecto regulatorio, este está relacionado a la “regulación”, entendida esta como la actividad del poder público proyectada sobre sectores económicos vitales para la sociedad como el sector eléctrico en donde el Estado debe intervenir para garantizar los objetivos del interés público²⁴. Es así como, la regulación tarifaria en el mercado regulado a cargo de OSINERG califica como un aspecto regulatorio, ya que un poder público debe intervenir para garantizar un servicio como lo es la prestación de electricidad a favor de los clientes regulados. En el mismo sentido, el artículo 28 del ROG cuando hace referencia a los alcances de la función reguladora, indica lo siguiente:

Artículo 28.- Alcances de la Función Reguladora

Dentro de sus funciones reguladoras, OSINERG establecerá las siguientes tarifas en el mercado regulado:

a. Tarifas en barras en el subsector electricidad.

b. Tarifas para los USUARIOS DE SERVICIO PUBLICO de electricidad.

Nótese que, la función reguladora cuyo alcance se extiende a la fijación tarifaria se encuentra contemplada en el literal b) del artículo 3 del LMOR. En ese orden

²³ Vargas, E. El procedimiento administrativo trilateral como mecanismo de solución de controversias en el sector eléctrico peruano. 2019. Círculo de Derecho Administrativo.

²⁴ Citado en el Procedimiento Administrativo Trilateral como mecanismo de solución de controversias en el sector eléctrico peruano, pp. 112.

de ideas, OSINERG²⁵ si era el competente para resolver la presente controversia que será analizada en el numeral 5.2 siguiente.

- **APUNTES SOBRE LOS ARGUMENTOS DE ELP Y LO ALEGADO POR EL CCAH Y EL TSC EN SUS RESOLUCIONES DE 1ERA Y 2DA INSTANCIA**

En el marco del PAT seguido ante OSINERG, ELP formuló las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral²⁶ cuando absolvió la reclamación de LDS, a través de las cuales sostuvo que correspondía resolver la presente controversia en la vía arbitral considerando que: (i) no se resolvió la controversia mediante trato directo; (ii) que, agotada dicha vía, se debía recurrir al arbitraje para darle solución a la controversia considerando el convenio arbitral, y (ii) que, el convenio arbitral tiene fecha previa a la promulgación de la LMOR, el ROG y el RSCO, mediante los cuales se le reconoce la función de solución de controversias a OSINERG.

Sobre la excepción de incompetencia de OSINERG para resolver la controversia planteada por ELP, reiteramos que OSINERG si era competente para resolver la controversia al momento de los hechos del caso, conforme al acápite 5.1 previo.

Por su parte, sobre la excepción de convenio arbitral, su propósito fue evitar que mediante la vía ordinaria (ergo, el PAT), OSINERG resuelva la controversia y, por el contrario, que está sea sometida al fuero arbitral. Sobre el particular, el convenio arbitral, que es una manifestación de la voluntad de las partes contratantes para darle contenido al contrato, no será válido porque sobre la controversia las partes no tienen la facultad de libre disposición, en la tanto la regulación tarifaria es una atribución propia del imperio de entidades de derecho público como OSINERG²⁷.

En cuanto a las materias arbitrales, el artículo 1 de la LGA señala que pueden someterse a arbitraje las controversias de libre disposición entendidas como las que se derivan de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes²⁸ excepto, entre otras, las relacionadas al imperio de OSINERG como es el caso de

²⁵ En virtud del numeral 1 del artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los organismos reguladores como OSINERG “se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando la cobertura de atención en todo el territorio nacional”.

²⁶ Escrito que absuelve la reclamación.

²⁷ Artículo 1 de la LGA.

²⁸ LORCA NAVARRETE, Antonio y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN. Derecho de arbitraje Español. Dykinson, Madrid, 1994, p. 38.

la regulación tarifaria y en la que OSINERG debe tutelar derechos para salvaguardar el interés público.

A mayor abundamiento, el numeral 4 del artículo 1 de la LGA dispone:

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

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

En atención a ello, la excepción de cláusula arbitral no es procedente dado que OSINERG tiene competencia exclusiva para regular, normar, fiscalizar, supervisar y resolver controversias vinculadas al régimen tarifario. Asimismo, respecto al hecho que el convenio arbitral fue pactado con anterioridad a que se le reconozca a OSINERG la función de solución de controversias, este convenio resultó siendo contrario a las normas imperativas y de orden público como lo son la LMOR, el ROG y el RSCO, conforme a lo establecido en el artículo 2 inciso 14²⁹ de la CPP.

En materia contractual, el artículo 62³⁰ de la CPP regula la libertad de contratación, la cual tiene como límite que no se puede contratar en contra de normas imperativas y leyes de orden público. Al respecto, Jiménez Alemán refiriéndose a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, indica que las leyes de orden público son aquellas *“que contienen valores y reglas esenciales de la vida en común; (...) [Mientras que, el orden público es definido como] una carga que limita la libertad de contratación”*³¹. Por consiguiente, no cabe la inmutabilidad de los contratos contemplado en el artículo 62 de la CPP, toda vez que existen límites que deben

²⁹ Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

³⁰ Libertad de contratar

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

³¹ JIMÉNEZ ALEMÁN, José Alonzo. Reflexiones teórico-prácticas en torno a la aplicación de la norma jurídica en el tiempo en el ámbito del Derecho Administrativo. Derecho y Sociedad. Lima, 2020, p. 363.

ser respetados como las leyes de orden público y las normas imperativas que pueden alterar el contenido de un contrato de forma posterior.

Sobre la base de lo anterior, me encuentro a favor de la posición de la CCAH y el TSC sobre el convenio arbitral. No obstante, respecto a la aplicación de la competencia de OSINERG en el tiempo, consideramos que el razonamiento que debió seguir el CCAH debió considerar una interpretación sistemática del artículo 62 de la CPP y los artículos 2 inciso 14, 58 y 103 de la referida norma constitucional, para concluir que la autonomía de las partes contratantes no puede contrariar normas imperativas y leyes de orden público.

- **BREVES COMENTARIOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO TRILATERAL A TRAVÉS DE LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

La función de solución de controversias de OSINERG en el marco de un PAT, el cual surgió cuando se dio inicio al proceso de privatización de las empresas de servicios públicos y al proceso de otorgamiento de concesiones³². Claramente, el PAT en otro contexto (i.e. monopolio estatal sobre los servicios públicos) no habría tenido ningún sentido. Sin embargo, con el inicio del proceso de privatización, surgieron un sin número de concesionarios y, entre estos, relaciones comerciales que dieron lugar a conflictos. Es ahí como, el PAT es un mecanismo de solución de conflictos ágil y técnico³³ en sede administrativa, previo a la vía contenciosa administrativa y de competencia exclusiva de OSINERG, de acuerdo con el artículo 47 del ROG.

El PAT se encuentra recogido en la norma de carácter general y especial; es decir, en la LPAG y en el RSCO. La LPAG define dicho procedimiento como uno de carácter administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante un órgano administrativo³⁴. Sobre el particular, en línea con Gómez, la existencia de tres partes involucradas en el procedimiento es secundario debiendo primar la independencia e imparcialidad de la autoridad resolutora del conflicto³⁵, la cual carece de la condición de parte, en la medida que es ajena a relación jurídica

³² Tassano Velaochaga, Hebert. El procedimiento de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Revista de Derecho Administrativo. Pp. 250.

³³ Tassano Velaochaga, Hebert. Idem. Pp. 250.

³⁴ LPAG

³⁵ El procedimiento trilateral: ¿Cuasijurisdiccional? Círculo de Derecho Administrativo.

controvertida³⁶. Finalmente, OSINERG no ejerce función jurisdiccional en virtud del PAT porque su ejercicio es reservado al Poder Judicial conforme indica la CPP.

En el sector eléctrico, el RSCO rige la actuación de OSINERG en ejercicio de su función de solución de controversias. Dicha norma prevé dos instancias para resolver las controversias, la primera ante el CCAH y la segunda ante el TSC. Para efectos del presente caso, en virtud del literal a) del artículo 2 del RSCO, ambos contaban con competencia para resolver la controversia en primera y segunda instancia.

Sobre las instancias de solución de controversias, la primera de estas comprende las etapas de admisibilidad, designación del Cuerpo Colegiado, audiencia, alegatos y resolución de primera instancia; y, en el supuesto que se interponga un recurso impugnativo, la segunda instancia comprende las etapas de admisibilidad del recurso, audiencia, alegatos y resolución de segunda instancia con la cual se da por culminada la vía administrativa. Sobre el particular, el presente caso se siguió conforme a las etapas establecidas en ambas instancias y según lo establecido en el RSCO.

5.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: ¿CUÁL ES EL PRECIO TOPE QUE SE DEBE COBRAR Y PAGAR POR LOS RETIROS DE ENERGÍA EN EXCESO DESTINADOS AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD? ¿TARIFA EN BARRA O COSTO MARGINAL?

CUESTIÓN PREVIA:

- **PRIMER PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO: ¿CALIFICA COMO UNA VENTA EL RETIRO DE ENERGÍA EN EXCESO PARA PRESTAR EL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD?**

El artículo 8 de la LCE establece un régimen de libertad de precios para el suministro de energía que se realice en condiciones de competencia y un régimen de precios regulados para el suministro que por su naturaleza (contrario sensu a la competencia) lo requiera³⁷. Es así como, en el presente caso, se produce el

³⁶ Morón Urbina, Juan Carlos. Capítulo I – Procedimiento Trilateral. Pp. 273

³⁷ Artículo 8 de la LCE

suministro de ELP (generador) a LDS (distribuidor), para que este último preste el servicio público de electricidad a sus clientes regulados a la tarifa en barra (precio regulado) determinada por OSINERG conforme al artículo 45 de la LCE, el cual dispone que se aplicará la tarifa en barra para aquellas “ventas” de energía a un distribuidor destinadas al servicio público de electricidad.

Es así como, bajo el alcance del artículo 45 de la LCE, corresponde determinar si la energía retirada en exceso también califica como “ventas” o, si respecto de tales retiros, se puede pagar un precio diferente a la tarifa en barra. Sobre el particular, LDS alegó que los retiros de energía en exceso si califican como “ventas de energía” y deben ser facturados a tarifa en barra al ser destinado al servicio público de electricidad. Por su parte, ELP manifestó que únicamente la energía y potencia contratada calificaba como “ventas de energía”.

En atención a ello, a partir de la interpretación³⁸ del artículo 45 de la LCE con otros artículos del mismo cuerpo normativo y con el CONTRATO se determina que la energía retirada en exceso califica como una “venta de energía” y debió ser facturada a tarifa en barra, como se detalla a continuación:

De acuerdo con el artículo 45 de la LCE, la “venta de energía” de un generador a un distribuidor destinada al servicio público de electricidad se paga a una tarifa en barra. Para comprender el significado y alcance del término “venta de energía” y su correlación con los demás artículos de la LCE, aplicaremos los métodos de interpretación literal, sistemática y de la ratio legis.

Según una interpretación literal³⁹, textual o gramatical, el término “venta” hace alusión a la transferencia del dominio de una cosa propia a alguien por el precio pactado⁴⁰. Asimismo, Hermoza califica las ventas como las transacciones

³⁸ Mecanismo a través del cual se atribuye significado a la ley. Referencia: La interpretación de la Ley. Zusman.

³⁹ Marcial Rubio sostiene que “la literalidad de la norma es su significado lingüístico, con las precisiones y significados especiales que ciertas palabras asumen en el Derecho por contraste con el significado común”. En la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 27 de marzo de 2003 en el Expediente N° 1941-2002-AA-TC, el Tribunal Constitucional señaló que utilizar el método literal por sí mismo es insuficiente, como se detalla a continuación:

“1. En materia de derechos fundamentales el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que, rara vez, la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación”.

⁴⁰ Definición de la Real Academia de la Lengua Española.

mercantiles propias del tráfico jurídico que implican un cambio del dueño de la materia transferida e implica movimientos registrales⁴¹. Estando a ello, la energía retirada en exceso calificaría como una venta en la medida que se produce una transferencia de energía y a cambio se paga un precio -independientemente de la legalidad de dicho precio-.

Desde una interpretación sistemática⁴², el significado de “venta de energía” contemplado en el artículo 45 de la LCE debe estar en armonía con el artículo 2, artículo 8, artículo 31 inciso c), artículo 43 incisos c) y d), artículo 45, artículo 46, artículo 63 y el artículo 82 del LCE, la cláusula 2.5 y la cláusula 4.4 del CONTRATO, como se muestra a continuación:

ART. 2 LCE	:	<p>El texto anterior era el siguiente: 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 Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública.</p>
ART. 8 LCE	:	<p>El texto anterior era el siguiente: Artículo 8°.- La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia, y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley.</p>
ART. 31 INCISO C) LCE	:	<p>Artículo 31°.- Los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a:</p> <p>c) Aplicar los precios regulados que se fijen de conformidad con las disposiciones de la presente Ley;</p>
ART. 43 INCISO C) Y D) LCE	:	<p>El texto original era el siguiente: Artículo 43°.- Estarán sujetos a regulación de precios:</p> <p>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,</p> <p>b) Las tarifas y compensaciones a titulares de Sistemas de Transmisión y Distribución; (El texto de este inciso corresponde a la Ley N° 27239, publicada el 22/12/1999. El texto original de este inciso señalaba lo siguiente: "Las compensaciones a titulares de sistemas de transmisión")</p> <p>c) Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad; y,</p> <p>d) Las ventas a usuarios de Servicio Público de Electricidad.</p>
ART. 45 LCE	:	<p>El texto anterior era el siguiente: Artículo 45°.- Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra.</p>
ART. 46 LCE	:	<p>El texto anterior era el siguiente: Artículo 46°.- Las Tarifas en Barra y sus respectivas fórmulas de reajuste, serán fijadas semestralmente por la Comisión de Tarifas Eléctricas y entrarán en vigencia en los meses de mayo y noviembre de cada año. Las tarifas sólo podrán aplicarse previa su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" y en un diario de mayor circulación.</p>
ART. 63 LCE	:	<p>El texto anterior era el siguiente: Artículo 63°.- Las tarifas a usuarios finales de Servicio Público de electricidad, comprenden las Tarifas en Barra y el Valor Agregado de Distribución.</p>

⁴¹ Hermoza Calero, Jessica Pilar. Correlación entre el contrato de know how y el objeto físico y jurídicamente posible como elemento del negocio jurídico.

⁴² La interpretación sistemática es entendida como aquella que recurre a la totalidad de normas de un sistema legal o parte de ellas, para entender el significado de la ley, la cual debe armonizar con las demás leyes para el correcto funcionamiento del sistema jurídico.

ART. 82 LCE	:	Artículo 82°.- 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, conforme a las condiciones técnicas que rijan en el área. Los pagos efectuados constituyen derecho intransferible a favor del predio para el cual se solicitó.
CLÁUSULA 2.5 DEL CTO	:	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.
CLÁUSULA 4.4 DEL CTO	:	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.

Sobre la base de lo anterior, la energía en exceso que es retirada y suministrada por LDS a sus clientes regulados (uso colectivo) califica como un servicio público de electricidad (art. 2 LCE). Ahora bien, tratándose de un suministro destinado al servicio público de electricidad (mercado regulado) se debe de aplicar un régimen de precios regulados (art. 8 LCE) a los cuales estarán obligados tanto los concesionarios de generación y distribución (art. 31 inciso c. LCE). Asimismo, el precio regulado al que se hace referencia es la tarifa en barra fijada por la CTE de OSINERG (art. 46 LCE). Es así como, a la energía retirada en exceso destinada al servicio público de electricidad se les aplicará la tarifa en barra (art. 45 y 46 LCE). Estando a ello, el sistema de precios aplicable a la energía retirada en exceso será el de precios regulados al igual que para las ventas de energía. En ese orden de ideas, dado que la LCE no hace distinciones en el precio, los retiros en exceso de energía podrían catalogarse como ventas de energía.

Ahora bien, el sentido atribuido a los retiros de energía en exceso bajo la LCE debe armonizar con lo establecido en el CONTRATO, toda vez que no se puede pactar en contra de normas imperativas o leyes orden público. En ese orden de ideas, considerando que el precio aplicable a los excesos de energía es la tarifa en barra, el sentido de la cláusula 4.4 del CONTRATO debe estar alineada a dicha interpretación sistemática, de esta manera los excesos de energía se facturaran al precio marginal determinado en el mercado de corto plazo siempre que no sobrepasen la tarifa en barra determinada por la CTE de OSINERG.

Cabe añadir que, tratándose de la regulación de la tarifa en barra de una materia regulada por OSINERG, el principio civil que proscribe “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*” de ninguna manera sería aplicable al presente caso, por el contrario, resulta aplicable el principio de legalidad en el marco de derecho administrativo el cual “*solo faculta a hacer o cobrar lo expresamente autorizado por una norma legal*”⁴³. En ese orden de ideas, ELP no puede pretender cobrar un precio no contemplado en la LCE.

Ahora bien, respecto al método de la ratio legis⁴⁴, la razón de ser para que a la venta de energía de generador a distribuidor destinada al servicio público de electricidad se le aplique la tarifa en barra es justamente asegurar que los intereses de los particulares se vean a salvo, que el pago a cambio de la energía recibida sea razonable y que no se limite las condiciones para su acceso. Sobre el particular, en la medida que la energía retirada en exceso sea destinada al servicio público de electricidad, por esta se deberá facturar la tarifa en barra determinada por la CTE de OSINERG. Sobre el particular, Huapaya aporta el siguiente concepto jurídico constitucional de servicio público de electricidad:

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

⁴³ Reclamación de LDS, Pp. 27.

⁴⁴ Respecto al método de la ratio legis, Marcial Rubio señala que “la ratio legis de la norma es su razón de ser, pero extraída del texto mismo de la norma. Es un significado transliteral”. Es decir, para saber qué quiere decir la norma hay que descifrar su razón de ser intrínseca que se puede extraer de su propio texto.

sobre la infraestructura social levantada por medio de los grandes servicios públicos⁴⁵. (énfasis agregado)

Considerando que el servicio público de electricidad es esencial para la colectividad y es una “necesidad pública indispensable”⁴⁶ cuya continuidad debe ser garantizada por el Estado, no cabe duda alguna que los retiros de energía en exceso debieron ser facturados a la tarifa en barra, de lo contrario se afectaría su continuidad al no poder ser prestado por los distribuidores que al tener que asumir costos desproporcionales por una situación ajena a sí misma (sequía) hasta podrían desaparecer y así terminar afectando a sus clientes regulados. Estando a ello, la razón por la que los retiros de energía en exceso califican como ventas es justamente para asegurar la continuidad del servicio público de electricidad y, porque dada su naturaleza, “está sujeta a regulación económica”⁴⁷ es decir, a la aplicación de precios regulados.

Es así como, en virtud de la interpretación literal, sistemática y de la ratio legis, la “venta de energía” recogida en el artículo 45 de la LCE debe ser interpretada de forma extensiva a la energía retirada en exceso por LDS cuando este destinada al servicio público de electricidad, la cual es una materia regulada por la Administración Pública en tanto debe asegurarse que se salvaguarde los intereses de la colectividad.

Sobre la base de lo anterior, la energía retirada en exceso califica como una “venta de energía”. Así las cosas, si bien en la legislación eléctrica no hay una definición de “venta de energía”, tales ventas se pactan en virtud de los contratos suscritos entre generadores, distribuidores y usuarios libres (mercado de contratos), mientras que las transferencias físicas se ejecutan en el mercado de corto plazo en el que los generadores (únicos participantes) liquidan sus diferencias entre lo inyectado al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional y lo contratado. Estando a ello, una posición uniforme que resulte aplicable para ambos mercados es aquella donde la “venta de energía” requiere de la voluntad del vendedor para transferir la energía a un comprador y, a cambio, se recibir una contraprestación económica.

⁴⁵ Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. Pág. 384.

⁴⁶ Citado en Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. Pág. 384

⁴⁷ Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. Pág. 384.

En ese orden de ideas, la presente controversia se circunscribe al CONTRATO suscrito entre ELP y LDS para el suministro de energía destinada al servicio público de electricidad, a cambio de una tarifa en barra, de conformidad con las cláusulas 2.1, 2.2 y 4.1 del CONTRATO.

Sobre el particular, LDS y ELP pactaron en la cláusula 4.4 del CONTRATO un escenario paralelo a las “ventas” de potencia y energía contratada donde acordaron contrario a ley pagar por los excesos de energía el costo marginal de corto plazo determinado por OSINERG. No obstante, la naturaleza de la transferencia o retiro de los excesos de energía califica como “ventas de energía” dado que (i) ELP manifiesta su voluntad para que se lleven a cabo los retiros de energía en exceso al pactar en el CONTRATO un escenario paralelo a la venta de energía contratada; (ii) se efectuó la transferencia física de los excesos de energía a favor de LDS; y, (iii) ELP recibió de LDS una contraprestación económica. Es así como, si bien ELP y LDS pactaron un escenario paralelo en el CONTRATO para atender los excesos de energía, esto no desconoce su calificación como “venta”.

Imagen 1.- Tratamiento jurídico de los excesos de energía

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.

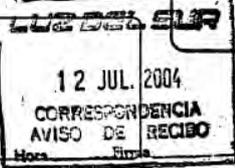
Sumado a lo anterior, una clara muestra de que ELP se obligó a vender energía más allá de la contratada se corrobora a partir del hecho que no implementó ninguna de las medidas previstas en el numeral 2.3 del CONTRATO para frenar los retiros en exceso de energía, validando así su voluntad de vender energía no contratada a LDS y demostrando que el retiro de dichos excesos de energía no le causaban ninguna afectación legal o comercial ya que, de lo contrario, podría haber optado por instalar equipos que limiten la potencia y energía, suspender el suministro y/o resolver el contrato⁴⁸, pero no procedió de esa manera. Sobre el

⁴⁸ Cláusula 2.3 del CONTRATO

particular, no hay evidencias de que ELP manifestó a LDS su desacuerdo por los retiros de energía en exceso, sino únicamente requerimientos de pago.

En el mismo sentido, ELP reconoció expresamente en sus facturas que la energía retirada en exceso calificaba como una venta de energía, toda vez que como referencia en las facturas se consignó lo siguiente “VENTA DE ELECTRICIDAD - EXCESOS DE CONSUMO - MES AÑO”, como se muestra a continuación:

Imagen 2.- Factura emitida por ELP

 Electroperú S.A. Prolongación Pedro Miotta 421 - San Juan de Miraflores LIMA - PERU	R.U.C. N° 20100027705 FACTURA 005 N° - 0004599
SEÑORES : LUZ DEL SUR S.A. DIRECCION: AV. CANAVAL Y MOREYRA 380 - SAN ISIDRO R.U.C. : 20331898008 FECHA : 09/07/2004	
REFERENCIA VENTA DE ELECTRICIDAD - EXCESOS DE CONSUMO - JUNIO 2004	FECHA DE VENCIMIENTO 26/07/2004

Tampoco hay evidencias de que ELP cuestionó las liquidaciones de energía y potencia activa emitidas mensualmente por el COES. Razón por la cual, la energía retirada en exceso calificaría como una venta y esta no le habría perjudicado de ninguna manera, porque de haberlo hecho habría impugnado tales liquidaciones en virtud de las reglas establecidas en el Estatuto del COES.

Ahora bien, los principales argumentos de ELP contra de la posición defendida son los tres siguientes: (i) que, el contrato de suministro entre generador y distribuidor es celebrado en condiciones de competencia y ello no limita que las partes puedan pactar precios distintos a las tarifas en barra⁴⁹; (ii) que, los generadores como ELP tienen la “limitación de no poder contratar más potencia y energía que la propia o la contratada con terceros”⁵⁰ según lo contemplado en el artículo 101 del RLCE⁵¹; y, (iii) que, no se establecen precios máximos para la energía retirada en exceso por lo que se puede pactar sobre estos por tratarse de aspectos patrimoniales de libre disposición⁵².

⁴⁹ Escrito en el que ELP formula excepciones y absuelve el traslado. Pp. 14

⁵⁰ Escrito en el que ELP formula excepciones y absuelve el traslado. Pp. 14

⁵¹ Escrito en el que ELP formula excepciones y absuelve el traslado. Pp. 24

⁵² Escrito en el que ELP formula excepciones y absuelve el traslado. Pp. 23

Sobre el particular, el CONTRATO no fue celebrado en condiciones de competencia como afirma ELP, en la medida que la energía suministrada por ELP a LDS se destinó al servicio público de electricidad, lo cual presupone que la relación se encuadra en el mercado regulado⁵³ de electricidad donde los precios son también regulados. Por otro lado, ELP alega que no se obligó a vender la energía en exceso a LDS a razón de la limitación impuesta por el artículo 101 del RLCE; no obstante, en los actuados del PAT no hay ninguna evidencia que corrobore que ELP tenía contratada toda su potencia y energía con terceros razón por la cual la energía en exceso no podía ser calificada como una venta; incluso, en el supuesto que así hubiera sido, ELP hubiera implementado las medidas establecidas en el numeral 2.3 del CONTRATO para frenar los retiros en exceso de energía, pero no implementó ninguna de dichas medidas, pese a que ello pudo haberle costado el inicio de un PAS⁵⁴ por OSINERG a razón de la infracción del artículo 101 del RLCE. Sumado a lo anterior, dicho argumento incide en la energía y potencia contratada, pero no en el precio aplicable que es materia de la presente controversia. Por último, el precio máximo de la energía retirada en exceso es la tarifa en barra calculada por la CTE de OSINERG, la misma que no es un aspecto de libre disposición de las partes por regirse dentro del mercado regulado de electricidad, en el cual se presta el servicio público de electricidad.

Por su parte, mediante la Resolución N° 008-2004-OS/CC-20, la CCAH consideró -de manera errónea⁵⁵- que a los retiros de energía en exceso no les resulta aplicable los precios regulados, toda vez que no existe norma que regule una consecuencia jurídica de cara a los excesos de energía, siendo válido lo pactado por las partes⁵⁶. En el mismo sentido, se pronunció el TSC en la Resolución N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG que confirmó lo resuelto por la CCAH en primera instancia. Sobre el particular, si bien el artículo 45 de la LCE no establece expresamente que a los excesos de energía se les aplica la tarifa en barra, desde los métodos de interpretación desarrollados, la voluntad de ELP para pactar en el CONTRATO un escenario previsto para energía retirada en exceso, la naturaleza del servicio público de electricidad sumado al tratamiento contable dado a los excesos como “ventas”, consideramos que los retiros de energía en exceso

⁵³ Ver tabla de definiciones

⁵⁴ Procedimiento Administrativo Sancionador

⁵⁵ Posición del autor

⁵⁶ Resolución N° 008-2004-OS/CC-20. Pp. 10.

destinados al servicio público de electricidad si califica como una venta de energía bajo los alcances de la LCE y lo establecido en el CONTRATO.

En atención a lo anterior, nos encontramos en desacuerdo con las pretensiones y los argumentos planteadas por ELP y lo sostenido por la CCAH y el TSC en sus resoluciones administrativas de primera y segunda instancia, toda vez que es inexplicable que las partes tengan absoluta libertad para pactar un precio distinto a la tarifa en barra cuando se trata de una materia regulada por ser de interés público (servicio público de electricidad).

- **SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO: ¿CALIFICA COMO UNA PENALIDAD LOS RETIROS DE LA ENERGÍA EN EXCESO?**

En virtud de la cláusula cuarta del CONTRATO, cuando ELP absolvió el traslado de la reclamación planteada por LDS, señaló que el retiro de energía en exceso por LDS calificaba como un incumplimiento, razón por la cual correspondía el pago de una penalidad para resarcir los daños y perjuicios causados a esta⁵⁷⁵⁸. Sobre el particular, vale la pena precisar que con los retiros de energía en exceso no se configura un incumplimiento contractual, toda vez que en el fondo dichos retiros de energía en exceso son ventas sin dicho calificativo, por la cual LDS pagó la tarifa en barra correspondiente y, en algunos casos por error, un precio mayor a dicha tarifa. Asimismo, no se puede considerar que dichos retiros son tratados como un incumplimiento cuando este escenario paralelo a las ventas de energía contratada fue una posibilidad contemplada por las partes en el CONTRATO.

Ahora bien, el incumplimiento contractual es definido por Hinestrosa⁵⁹ como *“la insatisfacción del acreedor por “violación de los deberes” que específicamente pesan sobre el deudor en fuerza del contenido singular de la relación obligatoria”* (2008: 755). En la misma línea, Oviedo⁶⁰ define al incumplimiento contractual como *“la situación en la que el deudor inobserva la prestación debida al acreedor (ya sea por retardo o cumplimiento imperfecto), lo cual dará lugar a las acciones correspondientes al acreedor”* (2020). Es decir, para que se configure un

⁵⁷ Escrito en el que se plantean excepciones y se absuelve el traslado. Pp. 16

⁵⁸ Lo argumentado por ELP fue acogido por la CCAH y TSC en su resolución de primera y segunda instancia.

⁵⁹ Hinestrosa Forero, Fernando. Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen I. Capítulo Modalidades del incumplimiento contractual. Pp. 751-765

⁶⁰ Oviedo Albán, Jorge. El concepto unitario de incumplimiento en el moderno derecho comparado. VNIVERSITAS. Publicación continua 2020. Vol. 69.

incumplimiento, el deudor debe faltar a un deber o prestación asumida por este sobre la base de lo pactado en el contrato.

En función a lo mencionado por tales autores, no hay evidencia que LDS haya faltado al pago de la energía contratada y al pago de la energía retirada en exceso ascendente a la tarifa en barra ni tampoco que los retiros efectuados violen los deberes pactados en el CONTRATO, en la medida que los retiros estaban previstos contractualmente y LDS pagó las facturas recibidas de ELP, a excepción de aquellas donde observó que el cobro se hizo a un precio distinto al regulado. Si bien desconocemos cuál fue la real intención de ELP al pactar la cláusula de los retiros de energía en exceso, en los hechos se terminó creando un escenario alternativo paralelo⁶¹ a las ventas de energía contratada a un precio denominado costo marginal de corto plazo pero cuyo cobro no podía exceder la tarifa en barra fijada por la CTE de OSINERG bajo los alcances de la LCE.

Ahora bien, en caso de incumplimiento, el CC prevé el pacto de una cláusula penal de conformidad con el artículo 1341⁶² o la resolución del contrato conforme al artículo 1428⁶³. En vista que no se produjo ningún incumplimiento contractual, no cabía de ninguna manera que ELP resuelva el CONTRATO o aplique una penalidad a LDS sobre la base de lo establecido en las cláusulas 2.3 y 4.4 del CONTRATO. En ese orden de ideas, atendiendo a la naturaleza jurídica del incumplimiento, la falta de pago de LDS si pudiese haber generado la aplicación de una penalidad o la resolución del CONTRATO; no obstante, LDS nunca faltó al pago de la tarifa en barra y, cuando ELP le intentó cobrar un precio diferenciado, observó tales facturas.

En ese orden de ideas, los retiros de energía en exceso por LDS para el servicio público de electricidad no califican como un incumplimiento contractual. Todo hace parecer que ELP pacto las cláusulas 2.3 y 4.4 del CONTRATO como un desincentivo para que LDS no retirase más energía que la contratada; sin

⁶¹ Digo paralelo porque no se calificaron a los retiros como ventas cuando si lo fueron.

⁶² "Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores".

⁶³ "Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación"

embargo, a partir de la inobservancia de los alcances de la LCE, terminó desnaturalizando su derecho de cobro de un monto mayor a la tarifa en barra fijada por la CTE de OSINERG. Finalmente, nos encontramos en contra de lo resuelto por la CCAH y el TSC en sus resoluciones de primera y segunda instancia, las cuales admiten el razonamiento de ELP.

- **TERCER PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO: ¿RESULTA APLICABLE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS RECOGIDA POR EL DERECHO PRIVADO?**

Sobre la base de las facturas cursadas entre ELP y LDS para el pago de la energía contratada y la energía en exceso, ELP observó que en ocho ocasiones anteriores LDS había retirado más energía que la contratada y había pagado por ella el costo marginal de corto plazo determinado por el COES sin observar o negarse a proceder de dicha manera⁶⁴. Sobre dicha base fáctica, ELP hace alusión a la doctrina de los actos propios para desacreditar la posición de LDS en el PAT, toda vez que resulta contrario que luego de venir realizando una conducta (pago a costo marginal) cambie radicalmente su accionar.

La doctrina de los actos propios no se encuentra amparada en una norma legal, no obstante, esta es reconocida por principios jurídicos como el de buena fe⁶⁵. Bullard señala que dicha doctrina *“permite crear un tipo de “fantasmas”. Esos fantasmas son una suerte de acuerdos que, en estricto, no han existido, pero que operan como tales limitando el derecho de una persona a iniciar acciones contrarias a su conducta anterior”*⁶⁶. Es decir, bajo el alcance de la doctrina de los actos propios, una conducta deber ser acorde con la conducta primigenia para no ir en contra de los propios actos. No obstante, Bullard citando a O’Neil indica que se admiten excepciones⁶⁷ a la doctrina de los actos propios tales como el caso en el que una conducta primigenia es contraria a derecho apartándose así de dicha doctrina porque el derecho que se quiere ejercer sería contrario a la ley⁶⁸. Al respecto, en el presente caso, se ha producido la excepción prevista por O’Neil,

⁶⁴ Escrito que plantea excepciones y absuelve el traslado.

⁶⁵ Bullard González, Alfredo. Los fantasmas sí existen: La Doctrina de los Actos Propios. Ius Et Veritas 40.

⁶⁶ Bullard González, Alfredo. Los fantasmas sí existen: La Doctrina de los Actos Propios. Ius Et Veritas 40. Pp. 62

⁶⁷ Citando a Bullard González, Alfredo. Los fantasmas sí existen: La Doctrina de los Actos Propios. Ius Et Veritas 40. Pp. 54-55.

⁶⁸ O’Neil de la Fuente, Cecilia. “El cielo de los conceptos jurídicos” versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios. Revista Themis 51. Pp. 48.

toda vez que la conducta primigenia de LDS (pago por la energía a costo marginal) fue contraria al ordenamiento jurídico, específicamente a los alcances de la LCE que establecen la tarifa en barra como el precio regulado que debe ser cobrado a los excesos de energía más allá de la energía contratada.

En ese orden de ideas, consideramos que la doctrina de los actos propios recogida del Código Civil no es aplicable al presente caso en la medida que la conducta primigenia de LDS que consistió en pagar por la energía retirada en exceso un precio diferente a la tarifa en barra es contraria al ordenamiento jurídico razón, por la cual no se puede mantener a las conductas siguientes en el ámbito oscuro de la ilegalidad.

RESPUESTA DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL:

Luego de haber analizado los problemas jurídicos secundarios, corresponde analizar el problema jurídico principal, a partir del cual se dilucidará cuál es el precio tope que se debe cobrar y pagar por los retiros de energía en exceso destinados al servicio público de electricidad. Las opciones a dicho planteamiento son únicamente dos: Tarifa en Barra fijada por OSINERG o costo marginal de corto plazo fijado por OSINERG.

Ahora bien, como punto de partida debemos considerar que la energía retirada en exceso por LDS para prestar el servicio público de electricidad califica como una “venta de energía” considerando (i) la interpretación de la LCE y el CONTRATO; (ii) la voluntad de LDS y ELP para pactar un escenario paralelo a la “venta de energía contratada” en donde se regulen los excesos de energía y los precios aplicables a tales excesos -que no pueden ser mayores a la tarifa en barra-; (iii) el tratamiento contable que ELP le dio a los excesos de energía; y, (iv) que la energía suministrada de generador a distribuidor sería para asegurar el servicio público de electricidad de forma continua. También, demostramos que los excesos de energía retirados no califican como un incumplimiento por las premisas antes descritas. Y, la doctrina de los actos propios no resulta aplicable al presente caso, en la medida que la conducta primigenia de LDS que consistió en pagar por los retiros en exceso el costo marginal de corto plazo, siendo esto contrario con el ordenamiento jurídico y con normas de carácter imperativo como la LCE. Estando a ello, el precio tope que se debe cobrar y pagar por los retiros de energía en

exceso destinados al servicio público de electricidad es la Tarifa en Barra fijada por OSINERG bajo los alcances de la LCE.

Pues bien, pese a que LDS y ELP gozaban de libertad para contratar y libertad contractual al momento de celebrar el CONTRATO, las partes no podían perder de vista el componente de interés público presente en el CONTRATO constituido por la prestación del servicio público de electricidad. Al respecto, Miranda y Amado señalan que conceptos tales como igualdad y libertad suelen encontrarse subordinados al interés público⁶⁹. En ese sentido, la voluntad y libertad de las partes para obligarse mediante un CONTRATO no puede de ninguna manera inobservar, traspasar o atropellar el ordenamiento jurídico, incluidas aquellas normas imperativas como la LCE, RLCE, entre otras que resulten aplicables.

Sobre el particular, el artículo 1354 del CC establece que “[l]as Partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”, el artículo 1355 del CC establece reglas y límites de la contratación señalando que “[l]a ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos” y el artículo 1356 del CC dispone que “[l]as disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes salvo que sean imperativas”. Sumado a lo anterior, el numeral 14 del artículo 2 de la CPP dispone que toda persona tiene derecho “a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. En función a lo señalado, los pactos contractuales que vayan en contra de leyes de carácter imperativo, consideraciones de interés social, público, ético o fines ilícitos no serán válidos por vulnerar lo establecido en las normas citadas.

En el caso en concreto, lo pactado por LDS y ELP en la cláusula 4.4 del CONTRATO va en contra de los alcances de la LCE en el extremo que las ventas de energía en una relación entre generador y distribuidor para atender el servicio público de electricidad son facturadas a tarifa en barra. La única interpretación para conservar la validez y eficacia de lo pactado en el CONTRATO es que por la cláusula 4.4 del CONTRATO se entienda que, por los excesos las partes pueden pagar el costo marginal de corto plazo siempre que dicho precio no supere la tarifa en barra determinada por el COES.

⁶⁹ Amado, José Daniel y Miranda G. Luis. Aplicabilidad de la cláusula pacta sunt servanda del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público. Revista Themis 40.

En atención a todo lo antes expuesto, se reafirma que el precio aplicable a los retiros de energía en exceso es la tarifa en barra y, de ninguna manera, podría haber sido el costo marginal de corto plazo. Además, resulta incomprensible que el CCAH y el TSC de OSINERG resuelvan a favor de ELP, en tanto una decisión de ese calibre afectaría de manera sobremedida a las distribuidoras al punto que pudieran haber terminado en la quiebra o desaparecido considerando que debían asumir el costo de la energía a costo marginal de corto plazo (sin límite de la tarifa en barra) y ello de ninguna manera podía ser cubierto por los usuarios regulados a los cuales les presta el servicio público de electricidad, razón que hubiese puesto en peligro la continuidad de dicho servicio. Recordemos que, bajo los alcances de la LCE, la única ganancia que es percibida por los distribuidores cuando prestan el servicio público de electricidad es el VAD⁷⁰. En ese contexto, podría haber ocurrido lo mismo que en la crisis energética de California (Estados Unidos) del año 2000, en la que a partir de un marco regulatorio inadecuado⁷¹ de libertad de precio a nivel de generación [sin excepciones] y precio regulado a nivel de distribución, las empresas distribuidoras quebraron al asumir sobrecostos que no pudieron ser manejados comercialmente⁷².

Finalmente, -y no menos importante- LDS en su reclamación plantea la aplicación del Decreto de Urgencia N° 007-2004⁷³, el mismo que fue promulgado por el Estado para hacer frente a la crisis de los contratos. Sobre dicho extremo, ELP, CCAH y TSC no se manifestaron. Sin embargo, dicho decreto no resulta aplicable al presente caso porque su ámbito de aplicación se circunscribía a retiros sin soporte contractual y, para la fecha de su promulgación, el CONTRATO aún se encontraba vigente y los retiros de energía en exceso se regían por el mismo.

⁷⁰ Valor agregado de distribución.

⁷¹ Quiñones Alayza María Teresa. Mercado Eléctrico en el Perú: ¿Una utopía? Themis 50. Pp. 76.

⁷² Vignolo Cueva Giancarlo. 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. 2015.

⁷³ 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.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

1. Del análisis del caso, se determina que OSINERG si es la autoridad competente para conocer y resolver la presente controversia considerando que el LMOR, el ROG y el RSCO le reconocen la facultad de resolución de controversias vinculados a aspectos técnicos, normativos y regulatorios, siendo la fijación de la tarifa en farra un aspecto regulatorio de competencia exclusiva de OSINERG.
2. El precio tope que se debe cobrar y pagar por los retiros de energía en exceso destinados al servicio público de electricidad es la tarifa en barra.
3. El retiro de energía en exceso para prestar el servicio público de electricidad si califica como una “venta de energía” considerando (i) la aplicación de métodos de interpretación para dilucidar el sentido del artículo 45 de la LCE y lo señalado por el CONTRATO; (ii) la voluntad de LDS y ELP para pactar un escenario paralelo a la “venta de energía contratada” donde se reguló contrario a derecho que, por la energía retirada en exceso se cobraría el costo marginal de corto plazo; (iii) el tratamiento contable que ELP le dio a los excesos de energía; y, (iv) dada la necesidad pública indispensable de prestar el servicio público de electricidad de forma continua.
4. Los retiros en exceso de la energía contratada efectuados por LDS para prestar el servicio público de electricidad no califican como un incumplimiento contractual porque la energía retirada en exceso califica como una “venta de energía” y las partes plantearon ese escenario paralelo donde se obligaron a darle un trato diferenciado a los excesos pese a que estos califican como “venta”.
5. La doctrina de los actos propios no resulta aplicable al presente caso, en la medida que la conducta primigenia de LDS que consistió en el pago del costo marginal de corto plazo por los retiros de energía, fue contraria al ordenamiento jurídico y a las normas de carácter imperativo como la LCE.

BIBLIOGRAFÍA

Amado, J. y Miranda, L. (2000) Aplicabilidad de la cláusula pacta sunt servanda del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el derecho público. Revista Themis. Lima, número 40, pp. 255 – 262

Aragón Castro, I. (2012). El mercado de electricidad en el Perú. Revista De Derecho Administrativo, (12), 165-174. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13529>

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.

Bullard González, A. (2010). Los fantasmas sí existen: la doctrina de los actos propios. IUS ET VERITAS, 20(40), 50-62. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12140>

Carlos Cárdenas. La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en Contratación contemporánea teoría general y principios (Lima: Palestra, 2000).

Chang Tokushima, J. S. (2012). Y se hizo la luz : historia, retos y perspectivas de nuestro sistema eléctrico. Advocatus, (027), 315-327. <https://doi.org/10.26439/advocatus2012.n027.4164>

Comisión MEM-OSINERG (2004) Libro Blanco del Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

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.

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

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.

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

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

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

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

Gómez, H. (2011). El procedimiento trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, (10), pp. 15 – 42.

Hermoza Calero, Jessica Pilar. Correlación entre el contrato de know how y el objeto físico y jurídicamente posible como elemento del negocio jurídico.

Hinestrosa Forero, Fernando. Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen I. Capítulo Modalidades del incumplimiento contractual. Pp. 751-765

Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. *IUS ET VERITAS*, 24(50), 368-397.

Jiménez Alemán, J. Reflexiones teórico-prácticas en torno a la aplicación de la norma jurídica en el tiempo en el ámbito del Derecho Administrativo. Derecho y Sociedad. Lima, 2020, p. 363.

Klauer D' Acunha, A. (2013). Crecimiento energético del Perú: antecedentes y perspectivas de un accidentado desarrollo. *Advocatus*, (028), 287-312. <https://doi.org/10.26439/advocatus2013.n028.4207>

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.

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (10 de abril de 2001). Normas Legales, N.º 7597. Diario Oficial El Peruano.

Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje. (5 de enero de 1996). Diario Oficial El Peruano.

Lorca Navarrete, Antonio y Joaquín Silguero Estagnan. Derecho de arbitraje Español. Dykinson, Madrid, 1994.

Manayalle, A. (2014). Desregulación de tarifas en el mercado de generación eléctrica en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (14), 431-445. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13460>

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

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. *THEMIS Revista De Derecho*, (51), 43-55. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8789>

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

Oviedo Albán, Jorge. El concepto unitario de incumplimiento en el moderno derecho comparado. VNIVERSITAS. Publicación continua 2020. Vol. 69.

Quiñones, María Teresa. Mercado eléctrico en el Perú: ¿una utopía? 2005. Revista Themis. Lima, número 50, Pp. 73 – 85.

Quiñones Alayza, M. T., & Quintanilla Acosta, E. (2016). Sector eléctrico: marco institucional, problemas y nuevas tendencias. THEMIS Revista De Derecho, (69), 133-145. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16756>

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

Sumar Gilt, P. (2009). La Ley de costos marginales. Revista De Derecho Administrativo, (8), 271-274. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13999>

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.

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.

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

ANEXOS

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



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

Lima, 22 de abril de 2005

VISTA:

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

CONSIDERANDO:

I. PRINCIPALES ANTECEDENTES

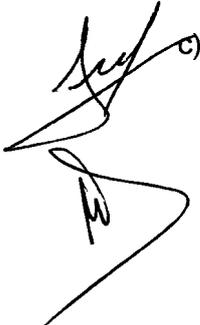
- C
1. Con fecha 07 Setiembre de 2004, Luz del Sur presentó una reclamación contra ELECTROPERÚ, solicitando como pretensiones al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, lo siguiente:
 - a) Que declare que el precio tope que los generadores pueden cobrar a lo concesionarios de distribución por la energía, en el caso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

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

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

Petitorio de Luz del Sur;

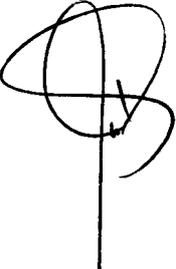
- a) Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare que el precio tope que los Generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no puede exceder la tarifa en barra aprobada por OSINERG, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de precios de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8°, 43° c, y 45° de la Ley de Concesiones Eléctricas.
- b) Que, el citado tope constituido por la tarifa en barra resulta aplicable no sólo al precio de la energía contratada con el Generador sino, inclusive, a los retiros en exceso de la energía contratada, cuando dichos excesos están destinados al Servicio Público de Electricidad.



Que ELECTROPERÚ no puede cobrar a Luz del Sur por los retiros de energía en exceso de la energía contratada en el contrato de suministro de electricidad suscrito el 16 de mayo de 1997, vigente entre las partes, un precio mayor al precio de barra, regulado por OSINERG, puesto que la energía suministrada esta destinada exclusivamente a los usuarios del servicio público de electricidad.

Petitorio de ELECTROPERÚ

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

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

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

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

000995

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

II. ARGUMENTOS DE LOS APELANTES

APELACIÓN DE ELECTROPERÚ

Sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

OBJETO DE LA APELACIÓN

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

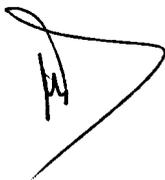
FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN

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

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



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



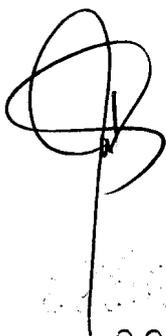
Por ultimo, el presente caso no versa sobre un cobro de una tarifa o precio regulado sino sobre el cobro de un importe derivado de una causal de incumplimiento contractual prevista en el contrato, materia en la cual, tal y como lo reconoce el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, sólo rige lo pactado entre las partes.

Apelación de Luz del Sur

Sustenta su posición principalmente en lo siguiente

OBJETO DE LA APELACIÓN

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



000994

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

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

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

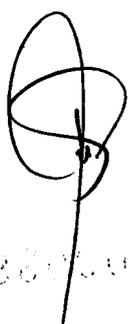
- NATURALEZA DE LA REGULACIÓN DE LAS TARIFAS ELÉCTRICAS.
 - Constituyen el mercado no regulado aquellas transacciones destinadas a personas distintas de los usuarios del Servicio Público de Electricidad (artículo 8 de la LCE, Anexo de la LCE numeral 8, artículo 43 inc. c) de la LCE, artículo 45 de la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

000993

2005/05/15

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

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



230120

000992

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

■ CAUSALES DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN

- Ausencia de Motivación, no justifica la afirmación que los excesos en el consumo de energía activa no constituyen ventas y por ende no están regulados en la LCE, vulnerando el Debido Proceso.
- La debida motivación es un requisito de validez de los actos administrativos, numeral 4 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) y la falta del mismo acarrea la nulidad (artículo 10 de la LPAG).
- Vulnere el principio de Legalidad ya que el Cuerpo Colegiado Ad –Hoc al haber actuado en forma contraria a lo establecido en los artículos 43 y 45 de la LCE, en conformidad del artículo 10 de la LPAG, ha viciado la resolución de nulidad.

000991

087000

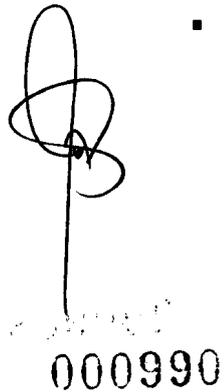
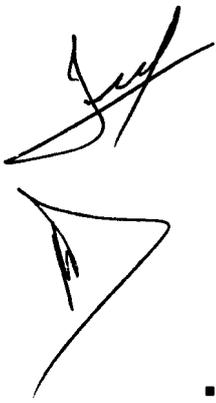
Luz del Sur contesta la apelación de ELECTROPERÚ y sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

OBJETO DE LA CONTESTACIÓN

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

FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN:

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



000990

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

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

FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN:

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

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

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

ESCRITOS ADICIONALES:

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

ARGUMENTOS DE ELECTROPERÚ

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

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

ARGUMENTOS DE LUZ DEL SUR

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

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

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

III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

1. COMPETENCIA DEL OSINERG

1.1. Sustento Legal



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



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

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

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

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

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

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

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

1.2. Reconocimiento jurisprudencial de la competencia del OSINERG

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

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

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

000985

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que, tal derecho garantiza:

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

000983

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

Que, lo señalado anteriormente son los elementos que constituirían en abstracto el contenido mínimo o esencial de la libertad contractual.” (STC expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 26; STC expediente 0004-2004-AI/TC, fundamento 8).

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

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

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

Que, adicionalmente el Tribunal dijo:

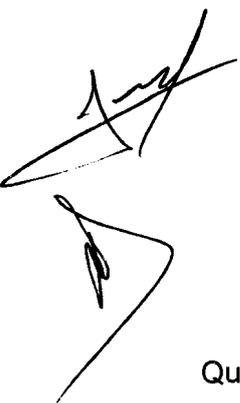
“La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, cuyo tenor es que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción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

(...)

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

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

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



000982

contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete.

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

(...)

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

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

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

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

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

Que, de otro lado, el artículo 58° de la Constitución establece que, "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura." Este

000981

dispositivo como es de verse, prevé la función reguladora del Estado. Es el amparo constitucional a la competencia y funciones de los organismos reguladores.

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

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

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

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

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

Que, es necesario indicar que el Tribunal se ha extendido en este punto por que considera esencial poder aclarar y establecer un criterio sólido sobre un punto controvertido en forma reiterada en las controversias que le ha tocado resolver, el cual

esta referido a la competencia del OSINERG para resolver controversias y los alcances de las cláusulas arbitrales en ciertas materias.

2. PEDIDO DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 008

2.1. Efecto de la nulidad

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

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

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

2.2. Ausencia de motivación

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

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

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

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

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

2.3. Violación del Principio de Legalidad

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

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

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

4. LOS EXCESOS

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

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

4.1. Análisis de la Primera Pretensión

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

000977

8 21 11

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

4.2. Análisis de la Segunda Pretensión

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 43.- Estarán sujetos a regulación de precios:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

000975

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

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

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

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

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

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

4.3. Análisis de la Tercera Pretensión

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

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

SE RESUELVE:

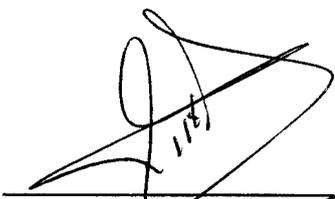
Artículo Primero. – Declarar infundada la Apelación presentada por la Empresa de Electricidad del Perú S.A. – ELECTROPERÚ -, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

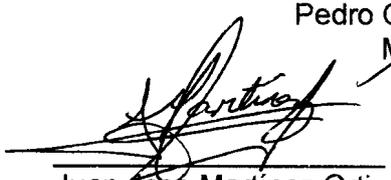
Artículo Segundo. – Declarar infundada la Apelación presentada por la Empresa Luz del Sur S.A.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

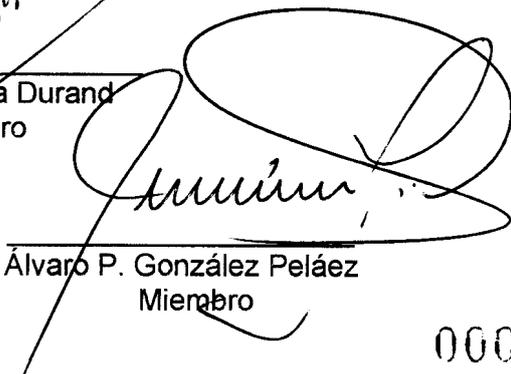
Artículo Tercero. – Establecer que el precio máximo que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución por la energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, es la Tarifa en Barra aprobada por el OSINERG por las razones expuestas en la parte considerativa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

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

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


Pedro G. Villa Durand
Miembro


Juan José Martínez Ortiz
Miembro


Álvaro P. González Peláez
Miembro

000973