

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Remedios para adoptar por los Generadores ante los retiros
sin contrato a favor de los Distribuidores sin suficiente
capacidad económica en el Mercado Mayorista de Electricidad

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

Annie Estefani Mijahuanga Gallego

Asesor:

David Enrique Serafin Mendiola Florez


Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, David Enrique Serafín Mendiola Flórez, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “Remedios para adoptar por los Generadores ante los retiros sin contrato a favor de los Distribuidores sin suficiente capacidad económica en el Mercado Mayorista de Electricidad” de la autora Annie Estefani Mijahuanga Gallego, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- 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, 17 de febrero de 2023

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

RESUMEN

El presente trabajo de investigación identifica los remedios que pueden adoptar los Generadores ante el incumplimiento de pago por concepto de los retiros sin contrato por los Distribuidores sin suficiente capacidad económica en el Mercado Mayorista de Electricidad (MME). Sucede que, en la actualidad, existen antecedentes que evidencian que esta problemática afecta a los Generadores porque no pueden decidir a quién suministrarle energía ni asegurar sus pagos por el concepto de retiro sin contrato o retiros no declarados. En ese sentido, concluimos que los Generadores tienen remedios contractuales, remedios regulatorios y remedios judiciales o constitucionales como mecanismos alternativos para exigir el pago por los retiros sin contrato o, como medida a gran escala, modificar los factores de proporción, considerados por COES para determinar el consumo de los Distribuidores en el Mercado de Corto Plazo.

Palabras clave

Empresas eléctricas- incumplimiento de pagos- sector eléctrico

ABSTRACT

This research work identifies the remedies that can be adopted by the Generators in the event of non-payment for withdrawals without contract by Distributors without sufficient economic capacity in the Wholesale Electricity Market (MME). It happens that, at present, there is evidence that this problem affects the Generators because they cannot decide to whom to supply energy or ensure their payments for the concept of withdrawals without contract or undeclared withdrawals. In that sense, we conclude that the Generators have contractual remedies, regulatory remedies and judicial or constitutional remedies as alternative mechanisms to demand payment for withdrawals without contract or, as a large-scale measure, modify the proportion factors considered by COES to determine the consumption of the Distributors in the Short-Term Market.

Keywords

Electric companies - non-payment - electric sector

ÍNDICE

1. Introducción	4
2. El mercado eléctrico peruano	5
3. Rol del FONAFE y las Empresas Municipales en la distribución eléctrica	6
4. La problemática de los retiros sin contrato, a propósito del caso de EMSEMSA	7
4.1 Retiros sin contrato o sin respaldo contractual	9
4.2 Rol del COES en los retiros sin contrato realizados en el mercado eléctrico	9
5. El incumplimiento de los Distribuidores en los retiros sin contrato	11
6. Remedios contractuales	12
7. Remedios regulatorios	13
7.1 Inicio de un procedimiento administrativo ante OSINERGMIN	14
7.2 Iniciar un procedimiento concursal ordinario ante INDECOPI	16
7.3 Invocar la figura de la caducidad de la concesión	18
8. Remedios en los procesos judiciales o constitucionales	20
8.1 Acción de amparo por vulneración a los derechos económicos de las empresas generadoras	20
8.2 Acción popular contra la modificación del numeral 9.3 del Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad (MME)	23
9. Conclusiones	24
Referencias Bibliográficas	27

Remedios para adoptar por los Generadores ante los retiros sin contrato a favor de los Distribuidores sin suficiente capacidad económica en el Mercado Mayorista de

Electricidad

1. Introducción

El presente trabajo de investigación identifica los remedios para adoptar por los Generadores ante los retiros sin contrato a favor de los Distribuidores sin suficiente capacidad económica en el Mercado Mayorista de Electricidad (en adelante, “MME”), ya que, en la actualidad, la falta de pago por los retiros sin contrato distorsiona el mercado eléctrico y perjudica seriamente los intereses de los Generadores. Un antecedente de esta problemática se evidencia en los continuos incumplimientos de pago por retiros sin contrato de la Empresa de Servicios Eléctricos Municipales de Paramonga S.A. (En adelante, “EMSEMSA”) a empresas como EDEGEL, CHINANGO, ELECTROPERÚ y TERMOCHILCA, como consecuencia de su falta de capacidad económica. Esta situación ocasionó que las empresas referidas cuestionen que, a pesar de su incumplimiento, el COES continúe asignando estos retiros su favor, sin éxito alguno. A raíz de esta situación, observamos que los Generadores pueden adoptar remedios contractuales, regulatorios o judiciales y/o constitucionales.

En primer lugar, los Generadores pueden interponer remedios contractuales mediante los cuales activen los mecanismos de solución de controversias, acudan a la vía judicial u opten por protestar las facturas ante la Cámara de Comercio de Lima (CCL), en caso se den en el marco de un contrato, no obstante, pese a adoptar estas medidas aún es posible que el COES continúe asignando consumos por estos retiros, conforme a sus funciones.

En segundo lugar, los Generadores pueden adoptar los remedios regulatorios como presentar una reclamación para iniciar un procedimiento administrativo sancionador, recurrir a la vía concursal de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (En adelante, “INDECOPI”) y que el Ministerio de Energía y Minas (En adelante, “MINEM”) solicite la caducidad de la concesión por los reiterados incumplimientos de pago. Para ello, es importante que realicen un análisis previo de las contingencias de cada medida, así como de los intereses principales de las empresas.

Finalmente, a gran escala, los Generadores pueden interponer una acción de amparo por vulneración a la libertad contractual y la libertad de empresa y una acción popular que buscará cambiar los factores de proporción en la Modificación del Reglamento del MME,

aprobada por Decreto Supremo N° 005-2018-EM, de manera que, los Generadores puedan lograr realmente decidir a quién suministrarle o no energía o, en todo caso, factores de proporción acorde a la realidad de cada empresa, incluyendo su u insuficiente capacidad económica.

2. El mercado eléctrico peruano

El funcionamiento del mercado eléctrico comprende las actividades de generación, transmisión y distribución. Mediante estas actividades, los usuarios finales cuentan con el suministro de electricidad necesario para que realicen sus funciones cotidianas y/o laborales, sin embargo, la distribución depende de que, también, la transmisión y la generación funcionen adecuadamente y que las centrales no estén indisponibles (Dammert, A., Molinelli, F. y Carbajal, 2011, pp. 22-67). Así, a través de la actividad de generación se produce energía mediante centrales hidroeléctricas o termoeléctricas, con la transmisión se transfiere grandes volúmenes de energía y se paga por los costos de transmisión y con la distribución, permiten que la energía la reciban los consumidores finales en sus domicilios y/o para sus actividades diarias.

Sobre ello, recordemos que, mediante la reforma del sector eléctrico, se abrió paso a que las Distribuidoras estén a cargo de personas jurídicas nacionales o extranjeras y/o nacionales. De manera que, las Distribuidoras pueden brindar suministro eléctrico a los consumidores finales ubicados en su zona de concesión. En este extremo, recordemos que tanto la transmisión como la distribución son actividades reguladas bajo un esquema de monopolio natural. Pues, la competencia pondría en riesgo un servicio público o la continuidad del suministro eléctrico.

En adición a ello, la actividad de distribución implica la transferencia de energía a domicilios o usuarios residenciales. De esta manera, mediante la distribución hay un mayor acercamiento de la producción de energía a los usuarios regulados o clientes libres. Para ello, los Distribuidores invertirán en la infraestructura de sus redes de media y alta tensión, pues mediante sus instalaciones se traslada la energía generada, de calidad. En esa línea, Bonifaz señala que la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley N° 25844, (En adelante, “LCE”) y el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, (En adelante, “Reglamento”) establecen que las Distribuidoras tienen la obligación de brindar el servicio eléctrico a quien lo requiera dentro de su área de concesión, así como de contar con contratos vigentes (2000).

Para fines del presente artículo académico, haremos hincapié a los retiros no declarados por empresas Distribuidoras y su incumplimiento reiterado para pagarle a los Generadores por dicho concepto. Para ello, haremos un breve repaso sobre la actividad empresarial del Estado referenciando las controversias de EMSEMSA, explicaremos la problemática sobre el incumplimiento de pago de los Distribuidores y propondremos remedios que pueden adoptar los Generadores para requerir y/o exigir el pago a los Distribuidores.

3. Rol del FONAFE y las Empresas Municipales en la distribución eléctrica

En nuestro país, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (En adelante, “FONAFE”) y las empresas municipales pueden realizar la actividad de distribución eléctrica. Recordemos que, mediante el artículo 60 de la Constitución Política, se reconoce el rol subsidiario del Estado cuando se señala que: “ *Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal*”. De esta forma, la intervención del Estado en cualquier mercado requiere a) ley expresa, b) sea necesaria por el alto interés público y c) la existencia de una falla en el mercado. Sucede que, si bien se permite la subsidiariedad, está no queda a libre discrecionalidad del estado sino que debe ser una medida necesaria ante una falla de mercado. En tal sentido, cualquier intervención sin amparo legal y que no responda a garantizar un bien jurídico tutelado de alto interés público, no aplicaría en este supuesto.

Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico permite que, a través de un Fondo se administre y se dirija la actividad empresarial que realice el Estado sujeta a subsidiariedad. Conforme a la Ley N° 27170, Ley del FONAFE se brinda los alcances para la participación de estas empresas a cargo del Estado, a efectos de evitar una competencia directa con los privados. Para ello, puede actuar mediante empresas de derecho público, estatales de derecho privado, economía mixta o por accionariado.

En el caso de la actividad de distribución eléctrica, existen un promedio de once (11) empresas destinadas a abastecer a usuarios regulados y, por su naturaleza, han seguido procedimiento formal para avalar la subsidiariedad del Estado como medida óptima de solución ante una eventual falla en el mercado eléctrico. Estas empresas son: Adinelsa,

Electrocentro, Electronoroeste (ENOSA), Electronorte (ENSA), Electro Oriente (ELOR), Electropuno, Electrosur, Electro Sur Este (ELSE), Electro Ucayali, Hidrandina y SEAL.

Ahora bien, el artículo 1 de la Ley N° 27170, también, precisa que las excepciones a la norma. Entre ellas, nos referiremos, especialmente, a las Empresas Municipales. Estas son órganos dependientes de las municipalidades pero que cuentan con personería de derecho público. A través del artículo 35 de la Ley Orgánica de Municipalidades (En adelante, “LOM”), se dispone que las empresas también se crean por ley, pero bajo iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del concejo municipal. De esta manera, prestan servicios públicos municipales como parte del rol subsidiario del Estado explicado previamente.

A diferencia de las empresas sujetas al ámbito de FONAFE, las empresas municipales de distribución eléctrica se encuentran bajo la administración en fondos y gestión de las municipalidades, no por personas naturales o privados netamente. Sin embargo, ambos supuestos evidencian la necesidad de que el Estado interviene como garante de estos servicios de interés público. Entre ellas identificamos a la empresa EMSEMSA, quien es uno de los principales actores involucrados en problemática por incumplimiento de pago a los Generadores por conceptos de retiros sin contrato.

4. La problemática de los retiros sin contrato, a propósito del caso de EMSEMSA

Existe una problemática vigente en nuestro ordenamiento jurídico sectorial. A través de la intervención de la reforma regulatoria, el Estado brindó la posibilidad a los Distribuidores de retirar energía sin contrato de suministro previo, cuando no estaba contemplado este supuesto en la LCE. De esta forma, los Distribuidores podían realizar retiros de energía en el mercado spot sin contar con contrato previo y satisfacer a sus usuarios, cobrándoles por ello. Con esta medida, se posibilitaba a los Distribuidores que, pese a no tener contratos vigentes podían realizar retiros de energía y potencia en el mercado spot, sin requerir su consentimiento o conformidad (Vignolo, 2015, p. 237). Sucede que las asignaciones de COES respecto a las valorizaciones de potencia y energía pueden beneficiar a Distribuidores que sí o sí deben cumplir con abastecer a sus usuarios regulados.

Al parecer, esta es una excusa perfecta para que en este escenario se genere un “incentivo perverso” por parte de los Distribuidores que realizan retiros sin contar con la suficiente capacidad económica para cumplir con los pagos pendientes a los Generadores. Pese a que,

ante un incumplimiento de esta naturaleza, se permite tramitar e iniciar la caducidad de la concesión, es insuficiente esta medida y compleja para garantizar el cobro de la deuda por retiros no declarados a los Distribuidores.

Recordemos que los Distribuidores pueden contar con contratos para retirar energía y potencia, pero sí no cuentan con éstos, de igual manera, pueden retirar energía del mercado spot. Este escenario es más interesante y complejo, cuando está en discusión el abastecimiento de un servicio público y una empresa municipal, cuya zona de concesión alcanza a usuarios regulados que tienen derecho a contar con un servicio público. Un claro ejemplo, es el caso de la Empresa EMSEMSA quien, hasta la fecha, tiene un sinnúmero de incumplimientos por realizar retiros sin contrato y no cumplir con el pago de las facturas a empresas Generadoras como EDEGEL, CHINANGO, TERMOCHILCA y ELECTROPERÚ.

Estas controversias se han expuesto ante OSINERGMIN, en el marco de procedimientos administrativos. De acuerdo con el numeral 3.5 del Informe Técnico N° 676-2020-OS/OR Lima Norte y el numeral 3.4.2 del Informe Técnico N° 389-2021-OS/OR, EMSEMSA se le inició a EMSEMSA un procedimiento de la caducidad de la concesión por reiterados incumplimientos de pago a los Generadores:

EMSEMSA, con anterioridad a la TERMOCHILCA, contrajo deudas con las empresas Generadoras ELECTROPERÚ, CHINANGO y EDEGEL; estas interpusieron reclamos ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del Osinergmin, por el retiro de potencia y energía activa y reactiva del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), por parte de EMSEMSA, sin respaldo contractual. En los tres (3) casos, los reclamos fueron resueltos como fundados, confirmando las deudas de EMSEMSA con las Generadoras mencionadas.

Actualmente, EMSEMSA mantiene deudas, por retiros de potencia y energía del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, SEIN) sin contrato, con las Generadoras EDEGEL (S/ 253 528,85) y CHINANGO (S/ 82 582,83) por un monto total de S/ 336 111,68 (no incluye intereses). Respecto a la deuda con Electroperú, EMSEMSA(...) informó que la deuda que mantenía con Electroperú fue cancelada. (OSINERGMIN, 2020 y 2021)

Como puede apreciarse, EMSEMSA adeuda por retiros de potencia y energía a diversas Generadoras puesto que su situación financiera y económica es deficiente para que continúe su participación en el MME. Ante ello, OSINERGMIN recomienda en las conclusiones, en ambos Informes, que se trámite y se termine rápidamente el procedimiento de caducidad de la concesión y que *“la empresa administradora temporal que se haga cargo de EMSEMSA, priorice la atención de las mencionadas deficiencias en las instalaciones eléctricas de*

distribución, que afectan la seguridad pública.” (2021, pp. 15-16). Esto último, a razón de que, han detectado serias falencias en la infraestructura de alumbrado público, al extremo de causar la muerte de una persona producto de la caída de un poste deteriorado desde su base.

Lo señalado previamente, permite identificar que EMSEMSA adeuda por retiros no declarados a diversos Generadores. Es más, la falta de capacidad económica y financiera de esta entidad ha generado ineficiencias en su propia estructura eléctrica poniendo en riesgo a la población, ubicada en su zona de concesión. En esa línea, observamos que este Distribuidor participa en el mercado, está siendo observado por el propio OSINERGMIN y ha reconocido las deudas pendientes con los otros Generadores, mas la falta de recursos económicos imposibilita el cumplimiento de los pagos pendientes. Sin embargo, es imperativo que continúe operando porque garantiza la continuidad del suministro eléctrico de la zona de concesión de paramonga.

Antes de analizar la problemática en cuestión, haremos un breve repaso sobre los retiros sin contrato o sin respaldo contractual y la función del COES en el mercado eléctrico.

4.1 Retiros sin contrato o sin respaldo contractual

El mercado eléctrico es un mercado especial que tiene características propias, por este motivo, es viable que existan diferencias entre la cantidad de energía contratada por las partes y los reales valores de producción de Generador y la demanda del cliente, que puede no necesariamente coincidir con las cantidades pactadas. Evidentemente, existe un riesgo constante de eficiencia y continuidad del mercado cuando los clientes requieren más energía y potencia que la que pactaron con los Generadores.

Precisamente, debido a las características del mercado eléctrico, se debe buscar que se cumpla con el pago al Generador por los retiros realizados por los clientes. Por tal motivo, nuestra regulación establece que los Distribuidores deben contar con contratos bilaterales o mediante licitaciones obtienen el suministro eléctrico para el cumplimiento de sus funciones. Por su parte, de acuerdo con Okumura, todos los Generadores inyectan energía y potencia en una especie de “pool” o “piscina”, la misma que es retirada por los clientes físicamente y, posteriormente es atribuido este retiro al Generador. Pues, por estos retiros, los Generadores recibirán una contraprestación de sus clientes al extremo de que cuánto más inyecten, más recibirán sino será una producción deficitaria (2015, p.269).

En ese orden de ideas, observamos que los Distribuidores retiran la potencia y energía activa que necesitan, las mismas que serán asignadas posteriormente por COES a través de sus informes mensuales de valorizaciones. No obstante, por el simple hecho de que los integrantes no han suscrito un contrato, no amerita que hablemos de retiros por licitaciones o contratos bilaterales, sino que estos retiros tendrán la denominación de “retiros sin contrato” o “retiros sin respaldo contractual”.

4.2 Rol del COES en los retiros sin contrato realizados en el mercado eléctrico

Para garantizar un correcto y continuo suministro de electricidad, se debe transar los desbalances antes mencionados en el mercado spot, a través de las reglas y mecanismos, como se señala en el Reglamento de la LCE, la Ley 28832 y sus modificaciones; es decir, las normas sectoriales. En este extremo, recordemos la función del COES “entidad privada sin fines de lucro, conformada por Agentes del SEIN, sus decisiones son de obligatorio cumplimiento” (Okumura, 2015, p. 270). Se encarga, también, de al realizar las valorizaciones respectivas y las asignaciones de los retiros realizados por los Distribuidores como EMSEMSA. Este procedimiento tiene como objetivo determinar realmente las transferencias de potencia de cada Generador, a efectos de valorizar los excesos de energía y potencia que se transfiere por los Generadores. Para ello, los Generadores presentan al COES la información en calidad de declaración jurada sobre la producción y retiro de sus clientes.

En línea con lo anterior, el producto de la sumatoria de las valorizaciones de las entregas a cada Generador menos las valorizaciones de los retiros de sus clientes, conllevan a un saldo de transferencia. La suma de todos esos saldos trae un saldo resultante que se asigna por el COES a cada Generador integrante. Por tal motivo, el COES mediante el artículo 7.6 del PR-10 y 9.3 del Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad, asigna los saldos resultantes a favor de los Generadores como TERMOCHILCA, EDEGEL y CHINANGO, Generadores en controversia con EMSEMSA.

No obstante, a pesar de que el numeral 7.6 del PR-10 faculta que el COES asigne a los Generadores los factores de proporción en caso existan retiros no declarados, no tiene la función de asegurar el cumplimiento de sus integrantes. De esta manera, identificamos que, si bien se le da funciones a cumplir como la asignación de los retiros sin contrato, no puede velar por su cumplimiento ni sancionar a sus propios integrantes. Dicha función de supervisión es netamente atribuida al organismo regulador, OSINERGMIN. Lo único que

podría hacer COES al existir incumplimiento es reportárselo a esta entidad para que tome las medidas necesarias.

Para el caso de EMSEMSA, observamos que su reiterado incumplimiento desvirtúa seriamente las funciones del COES, las mismas que deben ser supervisadas y fiscalizadas por OSINERGMIN. Pues, si bien el COES asigna las valorizaciones, prácticamente, es una declaración que no tiene injerencia al momento de cumplir con el pago. Incluso, en el momento en el que EMSEMSA pudo cuestionar las decisiones del COES mediante los mecanismos de impugnación, nunca lo realizó, pero sí se benefició a través de los retiros sin contrato abasteciendo a sus usuarios regulados.

5. El incumplimiento de los Distribuidores en los retiros sin contrato

Ante ello, cabe plantearnos ¿Cuándo estamos ante un escenario de incumplimiento por falta de pago por concepto de retiros no declarados y su asignación en el MME?

Para OSTERLING y CASTILLO, el pago involucra que se hayan ejecutado debidamente las obligaciones en el plazo previsto (2008). De manera que, el pago es el destino final de una obligación asumida, conforme a Derecho. En línea con ello, CABANELLAS identifica que la acción de pagar implica cumplir con una obligación y su reconocimiento se da mediante el abono de una deuda (1993). Mientras que CASTILLO sostiene que pagar implica extinguir la obligación mediante cumplimiento en los términos pactados y exigidos por la ley. La noción de pago se construye por los principios de identidad, integridad y oportunidad (1964).

En esa línea, nuestro Código Civil reconoce en los artículos 1220 y 1221 lo siguiente:

“**Artículo 1220°.**- Se entiende efectuado el pago solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.”

“**Artículo 1221°** - No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen”

En tal sentido, se infiere que un incumplimiento de pago se da cuando una de las partes involucradas no abona una deuda pese a haber asumido, inicialmente, las obligaciones legales correspondientes. En consecuencia, mediante esta noción observamos que EMSEMSA tenía la obligación de cumplir con el pago en el plazo previsto. No obstante, como se comentó previamente no ha cumplido con el pago de las facturas emitidas, salvo en el caso de

ELECTROPERÚ. En ese último caso, EMSEMSA ha requerido a pagar en cuotas alegando falta de liquidez, sin embargo, ello no hubiera ocurrido si ELECTROPERÚ no acudía a iniciar un procedimiento administrativo ante OSINERGMIN, entidad competente para velar por aspectos normativos, técnicos y regulatorios en el sector eléctrico.

Sin embargo, pese a tener una obligación legal con los Generadores como participante del SEIN se sujeta a las disposiciones de la LCE, su Reglamento y el Reglamento del MME, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-93-EM. De esta forma, acepta la asignación de las valorizaciones de potencia y energía realizadas por COES al no impugnarlas y, por ende, muestra su conformidad con las facturas emitidas, las cuales, tampoco fueron observadas. No obstante, no canceló estas facturas en su momento alegando falta de liquidez y economía para cumplir con sus propias obligaciones, las mismas que por la naturaleza del servicio que presta, es decir, un servicio público debe abastecer a usuarios regulados que deben tener acceso al suministro eléctrico.

Por estas razones, a través del presente artículo, plantearemos los remedios contractuales, regulatorios y constitucionales que pueden adoptar los Generadores para garantizar el pago, más allá de tramitar un procedimiento de caducidad de la concesión, establecido en los literales e) y g) del artículo 36 de la LCE.

6. Remedios contractuales

En vista del escenario planteado, es importante identificar qué medidas adoptar los Generadores cuando ven imposibilitado el pago por retiros sin contrato. Si bien los retiros sin contrato se dan ante la inexistencia de un “acto jurídico”, cabe la posibilidad de que inicialmente haya existido un contrato, sin embargo, por incumplimiento de pago o por cualquier otra causal el Generador optó por resolver el contrato. Tal como ocurrió en el caso de *TERMOCHILCA VS EMSEMSA*, donde el primero optó por suspender el contrato y, posteriormente, resolver el mismo, sin embargo, COES continuó asignando retiros de potencia y energía para garantizar el funcionamiento del mercado eléctrico y la continuidad del suministro. Nótese en el Informe Técnico N° 389-2021-OS/OR:

3.4.1. Deuda con TERMOCHILCA S.A.

El 24 de julio de 2019, Osinergmin requirió información a TERMOCHILCA del estado actual del contrato. Como respuesta, señalan que se encontraba suspendido desde setiembre de 2018, por incumplimiento de pago, y que el 19 de julio de 2019, procedieron a resolver el contrato).

Informó que la deuda asciende a S/ 207 183,81 (sin considerar intereses, ni la facturación de los retiros no declarados del 2018 y 2019). Pese a ello, continúan realizando retiros sin contrato de potencia y energía. (OSINERGMIN, 2021)

Es decir, el Generador resolvió el contrato pero aun así continuó el Distribuidor retirando energía y potencia del mercado spot porque la requerían para abastecer a sus usuarios regulados. ¿Qué medidas puede adoptar en ese escenario?

- a. En el marco de un contrato de suministro, el Generador puede activar los mecanismos de solución de controversias o su cláusula arbitral a fin de tratar de solucionar la controversia previamente, antes de acudir a otra instancia o la vía judicial. Mediante estos mecanismos, el Generador solicitará que se le pague la deuda total más los montos por intereses compensatorios y moratorios indicados en el numeral 161¹ y 171² del Reglamento del MME. **Esta medida sería aplicable a los retiros con contrato, supuesto distinto al analizado en este artículo.**
- b. Al no existir un contrato, el Generador puede optar por acudir a la vía judicial solicitando el pago por los retiros no declarados y los intereses compensatorios y moratorios indicados previamente. De esta manera, optaron por iniciar un proceso judicial en la vía de conocimiento. Lamentablemente, sería una opción engorrosa y compleja porque el proceso podría durar 5 años. Durante ese tiempo, resultaría eficiente solicitar una medida cautelar puesto que, durante el proceso se podrían estar ocasionando serios perjuicios al Generador pues emitirá facturas por retiros sin contrato y sin que le paguen oportunamente durante todo el proceso.
- c. Previamente al inicio del proceso judicial, el Generador puede optar por protestar las facturas ante la Cámara de Comercio de Lima (CCL). De manera que, se registren los pagos pendientes en el “Registro Nacional de Protestos y Moras”, a pesar de que una factura electrónica no es un título ejecutivo, la CCL brinda la opción de poder presentarlas y registrarlas en su sistema, siempre y cuando, el acreedor responda aceptando la deuda pendiente o no responda en el plazo de ocho (08) días hábiles de

¹ “Artículo 161.- Las entidades dedicadas a las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, están autorizados a cobrar por sus acreencias, la tasa de interés compensatorio y el recargo por mora establecidos en el Artículo 176 del Reglamento”

² “Artículo 176º.- Los concesionarios podrán aplicar a sus acreencias relacionadas con la prestación del Servicio Público de Electricidad un interés compensatorio y un recargo por mora. El interés compensatorio será aplicable desde la fecha de vencimiento del comprobante de pago hasta su cancelación. (...)”

haber sido debidamente notificados por la CCL. Su inscripción en el mencionado registro ocasionará que las Centrales de Riesgo puedan visualizar las deudas pendientes que tiene la empresa acreedora y presentar la inscripción como medio probatorio en un eventual proceso judicial iniciado por la empresa Generadora afectada.

7. Remedios regulatorios

En cuanto a las medidas a adoptar por el Generador en este extremo, haremos hincapié a los remedios regulatorios como el inicio de un procedimiento administrativo, recurrir a la vía concursal de INDECOPI y que la Dirección General de Electricidad del MINEM solicite la caducidad de la concesión del Distribuidor en incumplimiento, en este caso, EMSEMSA.

7.1 Inicio de un procedimiento administrativo ante OSINERGMIN

Para el inicio de un procedimiento administrativo, el Generador puede presentar una reclamación ante el Cuerpo Colegiado Ad Hoc solicitando. De esta manera, conforme al artículo 231 de la LPAG, se inicia el procedimiento de parte con una reclamación. Durante el desarrollo del procedimiento, la administración debe favorecer y facilitar la solución conciliada de la controversia. En el artículo 4 del TUO del Reglamento de OSINERGMIN (en adelante, “RO”) y el Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias (en adelante, “ROSC”), se establece que este procedimiento primera y segunda instancia son vía previa antes de acudir a la vía judicial y Una vez admitida a trámite la reclamación se pondrá en conocimiento del reclamado a fin de que éste presente su descargo, en un plazo de quince (15) días de habersele notificado. En la reclamación, el Generador podrá plantear las siguientes pretensiones:

- i. **Pretensión Principal:** Se declare y ordene que EMSEMSA debe pagar a TERMOCHILCA, incluyendo el IGV, por potencia, peajes y energía activa retirada por concepto de retiros sin contrato, asignados por COES-SINAC.
- ii. **Pretensión Accesorio:** Se declare y ordene que EMSEMSA debe pagar a TERMOCHILCA los intereses compensatorios devengados desde que vencieron los comprobantes de pago, conforme al artículo 176 del RLCE.

De esta manera, el Generador reclamará que se le cancele por los retiros sin contrato y los intereses compensatorios por todo aquel tiempo que no se cumplió con dicha cancelación.

Debido que, EMSEMSA sí recauda recursos económicos por parte de sus usuarios regulados



de las tarifas, las misma que remuneran las actividades que desarrollan la cadena del sector eléctrico como el Precio Nivel Generación (PNG), el Valor Agregado de Distribución (VAD), peajes unitarios de los sistemas de transmisión. Sin embargo, pese a ello, no cumple con pagar a los Generadores como EDEGEL, CHINANGO, TERMOCHILCA. Es más, ni recibiendo el Bono de Electricidad proporcionado por el Gobierno Central ha cumplido con los pagos pendientes³. Esta situación, inevitablemente, desnaturaliza el mercado eléctrico, toda vez que rompe la cadena de pagos.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿Es competencia del Cuerpo Colegiado resolver controversias sobre retiros sin contrato? Consideramos que sí. Sucede que la competencia del Cuerpo Colegiado del OSINERGMIN se reconoce en el tercer párrafo del literal a) del artículo 2 del ROSC, como se señala a continuación:

“Artículo 2º.- Competencia de OSINERGMIN.

Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:

(...)

Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN” (subrayado agregado).

De esta manera, OSINERGMIN tiene competencia para solucionar controversias entre Generadores como TERMOCHILCA, EDEGEL O CHINANGO y Distribuidores como EMSEMSA. De modo que, el incumplimiento de pago por los retiros no declarados y asignados por COES controversias se vinculan a aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujeto a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN. En consecuencia, OSINERGMIN empleando su función de “Solución de controversias” puede pronunciarse mediante el Cuerpo Colegiado a fin de encontrar una solución que satisfaga el interés del reglamento.

Anteriormente, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se ha atribuido competencia por controversias ante la falta de pago de retiros no declarados. Un claro ejemplo, se observa en la Resolución N° 006-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA

³ De acuerdo con el numeral 5.7 del Decreto de Urgencia N° 074-2020, modificado por el Decreto de Urgencia N° 105-2020, y en el numeral 2.10 del Decreto de Urgencia N° 136-2020, así como el numeral 2 de la Resolución N° 005-2021-OS/GRT, EMSEMSA recibió apoyo del Gobierno mediante el Bono de Electricidad atribuido a los distribuidores.

S.A. vs ELECTROPERÚ, mediante la cual OSINERGMIN señala que su competencia en estos casos deriva de los artículos 31 y 46 del RO, el artículo 2 del ROSC y las normas sectoriales. Por este motivo, la controversia está sujeta a supervisión del OSINERGMIN conforme al inciso a) del numeral 3.1 del artículo 3 de la LMOR y el artículo 31 del RO, artículo 101 y el inciso c) del artículo 201 de la LCE.

Recordemos que la falta de pago de la Distribuidora sobre los retiros de potencia y energía en el SEIN, los mismos que son asignados a diferentes Generadoras es un incumplimiento al numeral 9.3 del artículo 9 del RMME y del literal g) del artículo 36 de la Ley de Concesiones Eléctricas; por lo tanto, se ha configurado un incumplimiento de aspectos normativos sujetos a supervisión y fiscalización por parte del OSINERGMIN, razón por la que corresponde someterlo al procedimiento de solución de controversias.

En consecuencia, la función supervisora de OSINERGMIN responde al hecho de que este órgano de la administración pública es quien aprueba los procedimientos técnicos propuestos por COES vinculados a la operación del SEIN y del MCP. Por tanto, resulta coherente que sea este regulador quien supervise y fiscalice que se cumplan las disposiciones del COES pues las valorizaciones de potencia y energía entre los integrantes del COES, son asignadas de manera mensual por la LCE.

7.2 Iniciar un procedimiento concursal ordinario ante INDECOPI

EMSEMSA tiene un sinnúmero de deudas pendientes con diferentes acreedores como SUNAT, OSINERGMIN y otras Generadoras, las cuales no han podido cumplirse por falta de recursos económicos de la empresa municipal. En este escenario, es válido que un Generador solicite ante la Comisión de Procedimientos Concursales el inicio de un procedimiento concursal ordinario para exigir la totalidad de la deuda. De acuerdo con los artículos 24 y 26 de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal este procedimiento se inicia por el deudor o sus acreedores (en este caso, los Generadores). Para el inicio de un procedimiento concursal ordinario a pedido de los acreedores, se requiere que se cumplan los siguientes requisitos:

“Artículo 26.- Inicio del procedimiento a solicitud de acreedores

26.1 Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a

la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor. El desistimiento de alguno de los acreedores que presentó la solicitud, luego de emplazado el deudor, no impedirá la continuación del procedimiento.”

A partir de la referencia, los Generadores podrán solicitar el pago por los créditos pendientes siempre que superen los 50 UITs y no hayan sido pagados en los treinta (30) días desde que se vencieron. De esta forma, los Generadores utilizarán esta vía para exigir el pago de los créditos pendientes a EMSEMSA o Distribuidoras que no hayan cumplido con sus obligaciones tanto a nivel contractual como a los retiros sin contratos. Tal como se detallará a continuación.

- **Para aquellas deudas contractuales pendientes de pago (distintas a los retiros sin contrato):** En caso exista o haya existido un Contrato de Suministro y una deuda pendiente por este acto jurídico, lo ideal sería acudir al arbitraje, pero, probablemente, sería una medida onerosa si tomamos en cuenta los gastos arbitrales. En esa línea, cabe la posibilidad de iniciar este procedimiento concursal, siempre y cuando se cumplan con los requisitos señalados anteriormente y las facturas se encuentren vencidas y exigibles, aparte es necesario que EMSEMSA no las haya cuestionado. En pocas palabras, mediante el procedimiento concursal podemos exigir el pago por los retiros realizados a EMSEMSA, en el marco de un contrato de suministro, avalándonos en el hecho de que EMSEMSA no ha cumplido con sus obligaciones y, aparentemente no cuentan con los recursos suficientes para cumplir con los Generadores.
- **Para aquellas deudas por los retiros sin contrato:** En línea con lo anterior, resulta coherente de que el Generador que acuda ante INDECOPI para iniciar el procedimiento concursal, también, solicite el pago por los retiros sin contrato. Puesto que, cabe la posibilidad de que exista o haya existido un contrato con EMSEMSA u otra Distribuidora que no cumple con sus obligaciones dinerarias, al extremo de que, pese a resolverse un contrato de suministro, COES continúa realizando las asignaciones a estos Distribuidores “incumplidos” a fin de garantizar el funcionamiento del mercado eléctrico mediante el abastecimiento de los usuarios libres y regulados. En otras palabras, sin importar el hecho de que los Generadores no deseen abastecer a estos Distribuidores, se le continúan suministrando energía mediante las asignaciones en las valorizaciones.

En este extremo, los Generadores por más que resuelvan un contrato de suministro, no pueden negarse a suministrarle energía pues en el mercado spot, tampoco saben a quién abastecerán hasta los informes de las valorizaciones determinados por COES. De esta manera, vemos una seria afectación a la libertad contractual de los Generadores.

En consecuencia, el efecto del procedimiento concursal en el deudor sería beneficioso para los acreedores. De acuerdo con Lizárraga Vera-Portocarrero, una vez publicado en el Diario Oficial El Peruano, no se lo podrá exigir al deudor que cumpla con sus obligaciones y tampoco tendrán eficacia las medidas cautelares que afecten su patrimonio, pues se trata de salvaguardar cualquier pérdida para garantizar el pago a los acreedores. Para el reconocimiento de los créditos, los acreedores deben apersonarse a fin de que participen, luego, en la Junta de acreedores y acrediten la relación que tienen con el deudor. (2020)

En ese sentido, iniciar un procedimiento concursal favorece a los acreedores pues estaría viendo garantizado su pago mediante INDECOPI. Pues, en caso resuelva a favor de los Generadores, pueden acudir los otros acreedores, sin embargo, por la orden de prelación, estarían en el quinto orden para los pagos correspondientes. No obstante, el problema de este procedimiento, radica en la demora pues primero entrarán otros acreedores a solicitar el pago de sus deudas y las reiteradas Juntas de Acreedores, tampoco, garantizan la celeridad del pago. De modo que, es un mecanismo viable para iniciar siempre y cuando tengan en cuenta la demora del procedimiento y el orden de prelación de los acreedores, entre ellos, los Generadores.

7.3 Invocar la figura de la caducidad de la concesión

Nuestro sistema jurídico regula el funcionamiento del mercado eléctrico al extremo de que los retiros de potencia y energía que realizan los Distribuidores deben ser respaldados por contratos de suministro con otras Generadoras. Como prueba de ello, observamos que la LCE establece obligaciones para las concesiones de distribución a fin de garantizar y asegurar el suministro eléctrico. De esta manera, se asegura de que los Distribuidores abastezcan a sus usuarios regulados y libres, evitando interrupciones o apagones que puedan afectar sus actividades diarias.

En esa línea, es importante recordar que las obligaciones de las concesiones de distribución se establecen en el literal b) del artículo 34 de la LCE como se observa a continuación:

“Artículo 34°.- Los concesionarios de distribución están obligados a:

*b) **Tener contratos vigentes con empresas Generadoras que le garanticen su requerimiento total** de potencia y energía por los siguientes veinticuatro (24) meses como mínimo;*

(...)”

De manera que, los Distribuidores deben contar con contratos de suministro que garanticen que abastecerá a su demanda pues tienen el respaldo suficiente para la cobertura de potencia y energía. En el caso en cuestión, EMSEMSA habría estado en aparente incumplimiento, pues no contaba con un suministro garantizado amparando con un contrato de suministro con otro Generador. De esta forma, desde el mes de setiembre de 2018 estuvo realizando retiros sin contrato de potencia y energía activa, y sin haber realizado los pagos correspondientes a otras Generadoras. En consecuencia, observamos que esta empresa habría vulnerado el literal b) del artículo 34 de la LCE al no contar con contratos de suministro que respalden el cumplimiento de sus obligaciones.

Por otro lado, el artículo 5 de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica establece que:

- (a) Los concesionarios de distribución están obligados a iniciar licitaciones con una anticipación no menor de tres (3) días
- (b) Contratar con la empresa Generadora los requerimientos para su demanda.

De tal manera que, los concesionarios de distribución cuentan con contratos obtenidos por licitación y por contratos bilaterales. Pese a ello, EMSEMSA al momento de realizar los retiros sin contrato, no contaba con ningún tipo de contrato que garantice su cumplimiento.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, hemos tomado conocimiento de que, con fecha 28 de mayo de 2021, EMSEMSA ha suscrito un contrato de suministro con la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán – SAN GABÁN. De acuerdo con la Carta EGESG° 007-2021-RB, emitida por San Gabán, este contrato tiene un alcance de hasta 3.0 MW de potencia contratada y cuya vigencia iría desde el mes de julio de 2021 al mes de mayo de 2024 (2021).

Con la suscripción de este contrato, EMSEMSA estaría, finalmente, cumpliendo con su obligación de contar con contratos de suministro que acrediten su cumplimiento con sus usuarios libres y regulados. No obstante, este contrato no minimiza el hecho de que,

anteriormente, estuvo en incumplimiento por un largo periodo de tiempo y, además, sigue sin cumplir con la totalidad de los pagos pendientes.

Al respecto, cabe preguntarnos: ¿Es válido que la Dirección General de Electricidad o los Generadores soliciten la caducidad de la concesión de EMSEMSA para garantizar el pago de los retiros sin contrato? Somos de la opinión de que es válido solicitar la caducidad de la concesión, pero esto no acredita el pago por estos retiros. La caducidad es una causal por el reiterado incumplimiento en el pago a las empresas Generadoras. Notemos:

“Artículo 36°. - La concesión definitiva caduca cuando:

(...)

“e) el Distribuidor, luego de habersele aplicado las multas correspondientes, no cumpla con la obligación señalada en el inciso b) del artículo 34° (...) “

*“g) **El reiterado incumplimiento de pago a las empresas Generadoras por el abastecimiento de energía y potencia destinadas al Servicio Público de Electricidad**, siempre y cuando dicho pago no se encuentre en controversia.*

(...)” (Negrita y subrayado agregados).

En tal sentido, si bien nuestro ordenamiento jurídico permite que los Distribuidores puedan realizar los retiros de potencia y energía sin contrato para abastecer a sus usuarios regulados, también, obliga a que estas cumplan con pagarle a las Generadoras. Caso contrario, estaríamos ante un claro rompimiento de la cadena de pagos pues pese a recibir el pago de sus usuarios, EMSEMSA, no cumple con pagarle a las Generadoras. Pese a ello, continúa realizando retiros sin complicaciones, pues COES, en cumplimiento de sus funciones, realiza la asignación de sus valorizaciones a pesar de los reclamos interpuestos ante OSINERGMIN.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, hemos observado que, actualmente, EMSEMSA se encuentra en procedimiento de la caducidad de la concesión iniciado por la Dirección General de Electricidad. Es más, a través de la Resolución Directoral N° 073-2019-MEM/DGE, vemos que, en el 2019, Energía Cinética S.A.C. solicitó la transferencia de la concesión, sin embargo, posteriormente, se desistió del proceso. Bajo este escenario, observamos que ya se encuentra latente un procedimiento de caducidad por los reiterados incumplimientos de EMSEMSA a los literales e) y g) de la LCE. No obstante, aún no se ha podido transferir exitosamente la concesión.

8. Remedios en los procesos judiciales o constitucionales

En este extremo, haremos una breve referencia a la acción de amparo y acción popular. Mediante estas garantías constitucionales, los Generadores buscarán proteger sus derechos fundamentales vulnerados (acción de amparo) ante el Tribunal Constitucional (En adelante, “TC”) o buscar demostrar que un reglamento carece de validez constitucional ante el Poder Judicial (acción popular). A continuación, se detallarán ambos procesos, sus conceptos y los intereses que busca proteger.

8.1 Acción de amparo por vulneración a los derechos económicos de las empresas generadoras

La acción de amparo se encuentra reconocida en el artículo 200 de la Constitución: “*La Acción de Amparo que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...)*” (1993). Bajo esta disposición, sostenemos que los Generadores pueden interponer una acción de amparo por vulnerar su derecho a la libertad contractual y libertad de empresa, pues no pueden decidir a qué distribuidor suministrarle energía. Esta labor es exclusiva del COES⁴. Peor aún, en caso los Generadores opten por resolver el Contrato por incumplimiento de pago, ello no ocasiona que restrinjan la transferencia de energía y potencia activa, pues no tienen libertad para decidir a quién se le asigna estos retiros o de evaluar si quien recibe los retiros tiene la suficiente capacidad económica de pago.

Al respecto, en este extremo, verificaremos si efectivamente nos encontramos ante una vulneración al contenido esencial del derecho a la libertad contractual y libertad de empresa de los Generadores, a partir de reiterada jurisprudencia del TC.

Para empezar, el Expediente N° 004-2004-AI/TC señala que el derecho a libertad contractual se compone por:

- “a) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato y de elegir el co celebrante*
- b) Autodeterminación para decidir de común acuerdo la materia objeto de regulación contractual.” (TC: 2004)*

En ese sentido, los Generadores al igual que otras personas jurídicas pueden elegir con quien celebrar contratos y sus co celebrantes. Sin embargo, si observamos la controversia entre TERMOCHILCA y EMSEMSA, notamos que la resolución del Contrato de Suministro, no

⁴ Numeral 7.6 del PR-10.

interrumpió que EMSEMSA se abastezca con energía del Generador. Pues, bajo la figura de los retiros sin contrato, el Distribuidor continuó contando con esa energía sin cumplir con los pagos respectivos a favor del Generador.

En resumen, la figura de los retiros sin contrato vulnera la libertad de contractual de los Generadores que, como TERMOCHILCA, no desean contratar o suministrarle energía a distribuidores que no tienen recursos económicos para cumplir con los pagos. Sin embargo, bajo la normativa eléctrica aplicable, están obligados a requerir los pagos y el COES a asignar los retiros.

Ahora bien, los Generadores pueden alegar que se les está vulnerando el derecho a la libertad de empresa. El Expediente N° 03479-2011-PA/TC menciona que este derecho se compone por:

El contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades: a) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; b) la libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros; c) la libertad de competencia y d) la libertad para cesar las actividades (TC: 2014)

En este caso, los Generadores ven afectados su libertad de competencia. Pues, durante el desarrollo de sus actividades, los factores de proporción indicados en la Modificación del Reglamento del MME son desproporcionales y no se ajustan a la realidad. Son iniciativas del Estado que buscan una equidad respecto a los retiros sin contrato, sin embargo, estos valores no miden la suficiencia económica de los Distribuidores. En teoría, se evalúan los factores de proporción, pero en la práctica los Generadores no gozan de ningún beneficio, por el contrario, son sumamente perjudiciales.

Ante ello, los Generadores podrán interponer una acción de amparo por vulneración a la libre competencia. Uno de sus aspectos esenciales es la libre actuación de las empresas dentro del mercado⁵. De acuerdo con el Expediente N° 3315-2004-AA/TC consiste en: “ *tras haber accedido al mercado se debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la*

⁵ Los Generadores pueden acceder al mercado mayorista de electricidad. No obstante, su ingreso no puede ocasionar que el Estado dé reglas desfavorables en su competencia al extremo de que pierdan su autonomía como la libertad contractual o su capacidad de decidir sobre su oferta o demanda de energía.

llamada ley de oferta y demanda.” No obstante, en el caso de EMSEMSA, los Generadores no tienen la autodeterminación suficiente para poder controlar o decidir a quien suministrarle energía. Precisamente, en el mercado mayorista de electricidad, mediante una intervención se creó una situación desfavorable a favor de los Generadores pues no se midió si los factores de proporción podían afectar sus intereses o ocasionarles serios perjuicios económicos. Solo se vio la finalidad: Garantizar un servicio público.

Por estas razones, mediante la acción de amparo, los Generadores buscarán proteger su libertad contractual y de empresa. Como hemos podido apreciar, no tienen la suficiente autodeterminación para decidir a quien suministrarle energía pues bajo la figura de los retiros sin contrato, están obligados a abastecer a otros distribuidores. Es más, ni resolviendo el Contrato de Suministro por incumplimiento existe realmente una garantía de que no abastecerán más a ese distribuidor. No pueden controlar realmente a quien le asignan los retiros. Por otro lado, el COES es el único encargado de asignar estos retiros, pero bajo sus propias funciones solo las cumple a cabalidad. La situación es muy compleja porque buscando garantizar el funcionamiento del mercado eléctrico y la seguridad del SEIN se han vulnerado derechos fundamentales de las personas jurídicas. Por tanto, lo correcto es que empleen las garantías constitucionales para buscar su propia protección.

8.2 Acción popular contra la modificación del numeral 9.3 del Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad (MME)

Ante el incumplimiento de pago por los retiros sin contrato, los Generadores pueden interponer una acción popular contra un Decreto Supremo. Según el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución *“La acción popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.”* (1993). En este caso, los Generadores podrán optar por una acción popular que busque modificar que los retiros sin contrato se calculen considerando los factores de proporción.

Recordemos que el numeral 9.3 del Decreto Supremo N° 005-2018- EM, Decreto Supremo que modifica el Reglamento del MME señala que:

“9.3 (...)

*En caso que después de la determinación de los Retiros de cada Participante, exista un **consumo en el MCP no cubierto. éste será asignado a los Generadores Participantes de acuerdo a los factores de proporción.***

Los factores de proporción se determinan en función a la diferencia entre la Energía Firme Eficiente Anual y las ventas de energía por contratos de cada Generador Participante.

Asimismo, los Retiros asignados serán facturados a las empresas Distribuidoras y Usuarios Libres valorizados con el costo marginal de corto plazo correspondiente ajustado por un factor de incentivo fijado por OSINERGMIN. (...)” (énfasis y resaltado agregado)

Como podemos observar, la norma menciona que ante un consumo en el MCP no cubierto, éste será asignado a los generadores de acuerdo con los **factores de proporción**, determinados en función a la Energía Firme Eficiente Anual y las ventas de energía por Contratos de cada generador participante. No obstante, por los casos expuestos que afectaron a empresas como TERMOCHILCA, ELECTROPERÚ, EDEGEL y CHINANGO, vemos que los factores de proporción son perjudiciales porque no consideran las posibilidades de pago de los distribuidores y usuarios libres, como EMSEMSA.

Ahora bien, en caso algún Generador opte por esta alternativa, debe tener en cuenta que el plazo para su presentación es de cinco (5) años, contado desde la publicación de la norma. Es decir, **el plazo para su presentación vence el 20 de marzo de 2023**. Una vez que se haya cumplido con este plazo, los Generadores no podrán interponer una acción popular ante el Poder Judicial, pues se declarará improcedente.

Ciertamente, EMSEMSA, al igual que otras Distribuidoras, cumplen con garantizar el servicio público de electricidad, pero esta obligación no puede perjudicar los intereses de las Generadoras. No se puede pretender salvaguardar el funcionamiento del mercado eléctrico afectando el principio de igualdad y el principio de eficiencia de la normativa eléctrica. Dado que se debe buscar un trato igualitario para las Generadores sin afectar sus derechos fundamentales, pues aunque sean personas jurídicas merecen protección.

Asimismo, esta regulación no trata a los Generadores de manera equitativa, vulnerándose el principio de igualdad. El TC en el fundamento jurídico 46 del Expediente N° 034-2004-PI/TC menciona que el principio de igualdad busca tratar a las personas jurídicas en igualdad de condiciones, al menos que exista un tratamiento diferenciado por razones objetivas (2005). En esos casos, la segregación responde a razones jurídicas y fácticas válidas. De manera que el Estado no puede considerar los factores proporcionales porque no resulta justificable emplear estos valores sin evaluar que existen antecedentes de Distribuidores como EMSEMSA que no cumplen con pagar los retiros sin contrato realizados a los Generadores. Por ejemplo, en el caso de EMSEMSA, existían casos previos de su reiterado incumplimiento, no obstante, continuaron retirando energía del MCP. Es más, hasta la fecha continúan realizando retiros y adeudando a las Generadoras.

Por estas razones, sostenemos que la presentación de una demanda de acción popular ante la Poder Judicial es una solución a gran escala. La sentencia puede tener efectos retroactivos, es decir, puede modificar o alterar normas previas vinculadas a este numeral en cuestión. Para ello, el Poder Judicial debe determinar expresamente los efectos de la sentencia. Dado que los efectos de estas sentencias podrían aplicar a todos y, de esa manera, se buscará que otras empresas se vean afectadas por factores de proporción que no ven la realidad de la situación de las empresas Distribuidoras.

9. Conclusiones

Luego de haber analizado la problemática del incumplimiento de pago por los retiros sin contrato de parte de los Distribuidores a favor de los Generadores, concluyo las siguientes premisas:

1. En la primera sección, hemos identificado como remedios contractuales que los Generadores tienen la opción de activar la cláusula de solución de controversias o acudir a la vía judicial, es decir seguir los términos indicados en el contrato suscrito. No obstante, en los retiros sin contrato, el escenario no es acudir a una cláusula arbitral, sino que, es viable acudir a la vía judicial solicitando el cobro de la deuda total en un proceso de conocimiento. También es viable que, previamente al inicio del proceso judicial, los Generadores puedan protestar facturas no negociables electrónicas ante la CCL a fin de que queden registrados en el sistema que advierte deudas pendientes y notificar a la Centrales de Riesgo.

2. En la segunda sección, hemos revisado los remedios regulatorios que podría adoptar el Generador por la falta de pago por los retiros sin contrato. Como hemos apreciado, los Generadores pueden: (i) Iniciar un procedimiento administrativo ante OSINERGMIN, (ii) Iniciar un procedimiento concursal ordinario a petición de los acreedores e (iii) Invocar la caducidad de la concesión del distribuidor “incumplido”, en el caso en particular, EMSEMSA. Si bien son propuestas tentativas, los Generadores deberán analizar la demora, la pertinencia y si su petitorio se ajusta a las alternativas planteadas.

Adicionalmente, deben recordar que, para invocar estos supuestos, es importante distinguir si estamos ante retiros no declarados o retiros con contrato, pues ambos supuestos son distintos. Mientras que el primero es producto de la inyección de los

Generadores al Mercado Spot, el segundo se ampara en un contrato que contempla, en la mayoría de los casos, una cláusula arbitral o mecanismos de solución de controversias.

3. En la tercera sección de este trabajo, hemos presentado los remedios judiciales o constitucionales que pueden optar los Generadores consisten en interponer una acción de amparo o una acción popular. La acción de amparo sería por vulneración a la libertad contractual y la libertad de empresa, mientras que la acción popular buscará cambiar los factores de proporción en la Modificación del Reglamento del MME, aprobada por Decreto Supremo N° 005-2018-EM. Debido que éstos no son valores beneficiosos para las ganancias de los Generadores. Por el contrario, no evalúan los suficientes recursos económicos que tienen los Distribuidores para solventar los pagos que deben hacer a los Generadores. De esta forma, se distorsiona el mercado eléctrico en vez de beneficiarse, pues existe un rompimiento en la cadena de pagos donde la libre competencia se ve mermada por medidas estatales.

Referencias Bibliográficas

1. Bonífaz, J.L. (2001). Distribución eléctrica en el Perú: Regulación y eficiencia. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES) de la Universidad del Pacífico, pp. 19-21.
2. Castillo Freyre, M. (1964). Derecho de las obligaciones. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp.84
3. Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L
4. Código Civil. Decreto Legislativo N° 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú)
5. Constitución Política del Perú [Const], 29 de diciembre de 1993
6. Contraloría General de la República del Perú. Informe de Auditoría N° 2118-2019-CG/GRLP-AC. Auditoria de Cumplimiento Empresa de Servicios Eléctricos Municipales Paramonga S.A. Recuperado de: https://s3.amazonaws.com/spic-informes-publicados/informes/2019/10/2019CPOC82300120_ADJUNTO.pdf
7. Dammert, A., Molinelli, F., & Carbajal, M. (2011). Fundamentos técnicos y económicos 45 del sector eléctrico peruano. Recuperado a partir de https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_

Economicos/Libros/Libro_Fundamentos_Tecnicos_Economicos_Sector_Electrico_Pe
ruano.pdf

8. Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas. Diario Oficial El Peruano (1992)
9. Decreto Supremo N° 026-2016-EM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad
10. D.S. N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. Diario Oficial El Peruano (1993)
11. Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria- DIDP. Informe Temático N° 1/2011-2012. El Principio de Subsidiariedad en la Actividad Empresarial en el Perú y la legislación comparada. Recuperado por: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/8FD19A9120B163E6052578F00070A1EF/\\$FILE/Informe1_2011-2012_Subsidiariedadestadoperuano.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/8FD19A9120B163E6052578F00070A1EF/$FILE/Informe1_2011-2012_Subsidiariedadestadoperuano.pdf)
12. Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE
13. Ley N° 27809, Ley General del Sistema General. Diario Oficial El Peruano (2008)
14. Lizárraga Vera Portocarrero, A. (2020) *Las diferencias entre un procedimiento concursal preventivo y un procedimiento concursal ordinario a propósito del caso LATAM.* IUS 360. <https://ius360.com/las-diferencias-entre-un-procedimiento-concursal-preventivo-y-un-procedimiento-concursal-ordinario-a-proposito-del-caso-latam-anthony-lizarraga/>
15. OSINERGMIN. (2016). La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país. Lima, Perú
16. OSINERGMIN.(2020). Informe Técnico N° 676-2020-OS/OR Lima Norte. Evaluación actual de las causales para la caducidad de la concesión de distribución de la empresa de servicios eléctricos municipales de Paramonga S.A.(EMSEMSA)
17. OSINERGMIN.(2021). Informe Técnico N° 389-2021-OS/OR Lima Norte. Evaluación actual de las causales para la caducidad de la concesión de distribución de la empresa de servicios eléctricos municipales de Paramonga S.A.(EMSEMSA)
18. OSINERGMIN. (2012). Resolución N° 006-2012-OS/TSC-66-2012, Por la cual el Tribunal Solución de Controversias resuelve el recurso de apelación interpuesto por CASAPALCA S.A. contra ELECTROPERÚ S.A. sobre retiro de potencia y energía activa sin respaldo contractual. <https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/normas-legales/708695-006-2012-os-tsc-66-2012>
19. OSINERGMIN. Resolución N° 187-2017-OS/CD, Procedimiento Técnico COES N° 10 “Liquidación de la Valorización de las Transferencias de Energía Activa y de la Valorización de Servicios Complementarios e Inflexibilidades Operativas”. Diario Oficial El Peruano (2017)
20. OSINERGMIN. Resolución del Cuerpo Colegiado Ad- Hoc N° 006-2015/CC-94. Lima, 25 de noviembre de 2015
21. Osterling, F. y Castillo, M.(2008). Compendio de Derechos de las obligaciones. Palestra Editores. Primera Edición, pp.443.

22. Okumura, P. (2015). El mercado mayorista de electricidad en el Perú. THEMIS: Revista de Derecho, 68, 261–277. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15598/16047>
23. Resolución Directoral N° 073-2019-MEM/DGE, Por la cual se acepta el desistimiento del procedimiento de transferencia de cesión a favor de Energía Cinética S.A.C.
24. SAN GABÁN. (2021). Carta Carta EGESG° 007-2021-RB, Por la cual informan la suscripción de un contrato de suministro a EMSEMSA.
25. Tribunal Constitucional (2004). Sentencia recaída en el Expediente N° 004-2004-AI/TC. 14 de mayo. Recuperada de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Resolucion.html>
26. Tribunal Constitucional (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 0034-2004-PI/TC. 15 de febrero.
27. Tribunal Constitucional (2014). Sentencia recaída en el Expediente N° 03479-2011-PA/TC. 30 de abril. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03479-2011-AA.html>
28. 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.