

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe Jurídico sobre la Resolución N° 4 de la Corte Superior
de Justicia de Lima recaída en el Expediente N° 05726-2014 (de
conformidad con la Resolución Suprema N° 019-2014-EM)**

La superposición de concesiones de distribución eléctrica entre
COELVISAC y ELECTRONORTE en la zona de Olmos

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

José Antonio Del Risco Ramírez

ASESOR:

Lucio Andrés Sánchez Povis

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, LUCIO ANDRES SANCHEZ POVIS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Resolución N° 4 de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el Expediente N° 05726-2014 (de conformidad con la Resolución Suprema N° 019-2014-EM)", del autor / de la autora JOSE ANTONIO DEL RISCO RAMIREZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> SANCHEZ POVIS, LUCIO ANDRES	
DNI: 43460854	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene como finalidad analizar el caso de la superposición de concesiones de distribución eléctrica entre las empresas COELVISAC y ELECTRONORTE, en el área de Olmos. Dicha superposición se generó debido a que, por un lado, el 18 de enero de 2014, el Gobierno Regional de Lambayeque otorgó una concesión a COELVISAC para que pueda desarrollar la actividad de distribución eléctrica en la zona del Proyecto de Irrigación Olmos. Sin embargo, por otro lado, el 07 de abril de 2014, mediante una Resolución Suprema del Ministerio de Energía y Minas, se aprobaría la quinta ampliación de concesión de distribución de ELECTRONORTE, en la misma área que COELVISAC.

Frente a dicha controversia, se han identificado tres problemas principales, los cuales versan, en primer lugar, sobre la entidad competente para otorgar concesiones, así como ampliaciones de concesión, para lo cual se revisarán las normas que transfirieron competencias entre el MINEM y el Gobierno Regional de Lambayeque. En segundo lugar, se evaluará si el Ministerio ha aplicado correctamente la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento a fin de otorgar la ampliación de concesión a ENSA. Finalmente, el tercer problema busca analizar si se ha vulnerado el principio de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

La conclusión del presente trabajo es que el MINEM no solo aprobó correctamente la ampliación de concesión de ENSA, sino que también se han respetado las normas que regulan las competencias del MINEM, pues la facultad de resolver solicitudes de ampliación de concesiones de distribución nunca fue conferida expresamente al Gobierno Regional de Lambayeque. Finalmente, ENSA ha venido desarrollando su actividad empresarial respetando el artículo 60 de la Constitución.

Palabras clave

Distribución eléctrica, Superposición de concesiones, Descentralización, Competencia administrativa, y Principio de subsidiariedad

ABSTRACT

The purpose of this legal report is to analyze the overlapping electrical distribution concessions between the COELVISAC and ELECTRONORTE, in the Olmos area. This overlap was generated due to the fact that, on the one hand, on January 18, 2014, the Lambayeque Regional Government granted a concession to COELVISAC so that it could carry out electrical distribution activities in the area of the Olmos Irrigation Project. However, on the other hand, on April 7, 2014, through a Supreme Resolution of the Ministry of Energy and Mines, the fifth expansion of the distribution concession of ELECTRONORTE would be approved, in the same area as COELVISAC.

Faced with this controversy, three main problems have been identified, which deal, firstly, with the competent entity to grant concessions, as well as concession extensions. Secondly, it will be evaluated whether the Ministry has correctly applied the Electricity Concessions Law and its Regulations in order to grant the concession extension to ENSA. Finally, the third problem seeks to analyze if the principle of subsidiarity provided for in article 60 of the Political Constitution of Peru has been violated.

The conclusion of this work is that MINEM not only correctly approved ENSA's concession extension, but also that the rules regulate MINEM's powers have been respected, since the power to resolve requests for distribution concession extensions was never conferred. Finally, ENSA has been developing its business activity respecting article 60 of the Constitution.

Keywords

Electrical distribution, Concessions overlap, Decentralization, Administrative competence, and Subsidiarity principle

ÍNDICE

1.	DATOS PRINCIPALES DEL CASO	1
2.	GLOSARIO Y ABREVIATURAS.....	2
3.	INTRODUCCIÓN	3
3.1.	Justificación de la elección de la resolución	3
3.2.	Presentación del caso.....	5
4.	ANTECEDENTES Y HECHOS RELEVANTES	6
4.1.	El Proyecto de Irrigación Olmos y la participación de COELVISAC en la implementación del Proyecto Energético Tierras Nuevas	6
4.1.1.	Los albores del Proyecto de Irrigación Olmos	6
	Ubicación geográfica del PEOT ¹	7
	Las tres concesiones del PEOT ²	7
4.1.2.	El Contrato de concesión del Proyecto Olmos y su Sistema de Distribución Eléctrica.....	9
4.1.3.	La implementación del Proyecto Energético Tierras Nuevas.....	11
4.2.	La concesión de distribución obtenida por COELVISAC por parte del GORE Lambayeque.....	12
4.3.	El procedimiento de ampliación de concesión iniciado por ENSA ante el MINEM	17
4.3.1.	La creación y el intento fallido de privatización de ENSA	17
4.3.2.	La actividad desarrollada por ENSA y sus zonas de concesión	20
4.3.3.	La quinta ampliación de ENSA que dio origen a la RS 019-2014-EM.....	22
5.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	25
6.	POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	26
6.1.	Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	26
6.2.	Posición individual sobre el fallo de la resolución	28
7.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	29
7.1.	La competencia del MINEM y el GORE en el otorgamiento de las concesiones de distribución solicitadas por ENSA y COELVISAC.....	29
7.1.1.	La transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales para conceder concesiones de distribución eléctrica.....	29
7.1.2.	La entidad competente para conceder la ampliación de concesión a ENSA	31

7.2.	La validez del otorgamiento de la ampliación de concesión definitiva de distribución eléctrica a favor de ENSA.....	38
7.2.1.	El conocimiento previo del MINEM sobre el Proyecto Olmos, y las coordinaciones previas con el Gobierno Regional de Lambayeque.....	38
7.2.2.	Ampliación de concesión vs regularización de concesión. ¿Qué es lo que realmente otorgó el MINEM?.....	40
7.2.3.	Los derechos de exclusividad enfrentados: COELVISAC vs ENSA.....	43
7.3.	La presunta vulneración del principio de subsidiariedad por parte de la RS 019-2014-EM.....	45
7.3.1.	La subsidiariedad del Estado peruano en materia económica.....	45
7.3.2.	¿La actividad empresarial de ENSA se adecúa a los límites establecidos en el artículo 60 de la Constitución?	49
8.	CONCLUSIONES.....	53
9.	BIBLIOGRAFÍA.....	56



1. DATOS PRINCIPALES DEL CASO

<p>N° Exp. / N° Resolución o sentencia / nombre del caso</p>	<p>Resolución materia de análisis: Resolución N° 4 de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el Expediente N° 05726-2014 (de conformidad con la Resolución Suprema N° 019-2014-EM, mediante la cual se aprobó la ampliación de la zona de concesión de distribución de ELECTRONORTE S.A.) Expediente administrativo: 15018393 Expediente judicial: 5726-2014-1801-JR-CA-06 Expediente de casación: 26726-2021-0-5001-SU-DC-01 Nombre del caso: Superposición de concesiones de distribución eléctrica</p>
<p>Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho administrativo • Derecho regulatorio • Derecho de la energía
<p>Resoluciones y sentencias más importantes</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución Suprema N° 019-2014-EM • Resolución N° 4 de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el Expediente N° 05726-2014
<p>Demandante / Denunciante</p>	<p>Consorcio Eléctrico de Villacurí S.A.C. (en adelante, "COELVISAC")</p>
<p>Demandado / Denunciado</p>	<p>ELECTRONORTE S.A. (en adelante, "ENSA") y el Ministerio de Energía y Minas (en adelante "MINEM").</p>
<p>Instancia administrativa o jurisdiccional</p>	<p>No aplica</p>
<p>Terceros</p>	<p>Gobierno Regional de Lambayeque (en adelante, "GORE Lambayeque")</p>
<p>Otros</p>	<p>-</p>

2. GLOSARIO Y ABREVIATURAS

COELVISAC	Consortio Eléctrico Villacurí S.A.C.
Constitución	Constitución Política del Perú de 1993
COPRI	Comisión de Promoción de la Inversión Privada
DGE	Dirección General de Electricidad
DL	Decreto Legislativo
DS	Decreto Supremo
ENOSA	ELECTRONOROESTE S.A.
ENSA	ELECTRONORTE S.A.
FONAFE	Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado
GORE Lambayeque	Gobierno Regional de Lambayeque
H2OLMOS	H2OLMOS S.A.
LBD	Ley de Bases de la Descentralización (Ley 27783)
LCE	Ley de Concesiones Eléctricas (aprobada mediante el Decreto Ley 25844)
LOGR	Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley 27867)
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
MINEM	Ministerio de Energía y Minas
Proyecto de Irrigación Olmos	Proyecto Especial Olmos Tinajones (PEOT)
RD	Resolución Directoral
RLCE	Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (aprobado mediante el Decreto Supremo 009-93-EM)
RGR	Resolución Gerencial Regional
RM	Resolución Ministerial
RS	Resolución Suprema
RVM	Resolución Viceministerial
TC	Tribunal Constitucional
TUO de la LPAG	Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (aprobado mediante el Decreto Supremo 004-2019-JUS)

3. INTRODUCCIÓN

3.1. Justificación de la elección de la resolución

El motivo por el cual en el presente informe analizaremos la Resolución N° 4 de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el Expediente N° 05726-2014 (de conformidad con la RS 019-2014-EM) es porque se trata de un caso complejo, cuya discusión es de especial relevancia ya sea a nivel del derecho administrativo como la propia industria eléctrica.

Por un lado, esta controversia, derivada de la emisión de una Resolución Suprema del MINEM, nos permitirá analizar a profundidad el régimen de otorgamiento de concesiones en el sector eléctrico, con especial énfasis en las concesiones de distribución, así como sus respectivas ampliaciones. También se encuentran presentes temas como las competencias derivadas del proceso de descentralización, la eficacia de los actos administrativos, el silencio administrativo negativo, e incluso el principio de subsidiariedad que rige la intervención del Estado en la economía.

Por otro lado, desde el punto de vista del mercado eléctrico, nos encontramos frente a dos empresas relevantes y estratégicas en el mercado de distribución eléctrica peruano. A ello debemos sumarle el hecho de que en la presente controversia se enfrentaron directamente dos actos administrativos emitidos por dos entidades distintas: uno emitido por el MINEM y otro por el GORE Lambayeque.

La controversia entre ENSA y COELVISAC que se abordará en este informe implica realizar un amplio análisis a fin de dilucidar qué empresa es la legítima titular del derecho a realizar la actividad de distribución energía eléctrica en la zona de concesión de Olmos. El origen del problema, como se describirá a lo largo del trabajo, yace en que ambas empresas contaban con una concesión (título habilitante) que les otorgaba la exclusividad geográfica en una zona

determinada, a lo que denominaremos “superposición” para efectos de este caso.

El título habilitante de ENSA fue el que aprobó la quinta ampliación de su concesión inicial (nos referimos a la RS 019-2014-EM), la cual fue otorgada por el MINEM. En cambio, el título habilitante de COELVISAC se derivó de una solicitud de una nueva concesión de distribución, y fue otorgada por el GORE Lambayeque (mediante la RGR 004-2014-GOB.LAMB-GRDP, la cual fue emitida con anterioridad a la RS del MINEM).

A raíz de la emisión de la Resolución Suprema, COELVISAC solicitó su nulidad en la vía del proceso contencioso administrativo, ya que, según su posición, el MINEM no era competente para emitir “ampliaciones” a concesiones de distribución, sino el GORE. En cambio, la posición que ENSA sostuvo fue que esta inició el procedimiento de ampliación de su concesión ante el MINEM, considerando que era, efectivamente, la única entidad competente para otorgar ampliaciones de este tipo de concesiones. Dicha competencia se sustenta en que las atribuciones transferidas a los Gobiernos Regionales mediante las RM 139-2008-MEM/DM y 126-2013-MEM/DM no comprenden los procedimientos de ampliación, sino solo los de otorgamiento de nuevas concesiones hasta determinada demanda de potencia.

Asimismo, COELVISAC sostuvo que el hecho de haber otorgado la ampliación a ENSA implicó una contravención al artículo 60 de la Constitución, el cual regula el principio de subsidiariedad. Por su parte, ENSA sostuvo que ha venido desarrollando su actividad empresarial cumpliendo los tres requisitos que establece el mencionado artículo 60, por lo que el MINEM no vulneró el principio de subsidiariedad económica.

Como se puede observar, el acto administrativo que dio origen a la presente controversia es la RS 019-2014-EM, pues a través de esta Resolución se produjo la superposición de concesiones entre COELVISAC y ENSA. Esta Resolución fue impugnada ante el Poder Judicial por COELVISAC mediante una demanda

contencioso administrativa. Si bien dicha demanda fue declarada infundada en primera instancia, posteriormente en segunda instancia, mediante la Resolución N° 4 de la Corte Superior de Justicia de Lima (sentencia de vista), se revocó la primera sentencia, y con ello, se declaró la nulidad de la RS 019-2014-EM emitida por el MINEM a favor de ENSA.

En suma, la controversia sobre superposición de concesiones, que se originó en sede administrativa, también arribó a las esferas del Poder Judicial, lo cual no hace sino confirmar la relevancia y riqueza del presente caso.

3.2. Presentación del caso

En el presente caso, COELVISAC interpuso una demanda contenciosa administrativa, sosteniendo que el procedimiento llevado a cabo por ENSA ante el MINEM para ampliar su zona de concesión de distribución eléctrica en la zona de Pampas de Olmos adolecía de irregularidades, tales como la contravención a la LCE, a la competencia para el otorgamiento de ampliaciones, y al principio de subsidiariedad con respecto a las empresas públicas.

COELVISAC, entonces, cuestionó la validez y eficacia del procedimiento administrativo mediante el cual fue emitido el título habilitante de ENSA, contenido en la RS 019-2014-EM, mediante la cual el MINEM aprobó la solicitud de ampliación de su zona de concesión de distribución eléctrica correspondiente al Contrato de concesión 029-94 y que pasó a incluir, entre otras, la zona de Olmos.

Concretamente, COELVISAC argumentó, a lo largo del proceso, que la RS había sido emitida por autoridad incompetente, transgredía las normas constitucionales sobre descentralización y subsidiariedad, y vulneraba el artículo 30 de la LCE. Asimismo, solicitó que se le reconozca todos los derechos que presuntamente le corresponderían como concesionario de distribución de energía eléctrica para el Proyecto Energético Tierras Nuevas en el valle de Olmos.

Al respecto, luego de analizar exhaustivamente el presente caso, se ha podido concluir que el procedimiento de ampliación de concesión fue llevado a cabo sin contravenir la normativa del sector eléctrico, que el MINEM fue la entidad competente para aprobar la ampliación de la zona de concesión de ENSA (y no el GORE Lambayeque, como lo ha sostenido COELVISAC), y que no se ha vulnerado el principio de subsidiariedad económica. Todo ello será desarrollado a continuación.

4. ANTECEDENTES Y HECHOS RELEVANTES

4.1. El Proyecto de Irrigación Olmos y la participación de COELVISAC en la implementación del Proyecto Energético Tierras Nuevas

4.1.1. *Los albores del Proyecto de Irrigación Olmos*

La controversia entre COELVISAC y el MINEM con respecto a sus derechos de concesión en la zona de Olmos tiene como antecedente el desarrollo del Proyecto de Irrigación Olmos, al cual también denominaremos “PEOT” o “Proyecto Olmos”.

Dicho Proyecto de Irrigación Olmos, cuya operación comercial empezó el año 2014, consistió en una iniciativa que tuvo como finalidad trasvasar, a través de un túnel trasandino, los recursos hídricos del río Huancabamba de la vertiente del Océano Atlántico, hacia la vertiente del Océano Pacífico. De esta forma, se buscó que dichos recursos puedan ser aprovechados para la generación de energía eléctrica, así como la irrigación de las tierras áridas de las pampas de Olmos, en el departamento de Lambayeque, para la producción agrícola. El desarrollo geográfico del proyecto incluyó los departamentos de Lambayeque, Piura y Cajamarca.

Ubicación geográfica del PEOT¹



Para el desarrollo del PEOT, se concedieron tres concesiones. La primera estuvo destinada a la construcción y operación de las obras de trasvase, en las cuales destaca la construcción de la presa “Limón” y un túnel trasandino de 20 km de longitud (uno de los túneles más profundo del mundo). La segunda concesión consistió en la construcción de centrales hidroeléctricas, las cuales podrían obtener ingresos por la venta de la potencia y energía. La tercera concesión se destinó a la construcción de obras de distribución de agua, cuyo inversionista recibiría una tarifa por la prestación del servicio de agua. Una vez desarrolladas las tres concesiones, se buscó subastar 37 000 hectáreas de tierras en Olmos para el desarrollo de proyectos agrícolas.

Las tres concesiones del PEOT²

Componentes	Periodo de Construcción					Periodo de Operación	Recuperación de la Inversión
	Años: 1	2	3	4	5		
Primera Concesión Túnel Trasandino Presa Limón		●	→			20 Años	Tarifa por Trasvase de Agua
Segunda Concesión Centrales Hidroeléctricas			●	→		Indefinida	Tarifa por Potencia y Venta de Energía
Tercera Concesión Obras de Distribución de Agua			●	→		Mínimo 20 años Máximo 60 Años	Tarifa por Venta del Servicio de Agua
Subasta de Tierras			●	→		Perpetuo	Ingreso de Producción

¹ Fuente: <https://www.youtube.com/@OlmosTinajonesPEOT/videos>

² Fuente: <http://www.peot.gob.pe/olmos/proceso.php>

Si bien el Proyecto Olmos fue inaugurado el año 2014, en realidad se trata de una iniciativa cuya declaración de necesidad y utilidad pública para el Perú se realizó el siglo pasado. El 20 de abril de 1966, a través de la Ley 16101 se declararon de necesidad y utilidad pública la ejecución de tres obras de irrigación importantes: las pampas de Majes y Sigwas en Arequipa; las de Chao-Virú-Moche-Chicama en La Libertad; y las pampas de Olmos en Lambayeque.

Poco menos de una década después, el 18 de setiembre de 1974, se estaría publicando el DS 0907-74-AG, a través del cual se declaró al Proyecto de Irrigación Olmos como “Proyecto Especial”, y durante los años posteriores, su conducción y dirección estuvo a cargo del Instituto Nacional de Desarrollo (INADE).

Con el paso de los años, al esquema del proyecto inicial que consistía en el trasvase e irrigación de las tierras de Olmos, se añadió el desarrollo de un proyecto de generación hidroeléctrica, aprovechando el agua que sería represada. De esta forma, el 04 de junio de 1999, se modificó la denominación del Proyecto Especial Olmos por la de “Proyecto Especial de Irrigación e Hidroenergético Olmos”. De igual forma, se dispuso aprobar los planos y la memoria descriptiva del ámbito de influencia del PEOT, así como de las tierras eriazas comprendidas en dicha área que debían incorporarse al dominio del Estado. Finalmente, se dispuso la inscripción de terrenos en los Registros Públicos a favor del Proyecto Especial de Irrigación e Hidroenergético Olmos.

Como se explicó anteriormente, quien se encontraba a cargo del Proyecto Olmos era el Poder Ejecutivo a través del INADE. Sin embargo, el 02 de abril de 2003, se aprobó el Cronograma de Transferencia para el Año 2003 a los Gobiernos Regionales y Locales de fondos, proyectos y programas sociales. En lo que respecta a proyectos de infraestructura productiva de alcance regional, el Poder Ejecutivo decidió transferir el PEOT al GORE Lambayeque, entidad que a partir de aquel momento asumiría la competencia para el impuso de dicha iniciativa.

Finalmente, el 05 de julio de 2003, se publicaría el DS 015-2003-VIVIENDA, a través del cual se concretó la transferencia del PEOT al GORE Lambayeque. Sin perjuicio de ello, el 30 de diciembre de 2004, se estableció que la administración y conducción del Proyecto Olmos estará a cargo del “PEOT”, órgano autónomo con personería jurídica que se encargaría de las gestiones conjuntamente con el GORE Lambayeque.

Posteriormente, en el marco de la promoción de la inversión privada por parte del Estado peruano, el 13 de marzo de 2008 se declaró de interés nacional y necesidad pública el desarrollo de proyectos de inversión privada relacionados a la irrigación de tierras eriazas con aptitud agrícola, a fin de que el país pueda ampliar su frontera agrícola. Como se puede desprender, se estaba promoviendo la inversión privada para el PEOT.

Basándose en dicho DL, el 25 de junio de 2008, el Consorcio Irrigación Olmos presentó al GORE Lambayeque una iniciativa privada para desarrollar un proyecto de irrigación y aprovechamiento de aguas en un área de terrenos eriazos de propiedad del GORE Lambayeque. Tal propuesta se denominó “Proyecto Irrigación Olmos”. No habiéndose presentado interesados adicionales en desarrollar el Proyecto, el 12 de agosto de 2009, el GORE Lambayeque aprobó la adjudicación directa (buena pro) del Proyecto al Consorcio Irrigación Olmos.

4.1.2. El Contrato de concesión del Proyecto Olmos y su Sistema de Distribución Eléctrica

Como consecuencia de todo lo anterior, 11 de junio de 2010, el GORE y la empresa H2OLMOS (vinculada al grupo Odebrecht), con la intervención del PEOT (como persona jurídica), celebraron el “Contrato de concesión para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del Proyecto Irrigación Olmos”, el cual tuvo la modalidad de contrato BOOT. Se trata de una Asociación Público Privada clasificada como auto sostenible, y cuyo marco

regulatorio fue el DL 1012³, publicado el 13 de mayo de 2008, pero que actualmente se encuentra derogado. Al ser una APP auto sostenible, no demandaría el uso de recursos públicos, ya que la inversión provendría, en su totalidad, de manos privadas.

De acuerdo a la cláusula 2.1, el objeto del contrato no se limitaba únicamente a la irrigación de las tierras, sino que también comprendía el desarrollo de un componente Hidroenergético. De igual manera, en la cláusula 13.2, literal c, se pactó que H2OLMOS pondría a disposición de los futuros usuarios el servicio de suministro de electricidad. Finalmente, en el Anexo 1 del Contrato, correspondiente a los bienes de la concesión y tierras del proyecto, se enumeraron las obras a ser ejecutadas por el concesionario, las cuales incluían la construcción de una Línea de Transmisión y un Sistema de Distribución.

Es decir, H2OLMOS se obligó a poner a disposición de los futuros usuarios un sistema eléctrico (conformado por la Línea de Transmisión y el Sistema de Distribución), el cual hiciera posible la alimentación eléctrica de las tierras, hasta por una capacidad de 7.50 MVA.

Lo interesante es que, de forma paralela al desarrollo del PEOT, también se contempló el desarrollo de la Nueva Ciudad de Olmos, lo cual requería, evidentemente, una infraestructura eléctrica de mayor capacidad y alcance a la que se previó inicialmente en el Contrato de Concesión del PEOT. A través de esta nueva infraestructura, no solo se podría satisfacer la demanda eléctrica de los usuarios que ganaran las subastas de las tierras, sino también la demanda que se origine producto del desarrollo de los proyectos adicionales. En tal sentido, la línea de transmisión de 7.50 MVA resultaría insuficiente para cumplir con los objetivos previstos.

Es por ello que H2OLMOS elaboró una solución energética, la cual se denominó “Proyecto Energético Tierras Nuevas”, el cual consistió en la construcción de un nuevo sistema eléctrico de mayor capacidad al anterior. Este permitiría el

³ Decreto Legislativo que aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas

suministro de electricidad desde el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) hacia el PEOT mediante una línea de transmisión que permita transportar 150 MVA. Entre los componentes de dicha línea, podemos encontrar a subestaciones, celdas, sistemas de comunicaciones, alimentadores, entre otros.

Para poder cerrar con este acápite, debemos señalar que, de acuerdo al marco normativo peruano, las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica deben desarrollarse por concesionarios que obtengan los títulos habilitantes necesarios. Entonces, quien llegase a atender la demanda futura a desarrollarse en el área de influencia del PEOT debería ser una empresa que opere el sistema eléctrico del Proyecto, bajo la figura de una concesión administrativa. Pero para que todo ello se pudiera materializar, se requería la suscripción de una adenda al Contrato de concesión del PEOT.

4.1.3. La implementación del Proyecto Energético Tierras Nuevas

El 25 de julio de 2013, H2OLMOS comunicó al GORE Lambayeque su intención y voluntad de renegociar el Contrato de Concesión del PEOT, a fin de implementar el Proyecto Energético Tierras Nuevas. En ese sentido, el 22 de octubre de 2013, fue aprobado el proyecto de la Quinta Adenda.

Poco más de un mes después, H2OLMOS y COELVISAC suscribieron el Contrato de transferencia de alícuota, en el entendido de que en el corto plazo se suscribiría la mencionada Quinta Adenda. En virtud de este último contrato, se pactó tanto una transferencia de alícuotas sobre la línea de transmisión, como la obligación de COELVISAC de permitir el acceso de futuros usuarios a las redes eléctricas construidas.

Asimismo, en la misma fecha (03 de diciembre de 2013), H2OLMOS y COELVISAC celebraron el Contrato de obligación de hacer Proyecto Energético Tierras Nuevas, mediante el cual COELVISAC, siendo titular del 95% de la línea de transmisión, se comprometió a construir, desarrollar y operar el proyecto, en el marco del PEOT. De acuerdo a las definiciones listadas en dicho Contrato, la

obra debía encontrarse lista para el 01 de octubre de 2014 (fecha de inicio de disponibilidad). Es decir, las instalaciones debían encontrarse operativas e interconectadas con el SEIN, y con el sistema eléctrico de distribución del PEOT, de tal forma que pueda suministrarse energía a las áreas del proyecto.

Posteriormente, el 05 de marzo de 2014, fue suscrita la Quinta Adenda al Contrato de Concesión PEOT por parte del GORE Lambayeque y H2OLMOS. De acuerdo al artículo 3 de la adenda, se autorizó a H2OLMOS para que pueda realizar actos de disposición con respecto a la disposición de la titularidad, derechos, acciones, participaciones y alcúotas de la línea de transmisión de capacidad 150 MVA, así como su infraestructura asociada a favor de terceros.

Además, en la cláusula 3.3.2, se reconoció que era indispensable para la implementación del Proyecto el otorgamiento de la concesión de distribución para la operación en la zona geográfica. Por último, en la cláusula 3.4 se dispuso que el Proyecto Energético Tierras Nuevas provendría de recursos privados y no recursos públicos.

Cabe señalar que tanto el Contrato de transferencia de alcúota como el Contrato de obligación de hacer Proyecto Energético Tierras Nuevas cobraron plenos efectos luego de la celebración de la Quinta Adenda al Contrato de concesión del PEOT. Teniendo en cuenta este contexto, COELVISAC necesitaba iniciar el trámite para obtener la concesión definitiva de distribución que le permitiría, formalmente, operar las instalaciones del Proyecto Energético Tierras Nuevas.

4.2. La concesión de distribución obtenida por COELVISAC por parte del GORE Lambayeque

La concesión de COELVISAC que se superpuso a la de ENSA no es el primer título habilitante que se otorgó a esta empresa en la zona de Olmos. De hecho, entre el año 2004 y 2005, COELVISAC ya había tramitado una concesión de distribución eléctrica en los Valles de Olmos y Motupe; sin embargo, debido a que esta caducó, le resultó necesario iniciar un nuevo procedimiento para poder

operar el sistema de distribución de acuerdo a la normativa del sector. Es importante que nos remontemos a aquellos años para comprender mejor el problema de la superposición de concesiones.

El 17 de mayo de 2005, mediante la RS 026-2005-EM, el MINEM otorgó a favor de COELVISAC la concesión definitiva para desarrollar la actividad de distribución de energía eléctrica en los valles de Olmos y Motupe. Asimismo, se aprobó el Contrato de Concesión N° 238-2005 respectivo. No obstante, poco más de dos años después (14 de setiembre de 2007), a través de la RS 039-2007-EM, el MINEM declarararía la caducidad de la concesión definitiva de COELVISAC, como consecuencia de su incumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras consignado en el Contrato de Concesión.

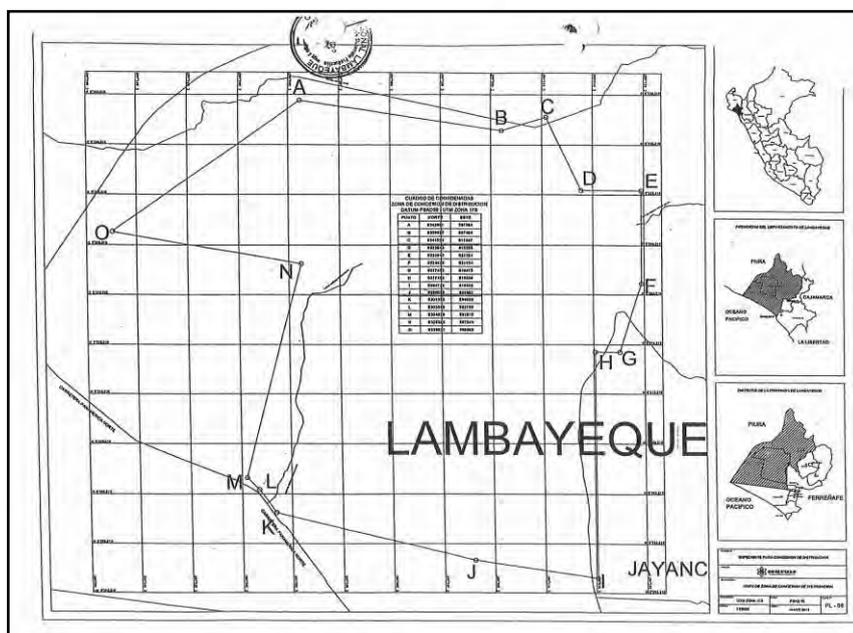
Debido a lo anterior, se tuvo que designar a la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. (ADINELSA) para que sea la interventora temporal hasta que se designe a un nuevo titular de la concesión, a través del proceso de subasta de los bienes y derechos. Fue entonces que, el 20 de marzo de 2009, el MINEM constituyó un Comité que tuvo a su cargo el proceso de subasta pública de los bienes de la concesión.

Luego de que la DGE aprobara las Bases del concurso, los días 06, 07 y 08 de mayo de 2009, fueron publicados en el Diario Oficial El Peruano los avisos de la convocatoria de la subasta, debido a lo cual hubo personas naturales y jurídicas que se encontraron interesadas en adquirir las mencionadas Bases. Dentro de estas empresas, se encontraba, evidentemente, COELVISAC. Sin embargo, cuando se publicó la segunda versión de las Bases del concurso (los días 14, 15 y 16 de agosto de 2009), sorprendentemente, el único postor que presentó una oferta formal fue ENSA. Este punto de la historia será retomado en el acápite 4.3 del informe.

Cuatro años después, el 10 de junio de 2013, COELVISAC presentó una nueva solicitud de concesión definitiva de distribución con carácter de servicio público y con una demanda inicial de 12.25 MW, ante el GORE Lambayeque (Dirección

General de Energía y Minas de Lambayeque), a fin de que pueda cumplir sus obligaciones del Proyecto Energético Tierras Nuevas. Cabe señalar que, si bien las coordenadas y poligonales de esta solicitud de concesión no son exactamente las mismas de la concesión anterior que COELVISAC tenía en los valles de Olmos y Motupe, sí presentan áreas de yuxtaposición.

El área solicitada en concesión por COELVISAC (en coordenadas UTM PSAD 56) fue la siguiente:



Producto de la solicitud, el 18 de julio de 2013, el Gerente de Desarrollo Productivo del GORE Lambayeque, mediante el Oficio 1493-2013-GR-LAMB/GRDP-DEM, solicitó a la DGE del MINEM que le informase si el área requerida por COELVISAC se encontraba libre o si ya contaba con un concesionario. Como se podrá inferir, dicha información resultaba de suma urgencia para que puedan continuar con el trámite de concesión de distribución de COELVISAC, conforme a las nuevas competencias asumidas por el GORE.

Como respuesta, el 03 de octubre de 2013, la DGE informó al GORE Lambayeque, mediante el Oficio 1635-2013/MEM-DGE, que ENSA tenía una pendiente una regularización y ampliación de concesión definitiva en la Zona de Olmos Este y Oeste, incluida la zona con Informe Previo Pambas de Olmos, de

tal forma que puedan tomar conocimiento del procedimiento llevado por ENSA y evitar contradicciones en las decisiones. Dicho trámite había sido iniciado por ENSA el 12 de abril de 2013.

El 18 de octubre de 2013, COELVISAC comunicó al Director Regional de Energía y Minas del GORE Lambayeque que la empresa había revisado la información oficial del MINEM a través de su página web, la cual reportó que el expediente mediante el cual ENSA solicitó una ampliación de concesión el año 2005 se encontraba archivado. A raíz de ello, COELVISAC solicitó al GORE Lambayeque que informen a la DGE que la Gerencia Regional de Energía y Minas se encontraba tramitando su expediente de concesión definitiva (por ser ahora una competencia descentralizada).

En consecuencia, el 31 de octubre de 2013, el GORE Lambayeque solicitó a la DGE que se registrara la zona peticionada por COELVISAC, a fin de excluir dicha zona de los procedimientos de otorgamiento de concesión de distribución de energía eléctrica que el MINEM pudiera llegar a conocer. Asimismo, el 06 de diciembre de 2013, la Dirección de Energía del GORE Lambayeque concluyó que la solicitud de concesión de COELVISAC debía ser admitida a trámite, al haber evaluado y estado conforme con los documentos presentados por la empresa.

Como parte del seguimiento del trámite, el GORE requirió a COELVISAC que realice las publicaciones de su petición de concesión, por dos días consecutivos, de conformidad con el artículo 41 del RLCE. Es entonces que los días 11 y 12 de diciembre de 2013, COELVISAC realizó las mencionadas publicaciones, frente a las cuales no se presentó ninguna oposición ni solicitud de concurrencia.

Habiendo precluido la etapa de publicaciones, finalmente, el 17 de enero de 2014, mediante la RD 001-2014-GR-LAMB/GRP-DEM, se otorgó la concesión definitiva de distribución a COELVISAC. Sin embargo, dicha resolución fue declarada nula de oficio, debido a que la autoridad competente para otorgar la concesión no era la Dirección de Energía y Minas, sino la Gerencia Regional.

Cabe señalar que dicha Resolución fue remitida por COELVISAC a la DGE en la misma fecha.

En consecuencia, el 22 de enero de 2014, se emitió un nuevo acto administrativo, la RGR 004-2014-GOB.LAMB-GRDP, mediante la cual se otorgó la concesión definitiva a favor de COELVISAC para el desarrollo de la actividad de distribución para el “Proyecto de electrificación Tierras Nuevas” en la zona de Olmos, con una demanda de 12.25 MW. De igual forma, se dispuso que el contrato de concesión respectivo se suscribirá dentro del plazo que establece la ley.

Tal como lo hemos desarrollado anteriormente, esta concesión adquirida por COELVISAC se encontraba directamente relacionada con la ejecución del Proyecto de Irrigación Olmos. El problema fue que, al enterarse de esta situación, el 03 de febrero de 2014, ENSA interpondría un recurso de apelación contra la RD 001-2014-GR-LAMB/GRP-DEM y la RGR 004-2014-GOB.LAMB-GRDP, a fin de que se declare su nulidad y se deje sin efecto la aprobación de la concesión definitiva a favor de COELVISAC.

Recordemos que ENSA venía tramitando una ampliación de concesión en un área poligonal que se yuxtaponía al área solicitada por COELVISAC, tal como lo informó el MINEM. No obstante, el GORE resolvió declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por ENSA, con lo cual el 10 de abril de 2014, el Contrato de concesión celebrado entre el GORE Lambayeque y COELVISAC fue elevado a escritura pública, y su inscripción se llevó a cabo el 15 de abril.

La acción que decidió tomar ENSA es interponer una demanda contencioso administrativa en contra de la RGR del GORE Lambayeque. No obstante, si bien dicho proceso judicial se encuentra relacionado a la controversia que estamos analizando, no nos enfocaremos en dicho proceso (el cual incluso fue suspendido). La discusión principal se dirigiría, como lo veremos en el siguiente acápite, en contra de la RS 019-2014-EM que emitiría el MINEM, a través de la cual otorgó a ENSA una ampliación de concesión en un área superpuesta a la de COELVISAC.

4.3. El procedimiento de ampliación de concesión iniciado por ENSA ante el MINEM

4.3.1. La creación y el intento fallido de privatización de ENSA

ENSA es una empresa que pertenece al Grupo DISTRILUZ y forma parte de las empresas que se encuentran bajo el ámbito del FONAFE. En cuanto a su actividad, se encarga de brindar el servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica dentro de su área de concesión, ubicada en los departamentos de Lambayeque y Cajamarca. Para tal fin, es titular de un conjunto extenso de líneas de transmisión y distribución.

Para hablar de la creación e historia inicial de ENSA, debemos recurrir a la creación de ELECTOPERU, pues por mucho tiempo las dos empresas han estado relacionadas. El 13 de setiembre de 1972, el Gobierno peruano aprobó el Decreto Ley Normativo de Electricidad (Decreto Ley 19521), a través del cual se dispuso la creación de la Empresa Pública “Electricidad del Perú” (ELECTROPERU), como persona jurídica de derecho público.

En el marco de ello, se le encargó el planeamiento, supervisión, construcción y operación de los sistemas eléctricos de servicio público del Estado. La intervención de ELECTROPERU, entonces, estuvo pensada en toda la cadena de valor del sector eléctrico peruano, es decir, en la generación, transmisión y distribución de todos los departamentos a excepción de Lima, la cual tenía a la empresa ELECTRO LIMA para brindar el servicio eléctrico integrado.

El 05 de marzo de 1981, ELECTROPERU se convirtió en una empresa de derecho privado bajo la denominación de Sociedad Anónima. Básicamente, se estableció que sería la encargada (directamente o a través de las empresas de electricidad en las que el Estado participe) de las actividades empresariales del Estado en el aprovechamiento de los recursos energéticos destinados a la producción de electricidad.

Al año siguiente, es decir, el 29 de mayo de 1982, se promulgó la Ley General de Electricidad (Ley 23406), con la cual se dispuso que ELECTROPERU ceda parte de su actividad empresarial y económica a las Empresas Regionales de Servicio Público de Electricidad, ya sea que actúen como filiales o subsidiarias. Concretamente, dicha Ley estableció que la prestación del servicio eléctrico estaría a cargo de las Empresas de Servicio Público de Electricidad, las cuales podrían actuar bajo el nombre de ELECTROPERU, pero también como Empresas Regionales de Servicio Público de Electricidad o incluso como Empresas de Interés Local.

Cabe señalar que en el artículo 133 de la Ley General de Electricidad se dispuso que, como máximo dentro de dieciocho meses, se deberían constituir Empresas Regionales de Servicio Público en las zonas Norte, Norte Medio, Lima, Sur Medio, Sur Oeste, Oriente, Centro y Sur Este.

Teniendo en cuenta dicho marco normativo, el 21 de diciembre de 1983, a través de la RM 319-83-DGE y la RM 321-83-DGE, se formalizó la constitución de ENSA bajo la denominación de “Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte ELECTRONORTE S.A.”. De esta manera, se estableció que su área de responsabilidad abarcaría las regiones de Tumbes, Piura, Lambayeque y Amazonas en su totalidad; así como las provincias de San Ignacio, Jaén, Cutervo, Santa Cruz y San Miguel del departamento de Cajamarca.

Posteriormente, mediante el DL 674, publicado el 27 de septiembre de 1991, se declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado. En la Primera Disposición Final de dicha norma, se dispuso que tan pronto las empresas estatales se incluyesen en el proceso de promoción de la inversión privada, estas quedarían sometidas al régimen jurídico de la actividad privada, sin más limitaciones que las que rigen para las empresas del sector privado.

Cabe señalar que, de acuerdo al artículo 32 del Reglamento del Decreto Legislativo 674, la aplicación de lo dispuesto en la Primera Disposición Final mencionada anteriormente no fue automática, sino que se requería una Resolución Suprema y un acuerdo de COPRI.

Así, el 22 de mayo de 1992, se ratificó el Acuerdo adoptado por COPRI referido a la inclusión de las empresas ELECTROPERU y ELECTROLIMA en el proceso de promoción de la inversión privada al que se hace referencia en el Decreto Legislativo 674. Posteriormente, el 22 de julio de 1992, se ratificó el Acuerdo adoptado por el cual se incluyó a las Empresas Regionales de Servicio Público de Electricidad en el proceso de promoción de la inversión privada. Entonces, se puede afirmar que desde el año 1992, e inclusive hasta el día de hoy, se encuentra incluida dentro del marco legal de promoción de la inversión privada.

El 19 de noviembre de 1993 se consolidó la reforma del sector eléctrico a través de la emisión de la LCE. A través de dicha norma, se adoptó un nuevo modelo regulatorio del sector, se reestructuraron y reorganizaron las empresas eléctricas estatales, y se privatizaron las empresas que fueron reestructuradas. En su Quinta Disposición Transitoria, la LCE dispuso que las Empresas de Servicio Público de Electricidad que integrasen los sistemas Centro-Norte, Sur Oeste y Sur Este debían tomar las medidas necesarias para dividir sus actividades de generación, de transmisión y de distribución en empresas autónomas

Es decir, se estableció la desintegración vertical de la cadena de valor. Por su parte, ENSA siguió atendiendo el mercado regulado de distribución de sus zonas de concesión asignadas. En suma, la reforma del sector eléctrico peruano tuvo como una de sus principales consecuencias que los activos y operaciones de ELECTROLIMA y ELECTROPERU se reestructurasen en subsidiarias regionales.

Ya encontrándonos en un nuevo modelo del mercado eléctrico, el año 1996, se constituyó el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas Regionales de Electricidad (CEPRI), órgano que organizó el Concurso Público Internacional para la venta de las acciones de las Empresas Regionales

ENOSA, ENSA, ELECTRONORTE MEDIO y ELECTROCENTRO, las cuales actualmente conforman el grupo DISTRILUZ.

Con la venta de las bases en mayo de 1998, se inició el concurso público, el cual culminó el 25 de noviembre de 1998, fecha en que CEPRI otorgó la buena pro a José Rodríguez Banda S.A. (JORBSA), el ganador del concurso con respecto a las cuatro empresas. Como consecuencia de ello, el 22 de diciembre de 1998, se suscribió la escritura pública del contrato de compraventa de acciones, mediante el cual se adquirió el 50% de las acciones clase A emitidas por ENSA, que representaban a su vez el 30% del total del capital social de la empresa.

Cabe señalar que dicho contrato de compraventa otorgó a JORBSA un derecho de opción para que pudiera adquirir el remanente de las acciones clase A, con lo cual se estaría adquiriendo el 60% del total del capital social de ENSA. No obstante, luego de varias prórrogas, el 05 de abril de 2001, JORBSA indicó que no ejercería la opción de compra de las acciones remanentes de ENSA, lo cual frustró el proceso de privatización de ENSA. En consecuencia, dichas acciones fueron transferidas al FONAFE, quien asumió la administración de ENSA a partir del 15 de agosto de 2001. Ese fue el único concurso mediante el cual se intentó la privatización de ENSA, pero no fue concluido.

4.3.2. La actividad desarrollada por ENSA y sus zonas de concesión

Como se mencionó en el acápite anterior, el 21 de diciembre de 1983, se formalizó la constitución de ENSA, mediante la RM 319-83-DGE y la RM 321-83-EM/DGE. En dichas resoluciones, se dispuso que el área de responsabilidad de ENSA abarcaría los departamentos de Tumbes, Piura, Lambayeque y Amazonas en su totalidad; y algunas provincias de Cajamarca. Sin embargo, con la constitución posterior de ENOSA, los departamentos de Tumbes y Piura fueron excluidos del área bajo responsabilidad de ENSA.

Actualmente, ENSA cuenta con dos concesiones de distribución. La primera fue otorgada el año 1995, la cual corresponde en general diversas zonas dentro del

departamento de Lambayeque; y la otra el año 2009, la cual incluye el área poligonal de Olmos y Motupe.

Con respecto a concesión otorgada el 2009, recordemos que, debido a la caducidad de la concesión de COELVISAC en la zona de Olmos y Motupe, el MINEM procedió con la subasta pública de dicha concesión. Una de las empresas interesadas fue, precisamente, ENSA. De hecho, el 28 de agosto de 2009, en acto público, se llevó a cabo la recepción de las ofertas de los postores que adquirieron las Bases de la subasta, resultando ENSA el único postor que presentó una oferta formal.

El 02 de setiembre de 2009, el Comité encargado del proceso de subasta evaluó la oferta de ENSA, lo cual fue puesto en conocimiento del Director General de Electricidad, a fin de que se proceda a publicar la precalificación. Los días 09 y 10 de setiembre de 2009, fueron publicados los resultados. Por consiguiente, la propuesta de ENSA pasaría a la fase de apertura de la propuesta económica, la cual fue llevada a cabo el 11 de setiembre de 2009. Debido a que se trataba de la única interesada, la conclusión fue dar como válida la propuesta de ENSA, y otorgarle la Buena Pro como ganadora de la concesión de Olmos.

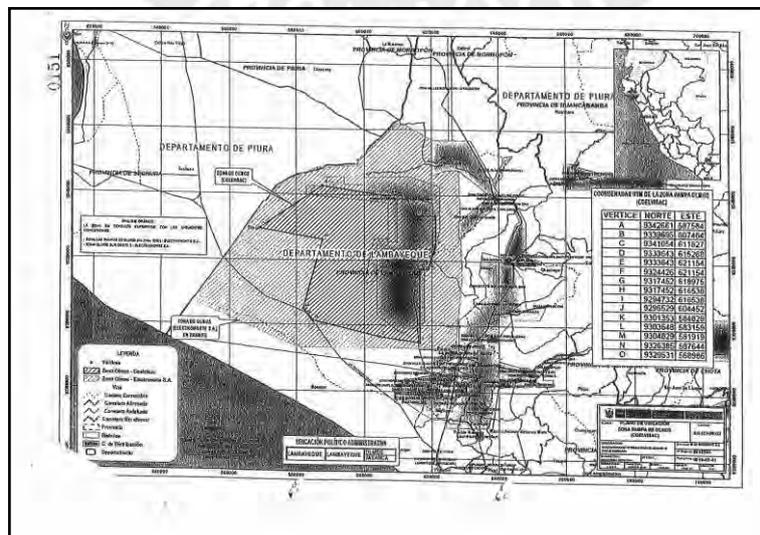
Finalmente, el 04 de diciembre de 2009, se publicó la RS 079-2009-EM, mediante la cual se declaró a ENSA como nueva titular de la concesión definitiva para realizar la actividad de distribución de energía eléctrica en los valles de Olmos y Motupe.

La otra concesión de la que hablamos fue otorgada a ENSA el 08 de enero de 1995. A través de la RS 003-95-EM, el MINEM otorgó a ENSA la concesión definitiva de distribución con carácter de servicio público en la región de Lambayeque. Dicha RS también autorizó a la empresa para suscribir el Contrato de Concesión 029-94. Esta concesión, a lo largo de los años, ha sido objeto de cinco ampliaciones, las cuales detallamos a continuación:

CONCESIONES DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA DE ENSA		
RS 003-95-EM (Otorgada el 08 de enero de 1995)	Ampliaciones	
	Fecha	Acto administrativo
	02 de mayo de 1999	RS 063-99-EM (primera)
	02 de junio de 2001	RS 104-2001-EM (segunda)
	16 de noviembre de 2006	RS 072-2006-EM (tercera)
	26 de enero de 2007	RS 004-2007-EM (cuarta)
	07 de abril de 2014	RS 019-2014-EM (quinta)
RS 079-2009-EM (Otorgada el 04 de diciembre de 2009)	No aplica	

4.3.3. La quinta ampliación de ENSA que dio origen a la RS 019-2014-EM

El 12 de abril de 2013, ENSA remitió al MINEM su solicitud de quinta ampliación de concesión, a fin de que pueda incluir a la Zona Electrificación Olmos (Pampas de Olmos) dentro de su área de exclusividad. Asimismo, ENSA remitió el Informe previo de ampliación de las zonas Pampas Olmos Este y Pampas Olmos Noreste. A continuación, se puede observar el plano de la zona de ampliación Pampas de Olmos, con sus coordenadas UTM PSDAD56:



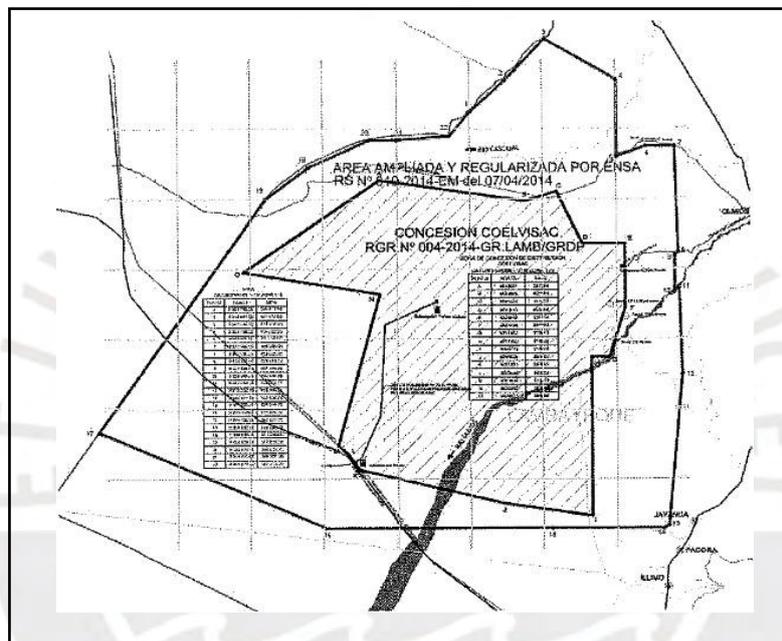
Dicha solicitud fue sustentada en el hecho de que, conforme al plan de expansión de la frontera energética de ENSA, había venido realizando y proyectando ampliaciones de sus sistemas de distribución, siguiendo el programa de inversiones. La finalidad, en términos generales, fue poder brindar el servicio público eléctrico a los centros poblados e impulsar el desarrollo agroindustrial de las zonas contenidas en las poligonales solicitadas.

El 15 de agosto de 2013, a través del Oficio 1586-2013-MEM, el MINEM admitió a trámite la solicitud de ampliación presentada por ENSA, para lo cual se le ordenó que procediera a realizar las publicaciones de los poligonales de la nueva área que abarcaría su concesión. Dichas publicaciones (las cuales, según la LCE y el RLCE, son un requisito para obtener el derecho de exclusividad de la concesión) fueron realizadas el 20, 21 y 22 de agosto de 2013.

Es en este punto del procedimiento que COELVISAC decidió intervenir. Concretamente, el 22 de octubre de 2013, la empresa presentó ante el MINEM su oposición a la solicitud de ampliación de ENSA. Sin embargo, este pedido fue presentada fuera del plazo indicado por el artículo 44 del RLCE. Ello originó que el 08 de noviembre de 2013, la oposición sea declarada improcedente mediante la RD 466-2013-EM, por haberse presentado fuera del plazo legal.

Posteriormente, el 20 de enero de 2014, se emitió la RVM 003-2014-MEM/VME, mediante la cual el MINEM declaró infundada la apelación de COELVISAC contra la resolución que desestimó su oposición. Teniendo en cuenta que el procedimiento de ampliación de ENSA se encontraba en curso, el 27 de enero de 2014, el MINEM solicitó al GORE Lambayeque declarar de oficio la nulidad de la la RD 001-2014-GR-LAMB/GRP-DEM y la RGR 004-2014-GOB.LAMB-GRDP, mediante las cuales se había otorgado la concesión de distribución a COELVISAC. Recordemos que el GORE Lambayeque conocía sobre la solicitud de ENSA, pues así se lo informó el MINEM.

Sin perjuicio de que ya se había generado una controversia debido a lo sucedido con el GORE Lambayeque, el 07 de abril de 2014, finalmente, se terminaría publicando la RS 019-2014-EM, mediante la cual el MINEM otorgó a ENSA la quinta ampliación de concesión de distribución de energía eléctrica en la zona de Lambayeque (correspondiente a las Pampas de Olmos). Cabe señalar dicha zona de concesión de distribución de ENSA, al ser una zona de mayor tamaño, bordeaba a la concesión de COELVISAC, tal como puede observarse en la siguiente imagen:



COELVISAC, por su parte, interpuso un recurso extraordinario de reconsideración contra la RS 019-2014-EM. Sin embargo, el 15 de junio de 2014, COELVISAC comunicó al MINEM su acogimiento al silencio administrativo negativo ante la falta de pronunciamiento de la entidad. En consecuencia, el recurso extraordinario de reconsideración interpuesto contra la RS culminó con la resolución ficta desestimatoria, mediante la cual se agotó la vía administrativa.

Finalmente, 27 de junio de 2014, COELVISAC presentó una demanda contencioso administrativa contra la RS 019-2014, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución ficta por acogimiento al silencio administrativo negativo y, en consecuencia, la nulidad total de la RS 019-2014-EM. Asimismo, pidió que

se reconozcan todos los derechos que le corresponden como concesionario de distribución de energía eléctrica para el Proyecto Energético Tierras Nuevas en el valle de Olmos; que se registren las coordenadas de la zona de la que es titular; y que se excluyan estas coordenadas de solicitudes de terceros en acatamiento de la validez y eficacia de la RGR 004-2014-GOB.LAMB-GRDP.

Como se mencionó en la primera parte del informe, la sentencia de primera instancia declaró infundada la demanda de COELVISAC. Sin embargo, la sentencia de vista (Resolución N° 4 de la Corte Superior de Justicia) revocó la decisión del Juzgado, declaró fundada en parte la demanda de la empresa, y con ello, la nulidad de la RS 019-2014. Los problemas jurídicos que todo ello acarree serán analizados a continuación.

5. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema principal 1	
¿La RS 019-2014-EM ha contravenido las normas de competencia otorgadas a los gobiernos regionales?	
Problema secundario 1	¿La función de otorgar ampliaciones de concesiones de distribución de electricidad fue transferida expresamente a los gobiernos regionales?
Problema secundario 2	¿La entidad competente para conocer y otorgar la ampliación de concesión de ENSA era el MINEM o el GORE de Lambayeque?
Problema principal 2	
¿La RS 019-2014-EM ha otorgado válidamente a ENSA la ampliación de concesión para desarrollar la actividad de distribución eléctrica?	
Problema secundario 3	¿COELVISAC tenía exclusividad en la zona de Olmos debido al Contrato de Concesión del Proyecto Olmos?
Problema secundario 4	¿La solicitud de ENSA corresponde a un procedimiento de ampliación, o uno de regularización de ampliación de concesión?
Problema secundario 5	¿De acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, a qué empresa le corresponde el derecho de exclusividad para distribución eléctrica en la zona de Olmos?

Problema principal 3	
¿La RS 019-2014-EM ha vulnerado al artículo 60 de la Constitución Política del Perú que regula el principio de subsidiariedad?	
Problema secundario 6	¿Cuáles son los requisitos o condiciones del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado en materia económica?
Problema secundario 7	¿La actividad empresarial de ENSA se adecúa a los límites establecidos en el artículo 60 de la Constitución, y en todo caso, estaría exceptuada de un análisis de subsidiariedad?

6. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

6.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Problema principal 1	
¿La RS 019-2014-EM ha contravenido las normas de competencia otorgadas a los gobiernos regionales?	
<p>Respuesta: La RS 019-2014-EM no ha infringido las normas que regulan las competencias del MINEM y el GORE de Lambayeque, debido a que ENSA solicitó, precisamente, una ampliación de concesión, cuyo otorgamiento no ha sido transferido expresamente a los gobiernos regionales, sino que lo ostenta el MINEM.</p>	
Problema secundario 1	<p>¿La función de otorgar ampliaciones de concesiones de distribución de electricidad fue transferida expresamente a los gobiernos regionales?</p> <p>Respuesta: Las Resoluciones Ministeriales 139-2008-MEM-DM y 126-2013-MEM/DM únicamente han reconocido expresamente que los gobiernos regionales tienen la facultad de otorgar concesiones de distribución hasta una demanda de 30 MW. No se han transferido las funciones de otorgar ampliaciones de las concesiones otorgadas.</p>
Problema secundario 2	<p>¿La entidad competente para conocer y otorgar la ampliación de concesión de ENSA era el MINEM o el GORE de Lambayeque?</p> <p>Respuesta: La entidad competente para conocer la solicitud de ENSA, así como otorgar la ampliación de su concesión, es el MINEM, por lo que la Resolución Gerencial del GORE Lambayeque mediante la cual se otorgó el derecho de concesión a COELVISAC adolece de vicios de nulidad.</p>

Problema principal 2	
<p>¿La RS 019-2014-EM ha otorgado válidamente a ENSA la ampliación de concesión para desarrollar la actividad de distribución eléctrica? Respuesta: La Resolución Suprema sí aplicó válidamente el procedimiento de ampliación de concesión, cumpliendo los requisitos establecidos tanto en la Ley de Concesiones Eléctricas como en su Reglamento.</p>	
Problema secundario 3	<p>¿COELVISAC tenía exclusividad en la zona de Olmos debido al Contrato de Concesión del Proyecto Olmos? Respuesta: Si bien se había celebrado el Contrato de Concesión del Proyecto Olmos, COELVISAC no contaba con ningún título habilitante que le otorgue la calidad de concesionario del servicio de distribución, por lo cual no tenía el derecho de exclusividad.</p>
Problema secundario 4	<p>¿La solicitud de ENSA corresponde a un procedimiento de ampliación, o uno de regularización de ampliación de concesión? Respuesta: La solicitud de ENSA corresponde a una solicitud de ampliación de concesión de distribución, y no a un procedimiento de regularización de ampliación.</p>
Problema secundario 5	<p>¿De acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, a qué empresa le corresponde el derecho de exclusividad para distribución eléctrica en la zona de Olmos? Respuesta: La empresa que ganó primero el derecho de exclusividad fue ENSA, debido a que realizó las publicaciones de su solicitud de ampliación de concesión previamente a las publicaciones formuladas por COELVISAC.</p>
Problema principal 3	
<p>¿La RS 019-2014-EM ha vulnerado al artículo 60 de la Constitución Política del Perú que regula el principio de subsidiariedad? Respuesta: La RS 019-2014-EM no ha vulnerado al artículo 60 de la Constitución Política del Perú, debido a que ENSA ha venido desarrollando su actividad empresarial con estricto cumplimiento del principio de subsidiariedad.</p>	
Problema secundario 6	<p>¿Cuáles son los requisitos o condiciones del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado en materia económica? Respuesta: Las condiciones para desarrollar actividad empresarial estatal, conforme a la Constitución, son los siguientes: (i) ley expresa; (ii) razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional; y, (iii) subsidiariedad.</p>

Problema secundario 7	<p>¿La actividad empresarial de ENSA se adecúa a los límites establecidos en el artículo 60 de la Constitución, y estaría exceptuada de un análisis de subsidiariedad para el presente caso?</p> <p>Respuesta: La actividad empresarial de ENSA sí se adecúa a los límites del artículo 60 de la Constitución, en tanto cuenta con un marco legal que la ha habilitado a desarrollar actividad económica, y se ha acreditado el interés público en el servicio que presta, por lo que su actividad sería eximida del análisis del principio de subsidiariedad.</p>
--------------------------------------	--

6.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

La RS 019-2014-EM ha aprobado correctamente la ampliación de concesión de ENSA. Ello se debe a que el MINEM ha actuado conforme a la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, los cuales amparan el derecho a la exclusividad del concesionario.

De igual forma, se han respetado las normas que regulan las competencias del MINEM con respecto a las del GORE Lambayeque, pues la facultad de resolver solicitudes de ampliación de concesiones de distribución no fue conferida expresamente a los GORE.

Finalmente, no es correcto afirmar que el MINEM no debió otorgar la ampliación de concesión a ENSA, bajo el argumento de que estaría desarrollando actividad empresarial vulnerando el artículo 60 de la Constitución. En realidad, ENSA sí ha venido desarrollando su actividad empresarial respetando el principio de subsidiariedad.

7. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

7.1. La competencia del MINEM y el GORE en el otorgamiento de las concesiones de distribución solicitadas por ENSA y COELVISAC

7.1.1. La transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales para conceder concesiones de distribución eléctrica

El primer aspecto que debemos tomar en cuenta para el presente análisis es el hecho de que las competencias para el otorgamiento de concesiones de distribución eléctrica, que en un principio eran ostentadas exclusivamente por el MINEM, fueron transferidas a los Gobiernos Regionales, en aquellos supuestos en los que la demanda que no superaba los 30 MW de potencia.

La concesión administrativa es un título habilitante que no hace sino representar una relación pública mediante la cual el Estado, a través de una entidad, otorga a un privado la gestión y operación ya sea de un servicio público u obra pública de infraestructura, a fin de que se pueda ejercer un aprovechamiento económico, el cual va de la mano con el interés público que se quiera satisfacer. En esta relación, el Estado no pierde la titularidad sobre los servicios u obras públicas de infraestructura, sino que, pues se trata de una cesión de determinados derechos a favor de un privado, pero no una transferencia de titularidad o enajenación (Zegarra, 1999, p. 102).

Las concesiones de distribución eléctrica forman parte de las concesiones sectoriales que, por muchos años, se encontraban en el ámbito del gobierno nacional. Lo interesante y característico de este tipo de concesiones es que no interviene PROINVERSION; sus contratos suelen no ser muy complejos; y se tramitan por iniciativa de parte, lo que lleva a que sean aprobadas por un acto administrativo (en el presente caso, por ejemplo, se utilizó una Resolución Suprema) y luego suscrito por los concesionarios.

En el caso específico del sector eléctrico, la actividad de distribución eléctrica que tenga carácter de servicio público, y cuya demanda supere los 0.5 MW, requiere de concesión definitiva. Anteriormente, su otorgamiento estaba atribuido únicamente al MINEM, entidad que contaba con un Registro de Concesiones Eléctricas para tal efecto.

A partir del 2007, sin embargo, se inició con la transferencia de funciones del MINEM a los Gobiernos Regionales. Concretamente, mediante el DS 036-2007-PCM, se aprobó el “Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2007”. A través dicho Plan, se transfirieron a los Gobiernos Regionales la competencia para el otorgamiento de concesiones de distribución eléctrica (con fines de servicio público) con una demanda no mayor a 30 MW, siempre que se encuentre en el ámbito de la región.

Ello guarda relación con el artículo 192 de la Constitución, el cual establece las competencias que tienen los Gobiernos Regionales, de conformidad con el marco normativo que se llegase a aprobar. Concretamente, se ha dispuesto que los Gobiernos Regionales, en el marco de la promoción del desarrollo y la economía de su región, son competentes no solo para otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios que se encuentran en su esfera de responsabilidad, sino que también están facultados para promover y regular actividades o servicios que se encuentren relacionados a energía, entre otros sectores.

Dicho artículo constitucional es desarrollado por los artículos 35, literal d; y 36, literal c, de la LBD. La primera de estas disposiciones normativas establece que, dentro de las competencias exclusivas de los Gobiernos Regionales, está la “promoción y ejecución de las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional”.

Asimismo, una de sus competencias compartidas con el Gobierno Central tiene que ver con la “promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente”, de acuerdo al artículo 36, literal c, de la LBD.

Retomando la idea anterior, se debe tener en cuenta que uno de los objetivos que tuvo el “Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2007”, en materia de energía e hidrocarburos, fue transferir del MINEM a los Gobiernos Regionales las facultades asociadas a las funciones consignadas en los artículos 9 y 59 de la LOGR (los cuales versan sobre el otorgamiento de títulos habilitantes, así como la promoción de proyectos de inversión).

Esta transferencia de funciones del Plan Anual del 2007 fue ratificada el 16 de enero de 2008, fecha en la que se publicó la RM 009-2008-MEM-DM. Mediante dicha RM, se declaró que los Gobiernos Regionales de Apurímac, Cusco, La Libertad, Lambayeque, Moquegua, San Martín, Puno y Tumbes habían concluido su proceso de transferencia de funciones en materia de Energía y Minas. De esta forma es como, a partir del año 2008, el GORE Lambayeque ya se encontraba facultado para tramitar solicitudes relacionadas a concesiones de distribución eléctrica, siempre y cuando la demanda no sea mayor a 30 MW, y la zona de concesión se encuentre en la región.

7.1.2. La entidad competente para conceder la ampliación de concesión a ENSA

De acuerdo a la postura de COELVISAC, el GORE Lambayeque era la única entidad competente para otorgar concesiones definitivas de distribución de energía eléctrica, así como sus respectivas ampliaciones, en la zona de Olmos. El argumento principal fue que las funciones de otorgamiento de concesiones a los proyectos de distribución de energía eléctrica ya habían sido transferidas del

MINEM al GORE Lambayeque desde el año 2008, como lo hemos podido ver en el acápite anterior. Por tal motivo, una primera respuesta sería concluir que la solicitud de ampliación de concesión de ENSA ante el MINEM resultaba improcedente, por ser una autoridad incompetente.

Para poder analizar este punto, debemos entender que la competencia administrativa es uno de los aspectos más importantes relacionados a las figuras públicas subjetivas, ya sea que hablemos de entidades que forman parte de la organización de los poderes públicos y que tienen personalidad jurídica (como es el caso del MINEM y el GORE Lambayeque); o de órganos, los cuales son considerados como unidades mediante las cuales operan las mencionadas entidades.

La competencia ha sido definida por Miguel Sánchez Morón como el conjunto de facultades, atribuciones y responsabilidades que corresponden a una determinada entidad administrativa o a un órgano. Debido a que la competencia es el elemento esencial de todo ente y órgano administrativo, esta se atribuye y distribuye a través de normas jurídicas, las cuales pueden ser de distinto rango (2010, p. 245). Asimismo, en cuanto a sus tipos, podemos encontrar a la competencia por la materia, territorio, jerarquía y tiempo; competencias exclusivas o compartidas; así como propias o delegadas.

Ciertamente, la regla general es que la competencia sea irrenunciable, por lo cual siempre debe ser ejercida por los órganos o entidades a las que se les haya atribuido determinada función como propia. A esta irrenunciabilidad también se le ha denominado como principio de indisponibilidad de la competencia, el cual, evidentemente, tiene excepciones. Nos referimos a los casos en los cuales, por criterios de eficiencia u organizativos, se flexibiliza este principio y se alteran de cierta forma las atribuciones originalmente atribuidas. Se trata de los supuestos en los cuales exista, por ejemplo, transferencia de competencias, delegación, avocación, encomiendas, encargaturas, delegaciones de firma, sustitución o suplencia.

En el caso concreto del MINEM y el GORE Lambayeque, el supuesto que se presentó fue, en efecto, una transferencia de competencias, de tal forma que “lo que antes era competencia de uno pasa a ser de otro” (Sánchez Morón, 2010, p. 250). No podríamos hablar de una delegación en sentido estricto, pues ello implicaría afirmar que habría existido una asignación, por parte de un ente u órgano superior a otro, del ejercicio de competencias determinadas reconocidas como propias del primero.

No obstante, entre el MINEM y el GORE Lambayeque no podemos hablar de una relación de entidad superior y subordinada, pues ambos tienen personería jurídica y autónomos. Además, la transferencia de la función de otorgamiento de concesiones, si bien fue ratificada por una Resolución del MINEM, en realidad nació a través de un instrumento normativo de la Presidencia del Consejo de Ministros. Nos estamos refiriendo al DS 036-2007-PCM, con el cual se aprobó el “Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2007”.

Es decir, se trata de una competencia atribuida por una norma jurídica a una Administración. Finalmente, y no menos importante, no podríamos hablar de una delegación en sentido estricto, pues en este tipo de situaciones, “la Administración u órgano delegado no ostenta la titularidad, sino tan solo el poder de ejercicio de la competencia” (Sánchez Morón, 2010, p. 248). No obstante, el GORE Lambayeque no solo tenía un poder de ejercicio de la competencia de otorgamiento de concesiones. Tenía, en realidad, la titularidad de la competencia, la cual había sido conferida mediante una transferencia.

Por otro lado, la competencia también es relevante para dotar de legalidad a las decisiones y actuaciones que realice el órgano o la entidad. Por tal motivo, el criterio de la competencia ha sido considerado por el artículo 3.1 del TUO de la LPAG como uno de los requisitos que brindan validez a los actos administrativos. Es decir, todo acto administrativo deberá emitirse necesariamente *“por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de*

la autoridad regularmente nominada al momento del dictado". De lo contrario, nos encontraremos ante un acto administrativo nulo.

Habiendo señalado lo anterior, la postura errónea asumida por COELVISAC nos llevaría a indicar que el MINEM debió haber cumplido su rol subsidiario para las solicitudes de otorgamiento de concesión de distribución, de acuerdo a la Constitución, LOBD, la LOGR y la LOPE. Es decir, los argumentos de COELVISAC se amparaban, por un lado, en el artículo 191 de la Constitución, el cual dispone que *"los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia"*.

Por otro lado, la defensa de COELVISAC para cuestionar la RS del MINEM se amparaba en uno de los principios relacionados a la descentralización: el principio de subsidiariedad, el cual se encuentra previsto tanto en el artículo 4, literal f; como en el artículo 14.2, literal a, de la LBD. Según la norma, este principio implica que *"el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función; por consiguiente, el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y éstos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones"*.

Como se ha podido observar, desde la publicación del DS 036-2007-PCM y la RM 009-2008-MEM-DM, el GORE Lambayeque pasó a ser la única autoridad competente para otorgar y aprobar, en el ámbito de la región, concesiones del servicio público de distribución eléctrica, siempre y cuando la potencia no fuese mayor a 30 MW. Teniendo en cuenta lo anterior, los argumentos de COELVISAC nos llevarían a pensar que el MINEM no acató, respetó ni cumplió el acto administrativo de otorgamiento de concesión emitido por el GORE Lambayeque en el marco de sus competencias. Ello debido a que el MINEM habría emitido la RS 019-2014-EM, en una clara contradicción y desconocimiento a la concesión otorgada a COELVISAC.

Entonces, bajo esa lógica, la RS del MINEM, a priori, no solo adolecería de una causal de nulidad del acto administrativo por haber sido emitido por autoridad incompetente, sino que también habría contravenido las normas constitucionales sobre descentralización, desconociendo las atribuciones y autonomía del GORE Lambayeque.

De forma contraria a todo lo señalado anteriormente, consideramos que ENSA sí acudió a la autoridad competente para solicitar la quinta ampliación de su concesión de distribución en la zona de Olmos. ENSA en ningún momento solicitó el otorgamiento de una nueva concesión de distribución, debido a que ya contaba con dicho título habilitante desde el año 1995. El pedido que ENSA formuló ante el MINEM fue la ampliación de una concesión otorgada previamente por dicha entidad. En ese sentido, si bien se transfirieron competencias a los Gobiernos Regionales para otorgar concesiones de distribución de energía eléctrica en una zona de demanda no mayor a 30 MW, la potestad transferida se limitaba al otorgamiento de nuevas concesiones, no a las ampliaciones o regularizaciones.

La transferencia implica necesariamente un llamado o una referencia expresa de la norma, por lo que sería imposible sostener que podría haber una transferencia de competencias implícita. Es decir, si bien se han transferido las facultades para otorgar concesiones de distribución con una demanda máxima de 30 MW, ello no quiere decir que el GORE Lambayeque también se encuentre facultado para pronunciarse sobre las ampliaciones. Como lo veremos más adelante, los procedimientos de otorgamiento de concesión y ampliación de concesión son distintos, por lo que no se podría extender implícitamente esta facultad al GORE Lambayeque.

El motivo para afirmar lo anterior es que la facultad de otorgar concesiones de distribución eléctrica no era, al menos normativamente, un poder implícito que tenían los Gobiernos Regionales, sino que esta les fue transferida expresamente a partir del año 2008. Cuando hablamos de poderes implícitos (*inherent powers*) nos estamos refiriendo a aquellas potestades que son inherentes a las

administraciones públicas por su propia naturaleza, a pesar de que no se encuentran explícitas en el ordenamiento jurídico.

En cambio, con las competencias administrativas sucede algo completamente distinto. Siguiendo lo afirmado por Sánchez Morón, estas necesariamente “se atribuyen de manera expresa por las normas jurídicas” (2010, p. 249). De igual forma, en los fundamentos 39, 41, 42, 43, 44 y 45 de la Sentencia del TC recaída en los expedientes acumulados 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, se desarrolló el principio de taxatividad, estableciendo una cláusula de residualidad al momento de transferir las competencias a las entidades locales producto de la descentralización.

Para el TC, la cláusula de residualidad implica que “los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional”. El principio de taxatividad al que se hace referencia en la cita no se encuentra de forma expresa en la Constitución. Sin embargo, puede desprenderse de una lectura del artículo 192 de la Carta Magna, ya que establece que los Gobiernos Regionales, entre otras funciones, también tienen competencia para “ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley”. Todo lo anterior nos lleva a concluir que no es posible reconocer al GORE Lambayeque competencias no atribuidas expresamente por ninguna norma escrita.

La obligatoriedad de que la transferencia sea necesariamente expresa es una consideración muy importante para el presente caso, pues tengamos en cuenta, nuevamente, que se transfirió no cualquier atribución o función, sino una competencia administrativa, la cual se encuentra delimitada tanto a un objeto como a un grado de concreción. Para el presente caso, ello se traduciría en el otorgamiento de una concesión definitiva de distribución que cumpla con dos requisitos: que la demanda no sea mayor a 30 MW, y que el área concesionada

se circunscriba al ámbito territorial regional. En caso de no encontrarnos en este supuesto de hecho, la entidad competente necesariamente será el MINEM.

Nuestra posición también es concordante con la legislación sobre descentralización. Por un lado, debemos hacer referencia al artículo 10 de la LBD, el cual regula el las normas *“que aprueben los distintos niveles de gobierno en el marco de sus atribuciones y competencias exclusivas, son de cumplimiento obligatorio en sus respectivas jurisdicciones”*. La autonomía que se ha ido otorgando a los Gobiernos Regionales ha implicado que estos puedan, en menor o mayor medida, normar, regular y administrar aquellos asuntos que sean de su competencia, ya sea intrínseca o atribuida. Sin embargo, como menciona Zas Friz, debemos tener en cuenta que dicha autonomía no es absoluta, lo que quiere decir que se encuentra subordinada al ordenamiento jurídico nacional y al principio de unidad estatal (2020, p. 53).

Como se observa, para el presente caso, nos amparamos en la interpretación literal de las normas que delegaron dichas competencias del MINEM hacia los Gobiernos Regionales, en especial, el DS DS 036-2007-PCM, que aprobó el Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales. Siguiendo esa línea, en caso de que ENSA hubiese presentado su solicitud de ampliación ante el GORE Lambayeque, más allá de la evidente improcedencia, el eventual acto administrativo habría adolecido de una causal de nulidad, por haber sido emitido por una autoridad manifiestamente incompetente por razón de la materia.

Tal como lo señalan Bocanegra y García Luengo, a diferencia de lo que sucede en los casos de incompetencia jerárquica, cuando se trata de un supuesto de incompetencia por la materia (como en este caso) o territorio, el vicio se vuelve esencialmente insubsanable, pues no existiría ningún órgano o entidad superior jerárquica que pudiera subsanar la infracción a la normativa (2009, p. 196). Queda claro que el MINEM no puede ser considerado como superior jerárquico con respecto al GORE Lambayeque.

Asimismo, también se habría incumplido el artículo 29 del RLCE (vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos), del cual se podía interpretar claramente que los derechos que sean otorgados por los Gobiernos Regionales solo serían aquellos cuyo otorgamiento se encontrase comprendido dentro de sus competencias. En específico, el segundo párrafo de dicho artículo señalaba que *“las solicitudes de aquellos derechos eléctricos cuyo otorgamiento se encuentra comprendido dentro de las competencias de los Gobiernos Regionales, así como las oposiciones que se produzcan, serán presentadas a los Gobiernos Regionales, cumpliendo con las normas de la Ley y el presente Reglamento”*.

En el presente caso, sin embargo, la facultad de resolver solicitudes de ampliación de concesiones de distribución eléctrica no fue conferida mediante una norma expresa, por lo que, siguiendo el principio de legalidad y una interpretación estricta de la normativa, la autoridad competente para conceder la ampliación de ENSA fue, efectivamente, el MINEM.

7.2. La validez del otorgamiento de la ampliación de concesión definitiva de distribución eléctrica a favor de ENSA

7.2.1. El conocimiento previo del MINEM sobre el Proyecto Olmos, y las coordinaciones previas con el Gobierno Regional de Lambayeque

De acuerdo a lo señalado por COELVISAC, la zona de concesión Pampas de Olmos no era una zona libre, pues en razón del PEOT y los contratos suscritos, COELVISAC tenía la exclusividad como concesionario de distribución. El año 2010, el GORE Lambayeque ya había celebrado el Contrato de Concesión del PEOT con H2OLMOS, empresa que tenía la obligación de desarrollar el sistema de distribución, a fin de que los lotes que resulten adjudicados puedan acceder al servicio público de electricidad.

De acuerdo a lo señalado por COELVISAC, las zonas de ampliación Pampas de Olmos Este y Pampas de Olmos Oeste no eran de libre disponibilidad, pues existían obras de electrificación realizadas en mérito de la concesión del PEOT,

cuyo titular es H2OLMOS, pero que celebró un contrato con COELVISAC para que esta última se encargue del Proyecto Energético Tierras Nuevas. Además de ello, el MINEM ya había tenido conocimiento de la solicitud de COELVISAC ante el GORE Lambayeque, así como de las resoluciones que se habían emitido, las cuales dieron lugar a la firma del contrato de concesión.

De igual forma, COELVISAC señaló que, al haber consultado el portal web del MINEM, este indicaba que la solicitud de ENSA se encontraba archivada. No obstante, sobre este último punto, consideramos que este dato de ninguna manera puede desvirtuar a la declaración expresa realizada por el MINEM, mediante la cual se informó al GORE Lambayeque que sí existía un procedimiento administrativo en trámite relacionado a la concesión de las Pampas de Olmos. Entonces, el GORE Lambayeque sí tuvo conocimiento de la situación jurídica de dicha zona con anterioridad a la emisión de la resolución que otorgó la concesión a COELVISAC.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, el hecho de que se haya suscrito el Contrato de Concesión del PEOT tampoco puede ser un argumento válido para sostener la exclusividad de COELVISAC. Es más, en la cláusula 1.5 de la Quinta adenda al Contrato de Concesión del PEOT, tanto H2OLMOS como el GORE Lambayeque reconocieron que *“conforme a la regulación vigente, las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica son desarrolladas por concesionarios debidamente autorizados (...)”*.

Como se puede desprender de dicha cláusula, las propias partes contractuales reconocieron que el Contrato de Concesión del PEOT no otorgaba ningún derecho de concesión para desarrollar la actividad de distribución eléctrica, entendido como el título habilitante que permite desarrollar dicha actividad. En otras palabras, los contratos suscritos por H2OLMOS nunca confirieron ningún derecho preferente a COELVISAC con respecto a la concesión de Olmos.

Por tanto, no existía ningún impedimento, legal ni contractual para que ENSA solicite al MINEM una ampliación de su concesión, y para que dicha entidad

pueda acceder al pedido. Incluso en el supuesto negado de que el Contrato de Concesión sí haya tenido alguna vinculatoriedad con el acto administrativo de otorgamiento o ampliación de concesión, ni ENSA ni el MINEM formaron parte del Contrato de concesión del PEOT, por lo cual este no podría resultar oponible.

7.2.2. Ampliación de concesión vs regularización de concesión. ¿Qué es lo que realmente otorgó el MINEM?

De acuerdo a lo señalado por COELVISAC, el procedimiento de ENSA ante el MINEM adolecía de irregularidades a la luz del artículo 61 del RLCE y el artículo 30 de la LCE citado anteriormente, pues el MINEM, en un solo procedimiento, resolvió regularizar y ampliar una zona de concesión al mismo tiempo, cuando ello no puede realizarse en un solo acto administrativo. Es decir, el MINEM habría contravenido la finalidad y naturaleza de los procedimientos de ampliación de concesión y regularización de ampliación de concesión.

Asimismo, COELVISAC alegó que solo procedía la regularización de ampliación de concesión cuando se haya concluido la ejecución de las obras, siguiendo lo establecido en el calendario de ejecución de obras respectivo. Sin embargo, no existían obras realizadas por ENSA en la zona de Olmos. Solo existían redes de distribución que H2OLMOS cedió a COELVISAC, así como las obras que la propia COELVISAC había desarrollado.

Al respecto, el artículo 61 de la RLCE (vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos) establecía que el primer paso para iniciar con el procedimiento de regularización de las ampliaciones de concesión consiste en que el concesionario interesado presente a la Dirección respectiva del MINEM la siguiente información:

- Solicitud de regularización, acompañada de los planos
- Memoria descriptiva del proyecto
- Especificaciones técnicas, metrados, costos de las ampliaciones efectuadas y las coordenadas UTM de los límites de las nuevas zonas.

De acuerdo a una interpretación del artículo 61 del RLCE por parte de COELVISAC, el procedimiento de ENSA ante el MINEM, así como la propia RS del MINEM adolecerían de irregularidades, pues solo procedería la regularización siempre y cuando se haya concluido la ejecución de las obras.

Sin embargo, en el presente caso, consideramos que es incorrecta la exigencia de la culminación de las obras realizadas por ENSA en la zona de Olmos, debido a que nos encontramos claramente ante una solicitud de ampliación de concesión, y no ante un procedimiento de regularización de ampliación. Mientras que el primer procedimiento está sujeto a la ejecución de un cronograma de obras, el cual se garantiza a través de una carta fianza, el segundo procedimiento consiste, como su propio nombre lo dice, en regularizar obras ya realizadas, y no se requiere de una carta fianza que garantice el cumplimiento de las obras.

Como se puede observar, al ser procedimientos distintos e independientes, el uno no requiere del otro para poder iniciarse; es decir, no es indispensable realizar previamente una ampliación para tramitar una solicitud de regularización. Es cierto que en la parte considerativa de la RS 019-2014-EM se aludió a un procedimiento de “regularización” de ampliación de concesión definitiva de distribución de energía eléctrica”, tal como se observa a continuación:

Aprueban ampliación de la zona de concesión de distribución de energía eléctrica solicitada por ELECTRONORTE S.A. y el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94

**RESOLUCIÓN SUPREMA
N° 019-2014-EM**

Lima, 7 de abril de 2014

VISTO: El Expediente N° 15018393, sobre regularización de ampliación de concesión definitiva de distribución de energía eléctrica, organizado por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. - ELECTRONORTE S.A., persona jurídica inscrita en el Asiento N° 1, Folio N° 347 del Tomo N° 38 del Registro de Sociedades Mercantiles del Departamento de Lambayeque;

No obstante, de acuerdo a la parte resolutive, y habiendo realizado una revisión de los documentos y de todo el expediente tramitado ante el MINEM, se desprende que tanto lo que solicitó ENSA como lo que resolvió el Ministerio fue, efectivamente, una ampliación de concesión, y no una regularización.

SE RESUELVE:				
<p>Artículo 1.- Aprobar la ampliación de la zona de concesión de distribución de energía eléctrica solicitada por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. - ELECTRONORTE S.A. y el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94.</p>				
<p>Artículo 2.- La ampliación aprobada en el artículo que antecede, comprende la zona de concesión que a continuación se señala, la cual está delimitada por las coordenadas UTM en el sistema PSAD56, que figura en los planos obrantes en el Expediente y comprende la siguiente zona de concesión:</p>				
ZONA DE CONCESIÓN	Distrito	Provincia	Departamento	Plano N°
Pampas de Olmos	Olmos y Jayanca	Lambayeque	Lambayeque	PAM_OLM 01

En todo caso, no se podría declarar la nulidad de la RS 019-2014-EM por el simple argumento de que en la parte considerativa de la RS se consignó el término “regularización”, debido a que se trata de un simple error material, por lo que en este caso debemos otorgarle primacía al principio de conservación del acto administrativo, regulado en el artículo 14.1 del TUO de la LPAG. De acuerdo a esta disposición normativa, *“cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora”*.

Nuestro marco normativo no es el único que ha acogido la idea de que los supuestos en los cuales un acto administrativo incurra en nulidad sean los mínimos posibles. Es más, esta es una posición bastante extendida tanto en la doctrina como en la regulación de otros países. El principio de conservación del acto administrativo, en palabras de Juana Morcillo, *“expresa la existencia de un valor jurídico en conservar todo acto capaz de cumplir válidamente los fines que tiene encomendados, para garantizar la satisfacción de los intereses de los*

sujetos jurídicos; lo que, en última instancia, supone garantizar la propia vigencia del Derecho” (2000, p, 152).

Asimismo, según Muñoz Machado, las razones jurídicas que se encuentran en el fondo de este principio son la eficacia de las decisiones de los actos administrativos, así como la seguridad jurídica con respecto a los administrado. Entonces, siempre que sea posible, los actos que incurran en infracciones que puedan ser subsanadas serán susceptibles de convalidación (2017: p. 212). De acuerdo a lo señalado, podemos afirmar que la mención al término “regularización” en la RS 019-2014-EM es un simple error material que no afecta ni debería afectar la validez del acto administrativo. En realidad, lo que terminó siendo aprobado por el MINEM fue una ampliación de concesión definitiva.

7.2.3. Los derechos de exclusividad enfrentados: COELVISAC vs ENSA

De acuerdo a lo planteado por COELVISAC, el procedimiento iniciado por dicha empresa ante el GORE Lambayeque fue admitido a trámite y, con ello, se realizaron las publicaciones de conformidad con la LCE y el RLCE. Al respecto, es importante recalcar que no se presentaron oposiciones ni cuestionamientos por parte de ENSA ni alguna otra empresa. Es por ello que el GORE Lambayeque habría otorgado correctamente la concesión a COELVISAC. Asimismo, la Resolución que otorgó la concesión a COELVISAC se publicó con anterioridad a la RS 019-2014-EM del MINEM, con lo cual se podría concluir que, al ser un acto administrativo publicado con anterioridad, su eficacia también sería anterior a la RS.

En ese sentido, COELVISAC ha sostenido que el MINEM no debió emitir la RS a favor de ENSA. Sin embargo, el hecho de que le haya otorgado la ampliación, desconociendo la Resolución del GORE Lambayeque, conllevó a que se infrinja el derecho de exclusividad que COELVISAC ostentaba como concesionario de distribución, de conformidad con el artículo 30 de la LCE (vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos). Dicho artículo establece que la actividad de

distribución eléctrica *“solo puede ser desarrollada por un solo titular con carácter exclusivo”*.

De acuerdo a la interpretación de dicho artículo por parte de COELVISAC, no correspondía que el MINEM otorgase una ampliación de concesión a ENSA, pues dicha área ya había sido concesionada a COELVISAC, para desarrollar el Proyecto Energético Tierras Nuevas.

No obstante, no estamos de acuerdo con la posición asumida por COELVISAC en este caso. Cuando nos encontramos ante un caso de determinación de la disponibilidad para el otorgamiento de una concesión de distribución, el único criterio que debe ser tomado en cuenta es si previamente fue otorgada una concesión en el área específica, y si existe el derecho de exclusividad para la obtención de una concesión previamente otorgada.

Es decir, la existencia en una zona geográfica de compromisos contractuales de terceros, como es el caso de H2OLMOS y COELVISAC, no puede ser tomado en cuenta como un criterio para evaluar la exclusividad. Por ende, nada impide para que cualquier interesado pueda solicitar una concesión o una ampliación en una zona geográfica, siempre y cuando cumpla con el marco normativo y el procedimiento correspondiente.

Cuando ENSA presentó su solicitud de quinta ampliación, la zona de Pampas de Olmos se encontraba libre. Es más, la solicitud de ENSA, temporalmente, fue presentada al MINEM con anterioridad a la de COELVISAC. De igual forma, las publicaciones de los avisos de la ampliación de ENSA fueron realizadas los días 20, 21 y 22 de agosto de 2013, mientras que COELVISAC realizó sus publicaciones los días 11 y 12 de diciembre de 2013.

Al respecto, el citado artículo 30 de la LCE también establece que la exclusividad sobre al área de concesión será adquirida por el concesionario desde la fecha de publicación del aviso de ampliación correspondiente. Concretamente, dispone que *“desde la fecha de publicación del aviso de ampliación que se efectúe*

conforme al Reglamento, el concesionario adquiere la exclusividad para el desarrollo de la actividad de distribución en la zona delimitada de ampliación y asume las obligaciones de los concesionarios de distribución”.

Al haber efectuado las publicaciones, COELVISAC bien pudo haber presentado una oposición dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la última publicación del aviso, conforme se encuentra regulado en el artículo 44 del RLCE (vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos). Pese a lo anterior, COELISAC no presentó oposición alguna dentro del plazo establecido en el artículo 44 del RLCE, sino que lo hizo de forma extemporánea, de tal forma que ENSA fue quien adquirió primero el derecho de exclusividad para el desarrollo de la actividad de distribución en las Pampas de Olmos.

De esta manera, se puede concluir que la RS 019-2014-EM fue emitida de conformidad con la regulación vigente. Es decir, ha aprobado correctamente la ampliación de concesión de ENSA. Ello se debe a que el MINEM ha llevado a cabo el procedimiento administrativo conforme a la LCE y su Reglamento, los cuales amparan el derecho a la exclusividad del concesionario que realice las publicaciones del aviso de forma previa. La fecha de publicación del acto administrativo, entonces, pasa a un segundo plano, pues se le da mayor importancia a la fecha de las publicaciones del aviso. De igual forma, se han respetado las normas que regulan las competencias del MINEM con respecto a las del GORE Lambayeque.

7.3. La presunta vulneración del principio de subsidiariedad por parte de la RS 019-2014-EM

7.3.1. La subsidiariedad del Estado peruano en materia económica

El segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Como podemos observar, la norma consagra lo que el TC peruano ha denominado el “principio de subsidiariedad” aplicado a la actividad empresarial del Estado para otorgarle un carácter subsidiario, sujeto al cumplimiento de determinados requisitos normativamente establecidos, los cuales son: ley expresa; y razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

En efecto, a través de su jurisprudencia, y debido a diversos procesos constitucionales que ameritaban un análisis del régimen económico acogido por la Constitución, el TC se ha pronunciado sobre la subsidiariedad de la siguiente forma. Por un lado, en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, ha señalado que, de forma distinta como sucedía con la Constitución de 1979, la cual no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la Constitución vigente peruana sí prescribe literalmente en su artículo 60 que "sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional".

De esta forma, vemos consagrado el principio de subsidiariedad de la actuación del Estado en la economía, y se establece el reconocimiento de la existencia de una función supletoria por parte del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos.

En línea con lo anterior, las acciones que el Estado debe desarrollar deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. Así, “la subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada”.

Por otro lado, en la sentencia recaída en el Expediente 0034-2004-PI/TC, el TC añadió que “el artículo 60° de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta, para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente

actividad empresarial, directa e indirectamente, cuando el interés público o la conveniencia nacional lo justifique”.

Finalmente, mediante la sentencia recaída en el Expediente 7339-2006-PA/TC, se sostuvo que este principio implica, “de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica su función de regulación y protección”.

De la revisión de las tres sentencias anteriores, podemos concluir que, si bien el TC ha sido bastante enfático en señalar que el artículo 60 de la Constitución acoge el principio de subsidiariedad, este no ha llegado a hacer un desarrollo detallado del mismo, especialmente en lo referente a su concretización en la práctica legislativa y administrativa. Por ende, existe un relativo amplio margen de interpretación para los operadores jurídicos, siempre con límite en el texto de la norma y sobre la base de desarrollos legislativos y doctrinales en la materia.

En esa línea, la práctica legislativa a nivel del Poder Legislativo ha tenido dos importantes ejemplos: la creación del Banco Agropecuario mediante la Ley 27603, publicada el 21 de diciembre de 2001, y la creación del Fondo MIVIVIENDA S.A. mediante la Ley 28579, publicada el 9 de julio de 2005. En efecto, dichas leyes nos dan luces respecto a lo considerado por el legislador como una habilitación suficiente para la realización de actividad empresarial del Estado por parte de las empresas respectivas conforme al artículo 60 de la Constitución,

Si revisamos esos ejemplos, nos podremos dar cuenta de que, en la práctica, el legislador habilita el ejercicio de determinadas actividades empresariales sin identificar, a priori, los mercados específicos en que dichas actividades deberán ser ejercidas, pero sí hace expresa referencia al artículo 60 de la Constitución. Sobre ello, considero que si bien al encontrarnos ante una habilitación genérica,

la norma otorga una presunción de subsidiariedad de la actividad empresarial habilitada (consecuencia del propio análisis legislativo). No obstante, ello no es exigente de un análisis de subsidiariedad en la marcha concreta de la actividad empresarial.

Ahora bien, con respecto de los requisitos para la realización de actividad empresarial del Estado, los dos ejemplos de práctica legislativa nos llevarían a concluir lo siguiente. Por un lado, con respecto al requisito de ley expresa, de acuerdo con la definición incluida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término “expreso” cuando es utilizado como adjetivo tiene por significado “claro, patente, especificado”, el legislador cumple con ello al habilitar el ejercicio de la actividad empresarial de forma clara, patente y específica, pero deja a reglamentaciones posteriores el establecimiento de los alcances concretos de la misma a través de, por ejemplo, los estatutos sociales, incluso, dejando abierta la posibilidad de realizar actividades complementarias en la medida que estas tengan relación con las funciones u objetivos de la empresa.

Por otro lado, con respecto al requisito de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, el legislador se limita a enunciar que dichas razones sustentan la realización de la actividad empresarial habilitada legalmente por tratarse de una evaluación netamente política para la identificación de actividades relevantes y prioritarias por lo que la existencia de dichas razones se presume; así este requisito es determinado por el Congreso al adoptar la propia decisión legislativa sin necesariamente incluirse una justificación en la norma.

Finalmente, a nivel administrativo el INDECOPI, entidad encargada de la aplicación de las normas de competencia desleal, mediante un precedente vinculante aprobado por Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI definió la metodología que utilizará para evaluar si la actividad empresarial del Estado cumple con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.

El primer requisito de dicha metodología consiste en uno de carácter formal, el cual exige que la actividad empresarial estatal haya sido autorizada mediante una ley expresa aprobada por el Congreso de la República. El segundo requisito es uno de carácter material, pues implica la verificación de si la actividad empresarial del Estado es subsidiaria mediante un análisis de oferta privada en un mercado relevante. Finalmente, el tercer requisito consiste en analizar si la actividad empresarial se enmarca dentro de un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional.

7.3.2. ¿La actividad empresarial de ENSA se adecúa a los límites establecidos en el artículo 60 de la Constitución?

Como se ha desarrollado ampliamente, un análisis del ejercicio de actividad empresarial del ENSA conforme al artículo 60 de la Constitución de 1993, de conformidad con la metodología utilizada por INDECOPI, requiere la verificación de tres condiciones: (i) ley expresa; (ii) razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional; y, (iii) subsidiariedad.

Todo ello tiene como presupuesto que la actividad empresarial que está siendo sometida al análisis es la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica por parte de ENSA en la región Lambayeque, específicamente, en la zona de Olmos. Dicha actividad, a su vez, es una consecuencia directa de la ampliación de concesión definitiva de distribución que fue otorgada por el MINEM mediante la RS 019-2014-EM.

En primer lugar, sobre el requisito de ley expresa, debemos señalar que las empresas que conforman el Grupo DISTRILUZ, del cual forma parte ENSA, han sido creadas por ley expresa. Y además de ello, el DS 034-2001-PCM otorgó a FONAFE la posibilidad de incluir en proceso de promoción de inversión a dichas empresas, lo cual implica que las mismas estén exentas de un análisis de subsidiariedad por mandato expreso de la norma.

En otras palabras, tanto ELECTROPERU como sus filiales regionales (empresas de las cuales se desprendió la constitución de ENSA) fueron creadas mediante la Ley 23406, Ley General de Electricidad, y fueron habilitadas para realizar las actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica. En este marco, empleando los activos de ELECTROPERU, se creó ENSA, a través de la RM 321-83-EM/DGE. Posteriormente, a través de la LCE, se estableció que las empresas estatales puedan seguir operando hasta que estas puedan privatizarse. Es cierto que la Ley General de Electricidad fue derogada por la LCE, pero ello no quiere decir que las empresas creadas por el marco legal previo no se encuentren debidamente constituidas. Además, a lo largo de los años, no ha habido ninguna norma que haya dejado sin efecto la habilitación de las empresas eléctricas estatales creadas con la Ley General de Electricidad.

Como hemos podido ver en los antecedentes, sí existió un intento de privatización de ENSA a través de la RS 355-02-PCM. Este no se concretó como se había planeado en un inicio; sin embargo, ello no quiere decir que ENSA no siga enmarcada en el proceso de promoción de la inversión privada. Entonces, las normas previamente citadas demuestran que ENSA sí cuenta con una ley expresa que la habilitó para la realización de actividad empresarial del Estado. De igual forma, de acuerdo al artículo 3 del DS 034-2001-PCM, dicha empresa se encuentra exceptuada del análisis de subsidiariedad.

Sobre el requisito de razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia, debemos señalar que la existencia de una ley expresa lleva consigo la presunción de la existencia de razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional en la propia decisión político-legislativa. En otras palabras, es presumible que el Congreso de la República, siendo el Poder Legislativo, sí consideró la manifiesta conveniencia nacional al momento de promulgar la ley que autorizó a ENSA a desarrollar su actividad empresarial.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, debemos mencionar que en el propio artículo 2 de la Ley General de Electricidad se dispuso expresamente que

el servicio público de electricidad es de necesidad y utilidad pública, así como de preferente interés para la Nación.

En tercer lugar, sobre el requisito de subsidiariedad, en la medida que ENSA se encuentra incluida en un proceso de promoción de la inversión privada, en aplicación de los artículos 2 y 3 del DS 034-2001-PCM, sus actividades están exceptuadas de un análisis de subsidiariedad por tratarse de empresas en marcha y, por tanto, estar sujetas al régimen especial regulado en la norma antes referida. Es decir, a través de dicho DS, se establecieron los procedimientos a través de los cuales FONAFE delimitaría y autorizaría el desarrollo de la actividad empresarial, con carácter subsidiario, que realiza el Estado

En efecto, específicamente respecto del requisito de subsidiariedad, debe indicarse que, a nuestro entender, resulta jurídicamente admisible, a la luz de lo dispuesto en el DS 034-2011-PCM, que la actividad empresarial de ENSA (distribución y comercialización de energía eléctrica) esté exceptuada de un análisis de subsidiariedad en la medida que la misma haya sido habilitada conforme a sus normas de creación (que incluye generación, transmisión y distribución de electricidad), y que sea necesaria para el logro de su objeto social, como parte de una de las muchas empresas que conforman el FONAFE y para el cumplimiento de sus obligaciones regulatorias en su calidad de concesionaria de distribución de electricidad en sus respectivas áreas de concesión, incluyendo la de Olmos.

Consideramos que afirmar lo contrario implicaría que ENSA no sólo incumpla con un elemental deber de protección de los recursos y bienes públicos puestos a su disposición (no es admisible sostener que el principio de subsidiariedad justifica dichas afectaciones frente a un análisis de ponderación), sino también que potencialmente se afecte la prestación de un servicio público como lo es la distribución de electricidad para usuarios regulados (cuestión que tampoco resiste un análisis de ponderación).

Ahora bien, el reconocer que ENSA esté habilitada a continuar con su actividad empresarial implica no solamente dicho reconocimiento per se, sino que, además, deriva en el hecho que dicha actividad sea realizada bajo las mismas condiciones que las empresas privadas (como COELVISAC) en aquello que corresponda. Así es claro que la actividad empresarial de ENSA puede ser realizada bajo iguales condiciones de competencia en el mercado que las empresas privadas conforme a la garantía del mismo tratamiento legal incluido en el artículo 60 de la Constitución de 1993.

Sobre la garantía de mismo tratamiento legal a la actividad empresarial pública y privada, el TC señaló en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, que el principio de subsidiariedad debe ser interpretado en concordancia con otro de equivalente importancia, “como es del pluralismo económico (primer párrafo del artículo 60 de la Constitución), que se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia.

Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho”.

En tal sentido, ENSA puede realizar sus actividades empresariales, incluyendo el desarrollo de nuevos proyectos de inversión relativos a su objeto social bajo cualquier modalidad permitida por la normativa vigente, en el modo que consideren se logra la mayor eficiencia, como puede ser a través de la integración de actividades de generación, transmisión y distribución (por ejemplo a través de la reducción de costos de compra de energía), o incluso a través de la solicitud de ampliaciones de sus zonas de concesión, como sucedió en el presente caso.

En otras palabras, ENSA no se encuentra prohibida de realizar su actividad empresarial de distribución y comercialización de energía eléctrica en el valle de

Olmos, por lo que tampoco está impedida de obtener una concesión o ampliación de concesión de distribución en dicho mercado. Todo ello siempre debe ser llevado a cabo, evidentemente, bajo los límites establecidos en la normativa sectorial, normas de libre competencia y competencia desleal, y el artículo 60 de la Constitución.

8. CONCLUSIONES

En el presente informe, hemos analizado tres problemas jurídicos que se han derivado de la superposición de concesiones de distribución eléctrica entre las empresas COELVISAC y ENSA en el área de Olmos.

El primero de estos buscó responder a la pregunta de qué entidad era la competente para otorgar la ampliación de concesión a ENSA: el MINEM o el GORE Lambayeque. Ello nos permitió comentar sobre la contravención a las normas que transfirieron competencias a los Gobiernos Regionales en materia de energía. Sobre este punto, la postura de COELVISAC fue que el GORE Lambayeque era la única entidad competente para otorgar concesiones, así como sus ampliaciones, ya que dichas funciones fueron transferidas a los Gobiernos Regionales desde el 2008.

Al respecto, sostenemos que la facultad de resolver solicitudes de ampliación de concesiones de distribución no fue conferida expresamente a los GORE. Lo que se dispuso en el DS 036-2007-PCM (“Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2007”) fue la transferencia de la competencia para otorgar concesiones de distribución cuya demanda no supere los 30 MW, y siempre que se encuentren en el ámbito regional. Por ende, la entidad competente para conocer la ampliación de ENSA fue, efectivamente, el MINEM.

El segundo problema versó sobre si el MINEM había otorgado válidamente a ENSA la ampliación de concesión, aplicando correctamente el procedimiento

previsto en la LCE y su Reglamento. Para lo cual recurrimos a la legislación sectorial que regula el régimen de otorgamiento y ampliación de concesiones.

Al respecto, COELVISAC sostuvo que la zona de Olmos no se encontraba libre, pues dicha empresa tenía exclusividad debido al Contrato de Concesión del Proyecto Olmos. Además, también se argumentó que el MINEM tenía conocimiento no solo del Proyecto Olmos, sino también de la solicitud de otorgamiento de concesión que OELVISAC tramitó ante el GORE Lambayeque. Pese a ello, consideramos que no existía ningún impedimento legal ni contractual para otorgar la ampliación a ENSA, pues existe una gran diferencia entre los efectos del Contrato de APP (BOOT) celebrado para el PEOT, y la concesión de distribución como acto administrativo.

Por otro lado, otra crítica que realizó COELVISAC fue que el MINEM, en un solo acto administrativo (RS 019-2014-EM), resolvió regularizar y ampliar una zona de concesión al mismo tiempo, cuando la regularización solo procede siempre que se ha concluido la ejecución de obras, lo cual ENSA no habría hecho. Pese a ello, a nuestro parecer, nos encontramos ante una ampliación de concesión y no ante una regularización. La mención a “regularización” en la RS del MINEM es un error material que no tendría por qué afectar la validez del acto administrativo.

Finalmente, se señaló que la Resolución del GORE Lambayeque fue emitida con anterioridad a la RS del MINEM. Por lo tanto, el área ya habría sido concesionada a COELVISAC de forma anterior a ENSA. Frente a ello, nuestra respuesta es que el derecho de exclusividad no se adquiere con la publicación del acto administrativo, sino con las publicaciones del aviso. Por ende, ENSA adquirió la exclusividad antes que COELVISAC, pues no hubo oposiciones.

Dentro del tercer problema, nos hemos preguntado si se había vulnerado el principio de subsidiariedad al haber otorgado la ampliación a ENSA. Dicha cuestión ameritó que analicemos la aplicación del artículo 60 de la Constitución en el caso concreto. En ese marco, COELVISAC sostuvo a lo largo de la

controversia que el MINEM no debió otorgar la ampliación de concesión a ENSA, pues se encontraría desarrollando actividad empresarial vulnerando el artículo 60 de la Constitución.

Sin embargo, consideramos que ENSA sí ha venido desarrollando su actividad empresarial cumpliendo con los tres requisitos del texto constitucional, de conformidad con la metodología establecida por la Resolución 3134-2010-SC1-INDECOPI. Es decir, existió una ley expresa que autorizó la actividad empresarial de ENSA. Fue a través de la Ley General de Electricidad que se dispuso que la acción empresarial del Estado para el Servicio Público de Electricidad sería ejercida por ELECTROPERU, directamente, o a través de sus filiales regionales y/o subsidiarias, de las cuales se constituiría ENSA.

La actividad empresarial de ENSA también satisfizo un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional, pues el artículo 2 de la Ley General de Electricidad dispuso expresamente que el servicio público de electricidad sería de necesidad y utilidad pública, así como de alto interés para la Nación. Consideramos que ENSA se encuentra exceptuada del último requisito de la metodología, correspondiente al análisis del carácter subsidiario de su actividad. Ello se debe a que el DS 034-2001-PCM autorizó a las empresas públicas (como ENSA) a operar en mercados, aun cuando en ellos exista oferta privada suficiente y siempre que se encuentren dentro de un proceso de promoción de la inversión privada.

9. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, O. (2006). Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos. *Servicio Público y Policía*, 187-219.

Aguirre, M., & Baldeón, C. (2021). Algunas reflexiones sobre la aplicación del silencio administrativo en el otorgamiento de concesiones de generación con recursos energéticos renovables. *Revista de Derecho Administrativo*, 17, 388-406.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22183>

Ariño, G. (2009). Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables? *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 12-23.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14010>

Bocanegra, R., & García Luengo, J. (2009). La eficacia y la validez de los actos administrativos. En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo III: La actividad de las administraciones públicas (1.a ed., Vol. 1)*. IUSTEL.

Bon, P. (2005). El régimen de las concesiones administrativas. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 15, 1-15.

<https://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/4864>

Carneiro, M. (2015). Hacia una Concepción Finalista del Contrato de Concesión. *Derecho & Sociedad*, 45, 75-80.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15226>

Castaño, D. (2012). La concesión: pasado y presente. Crítica a los modelos concesionales de la primera época de vida institucional. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 5, 153-174.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5137200>

Kloss, E. S. (2019). Fundamentos y naturaleza de las concesiones administrativas. *Revista jurídica digital UAndes*.

<https://doi.org/10.24822/rjduandes.0301.2>

Lara, J., & García-Huidobro, L. (2014). Sobre el Régimen Concesional Chileno: ¿Podemos hablar de un Modelo de Concesión? *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 89-165.

López Ramón, F. (1988). Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas. *Revista de la Administración Local y Autonómica – REALA*, 243, 564-610.

Matilla, A. (2018). *La concesión administrativa*. Angel Potentini.

<https://dialnet.unirioja.es/download/libro/788481.pdf>

Meilán, J. (1973). Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión. *Revista de Administración Pública*, 71, 59-100.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112590>

Morcillo, J. (2000). La Invalidez de los Actos Administrativos en el Procedimiento Administrativo en el Derecho Español. *Derecho & Sociedad*, (14), 148-167.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17205>

Muñoz Machado, S. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: Vol. XII: Actos administrativos y sanciones administrativas (2.a ed.)*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Ortiz, J. (2016). El Registro de Concesiones para la Explotación de Servicios Públicos: Una Garantía para la Inversión que no admite desactualización. *Revista de Derecho Administrativo*, 16, 177-189.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16298>

Paniagua, V. (1988). Descentralización y Regionalización. *THEMIS Revista De Derecho*, 11, 65-70.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10745>

Rodríguez, S., & Castañeda, M. (2016). Concesiones Eléctricas: Una Propuesta Para Mejorar Su Financiamiento. *Revista de Derecho Administrativo*, 16, 191-200.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16299>

Sánchez Morón, M. (2010). Teoría General de la Organización Administrativa. En *Derecho Administrativo: Parte General* (7.a ed., pp. 223-267). TECNOS.

Trelles, O. (2002). El contrato administrativo, el contrato - ley y los contratos de concesión de servicios públicos. *THEMIS Revista De Derecho*, 44, 237-251.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10074>

Vergara, A. (1994). La concesión eléctrica: Procedimiento, servidumbres y ocupación del suelo privado y público. Propositiones concretas de cambios legislativos. *Revista Chilena de Derecho*, 21, 463-508.

<https://repositorio.uc.cl/handle/11534/1190>

Vergara, A. (2002). Régimen jurídico de las concesiones de servicio privado eléctrico. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2, 395-401.

<https://ojs.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/3672>

Zas Friz, J. (2020). *Derecho municipal* (1.a ed.). Fondo Editorial PUCP.

Zegarra, D. (1999). Concesión administrativa e iniciativa privada. *THEMIS Revista De Derecho*, 39, 99-119.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10383>

|CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

Expediente N° : 05726 - 2014 -0

Ref. Sala: 02646-2016-0

DEMANDANTE : CONSORCIO ELECTRICO DE VILLACURI SAC COELVISAC

DEMANDADO : OSINERGMIN y OTRO

MATERIA : Acción Contenciosa Administrativa

RESOLUCION NÚMERO CUATRO.-

Lima, quince de noviembre

de dos mil dieciséis.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Torres Ventocilla.

I).- RESOLUCIÓN APELADA:

➤ Es materia de apelación, por la demandante CONSORCIO ELECTRICO DE VILLACURI SAC COELVISAC, mediante escrito de fojas 1359 a 1389, la sentencia de fojas 1305 a 1317, de 30 de junio de 2016, que declara INFUNDADA la demanda en los extremos de la nulidad de la Resolución denegatoria ficta y de la Resolución Suprema N° 019-2014-MEM, así como de la indemnización por daños y perjuicios, e IMPROCEDENTE en el extremo del reconocimiento de derechos como concesionaria de distribución eléctrica; en los seguidos por CONSORCIO ELÉCTRICO DE VILLACURI S.A.C. contra el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS y la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL NORTE S.A. y el GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE como litisconsorte. Sin costas ni costos dada la naturaleza del proceso.

II).- FUNDAMENTOS DE LA APELACION:

PRIMERO: Que, la sentencia impugnada ocasiona graves perjuicios a COELVISAC, ya que sobre un errada apreciación de los hechos y de los actuados del expediente administrativo y de una incorrecta interpretación de los artículos de la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, considera que la Resolución Suprema es una resolución válida, por haberse emitido por autoridad competente y dentro del marco de un procedimiento de ampliación de concesión.

SEGUNDO: Que, el juzgado no ha analizado los fundamentos expuestos por COELVISAC respecto a los requisitos que establecen las normas respecto a los procedimientos de ampliación de concesión y de regularización de concesión, los cuales determinan que la Resolución Suprema sea declarada nula por haberse aprobado un procedimiento de regularización de ampliación cuando ENSA no ha cumplido con ejecutar previamente obra alguna en la zona de Olmos.

III).- FUNDAMENTOS DE LA SALA:

PRIMERO: Que, absolviendo los agravios del apelante es de señalar en principio que es menester precisar que de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, la Acción Contenciosa Administrativa a que se refiere el artículo 148° de la Constitución Política del Perú, tiene como finalidad el control jurídico por parte del Poder Judicial, de la legalidad y constitucionalidad, de las actuaciones de la administración pública, las mismas que se encuentran sujetas al derecho administrativo y a la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

SEGUNDO: Que, el actor acude a ésta vía jurisdiccional, para solicitar: i) Se declare la nulidad de la Resolución ficta por acogimiento al Silencio Administrativo Negativo y, en consecuencia, la nulidad total de

la Resolución Suprema N° 019-2014-EM del 07 de abril de 2014; ii) Se reconozca con todos los derechos que le corresponden a COELVI S.A.C. como concesionario de distribución de energía eléctrica para el Proyecto Energético Tierras Nuevas en el valle de Olmos, registrar las coordenadas de la zona de la que es titular y excluir estas coordenadas de solicitudes de terceros en acatamiento de la validez y eficacia de la Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-GOB.LAMBGRDP y la adopción por parte del Ministerio de Energía y Minas y de la Dirección General de Electricidad de las medidas correspondientes; y, iii) Se indemnice por el daño causado con la expedición de la resolución ficta desestimatoria del recurso extraordinario de reconsideración contra la Resolución Suprema N° 19-2014-EM y las demás resoluciones conexas emitidas por la Dirección General de Electricidad o el Ministerio de Energía y Minas (Resolución Directoral N° 138-2014-MEM/DGE y Oficio N° 782-2014-MEM-DGE).

TERCERO: ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS.-

i.- Mediante Resolución Suprema N° 019-2014-EM¹, de 07 de abril de 2014, de folios 411, publicado el 08 de abril de 2014, se dispuso: Aprobar la ampliación de la zona de concesión de distribución de energía eléctrica solicitada por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. – ELECTRONORTE S.A. y el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94.

ii.- Que, la referida resolución fue materia del recurso de reconsideración por parte de la empresa demandante, sin embargo, la autoridad administrativa no resolvió oportunamente este medio impugnatorio, lo que originó la interposición de la presente demanda.

CUARTO: ANALISIS DE LA CONTROVERSIA

4.1.- Que, del estudio de los actuados administrativos, se tiene que el 12 de abril de 2013 la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (en adelante ENSA) inició su trámite de ampliación de concesión de distribución eléctrica en la zona de Pampas de Olmos, ubicada en el Departamento de Lambayeque, ante la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas; mientras que el 10 de junio de 2013 la empresa Consorcio Eléctrico de Villacuri S.A.C. (en adelante COELVISAC) solicitó al Gobierno Regional de Lambayeque concesión definitiva de distribución eléctrica en una zona de Olmos comprendida en la solicitada por ENSA, obteniendo ambas empresas la aprobación de sus solicitudes, en el caso de ENSA la ampliación de su concesión en Olmos mediante la Resolución Suprema N° 019-2014-EM, cuya nulidad se pretende en el presente proceso, y en el caso de COELVISAC el otorgamiento de concesión definitiva también en la zona de Olmos a través de la Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-GR.LAMB/GRDP.

4.2.- Que, bajo tal contexto, se advierte una superposición de concesiones eléctricas a favor de ambas empresas por autoridades diferentes, la empresa demandante fundamenta la falta de competencia del Ministerio de Energía y Minas en mérito a la transferencia de funciones que habría sido efectuada a favor de los Gobiernos Regionales para conocer proyectos de concesión de distribución de hasta 30MW. En ese sentido, la concesión solicitada por COELVISAC era menor a 30MW, motivo por el cual presentó su solicitud ante el Gobierno Regional de Lambayeque; por lo que en su oportunidad, la codemandada ENSA aduce que no se trataba de una nueva concesión, sino de una ampliación de una concesión definitiva que le fue otorgada mediante Resolución Suprema N° 003-95-EM publicada el 08 de enero de 1995 suscribiendo el Contrato de Concesión N° 029-94, la cual además ya habría sido ampliada hasta en cuatro oportunidades en los años 1999, 2001, 2006 y 2007 por el Ministerio de Energía y Minas; siendo que si bien por Resoluciones Ministeriales N° 139-2008-MEM-DM y N° 126-2013-MEM/DM, se delegó a las Direcciones Regionales de Energía y Minas la facultad de otorgar concesiones de distribución con una demanda no mayor de 30 MW con fines de servicio público de electricidad siempre que se encuentre en el ámbito de la respectiva región; sin embargo, en el caso de ENSA, ésta refiere que se trataba de una ampliación ya otorgada por el Ministerio de Energía y Minas y, además, esta delegación de competencias

¹ La impugnada Resolución Suprema es un acto administrativo en los términos del artículo 1 numeral 1.1. de la Ley N° 27444, al estar destinada a producir efectos jurídicos sobre los derechos e intereses de la empresa Electronorte S.A..

implica una coordinación, en este caso, entre el Gobierno Regional de Lambayeque y el Ministerio de Energía y Minas.

QUINTO: COMPETENCIA DE LOS GOBIERNOS REGIONALES EN EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA:

MARCO LEGAL.-

5.1.- Que, el Artículo 188 de la Constitución Política del Perú, señala que: **“La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales” (...).**

5.2.- Literal f), del Artículo 4, de la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, prescribe que: **“Principios generales La descentralización se sustenta y rige por los siguientes principios generales: (...) f) Es subsidiaria: Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad”**

5.3.- Artículo 9° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, aprobada por Ley N° 27867², **“Competencias constitucionales.- Los gobiernos regionales son competentes para: (...) e) Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes. (...) g) Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a Ley**

5.4.- Mediante RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 139-2008-MEM/DM se aprueba la relación de procedimientos a cargo de las Direcciones Regionales de Energía y Minas o del órgano competente para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas, señalando en su artículo 1°, *Aprobar la relación de procedimientos a cargo de las Direcciones Regionales de Energía y Minas o del órgano competente para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas, consignados en el Anexo 1 del sector energía y Anexo 2 del sector minas, incluyendo su denominación, plazo máximo de atención y requisitos máximos a solicitar respecto de los procedimientos, que en anexo forma parte de la presente Resolución Ministerial.*

5.5.- Asimismo, la Resolución Ministerial N° 139-2008-MEM-DM estableció la delegación a las Direcciones de distribución eléctrica, para la Distribución eléctrica cuya demanda sea no mayor a 30 MW.

5.6.- Decreto Supremo N° 037-2007-PCM, **norma que aprobó el “Plan Anual de Transferencias de Competencia Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2007”**

SEXTO: Por tanto, bajo la normatividad antes descrita, el Gobierno Regional era competente para otorgar concesiones (menores a 30mw) y el Ministerio de Energía y Minas para otorgar concesiones superiores a 30mw así como las ampliaciones correspondientes, toda vez que la delegación de competencia por parte del Ministerio de Energía y Minas se encontraba limitada a los alcances de la referida Resolución Ministerial N° 139-2008-MEM-DM.

SÉTIMO: En tal sentido, es de advertirse de autos, lo siguiente:

7.1.- A folios 132 vuelta del principal, que mediante Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-GR.LAB/GRDP, de 22.01.2014, el Gobierno Regional de Lambayeque otorgó a la empresa Consorcio Eléctrico de Villacuri SAC COELVISAC concesión definitiva para desarrollar la actividad de Distribución de Energía Eléctrica con características de servicio público para el Proyecto de Electrificación Tierras Nuevas en Zona de Olmos, con una demanda inicial de 12.25

² Publicada el 18 de noviembre del 2002

MW en los términos y condiciones de la referida resolución y que se detallan en el contrato de concesión.

7.2.- Acto seguido, ante la emisión de la acotada Resolución 004-2014.GR.LAMB/GRDP Electronorte S.A. – interpone recurso impugnatorio de apelación, dando nacimiento a la R.G.G.R N° 044-2014.GR.LAMB/GGR, de 05 de marzo de 2014, declarando infundado el recurso de apelación interpuesto por la co demandada ENSA S.,A., dando por agotada la vía administrativa.

7.3.- Por Resolución Ministerial N° 139-2008 MEM/DM, norma que aprueba la relación de procedimientos a cargo de las Direcciones Regionales de Energía y Minas o del Órgano competente de los Gobiernos Regionales, para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas consignadas en su Anexo 1, se dispuso, entre otros, la transferencia de la **función: “Impulsar proyectos y obras de energía y electrificación urbano rurales, así como para el aprovechamiento de hidrocarburos de la Región. Asimismo, otorgar concesiones para minicentrales de generación eléctrica”, cuya facultad, conforme lo indica la norma, estriba en: “Otorgar Concesiones de distribución con una demanda no mayor a 30 MW con fines de servicio público de electricidad, siempre que se encuentren en el ámbito de la Región.”** Que, asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 126-2013-MEM/DM, se aprobó el Plan de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales del año 2013, cuyo contenido se detalla en Anexo, estando considerada la facultad a los Gobiernos Regionales de **“Otorgar concesiones de distribución con una demanda no mayor a 30 MW con fines de servicio público de electricidad, siempre que se encuentren en el ámbito de la Región”.**

7.4.- Mediante el Acuerdo Regional N° 058-2013.GR.LAMB/CR, de folios 54 a 57, se aprueba la Quinta Addenda al Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del Proyecto de Irrigación Olmos, en la que sustenta la solución energética **integral denominada “Proyecto Energético Tierras Nuevas”, que permitirá el suministro de electricidad al mencionado proyecto.**

7.5.- Que, en esa línea de ideas a efectos de evitar conflictos de competencia entre entidades – ante el pedido de concesión que la demandante COELVISAC inicio ante el Gobierno Regional de Lambayeque, solicito a ésta mediante Oficio N° 3678-2013-GG.GG de 18.10.2013, de folios 102 del principal, para que informe a la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, que conoce su Exp. N° 917760 de Petición de Concesión Definitiva de Distribución de Energía hasta por 30 MW, que data de junio de 2013.

7.5.1.- Que, ante ello con fecha 18 de julio de 2013, a través del Oficio N° 1493-2013-GR-LAMB/GDRP-DEM, de folios 96 del principal, el gerente de Desarrollo Productivo del GORE solicitó a la Dirección General de Electricidad del MEM que le informara si el solicitada por COLEVISAC se encontraba libre o contaba con un concesionarios, ello con el propósito de determinar si antes de la transferencias de funciones al GORE, realizada en virtud de las normas citadas precedentemente, el MEM había otorgado concesión sobre el área solicitada.

7.5.2.- Acto seguido la Dirección General de Electricidad del MINEM informó, a través del Oficio N° 1635-2013/MEM-DGE de 03 de octubre de 2013, de folios 99 del principal, que ENSA tenía una solicitud de ampliación de zona, sin embargo, ésta aparecía como archivada tal como se acredita a través de la Carta CEV 3678-2013-GG.GG de 18 de octubre de 2013 y Hoja de Trámite, de folios 102 y 103 del principal,

7.5.3.- Posteriormente, por Oficio N° 2265-2013-GR-LAMB/GRDP-DEM de 31 de octubre de 2013, de folios 105, del principal, el GORE solicito al MEM que, previa coordinación con el registro de concesiones, se registrara la zona peticionada por COLEVISAC, a fin de exclud dicha zona de cualquier otra solicitud; toda vez, que se ha averiguado el estado situacional del Expediente N° 2283711, el mismo que aparece en calidad de ARCHIVADO, según Hoja de Trámite.

7.6.- Asimismo, con fecha 13.12.2013, doña Verónica Arriz Becerra, en calidad de Gerente Financiera del Consorcio Eléctrico de Villacuri SAC-COLVISAC da cuenta de la publicación del

Aviso de Concesión a favor de su representada, en el Diario Oficial El Peruano y el Diario La República, los días 11 y 12 de diciembre de 2013, y con fecha 22.01.2014 se emite la R.G.R N° 004-2014.GR.LAMB/GRDP, de folios 132 a 133 del principal, donde se otorga la Concesión para desarrollar la actividad de energía eléctrica con carácter de servicio público para el proyecto de electrificación tierras nuevas en zona de Olmos a favor del Consorcio Eléctrico de Villacurí SAC-COLVISAC.

7.7.- Asimismo, de autos, se advierte que en la secuela del proceso administrativo mediante el cual COLEVISAC solicitó la concesión, Electronorte S.A. cuando COELVISAC hace las publicaciones no presentó ningún escrito de oposición indicando la concurrencia de solicitudes sobre el procedimiento de Concesión para desarrollar la actividad de energía eléctrica con carácter de servicio público para el proyecto de electrificación tierras nuevas en zona de Olmos, y Electronorte S.A. no tenía ninguna obra realizada en la zona de Olmos, es más no presenta la Resolución Suprema de regularización de la ampliación cuando interpone su recurso administrativo de apelación con el objeto de acreditar su derecho; por ende, no se cumplió lo que señala el segundo párrafo del artículo 29° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada con D.S. N° 009-1993-EM, que establece: **“Artículo 29.- Las solicitudes de concesión temporal y definitiva, autorizaciones y oposiciones que se produzcan, se deben presentar a la DGE y los GORES, según corresponda, siguiendo los procedimientos administrativos establecidos por el Ministerio y cumpliendo con lo establecido en la Ley y el Reglamento”**.

7.8.- Que, del análisis de la RGR N° 004-2014.GR.LAMB/GRDP de 22.01.2014, se emitió en concordancia con la Resolución Ministerial N° 139-2008-MEM/DM que es la norma que aprueba la relación de procedimientos a cargo de las direcciones Regionales de Energía y Minas o del Órgano competente de los Gobiernos Regionales para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas, entre las cuales se encuentra la transferencia de la función: **“Impulsar proyectos y obras de energía y electrificación urbano rurales, así como para el aprovechamiento de hidrocarburos de la Región. Asimismo, otorgar concesiones para minicentrales de generación eléctrica”** cuya facultad, conforme lo indica la norma, estriba en otorgar en: **“Otorgar Concesiones de distribución con una demanda no mayor a 30 MW con fines de servicio público de electricidad, siempre que se encuentren en el ámbito de la Región”**

OCTAVO: Bajo tal contexto, se colige meridianamente que el Gobierno Regional de Lambayeque es la única autoridad competente para conocer el proceso de otorgamiento de Concesión Definitiva de Distribución de la Zona de Olmos, con una demanda no mayor a 30 MW solicitada por el COELVISAC por lo que resulta válida la RGR N° 004-2014.GR.LAMB/GRDP de 22.01.2014.

NOVENO: Consecuentemente, la Resolución cuestionada RS N° 019-2014-EM, resulta ser contraria a la normatividad dadas por el Gobierno Central otorgando competencia y facultades a los Gobiernos Regionales para **“Otorgar Concesiones de Distribución con una demanda no mayor a 30 MW con fines de servicio público de electricidad, siempre que se encuentren en el ámbito de la Región”**, como son la Resolución Ministerial antes referidas Ns. 139-2008.MEM/DM que es la norma que aprueba la relación de procedimientos a cargo de las Direcciones Regionales de Energía y Minas o del Órgano competente de los Gobiernos Regionales para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas, así como la Resolución Ministerial N° 126-2013.MEM/DM, que aprobó el Plan de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales del año 2013, estando considerada la facultad a los Gobiernos Regionales de otorgar Concesiones de Distribuciones Eléctricas en el ámbito de la Región.

DÉCIMO: Por consiguiente, la Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-DOB.LAMB-GRDP, tiene plena validez y eficacia, pues si bien, se adjunta una demanda contenciosa administrativa, a folios 501 a 540, que cuestiona dicha Resolución, seguido por ante el Cuarto Juzgado Civil de Chiclayo (Exp. N° 01105-2014-0-1706-JR-CI-04, empero, no obra documental alguna que acredite su invalidez, por lo que

corresponde se reconozca a la demandante todos los derechos que le corresponde como concesionario de distribución de energía eléctrica para el proyecto Energético Tierras Nuevas en el Valle de Olmos, registrar las coordenadas de la zona que es titular y excluir estas coordenadas de solicitudes de terceros en acatamiento de la susodicha Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-GOB.LAMB-GRDOP.

DÉCIMO PRIMERO: RESPECTO AL PROCEDIMIENTO DE AMPLIACIÓN Y REGULARIZACIÓN DE CONCESIÓN DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA.-

MARCO LEGAL

- Artículo 30° de la LCE observa los procedimientos de ampliación de concesión y su regularización de ampliación de concesión, estableciendo los requerimientos que deben acreditarse en cada uno de ellos.
“Artículo 30.- La actividad de distribución de Servicio Público de Electricidad en una zona determinada, sólo puede ser desarrollada por un solo titular con carácter exclusivo. La concesión de distribución no puede ser reducida sin autorización del Ministerio de Energía y Minas. El concesionario de distribución podrá efectuar ampliaciones de su zona de concesión. Para tal efecto, está obligado a presentar al Ministerio de Energía y Minas, previamente, un informe que señale la delimitación de la zona donde efectuará la ampliación, acompañado del Calendario de Ejecución de Obras y de la correspondiente garantía de fiel cumplimiento que señale el Reglamento, así como del plano de la nueva área delimitada con coordenadas UTM (PSAD56). Desde la fecha de publicación del aviso de ampliación que se efectúe conforme al Reglamento, el concesionario adquiere la exclusividad para el desarrollo de la actividad de distribución en la zona delimitada de ampliación y asume las obligaciones de los concesionarios de distribución. El procedimiento administrativo de regularización de una ampliación de la zona de concesión, con el objeto de incorporar la nueva zona al contrato de concesión, terminará cuando se haya concluido la ejecución de las obras de la ampliación, conforme al Calendario de Ejecución de Obras. Los casos de electrificación de zonas comprendidas dentro de los alcances del inciso a) del artículo 34 y de los centros poblados ubicados fuera de una zona de concesión, que no sean objeto de procedimiento de ampliación de zona de concesión por parte de los concesionarios de distribución existentes, se registrarán por lo dispuesto en la Ley N° 28749, Ley de Electrificación Rural.”.
- Artículo 61 del Reglamento de LCE, prescribe que: *“La regularización de las ampliaciones previstas en el Artículo 30 de la Ley, se efectuará mediante el siguiente procedimiento:*
 - a) *El concesionario presentará a la Dirección la solicitud de regularización, acompañada de los planos, la memoria descriptiva, las especificaciones técnicas, metrados, costos de las ampliaciones efectuadas y las coordenadas UTM (PSAD56) de los límites de las nuevas zonas.*
 - b) *Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de la presentación, la Dirección efectuará la evaluación de la solicitud para verificar el cumplimiento de los datos y requisitos de admisibilidad señalados en el párrafo anterior. Si de la evaluación efectuada se determinara la necesidad de ampliar información o se verificara la existencia de deficiencias y/u omisiones susceptibles de corregirse, la solicitud será observada. La Dirección notificará la observación al concesionario para que la subsane dentro del plazo de siete (7) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la observación, bajo apercibimiento de declarar inadmisibile la solicitud de regularización.*
 - c) *Cumplidos los datos y requisitos de admisibilidad, o subsanada que haya sido la observación formulada, la Dirección notificará al concesionario la admisión a trámite de la solicitud y procederá a efectuar la evaluación técnico-normativa pertinente, con la finalidad de decidir si procede o no la regularización.*
 - d) *Si de la evaluación efectuada se determinara la necesidad de ampliar información o se verificara la existencia de deficiencias y/u omisiones susceptibles de corregirse, la solicitud será observada. La Dirección notificará la observación al concesionario para que la subsane dentro del plazo de siete (7) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la observación, bajo apercibimiento de declarar improcedente la solicitud de regularización.*
 - e) *De ser procedente la solicitud, o subsanada que haya sido la observación formulada, la Dirección determinará las modificaciones a incorporarse y notificará al concesionario el proyecto de Resolución Suprema y de addendum al Contrato de Concesión para que, dentro del plazo de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación, verifique los datos numéricos, técnicos y de ubicación consignados en los mencionados documentos. Transcurrido el plazo sin mediar respuesta, se considerará que está conforme con la información.*

f) La Resolución Suprema aprobatoria del Addendum al Contrato de Concesión deberá dictarse dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de presentada la solicitud. Los plazos otorgados al concesionario para subsanar observaciones y verificación de datos, no serán computados para los efectos del plazo señalado en el presente párrafo.

g) La Resolución será notificada al concesionario y publicada por una sola vez en el Diario Oficial El Peruano, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación. **La publicación será por cuenta del concesionario.**”

DÉCIMO SEGUNDO: Que, de la acotada normatividad se desprende que para el trámite de una ampliación de concesión, la norma establece entre los requerimientos que el peticionante debe cumplir para acceder a derecho, son: i) el informe de delimitación sobre la zona donde se efectuará dicha ampliación y ii) el Calendario de Ejecución de obras y una garantía de fiel cumplimiento que respalde el compromiso asumido. Y para el caso, del trámite de regularización de ampliación, el acotado artículo establece que dicho procedimiento solo podrá darse una vez ejecutada las obras de la ampliación, conforme lo establecido en el Calendario de Ejecución de obra.

DÉCIMO TERCERO: A mayor ilustración tenemos que:

Procedimientos	Para Ampliación de Concesión	Para Regularización de Concesión
Base jurídica	Artículo 30° de la LCE	Art. 61° del Reglamento de la LCE
Requisitos	1.- Un informe con delimitación de la zona donde efectuará la ampliación. 2.- Calendario de Ejecución de Obras y de la correspondiente garantía de fiel cumplimiento que señale el Reglamento. 3.- El plano de la nueva área delimitada con coordenadas UTM. 4.- Avisos de ampliación conforme al Reglamento	1.- La solicitud de regularización, acompañada de los planos, la memoria descriptiva, las especificaciones técnicas, metrados, costos de las ampliaciones efectuadas. 2.- Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de la presentación, la Dirección efectuará la evaluación de la solicitud para verificar el cumplimiento de los datos y requisitos de admisibilidad señalados en el párrafo anterior. 3.- Cumplidos los datos y requisitos de admisibilidad, o subsanada que haya sido la observación formulada, la Dirección notificará al concesionario la admisión a trámite de la solicitud y procederá a efectuar la evaluación técnico-normativa pertinente, con la finalidad de decidir si procede o no la regularización. 4.- De ser procedente la solicitud, o subsanada que haya sido la observación formulada, la Dirección determinará las modificaciones a incorporarse y notificará al concesionario el proyecto de Resolución Suprema y de addendum al Contrato de Concesión para que, dentro del plazo de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación, verifique los datos numéricos, técnicos y de ubicación consignados en los mencionados documentos. Transcurrido el plazo sin mediar respuesta, se considerará que está conforme con la información. 5.- La Resolución Suprema se notifica y se publica en el Diario Oficial “El Peruano”.

DÉCIMO CUARTO: Que, ahora bien, del análisis de la Resolución Suprema materia de nulidad N°019-2014-EM de 07.04.2014, de folios 22 del principal, se advierte que resuelve un acto inclasificable ya que amplía y a su vez regulariza la ampliación de la zona de concesión de distribución de energía eléctrica de la que es titular ENSA y aprueba el Addendum 5° al contrato de concesión de ENSA, cuando de acuerdo a ley primero se da la ampliación y cumplido el calendario de obras y verificada la ejecución del proyecto, recién se procede a regularizar la ampliación en cuanto a coordenadas y adendas contractuales.

DÉCIMO QUINTO: Efectivamente, de la simple lectura de la cuestionada N°019-2014-EM de 07.04.2014, se advierte que ésta no aprobó únicamente el trámite de ampliación de zona de concesión de ENSA y a su vez regulariza la ampliación de la zona de concesión de distribución, en tal sentido, el A quo en la sentencia materia de alzada precisa erróneamente de que ENSA inició ante el MEM el trámite de ampliación de la zona de concesión y no un procedimiento de regularización de concesión; sin embargo, de los actuados en sede administrativa se verifica que si bien es verdad que la solicitud inicial presentada por ENSA estaba destinada al pedido de ampliación de una zona de concesión, también lo es, que está acreditado en el procedimiento administrativo seguido por la referida empresa que mediante Oficio N° 804-2013, que obra a folios 98 del Administrativo – Tomo I, el MEM encauzó – de oficio – la solicitud a uno de trámite de regularización de ampliación incluyendo la zona de Pampas de Olmos al procedimiento administrativo, siendo que ENSA ratificó el cambio de naturaleza del procedimiento que había iniciado a uno de regularización de ampliación, lo cual se corrobora por Carta N° 1338-2013, recibida por el MEM el 05 de junio de 2013, a folios 232 del principal, donde se verifica que ENSA cambió su solicitud de **ampliación por una de regularización de la ampliación de concesión “Pampa Olmos Este” y “Pampas Olmos Oeste”, sin que haya cumplido con uno de los requisitos principales para este procedimiento, como es la ejecución de obras según Cronograma de Ejecución previamente aprobado por la autoridad y término de las obras comprometidas en la solicitud de ampliación; circunstancia que ha sido reconocida también por el A quo en la sentencia materia de alzada, en su numeral 7.5, quien ha referido textualmente que: “(...) **cabe indicar que si bien ENSA mediante Carta GR-1338-2013, de folios 103 a 104, de subsanación de su solicitud de informe de ampliación de concesión “hace referencia a la regularización de la ampliación”, de la revisión de los actuados administrativos en conjunto, se advierte que se trata de un trámite de ampliación de concesión de distribución eléctrica y no de regularización, pues en efecto las obras a ejecutar estaban programadas a futuro una vez se apruebe la ampliación (...)**”.**

DÉCIMO SEXTO: En esa línea argumentativa, de la Resolución Suprema N° 019-2014-EM, materia de nulidad aprueba la ampliación y la subsecuente regularización de dicho derecho; ello es así, pues del título del encabezado de la Resolución Suprema señala que se aprueba, de un lado, una ampliación de concesión y, de otro lado, se ordena además la suscripción de documentos, que solo pueden darse en un procedimientos de regularización de ampliación; asimismo, en la parte de VISTOS de la Resolución Suprema se describe un Expediente que versa sobre un procedimiento de regularización de ampliación de concesión, que literalmente dice: **“VISTO: El Expediente N° 15018393, sobre regularización de ampliación de concesión definitiva de distribución de energía eléctrica, organizado por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. – ELECTRONORTE S.A. (...)”.**

DÉCIMO SÉTIMO: Asimismo, ello se corrobora con la parte resolutive de la misma Resolución Suprema, toda que ordena nuevamente la suscripción de la Adenda al Contrato de Concesión de ENSA y su respectiva Escritura Pública, señalando expresamente que:

“Artículo 1.- Aprobar la ampliación de la zona de concesión de distribución de energía eléctrica solicitada por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. - ELECTRONORTE S.A. y el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94”:

(...)

“Artículo 3.- Autorizar al Director General de Electricidad, o a quien haga sus veces, a suscribir, en representación del Estado, el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94 y la Escritura Pública correspondiente.”.

DÉCIMO OCTAVO: De ello se colige meridianamente del contenido de la Resolución Suprema se advierte que la Autoridad Administrativa sí se refiere a un procedimiento de ampliación y, es por tal razón, que se ordena la suscripción de la Adenda al Contrato de concesión de ENSA y su respectiva Escritura Pública; por lo que, nos encontramos no solamente ante un procedimiento de ampliación de concesión, sino que también estamos frente a uno de regularización, cuya aprobación han sido otorgadas en un solo Acto Administrativo, cuando – conforme se ha referido supra – los mismos son de naturaleza distinta y debía seguirse de forma secuencial, situación que ha transgredido la normativa dispuesta en el artículo 30° de la LCE y el artículo 61° del Reglamento de la LCE; pues, ENSA no cumplió con acreditar en el Expediente las obras que habría ejecutado en la zona de Olmos ni el costo incurrido por la construcción de las mismas, requisitos expresamente previstos en el artículo 61 del Reglamento de la LCE.

DÉCIMO NOVENO: Ahora bien, si bien, en el Expediente Administrativo aparece el Cronograma de Ejecución de Obras presentada por ENSA con su solicitud de ampliación, y en el cual se compromete a ejecutar obras a futuro a partir del mes de julio del año 2014; sin embargo, el MEM no podía aprobar una regularización de ampliación de concesión a ENSA, sin ceñirse al procedimiento pre establecido en el tantas veces mencionado ARTÍCULO 61 del Reglamento de la LCE, el cual implica la previa verificación de ejecución y termino de las obras comprometidas en la solicitud de ampliación; siendo que la autoridad están obligada a verificar los requisitos de valides contemplados en el procedimiento de regularización, ajustando su actuación de conformidad al principio de legalidad establecida en el numeral 1.1. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, que señala que: **“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”**; consecuentemente éste Colegiado concluye que la Resolución Suprema cuestionada no fue emitida conforme a derecho.

VIGÉSIMO: Que, en tal sentido, la Resolución Suprema N° 019-2014-EM se encuentra incurso en la causal de nulidad prevista en el artículo 10 inciso 1 de la Ley 27444, por contravenir a las leyes y normas reglamentarias; motivaciones por las que deberá ser REVOCADA la sentencia apelada.

IV).- DECISIÓN:

Por los fundamentos de esta resolución y con lo opinado por la Señora Fiscal Superior, de fojas 1401 a 1408.

A) REVOCARON la Sentencia emitida mediante Resolución 19, su fecha 30 de junio de 2016, que declara INFUNDADA la demanda en los extremos de la nulidad de la Resolución denegatoria ficta y de la Resolución Suprema N° 019-2014-MEM, así como de la indemnización por daños y perjuicios, e IMPROCEDENTE en el extremo del reconocimiento de derechos como concesionaria de distribución eléctrica; en los seguidos por CONSORCIO ELÉCTRICO DE VILLACURI S.A.C. contra el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS y la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL NORTE S.A. y el GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE como litisconsorte; REFORMÁNDOLA: DECLARARON FUNDADA en parte la demanda; en consecuencia, NULA la Resolución ficta por acogimiento al Silencio Administrativo Negativo; asimismo, NULA la Resolución Suprema N° 019-2014-EM del 07 de abril de 2014; por consiguiente, se reconozca a la demandante todos los derechos que le corresponde como concesionario de distribución de energía eléctrica para el proyecto Energético Tierras Nuevas en el Valle de Olmos, registrar las coordenadas de la zona que es titular y excluir estas coordenadas de solicitudes de terceros en acatamiento a la Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-GOB.LAMB-GRDOP; y, CONFIRMA en el extremo que declara INFUNDADA la petición de indemnización por daños y perjuicios.

B) ORDENARON devolver los autos al juzgado de origen.

En los seguidos por CONSORCIO ELECTRICO DE VILLACURI SAC COELVISAC contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, sobre nulidad de resolución administrativa. Notifíquese.-

TORRES VENTOCILLA

VILLANUEVA RIVERA

MARTINEZ GARIBAY



VISTO: El Expediente N° 11077497 organizado por Empresa de Generación Huanza S.A. – en adelante EMGHUANZA, persona jurídica inscrita en la Partida N° 11271598 del Registro de Personas Jurídicas de la Registratura de Lima y Callao, sobre concesión para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica en la futura Central Hidroeléctrica Huanza, y la solicitud

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Resolución Suprema N° 121-2001-EM/VME, publicada el 12 de julio de 2001, se otorgó a favor de EMGHUANZA concesión para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica en la futura Central Hidroeléctrica Huanza, ubicada en el distrito de Huanza, provincia de Huarochirí, departamento de Lima, aprobándose el Contrato de Concesión N° 179-2001, elevado a Escritura Pública el 11 de setiembre de 2001;

Que, mediante la Resolución Suprema N° 061-2005-EM, publicada el 12 de octubre de 2005, se aprobó a favor de EMGHUANZA la Primera al Contrato de Concesión N° 179-2001, a efecto de que se prorrogue el plazo para la ejecución de las obras previsto en el Calendario de Ejecución de Obras del proyecto, de manera tal que la puesta en operación comercial de la Central Hidroeléctrica Huanza se produzca en el plazo de cincuenta y dos (52) meses contados a partir del día siguiente de la fecha de publicación de la indicada Resolución;

Que, mediante la Resolución Suprema N° 050-2009-EM, publicada el 02 de julio de 2009, se aprobó a favor de EMGHUANZA la Segunda al Contrato de Concesión N° 179-2001, a efecto de que se prorrogue el plazo para el inicio de las obras en el mes de marzo de 2010 y la puesta en operación comercial en febrero de 2013;

Que, mediante Resolución Suprema N° 022-2010-EM, publicada el 21 de febrero de 2010, se aprobó la Tercera al Contrato de Concesión N° 179-2001, en los aspectos referidos al área de la concesión y un nuevo trazo del proyecto, con sus correspondientes planos de ubicación y coordenadas UTM PSAD56, sin alterar los plazos del Cronograma del Proyecto aprobado;

Que, mediante el documento con registro N° 2238804 de fecha 22 de octubre de 2012, Empresa EMGHUANZA solicitó la Cuarta al Contrato de Concesión N° 179-2001, en el aspecto referido a los bienes e instalaciones, debido a que se la potencia instalada señalada en el Proyecto inicial de la Central Hidroeléctrica Huanza, incrementándola de 86 MW a 90.6 MW;

Que, por otro lado, mediante los documentos con registros N° 2263447, N° 2313334 y N° 2335217 de fechas 24 de enero, 18 de julio y 15 de octubre de 2013, respectivamente, EMGHUANZA solicitó la postergación del Calendario Garantizado de Ejecución de Obras de la Central Hidroeléctrica Huanza por razones de Fuerza Mayor;

Que, conforme al procedimiento establecido en el literal e) del artículo 73 del Decreto Supremo N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, OSINERGMIN emitió los Informes N° GFE-USPP-16-2013, N° GFE-USPP-73-2013 y N° GFE-USPP-8-2014, concluyendo que los eventos producidos han sido sustentados y acreditados como Fuerza Mayor y, el plazo de ampliación solicitado se considera razonable;

Que, a de dar cumplimiento a lo establecido en el literal e) del artículo 73 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, la Dirección General de Electricidad comunicó a EMGHUANZA mediante el N° 0093-2014-MEM/DGE, el 23 de enero de 2014, que la fecha de la Puesta en Servicio del Segundo Grupo de Generación es el 31 de diciembre de 2013 y la Puesta en Servicio del Primer Grupo de Generación es el 31 de marzo de 2014;

Que, el concesionario ha cumplido con los requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, y la solicitud cuenta

con la opinión favorable a que se el Informe N° 708-2013-DGE-DCE, siendo procedente aprobar la Cuarta al Contrato de Concesión N° 179-2001, la misma que deberá ser elevada a Escritura Pública, incorporando en ésta el texto de la presente Resolución, e inscribirla en el Registro de Concesiones para la Explotación de Servicios Públicos del Registro de Propiedad Inmueble, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 56 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas;

Estando a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 53 y en el artículo 54 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas;

Con la opinión favorable del Director General de Electricidad y del Vice Ministro de Energía del Ministerio de Energía y Minas;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar la Cuarta al Contrato de Concesión N° 179-2001, a de la Cláusula Primera, la Cláusula Sexta y el Anexo N° 4, por las razones y fundamentos legales señalados en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2.- Autorizar al Director General de Electricidad, o a quien haga sus veces, a suscribir, en representación del Estado, la Minuta de la Cuarta Modificación al Contrato de Concesión N° 179-2011, aprobada en el artículo precedente y la Escritura Pública correspondiente.

Artículo 3.- El texto de la presente Resolución Suprema deberá insertarse en la Escritura Pública que dé origen la Cuarta al Contrato de Concesión N° 179-2001.

Artículo 4.- La presente Resolución Suprema, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 54 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, deberá ser publicada para su vigencia en el Diario El Peruano por una sola vez, y será al concesionario dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a dicha publicación, conforme al artículo 53 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Artículo 5.- La presente Resolución Suprema será refrendada por el Ministro de Energía y Minas.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República

ELEODORO MAYORGA ALBA
Ministro de Energía y Minas

1071437-9

Aprueban ampliación de la zona de concesión de distribución de energía eléctrica solicitada por ELECTRONORTE S.A. y el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94

RESOLUCIÓN SUPREMA N° 019-2014-EM

Lima, 7 de abril de 2014

VISTO: El Expediente N° 15018393, sobre regularización de ampliación de concesión de nítiva de distribución de energía eléctrica, organizado por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. - ELECTRONORTE S.A., persona jurídica inscrita en el Asiento N° 1, Folio N° 347 del Tomo N° 38 del Registro de Sociedades Mercantiles del Departamento de Lambayeque;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Suprema N° 003-95-EM, publicada el 08 de enero de 1995, se otorgó a favor

de ELECTRONORTE S.A., concesión para desarrollar las actividades de distribución de energía eléctrica con carácter de Servicio Público de Electricidad, suscribiéndose el Contrato de Concesión N° 029-94, elevado a Escritura Pública el 17 de marzo de 1995;

Que, en virtud de la Resolución Suprema N° 063-99-EM, publicada el 02 de mayo de 1999, se aprobó la regularización de la ampliación de la concesión, suscribiéndose el Addendum N° 1 al citado Contrato de Concesión, elevado a Escritura Pública el 08 de junio de 1999;

Que, en virtud de la Resolución Suprema N° 104-2001-EM, publicada el 02 de junio de 2001, se aprobó la regularización de la ampliación de la concesión, suscribiéndose el Addendum N° 2 al citado Contrato de Concesión, elevado a Escritura Pública el 02 de agosto de 2001;

Que, en virtud de la Resolución Suprema N° 072-2006-EM, publicada el 16 de noviembre de 2006, se aprobó la regularización de la ampliación de la concesión, suscribiéndose el Addendum N° 3 al citado Contrato de Concesión, elevado a Escritura Pública el 13 de enero de 2007;

Que, en virtud de la Resolución Suprema N° 004-2007-EM, publicada el 26 de enero de 2007, se aprobó la regularización de la ampliación de la concesión, suscribiéndose el Addendum N° 4 al citado Contrato de Concesión, elevado a Escritura Pública el 10 de mayo de 2007;

Que, mediante las Cartas N° GR-0790-2013 (Registro N° 2283711), N° GR-1298-2013 (Registro N° 2296081) y N° GR-1338-2013 (Registro N° 2297058), ingresadas el 12 de abril, 3 de junio y 5 de junio de 2013, respectivamente, ELECTRONORTE S.A. presentó la solicitud de regularización de ampliación de concesión de distribución de energía eléctrica para desarrollar la actividad de distribución de energía eléctrica que comprende la zona Pampas de Olmos, ubicada en el departamento de Lambayeque, provincia de Lambayeque, distritos de Olmos y Jayanca, cuyas coordenadas UTM

Que, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, y en el artículo 61 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-93-EM, el concesionario ha solicitado la ampliación de sus zonas de concesión, cumpliendo con el procedimiento y los requisitos establecidos en las citadas normas, lo que ha dado lugar a la opinión contenida en el Informe N° 082-2014-DGE-DCE, el que concluye que se debe aprobar la citada ampliación así como el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94;

Estando a lo dispuesto en los literales e) y g) del artículo 61 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-93-EM;

Con la opinión favorable del Director General de Electricidad y el visto bueno del Vice Ministro de Energía del Ministerio de Energía y Minas;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar la ampliación de la zona de concesión de distribución de energía eléctrica solicitada por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. - ELECTRONORTE S.A. y el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94.

Artículo 2.- La ampliación aprobada en el artículo que antecede, comprende la zona de concesión que a continuación se señala, la cual está delimitada por las coordenadas UTM en el sistema PSAD56, que en los planos obrantes en el Expediente y comprende la siguiente zona de concesión:

ZONA DE CONCESIÓN	Distrito	Provincia	Departamento	Plano N°
Pampas de Olmos	Olmos y Jayanca	Lambayeque	Lambayeque	PAM_OLM 01

Artículo 3.- Autorizar al Director General de Electricidad, o a quien haga sus veces, a suscribir,

en representación del Estado, el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94 y la Escritura Pública correspondiente.

Artículo 4.- El texto de la presente Resolución Suprema deberá insertarse en la Escritura Pública a que dé origen el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94.

Artículo 5.- La presente Resolución Suprema, en cumplimiento de lo dispuesto por el literal g) del artículo 61 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-93-EM, será al concesionario y deberá ser publicada para su vigencia por cuenta del mismo en el Diario El Peruano por una sola vez, dentro de los cinco (5) días

Artículo 6.- La Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. - ELECTRONORTE S.A. asume exclusivamente las responsabilidades por las consecuencias que se deriven del artículo 30 de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

Artículo 7.- La presente Resolución Suprema será refrendada por el Ministro de Energía y Minas.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República

ELEODORO MAYORGA ALBA
Ministro de Energía y Minas

1071437-10

Otorgan a favor de ATN 1 S.A. la concesión definitiva para desarrollar la actividad de transmisión de energía eléctrica en Línea de Transmisión S.E. Paragsha II - S.E. Francoise, ubicada en el departamento de Pasco

**RESOLUCIÓN SUPREMA
N° 020-2014-EM**

Lima, 7 de abril de 2014

VISTO: El Expediente N° 14331013 sobre otorgamiento de concesión para desarrollar la actividad de transmisión de energía eléctrica, presentado por ATN 1 S.A., persona jurídica inscrita en la Partida N° 12489576 del Registro de Personas Jurídicas, Zona Registral N° IX

CONSIDERANDO:

Que, la solicitud de concesión para desarrollar la actividad de transmisión de energía eléctrica comprende la Línea de Transmisión 220 kV S.E. Paragsha II – S.E. Francoise, ubicada en los distritos de Huayllay y Simón Bolívar, provincia y departamento de Pasco, cuyas

Que, mediante la Resolución Directoral N° 016-2013-GRP/GRDE/DREM, de fecha 02 de julio de 2013, la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional de Pasco, aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del "Proyecto Eléctrico Línea de Transmisión en 220 kV S.E. Paragsha II – S.E. Francoise";

Que, la petición de concesión está amparada en las disposiciones contenidas en el artículo 25 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, y en los artículos pertinentes de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, habiendo cumplido con los requisitos legales para su presentación;

Que, la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, luego de haber verificado y evaluado que la empresa peticionaria ha cumplido con los requisitos establecidos en la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, ha emitido el Informe N° 035-2014-DGE-DCE;