

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Resolución Directoral N° 138-
2014-EM/DGE

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

Alejandra Michelle Podesta Gutarra

ASESOR:

Lucio Andrés Sánchez Povich

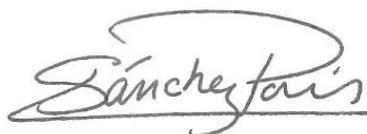
Lima, 2024

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 Directoral N° 138-2014-EM/DGE", del autor(a) ALEJANDRA MICHELLE PODESTA GUTARRA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 21%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 08/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y 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, 11 de julio del 2024

<u>LUCIO ANDRES SANCHEZ POVIS</u>	
DNI: 43460854	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	
	Firma:

RESUMEN

Este trabajo analiza la controversia por la superposición de concesiones de distribución de energía en la zona de Olmos entre la empresa Electronorte S.A. (ENSA) y la empresa Consorcio Eléctrico de Villacurí S.A.C. (COELVISAC). COELVISAC obtuvo una concesión de distribución sobre esta zona el 22 de enero de 2014 que le fue otorgada por la Dirección Regional de Energía y Minas de Lambayeque a través de la Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-GR/LAMB/GRDP. Sin perjuicio de ello, con fecha 07 de abril de 2014 ENSA obtiene una ampliación de la concesión de distribución por la misma zona a través de la Resolución Suprema N° 019-2014-EM emitida por la Dirección General de Electricidad (DGE) del MINEM.

Es así que COELVISAC presentó un recurso de reconsideración ante la DGE con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N° 019-2014-EM. Al revisar este recurso, identificamos los siguientes problemas que analizaremos para determinar si la concesión fue otorgada correctamente: i) si el MINEM tenía competencia para emitir dicha Resolución, ii) si alguna de las partes tenía un mejor derecho para recibir la concesión, iii) si el procedimiento de ampliación se realizó adecuadamente y iv) si se vulneró el principio de subsidiariedad.

Se concluirá que no existen razones para sostener la nulidad de la Resolución N° 019-2014-EM, ya que fue emitida por la entidad competente, el MINEM. Asimismo, ENSA tenía un mejor derecho, el procedimiento seguido fue conforme a Derecho y el principio de subsidiariedad no se ha vulnerado.

Palabras clave

Superposición de concesiones, distribución de energía, competencia, subsidiariedad, derecho de exclusividad.

ABSTRACT

This paper analyzes the controversy surrounding the overlapping concessions of energy distribution in the Olmos area between Electronorte S.A. (ENSA) and Consorcio Eléctrico de Villacurí S.A.C. (COELVISAC). In this case, COELVISAC obtained a distribution concession for this area on January 22, 2014, granted by the Regional Directorate of Energy and Mines of Lambayeque through Regional Managerial Resolution No. 004-2014-GR/LAMB/GRDP. However, on April 7, 2014, ENSA obtained an extension of the distribution concession for the same area through the Supreme Resolution No. 019-2014-EM issued by the General Directorate of Electricity (DGE) of the MINEM.

COELVISAC then filed a motion for reconsideration with the DGE, seeking to nullify Resolution No. 019-2014-EM. Upon reviewing this motion, we identified the following issues to determine whether the concession was granted correctly: i) whether MINEM had the authority to issue this Resolution, ii) whether either party had a better right to receive the concession, iii) whether the extension procedure was carried out properly, and iv) whether the principle of subsidiarity was violated.

It will be concluded that there are no reasons to uphold the annulment of Resolution N° 019-2014-EM, as it was issued by the competent authority, MINEM. Furthermore, ENSA had a better right, the procedure followed was in accordance with the law, and the principle of subsidiarity was not violated.

Keywords

Overlap of concessions, energy distribution, administrative competence, subsidiarity, right of exclusivity.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
1.2 Presentación del caso	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	8
2.1 Antecedentes	8
2.2 Hechos relevantes del caso.....	9
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
3.1 Problema principal (P1)	12
3.2 Problemas secundarios (P2) y problemas complementarios	13
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	14
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	14
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	15
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	16
5.1. Sobre la competencia de la dirección general de electricidad del ministerio de energía y minas para otorgar la ampliación	16
5.1.1. El proceso de descentralización y los gobiernos regionales en relación con la competencia del MINEM.	17
5.1.2. Las competencias implícitas en el margen de descentralización y el principio de legalidad	19
5.2. Sobre el desarrollo del procedimiento para obtener la ampliación de concesión presentado por ENSA	22
5.2.1. Procedimiento de ampliación y regularización	22
5.2.2. Sobre la actuación de la Administración	23
5.3. Sobre la existencia de un mejor derecho: el derecho oponible a partir de la publicación de los carteles y su inscripción en Registros Públicos	25
5.3.1. Sobre la exclusividad de los carteles	26
5.3.2. Sobre su inscripción en Registros Públicos	28
5.4 Sobre el principio de subsidiariedad y su aplica al caso de ENSA	32
5.4.1.La evolución de la empresa pública en el contexto peruano	35
5.4.2. Sobre la competencia para analizar la subsidiariedad por el Ministerio de Energía y Minas y su aplicación a ENSA en sentido estricto	38
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	42
ANEXOS	46

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución Directoral N° 138-2014-EM/DGE
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Administrativo y Derecho de Energía
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-GR/LAMB/GRDP • Resolución Supremo N° 019-2014-EM • Resolución Directoral N° 138-2014-EM/DGE
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Consortio Eléctrico de Villacurí S.A.C
DEMANDADO/DENUNCIADO	Electronorte S.A.
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Administrativa
TERCEROS	No aplica
OTROS	No aplica

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

En el presente caso nos encontramos frente a una controversia de superposiciones de concesiones de distribución de energía. Para resolver esta deberemos analizar distintos temas que revierten una gran relevancia en el sector de energía, para con el Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Económico. Los temas a abordar para resolver esta controversia serán la descentralización, el procedimiento regular para obtener una concesión de energía y una ampliación, las implicancias del derecho de exclusividad obtenido de la publicación de carteles y la inscripción en el Registro y la participación de empresas públicas de distribución de energía en relación con el principio de subsidiariedad.

En primer lugar, este expediente podrá permitirnos explorar las competencias que han sido brindadas a los Gobiernos Regionales en materia de energía así como desarrollar cómo es que estas conversan a partir del proceso de descentralización con el Gobierno Central sin que se vean menoscabadas las competencias que le han sido atribuidas.

En segundo lugar, nos brindará la posibilidad de explorar dos procedimientos relacionados con la distribución de energía: el procedimiento de ampliación y el procedimiento de solicitud de concesión. De este modo, se profundizará en los requisitos de cada uno a luz de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844 y su Reglamento, el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, con lo cual podremos afirmar que el procedimiento se ha realizado de manera adecuada y la Dirección General de Electricidad ha actuado acorde a los principios del procedimiento administrativo a la hora de otorgar la Resolución N° 0019-2014-EM.

En tercer lugar, se buscará analizar si en el caso en cuestión existía un mejor derecho, desde el punto de vista de quién publicó los carteles primero en virtud de lo que establece sobre este aspecto la Ley de Concesiones Eléctricas. Así

como por la inscripción del contrato de concesión en Registros Públicos en vista de la aplicación de los principios registrales. Bajo lo cual, nos permitirá sustentar que habiendo analizado ambos aspectos, solo se podrá hablar de un mejor derecho en el caso de la ampliación de distribución a favor de ENSA.

Finalmente, se evaluará si, en primer lugar, podemos hablar del principio de subsidiariedad en el marco del procedimiento administrativo para obtener una concesión y, sin perjuicio de ello, se podría sustentar la vulneración de este principio en los hechos. Respecto al primer extremo, podremos ver que este principio no resulta procedente analizarlo en el marco del procedimiento administrativo; no obstante, sin perjuicio de ello, este principio no se estaría viendo vulnerado en el caso en cuestión.

Como podemos apreciar, el análisis del presente expediente nos permitirá brindar una conclusión y zanjar temas relevantes como las competencias de los Gobiernos Regionales en virtud de la descentralización, aspectos referentes al procedimiento de ampliación de distribución de energía y la participación de las empresas públicas en la actividad económica.

1.2 Presentación del caso

En el presente caso tenemos que las empresas Electronorte S.A. (en adelante, ENSA) y Consorcio Eléctrico de Villacurí S.A.C (en adelante, COELVISAC) obtuvieron una concesión de distribución energía eléctrica sobre la zona de Olmos, las cuales se superponían entre sí. ENSA por su parte presentó su solicitud de ampliación de concesión el 12 de abril de 2013 ante la Dirección General de Electricidad (en adelante, DGE) del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MINEM), mientras que COELVISAC con fecha 10 de junio de 2013 presentó su solicitud de concesión definitiva de distribución de energía hasta 30 MV a la Dirección de Energía y Minas (en adelante, DEM) de la Dirección Regional de Desarrollo Productivo del Gobierno Regional de Lambayeque (en adelante, GRL).

A pesar de esta superposición con fecha 22 de enero de 2014 por medio de la Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-GR/LAMB/GRDP, COELVISAC obtuvo la concesión y, posteriormente, con fecha 21 de abril de 2014, por medio de la Resolución Suprema N° 019-2014-EM, ENSA obtuvo la ampliación de concesión.

Los problemas que se derivan de este caso son cuestionamientos relacionados a la competencia que tenía la DGE para brindar la ampliación de concesión de energía eléctrica, debido a que se habría brindado la potestad de brindar concesiones de energía eléctrica al GRL. De igual manera, se llega a cuestionar el procedimiento que realizó ENSA por cuanto su solicitud de ampliación no resulta clara. Asimismo, si alguna de estas empresas ostentaban un mejor derecho sobre la zona de ampliación debido a quién publicó los carteles primero y quién inscribió la concesión en Registros Públicos primero. Finalmente, si resulta válido en relación con el principio de subsidiariedad que se brinde una concesión de energía a una empresa pública sobre una empresa privada.

A partir del análisis que se realizará se llegará a la conclusión de que i) la concesión de energía eléctrica obtenida por ENSA no cuenta con vicio alguno, ya que fue otorgada por la autoridad competente, ii) no existe un vicio alguno en el procedimiento, pues la Administración ha actuado acorde a derecho, iii) ENSA tiene un mejor derecho en virtud de que esta habría publicado los carteles antes que COELVISAC y no resultaría posible señalar que COELVISAC tenga un mejor derecho por haber registrado la concesión en Registros Públicos tomando en cuenta la naturaleza de la concesión y iv) ENSA ha actuado y actúa acorde al principio de subsidiariedad.

Los instrumentos jurídicos que nos permitirán arribar a estas respuestas serán a modo de ejemplo el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y el Decreto Supremo N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Contrataciones Eléctricas, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la Ley de Bases de Descentralización, la Constitución Política de Perú y la Resolución Ministerial N° 321-83-EM/DGE. Asimismo, se recurrirá a distintos autores con el objeto de analizar los instrumentos jurídicos que nos permitirán desarrollar

esta controversia tales como el concepto de descentralización, competencia, principios como el principio de legalidad, el principio de informalismo, concesión de servicios públicos principio de subsidiariedad, entre otros, que nos permitirán arribar a las conclusiones antes indicadas.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

Para poder entender el caso mejor, resulta necesario entender quiénes son los actores en el mismo, en ese sentido, en este apartado desarrollaremos brevemente quiénes son las empresas que participan en el proceso y cuál sería su interés para obtener la concesión de energía de la zona de Olmos.

Por un lado, tenemos a la empresa ENSA, la cual es una empresa constituida por medio de la Resolución Ministerial N° 321-83-EM/DGE del 21 de diciembre de 1983 bajo el tenor de lo establecido en el entonces vigente Reglamento de la Ley General de Electricidad con el objetivo de brindar el servicio de distribución de energía. Asimismo, cabe destacar que a la fecha de la controversia esta contaba con 99.99% de accionariado de FONAFE y el resto de agentes privados (FONAFE 2013, p.1)

La empresa en mención desde 1995 cuenta con una concesión para desarrollar actividad de distribución de energía eléctrica otorgada por medio de la

Resolución Suprema N° 003-95-EM, la que ocasionó la suscripción del Contrato de Concesión N° 029-94. Este último ha sido objeto de adendas en distintas oportunidades, siendo que a la fecha de la controversia ya contaba con su cuarta adenda de ampliación de concesión de distribución.

Por otro lado, tenemos a la empresa COELVISAC, empresa privada de energía constituida en 1993, la cual desde 1995 ha trabajado en la distribución de energía iniciando por la concesión otorgada de distribución de energía eléctrica en Villacurí.

En virtud de su expertise en la materia estos son contactados por la empresa H2Olmos S.A., empresa especializada en el abastecimiento de agua, para que desarrolle el Proyecto Energético de Tierras Nuevas. H2Olmos desde 2010 es titular de la “Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de las Obras del Proyecto de Irrigación Olmos”. Esta fue objeto de una quinta adenda en 2013 por medio de la cual se establece que, dado que como parte del proyecto se debe implementar infraestructura eléctrica, se autoriza a H2Olmos a encargar esta implementación a favor de un tercero.

Es así que H2Olmos firma el contrato de concesión de alícuota con COELVISAC por lo cual se le otorga hasta el 95% de la alícuota a esta última para que implemente la Línea de Transmisión de 150 MVA y la infraestructura que es requerida.

Como se puede observar, tanto ENSA como COELVISAC son empresas que del sector energético con el interés propio de crecimiento en Lambayeque, motivo por el cual, como resulta lógico, mantienen interés en la zona de Olmos y los proyectos que puedan realizarse allí.

2.2 Hechos relevantes del caso

Como ya se ha indicado anteriormente, en este caso estamos ante una superposición de concesiones lo cual ocurrió en virtud de que tanto ENSA como COELVISAC solicitaron a entidades distintas, el MINEM y el GRL

respectivamente, el otorgamiento de la concesión de distribución de energía sobre la zona de Olmos. Es así que nos encontramos frente a dos procedimientos administrativos distintos.

Por un lado, ENSA solicitó el 12 de abril de 2013 por medio de la carta N° GR-0790-2013 a la DGE del MINEM la ampliación de la concesión definitiva de distribución de la Zona de Olmos Este y Oeste. Cabe resaltar que los documentos remitidos solicitando la ampliación se encontraban rotulados de forma indistinta como “solicitud de regularización y ampliación” y otros como “solicitud de ampliación”. Dos meses más tarde, el 10 de junio de 2013, COELVISAC remite su solicitud por medio de la carta N° CEV 2176-2013/GRP-UNL ante la DRE del GRL solicitando la concesión de distribución de energía eléctrica sobre la zona de Olmos.

Ante esta última solicitud, el GRL mediante el Oficio N° 1493-2013-GR-LAMB/GRDP-DEM remitido el 18 de julio de 2013 consulta a la DGE del MINEM si la zona de Olmos se encuentra libre o cuenta actualmente con un concesionario. Estos obtienen respuesta de parte de la DGE el 15 de agosto indicando que han admitido la solicitud de ampliación de concesión definitiva a favor de la empresa ENSA y que la misma se encuentra en ese momento en trámite, la cual es posteriormente notificada a COELVISAC. Estos últimos remiten una carta indicando que el expediente al que hace referencia la DGE se encuentra archivado, por lo que con esta información la DEM remite el Oficio N° 2265-2013-GR-LAMB/GRDP-DEM a la DGE. En este le indican que se proceda a excluir de la zona petitionada a cualquier otro interesado por cuanto existe un trámite en curso con la empresa COELVISAC y que reiteran este extremo, ya que el procedimiento que había señalado a favor de la empresa ENSA figura como archivada.

Sin más intercambios de comunicaciones, ambas entidades continuaron con sus respectivos procedimientos. Siendo así, el 20, 21 y 22 de agosto, ENSA realizó su publicación de carteles a los cuales no se interpuso oposición alguna. De igual manera, COELVISAC realizó su publicación de carteles con fechas 11 y 12 de diciembre de 2013, también sin que medie oposición de parte de ENSA.

En virtud de que ninguna empresa interpuso su oposición ante la publicación de carteles en el plazo establecido por la norma, los trámites de ambas continuaron.

Finalmente, es COELVISAC quien obtiene el 22 de enero de 2014 la Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-GR/LAMB/GRDP que le otorgaba la concesión definitiva para desarrollar la actividad de distribución de energía eléctrica sobre la zona de Olmos. En respuesta, el MINEM por medio del Oficio N° 024-2014-MEM/VME remitió una comunicación en la que solicitaba que se declare de oficio la nulidad de dicha Resolución al trasgredir el artículo 30 del Decreto Legislativo N° 25844. Sin perjuicio de ello, el GRL hizo caso omiso de ello.

La misma línea siguió COELVISAC, por cuanto el 11 de marzo de 2014 solicitó a la DGE del MINEM el otorgamiento de concesión definitiva para desarrollar la actividad de transmisión de energía eléctrica en la zona de Olmos. Estos por medio de la Resolución Directoral N° 138-2014-EM/DGE declararon improcedente esta solicitud reiterando que ENSA tenía en curso un procedimiento de ampliación sobre dicha zona, el cual al haber publicado sus carteles contaba con exclusividad, por lo cual declararon improcedente su solicitud.

Bajo dicho criterio, la DGE otorga a ENSA el 07 de abril de 2014 por medio de la Resolución Suprema N° 019-2014-EM la ampliación de la zona de concesión de distribución de energía eléctrica solicitada.

Debido a que es imposible que dos empresas realicen el servicio de distribución sobre la misma zona por las características propias de dicho servicio, ante la publicación de esta Resolución COELVISAC presentó hasta dos recursos extraordinarios de reconsideración contra la Resolución Suprema N° 019-2014-EM emitida por la DGE. Por medio de estos recursos solicitaban se declare la nulidad de dicha Resolución. En este recurso de reconsideración se señaló puntualmente lo siguiente:

- Se desconocían las competencias que han sido conferidas al Gobierno Regional con dicha autorización por cuanto la DGE no tenía la competencia para realizar este trámite.
- Sería incorrecto afirmar que ENSA cuenta con un mejor derecho por cuanto publicó primero sus carteles primero, pues en la práctica quien contaría con un mejor derecho es COELVISAC al haber ingresado a Registros Públicos su contrato de concesión.
- Resulta inviable que una empresa pública como ENSA realice la distribución sobre la zona de Olmos, al ser esta una empresa privada en virtud del principio de subsidiariedad.
- El procedimiento tramitado con por ENSA no se sujeta a lo establecido en el art. 61 de la LCE, por cuanto se ha solicitado un procedimiento de regularización y esta empresa no tiene trabajada esta zona.

Estos recursos no fueron atendidos, por lo que COELVISAC se acogió al silencio administrativo negativo ante la falta de respuesta.

Ahora bien, en vista de que no se cuenta con una Resolución final en la que expresamente se declare infundado el recurso de reconsideración de COELVISAC, se ha establecido como resolución a analizar a efectos de este informe la Resolución Directoral N° 138-2014-EM/DGE que declara improcedente la solicitud de concesión de transmisión de energía. Pese a ello, en las siguientes líneas lo que analizaremos será el recurso de reconsideración, tomando en cuenta la Resolución Directoral N° 138-2014-EM/DGE como aquella que nos brinda expresamente la postura del MINEM respecto a este suceso.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal (P1)

- ¿ENSA debió obtener la concesión de Energía eléctrica sobre la Zona de Olmos?

3.2 Problemas secundarios (P2) y problemas complementarios

- **P2.1:** ¿La Dirección General de Electricidad contaba con competencia para brindar la ampliación de concesión de energía?
 - ¿Qué competencias tienen los Gobiernos Regionales?
 - ¿Qué competencias tiene el MINEM?
 - ¿Cómo se dio, si es que existió, el proceso de descentralización de las competencias?
 - ¿La ampliación puede resultar una competencia implícita?

- **P2.2:** ¿Se realizó de forma adecuada el procedimiento de ampliación y regularización de la concesión de distribución presentada por ENSA?
 - ¿Qué es un procedimiento de ampliación y sus requisitos?
 - ¿Qué es un procedimiento de regularización y cuáles son sus requisitos?
 - ¿Qué implicancias tiene el mal rotulado de las solicitudes intercambiadas por ENSA en relación al procedimiento?

- **P2.3:** ¿Quién tiene un mejor derecho sobre la concesión de distribución de energía en la zona de Olmos?
 - ¿Los carteles brindan exclusividad a ENSA al haber sido el primero en publicarlos?
 - ¿Resulta relevante jurídicamente la inscripción en Registros Públicos?

- **P2.4:** ¿Es factible que una empresa pública como ENSA obtenga la ampliación de concesión de energía sobre una empresa privada como COELVISAC?
 - ¿Qué es el principio de subsidiariedad?
 - ¿El MINEM tenía competencia para analizar este principio?
 - ¿Cómo se debe entender este principio en el marco de este procedimiento?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

- **P1:** ¿ENSA debió obtener la concesión de energía eléctrica?

Sí, pues la ampliación otorgada fue brindada por la entidad competente, que es la DGE. Asimismo, el trascurso del procedimiento fue realizado acorde a la norma y a los principios del procedimiento administrativo. Además contaba con exclusividad sobre el terreno, dado que esta publicó los carteles primero. Finalmente, si bien no se puede cuestionar la subsidiariedad en instancia administrativa, se puede afirmar que la participación de esta empresa no vulnera en ningún extremo este principio.

- **P2.1:** ¿La DGE contaba con competencia para brindar la ampliación de concesión de energía?

Sí, dado que por medio de la Resolución Ministerial N° 009-2008/MEM/DM se brinda a los Gobiernos Regionales exclusivamente la facultad de brindar concesiones, por lo que la competencia de brindar ampliaciones y regularización sigue recayendo al Gobierno Central, es decir, al MINEM a través de la DGE.

- **P2.2:** ¿Se realizó de forma adecuada el procedimiento de ampliación presentado por ENSA?

Sí, debido a que sin perjuicio de que la empresa haya usado la nomenclatura “regularización” y “ampliación” indistintamente a lo largo del procedimiento se podía deducir tanto de los requisitos presentados como

del contenido de estos que ENSA hacía alusión a una solicitud de ampliación, por lo que esta imprecisión no implica que se haya realizado un procedimiento de forma inadecuada.

- **P2.3:** ¿Quién tiene mejor derecho sobre la zona de Olmos?

ENSA por cuanto al encontrarnos en el margen de un procedimiento de ampliación, la norma establece que a partir de la publicación de los carteles se brinda exclusividad sobre la zona.

De igual manera, ya que los efectos del Registro en nuestro ordenamiento son declarativos y la concesión no brinda derechos reales, la inscripción en Registros Públicos no repercute en la validez del otorgamiento de la ampliación de concesión.

- **P2.4:** ¿Es factible que una empresa pública como ENSA obtenga la ampliación de concesión de energía sobre una empresa privada como COELVISAC?

En principio, es necesario recalcar que la DGE al momento de otorgar la ampliación, en virtud del principio de legalidad, se restringe a analizar los requisitos, por lo que un análisis de subsidiariedad en este extremo está fuera de toda duda. Sin perjuicio de ello, recalcamos que la actuación de ENSA no resulta contraria al principio de subsidiariedad al haber sido validados los requisitos formales para su existencia por el ordenamiento y debido a que su actividad ha sido desde un inicio con carácter subsidiario.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

En virtud de lo expuesto, estoy de acuerdo con que la DGE del MINEM haya otorgado la concesión de ampliación a ENSA para realizar la distribución de energía sobre esta zona. Sostengo ello debido a que, en primer lugar, el acto ha

sido otorgado por la entidad competente que en este caso es la Dirección General de Electricidad del MINEM.

En segundo lugar, este procedimiento no presenta vicio alguno en su tramitación, ya que la Administración en este caso ha actuado acorde a los principios del procedimiento administrativo.

En tercer lugar, considero que en caso de que se discuta un “mejor derecho”, ENSA estaría en dicha posición al haber publicado primero los carteles obteniendo así un derecho de exclusividad en el marco del procedimiento de ampliación. Asimismo, de ninguna forma la inscripción en Registros Públicos puede ser considerada como motivo para declarar la invalidez del acto o como un impedimento para otorgar este acto.

Finalmente, sostengo que, sin perjuicio de que una instancia administrativa no es la adecuada para discutir el principio de subsidiariedad, en el presente caso no se ha visto vulnerado este principio.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. Sobre la competencia de la dirección general de electricidad del ministerio de energía y minas para otorgar la ampliación

Con el objeto de analizar la competencia en este caso, profundizaremos en la norma que regula el procedimiento de ampliación de distribución, es decir, la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE). Publicada en 1992 y vigente hasta el día de hoy, esta ofrece el marco regulatorio en lo que respecta a las actividades de “generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica” (LCE, Art. 1, 1992). Asimismo, por medio del artículo 3 indica que para realizar las primeras tres actividades los particulares requerirían la obtención de una concesión (LCE, 1993). Es así que reguló tres supuestos en cuanto al servicio de distribución: la solicitud de concesión, la solicitud de ampliación y la regularización de ampliación.

Todos estos procedimientos en un inicio debían ser tramitados frente al MINEM; no obstante, esto fue cambiando con el transcurso del tiempo, ya que a partir del proceso de descentralización se empezaron a derivar las competencias a los Gobiernos Regionales. Es así que para determinar si es que en nuestro caso la competencia para brindar ampliaciones fue derivada al Gobierno Regional de Lambayeque, en principio, analizaremos cómo se llevó a cabo este proceso y si es que esta competencia fue conferida. Luego de ello, se realizará un breve análisis sobre la posibilidad de que se haya brindado una atribución implícita al momento de derivar competencias.

5.1.1. El proceso de descentralización y los gobiernos regionales en relación con la competencia del MINEM.

La competencia puede ser analizada desde dos perspectivas: i) como principio de organización estatal y ii) como requisito de validez del acto administrativo. En ese sentido, al hablar de la competencia nos referiremos a aquellas atribuciones que han sido conferidas a distintas entidades que conforman el Estado en virtud de la cual estos pueden actuar (Cassagne, 2010, p.268). Por consiguiente, podemos entender que una entidad solo podrá actuar en el marco de las funciones que le han sido atribuidas. Asimismo, es importante destacar que esta atribución, finalmente es la que configura la competencia como requisito de validez del acto emitido por determinada entidad. Ello por cuanto, de no poseer la competencia para atribuir el acto en cuestión, este presentará un vicio de validez en rigor de lo establecido en el art. 10 del TUO de la Ley 27444(en adelante, TUO de la LPAG) (1992).

En ese contexto, al encontrarnos ante la distribución de competencias de una entidad a otra territorialmente distinta nos permite afirmar que nos encontraríamos ante un supuesto de descentralización (Cassagne, 2010, p.282). Como indica Brewer Carías, la descentralización se erige como un principio de organización del Estado por medio del cual se traspasa la competencia de una entidad a otra distinta territorialmente distinta (2007, p.599). Es decir, a través de este mecanismo el Gobierno Central traslada competencias para realizar distintas actividades administrativas que

inicialmente formaban parte de sus competencias a otras entidades territorialmente distintas, tales como los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales. Por lo tanto, una vez que se efectúa este traslado de competencias, el Gobierno Central no podrá realizar la actividad administrativa que ha sido trasladada.

Como indica Montoya Chávez, la descentralización tiene como objetivo el desarrollo global del país a través de la derivación de competencias a los distintos niveles de gobierno (2012, pág. 252). Es decir, con esta se buscaría que tanto el Gobierno Nacional, Gobierno Regional y Gobierno Local puedan tener atribuciones suficientes para gestionar y brindar una mejor respuesta a las necesidades locales.

En nuestro contexto no fue sino hasta 2002 que se inició este proceso en el país con la promulgación de una serie de normas dentro de las cuales la Ley de Bases de Descentralización, Ley 27783 (en adelante, LBD) sería la que sentaría los cimientos de la articulación normativa estableciendo las competencias que les serían atribuidas a los distintos niveles de Gobierno (Montoya Chávez, 2012, p.251). Posteriormente a esta norma se promulgó la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (en adelante, LOGR) y en 2003, la Ley N° 27872, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, LOM) con el objeto de articular el margen de actuación de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales establecidos a la LBD.

Es así que inició el camino a la efectivización de la transferencia de funciones. Por medio de los Decretos Supremos N° 021-2006-PCM, N° 068-2006-PCM y 036-2007-PCM establecieron una serie de competencias en materia de energía y minas a transferir a los Gobiernos Regionales una vez estos se hayan acreditado para realizarlas. Esta acreditación se completó en 2007, confirmada por las Resolución de Secretaría de Descentralización N° 020-2007-PCM/SD y la Resolución de Secretaría de Descentralización N° 029-2007-PCM/SD que daba cuenta de ello.

Siendo así, para el caso particular de los departamentos de Apurímac, Cusco, La Libertad, Lambayeque, Moquegua, San Martín, Puno y Tumbes, este traspaso se dio por medio de la Resolución Ministerial N° 009-2008/MEM/DM. En el caso particular del GRL en materia de energía fueron transferidas las funciones establecidas en el artículo 59 de la LOGR incisos a, b, d, g y h fueron transferidas (2002). Es el inciso d el cual brinda al GRL la competencia de otorgar concesiones para mini centrales de generación eléctrica (LOGR, 2002).

Por medio de la Resolución Ministerial N° 139-2008-MEM/DM de fecha 11 de enero de 2008, se aprobó relación de procedimientos a cargo de las Direcciones Regionales de Energía y Minas. De la revisión del TUPA anexo a la misma, encontramos que efectivamente se delegó al GRL el otorgamiento de concesiones de distribución con una demanda no mayor a 30 MW con fines de servicio público; no obstante, de la revisión del TUPA adjunto a dicha resolución, se aprecia que respecto a la regularización de ampliación esta competencia no habría sido delegada.

Por todo lo expuesto, resulta claro que efectivamente le fue conferida al GRL la competencia de otorgar concesiones de distribución; no obstante, también resulta necesario resaltar que solo se le brindó dicha competencia, mas no se ha señalado expresamente la competencia para realizar otros procedimientos tales como la el otorgamiento de ampliaciones y regularizaciones.

5.1.2. Las competencias implícitas en el margen de descentralización y el principio de legalidad

Ahora bien, podría ser objeto de cuestionamiento si la ampliación también forma parte de las funciones del GORE de Lambayeque en calidad de “competencia implícita del mismo”. Para desarrollar ello, deberemos profundizar necesariamente en el principio de legalidad y la noción de competencia implícitas.

En primer lugar, en cuanto al principio de legalidad, este se encuentra regulado en el numeral 1 del artículo IV del TUO de la LPAG (Decreto

Supremo N° 004-2019-JUS, 2019). Este señala que “las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas”. Al respecto, Morón Urbina señala que a diferencia de los privados, los sujetos arraigados al Derecho Público, solo se encuentran facultados de hacer lo que la norma le permite siendo esta una exigencia de que el actuar de la entidad pública se subordine a lo dictado por la norma (2019, p.78). En relación con lo antes expuesto, como señala Guzmán Napurí se reduce con ello el margen discrecionalidad por cuanto la Administración al emitir algún acto debe actuar acorde a las facultades previstas (2009, p.231).

De lo expuesto, entendemos que el actuar de la Administración debe ir acorde a lo que se ha señalado en la norma, siendo que ir en contra de esta o excederse de la misma, emitiendo por ejemplo actos que no se encuentra facultado para realizar, sería una violación clara al principio de legalidad. De igual forma, como vimos en un inicio, también se configuraría un vicio de validez. En tal sentido, en principio podríamos pensar que ello implica que, de forma taxativa, la entidad cuya competencia ha sido atribuida solo podrá limitarse a realizar lo que dice el papel. Sin embargo, ello dista de lo que sucede en la realidad.

Esto se debe principalmente a que, para que la Administración Pública pueda cumplir con las facultades que le han sido atribuidas, a veces necesitará realizar otras acciones que pueden no encontrarse de forma específica en la norma. Estas acciones pueden considerarse competencias anexas o implícitas a las establecidas explícitamente. En este contexto, se entiende que para ejercer una atribución, la Administración también podrá llevar a cabo los actos necesarios. No obstante, esto no implicará que las entidades puedan actuar más allá de las atribuciones conferidas.

Como señala Salazar Chávez “la entidad de la Administración Pública, solo puede ejercer las atribuciones expresamente señaladas en la norma jurídica, así como las atribuciones razonablemente implícitas que se deriven

lógicamente de las atribuciones expresamente señaladas y los roles asignados de dicha entidad” (2007, págs. 204-205). En ese sentido, para comprender cuáles son las atribuciones que se podrían derivar de una de las facultades concebidas resulta comprender razonablemente qué es lo que se requeriría para realizar estas.

Ahora bien en el caso bajo análisis, vemos que a partir de la Resolución Ministerial N° 009-2008/MEM/DM se le atribuye la función de brindar concesiones de energía. Asimismo, ello es especificado posteriormente por medio de la Resolución Ministerial N° 139-2008-MEM/DM, que señala la facultad de otorgar concesiones de distribución. De ello podemos notar que se establece el supuesto en el que un administrado pueda solicitar que se le brinde una solicitud de concesión, más allá de ello no se puede inferir que se brinde además la posibilidad de ampliar las concesiones ya existentes. En esa línea, tampoco se podría afirmar que esta es una competencia implícita, ya que estamos hablando de un procedimiento distinto.

Por lo tanto, al solo haber otorgado la facultad para otorgar nuevas concesiones, el MINEM resulta ser la entidad competente a quien se podrá recurrir cuando lo que se busque es que se amplíe la concesión ya existente.

A partir de lo expuesto, concluimos que fue a partir del proceso de descentralización que se otorga la potestad de solicitar concesiones de energía eléctrica a la DEM del GRL. No obstante, como hemos desarrollado, las competencias atribuidas deben conversar con el principio de legalidad del Derecho Administrativo, es decir, se deberá limitar a lo establecido con la norma.

Siendo así, es posible afirmar que no existe un conflicto de competencia en relación con la solicitud de regularización de ampliación que fue presentada por ENSA, ya que el MINEM era el órgano competente para realizar dicho procedimiento, puesto que la competencia del GORE de Lambayeque es solo para tramitar la solicitud de concesión, mas no de ampliación y/o regularización.

5.2. Sobre el desarrollo del procedimiento para obtener la ampliación de concesión presentado por ENSA

En este extremo, buscaremos contestar si se ha vulnerado alguna norma y/o principio en el desarrollo del procedimiento, principalmente, por cuanto, como sustenta COELVISAC el procedimiento tramitado no se ajusta al art. 61 del Reglamento de la LCE que regula el procedimiento de regularización.

Al respecto, es importante notar que, efectivamente, a lo largo del procedimiento ENSA hace referencia de forma indistinta a una “ampliación de concesión” y “regularización de ampliación” para hacer alusión a lo que está solicitando. Por lo tanto, en este apartado, desarrollaremos la distinción entre ambos procedimientos y si es que podríamos sostener que la concesión otorgada incurriría en algún vicio que implique su nulidad.

5.2.1. Procedimiento de ampliación y regularización

Antes de iniciar con el análisis, resulta necesario aclarar que estos procedimientos han sido objeto de distintas modificaciones tanto en la Ley en la que se establecen como en el Reglamento; no obstante, con el objeto del presente trabajo, se desarrollarán ambos procedimientos y sus requisitos acorde a la normativa que estaba vigente al momento de iniciar el procedimiento en 2013. En ese sentido, cuando hagamos referencia al artículo 30 de la LCE, este se desarrollará bajo el mismo tenor que fue establecido en el artículo único de la Ley N° 29178, que era el supuesto que regía al momento de la controversia. Asimismo, en el caso del Reglamento que regula el procedimiento de regularización de ampliación en el art. 61 nos ceñiremos a lo establecido en el art. 1 del Decreto Supremo N° 025-2006-EM.

Ambos procedimientos han sido establecidos en el artículo 30 de la LCE. El primer procedimiento tiene por objeto ampliar la zona de concesión que le ha sido otorgado originalmente a un administrado. Para ello, acorde a la norma vigente al tiempo de la controversia, se requería que se presente al MINEM

un informe en el que se señale la zona en la que se realizará la ampliación, el calendario de ejecución obras, un plano del área de coordenadas y una garantía (LCE. Art. 30, 1992,s.p).

Por otro lado, el procedimiento de regularización de ampliación ha sido establecido como un procedimiento distinto el cual es solicitado para los supuestos en los que ya se haya construido infraestructura para realizar el servicio. Por tal motivo, el artículo 61 de la LCE establece que para este procedimiento se requiere que se presenten los “planos, especificaciones técnicas, las coordenadas de los nuevos límites y los costos de las ampliaciones” (Decreto Supremo N° 009-93-EM, 1993, s.p).

Hasta aquí podemos distinguir que ambos procedimientos tienen presupuestos distintos y por tal motivo también requisitos distintos. Por lo tanto, si bien a lo largo del procedimiento ENSA ha remitido cartas haciendo referencia de manera indistinta a ambos procedimientos, podemos distinguir de la revisión del expediente que los requisitos presentados por ENSA para obtener esta concesión correspondían a un procedimiento de ampliación.

Siendo así, corresponde preguntarnos si este mero hecho conlleva a que la Administración por un lado, haya debido establecer como improcedente la solicitud de ampliación y, por otro lado, si este error en la nomenclatura conlleva a que el acto administrativo presente un vicio de validez que conlleve a su nulidad.

5.2.2. Sobre la actuación de la Administración

Como ya se ha indicado, para obtener la ampliación de concesión se tiene que realizar el procedimiento correspondiente. En ese sentido, como todo procedimiento administrativo para que la Administración finalmente brinde el acto que corresponde este debe garantizar que la decisión que se tome sea acorde a lo que el ordenamiento jurídico ha regulado (Sánchez Morón, 2014, p.488). Es decir, para que la administración emita el acto administrativo que

estime o desestime la solicitud, esta deberá revisar si se han cumplido los requisitos que la norma establece que se requieren para brindar este.

Por lo tanto, para la obtención de este acto, la Administración requiere que se verifique el cumplimiento de lo que ha establecido la norma. Como ya se señaló en el apartado anterior, en el caso en cuestión sí se cumplieron los requisitos antes señalados. No obstante, durante la presentación de la solicitud como en los escritos subsiguientes se utilizó tanto la nomenclatura “solicitud de regularización de ampliación” como “solicitud de ampliación”, sin perjuicio de que, de la revisión de dichos escritos, era claro que se hacía alusión a un procedimiento de ampliación.

Al respecto, resulta necesario traer a colación el principio de informalismo establecido en el art. IV.1.6 del TUO de la LPAG. Este principio establece que se exima al administrado de cumplir con formalidades no esenciales o no requeridas por el ordenamiento, por lo que en caso de que se presenten interrogantes, corresponderá a la Administración realizar la interpretación que favorezca al administrado y a la obtención del acto solicitado (Mambel Ivane, 2011, p.165). Tomando en cuenta este principio, si bien a lo largo del procedimiento puede que el administrado haya rotulado de manera inadecuada los escritos remitidos, el análisis de fondo y de los requisitos presentados es lo que debió determinar si se le otorgaba o no al administrado lo solicitado.

Cassagne, por su parte, señala que en virtud de este principio podrían calificarse aún actos cuando se presenten irregularidades intrascendentes (2017, p.32). En relación a los primeros tenemos que estos llamados vicios intrascendentes son aquellos que incurren en vicios que pueden ser tolerados por el ordenamiento en aras de conservar el acto administrativo, lo cual conlleva a que estos sigan siendo considerados como válidos (Rodríguez, Manrique, 2020, p.156). Estos se encuentran regulados en el art. 14.2 del TUO de la LPAG que establece los supuestos de vicios no trascendentes, dentro del cual nos llama la atención, el art. 14.2.4 que establece que se considerarán

como vicios no trascendentes aquellos que no hubiesen alterado de ninguna manera el contenido del acto (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, 2019).

Bajo lo expuesto, en el caso en cuestión tenemos que los documentos remitidos por ENSA fueron los siguientes: i) memoria descriptiva, ii) calendario de ejecución de obras, iii) garantía, iv) estudio de impacto ambiental. Estos documentos presentados se condicen con lo establecido en el art. 30 de la LCE en relación a los requisitos que se requieren para solicitar la ampliación de concesión. Además, pese al uso indistinto de la nomenclatura, se tenía claro del contenido de los documentos que lo que se buscaba era que se brinde una ampliación de la concesión.

Es claro entonces que, pese a que exista un error en los escritos remitidos por ENSA en relación a la solicitud de ampliación, esto no hubiese cambiado el resultado del procedimiento. Ello debido a que, como se ha indicado, el contenido de los escritos y los documentos remitidos permitían a la Administración discernir que lo que ENSA en la realidad solicitaba era una ampliación de concesión.

Por lo tanto, podemos concluir en que la Administración ha actuado de manera adecuada y bajo el marco del principio de informalismo, ya que se ha favorecido la continuidad del procedimiento con lo cual, finalmente, obtuvo el acto administrativo que le concedía lo solicitado. De igual manera, en el hipotético de que no haya tomado lugar este error, no hubiese cambiado el resultado, ya que la Administración podía colegir del contenido lo solicitado por ENSA.

5.3. Sobre la existencia de un mejor derecho: el derecho oponible a partir de la publicación de los carteles y su inscripción en Registros Públicos

El tercer problema a resolver se divide en dos extremos. En primer lugar, se debe determinar si existía o no un derecho oponible a partir de que ENSA realizó la publicación de sus carteles antes que COELVISAC. Para ello, se

realizará el análisis correspondiente sobre ello a la luz de lo establecido en la LCE.

Una vez resuelto ello, seguiremos con el análisis relacionado a la inscripción que realizó COELVISAC de la concesión de electricidad que le fue otorgada por el Gobierno Regional de Lambayeque. Con dicho objetivo se analizará, en primer lugar, la finalidad de Registros Públicos, los principios que ha esgrimido COELVISAC que se han vulnerado y la naturaleza de la concesión de electricidad.

5.3.1. Sobre la exclusividad de los carteles

El art. 30 de la LCE dispone que en el caso del procedimiento de ampliación del servicio de distribución, una vez que se realice la publicación de carteles, el administrado que haya realizado esto obtiene exclusividad sobre esta zona (1992). Para llegar a entender esto de manera más extensa, buscaremos profundizar en qué son los carteles y qué se busca con ello.

Al hacer referencia a estos, se hace alusión a la publicación de las coordenadas en las que se realizaría la ampliación. Esta debe publicarse en distintos diarios, usualmente un diario de la localidad donde se encuentra la concesión y un diario nacional. Para profundizar en esto haremos alusión a la publicación de carteles en el marco de los procedimientos de concesión minera, pues en estos se maneja una dinámica similar en relación a la publicación de carteles en el sector eléctrico. Como señala Tejada Gurmendi, estos tendrían por objeto que terceros que puedan ver alguno de sus derechos afectados por la concesión a otorgar puedan realizar la contradicción dentro del plazo que la norma establezca (2014, p.299).

Es así que, por un lado, esta publicación tendría el objeto de evitar que se realice una concesión sobre un área que ya ha sido otorgada a otro administrado o de la cual un tercero ostenta un derecho que resulta incompatible con el que se busca otorgar. Por lo tanto, se le brinda esta facultad a los terceros para poder ejercer su derecho de oposición.

Ahora bien, como se ha indicado previamente, no solo evita que se otorgue una concesión incompatible con el derecho de un tercero sobre la zona a concesionar, sino que también establece exclusividad sobre dicha área. Esto encuentra su sustento en que el servicio de distribución es una actividad monopólica debido a que los costos de brindar este servicio disminuyen a partir de la cantidad de usuarios que lo obtengan (Dammert et al, 2008, p. 73). Por lo tanto, no resulta económicamente rentable para empresa alguna brindar este servicio en competencia. Por ello, art. 30 de la LCE establece esta actividad como un monopolio sobre el área concesionada, la cual no puede ser reducida sin que medie autorización previa (1992). En consecuencia, es inviable que dos empresas realicen el servicio sobre la misma zona.

Podemos observar entonces que, por otro lado, la publicación de carteles en el caso del servicio de distribución también se figura en sí como una garantía para el administrado que realiza el procedimiento de ampliación. Ello pues, una vez efectuada la publicación conforme a la normativa vigente, nadie más puede realizar actividades y/o solicitarla con los mismos fines sobre el espacio que ha sido materia de la publicación de los carteles.

Si bien este derecho no implica de forma alguna que la Administración haya aprobado la solicitud presentada, sí impide que el terreno solicitado sea asignado a otros administrados en el transcurso del procedimiento. Es así que lo que se busca con ello es proteger los intereses del primer administrado que ha solicitado el área, garantizando que el mismo no sea desplazado por otro actor con el mismo interés. Siendo así, debe existir una preferencia por quien ha solicitado el área objeto de la concesión primero, sobre todo, si es que es la misma norma la que señala que se brinda exclusividad a quienes han requerido la zona con anterioridad.

Por lo tanto, en el caso en cuestión, tenemos que de las empresas que han solicitado la concesión de distribución por esta área, ENSA fue quien publicó primero los avisos en los diarios. Siendo así, una vez que se publicaron los

carteles de ENSA, el terreno solicitado por este quedó resguardado impidiendo que otros lo obtengan mientras el procedimiento siga en curso en virtud de lo establecido en la norma bajo análisis. En consecuencia, no correspondía que COELVISAC obtenga una concesión por un terreno que ya se encontraba en trámite.

5.3.2. Sobre su inscripción en Registros Públicos

En este extremo, COELVISAC ha esgrimido que estos contarían con un derecho preferente por cuanto ya se encontraba inscrito en Registros Públicos su contrato de concesión. Específicamente arguyó que se estarían vulnerando principios registrales como el principio de principio de prioridad excluyente y el principio de oponibilidad erga omnes. Para analizar este extremo a continuación, buscaremos entender el carácter del registro y las implicancias que tendría este en relación a la concesión.

Primero, es necesario resaltar que existen tres tipos de sistemas registrales: el sistema constitutivo, obligatorio y declarativo. El sistema registral peruano es declarativo; no obstante, desarrollaremos brevemente en qué consisten estos otros dos sistemas con el objetivo de poder entender las implicancias de los argumentos esbozados por COELVISAC.

En el sistema constitutivo, los actos que no se encuentran inscritos no existen, pues la validez la otorga el registro; en consecuencia, las obligaciones y derechos en relación a este nacen a partir de la inscripción (Soria Alarcón, 2001, p.287). Por otro lado, el sistema obligatorio implica que, si bien los actos jurídicos pueden nacer fuera del registro, existe una obligación de que se registren los actos bajo sanción en caso de no realizarlo (Soria Alarcón, 2001, p.287). Como vemos, en ambos registros existe una obligación de realizar la inscripción al registro los actos realizados. Asimismo, en el sistema constitutivo esto resulta aún más necesario, ya que sin este no existiría el acto o se obtendrían los derechos y/o obligaciones que nacen de este.

A diferencia de estos dos, bajo el sistema declarativo la inscripción no constituye derecho ni resulta obligatoria. Esto quiere decir que el Registro no es el que constituye el derecho, sino que, más bien, este funge como un medio para brindar publicidad sobre la propiedad de los actos que se inscriben. De igual manera, Gonzales indica que, bajo este sistema, la inscripción se limita a recoger los elementos al acto a inscribir sin añadirle un valor, por lo cual la inscripción en registro no determina la existencia del acto ni su validez (a través de Vivar Morales 1994, p. 120-121). En otras palabras, el registro no le brinda validez al acto a inscribir ni tampoco existe a partir de su inscripción, sino que este ya existe desde antes de la inscripción.

En la misma línea Soria Alarcón señala que en los sistemas registrales declarativos no existe una obligación de registrar y que en los supuestos que se encuentre inscrito un acto, terceros podrían solicitar su cancelación o rectificación en caso de que se vean lesionados por el acto (2001, p.280). Esto resulta relevante por cuanto nos permite entender que la inscripción registral no es definitiva. En otras palabras, la mera inscripción no impide que el acto registrado sea cuestionado.

Por tanto, resulta claro que el Registro no crea el acto en sí, sino que este se perfecciona fuera de él. Por tal motivo, es claro que la concesión o su creación no se ve afectada por el mero hecho de que se haya realizado el registro de la misma.

Es así que corresponde ahora analizar cómo es en todo caso que nace la concesión administrativa. Al respecto ha existido un gran debate pues no existe dentro de la doctrina tenemos un sector que lo considera como un mero acto administrativo (teoría unilateralista), otro como un contrato (teoría de la doble personalidad del Estado) y otros como un acto mixto (teoría de la doble configuración). Como señala Martín Tirado, nuestro ordenamiento no ha sabido tampoco definir el carácter de la concesión, por cuanto por medio del TUO del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios, se describe la naturaleza de la concesión como un

contrato y en el Decreto Supremo N° 060-96-PCM, reglamento de la norma anterior, como acto administrativo (2022, s.p).

Si bien existen distintas posiciones, la mayoritariamente aceptada actualmente es la teoría de la doble configuración la que, como indica Zegarra Valdivia, implica dos facetas en el acto concesional. Por un lado, como acto administrativo por el cual la Administración otorga a un privado la potestad de realizar una actividad que originalmente le corresponde y, por otro lado, una faceta de carácter contractual en la que estipulan los deberes de ambas partes (1998, p.103). No obstante, para el desarrollo de esta apartado, nos interesa entender las implicancias de esta primera faceta para poder determinar qué es lo que confiere la administración al momento de brindarle la concesión a un particular.

Como acto administrativo la concesión, acorde a Lara Arroyo y García-Huidobro Herrera, resulta ser un acto que como tal se rige por las reglas de la Administración Pública que brinda a los particulares, por medio de la delegación de una de sus potestades, el desarrollo de una actividad en beneficio propio del particular (2014, p.95). Al respecto Ariño Ortiz señala que esta también se caracteriza por cuanto lo que otorga esta es un título habilitante de carácter temporal, por lo que una vez que culmina el periodo de tiempo por el que fue concesionado, este regresa a la Administración (2009, p.13).

Es así que, en su fase de acto administrativo la concesión otorga al administrado un título habilitante por medio del cual este podrá realizar aquello que se le ha sido otorgado por un plazo determinado de tiempo. En el caso específico de la concesión de servicios públicos, esta otorga al particular la posibilidad de administrar tipo de servicio público sobre el cual se ha solicitado la concesión teniendo la posibilidad de explotar este sin que esto implique la cesión en calidad de propiedad de la actividad brindada (Gomez de la Torre Barrera, 2001, p.74). En la misma línea, Zegarra señala que la concesión resulta ser un mecanismo que permite a los privados realizar la gestión de un servicio después de obtenido (1998, p.106).

Resulta claro entonces que lo que otorga la concesión, no es propiedad, sino la posibilidad de gestionar un servicio público. A través de este, el privado si bien obtiene un beneficio económico, realiza una actividad que se encuentra en el margen de las potestades del Estado bajo las cuales este aún tendrá control por cuanto podrá tanto fiscalizar como regular la actividad al ser estas de interés público.

Bajo lo expuesto, podemos entender que la concesión administrativa en su primera faceta como acto administrativo surge a partir de que la Administración otorga a un particular la facultad para gestionar el servicio sin que esto implique, de ninguna manera, que se le está otorgando la propiedad. Esto nos permite reafirmar lo expuesto en un inicio, pues la concesión se configuraría de manera extra registral, por lo que no correspondería discutir un mejor derecho respecto a este extremo o incluso cuestionar la validez del acto a partir de la inscripción en Registros Públicos.

Sin perjuicio de ello, discutiremos brevemente los principios esgrimidos. Por un lado se ha señalado el principio de exclusión, el cual implica que una vez que se inscriba un acto que no resulte compatible con otro posterior que se quiere inscribir, el segundo no podrá ser inscrito (Rimascca Huarancca, 2015, p.81). Por lo tanto, bajo este principio se impide que se inscriba un segundo acto por cuanto este sería incompatible con el que ya se encuentra inscrito previamente. Respecto a este extremo, COELVISAC señala que ostenta un mejor derecho, ya que estos inscribieron primero el contrato de concesión. No obstante, como ya se ha señalado, el Registro no otorga un mejor derecho o interfiere en modo alguno en la emisión del acto administrativo.

Por otro lado, también se ha esgrimido que se afecta el principio de oponibilidad. Este se encuentra regulado en el artículo 2022 del Código Civil y señala que será oponible aquel derecho real que se haya inscrito primero a otros que no se encuentren inscritos. El fundamento de ello, si bien parte por la cognoscibilidad que acarrea la inscripción, no se detiene en ello, por cuanto sus efectos en realidad surgen cuando se confrontan actos realizados

fuera del registro (Delgado Scheelje, 2000, p.31). Esto último en virtud de que nos encontramos en un sistema declarativo en el cual los actos y derechos y obligaciones que estos acarrearán nacen fuera del registro, por lo tanto, bajo este principio aquel que registre un acto primero podrá oponer su derecho a otro.

No obstante, como se ha indicado, su aplicación se restringe a aquellos actos que constituyen derechos y/o obligaciones de carácter real. En ese sentido, dado que la concesión de un servicio público lo que brinda al administrado es gestión sobre dicho servicio, este principio no resulta aplicable.

En virtud de todo lo expuesto, resulta claro que la inscripción en el Registro de la concesión de COELVISAC, no genera per se un mejor derecho a obtener la concesión de distribución por esta por esta zona, pues, como ya se ha indicado, el este acto nace extra registralmente y se sujeta a las requisitos establecidos en la LCE y su reglamento para su obtención. Siendo así, no resulta compatible afirmar que esta inscripción genera que no se deba dar la concesión a ENSA y tampoco implicaría un vicio en la obtención del acto.

Siendo así, la ampliación otorgada a ENSA es jurídicamente válida en la línea de lo que venimos exponiendo. Asimismo se puede afirmar que de cuestionar quien podría ostentar un mejor derecho, en virtud de que ENSA publicó primero sus carteles, genera que este cuente con dicho mejor derecho.

5.4 Sobre el principio de subsidiariedad y su aplica al caso de ENSA

Respecto a este extremo, se ha cuestionado la viabilidad de que una empresa de carácter público realice este servicio, pues correspondería que sea una empresa privada que se encargue de ello. Esto último, sobre todo, tomando en cuenta el principio de subsidiariedad. Es así que en este apartado buscaremos profundizar en este principio para entender sus alcances, sobre todo en su vertiente económica. Asimismo, se analizará qué tan viable es que se plantee esto en vía administrativa y, sin perjuicio de ello, analizaremos este

principio a luz de las características particulares del servicio de distribución de energía.

Este principio establece el respeto del Estado del ámbito de actuación de los individuos de una sociedad y las organizaciones intermedias, con lo cual el Estado interviene como apoyo cuando existan factores que ameriten que este intervenga (Cruces Burga, 2021, p.30). De esta definición, podemos entender que este principio tiene dos vertientes: una en relación a la organización del Estado y otra en relación a la interacción con los particulares.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha definido estos dos ámbitos como el ámbito “vertical” y “horizontal” de la subsidiariedad. Fue a través de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC de fecha 11 de noviembre de 2003 que se desarrollaron estos conceptos. Respecto al primer extremo, el TC ha indicado que, estaremos frente a la subsidiariedad vertical, cuando nos refiramos a la restricción que tiene una organización nacional frente a un ordenamiento menor (fundamento 19, 2003). Es así que, vemos que su aplicación restringe el accionar del gobierno nacional, respecto a, por ejemplo, funciones que hayan sido delegadas y actualmente sean competencia de Gobiernos Regionales o Locales. Como vemos, este principio en esta vertiente está íntimamente relacionado a la descentralización administrativa.

Por otro lado, la subsidiariedad horizontal referirá a la intervención del Estado en relación a la ciudadanía, en la cual el Estado reduce su esfera de actuación a lo que resulte esencial (TC, Expediente N° 0008-2003-AI/TC, fundamento 19, 2003). Es decir, el Estado tiene un ámbito de actuación; sin embargo, este debe ser limitado a actividades que resulten necesarias e indispensables para procurar el bienestar general, siendo que su ámbito de injerencia no interfiera con el accionar de los privados en los casos en que no lo amerite. Como señala Bidart Campos (1999) en relación a este principio, se establece que el individuo obtiene del Estado solo lo necesario, ya que el individuo requiere un espacio para actuar en aras de su autonomía privada; no obstante, dicha ámbito de actuación encontrará sus límites en el bienestar general (como se citó en Kresalja Rosselló 2010, p. 27-28).

Como indica Vignolo, la vertiente horizontal posee distintas variantes, estas , tales como la primacía de los individuos, respecto al papel predominante de la actividad empresarial, otras materias económicas y en relación a distintos ámbitos sociales (2019, p.89). No obstante, para estos efectos, nos enfocaremos exclusivamente en el aspecto económico.

Al respecto, Huapaya Tapia indica que es en el capítulo del régimen económico de la Constitución donde se han definido espacios para las iniciativas privadas y el rol del Estado en su rol de regulador en la economía, ya que estos no se contraponen, sino que se complementan (2011, p. 511). Esto se debe a que, si bien se incentiva y protege la iniciativa privada, la Constitución también establece que el Estado tiene un papel ordenador dentro de la actividad económica. De igual manera, también puede intervenir directamente bajo ciertos parámetros.

En relación a este último punto, en cuanto a la actividad económica empresarial del Estado, se encuentra concretamente establecida en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú (en adelante, CPP). Este establece que el Estado solo podrá realizar actividad empresarial de manera directa o indirecta cuando cuenten con una autorización por medio de ley expresa para realizarlo y siempre que revierta un alto interés público (CPP, artículo 60, 1993). De ello, podemos apreciar que si bien existe la posibilidad de que el Estado realice actividad empresarial, esto se encuentra sujeto a límites, ya que se prioriza la participación empresarial de los privados.

Como se puede apreciar, este artículo ha sido regulado desde su vertiente negativa, pues el Estado podrá realizar actividad empresarial, siempre que esta se realice de manera supletoria (Vignolo, 2019, p.76). Asimismo, se desprende de dicho artículo que para el desarrollo de la actividad empresarial del Estado, este debe contar con i) una autorización por medio de ley y ii) que exista una necesidad por la cual resulta necesario o de interés público que el Estado sea quien realice esta actividad.

El TC se ha pronunciado respecto al contenido de este precepto constitucional en distintas ocasiones. Por ejemplo, a través de la sentencia del Expediente N° 00009-2019-PI/TC ha indicado que la lógica que subyace bajo este principio, sería buscar restringir la actividad del Estado en el mercado (Tribunal Constitucional, fundamento 179, 2019). No obstante, ello cuenta con matices, es decir, si bien se impone un límite para que este actúe en materia económica, lo podrá realizar siempre que exista una necesidad de alto interés público. Al respecto, el TC ha indicado que el Estado sí estaría facultado de intervenir cuando los privados no se encuentran en condición de hacerlo (Fundamento 10, Exp. N° 7339-2006-PA/TC, 2006).

Por lo expuesto, vemos que la actividad empresarial se consagra como de carácter secundario ante la actividad empresarial de los particulares. Asimismo, que esta podrá operar bajo dos límites. Por un lado, solo podrá realizar actividad empresarial en aquellas actividades que sean consideradas como necesarias o de interés público y, por otro lado, solo realizará actividad empresarial cuando no exista oferta privada o la que exista no se encuentre habilitada para cubrir dicha necesidad de manera que la presencia del Estado sea necesaria.

Tenemos que el principio subsidiariedad en su vertiente horizontal de carácter económico resulta una garantía para la actuación de los privados en las distintas actividad económicas. Particularmente, en nuestro ordenamiento esta garantía se ve cristalizada por medio del artículo 60 de la Constitución que limita la actividad empresarial del Estado a una subsidiaria.

5.4.1. La evolución de la empresa pública en el contexto peruano

Por lo expuesto, podemos entender que la empresa pública resulta una solución como último recurso ante las limitaciones reguladoras que tiene el Estado para poder atender la oferta de ciertas actividades económicas (Leyva Flores y Carraco Benavides 2021, p. 146). En atención a ello, estas últimas resultan importantes y necesarias para cubrir las necesidades que no puede

cubrir el Estado a partir de sus prerrogativas, por lo que se requiere que actúe como empresa.

Por lo tanto, como indica Talledo Farias, el sentido de que el Estado realice también actividad económica se sustenta en que el Estado debe velar tanto por los derechos fundamentales y el interés general de la sociedad. En consecuencia, en caso de que la ausencia de una actividad en concreto genere una lesión a cualquiera de los mencionados, resulta una obligación del Estado participar por medio de la actividad empresarial (2015, p. 196-197).

Por ejemplo, en caso de que en una ciudad, no exista una empresa que brinde el servicio de proveedor de electricidad, el Estado se ve en la obligación de suplir esta actividad por ser este un servicio necesario para de todos los conciudadanos. Ello debido a que, el Estado no puede, exclusivamente a partir de sus prerrogativas, brindar este servicio, sino se requiere que una empresa brinde este servicio, y en el caso de que ninguna esté interesada, le corresponde brindarlo al Estado.

En virtud de ello, las empresas estatales han sido parte de la realidad peruana desde su consolidación como República; no obstante, no es hasta la regulación que trajo consigo la Constitución de 1979 que se planteó de forma articulada la intervención del Estado en las diversas actividades económicas a través de la empresa (Talledo Farias 2015, p.191). A diferencia del modelo con el que actualmente contamos, en el que la actividad empresarial solo puede realizarse en caso de que la oferta privada sea inexistente o insuficiente, con la Constitución de 1979, el Estado se encontraba en el mismo nivel que las empresas particulares para competir.

La actividad empresarial realizada en esta época se caracterizaba por su ineficacia para con los servicios que debía brindar. De igual manera, debido a su mala gestión requería de inyecciones de capital por parte del Estado para poder permitirse seguir realizando una determinada actividad económica. En ese sentido, como señalan Leyva Flores y Quispe Huaman, la mala gestión y

organización de los recursos del Estado misma que contribuyó a acentuar la crisis económica en la que se encontraba el Perú en esta época (2021, p.61).

Como indicó Vignolo (2017) la empresa bajo la Constitución de 1979 se permitía a sí misma realizar la movilización de personal, materiales y transferencias financieras que las empresas estatales requirieran (a través de Cruces Burga 2021, p. 73). Esto, además de generar un gasto innecesario a un Estado con una economía ya debilitada, resultaba un desincentivo para la participación de los particulares, que, con recursos limitados, debía competir con la empresa pública que tenía recursos ilimitados.

Esta situación cambió con la Constitución de 1993, la cual, como se ha indicado en el apartado anterior, ha sentado las bases de la subsidiariedad económica en materia empresarial. Asimismo, en cuanto al manejo de los recursos de las empresas públicas, en contraste a cómo se manejaban bajo la anterior Constitución, actualmente, se ha establecido que las empresas públicas se desenvuelven en el mercado como un agente más sin contar con las prerrogativas que goza la Administración pública (Leyva Flores y Carrasco Benavides 2021).

Ahora bien, también resulta importante resaltar que sin perjuicio de que se haya establecido el carácter subsidiario de la empresa pública, el art. 60 también indica en su último párrafo que ambas empresas, privadas o públicas, deberán recibir el mismo tratamiento legal. Esto implica que se deberá brindar el mismo trato tanto a empresas públicas y privadas sin que se otorguen beneficios a las empresas públicas que distorsionen el mercado, ni obstáculos que impidan que realicen las actividades económicas para las cuales se ha creado (Leyva Flores y Carrasco Benavides, 2021, p.157). Es crucial que se desarrollen las actividades económicas de las empresas públicas de esta manera, ya que evita que se reiteren los errores cometidos bajo el umbral de la anterior Constitución. Asimismo, permite que las empresas públicas puedan realizar sus funciones a cabalidad.

Sobre este punto, algunos autores sostienen que el trato igualitario establecido en el art. 60 solo aplica cuando la empresa estatal realiza actividades subsidiarias; sin embargo, coincidimos con Leyva Flores y Carrasco Benavides en que esta igualdad debe aplicarse a todas las actividades de la empresa pública, ya que cualquier trato desfavorable afectaría toda su cadena de operaciones (2021,p. 158).

En síntesis, resulta claro que la empresa pública ha atravesado grandes cambios en los últimos 40 años siendo lo más relevante el cambio en el manejo de la misma de pasar a ser el actor principal en la economía a tener un rol subsidiaria en esta. Ello no quita, empero, que la empresa pública pueda realizar sus actividades en un margen de igualdad con los privados, siempre que respete el límite de la subsidiariedad establecido.

5.4.2. Sobre la competencia para analizar la subsidiariedad por el Ministerio de Energía y Minas y su aplicación a ENSA en sentido estricto

Ahora bien, sin perjuicio del análisis que se realizará de forma posterior, es importante analizar si el MINEM a través de la Dirección General de Electricidad tenía competencias para realizar este análisis en el marco del procedimiento administrativo iniciado por ENSA. Ya se han desarrollado en el punto anterior los requisitos que se deben cumplir para obtener una ampliación de concesión de energía, al respecto debemos analizar si es posible afirmar que el MINEM debería realizar un análisis de subsidiariedad de forma adicional para decidir si se debe otorgar o no la ampliación a ENSA.

En principio, como ya se ha mencionado, bajo el marco del principio de legalidad, la Administración solo puede realizar aquello que se encuentra facultada a realizar, en ese sentido, todo acto que la Administración emita debe ser acorde al marco normativo que se ha regulado para su emisión (Morón Urbina, 2019 p. 79). En ese sentido, en el marco de un procedimiento iniciado por un administrado en el cual solicita a la Administración que realice un acto determinado, esta deberá revisar si tiene las competencias para emitir

el acto solicitado y, de ser así, si el administrado cumple los requisitos establecidos legalmente para que se le otorgue lo solicitado.

Ello por cuanto en el margen de un procedimiento reglado, como es en el caso del procedimiento de ampliación, la Administración actúa acorde a lo que ha establecido la norma. Por lo tanto, esta tiene la obligación de realizar lo que dicta la norma que ha previsto todos los elementos con el objetivo de que se aplique de una manera determinada, la cual dictamina la emisión de lo solicitado por la Administración (Morón Urbina, 2019, p.255). Es así que, en el caso en cuestión la actuación del MINEM se veía reducida a actuar acorde a lo que se habría estipulado en la LCE en relación a la ampliación, lo cual vendría a ser la verificación de los requisitos¹ y el supuesto de hecho para que se emita el acto en cuestión.

Por tanto, la Administración en el caso en cuestión se limitó a revisar que se estaban cumpliendo con los requisitos para otorgar de la de los requisitos que habría remitido ENSA eran acordes a los que exigía la norma y a partir de ello brindar la ampliación, lo cual consideramos correcto. Como hemos venido exponiendo, la Administración solo debe constatar que se cumplan estos requisitos, por lo que un examen de subsidiariedad no cabría en este extremo.

Siendo así, sostenemos que el MINEM no tenía la obligación ni la competencia para realizar un análisis de subsidiariedad en el caso en cuestión, pues sostener ello implicaría indicar que el MINEM pueda discernir a qué empresas darle actos determinados, lo que podría ir inclusive contra el mismo art. 60 por cuanto este exige un trato igualitario a las empresas.

Sin perjuicio de lo antes señalado, consideramos relevante hacer el análisis de la participación en el mercado de ENSA. Como señalamos en el apartado de hechos, esta empresa fue constituida por medio de Resolución en 1983. En dicha norma se señalaba expresamente que esta se dedicaría a brindar el

¹ Los elementos que la norma exige para otorgar la ampliación son los siguientes: i) memoria descriptiva, ii) calendario de ejecución de obras, iii) garantía, iv) estudio de impacto ambiental

servicio público de electricidad en las zonas de Tumbes, Piura, Lambayeque y Amazonas.

Como podrá haberse notado, la norma constitutiva de ENSA no cumple con los criterios establecidos por el art. 60 de la Constitución que exige que la empresa sea constituida por ley e indique claramente el interés público. No obstante, por un lado tenemos que la empresa fue constituida adecuadamente bajo el marco constitucional anterior e incluso nos es posible afirmar que esta ha sido revalidada en nuestro ordenamiento.

Sustentamos ello, en primer lugar, debido a que la empresa ha contado con una concesión para brindar el servicio de distribución en su calidad de empresa estatal desde 1995 en la Zona de Lambayeque debido a la necesidad que existía de que una empresa realice esta actividad en esta área, es decir su actuación en dicho mercado desde un inicio tuvo carácter subsidiario.

Asimismo, tenemos que esta empresa se encontraba supeditada a FONAFE. Siendo que a la fecha de la controversia contaba con el 99.99% del accionariado de dicha empresa. Por lo tanto, esto nos permite afirmar que no tan solo la empresa ha sido constituido válidamente acorde a las normas de su tiempo, sino que también su existencia en el mercado ha sido validada siendo que es actualmente considerada como parte del grupo empresarial suscrito a FONAFE.

Ahora bien, pasado este extremo relacionado a las características formales que debe cumplir y consideramos válidas, resulta importante resaltar que la empresa entró al mercado ante la falta de competidores que puedan brindar el servicio de distribución en Lambayeque, ingresando acorde al principio de subsidiariedad. Por lo tanto, tomando en cuenta ello, consideramos que se han cumplido los criterios que establece dicho principio, pues la empresa ha entrado al mercado ante la ausencia de competidores.

De igual manera, también consideramos importante resaltar que estamos ante un servicio de distribución, el cual, como se ha indicado, tiene carácter

monopólico por las características propias económicas de esta actividad. Es así que plantear incluso la posibilidad de que entre una empresa distinta podría generar un perjuicio al sistema de distribución de energía.

Sobre todo lo expresado, podemos concluir que no se vulnera en ninguno de los extremos el principio de subsidiariedad.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

A partir de todo lo expuesto, podemos concluir que, en el presente caso, no es factible cuestionar que la DGE no contaba con la competencia para brindar la ampliación de concesión a ENSA. Ello por cuanto la Resolución Ministerial N° 009-2008/MEM/D solo le otorgaba la competencia para tramitar solicitudes de concesión, mas no procedimientos de ampliación como es el presente caso, por lo que la competencia sigue siendo del MINEM quien ha actuado de manera adecuada otorgando la ampliación a través de la DGE.

En segundo lugar, tampoco cabe la posibilidad de señalar que el existe un vicio en el procedimiento, ya que de los documentos presentados por ENSA al momento de solicitar la concesión, resulta claro que se refiere a una ampliación de concesión y no una regularización. Si bien existe un error material en la rotulación de las distintas cartas presentadas, tanto los requisitos presentados como el fondo permiten colegir que se está solicitando un procedimiento de ampliación. En ese sentido, la DGE ha actuado bajo el marco del principio de informalismo al momento de resolver la solicitud de ampliación.

En tercer lugar, en caso de que se cuestione quién ha tenido mejor derecho sobre la zona de Olmos en este caso, es claro que a quien le correspondería ello es a ENSA, debido a que al estar en el marco de un procedimiento de ampliación la publicación de carteles es la que brinda un derecho excluyente a favor de ENSA. De igual manera, la inscripción en Registros Públicos del contrato de concesión de COELVISAC no afecta ni la validez del acto emitido a favor de ENSA, ni genera que se deba preferir dicha empresa por cuanto la

concesión de servicios públicos se configura fuera del registro una vez otorgada la misma por la autoridad competente.

Finalmente, si bien no es factible analizar el principio de subsidiariedad en el marco del procedimiento de ampliación, podemos afirmar que no se vulnera este principio por cuanto esta empresa ha entrado al mercado a brindar este servicio justamente en virtud de dicho principio ante la falta de privados interesados en brindar dicho servicio. Asimismo, supera las formalidades establecidas en el art. 60 de la Constitución al haber sido validada la norma que la constituye en el tiempo.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que la concesión de ampliación otorgada a ENSA se adecúa al marco jurídico y resulta lo más conveniente tomando en cuenta las características propias del servicio de distribución.

BIBLIOGRAFÍA

1. Ariño Ortiz, G. (2009) Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables? *Revista de Derecho Administrativo* (7). Pp 12-23. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14010>
2. Brewer-Carías, A. (2007). La descentralización. En D. Zegarra Valdivia, *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo* (págs. 599-640). Lima: Palestra Editores.
3. Cassagne, J. C. (2010). Capítulo II. Principios jurídicos de la organización administrativa. *En Derecho Administrativo. Tomo I* (págs. 263-290). Lima: Palestra Editores.
4. Cassagne, J (2017) Principios fundamentales del procedimiento administrativo. *En Derecho Administrativo. Tomo II* (págs. 29-37). Lima: Palestra Editores.
5. Constitución Política del Perú (1993) *Diario oficial El Peruano*. https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf
6. Corporación FONAFE (2013) Evaluación Financiera y Presupuestaria-Año 2013 <https://www.fonafe.gob.pe/empresasdelcorporacion/electronortesa>.
7. Cruces Burga, A. (2021) La interpretación constitucional del principio de subsidiariedad. *En Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la constitución peruana*. Pp. 29-67. Lima: Palestra Editores.

8. Cruces Burga, A. (2021) Interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad a partir del artículo 60 de la Constitución de 1993. En Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la constitución peruana. Pp. 69-92. Lima: Palestra Editores.
9. Dammert, A; García Carpio, R; y Molinelli, F. (2008) Capítulo 2. Aspectos esenciales de la industria eléctrica. En *Regulación y supervisión del sector eléctrico*. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 67-83
10. Decreto Ley N° 25844 (1992, 19 de noviembre) Ley de Concesiones Eléctricas. Diario Oficial El Peruano <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H756722>
11. Decreto Supremo N° 009-93-EM (1993, 25 de febrero) Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H757977>
12. Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (2019, 25 de enero) Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1226958>
13. Delgado Scheelje (2000) La publicidad registral en el Perú: eficacia material y principios registrales. Folio Real N° 1. Pp. 11-35.
14. Gomez de la Torre Barrera, A (2001) Concesiones de obras públicas: ¿promoviendo la inversión privada en el Perú? *Ius Et Veritas*, 11 (22), Pp. 72-87. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15989>
15. Gonzales Barrón, G (2008) El principio de prioridad registral. En Castillo Freyre, M Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen II. Pp. 1073-1108.
16. Guzmán Napurí, C. (2009). Los principios generales del Derecho Administrativo. *IUS ET VERITAS* 19 (N° 38). Pp. 228-249. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12203>
17. Huapaya Tapia, R (2011) Cuarta Parte. Derecho Administrativo económico, servicios públicos y regulación económica. En Administración pública, Derecho Administrativo y regulación. Pp. 507-528. Ara Editores.
18. Kresalja Rosselló, B (2010) Sobre soberanía y subsidiariedad. En El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993. Pp. 19-33. Palestra. <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/search/jurisdiction:PE/Sobre+soberan%C3%ADa+y+subsidiariedad/vid/378384726>

19. Leyva Flores, R y Quispe Huaman (2021) Las empresas del Estado. En Manual sobre los aspectos legales de los servicios públicos económicos (Pp. 56-103). Lima: Palestra.
20. Leyva Flores, R y Carrasco Benavides (2021) Las empresas del Estado. En Manual sobre los aspectos legales de los servicios públicos económicos (Pp. 146-167.). Lima: Palestra Editores.
21. Martín Tirado, R (2022) Capítulo 2. La naturaleza jurídica de la concesión administrativa. Promoción de la inversión privada en el Perú: del contrato de concesión a las asociaciones público-privadas. Fondo Editorial PUCP, Lima s.p. Obtenido de: <https://research-ebSCO-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/c/d6owsy/search/details/pc74w6tmxj?db=nlebk&db=nlabk>
22. Montoya Chávez V. (2012). La descentralización según el Tribunal Constitucional. En *IUS ET VERITAS* N° 44, pp. 250-265. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12033>
23. Morón Urbina, J. C. (2019). Título preliminar. En *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I (págs. 25-185). Lima: Gaceta Jurídica.
24. Lara Arroyo, J y García-Huidrobro Herrera, L (2014) Sobre el Régimen concesional chileno: ¿podemos hablar de un modelo de concesión? En *Soto Kloss, E. Administración y Derecho Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (Pp. 89-165). Thomson Reuters La Ley.
25. Ley N° 27867 (2002, 18 de noviembre) Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Diario Oficial El Peruano <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H835780>
26. Rimascca Huaranca, A (2015) El Derecho Registral y sus principios. En *El Derecho Registral: En la jurisprudencia del Tribunal Registral* (pp. 17-28). Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
27. Rodríguez Manrique, C (2021) Nulidad de oficio de los actos administrativos. *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho N° 53. Pp. 151-173. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lus_et_Praxis/article/view/5055
28. Sánchez Morón, M (2014) El Procedimiento Administrativo. En *Derecho Administrativo. Parte General* (Pp. 487-531). Madrid: Editorial Tecnos.
29. Salazar Chávez, R. (2007). Proyecciones para la función administrativa y la Administración Pública en el Perú. *Círculo de Derecho Administrativo*, pp 197-220.

30. Talledo Farias, M (2015) El principio de subsidiariedad horizontal de la Administración pública y la justificación sobre la aun existencia de petróleos del Perú. PETROPERU S.A. como empresa estatal. Lima: Palestra Editores
31. Tejada Gurmendi, J. (2014) Régimen legal de la titulación minera en el Perú: Análisis del procedimiento ordinario minero para la obtención del título de concesión minera y de los procedimientos administrativos regulados por el TUO de la Ley general de minería vinculados a la titulación de concesiones mineras por exploración y explotación. Derecho & Sociedad (42). Pp. 289-310.
32. Tribunal Constitucional. (2007, 13 de abril). Sentencia del Expediente N° 7339-2006-PA/TC(Gonzales Ojeda) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07339-2006-AA.pdf>
33. Tribunal Constitucional (2020, 20 de agosto) Sentencia del Expediente N° 00009-2019-PI/TC.(Ledesma Narváez) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00009-2019-AI.pdf>
34. Tribunal Constitucional (2003, 11 de noviembre). Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Alva Orlandini) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
35. Soria Alarcón, M (2001) Comentarios a los artículos del Libro IX del Código Civil. En Comentarios a la Legislación Registral. Lima: Palestra Editores, Pp. 273- 372 <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/sources/6433>
36. Vignolo Cueva, G. (2019) Los conceptos básicos acerca de la subsidiariedad. En La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Pp. 43-131. Palestra.
37. Vivar Morales, E. (1994) Naturaleza jurídica de la inscripción en el Sistema Registral peruano. Derecho PUCP (48) Pp. 117-130 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6716/6831>
38. Zegarra Valdivia (1998) Concesión administrativa e iniciativa privada. THEMIS. Revista de Derecho (39) Pp.99-119. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10383>

ANEXOS



RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 138 - 2014 EMDGEFECHA 23-04-2014 ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

0321

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

A-MM

Resolución Directoral

No. 138-2014-EM/DGE

Lima, '23 ABR. 2014

VISTO: El Expediente N° 14342614, organizado por Consorcio Eléctrico de Villacurí S.A.C. (en adelante, COELVISAC), persona jurídica inscrita en la Partida N° 11000540 de la Oficina Registral de Ica, sobre solicitud de otorgamiento de concesión definitiva para desarrollar la actividad de transmisión de energía eléctrica en la Línea de Transmisión de 220 kV S.E. Felam – S.E. Tierras Nuevas y para las Subestaciones Felam y Tierras Nuevas, cuya finalidad es suministrar energía eléctrica a la zona denominada Tierras Nuevas, ubicada en el distrito de Olmos, provincia y departamento de Lambayeque;

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Carta CEV N° 207-2014/GG.GG con registro de ingreso N° 2375042 de fecha 11 de marzo de 2014, COELVISAC solicitó la concesión definitiva para desarrollar la actividad de transmisión de energía eléctrica en la Línea de Transmisión de 220 kV S.E. Felam – S.E. Tierras Nuevas y Subestaciones Asociadas, con la finalidad de suministrar energía eléctrica a la zona denominada Tierras Nuevas, ubicada en el distrito de Olmos, provincia y departamento de Lambayeque;

Que, mediante el Oficio N° 520-2014-MEM-DGE, notificado el 28 de marzo de 2014, la Dirección General de Electricidad (DGE) solicitó a la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (GART) de OSINERGMIN, informar si en el Plan de Inversiones propuesto por COELVISAC aprobado por este organismo, se encuentra considerada la Línea de Transmisión de 220 kV S.E. Felam – S.E. Tierras Nuevas y Subestaciones Asociadas, con la finalidad de tomar conocimiento si dicho proyecto se encuentra dentro del Plan de Inversiones de COELVISAC;

Que, mediante el Oficio N° 0326-2014-GART con registro de ingreso N° 2379800 de fecha 31 de marzo de 2014, la GART manifestó que *"dentro del Plan de Inversiones 2013-2017, aprobado y vigente, se tiene previsto que la empresa Electronorte S.A. (ENSA) implemente la Línea de Transmisión de 60 kV Motupe – Pampa Pañala que dotará energía eléctrica a la zona denominada Tierras Nuevas en el distrito de Olmos"*. Por otro lado, señaló que *"el proyecto alternativo propuesto por COELVISAC, referido en el primer considerando, fue presentado como parte de un Estudio de Modificación del Plan de Inversiones vigente, que ha sido observado mediante el Oficio N° 0307-2014-GART de fecha 21 de marzo de 2014"*;

Que, mediante el Oficio N° 581-2014-MEM-DGE, notificado el 07 de abril de 2014, la DGE comunicó a COELVISAC la información referida en el párrafo que antecede; asimismo, le manifestó que el Proyecto de electrificación denominado "Tierras Nuevas", está considerado dentro de la solicitud de ampliación de la zona de concesión de distribución de ENSA, ubicada en la zona de Pampas de Olmos, en los distritos de Olmos y Jayanca, encontrándose en la



última etapa de su proceso de aprobación, por lo que la solicitud de otorgamiento de Concesión Definitiva referida en el primer considerando, está siendo evaluada por la DGE;

Que, mediante la Carta CEV N° 1034-2014/GG.AL con registro de ingreso N° 2382333 de fecha 08 de abril de 2014, COELVISAC en respuesta al Oficio N° 581-2014-MEM-DGE manifestó:

- *"La regularización de la zona de concesión de ENSA deberá ser resuelta por el Ministerio de Energía y Minas excluyendo la zona del Proyecto Energético Tierras Nuevas, cuya concesión de distribución ha sido considerada a favor de COELVISAC mediante la Resolución Gerencial Regional N° 004-2014-GRL.LAMB/GRDP, publicada el 25 de enero de 2014, por parte del Gobierno Regional de Lambayeque.*
- *La Línea de Transmisión de 220 kV S.E. Felam – S.E. Tierras Nuevas asegurará el suministro para la zona de concesión de COELVISAC referida en el párrafo anterior.*
- *No hay norma que prohíba que COELVISAC solicite concesión definitiva de transmisión";*

Que, cabe señalar que, mediante Carta N° GR-2009-2013 con registro de ingreso N° 2322316 de fecha 26 de agosto de 2013, ENSA remitió a la DGE copia de los avisos relacionados a la solicitud de ampliación de su zona de concesión, que fueron publicados los días 20, 21 y 22 de agosto de 2013 en el diario regional "La República" y en el "Diario Oficial El Peruano", en cumplimiento de lo establecido en el artículo 25 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas;

Que, como resultado del procedimiento seguido por ENSA, tal como se señala en el considerando anterior, mediante la Resolución Suprema N° 019-2014-EM, publicada el 08 de abril de 2014, se aprobó la solicitud de ampliación de su zona de concesión de distribución de energía eléctrica y el Addendum N° 5 al Contrato de Concesión N° 029-94, la cual comprende la zona de concesión Pampas de Olmos ubicada en los distritos de Olmos y Jayanca, provincia y departamento de Lambayeque, comprendiendo a la zona denominada Tierras Nuevas;

Que, el artículo 30 de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que la actividad de distribución de Servicio Público de Electricidad en una zona determinada, sólo puede ser desarrollada por un solo titular con carácter exclusivo. Asimismo, indica que desde la fecha de publicación del aviso de ampliación que efectúe el concesionario, éste adquiere la exclusividad para el desarrollo de la actividad de distribución en la zona delimitada de ampliación;





0322

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

Resolución Directoral

No. 138-2014-EM/DGE

Que, el inciso a) del artículo 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que los concesionarios de distribución están obligados a suministrar electricidad a quien lo solicite dentro de su zona de concesión o a aquellos que lleguen a dicha zona con sus propias líneas;

Que, de acuerdo a lo señalado en los considerandos precedentes, se concluye que corresponde declarar la improcedencia de la solicitud referida en el primer considerando, por las siguientes razones técnico-legales:

- En su solicitud de concesión definitiva de transmisión, COELVISAC ha señalado haber previsto dentro de su programa de expansión de cobertura eléctrica, dotar de servicio eléctrico a la zona agroindustrial de Olmos, denominada Tierras Nuevas. Para ello, ha desarrollado el estudio definitivo del proyecto "Línea de Transmisión 220 kV Nueva S.E. Felam – Nueva S.E. Tierras Nuevas y subestaciones de potencia", la misma que proveerá la energía necesaria a Tierras Nuevas. Sin embargo, cabe precisar que de acuerdo al artículo 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas, corresponde a los concesionarios de distribución, la obligación de suministrar electricidad a quien lo solicite dentro de su zona de concesión o a aquellos que lleguen a dicha zona con sus propias líneas, por lo que, tal obligación no corresponde a un concesionario de transmisión.
- Al haberse publicado los días 20, 21 y 22 de agosto de 2013, en el diario regional "La República" y en el "Diario Oficial El Peruano", el Aviso de Petición de Concesión para la Ampliación de la Concesión Definitiva de Distribución Zona Pampas de Olmos, que abarca el distrito de Olmos, de acuerdo al artículo 30 de la Ley de Concesiones Eléctricas, desde el 20 de agosto del 2013, ENSA adquirió la exclusividad para el desarrollo de la actividad de distribución en la zona Pampas de Olmos, ubicada en los distritos de Olmos y Jayanca, provincia y departamento de Lambayeque; en tal sentido, la obligación establecida en el mencionado artículo 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas, le corresponde a ENSA.
- Como se menciona en el párrafo anterior, ENSA adquirió la exclusividad para el desarrollo de la actividad de distribución en la referida zona; y para ello, según el Oficio N° 0326-2014-GART, en el Plan de Inversiones 2013 – 2017 vigente, se tiene previsto que ENSA implemente la línea de 60 kV Motupe – Pampa Pañala, para dotar hasta 30 MVA de energía eléctrica a la zona del proyecto de irrigación Olmos;



Estando a lo dispuesto en los artículos 25, 30 y 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas, y de acuerdo al Informe N° 241-2014-DGE-DCE;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar improcedente la solicitud presentada por Consorcio Eléctrico de Villacurí S.A.C., sobre concesión definitiva de transmisión de la Línea de Transmisión de 220 kV S.E. Felam – S.E. Tierras Nuevas y para las Subestaciones Felam y Tierras Nuevas, ubicada en el distrito de Olmos, provincia y departamento de Lambayeque, por las razones y fundamentos legales expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2.- Disponer la devolución de la Carta Fianza presentada por Consorcio Eléctrico de Villacurí S.A.C., mediante el registro de ingreso N° 2375042 de fecha 11 de marzo de 2014.

Artículo 3.- Consentida que sea la presente Resolución, archívese definitivamente el Expediente N° 14342614.

Regístrese y comuníquese.


Ing. LUIS A. NICHÓ DÍAZ
Director General
DIRECCION GENERAL DE ELECTRICIDAD

 **PERÚ** Ministerio de
Energía y Minas
Av. De las Artes Sur 260 San Borja - Lima

NORMAL

96 HORAS

MENSAJERIA EXTERNA

SALIDA: 508528 REFERENCIA: 2375042
DESTINATARIO: REPRESENTANTE LEGAL
DOCUMENTO: CONSORCIO ELECTRICO DE VILLACURI SAC
DIRECCION: DCE - ResDirec-0138-2014/MEM-DGE
UBIGEO: AV. VICTOR ANDRES BELAUNDE 147 Ref. TORRE 5 OF.102
RECIBI CONFORME: SAN ISIDRO LIMA LIMA Departamento Lima / CLOPEZ /24/04/2014 15:49



Nombre

DNI / Carnet Ext.

Sello

SE MUDO

DEFICIENTE

DESCONOCIDO

RECHAZADO

CON AVISO

AUSENTE