

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



INFORME JURÍDICO DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL
EXPEDIENTE N° 00229-2017-0-1801-JR-CA-23

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

Silvia Lorena Vásquez Sánchez

ASESOR:
David Enrique Serafín Mendiola Flórez

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, DAVID ENRIQUE SERAFÍN MENDIOLA FLÓREZ, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "INFORME JURÍDICO DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N° 00229-2017-0-1801-JR-CA-23", del autor(a) SILVIA LORENA VASQUEZ SANCHEZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. 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>DAVID ENRIQUE SERAFÍN MENDIOLA FLÓREZ</u>	
DNI: 41875591	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6365-9545	

RESUMEN

El presente informe busca analizar la legalidad de los pactos paralelos celebrados por las distribuidoras eléctricas, en el contexto de la suscripción de contratos bilaterales para la adquisición de energía para abastecer a la demanda regulada. La controversia principal se centra en dilucidar si los montos pactados en contratos paralelos contravienen al incentivo incorporado en el artículo 29 de la Ley N 28832 y el TUO de la Norma Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios. Además, se analiza si Osinergmin puede incluir en las liquidaciones, del Precio Nivel Generación y en el Mecanismo de Compensación, montos no presentados por las distribuidoras. Para ello, se evalúa la competencia de Osinergmin para determinar la naturaleza de los contratos paralelos pactados entre las distribuidoras y generadoras de energía. Otro aspecto importante que el informe aborda es si la prohibición de dichos contratos paralelos vulnera el derecho a la libertad contractual. Asimismo, se analiza la legalidad de Osinergmin para incluir en los Saldos para la aplicación del Mecanismo de Compensación montos relativos a periodos distintos al periodo regulatorio establecido. Es así como esto se analiza a través del caso de Electro Dunas, quien mediante su empresa vinculada Dunas Energía, celebró dichos contratos paralelos.

Palabras clave

Osinergmin - Precio Nivel Generación - Mecanismo de Compensación - Distribuidoras eléctricas

ABSTRACT

This report seeks to analyze the legality of the parallel agreements signed by the electricity distributors, in the context of the subscription of bilateral contracts for the acquisition of energy to supply the regulated demand. The main controversy is focused on determining whether the amounts agreed in parallel contracts are contrary to the incentive incorporated in article 29 of Law N 28832 and the TUO of the Generation Level Prices and Compensation Mechanism between Users Regulation. In addition, it is analyzed whether Osinergmin can include in the Generation Level Price settlements and in the Compensation Mechanism, amounts not submitted by the distributors. For this purpose, Osinergmin's competence to determine the nature of the parallel contracts agreed between distributors and power generators is evaluated. Another important aspect of the report addresses whether the prohibition of such parallel contracts violates the right to contractual freedom. Likewise, the legality of Osinergmin to include in the Balances for the application of the Compensation Mechanism amounts related to periods other than the established regulatory period is analyzed. This is analyzed through the case of Electro Dunas, which through its related company Dunas Energía, entered into such parallel contracts.

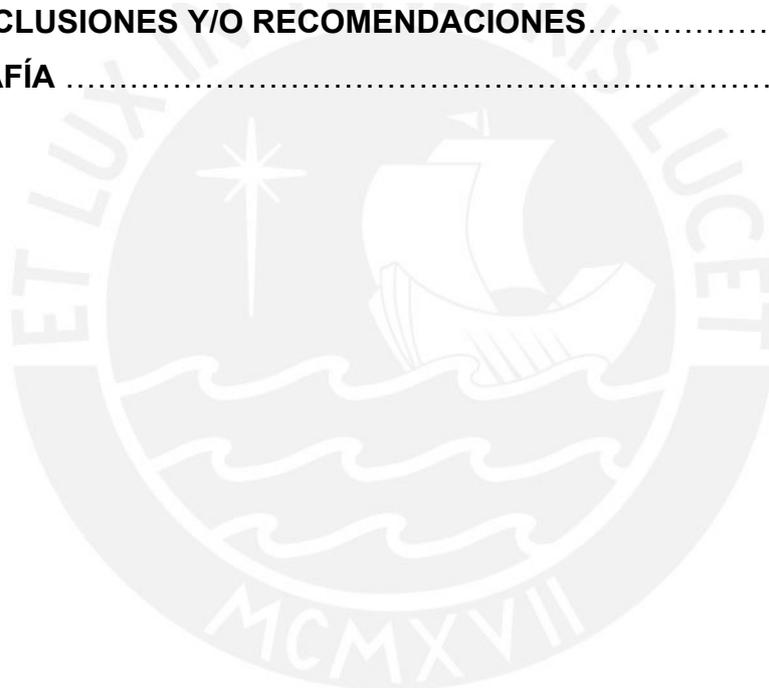
Key words

Osinergmin - Generation Level Price - Compensation Mechanism - Electricity distribution companies

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
1.1 Justificación de la elección de la sentencia.....	8
1.2 Presentación del caso.....	9
2. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	11
2.1 Antecedentes.....	11
2.2 Hechos relevantes del caso.....	12
2.2.1 Hechos previos.....	12
2.2.2 Hechos en sede administrativa.....	12
2.2.3 Hechos en sede judicial.....	13
3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	15
3.1 Problemas principales.....	16
3.2 Problemas secundarios.....	16
4. POSICIÓN DE LA CANDIDATA	17
4.1 Respuestas preliminares al problema principal y secundarios.....	12
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	13
5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	19
5.1 Beneficios indebidos en el cálculo del Precio Nivel Generación.....	19
5.1.1. ¿La inclusión de un monto adicional por cualquier otro concepto en un contrato bilateral, entre una generadora y una distribuidora de energía eléctrica, contraviene lo establecido en el artículo 29 de la Ley N° 28832, y el Texto Único Ordenado de la Norma Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios, aprobado por Resolución N° 148-2015-OS/CD?.....	19
5.1.1.1 ¿Es la Comisión por Intermediación un beneficio indebido?....	24
5.1.1.2 ¿Electro Dunas ha incurrido en abuso del derecho?.....	30
5.1.1.3 ¿Corresponde imputar a Electro Dunas los efectos de un contrato del que no ha sido parte?.....	31
5.2 Competencias del Osinergmin.....	31

5.2.1 ¿Osinermin cuenta con las facultades para calificar la naturaleza del “Acuerdo Privado” pactado entre Dunas Energía y los generadores como un beneficio adicional?.....	32
5.2.2 ¿La restricción de acuerdos privados, en el contexto de un contrato bilateral entre una generadora y una distribuidora, vulnera el derecho fundamental a la libertad contractual y la autonomía de las partes?.....	35
5.2.3¿Resulta legal que Osinermin incluya en los Saldos Ejecutados Acumulados montos relativos a periodos distintos al periodo regulatorio de la Res. 179?.....	38
6. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA	43



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Exp. N° 00229-2017-0-1801-JR-CA-23
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Administrativo - Sector Eléctrico
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	1) Sentencia que declara infundada la demanda interpuesta por Electro Dunas S.A.A. 2) Sentencia de vista que declara infundada la demanda interpuesta por Electro Dunas S.A.A.
Demandante / Denunciante	Electro Dunas S.A.A.
Demandado / Denunciado	Osinergmin
Instancia administrativa o jurisdiccional	Segunda Instancia
Terceros	No se perciben terceros
Otros	

I. INTRODUCCIÓN

El sector eléctrico peruano es uno de los ámbitos más relevantes en cuanto al desarrollo económico del Perú. No obstante, se trata de un mercado que puede considerarse complejo debido a las particularidades de su estructura. Esta complejidad se manifiesta en la naturaleza técnica del sector y la diversidad de actores involucrados, desde generadores hasta el organismo regulador, siendo que deben coordinar eficazmente para garantizar que el suministro eléctrico sea estable y sostenible.

Al inicio de 1990, el Perú estaba inmerso en un proceso de privatización y liberalización, motivo por el cual se inició una serie de reformas del sector eléctrico que permitieron migrar de un esquema con una estructura monopólico estatal, en la cual el Estado Peruano era el encargado del desarrollo y operación del sistema eléctrico, a un esquema de desregulación de las actividades productivas, en la cual se fomentaba la inversión privada. Es así que, a partir de la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas - Ley N° 25844 (en adelante, "LCE"), en el año 1992, y posteriormente con su reglamento, la estructura del mercado eléctrico peruano se segmenta en tres actividades fundamentales: generación, transmisión y distribución.

Por un lado, la actividad de generación eléctrica consiste en la producción de electricidad mediante la transformación de algún tipo de energía, ya sea térmica, lumínica, hídrica, entre otras. En el Perú, la generación eléctrica se desarrolla bajo un modelo de libre mercado, siendo que los generadores compiten entre ellos para lograr la venta del producto al mejor precio posible.

Por otro lado, la actividad de transmisión, la cual es un servicio público, consiste en el transporte de la energía generada por las generadoras eléctricas a las empresas de distribución eléctrica y a los clientes libres. Sin embargo, de manera contraria a la generación, la transmisión se desarrolla bajo un esquema monopólico, debido a los elevados costos de infraestructura que implica desarrollar redes de alta, media y baja tensión.

Finalmente, la actividad de distribución eléctrica consiste en el transporte de la energía desde los sistemas de transmisión hasta los usuarios finales del servicio, ya sean usuarios regulados o libres. Esta actividad es un servicio público, motivo por el cual también se encuentra totalmente regulada.

Al respecto, la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica (en adelante, “Ley 28832”) señala que la demanda eléctrica en el Perú se divide en dos tipos de consumidores. Por un lado, se encuentran los usuarios regulados, que consumen menor cantidad de energía y están sujetos a la regulación de precios y a las tarifas fijadas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, “Osinergmin”). Por otro lado, están los usuarios libres, quienes consumen en mayor medida energía eléctrica, y no están sujetos a tarifas fijas por la energía o potencia consumida, permitiéndoles negociar libremente los términos al momento de adquirir energía.

Asimismo, resulta prudente señalar dos de los actores principales del sector eléctrico, por un lado, el Ministerio de Energía y Minas, encargado de evaluar y otorgar las concesiones y autorizaciones¹, así como los permisos especiales, necesarios para realizar actividades dentro de los Sistemas Interconectados (Santivañez, 1998, p. 116). El segundo actor principal es el Osinergmin, el cual es el organismo regulador del sector eléctrico. Sus funciones incluyen la fiscalización y sanción de cualquier agente del sector que incumpla el marco regulatorio legal.

Conforme a lo mencionado, el sector eléctrico se desenvuelve, principalmente, bajo un esquema regulatorio bastante estructurado. Esto se justifica en que este sector se desarrolla en el marco de un monopolio natural, dado que resulta más eficiente que una empresa suministre un bien o servicio en un mercado específico, siendo que se hace necesaria la participación del Estado para evitar que las empresas abusen de su posición de dominio y establezcan tarifas sumamente elevadas o proporcionen un servicio de calidad inferior (Vásquez Cordano, Tamayo, Vilches & Cháves, 2016).

¹ Artículo 6 de la Ley de Concesiones Eléctricas, Ley 25884.

Por este motivo, los usuarios regulados no pueden elegir qué distribuidora eléctrica les suministrará el servicio de electricidad. Estos usuarios se encuentran sujetos a recibir el servicio de la distribuidora que opere en el lugar donde residen. Es así, que las tarifas serán calculadas administrativamente por Osinergmin, en base a la información proporcionada por las distribuidoras y los datos recolectados por el propio ente regulador.

Todo este marco anterior será útil para determinar la legalidad de los pactos paralelos a los contratos bilaterales de adquisición de energía para atender a los usuarios regulados por parte de las distribuidoras eléctricas.

1.1 Justificación de la elección de la resolución

En este informe jurídico se procederá a analizar el Expediente N° 00229-2017-0-1801-JR-CA-23 por dos motivos principales.

Por un lado, se encuentra la relevancia jurídica del presente expediente, la cual reside en la disyuntiva con relación al incentivo contenido en el Precio Nivel Generación (en adelante, "PNG") y, consecuentemente en el Mecanismo de Compensación, respecto a determinar si pactar un monto por cualquier otro concepto en un contrato bilateral de compra de energía, entre una generadora y una distribuidora eléctrica, constituye una vulneración al precepto normativo que determina que el ahorro obtenido para la distribuidora en los contratos bilaterales de compra de energía, se debe compartir en un 50% con la demanda regulada, o si constituye una transgresión al principio de legalidad y al derecho constitucionalmente protegido de libertad contractual.

Esto debido a que las normas que regulan dicho precepto normativo, esto es, el artículo 29 de la Ley 28832, y el Texto Único Ordenado de la Norma Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios, aprobado por Resolución N° 148-2015-OS/CD, no hacen referencia a algún impedimento para pactar un monto ajeno, como sería el caso de la Comisión por Intermediación pactada por la empresa Dunas Energía S.A.A.

Por otro lado, se encuentra mi estima, no solo por el derecho administrativo, sino por el sector eléctrico. Sector que desde mis prácticas preprofesionales me acogió y sin duda alguna me ha convertido en una profesional apasionada.

1.2 Presentación del caso

Este caso trata de la controversia que surge entre Electro Dunas y Osinergmin, dado que al ser Electro Dunas una empresa que presta el servicio público de distribución de electricidad se encuentra sujeta a la regulación del sector eléctrico. En este contexto, está obligada a cumplir lo establecido en el artículo 29 de la Ley 28832, el cual indica que, en el marco de un contrato bilateral de compra de energía eléctrica para abastecer a la demanda regulada, el monto que exista entre el precio pactado en el contrato y la tarifa en barra fijada por Osinergmin deberá ser compartido en partes iguales entre la distribuidora eléctrica y los usuarios regulados.

En este caso, se discute si la Comisión por Intermediación pagada por los generadores eléctricos a Dunas Energía, empresa vinculada de Electro Dunas, por negociar los contratos bilaterales para la obtención de energía, debe ser incluida en las liquidaciones para determinar el PNG y en los saldos del Mecanismo de Compensación como un “beneficio adicional”, tal como lo consideró Osinergmin.

Respecto de los problemas jurídicos identificados, se tiene que el problema jurídico principal es determinar si pactar un monto distinto en un contrato bilateral de compra de energía vulnera la normativa del sector eléctrico, y en consecuencia el principio de legalidad; y, como primer problema secundario, si Osinergmin cuenta con las competencias para determinar que la Comisión por Intermediación pactada entre Dunas Energía y los generadores, es un beneficio adicional e indebido.

Asimismo, se cuestiona si incorporar a la Comisión por Intermediación como un beneficio adicional vulnera el derecho a la libertad contractual; y si Osinergmin

puede incorporar saldos correspondientes a periodos regulatorios diferentes al periodo que liquida la Resolución 179.

Al respecto, en relación al principal problema jurídico planteado considero, de manera preliminar, que el cobro de una Comisión por Intermediación por parte de una empresa vinculada debe ser incorporado como un beneficio adicional y debe formar parte de las liquidaciones para calcular el PNG y el Mecanismo de Compensación, dado que vulnera el mandato señalado anteriormente. Esto se debe a que esta práctica no sólo contraviene las disposiciones del sector eléctrico, sino que también constituye un acto de mala fe, ya que pretende ocultar un monto que debería ser compartido con la demanda regulada.

Por otro lado, respecto de los problemas secundarios planteados, en primera instancia, considero que: (i) Osinergmin es competente para calificar dicha Comisión por Intermediación como un beneficio adicional, dado que es el encargado de administrar el Mecanismo de Compensación; (ii) no se vulnera el derecho a la libertad contractual de las partes, dado que Osinergmin no ha declarado la nulidad de los contratos bilaterales entre Dunas Energía y las generadoras. Respecto del “acuerdo privado”, al no ser este un contrato en sí mismo, sino una forma de encubrir un monto que debía ser repartido, Osinergmin únicamente lo ha colocado dentro del concepto que pertenece; y (iii) Osinergmin, en virtud de su potestad de fiscalizar posteriormente, puede incorporar saldos correspondientes a otros periodos regulatorios.

Ahora bien, respecto de los instrumentos normativos empleados para analizar y resolver los problemas identificados con relación al caso en cuestión, se consideran: (i) la legislación relativa a los conceptos tarifarios involucrados en la compra de energía eléctrica, ya que al tratarse de un sector tan especializado, cuenta con una extensa regulación por parte del Osinergmin, y (ii) la doctrina, dado que no solo proporciona un marco teórico sólido para analizar temas complejos, sino que también ofrece una visión histórica de los conceptos implicados en el caso.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

Electro Dunas es una empresa que proporciona el servicio público de distribución eléctrica en la región Sur del Perú, abarcando las provincias de Ica, Pisco, Chincha, Nasca y Palpa. Esta es supervisada y fiscalizada por Osinergmin, toda vez que es parte del sector energía y, en mayor medida, ya que es un servicio público.

Es así que, para poder abastecer a su mercado regulado, Electro Dunas, en base a la Ley 28832, la cual establece que existen dos modalidades para adquirir electricidad: (i) mediante licitaciones administradas por el Osinergmin, y (ii) mediante contratos bilaterales; optó por tercerizar la labor de gestión de los contratos bilaterales con distintas generadoras.

En consecuencia, Electro Dunas otorgó a su empresa vinculada Dunas Energía S.A.A. un mandato con el objetivo que esta se encargue de las labores asociadas a la gestión de la suscripción de contratos bilaterales para la atención de la demanda regulada de Electro Dunas. De este modo, el pago por la labor de intermediación de Dunas Energía estaba a cargo de los generadores con los que celebró dichos contratos.

Con relación a lo señalado, Electro Dunas cumplió con presentar a Osinergmin la información obligatoria para calcular el PNG y el Mecanismo de Compensación, no obstante, no presentó la información relativa a la Comisión por Intermediación. Ante ello, Osinergmin incluye dicho concepto como un beneficio adicional, dentro de los saldos para calcular el Mecanismo de Compensación. Esto debido a que existe un precepto normativo estipulado en el artículo 29 de la Ley 28832, el cual señala que el monto que exista entre el precio pactado en el contrato bilateral y la tarifa en barra debe ser dividido en partes iguales entre la distribuidora y sus usuarios regulados.

De tal modo, Osinergmin consideró de mala fe el esquema creado entre Electro Dunas y Dunas Energía, dado que entiende que este trata de enmascarar un beneficio indebido para no tener que dividirlo con los usuarios regulados y solo verse beneficiada la distribuidora.

2.2 Hechos relevantes del caso

2.2.1 Hechos previos:

1. Electro Dunas otorgó a su empresa vinculada Dunas Energía S.A.A. un mandato, en orden de que se encargue de las labores asociadas a la gestión para la suscripción de contratos bilaterales para la atención de la demanda de Electro Dunas.
2. En este marco, Dunas Energía S.A.A. gestiona dichos contratos y cobra a los generadores eléctricos un monto correspondiente a la Comisión por Intermediación, mediante acuerdos paralelos.

2.2.2 Hechos en sede administrativa:

3. El 28 de julio de 2016, se publicó la Resolución N° 179-2016-OS/CD (en adelante, "Resolución 179"), la cual aprobó el PNG, su Fórmula de reajuste y el Mecanismo de Compensación correspondiente al periodo regulatorio del trimestre agosto-octubre 2016.
4. Dicha liquidación se sustentó en el Informe N° 518-2016-GRT, el cual detalla que se incluyó en la liquidación de los SAE un monto por el concepto de "Beneficios Adicionales".
5. En suma, el Informe N° 551-2016-GRT, informe complementario al informe legal referente a la procedencia de aprobar los PNG, su fórmula de reajuste y su Mecanismo de Compensación para el año 2016, estableció que la Comisión por Intermediación es un beneficio indebido ya que afecta al precio del contrato y, por ende, debe considerarse para el cálculo del PNG.
6. El 19 de agosto de 2016, Electro Dunas presentó un recurso de reconsideración contra la Resolución 179, al considerar que no corresponde se incluya como un beneficio adicional a la Comisión por Intermediación.

7. El 29 de septiembre de 2016, se publica la Resolución de Consejo Directivo N° 227-2016-OS/CD, la cual declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Electro Dunas. Es así, que se da por agotada la vía administrativa.

Argumentos de Electro Dunas:

Electro Dunas sostiene que la resolución debe ser declarada nula, toda vez que carece base legal para incluir a la Comisión por Intermediación en el cálculo del PNG y el Mecanismo de Compensación, y para incluir en los saldos ejecutados acumulados rubros relacionados con montos percibidos por la demandante en períodos distintos al periodo regulatorio de la Resolución 179.

Respecto del primer punto, señalan que no existe norma alguna que prohíba pactar por el concepto de Comisión por intermediación, la cual es un pacto ajeno al precio de los contratos de suministro, ya que remunera a un tercero intermediario.

Respecto del segundo punto, señalan que de conformidad con el artículo 4 del Reglamento del Mecanismo de Compensación entre usuarios regulados del SEIN², Osinergmin debe realizar el cálculo del PNG y las transferencias del Mecanismo de Compensación trimestralmente. De esta manera, Electro Dunas considera que Osinergmin excede sus competencias al incorporar en esta liquidación beneficios correspondientes a años anteriores a 2016.

2.2.3 Hechos en sede judicial:

8. El 03 de enero de 2017, Electro Dunas interpone demanda contenciosa administrativa contra Osinergmin, manifestando como pretensión principal que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 227-2016-OS/CD,

² Aprobado por Decreto Supremo N° 019-2007-EM.

que resolvió el Recurso de Reconsideración presentado por Electro Dunas contra la Resolución 179.

Asimismo, manifestó como pretensión accesoria que se declare que no corresponde incluir en las Transferencias por los Saldos Ejecutados Acumulados al mes de julio de 2016, los montos que Osinergmin entiende como “Beneficios Adicionales” por el concepto de Comisión por intermediación; y como segunda pretensión accesoria, que Osinergmin realice una nueva liquidación de las Transferencias determinadas en el mes de julio de 2016 sin considerar los montos correspondientes a los denominados “Beneficios Adicionales” por el concepto de Comisión por intermediación, monto que según Osinergmin asciende a la suma de S/. 4 440 450.00 (Cuatro millones cuatrocientos cuarenta mil cuatrocientos cincuenta soles).

Argumentos de la demandante:

Los principales fundamentos de Electro Dunas son los siguientes: (i) Osinergmin no debió incluir a la Comisión por Intermediación cobrada por Dunas Energía en el cálculo del PNG y el Mecanismo de Compensación, toda vez que este actuar carece de base legal. Esto debido a que tanto la Ley 28832, como su Reglamento, únicamente exigen la remisión de los precios de potencia y energía pactados en los contratos bilaterales. En ese sentido, sostienen que no existe norma alguna que determine que la Comisión por Intermediación deba ser transferida al Mecanismo de Compensación, especialmente porque esta se da en el marco de un pacto ajeno al precio de los contratos de los suministros.

Sumado a ello, Electro Dunas argumenta que Osinergmin, mediante la Resolución 179, excede las competencias que le son otorgadas por la normativa aplicable. Esto debido a que Osinergmin se irroga, de manera unilateral, la función de definir la naturaleza de los contratos bilaterales suscritos por Dunas Energía a nombre de Electro Dunas, careciendo de

facultades legales para calificar a los beneficios adicionales como parte integrante del precio de dichos contratos bilaterales.

Argumentos de Osinergmin

Seguido a ello, Osinergmin contesta la demanda argumentando principalmente que el mandato normativo debe ser aplicado sin importar la apariencia que Electro Dunas pretenda dar al beneficio indebido, con el fin de ocultar a la autoridad las ventajas exclusivas obtenidas. En ese sentido, Osinergmin ajusta los beneficios adicionales en virtud de su función supervisora, reguladora y fiscalizadora.

Asimismo, el regulador sostiene que la normativa del sector eléctrico le ha otorgado las competencias necesarias para obtener las pruebas necesarias para verificar la veracidad de la información proporcionada por las empresas, y en caso de detectar inexactitudes, corregirlas e incorporarlas adecuadamente.

9. El 18 de diciembre de 2017, el Sexto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, emite Sentencia contenida en la Resolución N° 07, mediante la cual declara infundada la demanda.
10. El 12 de enero de 2018, se concede apelación con efecto suspensivo interpuesta por la demandante.
11. El 07 de junio de 2019, la Primera Sala Contenciosa Administrativa, emite Sentencia de Vista, contenida en la Resolución 09, la cual confirma la Resolución N° 07 del 18 de diciembre de 2017, que declara infundada la demanda.
12. El 28 de junio de 2019, Electro Dunas interpone recurso de casación.
13. El 02 de febrero de 2021, el Sexto Juzgado permanente declara improcedente el recurso de casación y emite auto de archivo definitivo.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

En función de los antecedentes y hechos señalados, se presenta el problema jurídico principal, como los secundarios, que serán analizados y desarrollados por el presente informe.

1. Dentro del contexto del expediente en análisis, se ha identificado como **problema jurídico principal**, el determinar si la inclusión de un monto adicional por cualquier otro concepto en un contrato bilateral entre una generadora y una distribuidora eléctrica, contraviene el precepto normativo que estipula la obligatoriedad de compartir el beneficio económico que surge del monto existente entre el precio de los contratos bilaterales y la tarifa en barra, el cual asigna un 50% de este beneficio a la demanda regulada y el otro, a la distribuidora. Este mandato se encuentra reconocido en el artículo 29 de la Ley N° 28832, y el Texto Único Ordenado de la Norma Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios, aprobado por Resolución N° 148-2015-OS/CD.

3.2 Problemas secundarios

Como problemas jurídicos secundarios, se han identificado los siguiente:

1. **Primer problema secundario:** ¿Osinergmin cuenta con las competencias para determinar la naturaleza del “acuerdo privado” pactado entre Dunas Energía y las empresas de generación eléctrica?
2. **Segundo problema secundario:** ¿Prohibir pactar, en el contexto de un contrato bilateral entre una generadora y una distribuidora para la compra de energía para abastecer a la demanda regulada, a privados o incorporar a la Comisión por Intermediación como un beneficio adicional, vulnera el derecho de libertad contractual?
3. **Tercer problema secundario:** ¿Resulta legal que Osinergmin incluya en los Saldos Ejecutados Acumulados montos relativos a periodos distintos al periodo regulatorio de la Res. 179?

3.3 Problemas complementarios

No se han identificado problemas jurídicos complementarios.

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Respecto del problema jurídico principal planteado, considero que la Comisión por Intermediación cobrada por Dunas Energía a los generados, contraviene el precepto normativo consagrado en el artículo 29 de la Ley 28832, y el TUO de la Norma Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios. Esto no sólo contraviene lo establecido en la normativa del sector eléctrico, sino que es un acto de mala fe, que trata de enmascarar el beneficio obtenido por la distribuidora mediante un concepto diferente, con la única intención de no tener que repartirlo con la demanda regulada.

Respecto de los problemas secundarios planteados: (i) considero que Osinergmin cuenta con las competencias para ajustar los precios e incorporarlos en el Mecanismo de Compensación, dada su naturaleza de regulador del sector eléctrico, (ii) asimismo, considero que no se vulnera el derecho de libertad contractual, toda vez que Osinergmin no ha declarado la nulidad de los contratos bilaterales llevados a cabo entre Dunas Energía y las generadoras, ya que este acuerdo, en naturaleza, no era un contrato sino una manera de encubrir un monto que correspondía ser dividido entre el distribuidor y la demanda regulada. Es así que, en ningún momento se vulnera el derecho que tienen los terceros de celebrar contratos libremente; y (iii) considero que Osinergmin cuenta con las competencias necesarias para incorporar saldos correspondientes a distintos periodos regulatorios en la Resolución 179.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Estoy a favor de los fundamentos y del fallo de la sentencia de vista, la cual ratifica la sentencia de primera instancia, declarando infundada la demanda contenciosa administrativa interpuesta por Electro Dunas. Esta decisión se basa en el reconocimiento de Osinergmin como la autoridad del sector eléctrico y como organismo regulador de este mismo sector, que ha actuado en concordancia con la normativa vigente, la cual es clara y precisa al estipular la obligación del distribuidor eléctrico de distribuir el ahorro generado en los contratos bilateral entre las distribuidoras y generadores en el marco de la compra de energía y potencia eléctrica.

En concordancia con lo expuesto en la sentencia de vista, considero que Osinergmin ha actuado de manera diligente y acorde a sus competencias, tal como lo establece el artículo 2 de la Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía - Ley N° 26734, al calificar dentro del cálculo del PNG y del Mecanismo de Compensación a la comisión por intermediación que Electro Dunas intentaba presentar como concepto externo. A mi juicio, esto evidencia un intento de eludir la obligación de distribuir dicho ahorro de conformidad con la normativa vigente.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1 Beneficios indebidos en el cálculo del Precio Nivel Generación

5.1.1. Primer problema jurídico principal: ¿La inclusión de un monto adicional por cualquier otro concepto en un contrato bilateral entre una generadora y una distribuidora de energía eléctrica, contraviene lo establecido en el artículo 29 de la Ley N° 28832, y el Texto Único Ordenado de la Norma Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios, aprobado por Resolución N° 148-2015-OS/CD?

Para responder a la pregunta planteada, resulta necesario tener claro el concepto del PNG y el Mecanismo de Compensación estipulado en el artículo 29 de la Ley 28832.

Esta ley instituyó el Mecanismo de Compensación con el objetivo de equilibrar las disparidades entre el PNG, aplicable a los usuarios regulados por la energía y potencia que consumen, y los precios derivados de los diversos contratos de suministro entre los distribuidores y los generadores. La justificación del Mecanismo de Compensación radica en la posibilidad de que un distribuidor puede tener contratos bilaterales -es decir, sin licitación-, como contratos provenientes de licitaciones con distintos precios de generación. Por lo tanto, resulta necesario establecer un mecanismo que permita a los usuarios cubrir los costos de generación de ambos tipos de contratos, procurando un precio único.

Para dicho objetivo, la Ley 28832 establece en su artículo 29 la metodología para formar los PNG. Según este artículo, estos precios se calcularán como el promedio ponderado de dos tipos de contratos: (i) los contratos sin licitación, cuyos precios serán el promedio entre la Tarifa en Barra y los precios de los contratos bilaterales, y (iii) los contratos resultantes de licitaciones, cuyos precios serán los resultantes de la licitación.

En este contexto, el PNG se distingue del Mecanismo de Compensación, en tanto este remunera únicamente la actividad de generación eléctrica, siendo que este es asumido por el usuario regulado. De este modo, el artículo adjunto establece que el PNG para los usuarios regulados, se calcula como el promedio ponderado de los siguientes precios: (i) contratos sin licitación, donde para cada contrato, los precios serán equivalentes al promedio de los Precios en Barra y los precios del contrato sin licitación; y (ii) contratos derivados de licitaciones, donde para cada contrato, los precios serán iguales a los Precios Firmes obtenidos en la licitación.

Como se evidencia, en el caso de los contratos resultantes de las licitaciones previstas en la Ley, se utilizan los precios pactados en los propios contratos para el cálculo del PNG. No obstante, en el caso de los contratos bilaterales sin licitación, para el cálculo del PNG, no se considera el precio establecido en cada contrato, sino el promedio entre el precio del contrato y el Precio en Barra, el cual se fija administrativamente por el Osinergmin. Es así que, la ley en este tipo de contratos incluye un incentivo que beneficia a las distribuidoras eléctricas y a los usuarios regulados.

Es decir, el Precio en Barra actúa como un tope, toda vez que la Ley 28832 establece que el precio de los contratos sin licitación no puede ser superior al Precio en Barra. De esta manera, el precio del contrato bilateral debe ser igual o inferior a este. Por lo tanto, el promedio considerado para el cálculo del PNG es mayor que el precio pactado en el contrato bilateral.

En consecuencia, el cálculo del PNG abarca el incentivo que procederé a explicar. Cabe resaltar que, la diferencia entre el Precio en Barra y el precio pactado, supone que la Distribuidora ha comprado de la Generadora a un menor precio que el fijado administrativamente (precio en barra), lo cual genera un ahorro que, en la práctica, será trasladado en un 50% al usuario regulado.

Este incentivo divide el ahorro obtenido por la distribuidora eléctrica en partes iguales entre esta y los usuarios regulados. Esto se debe a que el incentivo retribuye económicamente a las distribuidoras eléctricas por contribuir al buen

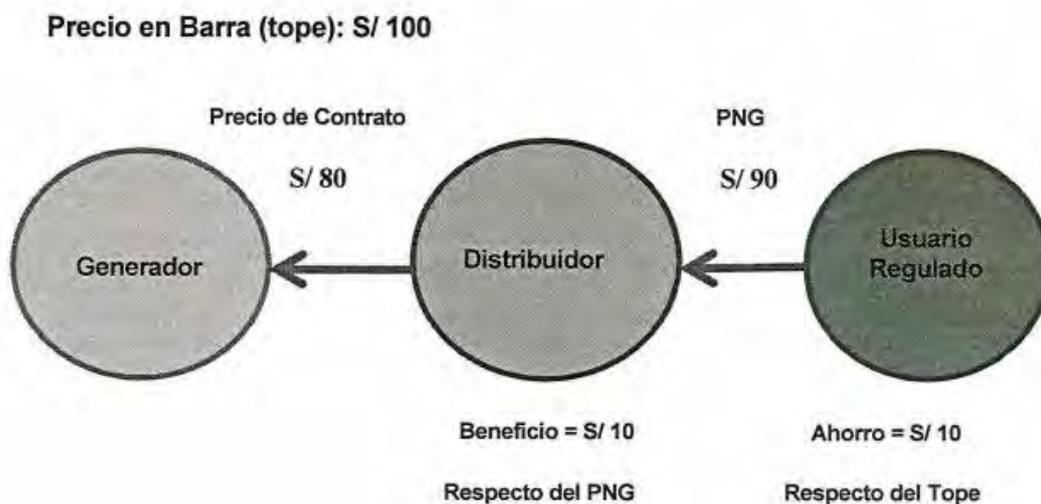
funcionamiento del mercado, ya que al negociar activamente con las generadoras obtienen menores precios, lo que finalmente beneficia a los usuarios regulados. Además, retribuye a los usuarios regulados con el 50% restante, en tanto que estos son considerados “usuarios cautivos” al no tener poder de elección respecto de la distribuidora que les brinda el servicio de electricidad, compensando así la reducción de su libertad.

Para fines prácticos, a continuación, se presenta un ejemplo del cálculo del incentivo contenido en el PNG basado en un contrato bilateral entre generador y distribuidor³:

- Osinergmin establece, a través del Precio en Barra, el costo de una unidad de energía en S/100.
- El generador le vende al distribuidor, mediante un contrato bilateral, una unidad de energía en S/ 80.
- El PNG que el usuario final paga por el consumo de una unidad de energía no corresponde ni al precio tope, es decir, S/ 100, ni al valor estipulado en el contrato bilateral, S/ 80. En aplicación directa del artículo 29 de la Ley 28832 y sus normas de desarrollo, se toma el promedio de estos valores, resultando en un pago de S/.90 por parte del usuario final.
- El distribuidor, al pagar S/ 80 al generador, pero recibir S/ 90, obtiene un beneficio de S/10, por transacción. Del mismo modo, el usuario al pagar S/.90, en lugar de los S/ 100, obtiene un beneficio de 10. Este incentivo legal fomenta la negociación en los contratos bilaterales, evitando que el usuario deba pagar la Tarifa en Barra, lo cual sucedería si el distribuidor no tuviera la motivación de ser eficiente y firmar contratos a precios

³ Ejemplo obtenido del Informe Legal N° 759-2016-GRT - Informe legal sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Electro Dunas S.A.A., contra la Resolución N° 241-2016-OS/CD, que aprobó los Precios a Nivel Generación, su Fórmula de Reajuste y su Mecanismo de Compensación para el trimestre noviembre 2016 – enero 2017.

menores que el tope. Así, el usuario ahorra S/10 y, simultáneamente, el distribuidor obtiene un beneficio de S/10.



Elaboración: Osinergmin - Informe N° 759-2016-GRT

Es así que una vez obtenido el incentivo y calculado el PNG, Osinergmin procede a determinar los saldos que deberán ser compensados entre las distribuidoras eléctricas. Es así que el incentivo, si bien se encuentra contenido en el cálculo del PNG, afecta de manera directa al Mecanismo de Compensación.

Ahora bien, mediante la Resolución 179, se aprobó el PNG y el programa trimestral de transferencias del trimestre agosto-octubre 2016, sustentada en los Informes N° 518-2016-GRT, N° DSE-UGSEIN-256-2016 y N° 551-2016-GRT. Es así que, en el informe 551-2016-GRT, Osinergmin identificó que en ciertos contratos bilaterales se habían pactado prestaciones económicas adicionales a favor de las distribuidoras eléctricas. Entre estas, se encontraba el descuento por intermediación a favor de una tercera empresa.

De ese modo, procedió a evaluar la naturaleza de cada una de las prestaciones adicionales, a efectos de determinar si estas constituían acuerdos comerciales válidos que no afectarían los precios del contrato o si correspondía que las prestaciones sean compartidas con los usuarios regulados, y en consecuencia,

ser incluidos en el Mecanismo de Compensación, según lo previsto en artículo 29 de la Ley 28832.

Para responder a la pregunta planteada, debemos ahondar en el descuento por intermediación a favor de una tercera empresa. Esto debido a que Osinergmin consideró que Electro Dunas se vio favorecido por dicho descuento. Esto se justifica porque Electro Dunas otorgó un mandato a su empresa vinculada, Dunas Energía, para que esta se encargue de toda la gestión necesaria para la suscripción de los contratos bilaterales, permitiendo así a Electro Dunas atender a su mercado regulado.

De este modo, Electro Dunas, a través de Dunas Energía, suscribió contratos de suministro de energía eléctrica para los años 2014 y 2015 con las siguientes empresas: (i) Empresa Eléctrica de Piura S.A. (“EEPSA”), el cual tuvo un periodo de vigencia del 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015, (ii) Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A. (“EGESUR”), el cual tuvo un periodo de vigencia del 1 de noviembre de 2015 al 31 de diciembre de 2015, (iii) Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. (“San Gabán”), el cual tuvo un periodo de vigencia del 1 de mayo de 2015 al 31 de diciembre de 2015, (iv) SDE Piura S.A.C. (“SDE”), el cual tuvo un periodo de vigencia del 1 de mayo de 2015 al 31 de diciembre de 2015, (v) SN Power Perú S.A (“SN Power”), el cual tuvo un periodo de vigencia del 1 de enero de 2015 al 30 de abril de 2015; y, (vi) Celepsa, el cual tuvo un periodo de vigencia del 1 de febrero de 2015 al 30 de abril de 2015. Adicionalmente, el 07 de febrero de 2014, Electro Dunas suscribió un contrato bilateral con la generadora Celepsa, con vigencia del 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2040⁴.

Tal como se mencionó, estos contratos fueron gestionados por Dunas Energía, razón por la cual se estableció una Comisión por Intermediación, la cual consistía en el pacto de “Acuerdos Privados” con los generadores, mediante los cuales estos quedaban obligados a generar un pago a la vinculada de manera mensual, debido a su labor como intermediaria.

⁴ Información extraída del Informe realizado por el Estudio Jurídico Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

5.1.1.1 ¿Es la Comisión por Intermediación un beneficio indebido?

Una vez establecido lo anterior, se tiene que Osinergmin, a través de la Resolución 179 ordenó incluir en los “SalDOS Ejecutados Acumulados”, los saldos denominados “Beneficios Adicionales” en la liquidación del PNG, ordenando que Electro DUNAS compense aproximadamente cuatro millones de soles.

Al respecto, es importante señalar que la actividad de generación de energía eléctrica no es inherente a la actividad que llevan a cabo las distribuidoras eléctricas. Estas trabajan como un puente con la actividad de generación y transmisión, toda vez que, a través de los recibos de luz, los usuarios regulados pagan las actividades de generación, transmisión y distribución, por un tema de practicidad, siendo obligación de las distribuidoras trasladar este pago a las actividades correspondientes.

De esta manera, las distribuidoras ya están siendo remuneradas por la actividad que realizan a través de las tarifas reguladas que fija Osinergmin, por lo que, lo que hace el PNG es generar un incentivo, que se fundamenta en la suficiencia del mercado y el ahorro para los usuarios regulados, ya que finalmente una mejor negociación de los precios termina favoreciendo a los usuarios. En ese sentido, este incentivo, creado por la normativa del sector, remunera a las distribuidoras por una actividad que ellas no realizan, puesto que tienen la obligación de asegurar el suministro de energía eléctrica para satisfacer la demanda de sus usuarios, tal como establece el artículo 34 de la LCE.

De tal modo, dejando claro que las distribuidoras tienen la posibilidad de percibir dicho incentivo, siempre que contraten energía eléctrica a un precio menor que la tarifa en barra, a pesar de que no tiene a su cargo dicha actividad, este incentivo debe ser único, siendo que ley no faculta el pacto de incentivos adicionales para la distribuidora ni para terceros, como sucede con las empresas vinculadas.

Ahora bien, para poder responder a la pregunta, se debe tener claro cuál es la finalidad de dicho artículo, motivo por el cual analizaremos distintos métodos de interpretación para llegar a una conclusión más exacta y a un mejor entendimiento de este artículo. En concreto, para buscar la interpretación más sólida y bien fundamentada, es recomendable que el intérprete considere todos los métodos de interpretación posibles al analizar el caso, adoptando la posición que concilie dos o más de estos métodos (Rubio, 2009, p.253).

Sobre lo señalado, la interpretación literal de las normas constituye el primer acercamiento a una disposición normativa y, tal como lo señala Rubio (2009), “esta interpretación trabaja con la gramática y el diccionario”. (p.238). En el caso concreto, si realizamos un análisis literal del artículo 29, obtenemos textualmente lo que este artículo establece y que se aplica únicamente en los casos que este artículo señala. Es decir, en los casos de los contratos sin licitación, el cálculo del PNG será igual al promedio de la tarifa en barra y de los precios del contrato sin licitación; y en el caso de los contratos mediante licitaciones, el precio será el equivalente a los precios resultantes de estas.

La interpretación lógica o también conocida como ratio legis, tiene como objetivo desentrañar la razón de la norma y el fundamento de esta. Es decir, no es la búsqueda de la voluntad del legislador sino del propósito de la norma, lo que permite se haga más fácil la tarea de aplicarla a los casos para los que fue concebida. En ese sentido, de una interpretación lógica del incentivo contenido en el PNG se tiene que el propósito de esta norma es generar un incentivo para que las distribuidoras obtengan un saldo por el esfuerzo realizado en la negociación de un mejor precio en la compra de energía, que finalmente también termina beneficiando al usuario.

De este modo, el propósito de la norma es establecer un beneficio único, teniendo como correlato que no se permiten beneficios adicionales, toda vez que la actividad de generación no es realizada por las distribuidoras eléctricas. Las actividades que estas realizan ya son remuneradas mediante las tarifas fijadas por el Osinergmin, las cuales son pagadas por los usuarios.

El método sistemático de interpretación de la norma establece que una norma no puede ser entendida de manera aislada, sino en conjunto con el resto del sistema normativo. Conviene resaltar que, respecto de la regulación del sector eléctrico peruano, una de las principales normas es la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, la cual establece la calidad comercial, la calidad técnica y la calidad del alumbrado público que deben cumplir los servicios eléctricos para garantizar la seguridad pública y proteger a los consumidores. Adicionalmente, Osinergmin cuenta con una serie de procedimientos que buscan proteger al usuario a través de garantizar la calidad del servicio que brindan tanto los generadores, transmisores y distribuidores.

En ese sentido, a pesar de que la normativa del sector eléctrico busca darle seguridad a los agentes privados y públicos que desarrollan las actividades que conforman el sector, las normas en gran medida se centran en la protección del consumidor, por la posición de desventaja en la que se encuentra y debido a que se desarrolla bajo el marco de un monopolio natural.

Adicionalmente, la propia Constitución Política del Perú, señala en el artículo 65 que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. De tal modo, el incentivo contenido en el PNG al establecer un beneficio compartido con los usuarios regulados, en aras de favorecerlos, tiene como contrapartida el razonamiento que este beneficio debe ser único tanto para el distribuidor como para el usuario, por lo que cualquier otro tipo de pacto que beneficie o permita que el distribuidor o usuario regulado lucre en mayor medida, se encuentra en discordancia con los objetivos establecidos por la estructura normativa del sector.

Por otro lado, el método histórico propone entender a la disposición normativa en el marco del contexto histórico, esto es, según De la Cruz (2022), analizar la normativa previa a la disposición interpretada, el contexto en que fue entendida previamente y tratar de aplicar las directrices y principios del texto anterior a la disposición actual.

Es así que, la normativa anterior no solo no brindaba este beneficio a las distribuidoras, sino que el esquema regulatorio anterior a la liberalización del sector eléctrico no permitía el desarrollo de las tres actividades del sector por separado, siendo que el Estado peruano era el único operador. Es así que el esquema anterior, generaba menos incentivos y beneficios, ya que el precio de los contratos siempre resultaba ser el de la tarifa en barra.

Por último, el método sociológico puede confundirse con el método histórico, sin embargo, la distinción radica en que en este método “se observan elementos diferentes, como la organización social, los estratos socioeconómicos, la cultura, las costumbres, las cosmovisiones, los aspectos religiosos, entre otros” (Rubio y Arce, 2017, p. 119).

En el caso peruano, antes de la reforma estructural del sector, existía un descontento masivo por parte de los consumidores, debido a las constantes interrupciones, a la infraestructura inadecuada por la baja inversión en el sector, por el deficiente alumbrado público, los cobros excesivos, etc. Estas deficiencias impedían que los consumidores recibieran un servicio de calidad (Tamayo & Vásquez & García, 2012, p.88).

De lo mencionado por los autores, se puede concluir que la regulación que se produjo a raíz del proceso de privatización del sector eléctrico se centró no sólo en promover la inversión de los agentes privados, sino también en la protección del consumidor. Es por esa razón que, de la interpretación sociológica se tiene que el artículo 29 si bien busca generar incentivos, de ninguna manera permite que los agentes privados sobrepasen el beneficio establecido, dado que hacer eso supone perjudicar a los usuarios regulados.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, del análisis de los cinco métodos, se concluye que cuatro de ellos coinciden en que el mecanismo de compensación no sólo establece lo que se entiende de manera literal, sino que este también, de manera implícita, no permite que ni los distribuidores eléctricos ni los usuarios regulados obtengan mayores beneficios de los permitidos y establecidos por la norma. En consecuencia, el beneficio pactado entre Dunas Energía y los

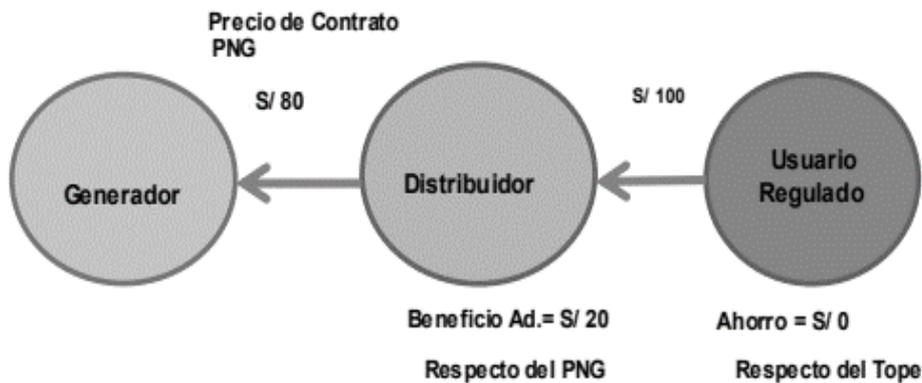
generadores eléctricos exceden los límites establecidos en la norma y constituye una vulneración de esta.

Para comprender el beneficio indebido con mayor claridad, de igual forma que se explicó el incentivo contenido en el PNG, se ilustra un ejemplo en el cual se pacta un “acuerdo privado” de manera paralela al contrato de compra de energía entre un generador y un distribuidor⁵:

- Osinergmin establece mediante la Tarifa en Barra que una unidad de energía tiene el valor de S/. 100.
- El generador vende al distribuidor eléctrico mediante un contrato bilateral una unidad de energía en S/. 100.
- El PNG, que paga el usuario final por la unidad de energía consumida, se determina como el promedio de los valores mencionados, resultando que el usuario final paga S/. 100.
- Simultáneamente, el generador y el distribuidor eléctrico acuerdan por fuera del contrato un “ahorro” que habría sido incorporado, equivalente a S/. 20. Deciden que este valor “adicional” sea pagado por el generador al distribuidor eléctrico y otra empresa vinculada, sin causa objetiva o por actividades que son responsabilidad del distribuidor. Esto resulta en que todo el beneficio se obtenga para el distribuidor y no se refleje ningún ahorro para los usuarios.

⁵ Ejemplo obtenido del Informe Legal N° 759-2016-GRT - Informe legal sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Electro Dunas S.A.A., contra la Resolución N° 241-2016-OS/CD, que aprobó los Precios a Nivel Generación, su Fórmula de Reajuste y su Mecanismo de Compensación para el trimestre noviembre 2016 – enero 2017.

Precio en Barra (tope): S/ 100



Elaboración: Osinergmin - Informe N° 759-2016-GRT

Conforme al ejemplo planteado, en esta situación, debido a la existencia de un acuerdo paralelo que puede denominarse como “mandato”, “acuerdo privado” o “contrato”, se observa que la totalidad del beneficio se dirige exclusivamente a una de las partes, es decir, al distribuidor eléctrico.

Con relación al acuerdo privado pactado entre Electro Dunas y Dunas Energía, se ve afectado el incentivo contenido en el PNG y el Mecanismo de Compensación, toda vez que cada distribuidora eléctrica tiene como obligación contratar y garantizar el suministro de energía para su demanda regulada. Por lo tanto, no hay necesidad de establecer un esquema paralelo para la gestión de los contratos bilaterales. En caso de que las distribuidoras eléctricas decidan implementar dicho esquema, por las razones que consideren pertinentes, los costos asociados a esta actividad deben ser asumidos por la distribuidora eléctrica. Esto se debe a que no existe una relación prestación-contraprestación, ya que no se demuestra que Dunas Energía tiene una obligación remunerable, dado que no asume ningún tipo de riesgo.

En este contexto, es importante recordar que Dunas Energía, es la vinculada de Electro Dunas. Una empresa vinculada se caracteriza por poseer no solo la mayoría del derecho a voto de la otra empresa, lo que permite influir en las decisiones de esta, sino que también cuenta con la facultad de nombrar o revocar a miembros del Directorio o del Consejo de Administración.

En ese sentido, dado que el acuerdo privado pactado entre Electro Dunas y Dunas Energía no solo carece de justificación razonable, sino que también contraviene el principio de legalidad, puesto que vulnera lo dispuesto por el PNG y el Mecanismo de Compensación, debe ser declarado un beneficio indebido.

De tal modo, procederemos a analizar si el actuar de Electro Dunas y Dunas Energía se considera un caso de abuso del derecho.

5.1.1.2 ¿Electro Dunas ha incurrido en abuso del derecho?

Partiendo de la premisa que ningún derecho es absoluto y todos poseen límites, corresponde evaluar si Electro Dunas, a través de Dunas Energía, ha incurrido en abuso de derecho.

El artículo 103 de la Constitución Política del Perú proscribiera el abuso del derecho. En efecto, el Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") ha afirmado que *"los derechos no pueden usarse de forma ilegítima (...), sino de manera compatible con los valores del propio ordenamiento"* (Sentencia N° 00296-2007-PA/TC, 2012).

Asimismo, el TC ha señalado que *"el ejercicio abusivo de un derecho tiene como presupuesto que el ordenamiento jurídico reconozca una situación jurídica favorable a un sujeto y que este, amparado en dicha condición, actúe causando perjuicio a otro"* (Casación N° 17114, 2015).

En este caso, el artículo 29 de la Ley 28832 reconoce una situación jurídica favorable a Electro Dunas, siendo que se le otorga el 50% del ahorro obtenido en los contratos bilaterales. Sin embargo, la distribuidora, a través de Dunas Energía y su "Comisión por Intermediación", se ampara en dicho presupuesto normativo para obtener beneficios excesivos, recibiendo más del 50% de los ahorros que la ley estipula, lo cual perjudica a los usuarios regulados, dado que no reciben nada.

Por consiguiente, la norma solo reconoce al distribuidor como intermediario legítimo, y no a cualquier otra persona jurídica o entidad que tenga propósito beneficiar al distribuidor mismo. De tal modo, Electro Dunas desnaturaliza el rol que tiene como intermediario, el cual debería ser justo y equilibrado, toda vez que busca maximizar su beneficio, a expensas del consumidor.

Por lo señalado, se puede concluir que Electro Dunas ha incurrido en abuso del derecho a través de Dunas Energía, al utilizar su posición de manera contraria a los valores del ordenamiento jurídico y en detrimento de los usuarios finales.

5.1.1.3 ¿Corresponde imputar a Electro Dunas los efectos de un contrato del que no ha sido parte?

Al respecto, es necesario mencionar que las distribuidoras eléctricas, respecto del PNG y el Mecanismo de Compensación, tienen la responsabilidad de presentar a Osinergmin la liquidación mensual detallada de las transferencias efectuadas (Reglamento del Mecanismo de Compensación entre los usuarios regulados del SEIN, 2007). Adicionalmente, la LCE señala que están obligadas a mantener contratos vigentes con generadoras eléctricas que aseguren su demanda total de potencia y energía para al menos los próximos veinticuatro meses.

En este caso, Electro Dunas no solo es la responsable de adquirir la energía suficiente para abastecer a los usuarios regulados de su zona de concesión, sino es quién está sujeta al Mecanismo de Compensación. De esta manera, Electro Dunas es quien le ha otorgado el mandato a Dunas Energía, que adicionalmente es su vinculada, para que lleve a cabo los contratos bilaterales.

De este modo, corresponde que el precio pactado mediante la “Comisión por Intermediación” reduzca el precio del contrato bilateral, siendo que el “ahorro” se deberá repartir con los usuarios regulados.

5.2 Competencias del Osinergmin

5.2.1 Primer problema secundario: ¿Osinermin cuenta con las facultades para calificar la naturaleza del “Acuerdo Privado” pactado entre Dunas Energía y los generadores como un beneficio adicional?

Para poder darle respuesta a la pregunta planteada, es necesario aclarar: (i) la naturaleza del Osinermin, y (ii) las competencias que se le han atribuido con relación al caso de análisis del presente informe.

Es necesario tener presente que el Osinermin es un Organismo regulador, siendo que se encuentra regido por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, “Ley Marco”). Ante eso, los reguladores se crearon, en primera instancia, para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión (Tassano Velaochaga, 2008, p.90).

Ahora bien, respecto de las competencias que posee Osinermin, se tiene que una de las funciones de los Organismos Reguladores es la función supervisora, la cual comprende la capacidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnica por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la capacidad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que incumba a la entidad o actividad supervisada (Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, 2000).

Sumado a ello, el literal b) del artículo 5 de la Ley 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía - OSINERG, establece que una de las funciones de Osinermin es fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas, así como otras obligaciones establecidas por la ley.

Respecto del Mecanismo de Compensación, el artículo 4 del Reglamento del Mecanismo de Compensación entre usuarios regulados del SEIN, señala que es responsabilidad de Osinermin administrar el funcionamiento del Mecanismo de

Compensación, calcular el PNG y establecer el programa de transferencia del Mecanismo de Compensación, utilizando la información proporcionada por las empresas y cualquier información relacionada que Osinergmin disponga.

Ahora bien, la actuación del Osinergmin se rige y sustenta en base a los principios establecidos en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Reglamento General del Osinerg, siendo uno de estos, el principio de verdad material. Este principio establece que la autoridad competente deberá verificar exhaustivamente los hechos que fundamentan sus decisiones. Para ello, deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, incluso si no han sido propuestas por los administrados o si estos han acordado prescindir de ellas.

Este principio establece que la Administración no debe limitarse a actuar como una “mesa de partes”, sino que debe obtener pruebas que plasmen la verdad material y objetiva cuando la situación y el caso concreto determinen indicios racionales para una actuación proactiva de la entidad pública (Jiménez Murillo, 2011, p.201).

Asimismo, resulta crucial señalar que, a pesar de que el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General incorpora una serie de principios que rigen la actuación administrativa, este listado es *numerus apertus*, es decir, permite que la administración actúe en base a otros principios no expresados de manera explícita.

En ese sentido, a pesar de que el listado mencionado no incluye el principio de primacía de la realidad, es totalmente válido que Osinergmin base su actuación en dicho principio. Este se refiere a que siempre deben prevalecer los hechos, incluso si la información presentada por el administrado indica lo contrario.

Asimismo, dado que nos encontramos frente a un procedimiento tarifario, el ejercicio de las funciones de Osinergmin se encuentra regido por el principio de análisis de decisiones funcionales. Este principio establece que Osinergmin debe tomar en cuenta al momento de tomar decisiones, los efectos que estas tengan

sobre la materia que se encuentre regulando y los efectos que estas tendrán en el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios.

Tomando en cuenta lo señalado, procederé a analizar si Osinergmin ha hecho uso de facultades que no le son reconocidas, en aras de redefinir la naturaleza de los contratos suscritos entre Dunas Energía con las generadoras eléctricas. Además, analizaré si Osinergmin cuenta con las facultades para incluir a la Comisión por Intermediación como un beneficio adicional.

De lo señalado anteriormente, se colige que Osinergmin tiene la obligación de calcular el PNG, y consecuentemente establecer los saldos que se deberán ejecutar en el marco del Mecanismo de Compensación, en base a la información obtenida por las distribuidoras, sin limitarse a estas.

En ese sentido, de las competencias y principios señalados se tiene que Osinergmin no es competente para recalificar la naturaleza de ningún acuerdo privado ni de ningún contrato, toda vez que esto es una potestad exclusiva del Poder Judicial.

No obstante, Osinergmin no ha recalificado ningún contrato o acuerdo, sino que en el marco de que Electro Dunas, mediante Dunas Energía, recibió un margen adicional del que debe obtener la distribuidora por la compra de energía, a través de la Comisión por Intermediación, Osinergmin es competente, basándose en los principios mencionados, para añadir a la Comisión de Intermediación en las liquidaciones para calcular el PNG y el Mecanismo de Compensación, toda vez que este concepto, en su naturaleza, era un beneficio adicional.

Por lo expuesto, Osinergmin no ha cambiado la naturaleza del Acuerdo Privado, siendo que en los hechos este acuerdo lo que buscaba era enmascarar un beneficio para la distribuidora, o para su vinculada, mediante el concepto de Comisión por Intermediación. De tal modo, este acuerdo siempre tuvo el mismo fin, motivo por el cual Osinergmin lo único que ha hecho es darle el nombre que le corresponde para que se cumpla con lo establecido en la ley.

Por tanto, en su obligación de cumplir con el principio de verdad material y sus funciones como fiscalizador, Osinergmin después de obtener información acerca de contratos paralelos que afectaron, o tuvieron como finalidad afectar, el precio del contrato de suministro bilateral, evitando que se generen ahorros a favor del usuario regulado, tiene el deber de integrar este valor en la liquidación del PNG para que la repartición del Mecanismo de Compensación sea correcta y real.

5.2.2 Segundo problema secundario: ¿La restricción de acuerdos privados, en el contexto de un contrato bilateral entre una generadora y una distribuidora, vulnera el derecho fundamental de libertad contractual?

Para responder a la pregunta, considero prudente primero abordar el contenido del derecho de libertad contractual y sus límites, para luego pasar a un análisis directo de los contratos celebrados entre Dunas Energía y las distintas generadoras eléctricas.

Respecto del derecho de libertad contractual, este se consagra en el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que *“toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”* (Constitución Política del Perú, 1993).

En concordancia, el artículo 62, del mismo cuerpo normativo, se explyaya respecto de este derecho y señala que la libertad de contratación garantiza que las partes pueden acordar válidamente según las normas vigentes al momento de la celebración del contrato. Los términos contractuales no pueden ser alterados por leyes u otras disposiciones de cualquier naturaleza. Los conflictos que surjan de la relación contractual deben ser resueltos en la vía arbitral o judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Al respecto, el Código Civil desarrolla aún más este derecho en el artículo 1354 el cual establece que *“las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”*.

Asimismo, el artículo 1356 establece que *“las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”*.

No obstante, dado que ningún derecho es absoluto, existen dos principales límites a la libertad contractual; (i) el orden público; y, (ii) otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos. Respecto del primer límite, se establece que el *“orden público es aquel mínimo indispensable establecido por el Estado para la convivencia pacífica y armónica de la sociedad, en atención a los fines señalados por nuestra Constitución Política y los mandatos que de ella se deriven”*. (Landa, 2014, p. 316).

En ese sentido, el orden constitucional limita las acciones y la actuación de los agentes privados, siendo que la consecuencia de inaplicar o alejarse de este orden, tiene como consecuencia la nulidad del acto de los privados. Del mismo modo ocurre con el segundo límite a la libertad contractual, toda vez que los derechos fundamentales y los bienes constitucionalmente protegidos son condiciones para la validez de la actuación privada.

Esto en concordancia con lo señalado por el TC en el Expediente N° 065342-2006-AA, el cual señala que *“la libertad de contrato garantiza la libre determinación del objeto y las condiciones de la prestación de un servicio, sin embargo, no la de cláusulas irrazonables que terminen anulando un sentido mínimo de justicia y el sentido común”*.

De lo anterior, se colige que para evaluar la validez de los contratos se debe verificar que estos tengan como base a la ley y respeten los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Una vez establecido lo anterior, se analiza si los contratos celebrados entre Dunas Energía S.A.A. y las empresas de generación se celebraron en el marco de lo que establece la ley. Es importante destacar que, si bien es cierto, tanto Electro Dunas como Dunas Energía S.A.A., gozan del pleno derecho de la libertad contractual, no es menos importante recordar que Electro Dunas es una

empresa privada que cuenta con una concesión que le permite brindar el servicio público de electricidad. Por consiguiente, está sujeta a una regulación especial, especialmente cuando estamos frente a un contrato que tiene como fin suministrar electricidad a la demanda regulada.

En ese sentido, la regulación del sector eléctrico ya no sólo establece reglas referidas a que los contratos bilaterales de compra de energía entre una distribuidora y una empresa de generación eléctrica no deben sobrepasar el Precio en Barra fijado por Osinergmin, sino que también estos conllevan obligaciones como el Mecanismo de Compensación. Si bien existen ciertas reglas o restricciones, no existe norma en el sistema jurídico peruano o pronunciamiento alguno por parte de Osinergmin, que prohíba la celebración de contratos bilaterales para la adquisición de energía destinada al mercado regulado, al contrario, la Ley 28832 establece que una de las modalidades para adquirir electricidad es mediante contratos bilaterales. Así pues, en ese extremo, la norma no establece vulneración alguna a la libertad contractual.

Sin embargo, y de conformidad con lo señalado por el TC y la doctrina, estos contratos, es decir, los contratos celebrados entre Electro Dunas (a través de Dunas Energía) y las empresas generadoras, no deben contravenir la ley ni vulnerar otros derechos constitucionales. Por lo tanto, resulta clave tener en cuenta que el artículo 65 de la Constitución Política defiende los derechos de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

De esta manera, el artículo 29 de la Ley 28832 crea un derecho para los usuarios regulados, los cuales, a partir de ese momento, tienen el deber de verse beneficiados con el 50% de la diferencia entre el precio del contrato bilateral y la tarifa en barra. Es decir, que los contratos bilaterales pactados por Dunas Energía, en favor de Electro Dunas no pueden de ninguna manera vulnerar dicho derecho.

Sobre el particular, tal como se ha expuesto en el apartado anterior, resulta evidente que la Comisión por Intermediación pactada por Dunas Energía tiene

como resultado el no trasladar a los usuarios regulados el monto que les corresponde, siendo así que Osinergmin al categorizar este monto como un beneficio adicional busca que se cumpla con el incentivo previsto en el Mecanismo de Compensación.

Es decir, Osinergmin no ha declarado nulo ni inválido los contratos celebrados por las partes, toda vez que no cuentan con la facultad para hacerlo. En efecto, los contratos con las generadoras no fueron declarados nulos y siguieron estando vigentes.

Por tanto, el derecho a la libertad contractual no se ha visto vulnerado en ningún extremo, en tanto la compra de energía eléctrica no se ha visto obstruida ni prohibida. Lo único que ha hecho Osinergmin es evaluar los “acuerdos privados” entre Dunas Energía y las empresas generadoras, acuerdos que claramente buscaban encubrir un beneficio para la distribuidora, lo cual no sólo afecta a los usuarios regulados, sino que contraviene de manera expresa la ley.

5.2.3 Tercer problema secundario: ¿Resulta legal que Osinergmin incluya en los Saldos Ejecutados Acumulados montos relativos a periodos distintos al periodo regulatorio de la Res. 179?

En cuanto a la incorporación de los beneficios adicionales en los Saldos Ejecutados Acumulados que corresponden a montos diferentes a períodos regulados por la Resolución 179, es necesario comenzar por determinar cuál es el procedimiento adecuado.

Al respecto, en el caso en concreto, no se evidencia que Osinergmin haya incluido en las liquidaciones, beneficios adicionales correspondientes a periodos regulatorios diferentes del contenido en la Resolución 179. Si bien, en uno de los informes sustentatorios de dicha Resolución se muestra un cuadro que contiene beneficios recibidos por Electro Dunas correspondientes a períodos y años anteriores, este mismo Informe menciona que estos se plasman para reflejar la magnitud del problema, más no para añadirlo a la liquidación del Mecanismo de Compensación.

No obstante, como ya se mencionó anteriormente el TUO de la Norma “Precios a Nivel Generación y Mecanismo de Compensación entre Usuarios”, señala que Osinergmin calculará de manera trimestral el PNG y las transferencias correspondientes al Mecanismo de Compensación.

Asimismo, el Reglamento del Mecanismo de Compensación entre los usuarios regulados del SEIN, establece las responsabilidades de Osinergmin con relación al funcionamiento de dicho mecanismo. Estas responsabilidades incluyen administrar el funcionamiento del Mecanismo de Compensación, calcular el PNG, establecer el programa de transferencias entre las empresas contribuyentes y receptoras del Mecanismo de Compensación, utilizando información proporcionada por las empresas y cualquier información relacionada que disponga Osinergmin, entre otras.

Al respecto, tomando en cuenta que Osinergmin es el responsable de la supervisión y fiscalización tanto del sector energético como, específicamente, del cálculo del PNG y la administración del Mecanismo de Compensación, implica que, en caso en periodos anteriores no se hubiera trasladado adecuadamente o en absoluto el incentivo a la demanda regulada, Osinergmin está facultado para verificar estos hechos posteriormente, y de ser necesario, corregir esta situación.

Esto en virtud del artículo 3 de la Ley Marco, el cual establece que Osinergmin desempeña la función supervisora. Esta función comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de asegurar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que incumba la entidad o actividad bajo supervisión.

Esto sumado a la potestad que tiene de fiscalizar de manera posterior, por lo que sí Osinergmin detecta que en periodos anteriores se han llevado a cabo prácticas

comerciales que han tenido como consecuencia la afectación de los derechos de los administrados, Osinergmin tiene la facultad de rectificar dicha situación.

Es así que, la actividad probatoria de Osinergmin no se agota en la fiscalización previa, sino que puede hacer uso de su facultad de fiscalizar posteriormente, siendo que ni el PNG ni el Mecanismo de Compensación deben ser determinados en base a los montos que las distribuidoras presentan, sino que se debe constatar que estos efectivamente fueron los montos transados.

La fiscalización posterior mencionada en el párrafo anterior se encuentra respaldada por el principio de privilegio de controles posteriores, el cual se encuentra estipulado en el numeral 1.16 del Título Preliminar de la LPAG, el cual señala que *“la tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz”*.

Así pues, en el marco de que Electro Dunas está recibiendo un margen adicional del que debe obtener el distribuidor por la compra de energía, ya sea a través de la distribuidora misma o de su vinculada, Osinergmin tiene la facultad, basándose en las competencias ya señaladas, y sumado a eso, la potestad de fiscalizar posteriormente, de tomar en cuenta el monto por Comisión de Intermediación y considerarlo para el cálculo del PNG y el Mecanismo de Compensación.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Luego del análisis realizado, se ha determinado que la inclusión de montos adicionales pactados en contratos paralelos a los contratos bilaterales para la adquisición de energía, específicamente en este caso la Comisión por Intermediación, gestionada por Dunas Energía, constituye un beneficio indebido. Esta práctica constituye una vulneración al mandato normativo que exige que el ahorro obtenido en estos contratos sea repartido equitativamente entre la distribuidora y los usuarios regulados.

En cuanto a la competencia de Osinergmin para fiscalizar y calificar la naturaleza de estos acuerdos privados, se ha concluido que dicho organismo posee las facultades necesarias para incluir la Comisión por Intermediación como un beneficio adicional en los cálculos del PNG y en el Mecanismo de Compensación. Esta atribución es fundamental para asegurar la transparencia y eficacia en el sector eléctrico, previniendo posibles abusos de posición dominante por parte de las distribuidoras.

Asimismo, se ha analizado la posible vulneración del derecho a la libertad contractual. La prohibición de acuerdos privados paralelos a los contratos bilaterales no constituye una transgresión a este derecho fundamental. En efecto, se justifica plenamente en la necesidad de mantener un equilibrio entre los intereses de las distribuidoras y los usuarios regulados, garantizando así la integridad del marco regulatorio y la protección de los consumidores.

Adicionalmente, se concluye que incluir en los saldos ejecutados acumulados montos relativos a periodos distintos al periodo regulatorio establecido no contraviene el principio de legalidad. Osinergmin, en su función de fiscalización posterior, tiene la potestad de ajustar estos saldos para reflejar con precisión las transacciones y beneficios obtenidos, asegurando una correcta aplicación del Mecanismo de Compensación.

Por último, las conclusiones del análisis realizado resaltan la importancia de una regulación efectiva y estricta en el sector eléctrico, La actuación de Osinergmin

en la fiscalización de los contratos bilaterales es sumamente relevante para mantener la transparencia y equidad del mercado, protegiendo los intereses de todos los actores involucrados.



BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Dammert, A, García, R y Molinelli, F. (2008). *Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico*. Fondo de la PUCP.
- Dávalos, V. (2013). *Modelos de Mercado, Regulación Económica y Tarifas del Sector Eléctrico en América Latina y el Caribe - Perú*. Organización Latinoamericana de Energía.
- De la Cruz, L. (2022). El concepto y los métodos de interpretación jurídica. Revista Pólemos. <https://polemos.pe/el-concepto-y-los-metodos-de-interpretacion-juridica/>
- Huapaya, R y Sánchez Povis, L. (2016). Aspectos legales básicos de la Industria Eléctrica y su Regulación en el Perú.
- Jiménez Murillo, Roberto (2011). *Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, (67).
- Jofré, A. (2010). *Análisis del Mercado de Generación Eléctrica: Spot, Contratos y Comportamientos Estratégicos*.
- Landa, C. (2014). *La Constitucionalización del Derecho Civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites*. Revista Themis.
- Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minas. (2016). *La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aporte al crecimiento económico del país*.
- Okumura, P. (2015). *El mercado mayorista de electricidad en el Perú*. Revista Themis, (68).
- Pacori Cari, Jose (2021). *Los principios generales del derecho administrativo*. Pasión por el Derecho.
- Peralta, L y Casachagua, P. (2021). *La Transferencia del Mecanismo de Compensación entre las Empresas Distribuidoras y el Aporte por Regulación al Osinergmin*.

- Quiñoñes, M y Quintanilla, Edwin. (2016). *Sector Eléctrico: Marco Institucional, Problemas y Nuevas Tendencias*. Revista Themis.
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico, Introducción al Derecho, décima edición, aumentada*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M. (2017). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Rubio, M. (2008). *El Título Preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Ruiz, M. (2021). *La generación de energía eléctrica en el Perú y su relación con el mercado de gas natural*. Revista Moneda.
- Santivañez, R. (1998). *Mercado Eléctrico Peruano: Principios y mecanismos de operación y sistemas de precios*. Revista Themis.
- Santivañez, R y Venero, A. (2022) *Retrospectiva: A treinta años del inicio de la reforma eléctrica en el Perú*. Revista Peruana de Energía.
- Santivañez, R. (1999). Concentración en el sector eléctrico ¿Es posible un control previo?. *Ius et veritas*.
- Tamayo, J, Vásquez, C y García, R. (2012). *La protección del consumidor en el sector eléctrico peruano: una perspectiva preventiva*. Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual.
- Tassano Velaochaga, H. (2008). Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos. Revista PUCP.
- Vásquez Cordano, Arturo; Tamayo, Jesús; Vilches, Carlo y Edison Cháves (2016). *La Regulación del Sector de Energía*. Documento de Trabajo No 40, Gerencia de Políticas y Análisis Económico – Osinergmin, Perú.

Jurisprudencia

- Expediente N° 06534-2006-PA/TC (15 de noviembre de 2007). Tribunal Constitucional del Perú.
- Expediente N° 0011-2013-PI/TC (27 de agosto de 2014). Tribunal Constitucional del Perú.

Marco Normativo

- Constitución Política del Perú. (1993). Lima, Perú.
- Ley N° 27444, *Ley del Procedimiento Administrativo General* (11 de abril de 2001). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H805476>
- Ley N° 28832, *Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica* (23 de julio de 2006). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H921869>
- Decreto Supremo N° 019-2007-EM, *Aprueba el Reglamento del Mecanismo de Compensación entre los usuarios regulados del SEIN* (0 de abril de 2007). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H940775>
- Resolución de Consejo Directivo N° 180-2007-OS/CD, Norma “*Precios a Nivel Generación y Mecanismos de Compensación entre Usuarios Regulados*” (25 de abril de 2007). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H941791>
- Ley N° 27332, *Ley Marco de los Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos* (29 de julio de 2000). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H793421>
- Ley N° 26734, *Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía - OSINERG* (31 de diciembre de 1996). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H773320>

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Expediente : 00229-2017
Demandante : ELECTRO DUNAS S.A.A.
Demandado : OSINERGMIN
Materia : Nulidad de Acto Administrativo.

RESOLUCIÓN NÚMERO NUEVE

Lima, 07 de junio de 2019.-

VISTOS: Con el expediente administrativo que se tiene a la vista; con lo expuesto en el Dictamen Fiscal Superior Civil y Contencioso Administrativo¹; interviniendo como ponente la Señora Jueza Superior Tupiño Salinas;

RESOLUCIÓN MATERIA DE GRADO

La **Resolución N° 07 (sentencia)**, del 18 de diciembre del 2017², que declara infundada la demanda.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

La empresa ELECTRO DUNAS S.A.A. interpone recurso de apelación del 27 de diciembre del 2017³, expresando como agravios:

- a. El acto administrativo impugnado carece de base legal, toda vez que la normativa vigente únicamente obliga a reportar los precios de los contratos respectivos y su representada cumplió con presentar los formatos, tablas y demás anexos vigentes al momento de cada reporte e incluyó los precios de los respectivos contratos, por lo que actuó de conformidad a lo señalado en la Resolución N° 180-2007-OS/CD.
- b. La comisión por intermediación no solo es ajena al precio de los contratos suscritos entre las generadoras y ELECTRODUNAS, pues es una

¹ Ver página 412-419.

² Ver página 353-368.

³ Ver página 375-392.

contraprestación por servicios prestados por un tercero a las generadoras y que ni siquiera es percibida por ellos, puesto que los servicios de intermediación los prestó Dunas Energía S.A.A. a las empresas de generación; por lo que OSINERGMIN ha creado una obligación no prevista en la normativa, efectuando una interpretación extensiva o aplicación por analogía de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Generación Eficiente – Ley N° 28832, pretendiendo que el término precio se refiera a cualquier beneficio que a criterio de OSINERGMIN afecte a dicho precio, extendiendo los alcances del artículo 29° de la Ley a contratos diferentes, creando una obligación inexistente en el marco normativo.

- c. La actuación de la demandada va contra el principio de legalidad al emitir medidas correctivas que contravienen el principio general de libertad, en la medida que no existe prohibición para que puedan contratar servicios de intermediación y mucho menos que se le obligue a considerar como descuentos en el precio, los conceptos pagados al intermediador en calidad de comisión por los generadores.
- d. La recurrida debe ser declarada nula por vulnerar el derecho a una debida motivación externa, que se evidencia al no valorar que la demandada limita su libertad de contratación, al establecer una norma imperativa (artículo 29° de la Ley) que dispone que el 50% de todos los beneficios económicos obtenidos por una distribuidora al suscribir contratos bilaterales debe compartirse con la demandada, premisa que es falsa, puesto que la demandada ha considerado que otros beneficios como los descuentos de pronto pago o por mantenimiento de un determinado factor de carga son beneficios para la distribuidora que no deben ser considerados por parte del precio del contrato; basando la Juez su decisión en premisas que no han sido confrontadas respecto de su validez.
- e. El quinto considerando de la Sentencia numeral 5.1.7 sostiene que se trata solo de un descuento al precio de contrato, debido que la intermediación en el presente caso no resultaría necesaria, porque si existiera sería de cargo solo de la distribuidora, y no existiría ninguna relación prestacional efectiva entre Dunas Energía S.A.A. y ELECTRODUNAS S.A.A.; a raíz de ello la sentencia concluye que lo

señalado no se condice con el mandato de la norma porque se beneficia a un tercero vinculado a la distribuidora por una comisión por intermediación, en lugar de trasladar en el precio de nivel generación el precio real del contrato bilateral y de no compartir el ahorro con el usuario. Sin embargo no existe norma ni la sentencia cita alguna, que determine que la comisión por intermediación, la cual constituye un pacto ajeno al precio de los contratos de suministros respectivos, deba ser transferida al Mecanismo de Compensación del Precio a nivel Generación; por lo que la sentencia realiza una interpretación extensiva y realiza una aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 29° de la Ley, a pesar que el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil lo impide.

- f. En el numeral 5.2.2 del quinto considerando de la recurrida, no se analiza como esto se condice con el artículo 4° de la Norma aprobada por Resolución N° 180-2007-OS/CD que señala que el cálculo del Precio a nivel Generación se realizará y de las transferencias entre distribuidores (incluyendo los SAE) se realizará trimestralmente evaluando el monto facturado en un periodo trimestral comprendido entre los 3 y 5 meses anteriores al mes en que se realizar el cálculo del Precio a nivel Generación. La norma no habilita al OSINERGMIN a retrotraerse a periodos anteriores los cuales, de ser el caso, debieron ser analizados en el marco de un procedimiento administrativo sancionador y/o de emisión de medida correctiva, con las garantías procedimentales que ellos reconocen al administrado, como es una etapa de instrucción diferenciada, la obligación de tipicidad y una audiencia previa a la emisión de la respectiva resolución cuestión que, en el presente caso no ocurrió; por lo que se está ante una violación al debido procedimiento. Toda vez que al incluir OSINERGMIN en el SAE, señalado en la Res.179, los denominados " Beneficios Adicionales", que fueron montos devengados en periodos anteriores al trimestre objeto de cálculo, actuó contraviniendo las normas relativas al cálculo del PNG y en contra de sus propios actos administrativos firmes.
- g. Del numeral 5.3.4 del quinto considerando de la apelada, si bien el OSINERGMIN no utilizó expresamente los términos nulidad, fraude o simulación, lo cierto es que su argumento, expresado en los informes

obrantes en el expediente administrativo y reiterado en la sentencia, hace referencia a una intermediación que era innecesaria sin existir relación prestaciones efectiva y que se han pactado beneficios por fuera de la relación contractual llegándose a pactos ilícitos, todo ello a fin de evidenciar una supuesta verdadera naturaleza de los contratos de suministro, cuando lo cierto es que la comisión por intermediación no era más que la contraprestación pagada por los generadores por un servicio prestado por un tercero. Por lo que si se pretende afirmar que DUNAS ENERGIA S.A.A. y/o ELECTRODUNAS han incurrido en un negocio jurídico en fraude a la ley o en una simulación de un negocio jurídico, en ninguno de dichos supuestos la demandada ha actuado dentro de sus competencias, ya que en el supuesto negado de contar con tales competencias, habría cumplido con la carga de la prueba requerida para llegar a dichas conclusiones.

- h. La Sentencia no analiza como la demandada no está dentro de las autoridades que tienen la facultad de interpretar, asumir y asignar consecuencias jurídicas relativas a la recalificación de un contrato. La demandada presume que los montos son percibidos por ELECTRODUNAS como parte de la contraprestación bajo sus contratos de suministro y que no habrían sido declarados como tales, lo cual negamos rotundamente.

FUNDAMENTOS DE LA SALA:

PRIMERO: El artículo 364° del Código Procesal Civil aplicable supletoriamente al presente proceso, dice: *"El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional Superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente"*; es decir, a través de este recurso impugnatorio el Juez Superior tiene la facultad de revisar y decidir sobre todas las cuestiones propuestas y resueltas por el Juez de Primera Instancia.

SEGUNDO: Anchondo, V. en el artículo "Métodos de Interpretación Jurídica" explica: *"2.2 Interpretación gramatical o literal (...) Karenz Larenz sostiene que*

toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal, en la medida que es capaz de fijar definitivamente el significado de una expresión, El enlace con el uso general del lenguaje es el más evidente, porque se puede aceptar que aquel que quiere decir algo, usa las palabras en el sentido que comúnmente son entendidas. (...)"⁴.

"2.5 Interpretación teleológica (...) Esta interpretación consiste en atribuir significado a una norma (...) atendiendo a la finalidad del precepto (..). El legislador que crea la ley (...) se proponen uno o varios fines de los cuales las normas (...) son un medio; por lo que la interpretación debe realizarse teniendo en cuenta esos fines o propósitos buscados. Lo anterior supone la búsqueda del sentido de la norma, que va más allá del simple texto; exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; hallar el propósito perseguido por la misma."⁵

"La Interpretación extensiva, en cambio, consiste en ampliar el significado de un texto para aplicarlo a situaciones que no se encuentran comprendidas claramente en los términos literales de la norma."⁶

TERCERO: La Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, dispone: "Artículo 29.- La formación de los Precios a Nivel Generación para Usuarios Regulados. 29.1 Los Precios a Nivel Generación para Usuarios Regulados se calcularán como el promedio ponderado de los siguientes precios: a) Contratos sin Licitación. Por cada contrato, los precios serán igual al promedio de los Precios en Barra y los precios del contrato sin Licitación; (...). 29.2 Para efectos de la determinación de los Precios a Nivel Generación, los precios usados en los incisos a) y b) del numeral anterior, no incluirán los cargos de transmisión que son asumidos por los Usuarios."

De la literalidad de dicho dispositivo se entiende que el Precio a Nivel de Generación, que es transferible a los Usuarios Regulados, es el que resulta del promedio entre los precios del contrato sin licitación con el precio en barra fijado por el Organismo Regulador. Siendo finalidad de la norma que el

⁴Anchondo, V. "Métodos de Interpretación Jurídica. Recuperado de: "file:///C:/Users/Pjudicial/Downloads/17406-15641-1-PB%20(1).pdf

⁵Ibidem, P. 48 y 49.

⁶Ibidem, P. 39.

beneficio que se obtenga de ese promedio por el Distribuidor, en razón de ahorro y eficiencia en su actividad, sea repartido entre éste y el usuario en forma equitativa y proporcional. Regla de mandato que no restringe o limita derechos, sino que regula precios por ser de interés público y responsabilidad del Estado asegurar el abastecimiento oportuno y eficiente del suministro eléctrico para el Servicio Público de Electricidad; tal como señala el artículo 2 de la Ley N° 28832.

CUARTO: En el caso de autos la actora pretende que no se incluya a los Saldos Ejecutados el saldo por el beneficio adicional por intermediación, manifiesta en la demanda que le otorgaron a Dunas Energía S.A.A un mandato para que celebre contratos con generadoras para la atención de la demanda de ELECTRO DUNAS lo que permitiría obtener precios menores a aquellos comprometidos en las licitaciones organizadas por OSINERGMIN, lo que incidiría en la reducción de costos de generación; motivando que una tercera empresa vinculada al ELECTRO DUNAS se beneficie del ahorro y no el usuario regulado; con lo cual se contraviene el texto claro y la finalidad de lo preceptuado en el artículo 29.1 de la Ley N° 28832; mas aún si la demandante pretende considerar como descuentos en el precio los conceptos pagados al intermediario, en calidad de comisión por los generadores, obteniendo mayores beneficios que el contemplado en la Ley.

En tal sentido, no se aprecia que OSINERGMIN haya efectuado una interpretación extensiva⁷ y menos analógica⁸; al no estar ante un supuesto de un hecho no previsto en la norma, que obligue a la Administración o a ampliar su significado o considerarlo análogo por tanto aplicable la consecuencia; sino una literal y teleológica.

Por tanto la inclusión dispuesta por el OSINERGMIN se encuentra acorde al principio de legalidad.

QUINTO: El Tribunal Constitucional en la STC N° 00052-2004-PI/TC explica: "*3. En principio, debe precisarse que el Tribunal Constitucional ha establecido que si*

⁷ A mayor abundamiento Rubio, M. nos dice: "se produce cuando, a pesar de que a norma, no contiene claramente a un determinado caso, puede ser involucrado en el supuesto normativo".
Para Leer el Código Civil III, P.82

⁸ *Ibidem.* "Lo particular de la analogía dentro de la integración jurídica, consiste en que el agente aplicador del Derecho toma una norma con un supuesto elaborado para una situación determinada, y lo aplica a otra que es distinta pero semejante a la prevista. Estrictamente hablando aquí no hay norma jurídica aplicable al caso de que se quiere regular, pero el agente aplicador opta por considerar que la situación que ocurre, si bien no está prevista, es "análoga" a la contenida en el supuesto de la norma y, por tanto la regula aplicando la consecuencia en el supuesto de la norma y, por tanto la regula aplicando la consecuencia peor cambiando en algo el supuesto." P.84

bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2° inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos siempre que no se contravenga leyes de orden público."

OSINERGMIN ha actuado en virtud de competencias conferidas por la Ley N° 26734 y que, según su artículo 2°, su misión es supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad; es así que ha determinado que debía incluirse a los Saldos Ejecutados, el saldo por beneficio adicional por intermediación; no habiendo por ello anulado, ni resuelto, ni dejado sin efecto los contratos bilaterales mencionados celebrados con DUNAS ENERGÍA S.A.A.; lo que ha establecido que dicho beneficio vulneraba lo estipulado en el artículo 29.1 de la Ley N° 28832; debiendo precisarse que la libertad de contratar no es ilimitado sino que está sujeta al respeto a las leyes de orden público.

SEXTO: Por último, es de agregar que la Jueza analiza en el 5.2 de la sentencia cuál es el período de evaluación, de acuerdo a lo alegado por a apelante de que se habría incluido sin corresponder montos por comisión de intermediación facturado por Dunas Energía S.A.A entre enero de 2014 y diciembre de 2015 (numeral 6.10 de la demanda); no obstante en la Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 179-2026-OS/CD se menciona que se aprueban el Programa Trimestral de Transferencias por Mecanismo de Compensación del período Agosto 2016- octubre 2016 y las Transferencias de saldos ejecutados al mes de abril del año 2016; careciendo de sustento lo alegado.

Por tales razones y en ejercicio de atribuciones conferidas por la Constitución y la Ley.

DECISIÓN DE LA SALA

CONFIRMAR la Resolución N° 07 (sentencia), del 18 de diciembre del 2017⁹, que declara infundada la demanda. En los seguidos por **ELECTRODUNAS S.A.A.** contra el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN** sobre acción contencioso administrativa. **Notifíquese.**

SS:

BELTRÁN PACHECO

CARRASCO ALARCÓN

MPTS/jmvv



⁹ Ver página 353-368.