

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 007-2014-OS/CC-88**

Lima, 22 de agosto de 2014.

SUMILLA:

Corresponde amparar la Excepción de Convenio Arbitral al haberse verificado la existencia de un proceso arbitral en trámite, iniciado con anterioridad a la presentación de la reclamación, de conformidad con lo establecido en el artículo 16° del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.

Se declaró fundada la Excepción de Convenio Arbitral.

VISTO:

El expediente sobre la controversia suscitada por la reclamación presentada por EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CAÑETE S.A., en adelante EDECAÑETE o la reclamante, contra EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A., en adelante ELECTROPERÚ o la reclamada, sobre la procedencia del cobro por los retiros en exceso de la energía contratada en el Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 12 de diciembre de 2000 -vigente entre el 1 de enero del año 2001 y el 31 de diciembre del año 2005-, en adelante El Contrato, de un precio mayor al precio en barra regulado por Osinergmin, cuando esta energía esté destinada exclusivamente a los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes:

1. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes de Osinergmin N° 201400057159, el día 02 de mayo de 2014, EDECAÑETE presentó reclamación contra ELECTROPERÚ.
2. Mediante Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N° 111-2014-OS/CD, se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
3. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2014-OS/CC-88, de fecha 04 de junio de 2014, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, asumió competencia en la presente controversia y admitió a trámite la reclamación presentada por EDECAÑETE. Asimismo, se dispuso el traslado de la reclamación, otorgando a la empresa reclamada un plazo máximo de quince (15) días hábiles para que la conteste.
4. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2014-OS/CC-88, de fecha 05 de junio de 2014, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc requirió a EDECAÑETE presente El Contrato en un plazo de cinco días hábiles de notificada la referida resolución.

5. Mediante escrito presentado el 09 de junio de 2014, EDECAÑETE cumplió con presentar El Contrato, según requerimiento indicado en el numeral anterior.
6. Mediante escritos con registro en Mesa de Partes de Osinergmin N° 201400057159, ambos presentados el 27 de junio de 2014, ELECTROPERÚ contestó la reclamación de EDECAÑETE y dedujo las Excepciones de Incompetencia y Convenio Arbitral.
7. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 004-2014-OS/CC-88, de fecha 30 de junio de 2014, se citó a las partes a Audiencia Única para el día 15 de julio de 2014.
8. Mediante escrito con Registro de Mesa de Partes de Osinergmin N° 201400057159, de fecha 02 de julio de 2014, ELECTROPERÚ solicitó la reprogramación de la fecha de Audiencia Única debido a que en esa misma oportunidad su representante legal debía asistir a una audiencia programada con anticipación en un proceso arbitral en el cual es parte.
9. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2014-OS/CC-88, de fecha 08 de julio de 2014, se señaló como nueva fecha para la Audiencia Única el día 21 de julio de 2014.
10. El día 21 de julio de 2014 se llevó a cabo la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de las partes, quienes expusieron sus respectivas posiciones. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 223-2013-OS-CD¹, en adelante TUO del ROSC, se procedió a fijar los puntos controvertidos, admitiendo y actuando todos los medios probatorios ofrecidos por las partes. Asimismo, la presidencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc invitó a las partes a conciliar, respecto de lo cual las partes manifestaron su deseo de continuar con la controversia. Seguidamente, la presidencia comunicó que la conciliación puede producirse en cualquier momento del procedimiento hasta antes que se emita la resolución final de segunda instancia, salvo que la resolución de primera instancia hubiese quedado consentida.
11. El día 30 de julio de 2014, EDECAÑETE y ELECTROPERÚ presentaron sus alegatos finales.
12. Al haberse verificado el cumplimiento de todas las etapas previstas para el procedimiento de solución de controversias, la reclamación se encuentra expedita para ser resuelta por este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

2. De la controversia:

2.1. De la reclamante EDECAÑETE:

EDECAÑETE sustenta su posición en lo manifestado en sus escritos de reclamación, alegatos; y en la Audiencia Única, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

¹ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 15 de noviembre de 2013.

2.1.1. Sobre la competencia de los Órganos de Solución de Controversias:

- El artículo 1° del Reglamento General de Osinergmin, promulgado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en adelante RGO, señala que Osinergmin tiene competencia para regular las tarifas y fijar los precios regulados del servicio eléctrico, así como supervisar y fiscalizar a las entidades del sector energía, velando por la calidad, seguridad y eficiencia del servicio y/o productos brindados a los usuarios en general.
- El artículo 20° del RGO, establece que dentro de las funciones que detenta Osinergmin se encuentran las siguientes:

*OSINERG cuenta con las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, **de solución de controversias** y de solución de reclamos de usuarios en el SECTOR ENERGÍA; las cuales se ejercen dentro del marco de competencia establecido por las normas legales del SECTOR ENERGIA (Negrita de EDECAÑETE).*

- El artículo 34°, inciso b, del RGO precisa que la función supervisora de Osinergmin incluye la verificación del cumplimiento de las disposiciones normativas y reguladoras dictadas por Osinergmin en el ejercicio de sus funciones.
- El artículo 36° del RGO faculta a Osinergmin a imponer sanciones a las entidades que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de obligaciones legales, técnicas, derivadas de los contratos de concesión, o de disposiciones reguladoras normativas dictadas por Osinergmin.
- El artículo 44° del RGO establece que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de Osinergmin, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre las entidades del sector eléctrico.
- El artículo 45° del RGO establece que la función de solución de controversias es ejercida por los Cuerpos Colegiados, en primera instancia administrativa y por el Tribunal de Solución de Controversias de Osinergmin, en segunda y última instancia administrativa.
- De conformidad con lo establecido en los artículos 46°, inciso c), y 47° del RGO y en los artículos 2°, inciso a, y 4° del TUO del ROSC, los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias de Osinergmin tienen competencia exclusiva para conocer las controversias entre generadores y distribuidores relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.
- EDECAÑETE señala que la presente controversia involucra la participación de dos entidades integrantes del sector eléctrico: ELECTROPERÚ, empresa generadora de electricidad, y EDECAÑETE, empresa concesionaria de distribución eléctrica.
- Precisa que el pago que se realice será trasladado como parte del precio final a los usuarios del servicio público de electricidad, por tanto, una decisión sobre este tema

involucra aspectos regulatorios sujetos a supervisión, regulación y supervisión por parte de Osinergmin.

- Sostiene que las pretensiones materia de la presente reclamación versan sobre los precios máximos aplicables a la energía en el caso de suministros destinados al Servicio Público de Electricidad, por tanto el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para conocer y amparar las referidas pretensiones, al estar directamente relacionadas con aspectos regulatorios, normativos y derivados de los contratos de concesión del reclamante y del reclamado, que son objeto de regulación, supervisión y fiscalización por Osinergmin.
- Precisa que la solución de la presente controversia por el Cuerpo Colegiado de Osinergmin constituye vía administrativa previa, de conformidad con lo establecido en el artículo 47° del RGO y del artículo 4° del TUO del ROSC.
- Agrega, que en el presente caso no se aplica el convenio arbitral previsto en la cláusula Décimo Segunda de El Contrato, considerando que las partes no tienen facultad de libre disposición sobre la materia objeto de esta controversia, en cuanto concierne a una atribución o función que la ley especial ha reservado a Osinergmin.

2.1.2. Fundamentos de la reclamación:

- EDECAÑETE señala que la materia de la presente controversia versa sobre la pretensión de un generador (ELECTROPERÚ) que pretende cobrar a un distribuidor (EDECAÑETE) la energía retirada en exceso de la energía contratada a un precio superior al regulado por Osinergmin para el Servicio Público de Electricidad².
- Sostiene que ELECTROPERÚ considera que la cláusula 4.5³ de El Contrato lo faculta a cobrar por la energía retirada en exceso de la energía contratada, un precio igual al costo marginal de corto plazo determinado por el COES sin límite alguno, inclusive cuando éste exceda varias veces la tarifa en barra. Por su parte, EDECAÑETE interpreta esta estipulación en el sentido que los excesos de energía deben pagarse a costo marginal, siempre y cuando este precio no exceda la tarifa en barra; en caso contrario, este último constituye el precio máximo que puede cobrarse por el suministro de energía destinado al Servicio Público de Electricidad, debido a que no es posible pactar contra normas de orden público.
- A consideración de EDECAÑETE, ELECTROPERÚ pretende interpretar las cláusulas relativas a los precios por el suministro objeto de El Contrato de una manera aislada y asistemática, contraria a los principios elementales del Derecho que obligan a integrar estas estipulaciones con las normas imperativas contenidas en la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, en adelante LCE, y con las resoluciones de

² De conformidad con lo establecido en el artículo 2° de la Ley de Concesiones Eléctricas aplicable durante la vigencia de El Contrato: *Constituye Servicio Público de Electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establezca el Reglamento. El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública.*

³ La cláusula 4.5 de El Contrato establece que *Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA y entregada por LA GENERADORA conforme a lo estipulado en 2.5, excediera la correspondiente Energía Máxima establecida en 2.2, dicho exceso será facturado por LA GENERADORA y pagado por LA DISTRIBUIDORA con una penalidad; para tal efecto LA GENERADORA facturará y LA DISTRIBUIDORA pagará dicho exceso aplicando los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes.*

Osinergmin que establecen los precios máximos para los suministros destinados al Servicio Público de Electricidad.

2.1.2.1. Antecedentes de hecho:

- El 12 de diciembre de 2000, EDECAÑETE suscribió El Contrato con ELECTROPERÚ, mediante el cual éste se obligó a poner a disposición de EDECAÑETE una potencia de 13.5 MW para cada período (Cláusula 2.1).
- Durante los años 2004 y 2005, el mercado eléctrico peruano atravesó una circunstancia extraordinaria, debido a una sequía inusualmente severa y a los altos precios del combustible. Este escenario llevó a que la brecha entre los costos marginales de corto plazo y la tarifa en barra fijada por Osinergmin se incrementó a un nivel tal que desapareció todo incentivo para que los generadores vendan a los distribuidores energía y potencia destinada al Servicio Público de Electricidad.
- Ante esta serie de eventos, el 30 de diciembre de 2004 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 28447 que modificó diversos artículos de la LCE. Entre estos, la Segunda Disposición Transitoria de la LCE, que quedó con el siguiente texto: *Durante el plazo establecido en la Primera Disposición Transitoria, los concesionarios de distribución quedan obligados a depositar en la cuenta de un fideicomiso, el dinero correspondiente a los retiros de potencia y energía destinado al Servicio Público de Electricidad que no cuenten con contratos de suministro de energía que los respalden. Los mencionados retiros de potencia y energía serán valorizados por el COES a la Tarifa en Barra (Negrita de EDECAÑETE).*
- Como consecuencia de ello, en el mes de diciembre de 2005 EDECAÑETE se vio en la necesidad de retirar excesos de potencia y energía por encima de la potencia y energía contratadas para el Servicio Público de Electricidad con ELECTROPERÚ, lo cual ha sido facturada por ELECTROPERÚ a un precio igual al costo marginal de corto plazo, es decir, varias veces por encima de la tarifa en barra. El precio facturado por ELECTROPERÚ por la energía retirada para cubrir este déficit es el que ha motivado la presente controversia.
- El 12 de enero de 2006, ELECTROPERÚ remitió a EDECAÑETE el Informe Técnico Comercial N° CC-056-2006, de fecha 11 de enero de 2006, y la Factura N° 005-5565 por el exceso de consumo de potencia y energía de la energía contratada correspondiente al mes de diciembre de 2005, ascendente a S/. 156 318,19 (Ciento cincuenta y seis mil trescientos dieciocho con 19/100 Nuevos Soles). En este documento ELECTROPERÚ manifestó que el pago del exceso consumido debía facturarse en función al costo marginal del corto plazo determinado por el COES para el mes de diciembre de 2005.
- El 17 de enero de 2006, EDECAÑETE remitió a ELECTROPERÚ la Carta N° EDECA-102-2006, mediante la cual observó la Factura N° 005-5565 por incumplir con lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447 e informó a ELECTROPERÚ que del monto señalado en su factura, se procedería a abonar el monto no objetado ascendente a S/.13 432.14 (Trece mil cuatrocientos treinta y dos con 14/100 Nuevos Soles) por corresponder a excesos de consumo destinados al mercado libre.
- El 26 de enero de 2006, ELECTROPERÚ remitió a EDECAÑETE la Carta N° C-111-2006 en la que reitera lo expresado en su anterior comunicación y señala que la observación de

EDECAÑETE basada en la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447 no era procedente.

- El 17 de febrero de 2006, EDECAÑETE remitió a ELECTROPERÚ la Carta N° LE-23/2006, en la cual precisa que los excesos incurridos por el mercado regulado de EDECAÑETE se encontraban fuera del alcance de El Contrato y debían ser tratados de acuerdo con lo dispuesto por la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447.

2.1.2.2. Sobre la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447:

- EDECAÑETE afirma que ELECTROPERÚ pretende cobrarle un monto que por ley debía recibir un tratamiento distinto.
- Señala que de acuerdo con lo dispuesto por la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447, el dinero correspondiente a los retiros de potencia y energía destinado al Servicio Público de Electricidad que no cuenten con contratos de suministro de energía que los respalden, deberán ser depositados en la cuenta de un fideicomiso.
- En tal sentido, sostiene que estos retiros adicionales a la potencia y energía contratada se encontraban en el supuesto señalado por la ley, no correspondiendo su transferencia a ELECTROPERÚ.

2.1.2.3. Sobre el precio de la energía eléctrica destinada al Servicio Público de Electricidad:

- El artículo 8° de la LCE -vigente durante el periodo de validez de El Contrato- disponía en su primer párrafo:

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

- El artículo 43° de la LCE precisa que se encuentran sujetas a regulación de precios las ventas de energía de un generador a un distribuidor, destinadas a prestar el Servicio Público de Electricidad:

Estarán sujetos a regulación de precios:

(...)

***c) Las ventas de energía de generadores concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad"** (Negrita de EDECAÑETE).*

- El artículo 45° de la LCE agrega que:

***Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinadas al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra** (Negrita de EDECAÑETE).*

- Sostiene que las normas legales citadas son de orden público y, por tanto, de carácter imperativo por lo que no es posible pactar en contrario, de conformidad con lo establecido en los artículos V del Título Preliminar⁴ y 1354⁵ del Código Civil.

2.1.2.4. Sobre la interpretación de las estipulaciones contractuales respecto de los excesos en el consumo:

- EDECAÑETE señala que ha observado solamente la facturación en exceso del precio de la potencia y energía que estaba destinada al Servicio Público de Electricidad.
- Sostiene que por tratarse de una venta de energía de generador a distribuidor, destinada a clientes regulados, el precio no puede exceder lo dispuesto por ley. Agrega que el artículo 45° de la LCE, ubicado dentro del Título "Precios Máximos de Generador a Distribuidor de Servicio Público", establecía en su versión original, aplicable al caso por razón de temporalidad, que *Las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servido Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra*. Lo anterior se encuentra expresamente reconocido en las subcláusulas 4.1 y 4.3 de El Contrato:

*4.1. Los precios unitarios para la potencia y energía activa, que LA DISTRIBUIDORA pagará a LA GENERADORA, **por la parte del suministro de electricidad -objeto del presente Contrato- destinada al servicio público, serán los incluidos en las correspondientes tarifas en barra fijadas por la Comisión de Tarifas de Energía para las ventas de empresas generadoras a empresas distribuidoras destinadas al servicio público**, incluidos los cargos por transformación y transmisión que correspondan hasta el punto de entrega establecido en la Cláusula Sexta.*

(...)

4.3. Si a futuro las ventas de empresas generadoras a distribuidoras destinadas al servicio público dejaran de estar comprendidas en el sistema de precios regulados, por cambios en la legislación vigente, las partes acordarán los precios libres sustitutorios y sus correspondientes fórmulas de reajuste, en el plazo de 90 (noventa) días hábiles contados a partir del día siguiente al de la vigencia de la nueva legislación (...)" (Subrayado y negrita de EDECAÑETE).

- EDECAÑETE señala que la subcláusula 4.5, al regular el supuesto de excesos en el consumo de energía, estipula lo siguiente:

*Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA y entregada por LA GENERADORA conforme a lo estipulado en 2.5, excediera la correspondiente Energía Máxima establecida en 2.2, dicho exceso será facturado por LA GENERADORA y pagado por LA DISTRIBUIDORA con una penalidad; **para tal efecto LA GENERADORA facturará y LA DISTRIBUIDORA pagará dicho exceso aplicando los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes.** (Negrita de EDECAÑETE).*

⁴ Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

⁵ Artículo 1354°.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

- Para EDECAÑETE, dado que la tarifa en barra representa un precio máximo para los suministros regulados, sólo cabe interpretar la subcláusula 4.5 de El Contrato en el sentido que los excesos de energía deben pagarse a costo marginal de corto plazo, siempre y cuando éste no sea mayor a la tarifa en barra fijada por Osinergmin; caso contrario, será la tarifa en barra el precio tope que puede cobrar el generador al distribuidor por la energía destinada al Servicio Público de Electricidad.
- A decir de EDECAÑETE, esta interpretación es acorde con el "Principio de conservación" que obliga a interpretar el acto jurídico de la forma que mantenga validez y eficacia plena. De tal manera que si un contrato puede ser interpretado de una forma que determine su validez -precio igual al costo marginal en la medida que no exceda la tarifa en barra- y de otra que determine su invalidez -costo marginal sin tope alguno-, deberá preferirse la primera interpretación antes que la segunda, tal como explica Ordoqui Castilla⁶, citando a Pothier:

.. cuando una cláusula contractual (es) posible de ser interpretada en dos direcciones, debe entenderse en aquella que pudiera tener efectos válidos y no en el sentido que le hiciese carecer de efectos. O sea que, en caso de dudas, la interpretación siempre debe ser a favor de la validez del contrato (...)

- EDECAÑETE manifiesta que ELECTROPERÚ, en sus comunicaciones, plantea la absurda interpretación de que los excesos por consumo de energía destinada al Servicio Público de Electricidad no están sujetos a los precios máximos aprobados por Osinergmin, interpretando que debe pagarse por ellos al costo marginal de corto plazo aun cuando éste exceda varias veces la tarifa en barra.
- Señala que ELECTROPERÚ pretende hacer por la vía indirecta aquello que se encuentra prohibido de hacer por la vía directa: cobrar un precio superior a la tarifa en barra por los excesos de consumo de energía destinados al Servicio Público de Electricidad, cuando expresamente reconoce en El Contrato que no tiene la potestad de cobrar por encima del precio regulado en el caso de la energía para usuarios domiciliarios.
- Agrega que la interpretación de ELECTROPERÚ sobre que los consumos de energía en exceso de los contratados no se encuentran sujetos a los precios regulados resulta jurídicamente inaceptable, dado que la Teoría General del Derecho no permite distinguir donde la ley no distingue.
- A decir de EDECAÑETE, el artículo 45° de la LCE es tajante al referirse a las ventas de energía en general destinadas a atender el Servicio Público de Electricidad, sin diferenciar entre las que son inferiores y las que exceden la energía contratada; por tanto, no existe fundamento legal que permita interpretar que esta norma es de aplicación exclusiva a la energía contratada y no a los retiros en exceso de ésta, más aún cuando se trata de retiros de energía destinados al Servicio Público de Electricidad.

⁶ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. "Interpretación del Contrato en el Régimen Uruguayo" En: Contratación Contemporánea. Tomo II. Lima; Palestrea-Temis, 2001. p. 349, citando a POTHIER. "Tratado de las Obligaciones". p. 60. Asimismo, DIEZ PICAZO sostiene que si en vía hermenéutica existe la opción entre un significado útil y otro inútil deberá decidirse en el sentido de la preeminencia de la validez. DIEZ PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo I. p. 396, Citado por ORDOQUI CASTILLA, Gustavo.

- Sostiene que en lo referente al Servicio Público de Electricidad, actividad cuya titularidad corresponde al Estado y que prestan los concesionarios en un régimen de concesión, es decir, bajo el marco de normas del Derecho Administrativo, no rige el principio de Derecho Civil referido a que uno no está impedido de hacer lo que no está prohibido por ley, sino, por el contrario, es el principio de legalidad el que rige la regulación de precios para el Servicio Público de Electricidad, de tal manera que en este contexto, tanto generador como distribuidor, sólo pueden cobrar lo expresamente autorizado por ley.
- En tal sentido, concluye que no existiendo ninguna disposición legal que permita cobrar penalidades por encima del precio regulado (tarifa en barra) en el caso de excesos en el consumo de energía destinado al Servicio Público de Electricidad, resulta contraria a ley la pretensión de ELECTROPERÚ en el sentido de pretender cobrar a costo marginal los consumos de energía y potencia en exceso, cuando este costo es superior al precio en barra fijado por el Osinergmin para tal efecto.

2.1.2.5. Sobre el Convenio Arbitral: aplicación de la Cláusula 12.2 de El Contrato:

- EDECAÑETE indica que para ELECTROPERÚ los órganos de solución de controversias de Osinergmin no son competentes para conocer la presente controversia por cuanto es un Tribunal Arbitral el llamado a hacerlo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12.2 de El Contrato:

12.2 De no llegarse a un acuerdo en trato directo, dentro del plazo establecido en 12.1, las Partes acuerdan que cualquier controversia derivada del Contrato deberá ser resuelta por medio de arbitraje de derecho, salvo acuerdo de las Partes de someter una controversia específica a arbitraje de conciencia. (...)

- EDECAÑETE sostiene que si bien El Contrato contiene una Cláusula Arbitral, debe considerarse que la vía arbitral no es aplicable en el presente caso por cuanto las partes no tienen facultad de libre disposición sobre la materia objeto de la controversia.
- Agrega que la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, norma vigente al momento de la suscripción de El Contrato, estableció expresamente en su artículo 1° que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición⁷. A contrario sensu, las controversias sobre las cuales las partes no puedan disponer libremente, como es el caso de aquellas materias de supervisión, regulación y fiscalización por parte de Osinergmin, no podrán ser arbitrables.
- A decir de EDECAÑETE, seguir el criterio planteado por ELECTROPERÚ iría contra la propia existencia de las instancias de solución de controversias de Osinergmin. Ello, porque bajo la premisa de que "todas las controversias" entre agentes del mercado eléctrico "debieran" ser dirimidas por el Tribunal Arbitral establecido en el correspondiente contrato, diluiría la jurisdicción administrativa detentada por el Cuerpo Colegiado y el Tribunal de Solución de Controversias.
- Sostiene que esta jurisdicción administrativa se encuentra vigente, por cuanto es recogida en el esquema que detenta no solo Osinergmin sino también los demás

⁷Artículo 1°.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición,(...).

organismos reguladores de servicios públicos en el Perú, que cuentan con instancias de solución de controversias encargadas de dar solución a los conflictos sobre aspectos que son de competencia de su respectivo organismo regulador.

- Concluye que una decisión por parte del Cuerpo Colegiado que no reconozca la competencia que por mandato legal detenta Osinergmin, sería contraproducente frente a los agentes del mercado eléctrico e iría contra la postura que Osinergmin ya ha adoptado sobre el particular.

2.1.2.6. Sobre el precedente establecido por el Tribunal de Solución de Controversias:

- Señala que mediante la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 005-2005-TSC/19-2004-TSC-OSINERG, el Tribunal de Solución de Controversias se pronunció por un caso similar entre Luz del Sur S.A.A. y ELECTROPERÚ.
- En esa oportunidad, ELECTROPERÚ también señaló que la jurisdicción competente para resolver la controversia que sostenía con Luz del Sur S.A.A. era la arbitral pues así se había pactado en el contrato de suministro de electricidad suscrito entre esas empresas.
- En correcta interpretación, el Cuerpo Colegiado a cargo de dicha controversia se declaró competente para resolverla, el Tribunal de Solución de Controversias ratificó dicha competencia.
- Destaca que los precedentes en materia administrativa no sólo se encuentran recogidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en adelante LPAG, sino que son de conocimiento público por cuanto distintas instancias de la Administración Pública ya se han pronunciado en dicho sentido. Así, son conocidos los precedentes que en virtud del artículo VI de la LPAG, por ejemplo, emiten los Tribunales Administrativos de INDECOPI, de OSIPTEL, el Tribunal Registral, entre otros.
- Señala que la LPAG reconoce como una de las fuentes del procedimiento administrativo al precedente:

Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

(...)

Son fuentes del procedimiento administrativo:

(...)

2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

- Precisa que la resolución del Tribunal de Solución de Controversias en comentario, señaló en el numeral 1.2 que:

Que, el numeral 2.7 del artículo V de la LPAG, establece como una de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, la jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpretan disposiciones

administrativas, lo cual debe entenderse en un sentido amplio que no solamente se debe tomar como referencia la interpretación directa de disposiciones administrativas, si no también todo aquello vinculado a la normatividad administrativa que coadyugue (sic) a la administración a darle un sentido orgánico a la legislación y no existan contradicciones. En este sentido, el Tribunal refuerza su argumentación sobre su competencia, con lo establecido por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la normatividad;

(...)

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

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

- En tal sentido, afirma que el Tribunal de Solución de Controversias ya ha fijado un precedente sobre este tipo de casos en los que se trata de oponer un convenio arbitral a la competencia de Osinergmin para resolver controversias.
- Finalmente, señala que en el caso similar materia de comentario (LUZ DEL SUR - ELECTROPERÚ), el Tribunal Arbitral que se instituyó en virtud de dicho contrato, oportunamente se declaró incompetente para conocer de la controversia, dejando ésta en manos de quien naturalmente debe encargarse de ella, las instancias de solución de controversias de Osinergmin.

2.1.1.7. Sobre el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia:

- Tal como ya lo señaló EDECAÑETE en los párrafos precedentes, las instancias de solución de controversias de Osinergmin tramitaron un caso bastante similar -Luz del Sur S.A.A. y ELECTROPERÚ-, el cual llegó a ser ventilado ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso administrativo, mereciendo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Precisa que mediante Sentencia N° 2775-2007, la Sala Suprema Civil Permanente de la Corte Suprema declaró fundada la demanda interpuesta por Luz de Sur S.A.A., estableciendo, entre otros, los siguientes fundamentos pertinentes para la presente controversia:

***DÉCIMO SÉTIMO.-** Que, conviene precisar también que de lo anteriormente expuesto, se puede colegir que **toda venta del generador al distribuidor tiene en la ley un único y un mismo precio (denominado tarifa en barra)**, con mayor razón si el inciso c) del artículo 31 de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que "las concesionarias de generación, trasmisión y distribución están*

obligados a aplicar los precios regulados que se fijen de conformidad con las disposiciones de dicha ley"; por lo que, el cobro del exceso de consumo en el consumo de energía y por encima del precio barra, contraviene los dispositivos de la Ley de Concesiones Eléctricas y el verdadero sentido de las cláusulas del contrato suscrito por la partes, por lo que el precio de venta de energía no puede exceder la tarifa de barra, al amparo de lo expresamente fijado por el artículo 45° de la Ley mencionada.

*DÉCIMO OCTAVO.- Que, igualmente, debe señalarse que **la venta de energía eléctrica contratada se encuentra destinada a la prestación del servicio público de electricidad y atendiendo a que constituye una actividad de Derecho Público**; debiendo tomarse en cuenta que la regulación tarifaria aprobada por el Decreto Supremo N° 009-93-EM **comprende la consideración de los costos y sobrecostos asociados a la prestación del servicio público de electricidad** (Negrita y subrayado de EDECAÑETE).*

- Finalmente indica que se debe tomar en consideración lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual luego de efectuar el análisis pertinente, concluyó que el precio de venta de la energía destinada al servicio público de electricidad no puede exceder el precio de la tarifa en barra.

2.2. De la reclamada ELECTROPERÚ:

ELECTROPERÚ sustenta su posición en lo manifestado en sus escritos mediante los cuales deduce excepciones, contesta la reclamación y presenta sus alegatos; y en la Audiencia Única, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.2.1. Sobre las Excepciones de Incompetencia y Convenio Arbitral:

2.2.1.1. Solución de controversias según lo pactado por las partes en El Contrato:

- Señala que en la Cláusula Décimo Segunda de El Contrato, con sumilla "Solución de Controversias", las partes convinieron lo siguiente:

12.1 Cualquiera controversia que pudiera surgir entre las Partes, derivada del Contrato, será en lo posible solucionada en trato directo entre las Partes, en el plazo de diez (10) días hábiles prorrogable por acuerdo entre las Partes.

12.2 De no llegarse a un acuerdo en trato directo, dentro del plazo establecido en 12.1, las Partes acuerdan que cualquier controversia derivada del Contrato deberá ser resuelta por medio de arbitraje de derecho, salvo acuerdo de las Partes de someter una controversia específica a arbitraje de conciencia. El arbitraje se efectuará de acuerdo con el Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas se someten las Partes, excepto en lo relativo al nombramiento de los árbitros que se regirá por lo pactado en la sección 12.3, 12.4 y 12.5. (...) (Subrayado de ELECTROPERÚ)

- Sostiene que de esta disposición contractual se desprende que las partes pactaron una suerte de doble instancia para resolver las controversias que pudieran surgir en la ejecución de El Contrato: la primera instancia estaba reflejada en la etapa de Trato Directo y, la segunda, en caso no se arribara a una solución en la primera instancia,

estaba reflejada por un Arbitraje de Derecho o de Conciencia (según fuera el caso) ante el hoy Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

2.2.1.2. Sobre la controversia en la ejecución de El Contrato:

- Con fecha 11 de enero de 2006, ELECTROPERÚ remitió a EDECAÑETE el Informe Técnico Comercial N° CC-056-2006 y la Factura N° 005-05565 por el monto de S/. 156 318,19, incluido IGV, por concepto de excesos de consumo de energía activa respecto de la energía máxima en que había incurrido EDECAÑETE en el mes de diciembre de 2005, último mes de vigencia de El Contrato.
- Indica que esta factura fue emitida conforme con lo dispuesto en la subcláusula 4.5 de El Contrato, esto es, con la aplicación de la penalidad equivalente a los costos marginales de corto plazo determinados por el COES-SINAC para el citado mes de diciembre de 2005⁸.
- Con fecha 17 de enero de 2006, mediante la Carta N° EDECA-102-2006, EDECAÑETE observó la factura remitida por ELECTROPERÚ, expresando que los montos por exceso de consumo para el mercado regulado no debían ser incluidos en las facturas dado que ellos debían ser depositados en un fideicomiso, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 28447 y comunicó que abonaría el monto de S/. 13 432,14, incluido IGV, correspondiente a los excesos destinados al mercado libre.
- El 26 de enero de 2006, mediante la Carta N° C-111-2006, ELECTROPERÚ dio respuesta a la comunicación de EDECAÑETE, sustentando los valores que habían sido plasmados en el Informe Técnico Comercial N° CC-056-2006 y la Factura N° 005- 05565. Asimismo, precisó que la Ley N° 28447 había sido emitida con posterioridad a la suscripción de El Contrato y, por tal motivo, no podía modificar los términos expresados en éste. Y comunicó a EDECAÑETE su disposición a solucionar la controversia mediante trato directo.
- El 16 de febrero de 2006, mediante la Carta N° LE-23/2006, EDECAÑETE contestó la comunicación de ELECTROPERÚ, reiterando los argumentos esbozados en la Carta N° EDECA-102-2006 y rechazó el trato directo propuesto por ELECTROPERÚ.
- Mediante el Informe Técnico Comercial N° CC-386-2006, de fecha 30 de marzo de 2006, ELECTROPERÚ remitió a EDECAÑETE la nota de débito N° 004-0803 por el monto de S/. 190,46, con IGV, por concepto de refacturación de los excesos de potencia y energía presentados en diciembre de 2005, debido al incremento de los precios de potencia y energía dispuestos por Osinergmin en sus Resoluciones Nos. 037-2006-OS/CD y N° 072-2006-OS/CD.
- Mediante la Carta N° EDECA-1577-2006, del 10 de abril de 2006, EDECAÑETE objeta la referida nota de débito y comunica que sólo abonarán la suma de S/. 0,64, con IGV.

⁸ Precisa que EDECAÑETE, según lo establecido en El Contrato, destinaba parte del suministro al mercado de precio libre (alrededor del 6%) y la diferencia al mercado regulado o servicio público de electricidad. En diciembre de 2005, al presentarse los excesos se emitieron dos facturas: (i) la primera, por parte del suministro sin excesos (hasta la potencia contratada de 13,5 MW), que incluyó la segmentación para el mercado libre y el mercado regulado; y (ii) la segunda, por la parte correspondiente a los excesos, en la que no se hizo segmentación por mercado, al no contener El Contrato disposición alguna en ese sentido.

- Señala que luego de muchos años y habiendo rechazado EDECAÑETE la etapa de trato directo, mediante Carta N° G-281-2014, presentada el 21 de marzo de 2014, ELECTROPERÚ solicitó al Secretario General de la Cámara de Comercio de Lima que disponga el inicio de un arbitraje contra EDECAÑETE, a fin de dar solución a la controversia que había surgido entre las partes.
- Precisa que su pretensión consistía en que el Tribunal Arbitral ordene a EDECAÑETE el pago de S/. 143 075,087, incluido IGV, más los intereses establecidos en el artículo 176° del Reglamento de la LCE, por concepto de excesos de consumo de potencia y energía activa respecto de la potencia máxima y la energía máxima, respectivamente, en que había incurrido dicha empresa en el suministro de electricidad correspondiente a diciembre de 2005, último mes de vigencia de El Contrato.
- Sostiene que esta pretensión está relacionada a la misma controversia que EDECAÑETE pretende poner en conocimiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.
- Indica que en la sesión del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara Comercio de Lima del 4 de junio de 2014, se eligió a los miembros que conformarían el Tribunal Arbitral encargado de resolver la controversia, quienes han aceptado su designación, según le fuera comunicado por la Cámara de Comercio de Lima mediante la Carta s/n de fecha 19 de junio de 2014.

2.2.1.3. Fundamentación jurídica de las excepciones deducidas:

- El numeral 1 del artículo 13° Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado por Decreto Legislativo N° 1071⁹, en adelante Decreto de Arbitraje, establece que *el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.*
- Señala que la doctrina se ha encargado de definir los efectos de este acuerdo de partes. Al respecto, SOTO COAGUILA señala que cuando se celebra un convenio arbitral surgen dos efectos: uno positivo y otro negativo.
- Indica que según SOTO COAGUILA, *el efecto positivo del convenio arbitral se traduce en la obligación de las partes de respetar el sometimiento a un tribunal arbitral de cualquier controversia que surja entre ellas. Dicho de otro modo, el efecto positivo es la obligación de las partes de someter a arbitraje cualquier controversia que se encuentre dentro de los términos pactados en el convenio arbitral. Por tanto, el efecto positivo otorga a cada una de las partes el derecho de obligar a la otra el sometimiento a los árbitros de una controversia cubierta por el convenio¹⁰.*
- Agrega que sobre el efecto negativo, el citado autor precisa que: *(...) en virtud del efecto negativo los jueces y tribunales carecen de competencia para conocer las controversias cubiertas por un convenio arbitral. (...) En esa medida, el efecto negativo supone la interdicción de los jueces y tribunales de avocarse al conocimiento de las controversias que se han sometido a arbitraje¹¹.*

⁹ Publicado en el diario "El Peruano" el 01 de setiembre de 2009.

¹⁰ SOTO COAGUILA, Carlos (2011) En: "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Instituto Peruano de Arbitraje. pp. 182 -183.

¹¹ SOTO COAGUILA, Carlos (2011) Ob. cit. pp. 183 -184.

- Asimismo, añade que sobre los efectos negativos del convenio arbitral, SIMONS PINO señala que éstos pueden ser entendidos en sentido amplio y en sentido estricto. Respecto del sentido amplio, este autor señala que *el efecto negativo implica un deber de abstención por parte de los jueces tan pronto entran en contacto con una controversia que ha sido sustraída de su competencia, producto del pacto o convenio arbitral*¹² y respecto del sentido estricto dice que este efecto *está directamente relacionado con la puesta en acción de la excepción de convenio arbitral. Se produce cuando una parte, incumpliendo el convenio arbitral, decide recurrir a un juez y someter a su decisión una controversia y, la otra parte decide cuestionar la actuación o avocamiento judicial por haber sido sustraída ésta a favor del arbitraje. Ese cuestionamiento, en nuestra legislación procesal, se materializa a través de la postulación de la excepción de convenio arbitral*¹³.
- Señala que si bien SIMONS PINO en su disertación no hace alusión alguna a los efectos negativos del convenio arbitral respecto de los tribunales administrativos, considera que nada obsta que su razonamiento sea extensible a ellos.

2.2.1.4. Sobre la Excepción de Convenio Arbitral:

- Señala que la Excepción de Convenio Arbitral es la defensa de forma adecuada para invocar ante un juez (y también ante un Tribunal Administrativo) el efecto negativo del arbitraje¹⁴. Esta excepción es de naturaleza perentoria simple, porque extingue el proceso o procedimiento sin afectar la pretensión objeto de discusión.
- ELECTROPERÚ afirma que la sola existencia del convenio arbitral en El Contrato implica que cualquier controversia derivada de su ejecución debe ser sometida por las partes a arbitraje (efecto positivo del convenio arbitral) y que ningún juez o tribunal administrativo (como el caso del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc) puede avocarse al conocimiento de las controversias derivadas de su ejecución, porque no tiene competencia para hacerlo (efecto negativo del convenio arbitral entendido en sentido amplio).
- Concluye que EDECAÑETE, al someter la controversia surgida en El Contrato al conocimiento del Cuerpo Colegiado, ha incumplido con lo pactado en el convenio arbitral (Cláusula Décimo Segunda). En tal sentido, ELECTROPERÚ está facultado a cuestionar dicha decisión a través de la Excepción de Convenio Arbitral (efecto negativo del convenio arbitral en sentido estricto).

2.2.1.5. Sobre el Principio de No Interferencia:

- Señala que en la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias), el Tribunal Constitucional estableció como precedente vinculante que el arbitraje era una jurisdicción excepcional, complementaria a la del Poder Judicial.
- Indica que uno de los precedentes vinculantes que dejó la sentencia emitida en el Caso Cantuarias fue la extensión del "Principio de No Interferencia", reconocido en el

¹² SIMONS PINO, Adrián (2011) En: "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Instituto Peruano de Arbitraje. p. 263.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ SIMONS PINO, Adrián (2011) Ob. cit. p. 264.

numeral 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, a la jurisdicción arbitral, al señalar en el Fundamento Jurídico N° 12 lo siguiente:

*12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de "no interferencia" referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. **Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros -incluida autoridades administrativas y/o judiciales- destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.** (Negrita de ELECTROPERÚ).*

- Sostiene que la sentencia bajo comentario no deja espacio para interpretaciones. Un Tribunal Arbitral tiene las facultades suficientes para desestimar la intervención de autoridades administrativas y/o judiciales que estén destinadas a avocarse sobre las materias que estén sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un convenio arbitral sobre la base del "Principio de No Interferencia" que ha sido reconocido como extensible a la jurisdicción arbitral.
- Señala que este principio posteriormente ha sido incluido en el numeral 4 del artículo 3° de la Ley de Arbitraje de la forma siguiente:

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto la decisión de un tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación de laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad. (Subrayado de ELECTROPERÚ)

- Afirma que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, al asumir competencia sobre esta controversia, implícitamente está vulnerando el "Principio de No Interferencia", en razón de la existencia de un convenio arbitral estipulado en El Contrato y de la existencia de un arbitraje sobre la controversia iniciado por ELECTROPERÚ.
- ELECTROPERÚ sostiene que en el supuesto que la materia en controversia no sea arbitrable, operarían el Principio de No Interferencia, y además, los principios de Kompetenz - Kompetenz y control judicial posterior, básicos del arbitraje, y comentados en la sentencia emitida en el caso Cantuarias.
- Señala que por el principio de Kompetenz - Kompetenz, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de decidir acerca de su propia competencia. Es decir, si alguna de las partes cuestionará la competencia del Tribunal Arbitral para resolver una determinada controversia (incluyendo la no arbitrabilidad de la materia en controversia), deberá

formularlo al propio Tribunal para que éste decida. Ninguna otra autoridad (ya sea administrativa o judicial) podrá reemplazar al Tribunal en esta decisión.

- Agrega que ante el supuesto que el Tribunal Arbitral se equivoque en su decisión sobre su competencia, la Ley de Arbitraje ha previsto el Recurso de Anulación de Laudo, mediante el cual el órgano jurisdiccional podrá emitir un juicio sobre la validez del laudo emitido.
- Precisa que este razonamiento ha sido desarrollado en el Fundamento Jurídico N° 13 de la sentencia emitida en el caso Cantuarias de la forma siguiente:

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la "kompetenz-kompetenz" previsto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje -Ley N° 26572-, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional.

- Sostiene que con respecto de la confrontación entre la tutela administrativa y la tutela jurisdiccional o arbitral autores como Juan Francisco Rojas Leo señalan que la protección de los derechos subjetivos introducidos en un contrato merecen la tutela de una entidad neutral puesto que debe coadyuvar a la realización de estos intereses y no a la sanción por la trasgresión de reglas administrativas impuestas. En este caso no hay reglas impuestas para los consumos en exceso. En el texto "La tutela del mercado y el Procedimiento Administrativo sancionador" Rojas nos dice: ... *estos intereses subjetivos, algunas veces materializados en derechos subjetivos, tienen una vía de salida para el conflicto que es eminentemente privada y evidentemente neutral. El Derecho Administrativo no tiene nada que hacer en estos conflictos ni cómo justificar un nivel de intervención en la solución de los mismos. Mucho menos garantizar un nivel de neutralidad. El Derecho Administrativo no puede ser neutral en ninguna circunstancia.*
- Señala que lo anterior se reitera en el texto "La Defensa de la Competencia en una Nueva Dimensión" señalando:

Las autoridades administrativas no son neutrales y el procedimiento sancionador tampoco lo es. Las autoridades administrativas deben estar comprometidas con la tutela del marco legal que les ha sido encomendado y el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre con una

imputación de cargos, es decir, con una acusación a un sujeto que se presume puede haber infringido deberes de comportamiento.

2.2.2. Sobre el fondo de la controversia:

2.2.2.1. Fijación de precios en el Sistema Eléctrico Peruano:

- ELECTROPERÚ señala que una característica importante de la actual regulación del sector eléctrico peruano es la referida a la libertad de fijación de precios como regla general para el suministro de electricidad, salvo en aquellos suministros que por su naturaleza requieran que sus precios sean regulados.
- Agrega que es importante tener en cuenta que los contratos de venta de potencia y suministro de energía entre generadores y distribuidores tienen lugar dentro de condiciones de competencia, razón por la cual es perfectamente válido y eficaz el pacto de un precio diferente al de las tarifas en barra, con la salvedad que el distribuidor no podrá exigir a sus usuarios de servicio público precios mayores a los establecidos en las tarifas en barra y precisa que *La regulación de precios en esta modalidad de suministro aplica a nivel de los valores máximos susceptibles de ser trasladados a los Clientes Regulados¹⁵.*
- Añade que no existe "precio regulado" para la facturación de excesos de consumo de energía.

2.2.2.2. Naturaleza jurídica de los pagos efectuados por los consumos en exceso:

- Señala que el pacto de la partes contenido en la subcláusula 4.5 no transgrede norma imperativa alguna y por el contrario está en concordancia con el marco legal vigente.
- Agrega que en el año 1995, la Comisión de Tarifas Eléctricas, en adelante CTE (hoy Osinergmin), mediante Resolución N° 015-95-P/CTE estableció una penalidad para los excesos de consumo de potencia por encima de lo contratado, en un caso similar al presente que venía confrontando ELECTROPERÚ con Luz del Sur S.A.A y EDELNOR S.A.
- Precisa que la referida resolución fue impugnada por EDELNOR S.A. y Luz del Sur S.A.A. al no estar de acuerdo con la penalidad impuesta para los excesos, alegando que las penalidades sólo podían ser pactadas por las partes en los contratos de suministro. La CTE expidió la Resolución N° 020-95-P/CTE revocando su decisión anterior y fijó un precio mínimo aplicable a los excesos de consumo en la facturación de potencia.
- Afirma que cuando no existe norma imperativa que imponga un valor (precio regulado) las partes deben cubrir ese vacío mediante el ejercicio de la autonomía privada (que implica la libertad de vinculación y la libertad de determinación normativa). En virtud de la segunda, las partes convienen las reglas aplicables a la valoración de los excesos de consumo de energía (a modo de penalidad); por lo tanto, no puede cuestionarse la validez de esta estipulación.

¹⁵ El artículo 8° de la LCE señala: *La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente ley (...).*

- Indica que bajo este marco normativo se celebró en el año 2000 El Contrato, en el que las partes acordaron el pago de los excesos de consumo de energía en aplicación de los costos marginales de corto plazo fijados por el COES.
- Sostiene que la naturaleza jurídica del precio cobrado por los excesos de consumo de EDECAÑETE, denominados así en El Contrato, corresponde a una penalidad, por las siguientes razones:
 - Según el artículo 1341° del Código Civil las penalidades se pactan para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato.
 - Los excesos de consumo constituyen un incumplimiento de las obligaciones pactadas en El Contrato, como está expresamente reconocido en la subcláusula 2.3.
 - Los daños que este incumplimiento causó a ELECTROPERÚ fue el pago a costos marginales al verse obligada a comprar energía a otras generadoras en el mercado spot en las transferencias de energía en el COES.
 - En consecuencia, puede decirse que el precio es aplicable a la potencia y energía objeto del suministro; esto es hasta el límite máximo de la potencia contratada y la energía contratada, pero este concepto (precio) resulta ajeno al caso de los excesos de consumo, que constituyen un incumplimiento de El Contrato como está reconocido expresamente en éste. Para este incumplimiento se ha pactado la aplicación de penalidades, denominadas precio en El Contrato.
 - La denominación de "precio" no altera la naturaleza jurídica de la penalidad convenida en El Contrato, por cuanto al Derecho no le interesa el nombre que las partes le den a los actos jurídicos o a los contratos, sino su verdadera naturaleza jurídica.

2.2.2.3. Sobre la fuerza vinculante de los contratos:

- Señala que el artículo 1361° del Código Civil establece que *Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.*
- Al respecto, precisa que la subcláusula 4.5. de El Contrato establece: *Si la energía mensual retirada por LA DISTRIBUIDORA, asignada a LA GENERADORA conforme a lo estipulado en 2.5, excediera la correspondiente Energía Máxima establecida en 2.2, dicho exceso será facturado por la GENERADORA y pagado por LA DISTRIBUIDORA con una penalidad; para tal efecto LA GENERADORA facturará y LA DISTRIBUIDORA pagará dicho exceso aplicando los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES durante el mes respectivo y utilizado por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía entre sus integrantes.* (subrayado de ELECTROPERÚ).
- Agrega que el artículo 1362° del Código Civil señala que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes y que en aplicación de este principio suscribió El Contrato, por cuanto en la negociación previa se evaluó la potencia y energía que ELECTROPERÚ comprometía al suscribir éste y los eventuales perjuicios económicos que podría generarle un exceso en los consumos de la potencia contratada con EDECAÑETE, que en este caso se verían reflejados en la necesidad de tener que adquirir energía (asociada a los excesos de consumo de potencia) a costo marginal en el mercado spot.

- Sostiene que la buena fe implica actuar según las normas del ordenamiento jurídico (buena fe objetiva) y bajo la creencia de legitimidad (buena fe subjetiva). En este caso, la determinación del precio en exceso (a modo de penalidad) fue estipulado por las partes actuando de buena fe, pero existe una conducta contraria a ésta por parte de EDECAÑETE, quien no cuestionó la validez de esta regla y menos requirió interpretación alguna de ésta hasta que se dio un escenario contrario a sus intereses. Agrega que por interpretación no se puede desnaturalizar una regla válida y clara.
- Concluye que dentro de esa relación jurídica, existen deberes y acreencias por ambas partes, es decir prestaciones recíprocas, y, habiendo cumplido ELECTROPERÚ con su prestación debida, deviene en acreedor frente a EDECAÑETE que no ha cumplido con la contraprestación prometida.

2.2.2.4. Inaplicabilidad de la Ley N° 28447 a la presente controversia:

- Sostiene que la Ley N° 28447¹⁶ fue emitida con posterioridad a la fecha de suscripción de El Contrato por lo que no puede modificar los términos contractuales según lo establece el artículo 62° de la Constitución Política del Perú de 1993 que reconoce *el respeto a la libertad contractual conforme a las leyes vigentes al momento de su contratación, no pudiéndose variar lo convenido por las partes por mandato de leyes posteriores.*

2.2.2.5. Sobre los argumentos expuestos en el reclamo:

- Señala que EDECAÑETE interpreta la cláusula 4.5 de El Contrato en el sentido que los excesos de energía deben pagarse a costo marginal de corto plazo, siempre y cuando éste no sea mayor a la tarifa en barra fijada por Osinergmin. En caso contrario, será la tarifa en barra el precio tope que puede cobrar el generador al distribuidor por la energía destinada al Servicio Público de Electricidad.
- Agrega que de acuerdo con lo previsto en la subcláusula 2.3 de El Contrato, los excesos de consumo constituyen un incumplimiento de éste; sin embargo, EDECAÑETE, la empresa que negligentemente ha incumplido con sus obligaciones contractuales, tendría que resultar beneficiada pagando montos menores a los que corresponden a su suministro normal de energía.
- Sostiene que aceptar la posición de EDECAÑETE de tomar excesos de potencia y energía de manera ilimitada a tarifa en barra, implicaría que los conceptos de potencia contratada y energía asociada a ésta, previstos en la legislación vigente, carezcan de sentido definitorio, dejando desprotegida a la totalidad de los generadores integrantes del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, los cuales, pese a tener una obligación legal de no poder contratar más potencia y energía que la propia o la contratada con terceros, se verían obligados a asumir consumos de sus clientes en magnitudes que no podían prever al suscribir contratos de suministro de electricidad.
- Señala que el aceptar la posición de EDECAÑETE llevaría al absurdo de sostener que bastaría con que un distribuidor contrate, por ejemplo, 1MW de potencia con cualquier generador para poder incurrir, posteriormente, en un consumo ilimitado de electricidad, que podría conllevar a dicho generador a exceder su potencia y energía

¹⁶ Publicada el 12 de diciembre de 2004.

propia, lo cual podría llevarlo inclusive a perder la concesión u autorización otorgada por el Estado Peruano. Lo expuesto resultaría un precedente desastroso para el mercado eléctrico en cuanto a la contratación entre generadores y distribuidores.

3. Determinación de la materia controvertida

Petitorio de EDECAÑETE:

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare:

- a) Que, durante el periodo de vigencia de El Contrato, el precio tope que los generadores pueden cobrar a los concesionarios de distribución de energía, en el caso de ventas destinadas al Servicio Público de Electricidad, no puede exceder la tarifa en barra aprobada por Osinergmin, por tratarse de un suministro sujeto a regulación de precios.
- b) Que, el tope constituido por la tarifa en barra resulta de aplicación no sólo al precio de la energía contratada con el generador sino, inclusive, a los retiros en exceso de la energía contratada, cuando estos excesos estén destinados al Servicio Público de Electricidad.
- c) Que, ELECTROPERÚ no puede cobrar a EDECAÑETE por los retiros de energía en exceso de la energía contratada en El Contrato, un precio mayor al precio en barra regulado por Osinergmin, por cuanto la energía suministrada está destinada exclusivamente a los usuarios del Servicio Público de Electricidad.

Petitorio de ELECTROPERÚ:

- a) Que se declare fundada la Excepción de Convenio Arbitral.
- b) Que se declare fundada la Excepción de Incompetencia.
- c) Que se declare infundada la reclamación presentada por EDECAÑETE.

Materia Controvertida:

En la Audiencia Única llevada a cabo el día 21 de julio de 2014, las partes a pesar de ser instadas por el Presidente para conciliar, no llegaron a un acuerdo; por lo que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estableció como materia controvertida la contenida en el petitorio de las partes, anteriormente mencionado.

4. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc:

Sobre la Excepción de Convenio Arbitral deducida por ELECTROPERÚ:

A decir de ELECTROPERÚ, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no debe conocer la presente reclamación, por cuanto las partes pactaron en la cláusula décimo segunda de El Contrato una suerte de doble instancia para resolver las controversias que pudieran surgir en la ejecución de El Contrato, la primera instancia estaba reflejada en la etapa de Trato Directo y, la segunda, en caso no se arribara a una solución en la primera instancia, por un Arbitraje de Derecho o de Conciencia (según fuera el caso) ante el hoy Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Tal como expresa el numeral 12.2 de la cláusula décimo segunda de El Contrato, que se cita a continuación:

De no llegarse a un acuerdo en trato directo, dentro del plazo establecido en 12.1¹⁷, las Partes acuerdan que cualquier controversia derivada del Contrato deberá ser resuelta por medio de arbitraje de derecho, salvo acuerdo de las Partes de someter una controversia específica a arbitraje de conciencia. El arbitraje se efectuará de acuerdo con el Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas se someten las Partes, excepto en lo relativo al nombramiento de los árbitros que se regirá por lo pactado en la sección 12.3, 12.4 y 12.5. (Nota añadida).

Al respecto, en la teoría del proceso, *el arbitraje es un fenómeno de desplazamiento de la competencia, como excepción a la regla de la competencia permanente. Este desplazamiento de la competencia opera a través del convenio arbitral.*¹⁸

En tal sentido, el artículo 13.1° del Decreto de Arbitraje, define al convenio arbitral como sigue:

El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

De la misma forma, Lohman Luca de Tena define el convenio arbitral como *el convenio por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas o algunas discrepancias que en el futuro se susciten entre ellas derivadas de una relación jurídica concreta y que puedan ser objeto de solución arbitral*¹⁹.

De conformidad con lo señalado en el artículo 13.2° del Decreto de Arbitraje²⁰, el convenio arbitral no tiene que celebrarse necesariamente en un documento separado y distinto al contrato, pudiendo estar incluido dentro de éste, como ocurre en el presente caso, por tanto la cláusula 12.2 de El Contrato constituye convenio arbitral.

Cabe señalar que es mediante el convenio arbitral que los sujetos declaran libremente su voluntad de someter sus controversias a una jurisdicción extraordinaria y privada como es el arbitraje; por tanto, siempre y cuando no vayan más allá de lo permitido a la autonomía privada, es decir, las materias de libre disposición de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto de Arbitraje²¹, debe entenderse que su sola celebración es requisito suficiente para arbitrar.

¹⁷ El numeral 12.1 de la Cláusula Décimo Segunda de El Contrato establece un plazo de diez (10) días hábiles para que la controversia sea solucionada por trato directo, plazo que puede ser prorrogado por acuerdo de partes.

¹⁸ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. 1ra. Edición. Julio 2008. p. 477.

¹⁹ Citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Las excepciones en el proceso civil. Lima: San Marcos, 2002. p. 419.

²⁰ Artículo 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral.

(...)2. El convenio arbitral... Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

²¹ Artículo 2°.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

Con relación a lo anterior, debe precisarse que el presente análisis está orientado únicamente a determinar si corresponde o no amparar la Excepción de Convenio Arbitral deducida por ELECTROPERÚ; en tal caso no se está discutiendo la competencia de este Colegiado con relación de la materia de controversia, la cual está definida en las disposiciones contenidas en el RGO y LPAG, máxime si los elementos que configuran esta competencia son de orden público²², por tanto indisponibles por las partes en conflicto.

En la línea de lo anterior, es de precisar que el convenio arbitral tiene efectos entre las partes que lo celebran, fundamentalmente para vincularles a su deseo de someter a la decisión de uno o varios árbitros las controversias derivadas del convenio.

Según Fernández Arroyo²³ un acuerdo arbitral comporta dos efectos: *El primero es el que obliga a las partes a someter su controversia a un tribunal arbitral constituido según los términos acordados por ellas. Se trata de una obligación positiva, de una obligación de hacer. El segundo efecto producido por el acuerdo es en cambio negativo. Por el acuerdo arbitral que han celebrado, las partes se comprometen a respetar una obligación de no hacer, es decir ellas se impiden mutuamente a resolver la controversia por otro medio distinto al establecido en el convenio.*

Cabe señalar que este efecto (en sentido estricto), está directamente relacionado con la Excepción de Convenio Arbitral, la cual en opinión de Simons Pino *se produce cuando una parte, incumpliendo el convenio arbitral, decide recurrir a un juez y someter a su decisión una controversia y, la otra parte decide cuestionar la actuación o avocamiento judicial por haber sido sustraída a favor del arbitraje*²⁴.

En tal sentido, ELECTROPERÚ ha deducido Excepción de Convenio Arbitral, orientada a que el Cuerpo Colegiado no se avoque a una controversia que por el convenio señalado precedentemente habría sido sustraída de su conocimiento. Por tanto corresponde analizar este aspecto de conformidad con lo señalado por la normativa vigente, según el texto siguiente:

Artículo 16°.- Excepción de convenio arbitral.

- 1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.*
 - 2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.*
 - 3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.*
- (...).*

²² Al respecto el artículo 65° de la LPAG, establece: *65.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley. (...)*

²³ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. La reparación de los daños causados por violación del Acuerdo Arbitral, en Tratado de Derecho Arbitral, Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, p.134.

²⁴ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLES, Alfredo, Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Tomo I, Editorial IPA, Lima 2011, p.263.

Al respecto, señala María Morales²⁵ *La excepción de convenio arbitral es reconocida como un verdadero impedimento procesal, porque impide la continuación del proceso judicial para dar paso al convenio arbitral. Evitando que el juez se pronuncie sobre el fondo de la controversia que las partes han acordado someter a arbitraje.*

Es de destacar, que si bien el artículo bajo análisis se refiere al supuesto de una intervención judicial, nada obsta que pueda extenderse también a los casos tramitados en materia administrativa como el presente caso, tal como ha sido reconocida jurisprudencialmente en la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC²⁶.

Respecto del numeral 2. del mencionado artículo 16° del Decreto de Arbitraje, es de precisar que contiene tres presupuestos cuyo cumplimiento debe ser evaluado por la autoridad al momento de resolver, tal como se indica: i) deducir la excepción dentro del plazo correspondiente; ii) acreditar la existencia del convenio arbitral; y, iii) (de corresponder) acreditar el inicio de un arbitraje (entiéndase, sobre el mismo objeto materia de controversia).

En este caso, ELECTROPERÚ ha deducido la mencionada excepción dentro del plazo establecido para ello, de conformidad con lo señalado en el artículo 37° TUO del ROSC²⁷.

En la cláusula décimo segunda de El Contrato, incorporado como medio probatorio al expediente a requerimiento de este Colegiado, consta el convenio arbitral al que ELECTROPERÚ hace referencia y que ha sido analizada precedentemente.

El tercer presupuesto del numeral 2. del artículo 16° del Decreto de Arbitraje se analizará en concordancia con lo que establece el numeral 3. del citado dispositivo. Al respecto, debe precisarse que la norma ha establecido dos momentos a efecto de determinar la actuación de la autoridad administrativa, los cuales están marcados por el inicio de las actuaciones arbitrales, de tal forma que si éstas no se hubieran iniciado, la autoridad podrá desestimar la excepción sólo en el caso que el convenio sea manifiestamente nulo. De lo anterior se desprende que de haberse iniciado el procedimiento arbitral, la autoridad no podrá desestimarla.

En este sentido, Ramos Méndez citado por Lluís Caballol²⁸ señala que *los tribunales deben limitarse a constatar la existencia prima facie del convenio arbitral, sin estimar cuestiones como su validez o nulidad.*

Por lo expuesto, se colige la importancia de determinar si en el presente caso se ha dado inicio a las actuaciones arbitrales con anterioridad al inicio de la presente litis.

En tal sentido, el artículo 33° del Decreto de Arbitraje, señala lo siguiente:

²⁵ MORALES, María Cristina, Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional. En: Silva Romero, Eduardo y otros. El contrato de Arbitraje, Universidad del Rosario – LEGIS, Colombia, 2005, p. 698.

²⁶ *Fundamento 12. (...) Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros -incluida autoridades administrativas y/o judiciales- destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.(...)*

²⁷ *Artículo 37°.- Requisitos de la Contestación - Posibilidad de Réplica y Excepciones.*

(...)

Las excepciones se presentan junto con la contestación a la reclamación y se resuelven en la resolución final o, excepcionalmente a criterio de la instancia de solución de controversias, podrán resolverse al inicio del procedimiento.

²⁸ CABALLOL ANGELATS, Lluís, El Tratamiento Procesal de la Excepción de Arbitraje, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 117.

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

En relación al artículo citado, Soto Coaguila²⁹ comenta:

Queda claro, ahora sí, que si bien se requieren de dos partes para pactar el convenio, sólo basta la acción de una para iniciar el arbitraje.

(...)

De donde fluye que no es necesario que el Tribunal Arbitral se encuentre constituido ni ejerciendo sus funciones para dar por iniciado un arbitraje.

Asimismo, es de precisar que el artículo 17° del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima³⁰, al cual las partes se someten en la cláusula décimo segunda de El Contrato, señala:

El arbitraje se inicia en la fecha de presentación ante el Centro, de la petición de arbitraje respectiva dirigida al Secretario General.

De conformidad con los artículos anteriormente citados, al haberse presentado la solicitud de arbitraje ante la Secretaría General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima el 21 de marzo de 2014, se entiende que en esta fecha se inició el procedimiento arbitral.

En tal sentido, a la fecha de presentación de la reclamación de EDECAÑETE ante este Cuerpo Colegiado, 02 de mayo de 2014, estaba pendiente la causa ante el Tribunal Arbitral.

Cabe indicar que ELECTROPERÚ presentó su solicitud de arbitraje, a la que se hace referencia en el párrafo anterior, con la siguiente pretensión:

... que el Tribunal Arbitral ordene a EDECAÑETE el pago de S/. 143 075,87, con IGV, más los interés establecidos en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, por el concepto de excesos de consumo de potencia y energía activa respecto a la Potencia Máxima y la Energía Máxima, respectivamente, en que incurrió dicha empresa en el suministro de electricidad de diciembre de 2005, último mes de vigencia del Contrato celebrado entre las partes.

Es de precisar, que el proceso arbitral al que se hace referencia en el párrafo precedente y la presente reclamación se han originado por los mismos hechos -El Contrato y los retiros en exceso de la energía contratada-, vinculan a las mismas partes -EDECAÑETE y ELECTROPERÚ-, contienen los mismos argumentos y versan sobre la misma materia controvertida como es el pago de los retiros de energía en exceso de la energía contratada en El Contrato, reflejando ambas pretensiones la posición particular de la parte que la incoa.

²⁹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLES, Alfredo, Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, Lima 2011, pág. 388.

³⁰ La Quinta Disposición Transitoria y Final del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima establece: *Cualquier referencia al "Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima", contenida en un convenio arbitral, se entiende hecha al "Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima".*

En la línea de lo anterior, corresponde analizar lo señalado por el Tribunal Constitucional, en el fundamento N° 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias) -mencionada por ELECTROPERÚ como argumento de su posición-, como se cita:

El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de "no interferencia" referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros -incluida autoridades administrativas y/o judiciales- destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

De lo citado precedentemente se desprende que el Tribunal Constitucional ha reconocido al arbitraje como una jurisdicción privada de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 139°³¹ de la Constitución, reconociéndole todas las facultades y prerrogativas propias de esta función³², dentro de ellas el principio de no interferencia³³, en tal sentido restringe la posibilidad de que terceros puedan avocarse a materias sometidas a arbitraje, vigorizando la institución arbitral de tal forma que no sea posible interrumpir un proceso arbitral en trámite.

Cabe mencionar que este fundamento jurídico, entre otros, es vinculante para todos los operadores jurídicos^{34/35}.

Asimismo, es de precisar la facultad exclusiva y excluyente de los árbitros de decidir acerca de las materias de su competencia, tal como lo establece el inciso 1. del artículo 41° del Decreto de Arbitraje que expresa:

³¹ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.(...)

³² Concordante con lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto de Arbitraje que señala: (...) 4. ... Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

³³ Establecido en el inciso 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, como sigue:

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

³⁴ El Tribunal Constitucional en el punto 2 de la sentencia recaída en Expediente N° 6167-2005-PHC/TC señala: ...

2. Declarar que los fundamentos jurídicos Nos. 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

³⁵ Cabe señalar que el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, establece: Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

De lo citado precedentemente se desprende que el Tribunal Constitucional ha señalado que ninguna autoridad puede interferir en materias sometidas a arbitraje, destacando que los únicos facultados a determinar si son competentes o no, cuando ya se inició el arbitraje, son los propios árbitros. Por tanto, el Tribunal ha establecido que quien se somete libremente al arbitraje no puede luego desplazar la disputa a otro terreno ya sea judicial o administrativo³⁶.

Para Rivarola Reisz³⁷, *lo que el Tribunal ha dicho es que, desde el inicio de un proceso arbitral y hasta su conclusión, los árbitros tienen inmunidad constitucional frente a procesos penales y civiles.*

En este sentido, se pronuncia el Tribunal Constitucional en su fundamento N° 13, también con carácter vinculante, sobre el principio "kompetenz-kompetenz":

Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Cabe señalar que en sentencias posteriores como la recaída en el Expediente N° 1567-2006-PA/TC³⁸ y en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC³⁹ se ha reconocido la plena vigencia del principio "kompetenz-kompetenz", en tal sentido se da por sentado que el Tribunal Arbitral tiene a su favor una suerte de "regla de prioridad" para pronunciarse sobre su propia competencia, en tal caso si se cuestiona las actuaciones arbitrales, existe una vía idónea para controlar los excesos de las tribunales arbitrales como son las excepciones u objeciones a la

³⁶ RIVAROLA REISZ, J. Domingo, Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional: «Los Dilemas de constitucionalizar el arbitraje», Revista Peruana de Arbitraje, Editorial Jurídica Grijley, Perú 2006. p.579.

³⁷ Op.cit. p.577.

³⁸ (...) el tribunal arbitral es el competente para pronunciarse sobre su propia competencia. Sin embargo, se debe tener en consideración que el principio de la "competencia de la competencia" no trasciende el ámbito de aplicación de la Ley General de Arbitraje, ni genera una zona exenta de control constitucional, pues, como bien se enfatiza en la última parte del fundamento 13 de la sentencia recaída sobre el Exp. 6167-2005-PHC/TC, será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva (fundamento 8, supra) y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, in fine, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

³⁹ Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63º [incisos "e" y "f"]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65º [inciso 1] y 73º [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional). (...)

competencia de conformidad con el inciso 3 del artículo 41° del Decreto de Arbitraje⁴⁰ y el recurso de anulación del laudo de conformidad con lo señalado en el artículo 62° del mismo cuerpo normativo.

Por tanto, habiendo ELECTROPERÚ deducido la Excepción de Convenio Arbitral, y verificándose que existe un proceso arbitral en trámite, iniciado con anterioridad a este procedimiento -de conformidad con lo señalado en el artículo 33° del Decreto de Arbitraje-, a criterio de este Colegiado corresponde amparar la mencionada excepción, considerando que postura contraria generaría una situación de incertidumbre y de actuaciones paralelas (arbitral y administrativa) innecesarias. En tal sentido, de seguir esta tendencia, se llegaría al ilógico de discutir el objeto de la controversia tanto en sede administrativa como arbitral, lo que devendría en dos resoluciones distintas y probablemente hasta contradictorias, lo cual no es permisible. Debe precisarse además que si el Tribunal Arbitral resuelve sobre materias que no son susceptibles de arbitraje, correspondería cuestionar este laudo a través de un recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial.

De otro lado, es necesario reiterar que no se está analizando la competencia respecto de la materia de reclamación, sino más bien si el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc puede o no avocarse a una causa pendiente ante el Tribunal Arbitral -cuando ya se inició el arbitraje-, no debe confundirse en tal caso una decisión favorable hacia la excepción como una renuncia implícita a la competencia de este Colegiado en la presente controversia -tratándose de un tema que está relacionado al mercado eléctrico y vinculado al consumo del servicio regulado-, por cuanto este alejamiento obedece a lo señalado imperativamente por la normativa vigente, lo establecido por la jurisprudencia vinculante y la doctrina imperante en el presente caso.

De lo expuesto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc concluye que debe declararse FUNDADA⁴¹ la Excepción de Convenio Arbitral planteada por ELECTROPERÚ; por tanto, considerando que la naturaleza de la Excepción de Convenio Arbitral es perentoria simple, corresponde dar por concluido el procedimiento sin pronunciamiento sobre el fondo, careciendo de objeto pronunciarse sobre los restantes puntos controvertidos⁴² determinados en la Audiencia Única de conformidad con lo señalado en el inciso 5 del artículo 451° del Código Procesal Civil.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332; el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; el Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 223-2013-OS/CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y demás disposiciones mencionadas en la presente Resolución.

⁴⁰ *Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.*

⁴¹ Conviene mencionar que la decisión que se aconseja de amparar la *Excepción de Convenio Arbitral* se aparta del antecedente señalado por EDECAÑETE en un caso similar, dado que las circunstancias a la fecha son distintas. Así, en las fechas de emisión de las resoluciones de primera (25.10.2004) y segunda instancia (22.04.2005) del caso mencionado, no había sido emitida y publicada la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC (emitida el 28 días del febrero de 2006 y publicada el 23 de marzo del mismo año en el Diario Oficial "El Peruano") y tampoco había sido promulgado el Decreto de Arbitraje.

⁴² De conformidad con lo señalado por el artículo 450° de la LPAG.- (...) Si entre ellas figura la de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral y el Juez declara fundada una de ellas, se abstendrá de resolver las demás; (...)

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Declarar FUNDADA la Excepción de Convenio Arbitral deducida por la EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. – ELECTROPERÚ S.A. contra la reclamación presentada por EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CAÑETE S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- Declarar, en virtud de lo dispuesto por el numeral 206.2° del artículo 206° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y el artículo 47° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias aprobado por Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 223-2013-OS/CD, sólo procede contra esta resolución la interposición del recurso de apelación, el cual deberá ser presentado ante el órgano que dictó la resolución apelada dentro de los quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Resolución impugnada.

Humberto Eduardo Zolezzi Chacón
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Víctor Alberto Del Carpio Bacigalupo
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Iván Mirko Lucich Larrauri
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc