

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 005-2015-OS/CC-93**

Lima, 14 de setiembre de 2015.

SUMILLA:

Las empresas distribuidoras están obligadas a pagar por los retiros físicos de potencia y energía del SEIN, sin respaldo contractual, según las asignaciones efectuadas por el COES y valorizados a Precios en Barra, según lo establece la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447.

VISTO:

El expediente sobre la controversia suscitada por la reclamación presentada por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A., en adelante ELECTROPERÚ o la reclamante, contra LUZ DEL SUR S.A.A., en adelante LUZ DEL SUR o la reclamada, sobre pago por retiros de potencia y energía activa y reactiva del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, en adelante SEIN, sin respaldo contractual, conforme con las valorizaciones efectuadas por el Comité de Operación Económica del Sistema, en adelante COES, por el periodo comprendido entre los meses de enero a diciembre de 2005, más los intereses compensatorios y moratorios, y las costas y costos que se generen.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes:

- 1.1.** Mediante escrito con registro de Mesa de Partes de Osinergmin N° 201500054828, el día 28 de abril de 2015, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra LUZ DEL SUR.
- 1.2.** Mediante Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 133-2015-OS/CD, de fecha 16 de junio de 2015, se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
- 1.3.** Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2015-OS/CC-93, de fecha 18 de junio de 2015, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, asumió competencia en la presente controversia y admitió a trámite la reclamación presentada por ELECTROPERÚ. 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.
- 1.4.** Mediante escrito presentado el día 13 de julio de 2015, LUZ DEL SUR contestó la reclamación de ELECTROPERÚ.
- 1.5.** Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2015-OS/CC-93, de fecha 14 de julio de 2015, se citó a las partes a Audiencia Única para el día 03 de agosto de 2015.

- 1.6.** El día 03 de agosto de 2015 se llevó a cabo la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas 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 ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR 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.
- 1.7.** El día 05 de agosto de 2015, ELECTROPERÚ presentó sus alegatos finales.
- 1.8.** El día 10 de agosto de 2015, LUZ DEL SUR presentó sus alegatos finales.
- 1.9.** 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 ELECTROPERÚ:

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

2.1.1. Fundamentos de hecho:

2.1.1.1. Antecedentes:

- ELECTROPERÚ sostiene que durante los años 2004 y 2005, el sector eléctrico peruano enfrentó una circunstancia extraordinaria, originada, entre otras causas, por una severa sequía y por los altos precios del combustible. Este contexto propició que la diferencia entre los costos marginales de corto plazo y la tarifa en barra fijada por Osinergmin se incrementara de tal manera que desapareció todo incentivo para que las generadoras contraten con las distribuidoras y les vendan energía y potencia para destinarlas al Servicio Público de Electricidad.
- ELECTROPERÚ señala que como consecuencia de este escenario, las distribuidoras retiraron potencia y energía del SEIN, sin tener un contrato de suministro de electricidad con alguna generadora que respaldara los retiros en el COES.
- ELECTROPERÚ manifiesta que el 30 de diciembre de 2004 se publicó la Ley N° 28447 en el diario oficial El Peruano, mediante la cual se dictaron disposiciones sobre los

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

retiros sin contrato. En la Segunda Disposición Transitoria de esta ley se estableció que las distribuidoras estaban obligadas a depositar en la cuenta de un fideicomiso, el dinero correspondiente a los retiros de potencia y energía destinados al Servicio Público de Electricidad que no contaran con contratos que los respaldaran. Añade que estos retiros serían valorizados por el COES a tarifa en barra y su pago era de carácter obligatorio para las distribuidoras, bajo apercibimiento de declararse la caducidad de su concesión de distribución.

- ELECTROPERÚ afirma que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 28447, el COES valorizó a tarifa en barra los retiros del SEIN sin respaldo contractual realizados por las distribuidoras en el año 2005 y asignó simultáneamente los costos de estos retiros a las generadoras en proporción a sus ingresos netos mensuales por potencia.
- A decir de ELECTROPERÚ, las generadoras fueron imputadas por el COES con el costo originado por los retiros sin contrato en el año 2005, y con ello a su vez, se aseguraron el derecho a percibir el respectivo ingreso por estos retiros valorizados al menos a tarifa en barra. Agrega que cada distribuidora fue informada por el COES de la valorización total a tarifa en barra de los retiros sin contrato, constituyéndose ésta en una deuda pendiente a favor de las generadoras.
- ELECTROPERÚ señala que las generadoras y distribuidoras adoptaron la costumbre de celebrar acuerdos bilaterales que plasmaran los términos y condiciones bajo los cuales se iban a facturar los referidos retiros; sin embargo, precisa que no existe ninguna disposición que obligue a las generadoras y a las distribuidoras a celebrar estos acuerdos antes de proceder al pago correspondiente.

2.1.1.2. Descripción de la controversia:

- ELECTROPERÚ afirma que durante el periodo comprendido entre enero y diciembre de 2005, LUZ DEL SUR retiró potencia y energía del SEIN sin contar con respaldo contractual y que el COES efectuó la valorización mensual del total de esos retiros a tarifa en barra y las consignó en sus informes mensuales de transferencias de potencia y energía activa del año 2005.
- ELECTROPERÚ manifiesta que sobre la base de la información consignada por el COES en sus informes mensuales de transferencia de potencia y energía activa, ELECTROPERÚ debía facturar a LUZ DEL SUR por los retiros sin contrato la suma de S/. 2 189 926, 33 (dos millones ciento ochenta y nueve mil novecientos veintiséis con 33/100 Nuevos Soles), incluido el Impuesto General a las Ventas. Agrega que en el Cuadro N° 1 de su escrito de reclamación se sustenta en detalle la valorización de los retiros sin contrato que efectuó LUZ DEL SUR y que debe pagar a ELECTROPERÚ a tarifa en barra por cada mes del año 2005 y por cada barra de entrega Santa Rosa 220 kV y San Juan Luz del Sur 220 kV.
- ELECTROPERÚ señala que mediante Carta N° C-093-2015, de fecha 20 de enero de 2015 y notificada al día siguiente, propuso a LUZ DEL SUR la suscripción de un acuerdo que regule los términos y condiciones a través de los cuales ELECTROPERÚ facturaría los retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que la distribuidora había realizado durante el periodo comprendido entre enero y diciembre de 2005. Para tal efecto, envió un proyecto de acuerdo para la evaluación de LUZ DEL SUR; en ese documento precisó que el monto a facturar sería la suma de S/. 2 189 926, 33 (dos

millones ciento ochenta y nueve mil novecientos veintiséis con 33/100 Nuevos Soles), incluido el Impuesto General a las Ventas.

- ELECTROPERÚ sostiene que mediante Carta N° GC-14-018, de fecha 26 de enero de 2015, LUZ DEL SUR respondió que estaba de acuerdo con el monto de la deuda indicado; sin embargo, solicitó que para elaborar el convenio se tomen como referencia los acuerdos que LUZ DEL SUR había suscrito con otras empresas sobre el mismo tema. ELECTROPERÚ manifiesta que estos acuerdos contienen una serie de limitaciones al ejercicio de algunos de sus derechos que no está dispuesto a aceptar.
- Añade que luego de diversas reuniones llevadas a cabo con el objetivo de concordar el texto del acuerdo a suscribir, las partes no llegaron a un consenso.
- ELECTROPERÚ argumenta que ante tal situación, mediante Carta N° C-0273-2015, de fecha 24 de febrero de 2015, comunicó a LUZ DEL SUR la emisión de la Factura Electrónica FO02 N° 20000412 por S/. 2 189 926, 33 (dos millones ciento ochenta y nueve mil novecientos veintiséis con 33/100 Nuevos Soles), incluido el Impuesto General a las Ventas, con vencimiento al 11 de marzo de 2015.
- ELECTROPERÚ señala que mediante Carta N° GC-15-049, de fecha 27 de febrero de 2015, LUZ DEL SUR manifestó que, si bien se encontraba conforme con el monto facturado, no correspondía el pago debido a que no se había suscrito el acuerdo que estableciera las pautas relacionadas con el pago; por tanto, solicitó la anulación de la factura electrónica remitida y que se emita una nueva luego de la suscripción del referido acuerdo.

2.1.1.3. Fundamentos de derecho:

- ELECTROPERÚ sustenta su reclamación en lo que establece la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447, cuyo texto es el siguiente:

SEGUNDA.- Situación de los retiros de potencia y energía realizados sin respaldo contractual.

*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 destinados 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.***

El Reglamento establecerá los plazos y condiciones para la constitución y operación del fideicomiso al que se refiere el párrafo precedente.

El incumplimiento de pago al fideicomiso establecido en la presente Disposición, por un plazo que será fijado en el Reglamento, constituirá causal de caducidad de la concesión. (Resaltado agregado por ELECTROPERÚ)

- ELECTROPERÚ manifiesta que dado que el fideicomiso, creado por la mencionada ley, no fue implementado, correspondía que las distribuidoras pagaran a las generadoras por esos retiros, por cuanto: i) los retiros ya habían sido valorizados por el COES a tarifa en barra, y ii) ya habían sido asignados entre las empresas generadoras, en forma proporcional a sus ingresos netos mensuales por potencia.

- A decir de ELECTROPERÚ, LUZ DEL SUR está obligada a realizar el pago requerido.
- ELECTROPERÚ manifiesta que LUZ DEL SUR está de acuerdo con el monto que se le imputa pagar; sin embargo, condiciona el pago de la factura a la suscripción de un acuerdo previo. Añade que el argumento de la distribuidora no tiene respaldo legal en la normativa del sector eléctrico.
- ELECTROPERÚ precisa que hizo referencia en su escrito de reclamación a los proyectos de convenio con LUZ DEL SUR sobre aspectos relacionados al pago solo a manera de antecedente, mas no pretendiendo que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc asuma competencia respecto de este extremo.

2.2. De la reclamada LUZ DEL SUR:

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

2.2.1. Antecedentes de hecho:

- LUZ DEL SUR hace referencia, al igual que ELECTROPERÚ, a la situación especial que atravesó el mercado eléctrico peruano durante los años 2004 y 2005. Agrega que este escenario originó que la brecha entre los costos marginales de corto plazo y la tarifa en barra fijada por Osinergmin se incrementa a un nivel tal que desapareció todo incentivo para que las generadoras vendan a las distribuidoras energía y potencia destinada al Servicio Público de Electricidad.
- LUZ DEL SUR añade que ante la situación descrita en el párrafo precedente, se promulgó la Ley N° 28447, mediante la cual se modificaron diversos artículos de la Ley de Concesiones Eléctricas, en adelante LCE, y se dispuso en su Segunda Disposición Transitoria que los distribuidores estaban obligados a depositar en la cuenta de un fideicomiso, el dinero correspondiente a los retiros de potencia y energía destinados al Servicio Público de Electricidad que no cuenten con contratos de suministro de energía que los respalden. Agrega que los mencionados retiros de potencia y energía serían valorizados por el COES a tarifa en barra.
- LUZ DEL SUR señala que durante el año 2005, al igual que durante el año 2004, las empresas de distribución se vieron en la necesidad de retirar energía por encima de la potencia y energía contratadas para el Servicio Público de Electricidad con las generadoras, estos retiros fueron facturados de acuerdo con las liquidaciones mensuales de energía y potencia efectuadas por el COES, de acuerdo a ley.
- LUZ DEL SUR sostiene que no hay discusión sobre el pago que debe efectuar por la energía que retiró sin respaldo contractual durante el año 2005. Agrega que la discrepancia se centra en el carácter provisional, según tesis de ELECTROPERÚ, del pago, hasta que se resuelva el arbitraje que tiene como parte demandante a las empresas de generación eléctrica, y como parte demandada al COES ante el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Precisa que en este proceso arbitral no participa ELECTROPERÚ.

- LUZ DEL SUR menciona que las empresas generadoras pretenden, en este arbitraje, que no se les asigne los citados retiros de energía sin respaldo contractual.
- LUZ DEL SUR argumenta que ELECTROPERÚ le remitió un convenio para su firma (Anexo 1-D del escrito de reclamación), en el cual se señala textualmente lo siguiente:

5. DEVOLUCIÓN A LA DISTRIBUIDORA

5.1. Tomando en cuenta que el presente Acuerdo es celebrado única y exclusivamente con la finalidad de establecer un mecanismo provisional de retribución a LA GENERADORA, las partes acuerdan que si en el futuro se originara la obligación de LA DISTRIBUIDORA al pago de los Valores Asignables, total o parcialmente, a un tercero como de: (i) la ejecución de alguna resolución, sentencia o laudo arbitral definitivo e inimpugnable; o (ii) la expedición de un dispositivo legal que establezca quien o quienes deberán asumir los Retiros, incluyéndose dentro de estos los Valores Asignables; el presente Acuerdo quedará sin efecto con respecto a la parte de los Valores Asignables que, según lo anterior, no corresponden a LA GENERADORA, debiendo esta última devolver a LA DISTRIBUIDORA correspondiente a dicha parte de los Valores Asignables, sin intereses (...)

5.2. Se deja expresa constancia que el presente Acuerdo mantendrá plena vigencia hasta que se produzca cualquiera de los supuestos indicados en el numeral 5.1.

- LUZ DEL SUR precisa que para ELECTROPERÚ el pago, según su propuesta de acuerdo, es con carácter provisional y que si hubiera lugar a devolución, como consecuencia de lo ordenado en alguna resolución, sentencia o laudo arbitral, entonces esa suma sería devuelta a la distribuidora sin intereses.
- A decir de LUZ DEL SUR, la posición de ELECTROPERÚ es maliciosa al pretender que el acuerdo que se suscriba mantenga plena vigencia hasta que se produzca cualquiera de los supuestos descritos en el numeral 5.1 del documento que le envió, y que en el supuesto que corresponda devolver dinero a favor de LUZ DEL SUR, éste debe realizarse sin intereses.
- Para LUZ DEL SUR resulta tendencioso sostener, como lo viene haciendo ELECTROPERÚ en la presente controversia, que es la distribuidora la que condiciona el pago antes referido a la suscripción de un acuerdo, cuando es la generadora la que establece una condición al pago.
- LUZ DEL SUR sostiene que la pretensión de ELECTROPERÚ constituye un abuso del derecho, lo cual no puede ser amparado.

2.2.2. Fundamentos de derecho:

- LUZ DEL SUR hace referencia a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil que dice que *La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho.*

- Para LUZ DEL SUR el abuso del derecho es considerado un límite jurídico contenido en el Código Civil, tendiente a que el individuo ejercite sus derechos subjetivos sin causar lesión o daño a terceros o intereses ajenos no protegidos por normas específicas.
- A decir de LUZ DEL SUR, ELECTROPERÚ pretende que se le pague un derecho de crédito con carácter provisional y que en el supuesto que exista una devolución a favor de LUZ DEL SUR, esta devolución se realice sin intereses. En cambio, LUZ DEL SUR precisa que el pago debe efectuarse con carácter definitivo, de lo contrario no puede llamarse pago, o no podría decirse que LUZ DEL SUR está cumpliendo con la obligación generada por los retiros de energía y potencia del año 2005.
- LUZ DEL SUR afirma que ha cumplido con pagar a todas las generadoras de electricidad por los retiros de energía y potencia sin respaldo contractual correspondientes al año 2005.
- LUZ DEL SUR manifiesta que es impensable aceptar una situación en la cual se conmine el pago de lo debido al resultado de un laudo arbitral en el cual no interviene LUZ DEL SUR ni ELECTROPERÚ, y lo peor del caso, es que se pretenda que si se generara una devolución a favor de LUZ DEL SUR, ésta deberá realizarse sin considerar intereses.
- LUZ DEL SUR precisa que el pago, entendido en su acepción más amplia, implica la extinción de la obligación, ya sea mediante el cumplimiento de la obligación dineraria o de cualquier otro medio extintivo que empleen las partes como la novación, compensación, condonación, transacción, entre otros. Agrega que solo se entiende efectuado el pago cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación y se extingue la obligación.
- LUZ DEL SUR sostiene que ELECTROPERÚ pretende que se cumpla la citada obligación de manera provisional, y no de forma definitiva, en desmedro de los intereses de LUZ DEL SUR, lo cual no puede ser amparado por el Cuerpo Colegiado, ni por ningún tribunal administrativo o judicial.
- LUZ DEL SUR solicita que la presente controversia sea declarada infundada, en la medida que el pago que se discute sea efectuado con carácter provisional, y no con carácter definitivo.

3. Determinación de la materia controvertida

Petitorio de ELECTROPERÚ:

a. Pretensión principal:

Se declare que LUZ DEL SUR está obligada a pagar a ELECTROPERÚ la suma de S/. 2 189 926, 33 (dos millones ciento ochenta y nueve mil novecientos veintiséis con 33/100 Nuevos Soles), incluido Impuesto General a las Ventas, por los retiros de potencia y energía activa que dicha empresa realizó del SEIN, sin respaldo contractual, en el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2005.

b. Pretensiones accesorias a la principal:

Primera: Se ordene a LUZ DEL SUR pagar la Factura FO02 N° 20000412, por el monto de S/. 2 189 926, 33 (dos millones ciento ochenta y nueve mil novecientos veintiséis con 33/100 Nuevos Soles), incluido Impuesto General a las Ventas, emitida por ELECTROPERÚ, por los retiros de potencia y energía activa que LUZ DEL SUR realizó del SEIN, sin respaldo contractual, en el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2005.

Segunda: Se ordene a LUZ DEL SUR pagar a ELECTROPERÚ el interés compensatorio devengado desde el 11 de marzo de 2015, fecha de vencimiento del comprobante de pago extendido por ELECTROPERÚ, hasta la cancelación de la deuda; más el recargo por mora correspondientes, de conformidad con lo establecido en el artículo 176° del Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM.

Tercera: Se ordene a LUZ DEL SUR pagar a ELECTROPERÚ los costos y costas que se generen en este procedimiento de solución de controversias.

Petitorio de LUZ DEL SUR:

Que se declare infundada la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.

Materia Controvertida:

En la Audiencia Única llevada a cabo el día 03 de agosto de 2015, 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 las contenidas en el petitorio de las partes, anteriormente mencionadas.

4. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc:

4.1. Sobre la obligación de pago por los retiros de potencia y energía sin respaldo contractual:

La Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447², Ley que modifica el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, establece lo siguiente:

Segunda.- Situación de los retiros de potencia y energía realizados sin respaldo contractual.

Durante el plazo establecido en la Primera Disposición Transitoria³, 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

² Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 30 de diciembre de 2004.

³ Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28447.- Suspensión de los efectos del inciso f) del artículo 36° de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Suspéndanse los efectos de lo dispuesto por el inciso f) del artículo 36° de la Ley de Concesiones Eléctricas por un plazo que se extenderá desde la entrada en vigencia de la presente Ley hasta el 31 de diciembre de 2007. Así mismo, suspéndase por el mismo plazo cualquier otra sanción administrativa derivada del incumplimiento de lo dispuesto por el literal b) del artículo 34 de la Ley.

(*) De conformidad con la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 29179, publicada el 03 enero 2008, se prorroga la suspensión dispuesta en la presente Disposición, hasta el 31 de diciembre de 2008.

suministro de energía que los respalden. Los mencionados retiros de potencia y energía serán valorizados por el COES a la Tarifa en Barra.

El Reglamento establecerá los plazos y condiciones para la constitución y operación del fideicomiso al que se refiere el párrafo precedente.

El incumplimiento de pago al fideicomiso establecido en la presente Disposición, por un plazo que será fijado en el Reglamento, constituirá causal de caducidad de la concesión.

ELECTROPERÚ señala que en aplicación de la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447, el COES le asignó los retiros de potencia y energía activa del SEIN efectuados por LUZ DEL SUR durante el periodo comprendido entre enero y diciembre de 2005.

Por su parte, LUZ DEL SUR ha manifestado en el transcurso de esta controversia, tanto en los escritos que presentó y que obran en autos, como en lo expuesto en la Audiencia Única, que no existe discusión de su parte respecto del pago a favor de ELECTROPERÚ por la energía retirada sin respaldo contractual durante el año 2005; es más, textualmente dijo: *LUZ DEL SUR acepta y reconoce la obligación que mantiene con ELECTROPERÚ por el pago de la suma de S/. 2 189 926,33 (dos millones ciento ochenta y nueve mil novecientos veintiséis con 33/100 Nuevos Soles), por el concepto de retiro de potencia y energía activa que nuestra empresa realizó del SEIN, sin respaldo contractual, en el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2005. (a fojas 139 del Expediente).*

Por tanto, no corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc revisar lo determinado por el COES, dado que la decisión sobre a qué generador se le asignará los retiros de potencia y energía del SEIN sin respaldo contractual efectuados por LUZ DEL SUR y la correspondiente valorización ya ha sido adoptada válidamente por éste, como entidad técnica competente para tal análisis y con sujeción al marco legal aplicable y más aun considerando que ambas partes están de acuerdo en la obligación de pago y en el monto, como se ha señalado precedentemente.

4.2. Sobre la obligación de suscripción de un acuerdo previo al pago por retiros sin respaldo contractual:

El artículo 109⁴ de la Constitución Política del Perú señala que las leyes son obligatorias desde su entrada en vigencia, por tanto, son fuente de derechos y obligaciones.

Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre señalan que *toda obligación, necesariamente, emana de la voluntad o de la ley⁵. En ausencia de un contrato, el nacimiento de una obligación no puede provenir sino de la ley: si el deudor está obligado no es porque él lo haya querido sino porque lo quiere el legislador. Así, pues, todas las obligaciones no convencionales tienen por fuente a la ley; son obligaciones legales⁶.*

⁴ Artículo 109°.- *La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.*

⁵ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario con la colaboración de Rosas Berastain, Verónica. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Primera Edición, Palestra Editores, Lima 2008, p. 116.

⁶ *Ibid.*, p. 109.

Asimismo, en virtud del Principio de Legalidad⁷, reconocido en el inciso 1.1 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en adelante LPAG, *los agentes públicos deben fundar sus actuaciones -decisorias o consultivas- en la normativa vigente*⁸.

En el presente caso, cabe precisar que la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447 no condiciona el cumplimiento de la obligación de pago por los retiros de potencia y energía activa del SEIN sin respaldo contractual a la suscripción de algún acuerdo previo. Lo que establece esta disposición es que el COES valore estos retiros a tarifa en barra.

A su vez, ELECTROPERÚ y LUZ DEL SUR concuerdan en que no existe en el sector eléctrico peruano norma alguna que les obligue a suscribir algún acuerdo previo al pago por los retiros sin respaldo contractual. Asimismo, ambas empresas, reclamada y reclamante, han sostenido durante el transcurso de lo actuado en el presente procedimiento que no han suscrito acuerdo alguno referido al pago de la prestación materia de la presente litis -lo que sí han mencionado y sustentado en autos, son proyectos de acuerdos para fijar términos y condiciones del pago por los referidos retiros, que no llegaron a suscribir, por tanto, no son exigibles de cumplimiento-.

Sobre este tema, ELECTROPERÚ señaló en la Audiencia Única, realizada el 03 de agosto de 2015, lo siguiente:

El pago no está en discusión, el monto del pago tampoco. Lo que estamos pretendiendo nosotros con nuestra reclamación, ustedes lo han visto en la pretensión principal, es el pago. No estamos subordinando absolutamente a nada. Si en algún momento anterior al 28 de abril de este año⁹ planteábamos un acuerdo para que nos efectúen el pago con determinada cláusula de gustos o no para ambas partes, quedó hasta ese momento. Nosotros estamos aquí porque tenemos una factura vencida, que fue emitida en febrero de este año que no ha sido pagada, que fue rechazada por LUZ DEL SUR argumentando que no iban a pagarla y que anulamos la factura porque no estábamos firmando un acuerdo que definitivamente no era el nuestro y querían que sea el suyo.

*Entonces no pretendemos acá que el Cuerpo Colegiado declare respecto de que si el acuerdo de ellos o el nuestro fue el mejor o si corresponde una devolución con intereses o sin intereses, **sí pretendemos únicamente el pago de una factura vencida.** (Resaltado nuestro)*

Por su parte, LUZ DEL SUR manifestó en la misma audiencia lo siguiente:

ELECTROPERÚ está de acuerdo en que tiene una obligación que reclamar y nosotros estamos de acuerdo en que tenemos que pagarles. No entendemos que se está discutiendo en este procedimiento. Siempre hemos tenido la intención de hacer el pago. Estamos de acuerdo en que debemos pagar la obligación.

⁷ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo:

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

⁸ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima Edición, Gaceta Jurídica, abril 2014, p. 63.

⁹ ELECTROPERÚ presentó su escrito de reclamación contra LUZ DEL SUR el 28 de abril de 2015.

LUZ DEL SUR reafirmó su voluntad de efectuar el pago requerido por ELECTROPERÚ, siempre y cuando el pago no se haga con carácter provisional (punto 3. del escrito de alegatos de LUZ DEL SUR, obra a fojas 138).

Al respecto, el pago debe entenderse como *la ejecución de una prestación debida, ya sea ésta de dar, de hacer o de no hacer*¹⁰.

Cabe señalar que el artículo 1220° del Código Civil Peruano señala lo siguiente:

Artículo 1220°.- Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

En ese sentido, ... *se considerará ejecutada una prestación, solamente cuando ésta se cumpla y este cumplimiento implique la realización completa, íntegra, del dar hacer o no hacer prometidos*¹¹. *El pago se entiende efectuado solamente cuando se ha cumplido íntegramente la prestación (principio de la integridad del pago)*¹².

De otro lado, el Principio de Congruencia Procesal, recogido por el artículo VIII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, aplicable supletoriamente a la presente controversia de conformidad con lo dispuesto por el principio del debido procedimiento recogido en el inciso 1.2 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹³, establece que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Sobre el Principio de Congruencia Procesal, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

*Partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas*¹⁴.

*El juez al dictar su sentencia no puede ir más allá de lo pedido por las partes. Tiene que existir congruencia entre lo pretendido y lo que declara el juez en su fallo. Si esta se pronuncia más allá de lo pedido estamos ante sentencias ultra petita, si se pronuncia agregando una pretensión no reclamada estamos ante las pretensiones extra petita y si omite pronunciarse sobre alguna pretensión solicitada estamos ante la sentencia citra petita*¹⁵.

¹⁰ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario con la colaboración de Rosas Berastain, Verónica. Compendio de Derecho de las Obligaciones. *Ob cit.*, p. 445.

¹¹ *Ibid.*, p. 447.

¹² Ferrero Costa, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones, Tercera Edición, GRIJLEY, 2004, p. 163.

¹³ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo:

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

(...)

1.2. *Principio del debido procedimiento.- La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.*

¹⁴ Literal e. del Fundamento N° 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0896-2009-PHC/TC.

¹⁵ Ledesma Narváez, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Cuarta Edición, Gaceta Jurídica, agosto 2012, p. 46.

Por tanto, en el presente caso la materia controvertida se circunscribe -tal como fue determinada en la Audiencia Única- al pago a ELECTROPERÚ por parte de LUZ DEL SUR de las valorizaciones por los retiros sin respaldo contractual por el periodo comprendido entre enero y diciembre de 2005, sin condicionar el pago, en estricto cumplimiento de lo dispuesto por la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447¹⁶ y de manera alguna corresponde a este colegiado pronunciarse sobre aspectos distintos al mencionado, como lo sería el establecer condiciones o términos de pago plasmados en proyectos de acuerdos que las partes no llegaron a suscribir.

Sobre la base de lo actuado en la presente controversia y considerando que ELECTROPERÚ reclama el pago por los retiros de potencia y energía del SEIN efectuados por LUZ DEL SUR sin respaldo contractual por el periodo comprendido entre enero y diciembre de 2005 conforme con las valorizaciones efectuadas por el COES a precio en barra; que LUZ DEL SUR reconoce su obligación de pago por los retiros mencionados; que no existe acuerdo privado entre las partes que establezca que el pago debe ser considerado como provisional y que la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447 ni ninguna otra norma hace referencia al carácter de provisional o definitivo del pago, este colegiado concluye que LUZ DEL SUR está obligada a pagar a ELECTROPERÚ por los retiros de potencia y energía que efectuara entre los meses de enero y diciembre de 2005, en los términos que establece la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447, sin establecer condición alguna.

4.3. Sobre los Intereses:

Conforme se dispone en el artículo 161¹⁷ del Reglamento de la LCE, las empresas dedicadas a las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, están autorizadas a cobrar por sus acreencias, la tasa de interés compensatorio y el recargo por mora establecidos en el artículo 176° del mismo cuerpo normativo.

Asimismo, el artículo 176¹⁸ del Reglamento de la LCE establece que el inicio del cómputo de los intereses compensatorios será aplicable desde la fecha de vencimiento del comprobante de pago hasta su cancelación y que a partir del décimo día se aplicará, en adición a dicho interés, un recargo por mora equivalente al 15% de la tasa del referido interés compensatorio hasta que la obligación sea cancelada.

De este modo, a partir de lo señalado en los párrafos precedentes, se deben computar los intereses desde el 11 de marzo de 2015, fecha de vencimiento de la Factura FO02 N° 20000412 (obra a fojas 04 del Expediente), que le fuera remitida por ELECTROPERÚ

¹⁶ El fideicomiso al que se hace referencia en la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28447 no se ha constituido, por lo que las distribuidoras pagan directamente a las generadoras.

¹⁷ Artículo 161°.-

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

Igualmente, están obligadas a reconocer a sus usuarios estas mismas tasas en los casos en que no hubiesen hecho efectiva las compensaciones establecidas en la Ley y el Reglamento, en los plazos fijados en dichas normas.

¹⁸ Artículo 176°.-

Los concesionarios podrán aplicar a sus acreencias relacionadas con la prestación del Servicio Público de Electricidad un interés compensatorio y un recargo por mora.

El interés compensatorio será aplicable desde la fecha de vencimiento del comprobante de pago hasta su cancelación. A partir del décimo día se aplicará en adición a dicho interés, un recargo por mora equivalente al 15% de la tasa del referido interés compensatorio hasta que la obligación sea cancelada.

La tasa máxima de interés compensatorio aplicable será el promedio aritmético entre la tasa activa promedio en moneda nacional (TAMN) y la tasa pasiva promedio en moneda nacional (TIPMN), que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros. El concesionario informará al cliente que lo solicite el tipo de interés y los plazos aplicados.

a LUZ DEL SUR mediante la Carta N° C-0273-2015, recibida el 24 de febrero de 2015, mediante la cual intimó al pago, en los términos que señala la norma acotada.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc encuentra procedente lo solicitado por ELECTROPERÚ respecto del pago de intereses que debe abonar LUZ DEL SUR a partir de la oportunidad señalada en el párrafo anterior conforme lo dispone el artículo 176° del Reglamento de la LCE.

4.4. Sobre costas y costos:

ELECTROPERÚ solicita al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se sirva disponer el pago de costas y costos generados por la tramitación del presente procedimiento.

Al respecto, el numeral 47.2 del artículo 47° de la LPAG, establece que *no existe condena de costas en ningún procedimiento administrativo* por lo que debe declararse infundado el pedido de pago de éstas.

Sobre los costos -honorarios del abogado de la parte vencedora-, es de destacar que el hecho que la LPAG no contemple la condena de costos, no significa que la permita.

El régimen administrativo tiene como objetivo hacer lo menos gravoso posible la participación del administrado, por ello la LPAG contiene disposiciones que establecen qué conceptos debe pagar -Capítulo I del Título II- y qué requisitos deben cumplir para poder cobrarlos.

Congruentemente con este criterio, el artículo 47° de la LPAG reconoce sólo como conceptos a ser reembolsados los gastos administrativos. La omisión de mencionar los costos es una consideración expresa de no reconocerlos en el derecho administrativo; por lo cual corresponden declarar infundado este extremo.

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

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Declarar FUNDADA la pretensión principal de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. respecto que LUZ DEL SUR S.A.A. se encuentra obligada a pagar a EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. por concepto de retiro de potencia y energía activa del SEIN sin respaldo contractual, conforme con las valorizaciones efectuadas por el COES, por el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2005; por las razones expuestas en los numerales 4.1. y 4.2. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- Declarar FUNDADA la primera pretensión accesoria a la pretensión principal de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. y ordenar a LUZ DEL SUR S.A.A. pagar la Factura N° FO02 N° 20000412 por el monto de S/. 2 189 926,33 (dos millones ciento ochenta y nueve mil novecientos veintiséis con 33/100 Nuevos Soles), incluido IGV, por concepto de retiro de potencia y energía activa del SEIN sin respaldo contractual, conforme

con las valorizaciones efectuadas por el COES, por el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2005; por las razones expuestas en los numerales 4.1. y 4.2. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 3°.- Declarar FUNDADA la segunda pretensión accesoria a la pretensión principal de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. respecto del pago de intereses y declarar que LUZ DEL SUR S.A.A. debe pagar por este concepto conforme con lo dispuesto en el numeral 4.3. de la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 4°.- Declarar INFUNDADA la tercera pretensión accesoria a la pretensión principal de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. respecto del pago de costas y costos; por las razones expuestas en el numeral 4.4. de la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 5°.- Declarar concluida la primera instancia administrativa según lo establecido en el artículo 45° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución N° 223-2013-OS/CD.

ARTÍCULO 6°.- 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 N° 223-2013-OS/CD, que 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

Juan Carlos Liu Yonsen
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Víctor Alberto Del Carpio Bacigalupo
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc