

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS del
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA
OSINERG N° 001-2004-TSC/ 17-2004-TSC-OSINERG**

Lima, 07 de octubre de 2004.

VISTA:

La Resolución N° 002-2004-OS/CC-20-MC, de fecha 01 de octubre de 2004, mediante la cual se concede la Apelación presentada por ELECTROPERU S.A., en adelante ELECTROPERU, de fecha 29 de setiembre de 2004, contra la Resolución N° 001-2004-OS/CC-20-MC, mediante la cual el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, nombrado mediante Resolución No. 255-2004-OS/CD, declaró fundada la Medida Cautelar solicitada por la empresa Luz del Sur S.A.A., en adelante Luz del Sur y el escrito de Luz del Sur de fecha 04 de octubre de 2005, mediante el cual solicita tener presente;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 22 de setiembre de 2004, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc emitió la Resolución N° 001-2004-OS/CC-20-MC mediante la cual concedió la medida cautelar solicitada por la empresa luz del Sur, en el procedimiento de solución de controversia seguido con ELECTROPERU sobre el pago por los retiros de energía en exceso de la energía contratada en el Contrato de Suministro de Electricidad suscrito el 16 de mayo de 1997 entre las partes;

Que, ELECTROPERU con fecha 29 de setiembre de 2004, presentó recurso de Apelación contra la Resolución N° 001-2004-OS/CC-20-MC, en el procedimiento anteriormente referido;

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, mediante Resolución N° 002-2004-OS/CC-20-MC, de fecha 01 de octubre de 2004, concedió la Apelación presentada por ELECTROPERU;

Que, se ha procedido a numerar y registrar el expediente, según lo establecido en el artículo 50° del Reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERG No. 0826-2002-OS/CD;

Que, el último párrafo del artículo 226° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que la apelación de las medidas cautelares será resuelto en un plazo de cinco días, desde que fue elevado al superior jerárquico;

Que, ELECTROPERU argumenta como parte de su escrito de Apelación temas relativos a la fijación de precios en el sistema eléctrico, la fuerza vinculante de los contratos y la doctrina de los actos propios, todos ellos aspectos vinculados al fondo de la materia que se encuentra en controversia ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y sobre los cuales no corresponde en este procedimiento de apelación pronunciarse al Tribunal, por que podría implicar un adelanto de opinión de una materia que puede llegar en apelación a conocimiento del Tribunal;

Que, asimismo ELECTROPERU argumenta que la resolución impugnada no se basa en prueba alguna que sustente lo expuesto por Luz del Sur, tomando como sustento únicamente lo expresado por dicha empresa, transgrediendo el derecho al debido proceso, el cual en una de sus manifestaciones exige que las resoluciones se fundamenten en lo probado por las partes y se tenga en cuenta “la prueba anexa”;

Que, en lo referente al peligro en la demora, ELECTROPERU sostiene que la resolución impugnada no desarrolla o explica qué peligro existiría para el sistema de distribución y no lo hace por que no existe ningún peligro para el sistema de distribución, de igual manera señala ELECTROPERU, la resolución no ha reparado en los perjuicios que le ocasiona a ELECTROPERU la decisión adoptada;

Que, finalmente ELECTROPERU señala que la resolución no precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela;

Que, para declarar fundada una solicitud de medida cautelar es necesario analizar la verosimilitud del derecho invocado y la existencia del peligro en la demora, como ha efectuado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en la resolución materia de impugnación;

Que, en lo que respecta a que la resolución impugnada no se basa en prueba alguna que sustente lo expuesto por Luz del Sur, el Tribunal considera que al tomar su decisión el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se basa en los argumentos presentados por la parte que solicita la Medida Cautelar y ellos son evaluados con lo que establecen las normas, tomando una decisión del análisis en conjunto de los dos aspectos mencionados, habiendo considerado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que lo argumentado estaba debidamente probado y fundamentado y tenía un respaldo aparente en las normas legales, sin pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, al realizar sus apreciaciones en términos condicionantes. Asimismo el artículo 165°. de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, establece que “no será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios”¹, parte de los argumentos de Luz del Sur, respecto a la actual situación del sistema eléctrico es un hecho público, por lo que la resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no ha transgredido el debido procedimiento y existe por lo expuesto por la resolución impugnada una verosimilitud de los hechos y del derecho invocado;

Que, respecto al peligro en la demora, el Tribunal considera que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no ha efectuado un análisis adecuado sobre este punto, ni Luz del Sur ha demostrado que el peligro en la demora pueda ocasionar un daño irreparable, en el supuesto caso que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc emitiera una resolución declarando fundada la reclamación de la reclamante Luz del Sur podrá solicitar a ELECTROPERU, el monto pagado en exceso; asimismo tampoco se ha tomado en consideración el daño económico que pudiera ocasionarle esta medida a ELECTROPERU, en igual medida como alega la empresa Luz del Sur;

Que, tampoco existe un peligro o un daño irreparable en la demora, debido a que ELECTROPERU es una empresa del Estado, con activos conocidos que difícilmente podría realizar actos que obstaculicen o impidan el cumplimiento de una futura

¹ Los hechos públicos o notorios; “...son los hechos que pertenecen al común de la gente o grupo social referido gozan de forma pública sin necesidad de probanza adicional sobre la notoriedad. Ésta debe responder al conocimiento que la Administración posee y no a la que terceros o administrados aleguen, por lo que se aplica leyes de oficio por la autoridad”. MORON URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Nueva Ley del procedimiento Administrativo General”. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, pág. 354.

decisión definitiva que pudiera ser favorable a Luz del Sur. En ese sentido, de ser el caso, estaría en condiciones de devolver a Luz del Sur lo indebidamente pagado;

Por lo tanto, al no haberse demostrado fehacientemente la existencia de un peligro en la demora que ocasione un daño irreparable para la reclamante, no se ha configurado uno de los requisitos esenciales para declarar fundada la solicitud de medida cautelar y en consecuencia debe declararse fundada la apelación de ELECTROPERU y revocar la resolución impugnada.

Que, el otorgamiento de una medida cautelar tiene un carácter excepcional y por lo tanto el Tribunal debe exigir el cumplimiento estricto de los requisitos procesales para el otorgamiento de este tipo de medidas. Así quedó anteriormente establecido por el Tribunal en la resolución No. 001-2004-TSC/11-2004-TSC-OSINERG, que resolvió la apelación contra la medida cautelar otorgada a la Compañía Minera Condestable S.A.

Que, Luz del Sur en su escrito de fecha 04 de octubre, solicita tener presente una serie de argumentos, sobre los cuales el Tribunal considera que no es oportuno pronunciarse por que podrían implicar un adelanto de opinión, como se ha señalado anteriormente, en cuanto al pedido de uso de la palabra, esta instancia manifiesta que dado la brevedad de los plazos para resolver la apelación y la obligación que tendría de conceder el mismo derecho a la apelante, no es procedente conceder el uso de la palabra;

De conformidad con lo establecido por la Ley No. 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Reglamento General de OSINERG, aprobado por Decreto Supremo No. 054-2001-PCM y el reglamento de OSINERG para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERG No. 0826-2002-OS/CD, y la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Denegar el pedido de Luz del Sur S.A.A., para concederle el uso de la palabra, por lo expuesto en la presente resolución.

Artículo 2º.- Declarar fundada la Apelación presentada por ELECTROPERU S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución y por lo tanto dejar sin efecto la Medida Cautelar concedida mediante Resolución N° 001-2004-OS/CC-20-MC.

Pedro G. Villa Durand
Miembro

Fredy Otárola Gonzales
Miembro

Juan José Martínez Ortiz
Miembro

Alvaro P. González Peláez
Miembro