

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN Nº 006-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN**

**Expediente** : 66-2012-TSC-OSINERGMIN.

**Partes** : EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.- ELECTROPERÚ S.A.  
COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.

**Materia** : Retiro de potencia y energía activa sin respaldo contractual.

**Apelante** : COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.

**Resoluciones Impugnadas** : Resoluciones Nos. 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66.

Lima, 12 de setiembre de 2012.

**SUMILLA:**

Confirmar la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en el sentido que se declara fundada la solicitud de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. respecto del pago reclamado a COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a la generadora en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo 2006 a febrero 2009.

**VISTO:**

El recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., en adelante CASAPALCA, contra las Resoluciones Nos. 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66, en la controversia seguida contra EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.- ELECTROPERÚ S.A., en adelante ELECTROPERÚ.

**CONSIDERANDO:**

**1. Antecedentes**

- 1.1. El día 09 de diciembre de 2011, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201100163723, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra CASAPALCA ante el OSINERGMIN.
- 1.2. El 12 de enero de 2012, mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN Nº 012-2012-OS/CD, se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, quienes resolvieron la presente controversia en primera instancia.

- 1.3. El 09 de febrero de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200020243, CASAPALCA dedujo excepciones de incompetencia y de prescripción extintiva y contestó la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.
- 1.4. El 06 de marzo de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200033376, CASAPALCA solicitó pronunciamiento previo de la excepción de incompetencia.
- 1.5. Los días 29 de febrero de 2012 y 06 de marzo de 2012 se llevaron a cabo las sesiones de la Audiencia Única en la cual se fijaron los puntos controvertidos, se admitieron y actuaron los medios probatorios presentados por las partes.
- 1.6. El 16 de marzo de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200039335, CASAPALCA solicitó la suspensión del procedimiento administrativo por existir supuesta prejudicialidad con el proceso de amparo que inició contra OSINERGMIN.
- 1.7. El 13 de abril de 2012, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 005-2012-OS/CC-66, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc dio atención a los escritos mencionados en los numerales 1.3 respecto de la excepción de incompetencia, 1.4 y 1.6, denegando el pedido de suspensión del procedimiento planteado por CASAPALCA y resolvió la excepción de incompetencia, declarándola infundada.
- 1.8. Luego de verificadas todas las etapas procesales para el procedimiento de solución de controversias en primera instancia administrativa, el 19 de abril de 2012, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 006-2012-OS/CC-66, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc resolvió:
  - a) Declarar infundada la excepción de prescripción extintiva deducida por CASAPALCA.
  - b) Declarar fundada la solicitud de ELECTROPERÚ respecto del pago reclamado a CASAPALCA por S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842,84 incluyendo IGV), por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a ELECTROPERÚ en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009.
  - c) Declarar fundada la solicitud de ELECTROPERÚ respecto del pago de intereses y declarar que CASAPALCA debe pagar por este concepto a ELECTROPERÚ.
  - d) Declarar infundada la solicitud del pago de costas y costos de ELECTROPERÚ.
- 1.9. El 17 de mayo de 2012, dentro del plazo de ley, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200071922, CASAPALCA interpuso recurso de apelación contra las Resoluciones Nos. 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66.
- 1.10. El 18 de mayo de 2012, mediante la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 007-2012-OS/CC-66, se concedió el recurso de apelación interpuesto por CASAPALCA.

- 1.11. El 22 de mayo de 2012, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 001-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, se corrió traslado a ELECTROPERÚ del recurso de apelación interpuesto y se le otorgó un plazo de 15 días hábiles para que lo absuelva.
- 1.12. El 18 de junio de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200128669, ELECTROPERÚ absolvió el recurso de apelación interpuesto por CASAPALCA.
- 1.13. El 19 de junio de 2012, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 002-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, se citó a las partes para la Audiencia de Vista de la Causa para el día 04 de julio de 2012.
- 1.14. El 04 de julio de 2012 se llevó a cabo la Vista de la Causa con la asistencia de los representantes de ambas partes.
- 1.15. El 11 de julio 2012, mediante escritos con registros de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expedientes Nos. 201200140638 y 201200140904 CASAPALCA y ELECTROPERÚ, respectivamente, presentaron sus alegatos.
- 1.16. El 07 de agosto de 2012, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 004-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, se amplió por única vez el plazo de expedición de la resolución final por el plazo de veinte (20) días hábiles.
- 1.17. El 08 de agosto de 2012, CASAPALCA solicita la suspensión del presente procedimiento por existir prejudicialidad por inicio de proceso de amparo seguido contra OSINERGMIN.
- 1.18. Habiéndose cumplido con todas las etapas previstas en el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, en adelante ROSC, y en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, en adelante LPAG, el presente procedimiento se encuentra expedito para ser resuelto en segunda y última instancia administrativa.

## **2. Argumentos de las partes:**

### **2.1. DE LA RECLAMANTE CASAPALCA**

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de interposición del recurso de apelación contra lo dispuesto en las Resoluciones de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nos. Nº 005-2012-OS/CC-66 y Nº 006-2012-OS/CC-66, en la Audiencia de Vista de la Causa y lo expresado en sus alegatos finales, CASAPALCA sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

#### **2.1.1. Sobre la Excepción de Incompetencia:**

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 427º del Código Procesal Civil<sup>1</sup> -de aplicación

---

<sup>1</sup> Texto Único Ordenado, aprobado por Resolución Ministerial Nº 010-93-JUS, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 22 de abril de 1993.

supletoria al presente procedimiento administrativo-, el juez debe declarar la improcedencia de la demanda cuando éste carezca de competencia.

- CASAPALCA manifiesta que si bien de acuerdo con el ROSC, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para conocer controversias entre generadores y clientes libres, relacionadas con materias técnicas, regulatorias y normativas; en este caso no lo es, porque no se verifica controversia alguna entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA relativa a materia técnica ni regulatoria ni normativa.
- CASAPALCA argumenta que si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43º de Ley de Concesiones Eléctricas<sup>2</sup>, en adelante LCE, los precios de retiros de potencia y energía están sometidos a regulación (es decir, no pueden ser materia de pacto libre entre las partes), ello no fundamenta ni determina de modo alguno que la controversia originada entre las partes, sea regulatoria; caso contrario, la discusión tendría que sustentarse en distintas o discrepantes interpretaciones de estas empresas sobre regulación.
- CASAPALCA reconoce que efectuó retiros de potencia y energía del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, en adelante SEIN, durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009 y que el Comité de Operación Económica del Sistema, en adelante COES, asignó esos retiros a ELECTROPERÚ a un precio determinado. Precisa que éstos no estaban amparados en relación contractual alguna con ELECTROPERÚ.
- A decir de CASAPALCA, la única materia que podría estar en discusión entre las referidas empresas es una de naturaleza civil y circunscrita a la existencia de un requerimiento de dar suma de dinero por parte de ELECTROPERÚ y a una negativa de CASAPALCA para atender el pedido. Agrega que en virtud de ello, el requerimiento de ELECTROPERÚ se enmarca dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual y no versa sobre aspectos técnicos, regulatorios o normativos que deban ser resueltos por OSINERGMIN.
- Agrega que por los fundamentos expuestos, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, en mérito de la excepción de incompetencia deducida por CASAPALCA, debió declarar improcedente la reclamación presentada por ELECTROPERÚ y por el contrario, declaró infundada la excepción.
- Para CASAPALCA el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc contraviene lo dispuesto por el Código Procesal Civil y por tanto, constituye un vicio de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66 que causa su nulidad de pleno derecho, de acuerdo con lo que establece el numeral 1 del artículo 10º de la LPAG.

---

<sup>2</sup> Decreto Ley Nº 25844, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 19 de noviembre de 1992.

### 2.1.1.1. Sobre la validez de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66:

#### a. Defectos de motivación:

- CASAPALCA dice que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para sustentar su competencia, entre otros aspectos, señala que el petitorio de ELECTROPERÚ está vinculado a una controversia relacionada a temas regulatorios y normativos.
- Para sustentar la relación de la presente controversia con aspectos regulatorios, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, básicamente, señala que: (i) la controversia tiene su origen en retiros sin contratos en el mercado de corto plazo que administra el COES en mérito de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico eléctrico vigente, y (ii) dichos retiros están sujetos a regulación de precios en mérito de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico eléctrico vigente.
- CASAPALCA advierte que la referida motivación solo es aparente, dado que, si bien es cierto que: a) el requerimiento de dar suma de dinero que ELECTROPERÚ ha hecho a CASAPALCA en octubre de 2011, tiene su origen en los retiros de potencia y energía sin contrato que realizó en el mercado de corto plazo, en adelante MCP, administrado por el COES durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009; b) de conformidad con lo dispuesto por el inciso d) del artículo 43º de la LCE, y el inciso g) del artículo 14º de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica<sup>3</sup>, en adelante Ley de Desarrollo Eficiente, los retiros de potencia y energía realizados en el mercado de corto plazo administrado por el COES que efectúen los usuarios libres, integrantes de dicha entidad, son determinados y valorizados por el COES, según precios regulados; y, c) la actividad de administración del COES antes referida es regulatoria; ello de forma alguna valida que se pueda afirmar que la controversia originada por el pedido de dar suma de dinero que ELECTROPERÚ ha hecho a CASAPALCA y la negativa de ésta a pagar, tenga carácter o esté relacionado a un aspecto regulatorio, sino más bien tiene naturaleza o relación con materia estrictamente civil.
- CASAPALCA argumenta que es errado señalar que, tal como lo ha hecho el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, la labor del COES de administrar el MCP, a través de la determinación y valorización de retiros, es una actividad regulatoria, por cuanto, en estricto, ésta es solo una actividad operativa para el correcto funcionamiento del SEIN de acuerdo con lo que dispone la Ley de Desarrollo Eficiente. En el supuesto que sí fuera una actividad regulatoria, tampoco sustentaría que la presente controversia que pudiese existir está relacionada con materia regulatoria.
- CASAPALCA señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para sustentar la relación de la controversia con aspectos normativos, argumenta lo

<sup>3</sup> Ley Nº 28832, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 23 de julio de 2006.

siguiente: (i) la controversia atañe a reglas y mecanismos que definen la operación del MCP, que están determinados por una norma sectorial, y cuyo cumplimiento debe ser garantizado por el OSINERGMIN; (ii) los procedimientos aprobados por el OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio por parte de todos los agentes; (iii) si bien no ha existido un procedimiento aprobado por el OSINERGMIN específicamente que regule como el COES debía valorizar y asignar retiros del SEIN, en casos como el de materia de litis, el COES, en este supuesto, utilizó el procedimiento aprobado por el OSINERGMIN para valorizar y asignar retiros entre generadores (Procedimiento Nº 10), y este procedimiento se sustenta en lo dispuesto en los artículos 107º y 108º del Reglamento de la LCE<sup>4</sup>, en adelante RLCE; (iv) CASAPALCA ha arreglado, según acuerdos privados, con otras empresas generadoras a las cuales el COES también asignó sus retiros verificados en el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009, lo cual es una convalidación indirecta de parte de CASAPALCA con lo realizado por el COES; (v) de acuerdo con el artículo 31º del Reglamento General del OSINERGMIN<sup>5</sup>, en adelante el Reglamento del OSINERGMIN, la función supervisora permite al OSINERGMIN supervisar el cumplimiento de obligaciones legales por parte de empresas que realizan actividades sujetas a su competencia; y, (vi) de acuerdo con el inciso c) del artículo 201º del RLCE, constituye un incumplimiento sancionable por OSINERGMIN no realizar los pagos por transferencias y compensaciones dispuestas por el COES.

- CASAPALCA señala que sobre la base de lo expuesto en el párrafo anterior, se advierte un grave problema de motivación. De forma tal que no solo se verifica una situación de motivación aparente, sino también se verifica una situación de falta de motivación interna del razonamiento, es decir, invalidez de inferencias a partir de las premisas que se establecen y existencia de incoherencias narrativas que se presenta como discurso absolutamente confuso e incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.
- CASAPALCA menciona que en la resolución impugnada se menciona que: i) el COES ha efectuado en el caso particular valorizaciones y asignaciones en mérito del Procedimiento Nº 10; ii) el Procedimiento Nº 10 encuentra sustento, para el caso de los integrantes del COES, en el inciso g) del artículo 14º de la Ley de Desarrollo Eficiente y en los artículos 107º y 108º del RLCE, y iii) en virtud del Reglamento del COES<sup>6</sup>, los Procedimientos aprobados por OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los agentes; no argumenta de forma alguna que la controversia entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA esté relacionada con un tema normativo.
- CASAPALCA indica que el hecho que haya suscrito acuerdos privados con otras empresas generadoras implica el pago de sumas de dinero distintas a las contenidas en las valorizaciones y asignaciones hechas por el COES.

<sup>4</sup> Aprobado por Decreto Supremo Nº 009-93 -EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25 de febrero de 1993.

<sup>5</sup> Aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 09 de mayo de 2001.

<sup>6</sup> Aprobado por Decreto Supremo Nº 027-2008-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 03 de mayo de 2008.

- Agrega que el hecho que OSINERGMIN, como parte de su función fiscalizadora, pueda supervisar el cumplimiento de obligaciones legales por parte de empresas que realizan actividades bajo su competencia, tampoco resulta ser un argumento que sustente la competencia del OSINERGMIN para avocarse al pedido de ELECTROPERÚ en un procedimiento administrativo de solución de controversias.
- CASAPALCA precisa que lo dispuesto por el inciso c) del artículo 201º del RLCE que establece que constituye un incumplimiento sancionable por OSINERGMIN el no realizar los pagos por transferencias, no abona en la tesis que el OSINERGMIN es competente para avocarse a la atención del pedido de ELECTROPERÚ en la vía del procedimiento de solución de controversias, sino que podría en todo caso, implicar una sanción administrativa.
- Sobre este punto, CASAPALCA concluye que la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66 presenta evidentes problemas en cuanto a su motivación. Añade que debe tenerse en cuenta que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de la LPAG, la motivación es un requisito de validez del acto administrativo y obliga a que el acto administrativo deba estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento; (ii) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6º de la LPAG, la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado; y, (iii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo; por lo que, debe declararse la nulidad de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66 por defecto de motivación.

**b. Defecto del objeto o contenido:**

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 3º de la LPAG, el contenido del acto administrativo se debe ajustar al ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y que comprenda las cuestiones surgidas de la motivación.
- Agrega que se debe tomar en consideración que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de la LPAG el objeto o contenido es un requisito del acto administrativo; y (ii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo. Por tanto, debe declararse la nulidad del pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc por defecto en relación a su objeto o contenido.

**2.1.2. Sobre la Excepción de Prescripción Extintiva:**

- CASAPALCA solicita al Tribunal que se pronuncie sobre la excepción de prescripción extintiva que dedujo, solo en el supuesto que se

confirme la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que rechaza la excepción de incompetencia.

#### **2.1.2.1. Errores manifiestos de la resolución impugnada:**

- CASAPALCA señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha expresado argumentos que no guardan conexión lógica o resultan impertinentes con relación al asunto concreto que debió resolver, que era delimitar cuál es la naturaleza de la relación jurídica que existe entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA. Es decir, si nos encontramos frente a un contrato (relación jurídica contractual) o ante una relación jurídica extracontractual.
- Sin embargo, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha realizado afirmaciones genéricas, desvinculadas con el problema que estaba llamado a resolver. En ese sentido, en buena parte de la resolución impugnada se hace referencia a la naturaleza del mercado de energía eléctrica. Luego, se mencionan las características del MCP, señalando que el MCP está regulado por la LCE y la Ley de Desarrollo Eficiente.
- CASAPALCA manifiesta que el hecho que la Ley establezca un valor de potencia y energía no genera que estemos frente a una relación jurídica contractual. En muchos ámbitos del comercio y de la sociedad el Estado regula precios, realiza supervisión y fiscalización; sin embargo, no por ello podemos afirmar que en estos ámbitos existan relaciones contractuales en aquellos casos que terceros consuman bienes sin autorización o contrato.
- CASAPALCA argumenta que sin perjuicio de la indebida motivación en la que incurre la resolución apelada, existen otros graves errores de hecho y derecho que determinan que el Tribunal deje sin efecto lo resuelto respecto de la excepción de prescripción extintiva y la declare fundada.
- Agrega que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha señalado que existiría un “servicio” prestado por parte de ELECTROPERÚ a CASAPALCA y que existiría un “suministro de electricidad”, es decir, estaría afirmando que un usuario sin contrato, que realizó retiros sin contrato, tiene a su vez, un “contrato” de suministro con ELECTROPERÚ. Evidentemente, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc incurre en un grave error, al considerar que existiría un servicio prestado por ELECTROPERÚ a favor de la recurrente y que ello implica la existencia de un contrato entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ.
- CASAPALCA sostiene que el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no solo resulta absurdo al considerar que un usuario sin contrato, que realiza retiros, tenga a su vez, un contrato con un generador. Sino que además es importante que el Tribunal tenga en cuenta que no resulta posible sostener válidamente la existencia de un contrato de suministro en esta situación, ya que jamás existió un “acuerdo de voluntades” para vincularse por medio de un contrato.

- Añade que tampoco puede afirmarse válidamente que existe un contrato, cuando esa posibilidad no se encuentra regulada expresamente en una norma y cuando no se presentan las características de un contrato.
- Otro error en el que incurre el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es considerar que CASAPALCA habría estado vinculado a las decisiones del COES respecto del recalcu de valorizaciones, por cuanto en realidad CASAPALCA nunca fue notificada con las valorizaciones, en la medida que es miembro integrante del COES a partir de mayo de 2011. Pese a ello, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc basándose en suposiciones, concluye que se habrían vulnerado e inclusive consentido las decisiones del COES.
- CASAPALCA señala que nunca ha estado obligada a integrar el COES. Agrega que antes de la entrada en vigencia del Reglamento del COES, la única norma que regulaba quienes debían ser integrantes del COES era el RLCE, el cual solo obligaba a ello a los generadores con una potencia efectiva mayor al 1% de la generación del SEIN y a los titulares del Sistema Principal de Transmisión. Para corroborar ello, basta revisar el artículo 81º de la RLCE.
- A decir de CASAPALCA, con la entrada en vigencia del Reglamento del COES, se obligó a ser integrante del COES, entre otros, a los clientes libres cuya máxima demanda contratada en el SEIN fuese igual o mayor a 10MW. Así, en la medida que la demanda contratada de CASAPALCA en el SEIN no fue igual o mayor a 10MW con posterioridad a la entrada en vigencia del Reglamento del COES y durante todo el tiempo en que se realizaron los retiros, CASAPALCA no tuvo la obligación de ser integrante del COES a propósito de lo regulado por dicha norma. Para corroborar ello basta atender al artículo 3º de la referida norma.
- Agrega que no impugnó las valorizaciones ni asignaciones efectuadas a favor de ELECTROPERÚ en febrero de 2009, porque nunca fue notificada por el COES por no ser a esa fecha integrante registrado de la referida entidad, sino recién hasta el 23 de mayo de 2011.
- Finalmente, de acuerdo con los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es aplicable al presente caso el plazo establecido en el numeral 1 del artículo 2001º del Código Civil. Es decir, para el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc la reclamación de ELECTROPERÚ es una acción personal que prescribe a los 10 años.
- No obstante, si ello fuera así, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estaría cayendo en una clara contradicción de acuerdo con sus argumentos al resolver la excepción de incompetencia, pues entonces, no existiría controversia técnica, regulatoria o normativa, sino que estaríamos frente a una acción personal, es decir, el simple incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, como por ejemplo, el pago de una deuda.

### 2.1.2.2. **Contravención a lo dispuesto por el Código Civil:**

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1989º del Código Civil la prescripción extingue la acción y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2001º del mismo texto normativo, la acción por responsabilidad civil extracontractual prescribe a los 2 años. Y de otro lado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1993º del Código Civil, la prescripción comienza a correr el día en que puede ejercitarse la acción.
- Teniendo en cuenta lo anterior, en el hipotético caso que OSINERGMIN tuviera competencia, tampoco podría resolver la presente controversia máxime si: (i) las últimas valorizaciones y asignaciones hechas por el COES en las que ELECTROPERÚ sustentaría su requerimiento de dar suma de dinero a CASAPALCA, según la información proporcionada por ELECTROPERÚ fueron emitidas por el COES en febrero de 2009; (ii) actualmente, se ha verificado el transcurso de más de 2 años desde que ELECTROPERÚ conoció las valorizaciones y asignaciones hechas por el COES respecto de los retiros de potencia y energía sin contrato del SEIN efectuados por CASAPALCA durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009.
- Añade que atendiendo a que el requerimiento de ELECTROPERÚ para que le dé una determinada suma de dinero por concepto de los retiros que efectuó sin contrato del SEIN, valorizados y asignados por el COES, recién se verificó en octubre de 2011, es claro que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc al desestimar la excepción de prescripción extintiva formulada por CASAPALCA ha ido en contra de lo dispuesto por el Código Civil.
- CASAPALCA sostiene que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10º de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; por lo que, debe declararse la nulidad de la Resolución Nº 006- 2012-OS/CC-66.
- CASAPALCA reitera que el pedido de dar suma de dinero solicitada por ELECTROPERÚ tiene calidad indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual, toda vez que, de un lado, según ELECTROPERÚ, el pedido de dar suma de dinero encontraría su sustento en los retiros efectuados del SEIN sin respaldo contractual, y de otro lado, el hecho que el COES haya tenido que ordenar a ELECTROPERÚ despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de demanda sin respaldo contractual durante mayo de 2006 y febrero de 2009, y luego haya asignado a dicha carga un precio determinado en cabeza de ELECTROPERÚ, puede haber causado en el generador la pérdida de la posibilidad de asignar por sí sola esa carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste.
- CASAPALCA señala que distinta es una situación en la cual un cliente libre, como CASAPALCA, hace retiros del SEIN, según un contrato de compraventa de electricidad suscrito con una generadora en particular,

como ELECTROPERÚ, en donde el pago que la referida empresa generadora podría exigir al cliente libre, se sustentaría en una obligación contractual de forma tal que lo que tendría el generador frente al cliente libre sería una acción personal. Sin embargo, inclusive, en ese caso, de verificarse la renuencia del cliente libre para atender el requerimiento de pago del generador, el único competente para ordenar el pago sería el juez o arbitro, pero de ninguna forma lo sería OSINERGMIN.

- CASAPALCA precisa que el hecho que el COES haya valorizado y asignado dichos retiros a ELECTROPERÚ, no modifica en lo absoluto la naturaleza extracontractual del pedido de ELECTROPERÚ. Agrega que para que exista un contrato de compraventa de electricidad y por tanto responsabilidad contractual por incumplimiento de éste, debe existir un vendedor y un comprador identificados, objeto cierto materia de la transacción, un precio determinado para ello, y voluntad manifestada de las partes para realizar el negocio. En el presente caso, no se han dado los presupuestos antes señalados, el hecho que el COES haya efectuado valorizaciones y asignaciones con respecto de los retiros realizados por CASAPALCA del SEIN en “cabeza” de ELECTROPERÚ, no determina el establecimiento de un contrato entre las partes, máxime si ni siquiera existe norma alguna de la cual pueda desprenderse que al efectuar una empresa no integrante del COES retiros sin contrato del SEIN, acepta que el COES establezca un contrato de compraventa de electricidad entre dicha empresa no integrante del COES y un generador.
- Añade CASAPALCA que para hablar de responsabilidad civil extracontractual debe verificarse un daño producido por una persona a otra en un contexto en el cual no exista relación contractual alguna entre ellas; y, en el presente caso, la solicitud de pago de ELECTROPERÚ no está sustentada en contrato de compraventa de electricidad, tampoco el daño que podría haber sufrido, representado por el hecho que el COES haya tenido que ordenar a esa empresa despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de la demanda sin respaldo contractual durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009 y haya asignado a esa carga un precio determinado en cabeza de ELECTROPERÚ, y por tanto, haya hecho perder a ELECTROPERÚ la posibilidad de asignar por sí sola la referida carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste.

### **2.1.2.3. Defectos en relación a los requisitos de validez de la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66:**

#### **a. Defectos de motivación:**

- CASAPALCA sostiene que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, para sustentar la desestimación de la prescripción extintiva deducida, básicamente señala: (i) la función administrativa que realiza el COES en el MCP en cumplimiento del ordenamiento jurídico eléctrico vigente; (ii) las transacciones en el MCP están sujetas a regulación de precios, según lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43º de la LCE; (iii) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la LCE, tanto el

Ministerio de Energía y Minas, como el OSINERGMIN son competentes para velar por el cumplimiento de dicha norma; (iv) lo reclamado es una acreencia por la prestación de un servicio por parte de un generador, administrado por el COES, y cuyo monto ha sido determinado por esa entidad en cumplimiento de las competencias que tiene en mérito de la LCE y la Ley de Desarrollo Eficiente, y (v) el pago por las transferencias de energía en el MCP es una figura regulada por el sector eléctrico para contrarrestar los desbalances que se producen en el mercado eléctrico por los ingresos y retiros de energía y potencia, a fin de garantizar su estabilidad y eficiencia.

- CASAPALCA señala que si bien la función administrativa que cumple el COES en el SEIN consiste en ordenar el despacho de electricidad por parte de los generadores para que exista “calce” perfecto entre la oferta y la demanda, y en realizar las valorizaciones y asignaciones a que hubiere lugar entre los integrantes del COES.
- Añade que el hecho que el COES haya, primero, ordenado mayor despacho a ELECTROPERÚ del contratado entre el período comprendido entre febrero de 2006 y mayo de 2009, y luego haya valorizado y asignado la mayor carga de demanda correspondiente a los retiros de CASAPALCA en ese período en “cabeza” de ELECTROPERÚ; solo ha importado el establecimiento del monto que, a criterio del COES, correspondería que ELECTROPERÚ cobre a CASAPALCA por los retiros que ésta realizó del SEIN durante el referido período. Agrega que esto no descarta que el pedido de dar suma de dinero de ELECTROPERÚ constituye un pedido extracontractual, habida cuenta que: (i) no existió contrato suscrito entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA; y (ii) el daño que se podría haber producido a ELECTROPERÚ con los retiros hechos por CASAPALCA en el período antes aludido, debido al mayor despacho que tuvo que ordenar el COES al generador para atender las cargas de demanda sin contrato como la de CASAPALCA y la pérdida de posibilidad de que ELECTROPERÚ pudiese contratar esa mayor carga con otros agentes a precios libres.
- A decir de CASAPALCA, la afirmación del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de que el pago por las transferencias de energía en el MCP es una figura regulada por el sector eléctrico para contrarrestar los desbalances que se producen por los ingresos y retiros de energía y potencia que se verifican en MCP, a fin de garantizar su estabilidad y eficiencia; es incorrecta y además, no sustenta que el reclamo de ELECTROPERÚ no sea de naturaleza extracontractual.
- CASAPALCA dice que para evitar desbalances de energía y propiciar la estabilidad y eficiencia del SEIN se le ha dado al COES la función operativa de administrar el despacho de energía del SEIN y luego valorizar y asignar retiros. Sin embargo, el pago por retiros con o sin contrato, es un aspecto comercial entre los agentes que inyectan y retiran electricidad del SEIN, según corresponda, que nada tiene que ver con el funcionamiento ni la estabilidad y eficiencia de dicho sistema.
- CASAPALCA argumenta que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de la LPAG la motivación es un requisito de validez del acto

administrativo, la que obliga a que el acto administrativo deba estar motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Añade que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6º de la LPAG, la motivación deberá ser expresa mediante una relación concreta y directa de los hechos probados del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado, y de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo. Por lo tanto, debe declararse la nulidad de Resolución Nº 006- 2012-OS/CC-66 por defecto en relación a su motivación.

**b. Defecto del objeto o contenido:**

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 3º de la LPAG, el contenido del acto administrativo se debe ajustar al ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y que comprenda las cuestiones surgidas de la motivación.
- CASAPALCA agrega que teniendo en consideración que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de la LPAG, el objeto o contenido es un requisito del acto administrativo; y (ii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo; debe declararse la nulidad de la Resolución impugnada por defecto en relación a su objeto o contenido, al ser contraria a lo dispuesto por el Código Civil.

**2.1.3. Sobre la incorrección de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para pronunciarse sobre el petitorio de ELECTROPERÚ:**

- CASAPALCA señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sustenta su pronunciamiento sobre la base de los siguientes argumentos: i) las funciones del COES; ii) los precios por los retiros de energía están sujetos a regulación; (iii) el COES hizo uso del Procedimiento Nº 10 para valorizar y asignar los retiros de CASAPALCA en “cabeza” de ELECTROPERÚ; (iv) CASAPALCA nunca cuestionó las valorizaciones y asignaciones efectuadas por el COES; (v) CASAPALCA pagó a otras generadoras bajo el mismo criterio del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc; y (vi) los artículos 41º de la LCE y 108º del RLCE (no vigentes), disponen que el COES debe garantizar a sus integrantes la compraventa de energía, y cada integrante del COES debe pagar los montos productos de las valorizaciones.
- CASAPALCA precisa que: i) ni el inciso b) del artículo 43º de la LCE ni el inciso g) del artículo 14º de la Ley de Desarrollo Eficiente ni los artículos 107º y 108º del RLCE (vigentes), establecen la facultad del COES de realizar valorizaciones y asignaciones a agentes no integrantes del COES (como lo fue CASAPALCA hasta el 23 de mayo de 2011), como sí lo hacen para los agentes integrantes; (ii) el hecho que el COES haya aplicado el Procedimiento Nº 10 para hacer las

valorizaciones y asignaciones respecto de los retiros del SEIN realizados por CASAPALCA, no ha sido correcto, precisamente porque dicho procedimiento regula otro supuesto; (iii) el COES nunca notificó a CASAPALCA con las valorizaciones ni asignaciones efectuadas a favor de ELECTROPERÚ en febrero de 2009, toda vez que en aquella oportunidad, CASAPALCA no era integrante registrada del COES; (iv) CASAPALCA ha pagado a diversas generadoras por lo retiros sin contrato que realizó del SEIN según criterios privados acordados; (v) las versiones de los artículos 41º de la LCE y 108º del RLCE que disponían que el COES debe garantizar a sus integrantes la compraventa de energía y que cada integrante del COES debe pagar los montos producto de las valorizaciones, están hoy derogados; y, (vi) si acaso fuesen correctas y legales las valorizaciones y asignaciones realizadas por el COES, el tema del pago resultante de éstas es un tema netamente comercial (civil) que debe ser arreglado por las partes o en todo caso si lo que se pretende es una orden de pago ésta debe ser dada por un juez.

- CASAPALCA sostiene que los retiros efectuados entre los meses de mayo 2006 a febrero 2009 fueron en virtud al Contrato de Suministro celebrado entre CASAPALCA y ENESUR S.A., en adelante Contrato ENERSUR, el cual estuvo vigente hasta febrero de 2009. Añade que este contrato ha sido objeto de un Proceso Arbitral mediante el cual se declaró que su resolución se produjo el 20 de mayo de 2006. Agrega que actualmente está en trámite ante el Tribunal Constitucional un proceso de amparo que inició, razón por la cual el Laudo no ha adquirido aún autoridad de cosa juzgada, siendo por tanto que la declaración de validez de la resolución del Contrato ENERSUR carece de irreversibilidad innata a la cosa juzgada.
- CASAPALCA argumenta que aun cuando el Poder Judicial declarase la ineficacia del Contrato ENERSUR; debe tenerse presente que CASAPALCA tenía desde el 1 de mayo de 2006 el “Contrato de Suministro de Electricidad a precio libre entre ELECTROPERÚ S.A. y CASAPALCA S.A.”, en adelante Contrato ELECTROPERÚ, el cual fue suscrito con el objeto de brindar de manera exclusiva un suministro de electricidad en lo que exceda a la contratada a ENERSUR S.A., conforme lo estipulado en la cláusula 1.4 de dicho Contrato.
- Al respecto, CASAPALCA dice que si acaso el Contrato ENERSUR dejase de surtir efectos, deberá entenderse que los retiros de potencia y energía efectuados entre mayo de 2006 y febrero de 2009 se encuentran comprendidos dentro de los alcances del Contrato ELECTROPERÚ.
- CASAPALCA menciona que no reconoce las valorizaciones emitidas entre los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009 debido a que sus retiros fueron clasificados por el COES como “retiros sin contrato”, y como ha explicado, sus retiros tuvieron respaldo contractual.
- En ese sentido, CASAPALCA considera que los retiros de potencia y energía deben ser valorizados al precio estipulado en el Contrato ENERSUR, y en caso éste dejase de surtir efectos, al precio establecido en el Contrato ELECTROPERÚ.

- CASAPALCA señala que mediante Carta N° CMC-004-10-GG, de fecha 19 de enero de 2010, solicitó a ELECTROPERÚ, sin perjuicio de los cuestionamientos mencionados, emita una liquidación por el consumo de energía desde el 20 de mayo de 2006 al 28 de febrero de 2009 sustentado en el Contrato ELECTROPERÚ.
- CASAPALCA concluye que reconoce los retiros que por potencia y energía se realizaron en el período mayo 2006 a febrero de 2009, pero no reconoce que éstos se hayan producido en la calidad de retiros sin contrato, sino bajo la existencia del Contrato ENERSUR y Contrato ELECTROPERÚ.
- Por último, CASAPALCA solicita la suspensión de la ejecución de las Resoluciones materia de impugnación, durante el trámite en esta instancia, toda vez que éstas contienen claros vicios de nulidad trascendente y en tanto que la dación de la suspensión solicitada, muy lejos de implicar un perjuicio al interés público y/o a terceros, implicaría por el contrario, salvaguardar correctamente sus derechos y prevería el eminente perjuicio que la ejecución de las resoluciones impugnadas podrían causar en el flujo normal de dinero de la recurrente; y por tanto, en el negocio regular, habida cuenta del ilegal mandado de devolución de dinero a favor de ELECTROPERÚ que los actos administrativos impugnados suponen.

## **2.2. DE LA RECLAMADA ELECTROPERÚ**

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de absolución de la apelación interpuesta por CASAPALCA, en la Audiencia de la Vista de la Causa, las diapositivas que adjuntó y lo expresado en sus alegatos finales, ELECTROPERÚ sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

### **2.2.1. Sobre la Excepción de Incompetencia:**

- ELECTROPERÚ señala que el OSINERGMIN tiene competencia para conocer las *“controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres (...) relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN”*. Añade, que las conclusiones que extraen ambas partes de la citada disposición es radicalmente distinta, pues mientras CASAPALCA hace una interpretación muy restrictiva de lo que significa una controversia relacionada con aspectos técnicos, regulatorios y normativos, ELECTROPERÚ y la primera instancia tienen una interpretación más amplia.
- ELECTROPERÚ sostiene que para CASAPALCA las controversias relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios y normativos deben determinarse en aplicación de la definición que hacen las normas de las funciones normativas y regulatorias del OSINERGMIN; en ese sentido, habría que entender desde esa perspectiva que el primer tipo de controversias se refiere a las que se susciten con ocasión del ejercicio de la competencia del regulador para dictar normas, mientras que las que se presenten como consecuencia del ejercicio de la segunda serían las que tengan que ver con la fijación de las tarifas de servicio público de electricidad, así como del servicio

de transporte y distribución de hidrocarburos y gas natural, respectivamente, por ductos.

- A decir de ELECTROPERÚ, la interpretación literal que realiza CASAPALCA sería contradictoria con los propios términos normativos, por cuanto si las controversias regulatorias se refieren únicamente a aquellas que guardan relación con la fijación de tarifas del servicio público de electricidad ¿cómo podría haber una controversia regulatoria entre generadores y usuarios libres, si en este caso no hay tarifas ni tampoco existe propiamente un servicio público, al no estar destinada la energía al uso colectivo? Así, presenta la interrogante, o la norma es absurda, porque regula un supuesto de hecho que en la práctica no puede darse nunca, o la interpretación de controversia vinculada a aspectos regulatorios debe ir más allá de la mera función reguladora, tal como es establecida en la normativa aplicable.
- ELECTROPERÚ precisa que las controversias “regulatorias” van más allá de las tarifas del servicio público de electricidad, e incluirían también aquellas donde estuviera en discusión un precio regulado, como es aquel que debe pagar CASAPALCA por el retiro de potencia y energía sin contrato, que además es determinado por el COES y no libremente por las partes. Menciona lo dispuesto por el artículo 43° de la LCE.
- ELECTROPERÚ sostiene que se trata de un precio regulado, de modo que la controversia en torno a si se debe pagar o no es regulatoria y además, está sometido a fiscalización por parte de OSINERGMIN, tal es así que puede imponer una sanción en caso no se realicen los pagos de las transferencias y compensaciones ordenadas por el COES -según el artículo 201° del RLCE- por cuanto como se acepta pacíficamente, solo cabe atribuirle competencias sancionadoras a la Administración Pública en un ámbito que le corresponde supervisar, en virtud de la regulación sectorial.
- Para ELECTROPERÚ debe tenerse en cuenta que en este caso no solo está regulado el precio de la energía, sino el mercado en que se produce la transferencia y la propia obligación de pagar la suma establecida por el COES, que deriva de los artículos 107° y 108° del RLCE y del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente, que le atribuye la facultad de determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES y, por tanto, lo que ha hecho el COES es determinar el contenido de una obligación que deriva del ordenamiento jurídico, en el marco de un mercado regulado y estableciendo un precio regulado.
- ELECTROPERÚ sostiene que las controversias “normativas”, entendidas éstas como las que se deriven de la función normativa de OSINERGMIN, incluirían también a aquellas en donde se discute la aplicación que se hace de la normativa y no únicamente la normativa en sí misma.
- ELECTROPERÚ dice que no es cierto que en este caso no exista una controversia, y que únicamente se trate de una demanda de pago de dinero como argumenta CASAPALCA. Sostener ello, continua, es una manera de enfocar la cuestión de la competencia del OSINERGMIN absolutamente inconsistente con los preceptos que regulan la competencia en razón de la materia procesal civil o de un procedimiento administrativo trilateral. Además, precisa que el petitorio que consiste en dar suma de dinero no dice absolutamente nada en torno a la definición de la competencia en razón de la

materia, da ejemplos tales como que dar suma de dinero en materia de alimentos, en materia comercial, civil o regulatoria o fiscalización, tal como si debe y cuánto, un distribuidor que emplea instalaciones de propiedad de un transmisor.

- Para ELECTROPERÚ, el fundamento de la obligación (legal) de pago de las valorizaciones por parte de CASAPALCA, como usuario libre, a ELECTROPERÚ, como generador, se encuentra en una norma sectorial; la cual, en términos de derecho, singulariza el pedido de la suma reclamada por ELECTROPERÚ respecto de cualquier otro. Añade que, en términos fácticos, el pedido propuesto por ELECTROPERÚ depende de: (i) que CASAPALCA sea un agente directamente conectado al SEIN; (ii) que CASAPALCA haya retirado potencia y energía sin respaldo contractual, incurriendo en una hipótesis expresamente prevista como de regulación de precios; y, (iii) que el COES asignó a ELECTROPERÚ parte de esos retiros.
- Finalmente, ELECTROPERÚ señala que el argumento de CASAPALCA sobre la incompetencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc supone una censura por defecto de motivación. Agrega que un defecto de motivación supondría que la resolución que se impugna no pueda ser discutida porque no se conoce el itinerario lógico que justificó la decisión y, por lo tanto, no se puede siquiera afirmar que ésta es correcta o incorrecta. Dice que la sola existencia de los numerales 7 a 21 del recurso de apelación expuestas por la apelante y las explicaciones allí propuestas para demostrar que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc erró, demuestran que la resolución impugnada sí fue correctamente motivada.

### 2.2.2. Sobre la Excepción de Prescripción Extintiva:

- ELECTROPERÚ señala que CASAPALCA postula implícitamente, para invocar el plazo de prescripción aplicable a una hipótesis de responsabilidad extracontractual, que se debe clasificar a todas las obligaciones en contractuales o extracontractuales, entendiendo por estas últimas a aquellas que tienen una fuente distinta al contrato. Agrega, según la doctrina, por su fuente las obligaciones únicamente pueden emanar de la ley o de la voluntad<sup>7</sup>, a través de actos jurídicos en el Derecho Privado<sup>8</sup>; lo cual no implica que todas las obligaciones extracontractuales prescriban en el plazo de 2 años, establecido en el numeral 4, del artículo 2001<sup>9</sup> del Código Civil, pues éste se refiere exclusivamente a la acción mediante la cual se pide una indemnización como consecuencia de un daño, que no se hubiera producido en el marco de una relación contractual<sup>9</sup>.
- A decir de ELECTROPERÚ, la posición de CASAPALCA es errada, por cuanto no puede entenderse que el plazo para exigir el cumplimiento de todas las obligaciones no contractuales prescribe como regla general a los 2 años. Precisa que es una excepción al plazo general de 10 años para las acciones personales, dentro de las cuales estaría teóricamente la acción de responsabilidad extracontractual por daños<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Cf. OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M., *Compendio de Derecho de las obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, p. 114 y ss.

<sup>8</sup> O de actos administrativos en el Derecho Público, cabría agregar para contar con panorama completo.

<sup>9</sup> VIDAL RAMIREZ, F. La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano, con un estudio de la relación jurídica, Editorial Cuzco, Lima, Perú, 1985, p 69.

<sup>10</sup> Op. Cit. p. 160

- Para ELECTROPERÚ, CASAPALCA parte de una confusión entre la clasificación de las obligaciones según su fuente y la aplicación del numeral 4 del artículo 2001° del Código Civil para todas las no contractuales, desnaturalizando el carácter general del plazo de prescripción de la acción personal, que en ese caso nacería de la decisión del COES, en aplicación de la LCE, según ha sido modificada. Agrega que no se trata de una obligación contractual sino extracontractual y aclara que no está pidiendo una indemnización por los daños causados, sino el pago de los retiros de energía y potencia sin contrato realizada por CASAPALCA, como lo dispone la Ley y de acuerdo con las valorizaciones realizadas por el COES; por tanto, no cabe alegar que se trata de una obligación prescrita. En todo caso, el plazo prescriptorio aplicable a la acreencia de ELECTROPERÚ corresponderá a uno de 10 años de la acción personal, es decir, cuando una acción no es pasible de ser considerada en ninguno de los supuestos establecidos en el Código Civil se aplicará el plazo de la norma general de 10 años.
- ELECTROPERÚ argumenta que habiéndose establecido que el derecho que se reclama tiene un término de prescripción de 10 años, interesa examinar si es que existe alguna otra razón de mérito propuesta por CASAPALCA que impida amparar el pedido de ELECTROPERÚ. Señala que las defensas de la apelante han sido:
  - i. Existiría el Contrato ENERSUR, cuya resolución seguiría en discusión, pese a haberse confirmado ésta mediante un laudo arbitral.
  - ii. Sería aplicable, en caso el Contrato ENERSUR, no estuviera vigente, el Contrato ELECTROPERÚ.
  - iii. Que no era integrante del COES al momento en que se habrían realizado los retiros de energía y potencia, ni cuando se aprobaron las valorizaciones y por tanto, éstas no se le notificaron.
- Respecto de punto i) del párrafo anterior, ELECTROPERÚ indica que: (i) la resolución del Contrato ENERSUR fue declarada por un Tribunal Arbitral competente, en mérito de lo cual se procedió a recalcular las valorizaciones que la reclamada objeta; (ii) la impugnación judicial de ese laudo arbitral fue desestimada; y, (iii) que el amparo que se propuso contra la confirmación judicial de la validez del laudo también fue desestimado en última instancia por el Tribunal Constitucional.
- ELECTROPERÚ alega que los retiros materia de la controversia no pueden ser asignados al contrato que suscribió por cuanto se pactó un suministro diferente y por encima de las cantidades contratadas con ENERSUR, según lo estipulado en la cláusula 1.4 del Contrato ELECTROPERÚ que textualmente dice: *“ambas partes declararon conocer que el cliente tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de electricidad con ENERSUR celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4,5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por EL CLIENTE con ENERSUR hasta el término del citado contrato”*.
- ELECTROPERÚ sostiene que las partes en ningún momento han pactado que este contrato “cubriera” aquellos retiros que, por la resolución del Contrato ENERSUR, quedarían sin contrato. Alega que por el contrario, lo que las partes pactaron era un suministro diferente y por encima de las cantidades contratadas

por CASAPALCA con ENERSUR S.A. Añade que resulta imposible que el Contrato ELECTROPERÚ pudiera cubrir los retiros que, si CASAPALCA no perdía el arbitraje con ENERSUR S.A., hubiera cubierto esta última y por lo demás, tampoco está claro que la regulación permita a los generadores y/o usuarios libres acordar que la determinada energía sea, *ex post facto*, asignada a un contrato en lugar de a otro<sup>11</sup>.

- En cuanto al argumento de CASAPALCA de negar su condición de miembro del COES al momento que las valorizaciones que comprendieron sus retiros sin respaldo contractual fueron reformuladas, como consecuencia de que un laudo arbitral validó la resolución del Contrato ENERSUR. ELECTROPERÚ precisa que la cuestión pasa por resolver si es que la obligación de pago resultante del inciso b) del artículo 43º de la LCE, según fuera modificado en el año 2006, requiere que CASAPALCA se inscriba en el COES formalmente.
- Sobre ese punto, ELECTROPERÚ dice que la obligación que resulta de la aplicación del inciso b) del citado artículo 43º no se refiere ni exige un *Integrante Obligatorio formalmente registrado* para que se desplieguen sus efectos, como parece postular CASAPALCA. Por el contrario, a su entender, lo que expresamente dispone dicha norma es que está sujeto a valorización de precios el retiro que hace un usuario libre, lo cual se realizara de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14º de la Ley de Desarrollo Eficiente. Esta norma establece que es una función operativa del COES determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes y el artículo 1º de la Ley de Desarrollo Eficiente incluye como agente a los usuarios libres, condición esta última que CASAPALCA no niega tener.
- Además, el numeral 2 del artículo 12º de la Ley de Desarrollo Eficiente establece que el COES *“Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes”*. La norma en cuestión es imperativa y no autoriza a los agentes a definir a partir de cuándo pertenecen al COES. Lo mismo resulta del artículo 3º del Reglamento del COES conforme al cual *“Los nuevos Agentes o los existentes que se conectan al SEIN, pasan a ser Integrantes del COES conforme a lo establecido en el presente artículo”*. Dada la naturaleza del COES (o de un Operador de la Red) simplemente no es posible que un integrante pueda decidir si será o no miembro y desde cuándo. Agrega que la propia CASAPALCA se ha encargado de demostrar que, específicamente, es un integrante obligatorio.
- ELECTROPERÚ concluye que la condición de integrante -y de integrante obligatorio- que tiene CASAPALCA respecto del COES no deriva de su inscripción formal, cuando así lo solicite, sino que en realidad viene impuesta por el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, indica que, en todo caso, la condición de precio regulado en el caso del retiro de energía o potencia sin contrato no depende tampoco de la inscripción en el COES, sino de la condición de usuario libre de CASAPALCA, como se desprende de lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43º de la LCE, según fuera modificado, justamente cuando se varió también quienes eran los integrantes del COES, imponiéndose a los usuarios libres tal condición, de pleno derecho.

---

<sup>11</sup> Nótese que la condición de superavitario o deficitario de un generador o de otro se definen en función de los compromisos contractuales que, *de antemano*, esta informa al COES como parte de sus obligaciones.

### 3. Análisis del Tribunal

#### 3.1. Sobre la suspensión del presente procedimiento:

CASAPALCA solicita la suspensión del presente procedimiento argumentando que existe prejudicialidad por el inicio de proceso de amparo seguido contra OSINERGMIN, en el cual se está discutiendo la competencia del regulador para conocer la presente controversia.

Cabe destacar que la misma solicitud fue presentada por CASAPALCA en primera instancia ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, el cual resolvió desestimando la citada solicitud sobre la base del análisis que efectuó.

En tal sentido, correspondía impugnar la decisión del juzgador de primera instancia de conformidad con lo dispuesto por los artículos 47<sup>o12</sup> del ROSC y 206<sup>o13</sup> de la LPAG, al no haberse interpuesto recurso alguno contra ese pronunciamiento ha quedado consentido; sin embargo, siendo un nuevo pedido presentado ante esta instancia, el Tribunal va a atenderlo.

Al respecto, este Tribunal comparte los criterios asumidos por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, y que además encuentra correlato en la doctrina<sup>14</sup>, en el sentido que del análisis de lo que establece el artículo 64<sup>o</sup> de la LPAG -disposición aplicable y sobre la cual CASAPALCA sustenta su pedido-, concordado con lo dispuesto por el artículo 99<sup>o</sup> del Reglamento del OSINERGMIN -norma que rige las actuaciones de este Organismo Regulador- y por el artículo 13<sup>o</sup> del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>15</sup>, se desprende la necesidad que se cumplan ciertos presupuestos o requisitos para que proceda la inhibición de la autoridad administrativa que viene conociendo una causa y en consecuencia declare la suspensión del procedimiento.

Los dispositivos mencionados textualmente señalan:

LPAG:

*“Artículo 64<sup>o</sup>.- Conflicto con la función jurisdiccional.*

*64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser*

---

<sup>12</sup> ROSC:

**“Artículo 47<sup>o</sup>.- Recurso de Apelación.**

*El único recurso impugnativo que las partes podrán interponer es el de Apelación, en los casos indicados en el artículo 206<sup>o</sup> numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. También procede contra la Resolución que dicta una medida cautelar.*

*(...).”*

<sup>13</sup> LPAG:

**“Artículo 206<sup>o</sup>.- Facultad de contradicción.**

*206.1 Conforme a lo señalado en el artículo 108<sup>o</sup>, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.*

*206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.*

*206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma”.*

<sup>14</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición, 2011, p. 315.

<sup>15</sup> Aprobado por Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 02 de junio de 1993.

esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.  
64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio. (...)"  
(Subrayado nuestro).

Reglamento del OSINERGMIN:

*"Artículo 99º.- Suspensión de Procedimientos Administrativos.*  
*Los ORGANOS DE OSINERG suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se sigan, sólo en caso de que se pruebe preexistencia de un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del ORGANO DE OSINERG correspondiente, precise de un pronunciamiento previo del Poder Judicial".(Subrayado nuestro).*

Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

*"Artículo 13º.- Cuestión contenciosa en procedimiento administrativo.*  
*Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. (...)".*  
(Subrayado nuestro).

En tal sentido, del tenor de los dispositivos precitados, tenemos que los presupuestos que deben cumplirse para que se configure el tema materia de análisis son:

- i) que la cuestión contenciosa se suscite entre dos particulares durante el desarrollo del procedimiento administrativo.*
- ii) que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado.*
- iii) que exista una necesidad objetiva de obtener pronunciamiento judicial previo para poder resolver el asunto planteado ante la administración.*
- iv) identidad de sujetos, hechos y fundamentos.*

Respecto de cada presupuesto indicado, cabe señalar:

- i) La cuestión litigiosa no ha surgido entre dos administrados o particulares como establece la LPAG, sino entre una empresa privada -CASAPALCA- y una entidad pública -OSINERGMIN- que en ejercicio de las facultades concedidas por ley, viene ejerciendo su potestad administrativa. Además, debe dejarse claramente establecido que el procedimiento administrativo se inició el 09 de diciembre de 2011 -cuando ELECTROPERÚ presentó la presente reclamación-, que CASAPALCA contestó la reclamación y dedujo las excepciones de incompetencia y de prescripción extintiva el 09 de febrero de 2012 y presentó la acción de amparo ante el Poder Judicial el 05 de marzo de 2012; es decir, en fecha posterior y con pleno conocimiento que se venía tramitando este procedimiento administrativo.

- ii) El contenido fundamental de la materia discutida deba ser exclusivo del derecho privado y regulado conforme a sus normas, y no del ámbito del derecho público, tales como discusiones sobre derechos de filiación o sucesorios -que son propios del derecho civil-, que deban ser determinados para posteriormente obtener derechos de índole administrativo, como son los pensionarios. En este caso, lo que se discute es la competencia del tribunal administrativo, materia que no es exclusiva del derecho privado, sino que en el ámbito administrativo está prevista su atención, vía deducción de excepción de incompetencia, como efectivamente lo planteó CASAPALCA de conformidad con el artículo 37<sup>o</sup><sup>16</sup> del ROSC.
- iii) El tercer presupuesto, va ligado al anterior, y se refiere a la necesidad del pronunciamiento previo por parte de la autoridad judicial para que posteriormente la autoridad administrativa pueda resolver sobre la base de éste, de no contar con la decisión judicial la autoridad administrativa no podría pronunciarse. Es decir, debe existir una estrecha relación de dependencia entre ambos, donde debe existir primero la decisión judicial, para darse el segundo, la decisión administrativa.

La misma condición es requerida por el artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes citado y por el 99° del Reglamento del OSINERGMIN, en virtud de los cuales, forzosamente se requiere que la cuestión litigiosa sea resuelta previamente por el Poder Judicial para que proceda la suspensión del procedimiento administrativo.

Del análisis efectuado, a criterio de este Tribunal no se cumple el presupuesto bajo análisis, en tanto, en el ámbito administrativo, propiamente en el procedimiento de solución de controversias está prevista la deducción de excepciones, entre ellas la de incompetencia y la oportunidad en que éstas sean resueltas. Por tanto, no se requiere del pronunciamiento previo del Poder Judicial, al existir ya un mecanismo para conocer y resolver en el ámbito administrativo.

Al respecto, es menester mencionar que de acuerdo con lo recogido por la doctrina<sup>17</sup>, existe posición preferente de la resolución administrativa de las causas sometidas a su conocimiento, sobre la resolución judicial; y sólo excepcionalmente, cuando se producen las interferencias funcionales, la preferencia judicial, adelantando la competencia que le corresponde de modo sucesivo durante el contencioso administrativo.

- iv) Al haberse determinado en el literal anterior que no se configura el presupuesto esencial para que exista prejudicialidad, carece de sentido evaluar este cuarto requisito.

Finalmente, sin perjuicio de lo ya expuesto, es necesario mencionar lo dispuesto por el artículo 45° del Código Procesal Constitucional<sup>18</sup>:

*“Artículo 45°: Agotamiento de las vías previas:*

---

<sup>16</sup> ROSC:

**“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 controversia, podrán resolverse al inicio del procedimiento.”*

<sup>17</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.cit. p. 311.

<sup>18</sup> Ley Nº 28237. Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 31 de mayo de 2004.

*El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. (...)*  
(Subrayado nuestro)

Tal como hemos mencionado, CASAPALCA dedujo la excepción de incompetencia, conjuntamente con la contestación a la reclamación presentada por ELECTROPERÚ ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc el 09 de febrero de 2012, la que fue desestimada mediante Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66, de fecha 13 de abril de 2012, notificada el 16 de abril de 2012 y respecto de la cual CASAPALCA interpuso recurso de apelación el 17 de mayo de 2012, la cual es resuelta en esta resolución.

CASAPALCA a su vez presentó demanda de amparo el 05 de marzo de 2012 -sobre la cual solicita suspensión de este procedimiento por prejudicialidad-.

Como es evidente, a la fecha de inicio del proceso constitucional aún se encontraba en trámite el procedimiento administrativo para resolver la excepción deducida, de acuerdo con la normativa vigente -artículo 37º del ROSC- y por tanto, no se había agotado la vía previa, ni siquiera se había emitido pronunciamiento en primera instancia.

Es decir, el procedimiento administrativo fue iniciado con anterioridad y sin haber concluido, a la fecha en que se presentó la acción constitucional.

Por lo expuesto, este Tribunal desestima la solicitud de CASAPALCA de suspender el procedimiento administrativo, porque no existe una necesidad de un pronunciamiento judicial previo y se avoca a resolver el recurso de la apelación.

### **3.2. Sobre la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66:**

CASAPALCA solicita la nulidad de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66 por cuanto el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc -los órganos de solución de controversias, en general,- carecería de competencia para conocer y resolver la reclamación planteada por ELECTROPERÚ, por estar referida a un asunto de naturaleza civil, que constituye competencia del Poder Judicial. Además, agrega que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc habría incurrido en motivación aparente y la resolución tendría defectos de motivación y del objeto o contenido.

#### **3.2.1. Sobre la competencia de los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN para pronunciarse sobre la materia reclamada:**

El inciso 1) del artículo 3º de la LPAG establece:

*“Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos*

*Son requisitos de validez de los actos administrativos:*

*1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.*

*(...)”*

El artículo 61.1º de la LPAG establece que *“la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan”*.

A su vez, el artículo 65.1º del mismo cuerpo normativo prescribe que *“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 avocación, según lo previsto en esta Ley”*.

Sobre este tema, García de Enterría señala que: *“Toda acción administrativa se nos presenta así como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la Administración no puede actuar, simplemente”*<sup>19</sup>.

Asimismo, Dromi señala que *“... la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos. La competencia es irrenunciable e improrrogable”*<sup>20</sup>.

Juan Carlos Morón<sup>21</sup> dice respecto de la competencia *“viene a ser el elemento que habilita a un órgano de la administración para adoptar una decisión o generar una actuación administrativa determinada (acto administrativo, contrato, acto de Administración, etc.), convirtiéndose así en la medida de la potestad o atribución que le ha sido conferida por norma expresa”*.

De acuerdo con lo señalado en la LPAG y en la doctrina, la competencia es un requisito indispensable para considerar la validez de un acto administrativo y debe ser conferido legalmente. Esta competencia debe existir al momento de la emisión del acto administrativo. En tal sentido, corresponde determinar si el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc -en general, si los órganos de solución de controversias-, es competente para conocer y emitir un pronunciamiento válido sobre la materia de litis, contando con las atribuciones respectivas otorgadas legalmente.

En primer término, es preciso indicar que la función de solución de controversias está definida en el inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos<sup>22</sup>, en adelante LMOR, como la facultad de los organismos reguladores de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre ellos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

En concordancia con la norma precitada, el artículo 44º del Reglamento del OSINERGMIN precisa que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las entidades, entre éstas y los usuarios libres y entre éstos; salvo aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI. Asimismo, señala que la función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva del OSINERGMIN, comprende además la facultad de este Organismo de conciliar intereses contrapuestos sobre dichas materias.

El inciso c) del artículo 46º del Reglamento del OSINERGMIN establece los supuestos de controversias que corresponden ser conocidas por el OSINERGMIN, entre ellas, las

<sup>19</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición, Madrid. Civitas, p. 429 y 433.

<sup>20</sup> DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, p. 209.

<sup>21</sup> MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. 2003, p. 69.

<sup>22</sup> Ley Nº 27332. Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2000.

surgidas entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores Eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del regulador. Concordantemente, el artículo 47° del referido Reglamento prescribe que la vía administrativa sea obligatoria y de exclusiva competencia del OSINERGMIN.

El artículo 2° del ROSC dispone que el OSINERGMIN a través de sus órganos de solución de controversias -Cuerpos Colegiados y Tribunal de Solución de Controversias- es competente, en primera y segunda instancia administrativa, para resolver las controversias suscitadas entre los diversos operadores relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

De lo expuesto, se concluye que el OSINERGMIN tiene competencia para pronunciarse sobre controversias entre operadores dentro de los supuestos previstos por el artículo 46° del Reglamento del OSINERGMIN y el artículo 2° del ROSC.

Asimismo, de conformidad con los dispositivos indicados en el párrafo precedente, la competencia de OSINERGMIN para resolver controversias en el sector eléctrico -sector que nos ocupa- se circunscribe a aquellas que se refieren a discutir o limitar el acceso de usuarios a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión, como los de los sistemas de distribución eléctrica y aquellas relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

Habiéndose definido que los órganos de solución de controversias tienen competencia para conocer y resolver controversias suscitadas entre generador -ELECTROPERÚ- y usuario libre -CASAPALCA-, corresponde analizar si la naturaleza de la pretensión de ELECTROPERÚ se encuentra comprendida en el supuesto de aquellas relacionadas con aspectos, técnicos, regulatorios o normativos sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN o es una pretensión de naturaleza estrictamente civil, como alega la apelante.

Al respecto, cabe señalar que el proceso de provisión del servicio eléctrico posee una serie de peculiaridades derivadas de la imposibilidad de almacenar electricidad y la existencia de un patrón de consumo cambiante en el tiempo.

En este mercado confluyen las transacciones derivadas de los contratos suscritos entre las partes, bajo un régimen de libertad de precios, en los cuales se pactan cantidad de energía y potencia a suministrarse, plazo y precio y, aquellas que no se sustentan en acuerdos entre partes, sino que son operaciones realizadas en el mismo momento, es decir, cuando el cliente retira del SEIN más energía y potencia de lo originalmente contratado, a un precio spot.

Es imprescindible mantener un equilibrio permanente entre oferta -lo que el generador inyectó al SEIN- y demanda -lo que el cliente retiró del SEIN- frente a lo que efectivamente fue materia de un acuerdo previo entre el generador y el cliente. Esta operación se realiza en el MCP.

En este sentido, el mercado eléctrico, debido a su complejidad y naturaleza técnica requiere de normas específicas que permitan la correcta participación e interrelación de todos los actores, entendiéndose generadores, transmisores, distribuidores y clientes

libres con el objeto que éste funcione de manera eficiente y eficaz. Es decir, el MCP es un mercado regulado, en el cual las reglas de operación están previamente establecidas por la LCE, su Reglamento y la Ley de Desarrollo Eficiente. De conformidad con lo que dispone el literal b) del artículo 43° de la LCE<sup>23</sup> el precio por los retiros de energía y potencia efectuados en el SEIN por los usuarios libres están sujetos a regulación. No existe límite superior o inferior para el precio spot, el cual es determinado para intervalos de 15 minutos considerando el costo variable de la unidad más costosa que opera en el referido intervalo.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 12° y 14°, inciso g) de la Ley de Desarrollo Eficiente, el COES es el encargado de administrar el MCP y de determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES. La valorización y pago por estas transferencias está regulado en los artículos 107° y 108° de la LCE.

Por lo expuesto, el COES tiene la obligación de determinar qué cliente es el que efectuó el retiro de energía y potencia sin contrato del SEIN en el MCP respecto del generador que la inyectó, mercado sujeto a normas que regulan su operatividad, y valorizar estos retiros a precio regulado. El discutir el pago de las valorizaciones por retiros efectuados de energía y potencia en el MCP evidentemente tiene vinculación con temas regulatorios.

Es necesario precisar que el supuesto de la norma al hacer referencia a supuestos de controversias “relacionados con aspectos técnicos, regulatorios o normativos” no implica que esté aludiendo en estricto al ejercicio de las funciones del regulador, como parece entender CASAPALCA, sino a temas vinculados a estos aspectos en general; más bien, la segunda parte de la norma sí hace mención en estricto a las funciones del regulador al señalar que los aspectos en controversias deben estar “sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN”. Afirmar lo contrario implicaría que conflictos que se originen por aplicación o interpretación de disposiciones de mayor jerarquía (decretos supremos, leyes) no puedan ser sometidas a conocimiento de los órganos de solución de controversias, por ejemplo aquellas vinculadas a temas de calidad del servicio eléctrico, cadena de pagos.

De otro lado, con relación al supuesto de competencia vinculado a aspectos normativos, cabe señalar que tal como hemos mencionado, la materia de litis está relacionada con el funcionamiento del MCP y las transacciones que en éste se realicen, determinados por la LCE, su Reglamento y la Ley de Desarrollo Eficiente.

El COES administra el MCP según lo disponen el artículo 12° y el literal h) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente, sobre la base de Procedimientos Técnicos aprobados por OSINERGMIN a propuesta del propio COES, de conformidad con el inciso b) del artículo 13° de la Ley de Desarrollo Eficiente y los artículos 5° y 6° del Reglamento del COES.

---

<sup>23</sup> LCE:

**“Artículo 43°: Estarán sujetos a regulación de precios:**

a) La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. Esta regulación no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supere la potencia y energía firme del comprador.

b) Los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los Distribuidores y Usuarios Libres, los mismos que serán determinados de acuerdo a lo establecido en el artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.  
(...)”.

Asimismo, el COES tiene como función operativa el determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES, según lo dispone el numeral g) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente.

Los Procedimientos Técnicos aprobados por el OSINERGMIN son de cumplimiento obligatorio para todos los agentes del COES, de acuerdo con lo que establece el numeral 6.1 del artículo 6° del Reglamento del COES.

Del tenor de los dispositivos indicados, se concluye que la controversia sí está relacionada a aspectos de índole normativo, en tanto OSINERGMIN aprueba a propuesta del COES los procedimientos técnicos en materia de operación del SEIN y del MCP. Ello es independiente de si existe o no un Procedimiento Técnico válido - como argumenta CASAPALCA- respecto del tema que nos ocupa, hecho que no es determinante para establecer la competencia o no de los órganos de solución de controversias, sino de la vinculación con lo que es realmente es la razón de la reclamación con aspectos normativos.

Además, de los supuestos analizados -relacionados a aspectos normativos y regulatorios-, los dispositivos que establecen la competencia de los órganos de solución de controversias, determinan también que los aspectos en controversia deben ser objeto de supervisión o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

Al respecto, el numeral 3, inciso a) del artículo 3° de la LMOR establece como una de las funciones de los organismos reguladores, entre ellos OSINERGMIN, la función supervisora, que comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada. En el mismo sentido, se expresa el artículo 31° del Reglamento del OSINERGMIN.

Asimismo, el inciso d) del artículo 3° de la LMOR establece como otra función del regulador, la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como de las obligaciones contraídas en los contratos de concesión por parte de los concesionarios. Esta función también es recogida por el artículo 36° del Reglamento del OSINERGMIN.

El artículo 101° de la LCE, señala que es materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES.

El inciso c) del artículo 201° del RLCE, establece como incumplimiento del usuario libre el *“No efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES”*. Es preciso indicar que las valorizaciones permiten que los integrantes, entre ellos los usuarios libres, procedan al pago por el retiro de potencia y energía.

En ese sentido, el inciso g) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente establece como una función del COES el *“Determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES”*, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 107° del RLCE.

De lo expuesto, se puede concluir que OSINERGMIN supervisa y fiscaliza el cumplimiento de las disposiciones del COES en tanto que son emitidas en ejercicio de sus funciones, conferidas por la Ley de Desarrollo Eficiente, como es el caso de las

determinaciones y valoraciones de transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES.

El artículo 9º del Código Procesal Civil<sup>24</sup> señala que:

*“La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan”.*

La norma precitada tiene como referente la naturaleza del conflicto.

Lo que importa para determinar la competencia por razón de la materia, no es la apariencia de la pretensión, sino la naturaleza misma del litigio y la relación jurídica que subyace al conflicto y los hechos que delimitan el contenido de la pretensión respecto de este conflicto.

En tal sentido, si bien la pretensión de ELECTROPERÚ es la obligación de dar suma de dinero, los hechos que sustenta su pretensión y la obligación de pago de la que emana son de índole regulatorio y normativo, por tanto la controversia está relacionada a temas regulatorios y normativos y no civil.

De los dispositivos legales indicados, se colige que el OSINERGMIN y específicamente sus órganos de solución de controversias, cuentan con la competencia necesaria para pronunciarse respecto de la pretensión de ELECTROPERÚ, por lo que corresponde confirmar la resolución apelada en este extremo.

### **3.2.2. Sobre los requisitos de validez de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66:**

CASAPALCA cuestiona la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que resolvió en primera instancia señalando que se realizó una motivación aparente, debido a que arriba a una decisión a partir de una premisa equivocada, por cuanto explica CASAPALCA que si bien se ha efectuado retiros de potencia y energía sin contrato en el MCP y que el COES los ha valorizado y asignado, éstos no tienen naturaleza regulatoria, sino civil.

El requisito que alega CASAPALCA es formal y, al mismo tiempo, se identifica con la declaración expresa de las circunstancias fácticas y jurídicas que han promovido la emisión del acto<sup>25</sup>.

El desarrollo de este requisito de validez del acto administrativo está contenido en el artículo 6º<sup>26</sup> de la LPAG, a partir del cual se desprende que la motivación debe contener los presupuestos que justifican la decisión adoptada por la administración, de

---

<sup>24</sup> Norma aplicable supletoriamente al presente procedimiento, según la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil.

<sup>25</sup> VINCES ARBULÚ, Martín. Reflexiones sobre la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y su deformación en la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana. En: Revista de Investigación Jurídica, Vol. II, p. 5

<sup>26</sup> LPAG:

**“Artículo 6º.- Motivación del acto administrativo**

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

(...)”

tal forma que se asegure la eliminación de decisiones arbitrarias que puedan afectar derechos de los administrados.

Cabe precisar que cuando una motivación resulta insuficiente, se vulnera el derecho de defensa y del debido proceso de administrado, debido a que una falta o insuficiencia de motivación no permite, a la parte afectada hacer uso de algún recurso impugnativo, por cuanto no sabría cuales son los motivos que justifican el acto dirigido hacia él. En cambio, una *“motivación precisa y clara constituye una garantía a favor del administrado, toda vez que si conocerá cuales son los motivos que justifican el acto administrativo y podrá contradecirlo si no se encuentra de acuerdo con el mismo”*<sup>27</sup>.

CASAPALCA debe tener en cuenta que el pronunciamiento no favorable no implica que la motivación sea insuficiente o que haya una motivación aparente como señala, por cuanto la motivación de la resolución materia de apelación está debidamente clara y sustentada a partir de razonamientos lógicos y jurídicos sobre la base de lo dispuesto por las normas sectoriales aplicables y el análisis de los argumentos expuestos por ambas partes. Es esta adecuada motivación la que ha permitido que CASAPALCA interponga su recurso de apelación, de tal forma que ha rebatido cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, de no haber estado debidamente motivada no hubiera podido hacer uso de su derecho.

Por lo expuesto, se ha constatado que la resolución impugnada sí cumple con el requisito esencial de todo acto administrativo que es el de estar debidamente motivada.

De otro lado, CASAPALCA señala que la resolución materia de impugnación vulnera lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 3º de la LPAG, el cual señala que el acto administrativo debe expresar con precisión el objeto o contenido de la resolución.

**“Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos:**

*Son requisitos de validez de los actos administrativos:*

*(...)*

*2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación”.*

A entender de CASAPALCA la resolución materia de impugnación no ha cumplido con los requisitos que la norma precitada; por lo que, solicita su nulidad de conformidad por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG.

**“Artículo 10º.- Causales de nulidad:**

*Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

*2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, (...).”*

---

<sup>27</sup>VINCES ARBULÚ, Martín. Op. Cit. p. 6

Respecto de los requisitos de validez del objeto del acto administrativo, cabe señalar que el objeto es *“aquello que decide, declara o certifica la autoridad”*<sup>28</sup>.

En ese sentido, la determinación del *objeto resulta indispensable a fin de que pueda determinarse con claridad los efectos jurídicos del acto, por lo cual debe ser posible, lícito y estar determinado de manera precisa*<sup>29</sup>, de conformidad con lo dispuesto por los artículos precitados de la LPAG.

La licitud del objeto, implica que las actuaciones de la autoridad sean de conformidad con la normativa vigente, a partir del análisis efectuado de la resolución materia de impugnación se verifica que la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se ha fundamentado en la normativa vigente, pertinente y aplicable.

La controversia está circunscrita al pago por los retiros de energía y potencia sin respaldo contractual que ha realizado CASAPALCA (usuario libre) y que el COES los ha valorizado y asignó a ELECTROPERÚ.

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha sustentado su competencia sobre la base principalmente de los artículos 31º y 46º del Reglamento del OSINERGMIN, el artículo 2º del ROSC y sobre el análisis de las normas sectoriales. Las disposiciones precitadas determinan por un lado, aspectos subjetivos de la controversia, es decir, las partes involucradas y por otro lado, el aspecto objetivo referido a los temas técnicos, regulatorios o normativos, sujetos a supervisión, regulación o fiscalización por parte del OSINERGMIN.

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc a través del análisis efectuado concluyó que la controversia está vinculada a aspectos regulatorios en tanto los retiros materia de litis se realizaron en el MCP, mercado regulado, en donde los precios están sujetos a regulación. En el mismo sentido, determinó que también está vinculada a aspectos normativos, en tanto que la operación del MCP se rige bajo reglas y mecanismos contenidos en normas sectoriales generales y normas emitidas por el regulador.

Asimismo, determina que la materia objeto de controversia está sujeta a supervisión del OSINERGMIN en virtud de la función que le fuera conferida por el inciso a) del numeral 3.1 del artículo 3º de la LMOR y el artículo 31º del Reglamento del OSINERGMIN, así como en lo dispuesto por los artículos 101º de la LCE y el inciso c) del artículo 201º del RLCE.

Sobre la precisión del objeto, cabe indicar que éste sirve para determinar con claridad los efectos jurídicos perseguidos a través de la emisión del acto administrativo<sup>30</sup>, en el presente caso la resolución determinó la competencia del OSINERGMIN a través de sus órganos de solución de controversias para conocer y resolver la presente litis.

Finalmente, lo referido a la posibilidad física y jurídica implica que el cumplimiento del objeto sea posible de ejecutarse en la realidad y sea acorde a las normas aplicables, en este sentido, los órganos de solución de controversias pueden avocarse al conocimiento del litigio en sede administrativa contando con el ROSC que establece las normas del procedimiento a seguir.

---

<sup>28</sup> GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso Administrativo peruano. En: Revista de Derecho Administrativo Nº 11, Año 2012, p 117.

<sup>29</sup> GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op Cit.

<sup>30</sup> Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde. Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas- UPC-, 2009, p. 135.

El cumplimiento de las características, referidas al objeto, “*garantizan que el administrado conozca efectivamente los efectos jurídicos impuestos*”<sup>31</sup>, de tal forma que en caso no estuviera de acuerdo con la decisión podrá presentar algún recurso administrativo, el cual constituye un “*instrumento de garantía de los derechos de los particulares mediante los cuales pueden reaccionar para la defensa de sus derechos e intereses; constituye un eficaz mecanismo que la administración utiliza para el control de sus actos (...); y sirve para el agotamiento de la vía administrativa*”<sup>32</sup>. En este caso, CASAPALCA interpuso su recurso de apelación, de tal forma que ha rebatido cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

De lo expuesto, se ha verificado que la resolución impugnada cumple con el requisito de validez referido al objeto por cuanto éste es posible, lícito y está debidamente determinado.

Sobre la base de lo expuesto, corresponde desestimar el pedido de nulidad de CASAPALCA y confirmar en este extremo la Resolución N° 005-2012-OS/CC-66.

### **3.3. Sobre la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66:**

#### **3.3.1. Prescripción Extintiva:**

CASAPALCA cuestiona el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc alegando que el plazo prescriptorio es de 2 y no de 10 años, por cuanto la reclamación de ELECTROPERÚ es un pedido de pago indemnizatorio por responsabilidad civil extracontractual y en tal sentido, es aplicable el plazo prescriptorio del numeral 4) del artículo 2001° del Código Civil.

Para CASAPALCA el pedido de dar suma de dinero que reclama ELECTROPERÚ tiene calidad indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual porque: i) se sustenta en los retiros efectuados del SEIN sin respaldo contractual; y, ii) el COES le ordenó a ELECTROPERÚ despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de la demanda y posteriormente le asignó a dicha carga un precio determinado en cabeza de ELECTROPERÚ, lo cual pudo haberle causado al generador la pérdida de la posibilidad de asignar por sí sola esa carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste.

Al respecto, tal como se determinó en el acápite anterior -al cual nos remitimos- la acreencia de ELECTROPERÚ nace de la determinación y asignación de responsabilidad realizada por el COES por los retiros que efectuó CASAPALCA del SEIN durante el período comprendido de mayo 2006 a febrero 2009, sobre la facultad que le otorga la ley<sup>33</sup>, es decir, esta acción creditoria de ELECTROPERÚ deriva de disposiciones de naturaleza regulatoria que norman el mercado eléctrico, más específicamente el MCP, y los precios.

Es necesario precisar, sobre la base de lo expresado en el párrafo precedente y en lo argumentado por las partes -tanto en los escritos del recurso de apelación, de absolución del recurso, de alegatos y en sus exposiciones en la Audiencia de Vista- que efectivamente no ha existido un acuerdo de voluntades<sup>34</sup> entre las partes respecto

<sup>31</sup> VINCES ARBULÚ, Martín. Op. Cit.p. 5

<sup>32</sup> DANÓS ÓRDÓÑEZ, Jorge. La impugnación de los Actos Administrativos de Trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja. En: Derecho & Sociedad N° 28, p. 266-267.

<sup>33</sup> Inciso g) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente.

<sup>34</sup> Código Civil:

**“Artículo 1351°.- Definición**

*El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.*

de un posible suministro de ELECTROPERÚ de energía y potencia a favor de CASAPALCA durante el período indicado, distinto al Contrato ELECTROPERÚ, y que opere en lugar del Contrato ENERSUR -contrato que fue arbitrariamente declarado nulo- y por la cantidad que fue pactada en ese contrato.

De otro lado, de la revisión del texto de la resolución impugnada, este Tribunal ha verificado, contrariamente a lo que manifiesta CASAPALCA<sup>35</sup>, que el órgano de primera instancia señaló que hubo un suministro de energía y potencia a favor del impugnante -entendiéndose éste en el sentido de distribución, de abastecimiento-, de ninguna manera dijo, ni siquiera dejó vislumbrar la posibilidad, que se trataba de un contrato de suministro, a lo largo de su análisis indicaba que justamente no existía un acuerdo de partes al respecto.

Del análisis efectuado, ha quedado totalmente desvirtuada la naturaleza contractual de la relación jurídica entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ respecto de lo que es materia de litis. La acreencia de ELECTROPERÚ como ya se dijo, deriva de una decisión del COES, en virtud de la facultad que expresamente le ha sido concedida por ley.

Ese abastecimiento de energía y potencia, que fue concretado en el hecho del retiro que efectuó CASAPALCA, tiene como correlato el pago de un precio, en este caso, un precio regulado, determinado sobre la base del funcionamiento del mercado eléctrico, específicamente el MCP, que funciona según normas sectoriales -ya analizadas-.

CASAPALCA no reconoce en su análisis el funcionamiento del MCP, y en general el mercado eléctrico, y pretende que se le atribuya a la acreencia de ELECTROPERÚ por esa mayor carga inyectada por el generador al SEIN, retirada por CASAPALCA y determinada y asignada por el COES a ELECTROPERÚ, la calidad de responsabilidad civil extracontractual, al no ser contractual.

Sin embargo, cabe destacar que las obligaciones tienen su fuente o en un hecho jurídico, en cuyo caso nace de la ley; o, en un acto jurídico, en cuyo caso nace de la voluntad de quienes lo celebraron<sup>36</sup>. En el caso concreto que nos ocupa hemos ya precisado que la acreencia de ELECTROPERÚ no tiene origen contractual, sino que deriva de disposiciones que rigen el mercado eléctrico, el MCP.

De otro lado, no es posible referirse a la responsabilidad civil extracontractual sin la existencia de un daño, ese es su componente fundamental pues precisamente la razón de ser de esta figura jurídica es resarcir el daño causado a la víctima<sup>37</sup>.

*“Toda relación de responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños causados por esta última a la primera”<sup>38</sup>.*

Como hemos señalado, la acreencia de ELECTROPERÚ se deriva de cómo funciona el mercado eléctrico, de las reglas de juego -dadas por ley- y del papel que cumple cada uno de los actores en él. Tanto así, reiteramos, los retiros de energía y potencia del SEIN sin respaldo contractual que se efectúa, tienen un precio establecido en el

<sup>35</sup> Acápite C1 de su escrito del recurso de apelación.

<sup>36</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. En: Para leer el Código Civil. Vol.VI. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1988.Lima, p. 33.

<sup>37</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil. En: Para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1985. Cuarta Edición. Lima, p. 216.

<sup>38</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. En: Para leer el Código Civil. Volumen IV. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1995. Quinta Edición. Lima, p. 305.

MCP. No resulta ocioso por ello mencionar que dentro de este mercado y del sistema de determinación y asignación de transferencias de energía y potencia que realiza el COES lo que se busca es el equilibrio entre la inyección de energía y potencia y los retiros con el único y exclusivo propósito de garantizar la eficiencia y funcionamiento del mercado, sobre la base de reglas pre establecidas.

Por lo mencionado, la acreencia de ELECTROPERÚ no corresponde al pedido de pago de una indemnización por daños extracontractuales, sino al pago por la energía y potencia inyectada al SEIN, según reglas (de participación, funcionamiento, papel de cada actor, mecanismos de determinación de acreedor y deudor, precio) previa y claramente establecidas.

Esta acreencia de ELECTROPERÚ, en tanto constituye una acción creditoria, *“tiene como característica fundamental su prescriptibilidad, al contrario de las acciones personales y reales entre las cuales las hay imprescriptibles (...)”*<sup>39</sup>.

*“La prescripción extintiva es una institución jurídica según la cual, el transcurso de un determinado lapso extingue la acción que el sujeto tiene, para exigir un derecho ante los tribunales”*<sup>40</sup>.

En tal sentido, resulta necesario determinar el plazo prescriptorio que establece el Código Civil teniendo en cuenta el tipo de acción a ejercitar por el acreedor, en este caso ELECTROPERÚ, para determinar si ésta ha prescrito. El artículo 2001º establece:

*“Artículo 2001º.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:*

- 1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.*
- 2. A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.*
- 3. A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo laboral.*
- 4. A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponde contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo”.*

Las acciones previstas en los numerales 2 y 3 no tienen relación alguna con la materia de litis. Lo mismo sucede con la acción real, la que nace de una ejecutoria y la nulidad del acto jurídico señaladas en el numeral 1 y la acción de anulabilidad y la que corresponda contra representantes de incapaces derivada del cargo mencionadas en el numeral 4.

La acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual fue desvirtuada según lo manifestado en párrafos precedentes, en tanto, no corresponde a la acreencia de ELECTROPERÚ al no existir daño y emanar de un título otorgado conforme las reglas del MCP del sector eléctrico.

La acción creditoria no está expresamente contemplada en lo dispuesto por el artículo 2001º del Código Civil; sin embargo, tal como lo señala la doctrina *“El Código Civil no las distingue con este nomen iuris pues están comprendidas bajo la denominación*

<sup>39</sup> VIDAL RAMIREZ, Fernando. Prescripción Extintiva y Caducidad. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1996, p. 167.

<sup>40</sup> RUBIO CORREA, Marcial. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. En: Para leer el Código Civil. Volumen VII. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1997. Cuarta Edición. Lima, p 16.

*genérica de acción personal y a ellas se refiere también el inciso 1 del artículo 2001º cuando fija el plazo prescriptorio de diez años para la acción personal”<sup>41</sup>.*

*“El plazo ordinario para la prescripción de las acciones creditorias viene a ser, pues, de diez años y debe también entenderse fijado de manera abstracta, ya que, en este término, prescriben todas aquellas a las que el propio Código Civil u otra norma legal no les fija un plazo diverso”<sup>42</sup>.*

Es así que no sólo las acciones creditorias están comprendidas en el numeral 1 del artículo 2001º del Código Civil, sino también aquellas que no tienen plazo establecido ni en el Código Civil, ni en leyes especiales, debiendo entenderse por tanto, que la acción personal a que hace referencia el dispositivo indicado es la norma general, para aquellas acciones que por su naturaleza son prescriptibles y no han sido recogidas expresamente.

El tal sentido, para el petitorio de ELECTROPERÚ, el plazo prescriptorio a tomar en cuenta es el previsto en el inciso 1) del artículo 2001º del Código Civil.

### **3.3.2. Sobre los requisitos de validez de la Resolución Nº 006-2012-OS/CC-66:**

CASAPALCA cuestiona la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que resolvió en primera instancia señalando que existe un defecto grave en la motivación por cuanto nada de lo señalado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, ni de forma individual, ni conjunta, sirve de motivo para desestimar la Excepción de Prescripción Extintiva.

Tal como se dijo anteriormente, el requisito que alega CASAPALCA es formal y, al mismo tiempo, se identifica con la declaración expresa de las circunstancias fácticas y jurídicas que han promovido la emisión del acto<sup>43</sup>.

El desarrollo de este requisito de validez del acto administrativo está contenido en el artículo 6º de la LPAG, a partir del cual se desprende que la motivación debe contener los presupuestos que justifican la decisión adoptada por la administración, de tal forma que se asegure la eliminación de decisiones arbitrarias que puedan afectar derechos de los administrados.

Cabe precisar que cuando una motivación es defectuosa, se vulnera el derecho de defensa y el debido proceso del administrado, debido a que la insuficiencia de motivación no permite a la parte afectada hacer uso de algún recurso impugnativo, por cuanto no sabría cuales son los motivos que justifican el acto dirigido hacia él.

CASAPALCA debe tener en cuenta que el pronunciamiento no favorable que emite el juzgador de primera instancia no coincide con su posición no implica que la resolución materia de impugnación tenga una motivación defectuosa como señala, por cuanto la motivación de la resolución materia de apelación está debidamente clara y sustentada a partir razonamientos lógicos y jurídicos sobre la base de lo dispuesto por las normas sectoriales aplicables y el análisis de los argumentos expuestos por ambas partes. Es esta adecuada motivación la que ha permitido que CASAPALCA interponga su recurso de apelación, de tal forma que ha intentado refutar cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, de no haber estado debidamente motivada no hubiera podido hacer uso de su derecho.

<sup>41</sup> VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. Cit. p.167

<sup>42</sup> Op. cit.

<sup>43</sup> VINCES ARBULÚ, Martín. Op. Cit .p.5.

Por lo expuesto, se ha constatado que la resolución impugnada sí cumple con el requisito esencial de todo acto administrativo que es el de estar debidamente motivada.

De otro lado, CASAPALCA señala que la resolución materia de impugnación vulnera lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 3º de la LPAG, el cual señala que el acto administrativo debe expresar con precisión el objeto o contenido de la resolución.

**“Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos:**

*Son requisitos de validez de los actos administrativos:*

(...)

2. *Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación”.*

A entender de CASAPALCA la resolución materia de impugnación no ha cumplido con los requisitos que la norma precitada establece; por lo que, solicita su nulidad de conformidad por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG.

**“Artículo 10º.- Causales de nulidad:**

*Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, (...).”.*

Respecto de los requisitos de validez del objeto del acto administrativo, cabe señalar que el objeto es *“aquello que decide, declara o certifica la autoridad”<sup>44</sup>.*

En ese sentido, la determinación del objeto *“resulta indispensable a fin de que pueda determinarse con claridad los efectos jurídicos del acto, por lo cual debe ser posible, lícito y estar determinado de manera precisa”<sup>45</sup>*, de conformidad con lo dispuesto por los artículos precitados de la LPAG.

La licitud del objeto, implica que las actuaciones de la autoridad sean de conformidad con la normativa vigente, a partir del análisis efectuado de la resolución materia de impugnación se verifica que la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se ha fundamentado en la normativa vigente, pertinente y aplicable.

Para CASAPALCA la solicitud de ELECTROPERÚ se encuentra prescrita por tener naturaleza extracontractual.

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha sustentado con un análisis lógico y normativo que la naturaleza del conflicto se circunscribe al ámbito regulatorio y constituye una acción creditoria, desvirtuando que la pretensión sea una de naturaleza extracontractual. Concluye que el plazo de prescripción corresponde a una acción personal que es de 10 años, lo que fue materia de desarrollo en el acápite anterior.

<sup>44</sup> GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. Cit. p 117.

<sup>45</sup> Op Cit.

Sobre la precisión del objeto, cabe indicar que éste “sirve para determinar con claridad los efectos jurídicos perseguidos a través de la emisión del acto administrativo”<sup>46</sup>, en el presente caso la resolución determinó que el plazo prescriptorio de la acción creditoria de ELECTROPERÚ correspondía a la general de 10 años.

Finalmente, lo referido a la posibilidad física y jurídica implica que el cumplimiento del objeto sea posible de ejecutarse en la realidad y sea acorde a las normas aplicables. En este sentido, al haberse determinado que el plazo prescriptorio de la pretensión de ELECTROPERÚ es de 10 años conforme corresponde a la acción personal. En atención a ello, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc desestimó la excepción de prescripción y continuó avocándose a la causa.

El cumplimiento de las características, referidas al objeto, “garantizan que el administrado conozca efectivamente los efectos jurídicos impuestos”<sup>47</sup>, de tal forma que en caso no estuviera de acuerdo con la decisión podrá presentar algún recurso administrativo, el cual, como ya se menciona, constituye un “instrumento de garantía de los derechos de los particulares mediante los cuales pueden reaccionar para la defensa de sus derechos e intereses”; y, sirve para el agotamiento de la vía administrativa<sup>48</sup>. En este caso, CASAPALCA interpuso su recurso de apelación, de tal forma que ha rebatido cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

De lo expuesto, se ha verificado que la resolución impugnada cumple con el requisito de validez referido al objeto por cuanto éste es posible, lícito y está debidamente determinado.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66 en este extremo.

### **3.3.3. Sobre el petitorio de la reclamación:**

CASAPALCA cuestiona la resolución impugnada emitida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc por cuanto considera que al no ser integrante del COES, sino hasta mayo de 2012, no le son imputables las decisiones del COES sobre asignación y valorización por los retiros que efectuó de energía y potencia durante el período mayo de 2006 a febrero de 2009 y que en todo caso éstos fueron efectuados con respaldo contractual.

Asimismo, CASAPALCA sostiene que los retiros de energía y potencia que efectuó durante el período comprendido entre los meses de mayo 2006 a febrero 2009 fueron realizados en virtud del Contrato ENERSUR, y en todo caso, si éste se reputa resuelto, estos retiros serían imputados al Contrato ELECTROPERÚ.

Al respecto, cabe señalar que mediante laudo arbitral de derecho de fecha 07 de enero de 2010, se declaró que el Contrato ENERSUR<sup>49</sup> fue debidamente resuelto de pleno derecho por ENERSUR, con efecto a mayo de 2006.

Mediante Resolución N° 18 de fecha 04 de octubre de 2010 expedida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima se declaró infundada la anulación de laudo planteada en vía judicial por CASAPALCA.

---

<sup>46</sup> Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde. Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Op. Cit. p. 135.

<sup>47</sup> VINCES ARBULÚ, Martín. Op. Cit p. 5.

<sup>48</sup> DANÓS ÓRDOÑEZ, Jorge. Op. Cit. p. 266-267.

<sup>49</sup> En virtud del cual ENERSUR se comprometía a suministrar electricidad hasta 4.5 MW.

Si bien CASAPALCA señala que se encuentra en trámite un proceso de amparo contra la mencionada Resolución N° 18 y por tanto, el laudo no ha adquirido autoridad de cosa juzgada, obra en autos la Resolución del Tribunal Constitucional, seguida en el Expediente N° 04622-2011-PA/TC de fecha 03 de mayo de 2012, mediante la cual se declaró improcedente la demanda de amparo.

Por tanto, el Contrato ENERSUR se encuentra plenamente resuelto desde mayo de 2006.

Sobre el Contrato ELECTROPERÚ, cabe señalar que en el numeral 1.4 de la Clausula Primera las partes estipularon:

*“1.4. Ambas partes declaran conocer que EL CLIENTE tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de suministro de electricidad con ENERSUR celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4,5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por El CLIENTE con ENERSUR hasta el término del citado contrato”*

Así teníamos dos contratos, suscritos con distinto proveedor -generador- que establecían los siguientes suministros:

- i) Contrato ENERSUR: 4,5 MW;
- ii) Contrato ELECTROPERÚ: por encima de los 4,5 MW.

Cabe precisar que ambos comprendían el período mayo 2006 a febrero 2009 (en la cláusula cuarta del Contrato ELECTROPERÚ se estipuló el plazo hasta febrero 2012). Las partes no pactaron que el Contrato ELECTROPERÚ reemplazaría al Contrato ENERSUR en el eventual caso que éste fuera resuelto, ni existe disposición alguna que establezca tal situación, mal podría entonces atribuírsele a ELECTROPERÚ estos retiros como parte de su Contrato.

En tal sentido, contrariamente a lo que señala la apelante al sustentar su recurso respecto de este extremo, al haberse declarado resuelto el Contrato ENERSUR, los retiros que efectuó CASAPALCA durante el período que comprende la litis por debajo de los 4,5 MW carecían de respaldo contractual.

Es de anotar que durante el período comprendido de mayo 2006 a febrero de 2009, el COES asignó y valorizó los retiros efectuados por CASAPALCA teniendo en cuenta lo estipulado tanto en el Contrato ELECTROPERÚ (por el exceso de 4,5 MW), como en el Contrato ENERSUR (hasta 4.5 MW).

Ante la declaración de la resolución del Contrato ENERSUR, los retiros de CASAPALCA hasta por 4,5 MW no tenían “asignación” -ya no correspondía atribuírsela a ENERSUR bajo ningún contrato-. Por tanto, correspondía al COES, como administrador del MCP; en uso de las facultades conferidas por los artículos 12° y 14°, inciso g) de la Ley de Desarrollo Eficiente, valorizar nuevamente estos retiros, que como se dijo en el párrafo precedente primigeniamente valorizó sobre la base de la existencia del Contrato ENERSUR, y asignarlos entre las empresas generadoras que participaban en el SEIN durante ese período.

El COES efectuó esta valorización aplicando el Procedimiento Técnico N° 10 del COES denominado “Valorización de las Transferencias de Energía Activa entre

Generadores Integrantes<sup>50</sup> del COES” para la revalorización de los retiros. Lo cual es cuestionado por CASAPALCA por cuanto considera que no es procedimiento aplicable dado que sólo involucra a generadores.

Este Procedimiento Técnico se sustenta en lo dispuesto en los artículos 107° y 108° de la LCE que regulan la valorización y pago por estas transferencias.

Mediante este Procedimiento se determinan las transferencias reales de energía y potencia de cada generador a fin de valorizar los excesos de energía y potencia transferida por los generadores (más allá de las cantidades pactadas) y el excedente, denominado Saldo Resultante<sup>51</sup> será asignado a cada generador integrante - generador que tuvo la capacidad de entrega de energía durante el período al que se refiere la liquidación-, prorateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectúa la valorización.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 9.1<sup>52</sup> del Procedimiento Técnico N°10 en cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión solo deben existir Entregas y Retiros de generadores integrantes involucrados.

Al haberse declarado resuelto el Contrato ENERSUR, lo que inicialmente se le asignó a ENERSUR en virtud del referido contrato, correspondía ser imputado a los generadores que, en dicho período, tuvieron la capacidad de hacerlo, encontrándose entre ellos ELECTROPERÚ -cuyo Contrato ELECTROPERÚ no era aplicable porque sólo era válido para suministro mayor a 4,5 MW-. Es innegable que habiéndose atendido la demanda de CASAPALCA, mediante los retiros que efectuó y que son materia de litis- CASAPALCA está obligada a pagar por ello.

Sobre el análisis expuesto, este Tribunal coincide con el órgano de primera instancia en el sentido que las asignaciones efectuadas por el COES fueron las correctas sobre la base de un procedimiento vigente y válido. Evidentemente este Procedimiento sólo considera a generadores, en tanto son los únicos que pueden producir energía para cubrir los Saldos Resultantes que se puedan dar, ya sea de demanda o de oferta.

<sup>50</sup> El numeral 6.1. del artículo 6° del Procedimiento Técnico N° 10, define al generador integrante, como generador cuyas instalaciones forman parte del SEIN.

<sup>51</sup> Numeral 9.4 del artículo 9° del Procedimiento Técnico N° 10’.

<sup>52</sup> Procedimiento Técnico N° 10:

Numerales 9.1; 9.2; 9.3; y 9.4.

*“9.1 En cada Barra de Transferencia se debe cumplir que la sumatoria de Entregas debe ser igual a la sumatoria de Retiros. En cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión solo existirán Entregas y Retiros de generadores integrantes involucrados.*

*Al efectuarse el balance de energía en cada Barra de Transferencia del Sistema Principal de Transmisión, el error admisible no deberá ser mayor de 2% del Retiro (si el error es negativo) o de la Entrega (si el error es positivo) del Transmisor. Si la diferencia del balance es igual o menor que el error admisible, dicha diferencia se cerrará con la Entrega o Retiro del Transmisor según dicho error sea positivo o negativo respectivamente.*

*Si la diferencia del balance es superior al error admisible, deberán verificarse los perfiles de las Entregas y Retiros en dicha barra. Si después de dicha verificación persistiera el error, la División de Evaluación y Estadística cerrará el balance provisionalmente, para efectos de la transferencia de energía, con el Retiro o Entrega del Transmisor según sea el caso, debiendo revisar en detalle toda la medición que lleve a dar solución al problema dentro de los 15 días siguientes de aprobada la valorización.*

*De considerarlo necesario el COES requerirá que los propietarios de la medición efectúen, bajo su supervisión, el contraste de los medidores y/o la correcta sincronización de sus relojes. El resultado de dicho análisis y el ajuste a que de lugar, se incluirán en la siguiente valorización.*

*9.2. Las Entregas y Retiros de cada generador integrante serán valorizadas al Costo Marginal de Corto Plazo de la Barra de Transferencia correspondiente.*

*9.3. Para cada generador integrante se determina su Saldo de Transferencias que resulta de la sumatoria de las valorizaciones de sus Entregas menos la sumatoria de las valorizaciones de sus Retiros.*

*La sumatoria de los Saldos de Transferencias en el Sistema Principal de Transmisión de los generadores integrantes constituirá el Saldo Resultante.*

*9.4. El Saldo Resultante será asignado a cada generador integrante, prorateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectúa la valorización (...).”*

Debemos tener en cuenta que estos mecanismos de compensación que rigen el mercado eléctrico -como el Procedimiento Técnico N° 10- tienen como objetivo fundamental salvaguardar el funcionamiento del mercado eléctrico.

De otro lado, CASAPALCA afirma que recién es integrante del COES a partir del 23 de mayo de 2012 y por tanto, las valorizaciones (revalorizaciones) efectuadas por el COES por los retiros de mayo 2006 a febrero de 2009 no le pueden ser imputadas; y, sostiene que ninguna de las normas que sirven de fundamento a la decisión adoptada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc faculta a éste a asignar a agentes no integrantes.

Al respecto, cabe mencionar que el inciso b) del artículo 43° de la LCE establece que están sujetos a regulación de precios los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los usuarios libres, los cuales serán determinados de acuerdo con lo que se establece en el artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente.

Cabe resaltar que este dispositivo no hace distinción entre integrantes o no del COES, sólo se refiere a clientes libres, calidad que tiene CASAPALCA y que nunca ha negado, calidad que le permite su conexión al SEIN.

El referido artículo 14° señala entre las funciones operativas del COES, la determinación y valorización de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES.

Se entiende como agente, según el numeral 1) del artículo 1° de la Ley de Desarrollo Eficiente, a los generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres.

Por su parte, el artículo 3° del Reglamento del COES, establece textualmente que:

*“El COES está compuesto por Integrantes Obligatorios e Integrantes Voluntarios. Los Integrantes Registrados son los Integrantes Obligatorios así como los Integrantes Voluntarios que hayan optado por registrarse en el COES.*

(...)

*3.4 Los nuevos Agentes o los existentes que se conectan al SEIN, pasan a ser Integrantes del COES conforme a lo establecido en el presente artículo”.*

De otro lado, el numeral 12.2 de la Ley de Desarrollo Eficiente establece que las decisiones del COES son de cumplimiento obligatorio por los agentes.

En este mismo sentido, se expresa también el numeral 6.1<sup>53</sup> del artículo 6° y el artículo 4<sup>54</sup> del Reglamento del COES al señalar que sus resoluciones son de aplicación y cumplimiento obligatorio por todos los agentes del sistema.

---

<sup>53</sup> Reglamento del COES:

**“Artículo 6°: Aplicación y modificación de Procedimientos**

6.1. Los Procedimientos aprobados por OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los Agentes.

(...)”.

<sup>54</sup> Reglamento del COES:

**“Artículo 4°: Autoridad**

Las decisiones que emitan la Dirección Ejecutiva y el Directorio del COES en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen carácter obligatorio para todos los Agentes...”.

El artículo 101<sup>o55</sup> de la LCE señala que es materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES, que como reiterativamente hemos manifestado, y dentro de éstas la de valorizar los retiros de energía y potencia del SEIN.

A su vez, el inciso c) del artículo 201° del Reglamento de la LCE, establece como incumplimiento para el usuario libre el “[n]o efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES”. Son justamente las valorizaciones materia de litis comprendidas en este supuesto que permiten que los integrantes del COES, entre ellos los usuarios libres, procedan al pago por el retiro de potencia y energía.

De las normas indicadas se colige que no se requiere la inscripción formal de los operadores en el registro del COES, para ser considerado agente o integrante del COES, sino la condición fáctica de estar conectado al SEIN, que es lo que habida cuenta le permite en el caso de los usuarios libres, retirar energía y potencia, que de otro modo no lo podría hacer.

En tal sentido, los agentes, entiéndase generador, distribuidor, transmisor y usuario libre, están obligados a cumplir las decisiones del COES. Estas decisiones están sujetas a supervisión y son pasibles de sanción si se verifica su cumplimiento.

Por último, CASAPALCA rechaza la aseveración del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sobre que teniendo en cuenta su mismo criterio, CASAPALCA reconoció el pago a un grupo de empresas generadoras integrantes del COES por las asignaciones de retiros de energía y potencia que éste efectuó en el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009, mediante la suscripción de acuerdos privados; sosteniendo que pagó a estas generadores por el referido concepto de acuerdo con criterios privados pertinentes acordados entre las partes.

Los acuerdos privados que haya suscrito CASAPALCA con otras generadores a fin de honrar su deuda proveniente de la asignación y valorización efectuada por el COES sobre los retiros sin contrato realizados durante el período mayo 2006 a febrero 2009 no son están en discusión y por tanto, no es materia de competencia de este colegiado. Sin embargo, ello es una referencia que redund a favor de la decisión adoptada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en tanto se evidencia que CASAPALCA reconoció la decisión del COES y procedió al pago de los otros generadores asignados.

Se ha verificado que la decisión del COES, en tanto facultado por ley para realizar las asignaciones y valorizaciones por retiro de energía y potencia del SEIN, se encuentra arreglada a ley. Por lo que corresponde a CASAPALCA realizar el pago correspondiente a los retiros de energía y potencia del SEIN durante el período mayo 2006 a febrero 2009 asignados por el COES a favor de ELECTROPERÚ.

Por lo expuesto, corresponde desestimar la impugnación de CASAPALCA y confirmar en este extremo la resolución impugnada.

### **3.4. Solicitud de suspensión de ejecución de resolución impugnada**

Atendiendo al estado del proceso, carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto.

---

<sup>55</sup> LCE:

**“Artículo 101º: Es materia de fiscalización por parte del OSINERG:**

(...).

c) El cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES.

...”

Sin perjuicio de lo manifestado, cabe señalar que el artículo 192º de la LPAG establece que los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

A su vez, el numeral 216.2 del artículo 216º de la misma norma establece que se podrá determinar la suspensión de la ejecución cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o se aprecie objetivamente un vicio de nulidad trascendente.

Del pedido de la apelante no se aprecia que se haya sustentado que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible reparación y asimismo, conforme con el análisis efectuado por el Tribunal, no se apreció objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley Nº 27332, el Reglamento General de OSINERGMIN; aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM, el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN Nº 0826-2002-OS/CD y modificado por las Resoluciones Nos. 315-2005-OS-CD, 229-2006-OS/CD, 488-2007-OS/CD, 752-2007-OS/CD y 674-2008-OS-CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

#### **SE RESUELVE:**

**ARTÍCULO 1º.-** Denegar la solicitud de COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. sobre suspender el Procedimiento Administrativo de Solución de Controversias seguido por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. contra COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., en atención a lo expuesto en el numeral 3.1. de la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO 2º.-** Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., por las razones expuestas en el numeral 3.2 de la parte considerativa de la presente resolución y confirmar en todos sus extremos la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 005-2012-OS/CC-66.

**ARTÍCULO 3º.-** Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., por las razones expuestas en el numeral 3.3 de la parte considerativa de la presente resolución y confirmar en todos sus extremos la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 006-2012-OS/CC-66, declarando fundada la solicitud de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. respecto del pago reclamado a COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. por S/.4 571 296,50 sin IGV (S/ 5 439 842,84 incluyendo IGV), por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009.

**ARTÍCULO 4º.-** Disponer que COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. debe cumplir con remitir información a la Secretaria General del Tribunal de Solución de

Controversias del correspondiente cumplimiento de lo ordenado por la presente resolución en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles desde la recepción de la presente resolución.

**ARTÍCULO 5º.-** Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución apelada.

**ARTÍCULO 6º.-** Dar por agotada la vía administrativa, informando a las partes que la presente Resolución únicamente puede ser impugnada ante el Poder Judicial, en la vía del proceso contencioso administrativo, en el plazo de tres (03) meses contados desde el conocimiento o notificación del acto materia de impugnación, lo que ocurra primero.

---

Aníbal Eduardo Ísmodes Cascón  
Presidente

---

Roberto Carlos Shimabukuro Makikado  
Miembro

---

Oswaldo García Bedoya  
Miembro