



San Isidro, 19 de febrero de 2021

COES/D-135-2021

Señor
Alfredo Len Álvarez
Representante Legal
CELEPSA
Presente.-

Asunto: RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR COMPAÑÍA ELÉCTRICA EL PLATANAL S.A. CONTRA LAS DECISIONES ADOPTADAS POR LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DEL COES, CONTENIDAS EN LOS PROGRAMAS DIARIOS DE OPERACIÓN COMUNICADOS LOS DÍAS 31.12.2020, 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021, 05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021 09.01.2021, 10.01.2021, 11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021 Y 14.01.2021, MEDIANTE LOS INFORMES COES/D/DO/SPR-IPDO-001-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-002-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-003-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-004-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-005-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-006-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-007-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-008-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-009-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-010-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-011-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-012-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-013-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-014-2021 Y COES/D/DO/SPR-IPDO-015-2021

Ref. : Recurso de Reconsideración presentado por **CELEPSA** el 22.01.2021

De mi consideración:

Me dirijo a usted en atención al recurso de reconsideración interpuesto por su representada, contra los Informes COES/D/DO/SPR-IPDO-001-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-002-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-003-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-004-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-005-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-006-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-007-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-008-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-009-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-010-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-011-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-012-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-013-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-014-2021 y COES/D/DO/SPR-IPDO-015-2021, los Programas Diarios de Operación correspondientes a los días 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021, 05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021, 09.01.2021, 10.01.2021, 11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021, 14.01.2021 y 15.01.2021 (en adelante, las "Decisiones Impugnadas").

Al respecto, como resultado del análisis del referido recurso, la DCOES ha concluido en lo siguiente:

PRIMERO: Declarar **PROCEDENTE** la Solicitud de Intervención presentada por la empresa KALLPA GENERACIÓN S.A. el 10 de febrero de 2021 en el proceso impugnatorio iniciado por la empresa COMPAÑÍA ELÉCTRICA EL PLATANAL S.A., contra las Decisiones adoptadas por la Dirección Ejecutiva del COES, contenidas en los Programas Diarios de Operación comunicados los días 31.12.2020, 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021, 05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021, 09.01.2021, 10.01.2021, 11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021 y 14.01.2021, mediante los informes COES/D/DO/SPR-IPDO-001-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-002-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-003-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-004-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-005-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-006-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-007-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-008-2021,

COES/D/DO/SPR-IPDO-009-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-010-2021,
COES/D/DO/SPR-IPDO-011-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-012-2021,
COES/D/DO/SPR-IPDO-013-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-014-2021 y
COES/D/DO/SPR-IPDO-015-2021, según lo indicado en el numeral 3.2 de la
presente Decisión.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración
presentado por COMPAÑÍA ELÉCTRICA EL PLATANAL S.A., con fecha 22
de enero de 2021 contra las Decisiones adoptadas por la Dirección Ejecutiva
del COES, contenidas en los Programas Diarios de Operación comunicados
los días 31.12.2020, 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021,
05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021, 09.01.2021, 10.01.2021,
11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021 y 14.01.2021, mediante los informes
COES/D/DO/SPR-IPDO-001-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-002-2021,
COES/D/DO/SPR-IPDO-003-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-004-2021,
COES/D/DO/SPR-IPDO-005-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-006-2021,
COES/D/DO/SPR-IPDO-007-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-008-2021,
COES/D/DO/SPR-IPDO-009-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-010-2021,
COES/D/DO/SPR-IPDO-011-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-012-2021,
COES/D/DO/SPR-IPDO-013-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-014-2021 y
COES/D/DO/SPR-IPDO-015-2021, según lo indicado en el numeral 3.3 de la
presente Decisión.

Se adjunta documento con el sustento correspondiente.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para saludarlo.

Atentamente,



Comité de Operación Económica del
Sistema Interconectado Nacional

**DECISIÓN DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DEL COES
RESPECTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN
DE COMPAÑÍA ELÉCTRICA EL PLATANAL S.A.**

Sumilla: Recurso de Reconsideración interpuesto por COMPAÑÍA ELÉCTRICA EL PLATANAL S.A. contra las Decisiones adoptadas por la Dirección Ejecutiva del COES, contenidas en los Programas Diarios de Operación comunicados los días 31.12.2020, 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021, 05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021, 09.01.2021, 10.01.2021, 11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021 y 14.01.2021, mediante los informes COES/D/DO/SPR-IPDO-001-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-002-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-003-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-004-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-005-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-006-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-007-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-008-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-009-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-010-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-011-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-012-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-013-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-014-2021 y COES/D/DO/SPR-IPDO-015-2021.

Lima, 19 de febrero de 2021

LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DEL COES:

I.- ANTECEDENTES

1.1 Con fechas 31.12.2020, 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021, 05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021, 09.01.2021, 10.01.2021, 11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021 y 14.01.2021, el COES comunicó mediante los informes COES/D/DO/SPR-IPDO-001-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-002-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-003-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-004-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-005-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-006-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-007-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-008-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-009-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-010-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-011-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-012-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-013-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-014-2021 y COES/D/DO/SPR-IPDO-015-2021, los Programas Diarios de Operación correspondientes a los días 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021, 05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021, 09.01.2021, 10.01.2021, 11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021, 14.01.2021 y 15.01.2021 (en adelante, las "Decisiones Impugnadas").¹

1.2 Con fecha 22.01.2021, COMPAÑÍA ELÉCTRICA EL PLATANAL S.A. (en adelante, "CELEPSA" o la "Impugnante") interpuso recurso de reconsideración (en adelante, el "Recurso de Reconsideración") contra las Decisiones Impugnadas, sosteniendo que



¹ En el petitorio de su Recurso de Reconsideración, CELEPSA señala que las decisiones impugnadas son los PDO "correspondiente a los días 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 de enero de 2021".

estas se han emitido considerando lo establecido en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-2000-EM conforme a su última versión establecida en el Decreto Supremo N° 043-2017-EM, a pesar de que dicho artículo ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por vicio de nulidad.

- 1.3 Para tales efectos, CELEPSA presentó en calidad de nueva prueba, la sentencia de Acción Popular N° 28315-2019 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 21 de setiembre de 2020 (en adelante, la “Sentencia”).
- 1.4 Mediante documento recibido con fecha 10.02.2021, KALLPA GENERACIÓN S.A. (en adelante, “KALLPA”) solicitó su intervención en el procedimiento impugnatorio iniciado por CELEPSA². La concordancia con lo dispuesto en la normativa aplicable será analizada en el numeral 3.2 del presente documento.

II.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

2.1 Petitorio de CELEPSA

El Recurso de Reconsideración contiene como pretensión que el COES declare que existe un error en la normativa aplicable para la emisión de las Decisiones Impugnadas; y, en consecuencia, declare que la Programación Diaria de la Operación debe ser realizada considerando únicamente lo establecido en el artículo 99° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

2.2 Argumentos de CELEPSA

CELEPSA sustenta su pretensión bajo los siguientes argumentos:

- 2.2.1 Respecto a la procedencia del Recurso de Reconsideración, CELEPSA señala que el Directorio del COES se ha pronunciado sobre el recurso impugnatorio contra los Programas Diarios de Operación. Al respecto, señala que, si bien no sería factible revocar un Programa Diario de Operación, sí resulta posible revisar la legalidad de dichos programas a fin de determinar si estos han sido emitidos de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.
- 2.2.2 Que, lo anterior, concuerda con lo indicado en la Orden del Día 3 de la Sesión del Directorio COES N° 499, Orden del Día 2 de la Sesión del Directorio COES N° 501, Orden del Día 4 de la Sesión del Directorio COES N° 503, Orden del Día 3 de la Sesión del Directorio COES N° 509, entre otros.
- 2.2.3 En cuanto al fondo del recurso, CELEPSA señala que la sentencia de Acción Popular N° 28315-2019 ha declarado nulo el Decreto Supremo N° 043-2017-EM (el “DS 043”); y, en consecuencia, nulo el artículo 5° del Decreto Supremo 016-2000-EM (el “DS 016”).
- 2.2.4 CELEPSA sostiene que, mediante dicha sentencia, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (la “Sala Suprema”) estableció que el DS-043 vulnera una serie de principios y disposiciones legales, que se detallan a continuación.



² KALLPA presentó una solicitud de intervención respecto a la reconsideración presentada por CELEPSA contra los PDO de los días 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021, 05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021, 09.01.2021, 10.01.2021, 11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021, 14.01.2021 y 15.01.2021.

2.2.5 Se vulnera el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, toda vez que:

- En la práctica, se le otorga una ventaja injustificada a un sector de las empresas generadoras, en perjuicio de los demás actores, cuando el propio Ministerio de Energía y Minas (MINEM) había reconocido que existía una obligación de declarar sus verdaderos costos de producción.
- Asumir que las obligaciones de compra *take or pay* o *ship or pay* generan que dichos costos sean fijos implica otorgarle a cierto sector la posibilidad de modificar y, en cierta medida, manipular el mercado a su conveniencia en base a un acuerdo entre privados, lo cual no se ajusta a nuestro esquema constitucional.
- Se debió ponderar el perjuicio que se genera con esta medida para el resto de las empresas generadoras -algunas de las cuales operan con recursos del Estado- y para los usuarios finales, evaluando si tales consideraciones resultan necesarias y son justificables en un Estado Constitucional de Derecho.

2.2.6 Adicionalmente, la Sala Suprema indica que el DS 043 vulnera el Principio de Igualdad, pues el ordenamiento del sector eléctrico no contempla disposición alguna que permita o justifique la diferenciación efectuada por el MINEM, ni existe una justificación objetiva y razonable para conceder a un sector específico de actores del mercado eléctrico la posibilidad de declarar costos distintos a los que realmente incurre.

2.2.7 Además, la Sala Suprema señala que el DS 043 vulnera los artículos 8°, 42°, 47° y 51° de la Ley de Concesiones Eléctricas y el principio de eficiencia del mercado eléctrico, establecido en el artículo 12° de la Ley N° 28832, que exige que se genere electricidad al mínimo costo; en la medida que el DS 043 modifica su contenido y altera el esquema que rige el mercado eléctrico peruano.

2.2.8 Por otro lado, CELEPSA señala que la sentencia emitida es vinculante para el COES, por tanto, no puede aplicar una norma nula en la programación del despacho.

2.2.9 Así, la Impugnante señala que la sentencia emitida es firme y tiene autoridad de cosa juzgada, la cual comprende tanto la parte resolutive como la parte considerativa de la sentencia; por lo que ambas partes son vinculantes para su cumplimiento. Por tanto, además de la declaración de nulidad, le resulta vinculante la imposibilidad de mantener las tres vulneraciones causadas por el DS 043.

2.2.10 Asimismo, la Impugnante indica que el artículo 82° del Código Procesal Constitucional, establece que las sentencias recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes vinculan a todos los poderes públicos y produce efectos generales (erga omnes) desde el día siguiente a la fecha de su publicación. En tal sentido, la sentencia fue publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 21 de septiembre de 2020; por lo que, todos los poderes públicos y en general toda persona, se encuentra obligada a observar lo expuesto en los fundamentos y fallo de la sentencia, desde el 22 de septiembre de 2020.



- 2.2.11 CELEPSA señala que con la declaratoria de nulidad del DS 043, el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-2000-EM ha sido expulsado del ordenamiento jurídico. Por tanto, dado que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-2000-EM establecía una regla de excepción para los precios de generación con gas natural, respecto de la norma general establecida en el artículo 99° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (“RLCE”); en tanto no se promulgue un nuevo decreto supremo para el reporte de precios de gas natural para generación eléctrica, este debe hacerse siguiendo las mismas reglas que aplican a todos los demás combustibles conforme al referido artículo 99° del RLCE.
- 2.2.12 En ese sentido, CELEPSA indica que al expulsarse del ordenamiento el artículo 5° del DS 016, también lo han sido las normas que desarrollan su aplicación, concretamente, el Anexo 3 del Procedimiento Técnico del COES N° 31 – Cálculo de los Costos Variables de las Unidades de Generación (PR-31), aprobado mediante Resolución N° 156-2016-OS/CD, así como todas las disposiciones de dicho procedimiento que desarrollen el artículo 5° del DS 016; por lo que el COES no puede aplicar dichas normas para la programación diaria.
- 2.2.13 Por otro lado, la Impugnante señala que no es necesario que se emita una nueva norma para efectuar el despacho de acuerdo con lo establecido en la sentencia pues si bien la sentencia ha ordenado que el MINEM emita una nueva norma para el reporte de precios de gas natural para generación eléctrica; ello no suspende los efectos de la declaración de nulidad y la expulsión del ordenamiento jurídico del DS 043 y del artículo 5° del DS 016.
- 2.2.14 Al respecto, CELEPSA señala que la Sentencia es absolutamente clara al establecer que el régimen especial para la determinación del costo variable de las centrales de generación térmica con gas natural es inconstitucional.
- 2.2.15 Finalmente, CELEPSA indica que el COES no puede ni debe esperar a la emisión de una nueva norma por el MINEM, para acatar lo establecido en la sentencia. Pues de ser este el caso, sus decisiones carecerían de vicio de nulidad por estar fundamentadas en normas que han sido declaradas inconstitucionales, nulas y han sido expulsadas del ordenamiento jurídico. Máxime cuando existe un régimen general para todas las centrales de generación que puede ser aplicado por el COES hasta que el MINEM emita una nueva norma.

2.3 Argumentos de la solicitud de intervención de KALLPA



- 2.3.1 KALLPA señala que la Sentencia no tiene efectos retroactivos, ya que aquella no contiene disposición alguna que establezca expresamente el efecto retroactivo del pronunciamiento de la Sala que la expide y tampoco señala sus alcances en el tiempo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81° del Código Procesal Constitucional.
- 2.3.2 En consecuencia, KALLPA solicita ser incorporada al recurso de reconsideración presentado por CELEPSA, y en su oportunidad, que esta sea declarada infundada.

III.- ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

3.1 Cuestiones Previas

Nueva Prueba

Antes de entrar a analizar los argumentos que fundamentan el Recurso de Reconsideración de CELEPSA, debemos precisar que, de acuerdo a lo previsto en el numeral 11.3 del Artículo Décimo Primero del Estatuto del COES, uno de los requisitos de admisibilidad del recurso de reconsideración es que la empresa impugnante presente nueva prueba instrumental. En tal sentido, para la calificación del recurso, se ha considerado como nueva prueba instrumental el documento mencionado en el numeral 1.3 de la presente Decisión.

Competencia de la DCOES para pronunciarse

De conformidad con la función asignada al COES en el literal k) del artículo 14º de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28832 y lo establecido en el Artículo Décimo Primero del Estatuto del COES respecto al ejercicio del derecho de impugnación contra las decisiones de la Dirección Ejecutiva;⁵ dicho órgano es competente para pronunciarse sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto contra las Decisiones Impugnadas.

Plazo para la presentación del Recurso

El referido Artículo Décimo Primero del Estatuto del COES establece en su numeral 3 que los recursos de reconsideración deben ser presentados dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que la decisión materia de impugnación fue comunicada al Integrante Registrado. En atención a ello, CELEPSA presentó su Recurso de Reconsideración contra las Decisiones Impugnadas dentro del plazo establecido.

3.2 Análisis de la Solicitud de Intervención

3.2.1. *Análisis de la Solicitud de Intervención*

Sobre el particular, el numeral 11.6 del Artículo Décimo Primero del Estatuto del COES refiere que cualquier Integrante Registrado podrá solicitar su intervención en el procedimiento de impugnación, como máximo dentro de los quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la publicación del recurso en el Portal de Internet del COES, añadiendo que la intervención no puede formular pretensión impugnatoria propia ni incorporar pedidos específicos distintos a los que son materia de impugnación.

En atención a los requisitos para la intervención de Integrantes Registrados, se debe indicar lo siguiente:

- En cuanto al plazo de incorporación, el Recurso de Reconsideración de CELEPSA fue publicado en el Portal de Internet del COES el 22.01.2021; siendo la fecha de vencimiento para la presentación de intervenciones el 12.02.2021. Al respecto,



⁵ Conforme al numeral 11.1 del Estatuto del COES: "Cualquier Integrante Registrado podrá impugnar las decisiones de la Dirección Ejecutiva, emitidas directamente por esta o a través de la Dirección de Operaciones o de la Dirección de Planificación de Transmisión, siempre que estén destinadas a producir efectos sobre sus intereses, obligaciones o derechos dentro de una situación concreta".

teniendo en cuenta que el pedido de intervención presentado por KALLPA fue formulado el 10.02.2021, corresponde indicar que este fue presentado dentro del plazo establecido en el Estatuto.

- En relación con que la intervención no puede formular pretensión impugnatoria propia ni incorporar pedidos específicos a los que son materia de impugnación, se debe indicar que KALLPA solicita declarar infundado el Recurso de Reconsideración de CELEPSA; es decir, manifiesta lo conveniente a su derecho dentro de los alcances planteados por la Impugnante en su Recurso de Reconsideración. En consecuencia, el pedido de intervención de KALLPA no formula pretensión impugnatoria propia ni incorpora pedidos específicos distintos a los que son materia de impugnación.

Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar PROCEDENTE la solicitud de incorporación presentada por KALLPA.

3.3 Análisis del Recurso de Reconsideración

Respecto a las afirmaciones y argumentos presentados por CELEPSA en su Recurso de Reconsideración, debemos señalar lo siguiente:

Sobre la procedencia del Recurso de Reconsideración

3.3.1 Mediante el Recurso de Reconsideración, CELEPSA impugna los Programas Diarios de Operación (“PDO”) correspondientes al 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021, 05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021, 09.01.2021, 10.01.2021, 11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021, 14.01.2021 y 15.01.2021, solicitando a la Dirección Ejecutiva que se pronuncie declarando que estos deben ser realizados considerando únicamente lo establecido en el artículo 99° del RLCE.

3.3.2 De acuerdo con el numeral 11.1 del Estatuto del COES: *“Cualquier Integrante Registrado podrá impugnar las decisiones de la Dirección Ejecutiva, emitidas directamente por esta o a través de la Dirección de Operaciones o de la Dirección de Planificación de Transmisión, siempre que estén destinadas a producir efectos sobre sus intereses, obligaciones o derechos dentro de una situación concreta”.*

3.3.3 Al respecto, de acuerdo al criterio adoptado por el Directorio del COES en decisiones previas (Ordenes del Día 3, 2, 4, 3 de las Sesiones del Directorio N° 499, 501, 503 y 509, respectivamente),⁶ los PDO emitidos por la Subdirección de Programación de la Dirección de Operaciones (que a su vez forma parte de la Dirección Ejecutiva) son decisiones del COES que determinan el despacho de las unidades de generación de dicho día, por lo que tienen la particularidad de ser definitivos y de obligatorio cumplimiento para los Agentes. Sin embargo, en la medida que implican actos de ejecución inmediata que no se pueden modificar ni devolver a su estado anterior, no son factibles de revocación.

3.3.4 Ahora bien, en el presente caso, se debe considerar que lo cuestionado por CELEPSA es una supuesta indebida aplicación del marco normativo, persiguiendo un pronunciamiento sobre la regulación aplicable para la elaboración de los PDO. De esta manera, la impugnación de CELEPSA no



⁶ Nos referimos a la Orden del Día 3 de la Sesión del Directorio N° 499 (COES/P-182-2017), Orden del Día 2 de la Sesión del Directorio N° 501 (COES/P-203-2017), Orden del Día 4 de la Sesión del Directorio N° 503 (COES/P-217-2017) y Orden del Día 3 de la Sesión del Directorio N° 509 (COES/P-030-2018).

persigue la revocación ni la anulación del programa diario ejecutado, sino que su finalidad es de naturaleza declarativa, por lo que su pedido constituye un objeto jurídica y físicamente posible. En tal sentido, por las consideraciones expuestas, el Recurso de Reconsideración resulta procedente.

Sobre el fondo del Recurso de Reconsideración

3.3.5 De acuerdo con lo desarrollado por CELEPSA, el marco normativo aplicable a efectos de los PDO debe ser el artículo 99° del RLCE. Ello, debido a que la declaración de nulidad del DS 043, acarrearía la nulidad de aquellas normas o documentos relacionados con su aplicación, tales como el Procedimiento Técnico del COES N° 31 – Cálculo de los Costos Variables de las Unidades de Generación (PR-31), aprobado mediante Resolución N° 156-2016-OS/CD.

(i) La Sentencia solo declaró la nulidad del DS 043 y no la del PR-31

3.3.6 Al respecto, corresponde mencionar que la nulidad del DS 043 decretada por la Sala Suprema no afecta las disposiciones del PR-31 que se emitió para aplicar el DS 043, ni de ninguna otra norma o acto público o privado adicional. Ello, debido a que este no fue objeto del proceso de Acción Popular, pues la única norma impugnada fue el DS 043, no existiendo un pronunciamiento de la Sala Suprema respecto a lo dispuesto en el PR-31.

3.3.7 Asimismo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 78° del Código Procesal Constitucional ("CPConst."), el cual establece que: *"la sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, **declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia**".*

3.3.8 Siendo ello así, en el presente caso la norma que fue impugnada y declarada nula fue el DS 043 y aquella que podría ser considerada como "consecuencia" de esta, según CELEPSA, sería el PR-31 o aquellas "normas que desarrollan su aplicación" [del DS 043]. No obstante, la redacción del artículo 78° del CPConst. es clara y concisa: la sentencia deberá declarar la ilegalidad o inconstitucionalidad por conexión o consecuencia.

3.3.9 Al respecto, la conexión o consecuencia han sido desarrolladas por la doctrina: **"En el fallo también debe precisarse si se están declarando inconstitucionales dispositivos no impugnados, pero que por conexión o consecuencia el Tribunal Constitucional considera también su expulsión del ordenamiento"**⁷. Es decir, la inconstitucionalidad por consecuencia no podrá ser "tácita" o "implícita", sino que esta deberá ser expresamente indicada en la sentencia (concretamente, en su parte resolutive, al precisar los alcances en el tiempo en caso la sentencia sea declarativa y tenga efectos retroactivos).



3.3.10 Asimismo, lo señalado ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional en el Expediente 0012-2014-PI/TC, al sostener que: *"el órgano competente para hacer uso de la denominada 'inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia' es el Tribunal Constitucional, y la etapa procesal para realizar dicho examen, es al momento de sentenciar, siempre que se trate de una norma no invocada por el demandante y que la misma complementa, precise o concrete el supuesto o la consecuencia de la norma declarada inconstitucional (fundamento 77 de la*

⁷ MONTROYA, Victorhugo. "El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014). Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2015, p. 295.

STC 0045-2004-PI/TC; fundamento 8 de la STC 0017-2013-P1/TC y fundamento II del ATC 0023-2013-PUTC”.

3.3.11 No obstante, ello no ocurrió en la Sentencia emitida por la Sala Suprema, toda vez que el PR-31 no ha sido declarado ni ilegal ni inconstitucional por conexión o consecuencia de manera expresa, lo cual ha sido sostenido también por KALLPA⁸. Cabe precisar, que vía pedido de aclaración u otros tampoco podría incluirse pues no fue objeto de la decisión en la parte resolutive, ya que ésta solo declaró la nulidad del DS 043.

3.3.12 En ese sentido, debido a que el CPConst. dispone que la ilegalidad o inconstitucionalidad por conexión o consecuencia debe ser expresamente declarada por el órgano jurisdiccional, no es posible concluir que los alcances de la Sentencia se extiendan al PR-31. Por lo expuesto, las Decisiones Impugnadas fueron debidamente emitidas pues el sustento bajo el cual el COES elaboró los PDOs –es decir, el PR-31– era y es válido, así como aplicable.

(ii) La Sentencia no tiene efectos retroactivos

3.3.13 En cuanto a los efectos de la Sentencia emitida por la Sala Suprema corresponde mencionar (tal y como también lo afirma KALLPA¹⁰) que ésta no tiene efectos retroactivos; es decir, no modifica ni altera normas o lineamientos emitidos previos a su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", como el PR-31 e Informe N° COES/D/SGL-106-2020 (en adelante, "Informe COES").¹¹ Por tanto, la nulidad del DS 043 ha surtido efectos a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", es decir, a partir del 22 de setiembre de 2020. Por consiguiente, el PR-31 y el Informe COES al haber sido emitidos antes de la publicación de la Sentencia, mantienen su vigencia.

3.3.14 Ello de conformidad con el artículo 81° del CPConst.¹² que prevé la posibilidad de que la declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad tenga efectos retroactivos siempre que se establezca expresamente en la Sentencia. Es decir, que **dependerá de la decisión judicial que la sentencia que declara fundada una demanda de acción popular tenga efectos retroactivos**. De esta manera, la profesora Salinas Cruz añade que "para ello, **debe determinarse en la sentencia sus alcances en el tiempo**".¹³ Por su parte, Juan Carlos Morón Urbina reitera que se trata de "una facultad a ser regulada por los jueces en su propia sentencia"¹⁴.



3.3.15 De esta manera, la Sentencia no contiene ninguna disposición que establezca el efecto retroactivo del pronunciamiento de la Sala y tampoco señala sus alcances en el tiempo. A mayor abundamiento, en los procesos constitucionales de control normativo (inconstitucionalidad y la acción popular), la regla general

⁸ En el numeral 1.3 de su solicitud de incorporación KALLPA señala que: "(...) la inconstitucionalidad de una norma (y, por ende, su expulsión del ordenamiento jurídico) no podrá ser "tácita", sino que ésta deberá ser expresamente indicada en la sentencia".

¹⁰ En el numeral 2.1 de su solicitud de incorporación KALLPA señala que: "todos los actos que se hayan realizado o hayan surtido efectos durante la vigencia del DS 043, son válidos, y los efectos de nulidad del DS 043 no se retrotraen a lo acontecido durante su vigencia. Como hemos señalado, en este caso, y dando que la Sentencia no ordena algo diferente, los efectos de nulidad del DS 043 rigen hacia adelante a partir de su publicación (a partir del 22 de setiembre de 2020)".

¹¹ Se trata del Informe que contiene la "Determinación de Precio de Gas Natural para el período julio 2020 – junio 2021" con fecha 26 de junio de 2020.

¹² Según el artículo 81° del CPConst. "Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas".

¹³ CRUZ SALINAS, Sofia. "El proceso constitucional de acción popular". En: Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional – Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica. 2009. p. 325.

¹⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. Cit. p. 208.

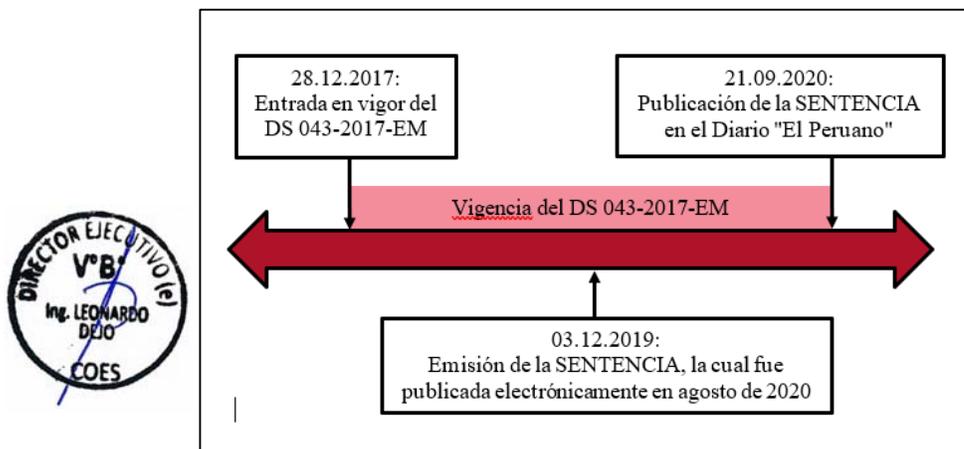
es que las sentencias tienen efectos constitutivos: la norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico peruano "a futuro", desde el día siguiente de la publicación del fallo en el Diario Oficial "El Peruano", sin tener efectos retroactivos¹⁵. Es decir, la sentencia "constituye" la inconstitucionalidad y/o ilegalidad.

En cambio, la excepción a dicha regla es que tenga efectos declarativos: que en la decisión se constate que la norma declarada inconstitucional y/o ilegal surte efectos de forma previa a la decisión¹⁶, debiéndose determinar sus efectos en el tiempo (retroactivamente). De esta manera, en estos casos, la sentencia es la que "declara" la inconstitucionalidad y/o ilegalidad, pudiendo hacerlo con efectos retroactivos, siempre y cuando así lo indique expresamente y en tanto determine sus efectos en el tiempo.

3.3.16 Así las cosas, en el supuesto que se le hubiera dado efectos declarativos y retroactivos a la nulidad –lo cual no sucedió en este caso– la Sala Suprema pudo pronunciarse sobre la aplicación de la norma en el tiempo. Así lo ha hecho la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en anteriores ocasiones (como en la sentencia recaída en el Exp. N° 02511-2010, publicada el 08 de setiembre de 2012). En el presente caso, reiteramos, no lo hizo, razón por la cual el PR-31 y el Informe COES se mantienen vigentes.

3.3.17 Por lo tanto, en concordancia con lo regulado por el artículo 82° del CPConst¹⁷, la Sentencia producirá efectos generales desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano". En ese sentido, como la Sentencia fue publicada en la separata de Procesos Constitucionales del Diario Oficial "El Peruano" el lunes 21 de setiembre de 2020, la decisión de la Corte produjo efectos desde el martes 22 de setiembre de los corrientes. A partir de esa fecha, el DS 043 no pertenece más al ordenamiento jurídico peruano, tal como se aprecia en el gráfico a continuación:

Gráfico N° 1



¹⁵ Constitución de 1993.

"Artículo 204.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal". En la misma línea está regulada la Acción Popular en el CPConst.

¹⁶ Ese es el caso de las normas tributarias, conforme al artículo 74° de la Constitución, recogido también en el artículo 81° del CPConst. en el caso de la Acción Popular.

¹⁷ **"Artículo 82 CPConst.: Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación. [...]"**.

Fuente: Elaboración propia.

- 3.3.18 No obstante, es bajo dicho argumento que CELEPSA interpreta que, desde el día siguiente de la publicación de la Sentencia, el COES ya no puede realizar la programación basándose en las normas que desarrollan las disposiciones del DS 043 declarado nulo. Dicho razonamiento no toma en cuenta que la Sentencia no ha dispuesto su efecto retroactivo en relación con el PR-31 y el Informe COES.
- 3.3.19 El presente razonamiento también resulta aplicable al Informe COES, el cual contiene la "Determinación de Precio de Gas Natural para el período julio 2020 – junio 2021" del 26 de junio de 2020 que es utilizado para la programación diaria. Ello, debido a que dicho informe no fue objeto del proceso de acción popular, ni fue mencionado en la parte resolutive de la Sentencia como anulado.
- 3.3.20 En consecuencia, contrario a lo expuesto por CELEPSA, ni el PR-31 ni el Informe COES que sustentan las Decisiones Impugnadas, perderán sus efectos, salvo que sean expresamente derogados o modificados, ya que: (1) la Sentencia no tiene efectos retroactivos (no es declarativa, sino constitutiva hacia futuro); y, (2) porque tanto el PR-31 como el Informe COES se emitieron antes de la publicación de la Sentencia en el Diario Oficial "El Peruano" y no fueron objeto del proceso de Acción Popular ni materia de pronunciamiento en la Sentencia.¹⁸

(iii) Sobre la aplicación del PR-31

- 3.3.21 CELEPSA indica que *"la Sentencia es absolutamente clara al establecer que el régimen especial para la determinación del costo variable de las centrales de generación térmica con gas natural es inconstitucional"*¹⁹. Por lo tanto, concluye que *"en tanto no se promulgue un nuevo decreto supremo para el reporte de precios de gas natural para generación eléctrica, este debe hacerse siguiendo las mismas reglas que aplican a todos los demás combustibles conforme al referido artículo 99º del RLCE"*²⁰.



- 3.3.22 Sin embargo, dicha afirmación tiene inconsistencias por lo siguiente: la Sentencia ordenó al Ministerio que se emita un Decreto Supremo que regule nuevamente; por tanto, se puede interpretar que no es de aplicación automática el artículo 99º del Reglamento LCE (régimen general), pues ese no ha sido el mandato de la Sala Suprema, ya que de lo contrario hubiese dispuesto solo la nulidad del DS 043, sin ordenar emitir un nuevo Decreto Supremo.
- 3.3.23 Por tanto, la Sentencia evidencia que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema no resuelve imponer el régimen general del artículo 99º del RLCE (costos auditados) a las generadoras termoeléctricas a gas natural, sino que ordena al Ministerio regular nuevamente²¹.
- 3.3.24 Ahora bien, atendiendo a la nulidad del DS 043 a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" y dado que esta recae única y exclusivamente sobre el DS 043, el COES deberá continuar aplicando lo

¹⁸ Reiteramos que no existe la inconstitucionalidad y/o ilegalidad "tácita" o "implícita".

¹⁹ Fundamento 4.3 del Recurso de Reconsideración de CELEPSA, p. 6.

²⁰ Fundamento 4.2 del Recurso de Reconsideración de CELEPSA, p. 5.

²¹ Cabe señalar que el DS N° 039-2017-EM también acogió el régimen de declaración de precios ("precios declarados"), proponiendo que era necesario un cambio, pero no eliminar el régimen especial a las generadoras termoeléctricas a gas.

dispuesto por el PR-31. Esto es, por ser una entidad privada,²² el COES no puede ejercer el control difuso con la finalidad de inaplicar lo regulado por el PR-31, ello debido a que es una facultad exclusiva de los órganos jurisdiccionales²³, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional:

*"Este Tribunal tiene dicho que **el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares**, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso)."*

Es decir, el COES está impedido de inaplicar el PR-31, ya que no cuenta con la competencia constitucional correspondiente.

Considerando todo lo previamente expuesto, corresponde declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración presentado por CELEPSA.

Es preciso indicar que la fundamentación de la presente Decisión es acorde con la Constitución y las normas legales aplicables, en tanto existe una justificación suficiente y coherente de lo que se resuelve, sin que sea necesario un análisis pormenorizado y/o expreso de cada una de las alegaciones que la Impugnante ha planteado.

Sobre la base de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, la Dirección Ejecutiva del COES resuelve:

PRIMERO: Declarar **PROCEDENTE** la Solicitud de Intervención presentada por la empresa KALLPA GENERACIÓN S.A. el 10 de febrero de 2021 en el proceso impugnatorio iniciado por la empresa COMPAÑÍA ELÉCTRICA EL PLATANAL S.A., contra las Decisiones adoptadas por la Dirección Ejecutiva del COES, contenidas en los Programas Diarios de Operación comunicados los días 31.12.2020, 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021, 05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021, 09.01.2021, 10.01.2021, 11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021 y 14.01.2021, mediante los informes COES/D/DO/SPR-IPDO-001-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-002-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-003-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-004-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-005-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-006-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-007-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-008-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-009-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-010-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-011-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-012-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-013-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-014-2021 y COES/D/DO/SPR-IPDO-015-2021, según lo indicado en el numeral 3.2 de la presente Decisión.



²² Artículo 12° de la Ley N° 28832, "Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica", publicada el 23 de julio de 2006 en el Diario Oficial El Peruano: "Artículo 12.- Naturaleza del COES (...) 12.2 El COES es una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público. Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes".

²³ Cabe señalar que la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC estableció como precedente vinculante que "Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución". Es decir, el Supremo Intérprete dispuso que las entidades administrativas tenían la facultad de ejercer control difuso. Sin embargo, dicho precedente fue dejado sin efecto mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de marzo de 2014, recaída en el Exp. N° 04293-2012-PA/TC.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración presentado por COMPAÑÍA ELÉCTRICA EL PLATANAL S.A., con fecha 22 de enero de 2021 contra las Decisiones adoptadas por la Dirección Ejecutiva del COES, contenidas en los Programas Diarios de Operación comunicados los días 31.12.2020, 01.01.2021, 02.01.2021, 03.01.2021, 04.01.2021, 05.01.2021, 06.01.2021, 07.01.2021, 08.01.2021, 09.01.2021, 10.01.2021, 11.01.2021, 12.01.2021, 13.01.2021 y 14.01.2021, mediante los informes COES/D/DO/SPR-IPDO-001-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-002-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-003-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-004-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-005-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-006-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-007-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-008-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-009-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-010-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-011-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-012-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-013-2021, COES/D/DO/SPR-IPDO-014-2021 y COES/D/DO/SPR-IPDO-015-2021, según lo indicado en el numeral 3.3 de la presente Decisión.

Notifíquese,



.....
Ing. LEONARDO DEJO PRADO
DIRECTOR EJECUTIVO (e)
COES