



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de noviembre de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con la abstención del magistrado Blume Fortini, aprobada en la sesión de Pleno del 23 de agosto de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Miranda Canales y los votos singulares de los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, y con el voto decisorio del magistrado Miranda Canales, en su condición de Vicepresidente del Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 10-A de su Reglamento Normativo.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Contugas SAC (Contugas) contra la resolución de fojas 1253, de fecha 22 de junio de 2017, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Contugas, en su calidad de titular de la concesión del servicio de distribución de gas natural de la Región Ica, el 20 de julio de 2016 presenta demanda de amparo contra Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin), la cual ha sido modificada con fecha 2 de agosto del 2016. Y solicita la nulidad de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 (folios 76 a 108) y 006-2016-OS/CC-97 (folios 57 a 74), de fechas 3 y 5 de febrero de 2016 respectivamente, a través de las cuales el cuerpo colegiado *ad hoc* del Osinermin declaró fundadas las reclamaciones presentadas por la Empresa de Generación Eléctrica del Sur SA (Egesur) y la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa SA (Egasa) respecto del método de facturación que Contugas les venía aplicando por el servicio de distribución de gas natural que les brinda, como consecuencia de los contratos de distribución que celebraron.

Asimismo, la demandante solicita la nulidad del procedimiento de reclamación iniciado por la Corporación Aceros Arequipa SA (Aceros Arequipa), toda vez que obedece a fundamentos similares a los expuestos por Egasa y Egesur. Finalmente, como pretensión condicional, solicita que se ordene al Estado designar a los funcionarios faltantes del Tribunal de Controversias del Osinermin y que de esa forma se garantice, a futuro, la doble instancia en los procedimientos administrativos.

Alega que, a través de las resoluciones cuestionadas, Osinermin ordenó a Contugas que se abstuviera de continuar facturando a las empresas mencionadas (Egasa, Egesur y Aceros Arequipa) por la totalidad de gas natural que les reservaba diariamente, y que, en vez de ello, les cobrase por la cantidad del recurso que efectivamente empleaban. Dicha circunstancia, a criterio de Contugas, afecta sus derechos al debido proceso, al juez determinado por ley, a la debida motivación, a la propiedad y a la libertad de contratación; así como el principio de legalidad.

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

Aduce que las empresas emplazadas, en su calidad de consumidores independientes, podían pactar válidamente de forma distinta a la empleada para los consumidores regulados (pago por lo efectivamente consumido), por lo que en ningún caso cabe la intervención del Estado; más aún si las partes acordaron que cualquier discrepancia con motivo de la relación jurídica se sometería a la jurisdicción arbitral.

Contestaciones de demanda

Contestación de demanda de Osinergrmin

El Osinergrmin contesta la demanda señalando que, si bien mediante Resolución Suprema 046-2008-EM de fecha 21 de octubre de 2008 se aprobó otorgar a Contugas la concesión del sistema de distribución de gas natural por red de ductos en la región Ica, ello no faculta a dicha empresa a desvincularse de la regulación del Estado, ya que su actuación se rige por las reglas del contrato de concesión (contrato BOOT) que se suscribió en marzo de 2009, el cual regula el régimen tarifario y de facturación al cual se encuentra sujeta la recurrente.

Dicho contrato de concesión, junto con el procedimiento de facturación para la concesión del sistema de distribución de gas natural por red de ductos en el departamento de Ica, aprobado por Resolución del Consejo Directivo 286-2015-OS/CD, de fecha 9 de diciembre de 2015, establecen la forma de facturación que debe emplear la recurrente, independientemente de la condición de sus consumidores (regulados o independientes). Sin embargo, pese a la existencia de dicha normativa, Contugas, al celebrar los contratos de distribución con las empresas Egasa, Egesur y Aceros Arequipa, amparándose en la libertad contractual, pretende hacer prevalecer un sistema de facturación ajeno a la citada regulación.

Argumentó, también, que emitió las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, en cumplimiento de sus competencias establecidas en el Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, Decreto Supremo 040-2008-EM, entendiendo que la forma de facturación a emplearse para el cobro por la distribución del gas natural se encuentra supeditada a lo establecido en el contrato BOOT y la Resolución del Consejo Directivo 286-2015-OS/CD; y, por tanto, la voluntad privada no puede primar sobre este marco legal, de obligatorio cumplimiento para la empresa concesionaria.

Contestación de demanda de Egasa

Egasa cuestiona la demanda en cuanto a la forma, manifestando que, al momento de interponerse (20 de julio de 2016), don Paúl Pedro Mendoza Vázquez no era apoderado de Contugas, ya que el poder que se le otorgó data de una fecha posterior (01 de agosto de 2016). Asimismo, plantea la excepción de prescripción, toda vez que considera que la demanda fue interpuesta fuera de los 60 días de producido el acto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

lesivo, en vista de que las resoluciones cuestionadas le fueron notificadas a Contugas el 12 de febrero de 2016, mientras la demanda se presentó recién el 20 de julio de 2016. Aunado a ello, señala que, en caso se tomara como punto de partida del cómputo del plazo prescriptorio la fecha de emisión de los oficios 25 y 27-2016-OS.CC/TSC, de fecha 28 de marzo de 2016, a través de los cuales Osinergmin comunicó que su Tribunal de Controversias no se encontraba activo, la demanda, aun así, se encontraría fuera del plazo legal. Por otro lado, alega que se ha producido la sustracción de la materia, pues el Tribunal de Controversias del Osinergmin, desde el 05 de octubre de 2016, cuenta con 3 miembros, los cuales, conforme a su reglamento, son suficientes para hacer mayoría simple y emitir un pronunciamiento válido.

Al contestar el fondo de la demanda, alega que las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97 fueron emitidas correctamente y, sin afectar ningún derecho fundamental, toda vez que la distribución de gas natural es un servicio público y, como tal, se encuentra regulado conforme a la normativa establecida por el Estado. En dicho escenario, la libertad contractual no puede desconocer, de forma alguna, los criterios regulados por ley, debiendo prevalecer estos últimos sobre cualquier tipo de acuerdo entre privados.

Contestación de demanda de Aceros Arequipa

Aceros Arequipa hace cuestionamientos de forma, argumentando que, al momento de interponerse la demanda, el apoderado de Contugas no se encontraba legitimado, ya que se le otorgó el poder recién en agosto de 2016. Asimismo, la modificación de la demanda que efectuó el actor fue totalmente arbitraria e irregular, pues, inicialmente, don Paúl Pedro Mendoza Vázquez acudió como persona natural, mientras que en el escrito de modificación de demanda lo hizo como apoderado de una persona jurídica (Contugas), por lo que corresponde que se declare la nulidad de todo lo actuado, hasta la emisión de la Resolución 1.

Por otra parte, formula las excepciones de incompetencia, falta de agotamiento de la vía previa y prescripción. Con relación a la primera excepción, argumenta que existe una vía igualmente satisfactoria para resolver la pretensión del actor, la cual está constituida por el proceso contencioso-administrativo; en cuanto a la segunda excepción, advierte que no se cumplió con agotar la instancia administrativa frente al Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin y, respecto a la tercera excepción, considera que las resoluciones cuya nulidad pretende la actora le fueron notificadas el 12 de febrero de 2016, pero que la demanda data del 20 de julio de 2016, por lo que entre tales fechas han transcurrido más de 60 días hábiles.

Al contestar el fondo de la demanda, señala que es infundada, pues, en su caso, al suscribir el contrato de distribución con Contugas, acordaron que las controversias que pudieran surgir serían resueltas por las partes y, en caso persistir discrepancias, se someterían a las instancias del Osinergmin. De la misma forma, manifiesta que el método de facturación de la demandante debe someterse a los lineamientos legales

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

establecidos en el contrato de concesión (contrato BOOT) el cual, dentro sus cláusulas, regula el denominado régimen tarifario y la facturación del servicio de distribución y el procedimiento de facturación para la concesión del sistema de distribución de gas natural por red de ductos en el departamento de Ica, aprobado por Resolución del Consejo Directivo 286-2015-OS/CD, por lo que la voluntad de las partes, expresada en los contratos de distribución, no puede exceder el marco normativo establecido. Finalmente, refiere que no existe riesgo alguno de vulneración de los derechos fundamentales de la demandante, dado que aún no se ha emitido pronunciamiento respecto a su pedido de reclamación y que las resoluciones cuestionadas, a través de la presente demanda, no constituyen ningún tipo de precedente administrativo.

Contestación de demanda de Egesur

Egesur contesta la demanda con los mismos argumentos expuestos por Egasa.

Resoluciones de primera instancia o grado

El Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 14 (fojas 940), de fecha 21 de noviembre de 2016, declaró infundadas las excepciones propuestas y declaró la sustracción de la materia respecto de la pretensión condicionada; pues, mediante Resolución Suprema 239-2016-PCM, se designó al integrante faltante del Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin. Contra este último extremo no se interpuso medio impugnatorio alguno. Asimismo, la referida resolución declaró la improcedencia de la demanda solo respecto de Aceros Arequipa, dado que no se ha acreditado que el inicio de su reclamación administrativa ante el Osinergmin constituya una amenaza contra los derechos de Contugas, continuándose el proceso respecto de Osinergmin, Egesur y Egasa. Esta última decisión fue consentida por las partes y así fue declarado mediante Resolución 23 (fojas 1086), de fecha 14 de febrero 2017.

El Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016 (fojas 960), declaró fundada en parte la demanda, tras considerar que se había acreditado la afectación de los derechos fundamentales de la recurrente a la libertad de contratación y al debido procedimiento administrativo y, en consecuencia, declaró la nulidad de las Resoluciones 006-2016-OS/CC-97 y 007-2016-OS/CC-96, pues, a su juicio, el procedimiento de facturación empleado por Contugas (facturación por la cantidad de gas reservado), en relación con las empresas Egasa y Egesur, nació de la libre voluntad de las partes contratantes; por lo que, al no existir ningún tipo de prohibición que impida acoger dicho sistema de cobros, no es posible que el Estado intervenga alterando las cláusulas contractuales convenidas voluntariamente por las partes.

Por otro lado, señaló que, de acuerdo con lo establecido en el Texto Único Ordenado del Reglamento de Solución de Controversias del Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin 223-2013-OS/CD, dicho organismo no

ms



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

tenía competencia para resolver reclamaciones vinculadas con controversias de naturaleza privada, relacionadas con el modo de facturación acordado entre el concesionario de gas natural de la región Ica y sus clientes. Por último, consideró que Osinergmin había conculcado el derecho al juez natural, dado que las partes, al suscribir los contratos de distribución de gas natural, acordaron que cualquier controversia que surgiera y que no pudiera ser solucionada por las partes de forma directa debía ser sometida a arbitraje y no a competencia del Osinergmin.

Asimismo, declaró improcedente la demanda en el extremo que se alegó afectación del derecho de propiedad.

Resolución de segunda instancia o grado

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de vista de fecha 22 de junio de 2017 (fojas 1253), confirmó la Resolución 14, de fecha 21 de noviembre de 2016, que declaró infundadas las excepciones propuestas y revocó la Resolución 16, de fecha 21 de diciembre de 2016, que constituye la sentencia de primera instancia o grado, en el extremo que declaró fundada en parte la demanda y, reformándola, la declaró improcedente en todos sus extremos, pues, a su juicio, el proceso contencioso-administrativo constituye una vía igualmente satisfactoria en la cual el recurrente puede lograr la nulidad de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97.

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

Sobre el agotamiento de la vía administrativa y la posibilidad de acudir al proceso contencioso administrativo

1. El artículo 45 del Código Procesal Constitucional establece que el proceso de amparo solo resulta procedente si los recurrentes, previa a la interposición de la demanda, han agotado la vía previa.
2. Ahora bien, de la revisión de autos se advierte que la actora, antes de acudir a la vía del proceso de amparo, presentó ante el Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin recursos de apelación contra las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97; sin embargo, la Secretaría General de dicho colegiado, a través de los Oficios 25 y 27-2016-OS.CC/TSC, de fechas 28 de marzo de 2016, manifestó su imposibilidad de dirimir la controversia, dado que, desde el 23 de octubre de 2013, no cuenta con la cantidad mínima de miembros exigidos por ley para la emisión de un pronunciamiento válido.
3. Siendo ello así, resultaría atentatorio contra el derecho a la tutela procesal efectiva de la empresa recurrente exigirle agotar la vía previa antes de acudir al proceso de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

amparo, cuando, conforme se indicó precedentemente, es la omisión del propio Estado la que le impidió obtener un pronunciamiento en segunda y definitiva instancia administrativa.

4. Por otra parte, se advierte que la Sala superior estimó que resulta de aplicación el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, toda vez que, a su juicio, el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea para tutelar las pretensiones de la recurrente —a saber, la nulidad de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97—.

5. Al respecto, cabe recordar que, en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de la causal de improcedencia mencionada en el párrafo precedente. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:

a) La perspectiva objetiva corrobora la idoneidad del proceso con la verificación de otros dos subniveles: (a.1) la estructura del proceso, si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea); y (a.2) el tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).

b) La perspectiva subjetiva centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) la urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho; y (b.2) la urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.

6. En este caso, desde una perspectiva objetiva, estimamos que corresponde dilucidar la controversia en sede constitucional porque, para acudir al proceso contencioso administrativo, resulta imperioso el agotamiento de la vía previa o, en su defecto, encontrarse exento de ello por aplicación de una de las causales previstas en el artículo 19 de la Ley 27584, que regula el proceso contencioso-administrativo; circunstancias que, como se indicó en los fundamentos jurídicos 2 y 3 *supra*, no se presentan en el caso materia de controversia.

7. Por otra parte, atendiendo a una perspectiva subjetiva, en el caso de autos se advierte la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho en cuestión, a saber, el derecho a la libertad de contratar, que, en tanto libertad de carácter patrimonial, además es una garantía institucional cuya vigencia y defensa son exigidas por el modelo de economía social de mercado consignado en la Constitución (cfr. Sentencia 008-2003-PI/TC, fundamento 16). Este Tribunal reitera la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

Fundamental que busca la vigencia del principio de justicia, pese a los riesgos que representa; como el excesivo poder político del Estado, así como el poder privado propiciado por una sociedad corporativa.

8. Además, no resolver la controversia podría generar un grave daño a los usuarios independientes del gas natural en el departamento de Ica, lo cual contravendría el mandato constitucional de cumplir con la defensa de los consumidores y usuarios reconocido en el artículo 65 de la Constitución, dispositivo por el cual se establece un principio rector para la actuación del Estado y se consigna un derecho personal y subjetivo (cfr. Sentencia 03315-2004-PA/TC, fundamento 9). Para concluir, la discusión compromete también el buen uso de un recurso natural, como es el gas, protegido por el artículo 66 de la vigente Constitución. Por consiguiente, corresponde un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

9. Sin perjuicio de lo expresado, a criterio de este Tribunal procede un pronunciamiento de fondo, es decir, una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria, aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, en virtud de las circunstancias del caso. En efecto, la empresa recurrente interpuso demanda de amparo alegando que Osinerming le ordenó abstenerse de continuar facturando a Egasa, Egesur y Aceros Arequipa (usuarios independientes) por la totalidad de gas natural reservado diariamente y al contrario procediese a cobrarles por la cantidad del recurso que efectivamente empleaban.

10. Tal alegación evidencia la urgencia de la tutela requerida, muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria, dado que dicha orden, si bien proviene de un órgano público, trae consigo la apariencia de una manifiesta arbitrariedad, toda vez que contravendría los derechos invocados, al impedirle efectuar la facturación del gas natural conforme pactaron por contrato en ejercicio de su derecho a la libertad de contratar, lo cual colisiona con el sustento vital de su actividad comercial. Esta circunstancia pone también de manifiesto la necesidad de una urgencia de tutela jurisdiccional.

Delimitación del asunto litigioso

11. La cuestión controvertida radica en determinar i) si la emisión de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, por el cuerpo colegiado *ad hoc* del Osinerming, vulnera el derecho al juez predeterminado por ley de la demandante y si el colegiado *ad hoc* del Osinerming, al resolver los reclamos presentados por Egesur y Egasa, ha actuado dentro de su competencia o no; y ii) si las resoluciones administrativas cuestionadas restringen arbitrariamente el derecho a la libertad de contratación de la demandante con otros privados utilizando facturaciones por capacidad reservada de gas natural.

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

Sobre la vulneración del derecho al juez predeterminado por ley y la competencia del Osinergmin para resolver reclamos presentados por Egesur y Egasa

12. En relación con el derecho al juez predeterminado por ley, reconocido en el artículo 39, inciso 3, de la Constitución, cuyo texto prescribe que “(...) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, (...)”, este Tribunal tiene dicho que aquel establece dos exigencias: 1) en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada *ex profeso* para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda abocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante órgano jurisdiccional; 2) en segundo término, que la jurisdicción y la competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc* (cfr. sentencias emitidas en los Expediente 0266-2002-AA/TC, Expediente 0041-2012-PA/TC, etc.).

13. Si bien el Osinergmin es el encargado de solucionar las controversias que se presentan con ocasión del proceso de aprovechamiento del gas natural (extracción, transporte y distribución), donde participan tanto los agentes económicos públicos como los privados, dicha competencia se encuentra restringida cuando, producto de la libertad de las partes contractuales, deciden que los problemas que surjan serán resueltos ante el Poder Judicial o un Tribunal Arbitral, conforme con el artículo 62 de la Constitución, cuyo texto dispone lo siguiente:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

En ese sentido, los reclamos de Egasa y Egesur contra el sistema de facturación de la demandante se encuentran amparados y tienen mecanismos o vías de resolución como la judicial o arbitral, conforme al precitado artículo 62 de la Constitución Política.

14. Este Tribunal advierte que, en atención a que la emisión de las resoluciones administrativas cuestionadas por la actora provienen de una supuesta vulneración de las cláusulas del contrato de concesión, o contrato BOOT, referidas al procedimiento de facturación a emplearse en el cobro del servicio de distribución; y, al ser dicho contrato un instrumento privado, se encuentra protegido por el artículo 62 de la Constitución; pues, en esencia, la discusión se encontraba en determinar si el

MP



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

régimen tarifario previsto en el contrato de concesión servía o no para el cálculo de la tarifa aplicable a los consumidores independientes (Egesur y Egasa) que contraten por reserva de capacidad con la concesionaria (Contugas).

15. De lo expuesto, se aprecia una vulneración del derecho al juez predeterminado por ley de Contugas, al haberse resuelto un reclamo sobre la modalidad de facturación pactada en los contratos de distribución de gas natural suscritos entre la demandante y otras empresas privadas. En otras palabras, un ente administrativo dirimió un asunto contractual cuya competencia en primer término estaba reservada, según el contrato suscrito, a un Tribunal arbitral.
16. Cabe recordar que, si bien la justicia arbitral tiene como fuente de origen el consentimiento de las partes de una relación contractual, es posible de control constitucional posterior; el cual debe realizarse conforme las pautas desarrolladas en la Sentencia 0142-2011-PA/TC, fundamentos 20 al 22.
17. Lo expresado no desconoce que, en virtud del artículo 66 de la Constitución Política, tanto los recursos naturales renovables como los no renovables constituyen patrimonio de la Nación, cuyo aprovechamiento se encuentra a cargo del Estado, el cual, a través de leyes, se encarga de regular su adecuada utilización. En virtud de dicha atribución, en todo el territorio nacional, el Osinergmin ostenta su condición de organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 26734.
18. Entre las diversas competencias de Osinerming, tal como prescriben la Ley 26734 y su reglamento, el Decreto Supremo 054-2001-PCM, se encuentra la función supervisora, regulada en el artículo 31 de su reglamento. Por ella verifica el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las entidades y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio Osinerming o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada. No obstante, la precitada competencia no incluye determinar ante conflictos sobre las cláusulas de contratos o, como en el caso de autos, determinar si el régimen tarifario establecido en el contrato sirve o no para calcular la tarifa aplicable a los consumidores independientes (Egesur y Egasa).

Sobre la vulneración del derecho a la libertad de contratación

19. La Constitución vigente en sus artículos 2, inciso 14, y 62 consagra el marco de la libertad de contratación. Este Tribunal ha establecido que dicha prerrogativa garantiza la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, la potestad de elegir al cocelebrante y la capacidad de decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual (cfr. Sentencia 07339-2006-PA/TC, fundamentos

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

del 46 y 47). Asimismo, ha precisado que de una interpretación sistemática de los dos párrafos del precitado artículo 62 se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (cfr. Sentencia 0003-2004-PI/TC, fundamento 13).

20. En el caso de autos, apreciamos que el Ministerio de Energía y Minas suscribió con la empresa demandante el Contrato de Concesión para la Distribución de Gas Natural en el departamento de Ica, de acuerdo con el cual Contugas SAC tiene la facultad exclusiva de distribuir gas natural por ductos en el departamento de Ica, para lo cual celebra contratos de distribución con sus distintos usuarios.

21. Conforme lo prescriben los numerales 2.8 y 2.9 del artículo 2 del TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo 040-2008-EM, en el servicio de distribución gas natural existen dos clases de usuarios: los usuarios regulados y los independientes. La diferencia entre uno y otro radica en que los primeros adquieren un volumen menor o igual a los treinta mil metros cúbicos estándar por día, y los usuarios independientes consumen volúmenes mayores al antes indicado.

22. El artículo 65 del mismo reglamento dispone que los usuarios regulados suscribirán con la empresa distribuidora contratos por adhesión para el suministro de gas natural, los cuales son aprobados previamente por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas. Lo cual evidencia que la libertad de contratación de los usuarios regulados está limitada; motivo por el que el Estado prevé, como modalidad especial de protección, la aprobación previa del contrato adhesivo por el Ministerio de Energía y Minas.

23. La situación cambia en el caso de los usuarios independientes, quienes ostentan libertad para establecer las cláusulas en sus contratos de distribución de gas natural, las cuales son resultado del ejercicio del derecho a la libertad de contratación. En el caso de autos, la controversia gira en torno a los contratos de distribución de gas natural que celebra la empresa demandante con sus usuarios independientes; verbigracia, el contrato suscrito entre la demandante y Egasa, cuya copia corre a folio 136 del Tomo I del expediente principal.

24. Sobre el particular, el Osinergmin afirma que, según el Contrato de Concesión, Contugas SAC, no puede celebrar contratos de distribución con sus usuarios independientes en donde se pacte una facturación según la capacidad de gas natural que el usuario pide que se le reserve, esto es, solo puede facturar por el gas que el usuario independiente consume y no por el gas que le pide reservar.

25. No obstante, la demandante informó a este Tribunal que, mediante Oficio 1643-2018-MEM/DGH, del 23 de noviembre de 2018, que obra a folio 115 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional, el Ministerio de Energía y Minas,

MP



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

contraparte que suscribió el mencionado contrato de concesión, respondió su consulta sobre los alcances de este. El Ministerio le señala a Contugas SAC que el contrato de concesión “(...) no hace referencia alguna a la inclusión de cláusulas sobre pactos de reserva de capacidad o prohibición de los mismos en los contratos que suscriba su representada con los Consumidores Independientes, no habiéndose desarrollado dichos aspectos en el respectivo contrato”.

26. De ello se colige que el ejercicio de la libertad de contratación solo puede ser limitada en dos hipótesis. La primera se da cuando existe una prohibición expresa y ella está recogida en una norma con rango de ley. La segunda se configura cuando la libertad de contratar se contrapone —exista o no prohibición expresa— a lo previsto en leyes de orden público.
27. Según reconocen las partes de este proceso, y se aprecia en los contratos de distribución de gas natural, Contugas SAC y sus usuarios independientes acordaron expresamente que el primero reservaría cierta capacidad diaria de gas natural a favor de los segundos y, en contraprestación, estos pagarían por esa reserva, independientemente del volumen de gas que efectivamente lleguen a consumir.
28. No obstante, los usuarios independientes acudieron a los cuerpos colegiados *ad hoc* del Osinergmin para cuestionar la validez y esos acuerdos. Ese órgano administrativo dictó las Resoluciones 006-2016-OS/CC-97 y 007-2016-OS/CC-96, del 5 y 3 de febrero de 2016, que, respectivamente, declararon fundadas las reclamaciones de Cusasa y Egesur y, en línea con esas empresas eléctricas, sostuvo que los acuerdos de facturación según la capacidad reservada estaban prohibidos en el contrato de concesión de Contugas SAC.
29. Para sostener lo anterior, el Osinergmin hizo referencia al literal “e” de la cláusula 14.2 del Contrato de Concesión, sin embargo, de la revisión de esa cláusula no se aprecia ninguna prohibición que impida a Contugas SAC pactar una facturación según la reserva de capacidad.
30. Ciertamente, la citada cláusula contractual menciona una facturación según el gas natural consumido, pero no establece ninguna prohibición expresa, ni tácita, de pactar otras modalidades de facturación con los usuarios independientes que, como vimos, tienen plena libertad de contratación. Lo que evidencia que no existe la prohibición invocada por el Osinergmin en sus decisiones administrativas, tal como se ha referido en el fundamento jurídico 21 *supra*.
31. Esto descarta por completo el argumento del Osinergmin de que existe una prohibición o impedimento para acordar reserva de capacidad en los contratos de distribución de Contugas SAC con sus usuarios independientes. Según la misma entidad estatal que suscribió el contrato de concesión, aquella prohibición o impedimento no existe en el acuerdo de concesión.

MPL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS SAC

32. También debe tenerse en cuenta que, dos meses antes de dictarse las decisiones del cuerpo colegiado *ad hoc* del Osinergmin, el 12 de diciembre de 2015, el Consejo Directivo del OSINERGMIN publicó su Resolución 286-2015-OS/CD, que aprobó el procedimiento de facturación para la Concesión del Sistema de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en el departamento de Ica.
33. Si bien el artículo 8, numeral 8.1, literal “c”, de ese procedimiento regula una modalidad de facturación según el gas consumido, eso tampoco significa una prohibición de pactar otras modalidades de facturación con los usuarios independientes que tienen libertad de contratación.
34. Por tanto, para este Tribunal está fehacientemente comprobado que no existe ninguna prohibición legal o contractual para que Contugas SAC celebre con sus usuarios independientes una facturación según la reserva de capacidad, de modo que una interferencia o prohibición de tales acuerdos, afectan la libertad constitucional de contratación.
35. De acuerdo con el artículo 2, numeral 24, literal “a”, de la Constitución Política, la libertad de contratación no puede ser limitada por prohibiciones tácitas o indirectas, sino solo por prohibiciones expresas y directas. Además, tales prohibiciones deben tener como fuente normas con rango de ley. Ninguna de esas dos condiciones concurre en este caso, de modo que la prohibición de contratar invocada por los demandados es inexistente, lo que significa que se trata de acuerdos celebrados dentro de los límites constitucionales.
36. Además de lo anterior, se debe tener en cuenta que el contrato de concesión y el procedimiento de facturación antes referido no constituyen una intervención inconstitucional al intentar prohibir o limitar la libertad de contratación. En ambos casos se recoge una forma de facturación, sin prohibir ni excluir otras modalidades. Ni siquiera se dispone que “solamente” se podrá facturar según el gas consumido, único supuesto en donde cabría sostener que se pretendió excluir otras formas de facturación.
37. Se debe resaltar que el Osinergmin y las empresas demandadas no han sostenido que la facturación según la capacidad reservada de gas natural contravenga alguna ley de orden público. Lo que indica que sus contratos de distribución en donde libremente han pactado esa modalidad de facturación, se celebraron dentro de los límites establecidos por el artículo 2, numeral 14, de la Constitución Política.
38. Entonces, si no existe ninguna prohibición legal y tampoco se contravienen leyes de orden público, Contugas tenía libertad para pactar una facturación por capacidad reservada de gas natural con los usuarios independientes, que tienen libertad de configurar el contenido de sus contratos. Por lo tanto, este Tribunal entiende que los contratos de distribución de gas natural que suscribieron las empresas demandadas con Contugas SAC están dentro de los límites constitucionales de la libertad de

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC
LIMA
CONTUGAS SAC

configuración interna que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido de los contratos.

39. En otras palabras, estamos ante acuerdos lícitos a los cuales se debe extender la protección constitucional que corresponde a la libertad fundamental de contratación reconocido por el artículo 2, numeral 14 y numeral 24, literal "a", y por el artículo 62 de la Constitución Política.
40. Finalmente, y como consecuencia de estimarse la demanda, este Tribunal considera que la emplazada debe asumir únicamente el pago de costos, conforme a lo estipulado en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. Declarar **NULAS** las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97.
3. **ORDENAR** el pago de los costos procesales que serán liquidados en etapa de ejecución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

SARDÓN DE TABOADA

FERRERO COSTA

PONENTE FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04801-2017-PA/TC
LIMA
CONTUGAS S.A.C

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas Magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:


1. Conforme se puede apreciar de autos, el petitorio de la demanda se circunscribe a la nulidad de las Resoluciones 006 y 007-2016-OS/CC-96, de fecha 5 y 3 de febrero de 2016, respectivamente. Dichas resoluciones declaran fundadas las reclamaciones administrativas de la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A (EGASA) y la Empresa de Generación Eléctrica del Sur (EGESUR); asimismo, dejan sin efecto la contraprestación (facturación por lo reservado) de los “Contratos Privados de Distribución de Gas Natural”, que ha celebrado la recurrente con las empresas mencionadas.
2. Es justo advertir que con fecha 20 de julio de 2016, Paul Pedro Mendoza Vaez y Francisco Valdez Silva interponen la presente demanda contra el Estado Peruano con el objeto de que designen a todos los miembros del Tribunal de Solución de Controversias regulado en el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores. Dicha designación resulta de vital importancia para que cualquier recurrente pueda objetar las resoluciones administrativas, como las que mencionamos en el párrafo anterior, y se tenga por culminada la vía administrativa. Ello, sin embargo, no ocurrió como puede desprenderse de la modificación de la demanda, de fecha 02 de agosto de 2016.
3. Ahora bien, el artículo 45 del Código Procesal Constitucional, señala que el proceso de amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. Dicho supuesto se produce, por ejemplo, cuando se encuentra en trámite algún procedimiento administrativo.
4. Sin embargo, también hay excepciones previstas taxativamente en el artículo 46 del Código Procesal Constitucional. Interesa para la presente controversia, aquella consignada en el inciso 3, la cual señala que la excepción se produce cuando la vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado. En el presente caso, la vía previa sí se encuentra regulada, las resoluciones administrativas pueden cuestionarse en el Tribunal de Solución de Controversias. No obstante, acudir a dicho Tribunal resulta inoficioso, toda vez que se encuentra imposibilitado de resolver cualquier recurso que requiere la participación de todos sus miembros, precisamente porque todos sus miembros no han sido designados. En consecuencia, se configura la excepción al agotamiento de la vía previa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04801-2017-PA/TC
LIMA
CONTUGAS S.A.C

5. Se ha argumentado que la empresa recurrente pudo optar por el proceso contencioso administrativo en la medida que se ha producido un silencio administrativo negativo. Al momento de interposición de la demanda, se encontraba vigente la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley 29060, la cual señalaba:



Excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

Asimismo, será de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral.

En materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se regirá por sus leyes y normas especiales. Tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, se aplicará el segundo párrafo del artículo 163 del Código Tributario.

6. Al respecto, tiene que anotarse que el silencio administrativo negativo se produce cuando se vence el plazo de duración del procedimiento administrativo. Como puede advertirse, para que se genere el silencio administrativo se requiere una expectativa de resolución de las resoluciones administrativas cuestionadas. Ello se produce cuando el órgano encargado de resolver se excede del plazo legalmente previsto. En efecto, la existencia y funcionamiento del órgano administrativo es crucial.
7. En el caso de autos, el Tribunal de Resolución de Controversias, si bien existía, no se encontraba en funcionamiento, por lo que el cómputo de plazo debe entenderse en el sentido que ante la existencia y posibilidad de resolver el recurso administrativo, el órgano competente no lo realiza. En este caso, como ya ha quedado argumentado, no puede decirse que a pesar de tener la posibilidad de resolver el medio impugnatorio, este no se resolvió en el plazo legalmente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04801-2017-PA/TC
LIMA
CONTUGAS S.A.C

previsto; por el contrario, el Tribunal de Resolución de Controversias no se encontraba completo, por lo que estaba imposibilitado de resolver cualquier recurso. En consecuencia, no le es de aplicación el silencio administrativo negativo, tal y como estaba previsto en la normativa, ahora derogada. En esa línea de argumentación, tampoco podía recurrir al proceso contencioso administrativo.

S.


MIRANDA CANALES

Lo que certifico:


.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS S.A.C.

**VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS RAMOS NÚÑEZ,
LEDESMA NARVÁEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Con el debido respeto por la posición de mayoría, en el presente caso, consideramos que la demanda debe declararse **INFUNDADA** en todos sus extremos, en vista que Contugas no podía facturar a su antojo según la capacidad de gas reservada a Egasa y Egesur, sino que tenía que hacerlo de acuerdo a la fórmula contenida en el contrato de concesión celebrado con el Estado peruano, según la cual la capacidad reservada es un concepto más que contribuye a la determinación final de la facturación del servicio de distribución.

Por otro lado, dejar que la tarifa por el servicio de distribución de gas natural sea acordada por Contugas y los clientes sería desproporcional, ya que, por su posición contractual de único concesionario de la región Ica, Contugas está en mejores condiciones de negociación, dada la exclusividad otorgada en el punto 2.3 de la cláusula 2 del contrato de concesión.

Asimismo, consideramos que el Ministerio Público, la Odecma-Lima y el Colegio de Abogados de Lima deben, cada uno conforme a sus atribuciones, investigar penal y administrativamente el comportamiento procesal del apoderado y abogado de la parte demandante, así como del juez del Quinto Juzgado Constitucional de Lima, Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta, en relación a los hechos consistentes en el “ruleteo” de demandas de amparo con el objetivo aparente de que éstas recaigan, aleatoriamente, en el juzgado mencionado y que éste, luego, les haya declarado fundadas la medida cautelar y el amparo.

Nuestros argumentos son los siguientes:

Delimitación del asunto litigioso

1. La cuestión controvertida radica en determinar si la emisión de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, emitidas por el cuerpo colegiado *ad hoc* del Osinergmin, vulneran el derecho al juez predeterminado por ley de la demandante y si restringen arbitrariamente su derecho a la libertad de contratación con otros privados, utilizando facturaciones por capacidad reservada de gas natural.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS S.A.C.

Sobre la vulneración del derecho al juez predeterminado por ley y la competencia de Osinergmin para emitir pronunciamiento respecto a los reclamos presentados por Egesur y Egasa

2. En relación al derecho al juez predeterminado por ley reconocido en el artículo 39, inciso 3, de la Constitución, este Tribunal tiene dicho que aquel establece dos exigencias: 1) en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada *ex profeso* para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda abocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante órgano jurisdiccional; 2) en segundo término, que la jurisdicción y la competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc* (Cfr. sentencias emitidas en los Expediente 0266-2002-AA/TC; Expediente 0041-2012-PA, etc).

3. En el caso concreto, no puede sostenerse la vulneración del derecho al juez predeterminado por ley al haberse iniciado un procedimiento administrativo contra la demandante, pues el Osinergmin no ostenta potestades jurisdiccionales sino administrativas (reguladora, supervisora y fiscalizadora de los subsectores de electricidad e hidrocarburos), es decir, el juez predeterminado por ley no puede verse afectado por el procedimiento de un órgano administrativo porque, sencillamente, sus atribuciones son de distinta naturaleza. De allí que las decisiones definitivas del Osinergmin pueden ser cuestionadas ante el órgano jurisdiccional.

4. Por el contrario, advertimos que una de las controversias radica en determinar si los cuestionamientos de Egesur y Egasa, referidos a la facturación del servicio de distribución de gas natural pactado con Contugas, constituyen materias que deben resolverse en la jurisdicción arbitral. Al respecto, Contugas cuestiona la validez de las resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, argumentando que, al suscribir los contratos de distribución de gas natural con las demandadas Egesur y Egasa, acordaron que las controversias suscitadas con ocasión de la ejecución del contrato debían ser resueltas en la vía arbitral. En consecuencia, al tratarse de un cuestionamiento referido a la forma de facturación del servicio de distribución brindado, el Osinergmin no tenía competencia para pronunciarse al respecto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS S.A.C.

5. Osinergmin sostiene que es competente para conocer y resolver las reclamaciones de Egesur y Egasa, toda vez que se trata de una controversia entre el distribuidor y las empresas consumidoras, sobre un asunto regulatorio tarifario, derivado del contrato de distribución que celebraron, el cual, a su vez, se encuentra supeditado a las cláusulas del contrato de concesión (contrato Boot), suscrito por Contugas con el Estado peruano.
6. El artículo 66 de la Constitución establece que tanto los recursos naturales renovables como los no renovables, constituyen patrimonio de la Nación, cuyo aprovechamiento se encuentra a cargo del Estado el cual, a través de leyes, se encarga de regular su adecuada utilización. En tal sentido, se desprende del texto constitucional que existe un mandato dirigido al Estado para tutelar y velar por el adecuado goce de los recursos naturales existentes en el territorio nacional.
7. En el marco de dicha atribución, en todo el territorio nacional, Osinergmin ostenta su condición de organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 26734.
8. Acorde a ello, Osinergmin es el encargado de solucionar las controversias que se presentan con ocasión del proceso de aprovechamiento del gas natural (extracción, transporte y distribución), donde participan tanto los agentes económicos públicos como los privados. Así, los literales “e” y “f” del numeral 1 del artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, consagra su competencia para resolver los reclamos presentados por los usuarios del servicio público que tutela o dirimir las controversias suscitadas entre las distintas entidades públicas, empresas o usuarios.
9. De igual forma, el literal “a” del artículo 2 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 223-2013-OS/CD, de fecha 31 de octubre de 2013, establece como una de sus competencias la capacidad de resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, los conflictos suscitados entre transportistas de hidrocarburos o distribuidores de gas natural por red de ductos con los distribuidores, comercializadores y usuarios libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a su supervisión, regulación o fiscalización.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS S.A.C.

10. Más específicamente, el inciso “b”, del artículo 19 del Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General del Osinergmin, establece como uno de sus objetivos el “[v]elar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión eléctrica, de transporte de hidrocarburos por ductos y de distribución de gas natural por red de ductos” (resaltado nuestro).
11. En el presente caso, se advierte que Contugas, a fin de acceder a la titularidad de la concesión del servicio de distribución de gas natural en la región Ica, en marzo de 2009, suscribió con el Estado peruano el Contrato de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Ica o contrato BOOT (fojas 253), instrumento que, junto a la demás normativa propia al sector gasífero, constituyen el marco legal aplicable a los contratos de distribución que celebre con los consumidores que contraten sus servicios.
12. En tal sentido, considerando que la controversia que originó la emisión de las resoluciones administrativas cuestionadas por la actora proviene de una supuesta vulneración de las cláusulas del contrato de concesión, o contrato BOOT, referidas al procedimiento de facturación a emplearse en el cobro del servicio de distribución; y, al ser dicho contrato un instrumento normativo que vincula a la empresa concesionaria Contugas, el Osinergmin tenía plena competencia para pronunciarse respecto a la referida controversia; pues, en esencia, la discusión se encontraba en determinar si el régimen tarifario previsto en el contrato de concesión servía o no para el cálculo de la tarifa aplicable a los consumidores independientes (Egesur y Egasa) que contraten por reserva de capacidad con la concesionaria (Contugas).
13. La jurisdicción arbitral tiene como fuente de origen el consentimiento de las partes de una relación contractual; sin embargo, ello no justifica que cualquier asunto pueda reconducirse a dicha jurisdicción. Existen asuntos, como las potestades de los organismos reguladores, supervisores y fiscalizares que, por su propia naturaleza, constituyen materias indisponibles para los contratantes, pues la intervención del Estado en defensa de los consumidores y usuarios no puede dejarse a la libre voluntad de las partes.
14. Debe señalarse que, si bien las partes suscribieron una cláusula comprometiéndose a someter a la vía arbitral todos los conflictos que se produzcan, con ocasión de la ejecución del contrato, ello no puede servir de fundamento para desviar la competencia del Estado para tutelar los intereses de los consumidores de gas natural, indistintamente de que se traten de consumidores



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC
LIMA
CONTUGAS S.A.C.

regulados o independientes. Así, Osinergmin es el llamado por ley para resolver las controversias de índole normativo, pues, su competencia no se encuentra supeditada a la libre voluntad de las partes que suscriben un contrato de distribución de gas natural. Sostener lo contrario implicaría que el Estado renuncie a su facultad reguladora, supervisora y fiscalizadora en favor de los contratantes, quienes decidirían su intervención o no. En este sentido, en cuanto a este extremo, opinamos que no resulta atendible la pretensión de la recurrente.

Sobre la vulneración del derecho a la libertad contractual

15. El derecho a la libre contratación, establecido en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, ha sido enunciado por este Tribunal como “el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público” (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 26).
16. Conforme a reiterada jurisprudencia emitida por este Tribunal, se ha establecido que la libertad contractual garantiza, de un lado, la autodeterminación de las partes para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante; y, del otro, la autodeterminación para decidir de común acuerdo la materia objeto de regulación contractual (cfr. sentencia emitida en el Expediente 7339-2006-AA/TC, fundamento 47).
17. En dicho escenario, al igual que todo precepto iusfundamental, en el marco de un Estado constitucional, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto, pues, también se encuentra sujeto a límites. Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a los límites de la libertad de contratación en anteriores oportunidades. En efecto, ha precisado lo siguiente:

[E]l orden público al que hace alusión el artículo 2, inciso 14, de la Constitución hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC
LIMA
CONTUGAS S.A.C.

instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación y, de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales (cfr. sentencia emitida en el Expediente 02736-2004-AA/TC, fundamento 11).

18. El artículo 79 del Decreto Supremo 042-2005-EM, TULO de la Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, dispone que “[l]a distribución de gas natural por red de ductos es un servicio público. El Ministerio de Energía y Minas otorgará concesiones para la distribución de gas natural por red de ductos a entidades nacionales o extranjeras que demuestren capacidad técnica y financiera”. En este contexto, la libertad de contratación no puede afectar los derechos de los usuarios de dicho servicio público. Al respecto, este Tribunal ha expresado:

[L]a condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento.

[...]

La Constitución prescribe en su artículo 65 la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamentos 29 y 30).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS S.A.C.

19. En el caso materia de análisis, Contugas alega que el Osinergmin, al emitir las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, viene afectando su derecho a la libre contratación en su faz relacionada a la autodeterminación del objeto contractual. Manifiesta que a través de dichos pronunciamientos se ha desnaturalizando los contratos de distribución de gas natural que celebró con Egesur y Egasa, pues se le está impidiendo facturarles por la totalidad de gas que reserva a diario, pese a que estas empresas, en su condición de consumidores independientes, optaron libremente por asumir esta forma de facturación.
20. No cabe duda, en nuestra opinión, que los contratos de suministro de gas natural celebrados por Contugas con Egasa y Egesur no solo constituyen una relación contractual entre privados, sino una relación entre proveedor y usuario, la cual, al tener como objeto el servicio público de gas natural, no debe quedar al libre arbitrio de las partes contratantes. De allí que Contugas, al brindar un servicio público por concesión del Estado peruano, tiene la obligación de respetar lo convenido con éste en el Contrato de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Ica, de marzo de 2009.
21. De acuerdo con el artículo 2.8, 2.9, 6 y 65 del Decreto Supremo 040-2008-EM, TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo 042-99-EM, existen dos tipos de consumidores de gas natural. De un lado, están los consumidores regulados, quienes, dada su moderada capacidad de consumo, adquieren gas natural por un volumen igual o menor a treinta mil metros cúbicos estándar por día (30 000 m³/día) y se encuentran restringidos en su capacidad de negociar libremente las cláusulas preestablecidas por las empresas distribuidoras del servicio. De otro lado, se encuentran los consumidores independientes, quienes, al poseer un volumen diario de consumo de gas natural superior a los 30 000 m³/día, pueden negociar con el productor, concesionario o comercializador las cláusulas aplicables a sus respectivos contratos de prestación de servicio. En el caso de autos, no existe controversia alguna entre las partes de la condición de Egasa y Egesur, las cuales son consideradas consumidores independientes.
22. En dicho escenario, según la recurrente, se presentan las llamadas cláusulas *take or pay*, las cuales permiten a los consumidores independientes pactar con el concesionario a fin de que este último les reserve periódicamente una determinada cantidad de recursos a cambio de que los primeros cumplan con el pago correspondiente a la cantidad reservada, independientemente del uso efectivo que se le dé al recurso. Para la actora, este tipo de acuerdos son muy comunes en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS S.A.C.

campo energético, pues, permiten a las empresas consumidoras mantener un sistema de abastecimiento constante para el logro de sus objetivos.

23. Siendo ello así, consideramos que los consumidores independientes (Egasa y Egesur) son libres de negociar y asumir las cláusulas que consideren oportunas para el manejo de sus actividades; sin embargo, los acuerdos a los que arriben con el concesionario deberán encontrarse en sintonía con la normativa vigente aplicable al sector productivo y, como ya se expresó anteriormente, conforme al contrato de concesión suscrito por Contugas con el Estado peruano.

24. En este contexto, debe abordarse el análisis de las resoluciones administrativas cuestionadas, a fin de determinar si, efectivamente, Osinergmin ha afectado el contenido constitucional del derecho a la libertad contractual de Contugas, materializado en los respectivos contratos de distribución de gas natural que suscribió con Egasa y Egesur.

25. Tal como se señaló precedentemente, Contugas suscribió con el Estado un contrato de concesión, el cual, en su cláusula 14, establece el régimen tarifario que debe observar, obligatoriamente, al brindar el servicio de distribución de gas natural en la región Ica. Específicamente, en el inciso “e” del punto 14.2 se establecen una serie de fórmulas para calcular la facturación aplicable a cada tipo de cliente, los cuales se encuentran subdivididos en atención de la actividad dedicada en seis categorías diferentes que van desde la letra “A” a la “F” (A=Residenciales, B = Comercio y Pequeña Industria, C = GNV, D = Gran Industria, E = Generador eléctrico y F = Petroquímica).

26. Los generadores eléctricos están comprendidos en la categoría “E”, independientemente de su rango de consumo, según el inciso “a” del punto 14.2 de la cláusula 14 del contrato de concesión o contrato boot. La fórmula empleada para la facturación del servicio de distribución (FSD), de los consumidores dedicados a la generación eléctrica (categoría de Egasa y Egesur), es aquella contenida en el inciso e.3, del mismo punto y cláusula (fojas 283):

Categoría	Fórmula
C, D, E y F	$FSD = FMC + FMD$ $FMC = MCF * VMD + MCV * Vs$ $FMD = MDF * VMD + MDV * Vs$

Donde VMD constituye el valor mínimo diario de venta expresado en metros cúbicos por día (m³/día) determinado como el mayor valor entre:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC
LIMA
CONTUGAS S.A.C.

- i) el 50 % de la capacidad reservada como derecho de conexión¹;
- ii) el mínimo de la categoría asignada;
- iii) la suma de los Vs en los últimos seis meses (incluido el facturado), dividido entre el número de días del periodo (6 meses).

De la referida fórmula se advierte que la facturación del servicio de distribución (FSD) será igual a la sumatoria de la facturación por el margen de comercialización (FMC) y la facturación por el margen de distribución (FMD), donde $FMC = MCF * VMD + MCV * Vs$ y $FMD = MDF * VMD + MDV * Vs$. Como se observa el valor mínimo diario (**VMD**) es tomado en cuenta para determinar tanto la FMC y la FMD y, por ende, repercute en el cálculo de la FSD. Dicha precisión resulta de suma importancia en tanto el **VMD** se determina escogiendo entre el mayor valor de otros conceptos, dentro de los cuales se encuentra “el 50% de la capacidad reservada como Derecho de Conexión”. En consecuencia, no es que el concesionario Contugas no pueda tomar en cuenta la capacidad reservada para facturar a Egasa y Egesur; sino tiene que hacerlo según la fórmula descrita, contenida en el contrato de concesión suscrito con el Estado peruano, según la cual la capacidad reservada es un concepto que contribuye a la determinación final de la facturación del servicio de distribución (FSD).

27. De la revisión de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, se advierte que el análisis efectuado por Osinergmin, en cuanto al empleo de dicha fórmula para el caso de los consumidores que contraten una reserva de capacidad, resulta adecuado; pues la cantidad de gas natural reservada diariamente para los consumidores es tomada en cuenta para el cálculo del valor mínimo diario (VMD) y, por ende, repercute en el cálculo final de la facturación del servicio de distribución (FSD) a cargo de los consumidores Egasa y Egesur que se dedican a la generación eléctrica. En otras palabras, conforme a la fórmula de cálculo

¹ El artículo 2.36 del TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos aprobado mediante Decreto Supremo 042-99-EM, define el Derecho de Conexión como “aquel que adquiere el Interesado para acceder al Suministro de Gas Natural dentro de un Área de Concesión, mediante un pago que es regulado por el OSINERGMIN de acuerdo con la naturaleza del servicio, magnitud del consumo o capacidad solicitada, o la distancia comprometida a la red existente. Este pago obliga al Concesionario a efectuar la conexión en plazos no mayores a los señalados en el presente Reglamento, y otorga un derecho al Interesado sobre la capacidad de Suministro solicitada desde el Sistema de Distribución, siempre que se encuentre vigente el Contrato de Suministro entre el Consumidor y el Concesionario. Este Derecho es un bien intangible del Interesado”. En este sentido, a través del derecho de conexión se garantiza al consumidor la capacidad comprometida del suministro pactado en el contrato de distribución suscrito con el concesionario, impidiendo a éste destinar la capacidad reservada contratada a otros consumidores.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS S.A.C.

establecida en el contrato de concesión (contrato boot), suscrito por Contugas con el Estado peruano, el servicio de reserva de gas natural que se convenga en los contratos de distribución que celebre Contugas con los consumidores de las categorías C, D, E y F, constituye un factor importante para fijar la facturación que deberán asumir estos últimos.

28. Dejar que la tarifa por el servicio de distribución de gas natural sea acordada por la empresa concesionaria y los consumidores (indistintamente de su condición de regulados o independientes) sería perjudicial para estos últimos, ya que, por su posición contractual, encuentran mermada su capacidad de negociación frente al único concesionario de Ica, exclusividad otorgada en el punto 2.3 de la cláusula 2 del contrato de concesión (fojas 259 reverso). En ese entendido, queda claro que Osinergmin, al emitir los pronunciamientos que la recurrente cuestiona, no ha afectado su libertad de contratar, sino que, conforme a sus competencias de organismo regulador, supervisor y fiscalizador determinó la forma de facturación que debía emplearse al existir cantidades reservadas de gas natural a favor de Egasa y Egesur; metodología que se encontraba regulada en el contrato de concesión o contrato boot, al cual se encuentra vinculado la actora.

Cuestión adicional: El “ruleteo” de demandas

29. No pasa desapercibido para nosotros, el modo tan genérico de plantear la demanda de amparo de fecha 20 de julio de 2016, la cual consta de 3 folios, no se adjunta medio probatorio alguno y fue interpuesta por Paul Pedro Mendoza Váez, patrocinado por el abogado Francisco Valdez Silva (CAL 59326), contra el Estado Peruano (sin especificar la entidad estatal), sin expresar a quién representa y dónde el responsable de mesa de partes tendría que leer todo el escrito de demanda para saber que dentro de los fundamentos de hecho se expresó que el “Estado peruano, actuando a través del Organismo de Supervisión de la Inversión Privada en Minería y Energía [Osinergmin], ha dictado decisiones que atentan contra la libertad de contratación y debido proceso de mi representada”, sin detallar siquiera cuáles son esas decisiones que constituirían la agresión a sus derechos. Posteriormente, con conocimiento de que la demanda interpuesta recayó, aleatoriamente, en el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, despachado por el juez Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta, con fecha 2 de agosto de 2016 se realizó la modificación de demanda de amparo, la cual consta de 41 folios y, se especificó, ahora sí, de manera precisa y completa, que Paul Pedro Mendoza Váez es apoderado de Contugas, que la demanda es contra el cuerpo colegiado *ad hoc* del Osinergmin, se detallaron las resoluciones que considera lesivas (pretendiendo su nulidad) y se adjuntaron diversos medios de prueba.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS S.A.C.

30. Al respecto, Egasa y Egesur, en sus respectivas contestaciones de demanda, manifestaron que la situación descrita da serios indicios de que una pluralidad de personas naturales (comúnmente practicantes o asistentes de los estudios jurídicos) habrían interpuesto demandas con el objeto de obtener que una de ellas sea destinada al Quinto Juzgado Constitucional de Lima, en donde se obtuvo rápidamente una medida cautelar. En su momento, Aceros Arequipa expresó que se evidencia que la real intención de Paul Pedro Mendoza Váez era que no se identifique su demanda en el sistema informativo de expedientes del Poder Judicial y buscar introducir a Contugas ante el juzgado elegido, lo cual constituye un accionar irregular identificado con prácticas vedadas de “ruleteo de demandas”, en las cuales se presentan diversos escritos postulatorios sin identificar a las partes, ni las pretensiones, ni los hechos controvertidos, a la espera de que uno de dichos escritos sea asignado a un despacho judicial favorable a sus intereses para acomodar la demanda, generando que Paul Pedro Mendoza Váez sea registrado como demandante desde el inicio, tal como continúa en los reportes del Poder Judicial, y no Contugas (véase que todas las resoluciones y cédulas de notificación aparece como demandante Paul Pedro Mendoza Váez).

31. La actuación de Paul Pedro Mendoza Váez y de su abogado Francisco Valdez Silva podría atribuirse a una serie de imperfecciones y defectos al momento de redactarse la demanda, tal y como lo manifestó la abogada de Contugas en la vista de la causa llevada a cabo ante este Tribunal el 22 de agosto de 2018. Sin embargo, similar conducta procesal se presenta en el Expediente 2142-2018-PA/TC, que también es de conocimiento de este Colegiado, donde el abogado Raffo Velásquez Meléndez (CAI 3509), con fecha 12 de mayo de 2016, plantea una demanda de amparo de manera genérica, la cual consta de 5 folios, no adjunta medio de prueba alguno, la dirige contra el Estado peruano (sin especificar la entidad estatal), no expresa a quién patrocina y tampoco especifica qué actuaciones constituirían los actos lesivos (solo expresa que se han iniciado fiscalizaciones laborales ingresando de manera prepotente al domicilio de su representada). Posteriormente, con conocimiento de que la demanda interpuesta recayó aleatoriamente en el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, despachado por el juez Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta, con fecha 13 de mayo de 2016 se realizó la modificación de demanda de amparo, la cual consta de 11 folios, y se especificó ahora sí de manera detallada y completa que el abogado Raffo Velásquez Meléndez patrocina a Minera Aurífera Retamas SA (Marsa), que la demanda es contra Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), se detalló la resolución que considera lesiva (pretendiendo su nulidad) y se adjuntó diversos medios de prueba. En el caso de Marsa, el abogado Raffo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS S.A.C.

Velásquez Meléndez aparece como abogado desde la interposición de la demanda, mientras que en el caso de Contugas se presenta como abogado de esta empresa desde el recurso de agravio constitucional.

32. En los casos descritos, el juez del Quinto Juzgado Constitucional, Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta, no solo declaró fundadas las demandas en primera instancia; sino también declaró fundadas las medidas cautelares solicitadas por Contugas y Marsa. Se advierte, entonces, que la conducta de las demandantes y de sus abogados se repite en ambos casos; es decir, en la demanda no se expresa a quién representan o patrocinan como demandantes; no se expresa de forma específica y manifiesta cuál es la entidad estatal demandada (solo expresan que es contra el Estado peruano); se plantea de forma genérica; no se adjuntaron medios de prueba alguna; una vez conocido el juez de la causa, se modificaron las demandas especificando los demandantes, demandados, petitorios, las resoluciones que constituirían el acto lesivo y se adjuntaron medios de prueba. Asimismo, en ambos casos, el juez Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta les otorgó medidas cautelares y declaró fundadas sus demandas en primera instancia y el abogado Raffo Velásquez Meléndez patrocinó a ambas demandantes, aunque en diferentes etapas del proceso.

33. En este sentido, en el caso de autos, apreciamos indicios razonables de la posible comisión de un delito por parte de la demandante Contugas, de su apoderado Paul Pedro Mendoza Váez, del abogado que suscribió la demanda Francisco Valdez Silva y del juez Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta; por lo que, corresponde poner esta información en conocimiento del Ministerio Público para que actúe de acuerdo a sus atribuciones, de conformidad con el artículo 10 del Nuevo Código Procesal Penal, de aplicación supletoria por mandato del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Asimismo, también corresponde informar a la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (Odecma) de Lima, para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. Finalmente, debe informarse al Colegio de Abogados de Lima, para que determine si la conducta desplegada por el abogado Francisco Valdez Silva (CAL 59326) constituye una conducta ética o no en el ejercicio de la profesión.

Por todo lo expuesto, consideramos que, en el caso de autos, no se han vulnerado los derechos constitucionales invocados. Por eso, opinamos que se debe:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo; y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04801-2017-PA/TC

LIMA

CONTUGAS S.A.C.

2. **REMITIR** los actuados al Ministerio Público, en atención de lo dispuesto en el artículo 10 del Nuevo Código Procesal Penal; así como a la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (Odecma) de Lima y al Colegio de Abogados de Lima, para que actúen de acuerdo con sus atribuciones, conforme se ha explicado en este voto.

SS.

**RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Ramos Núñez

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL