

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Jorge Isaac Torres Manrique

Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Consejero Editorial de la Revista American Journal of Science and Technology (USA). Editor Asociado de la Revista Forensic Research & Criminology International Journal (USA). Par Académico Evaluador de las firmas editoras: Corporación de Estudios y Publicaciones (Ecuador) y Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Miembro extranjero adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Miembro, par académico evaluador, corresponsal e investigador externo adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par académico evaluador de la Revista Misión Jurídica, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). Investigador Externo de la Universidad Global (Honduras). Miembro asociado de E-Justicia Latinoamérica (Argentina). Autor de libros de derecho constitucional publicados en: Colombia, Paraguay, Chile, Ecuador y Perú. Autor del Tratado de Derechos Fundamentales (en prensa en Colombia, Paraguay y Perú). Coautor del Tratado de Derecho Penal Constitucional Aplicado (Colombia); y en prensa en: Perú, Chile, Bolivia, Paraguay, Nicaragua y Argentina. Coautor de las Dilucidaciones de Derecho Procesal Civil (Chile, Colombia y Perú). Co Director de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia (en preparación) y Chile (en preparación). Co-Director de los Tratados Latinoamericanos de Litigación Oral y Lavado de Activos (en preparación). Autor de artículos en publicaciones científicas físicas y virtuales, en más de treinta universidades de veinticinco países. Ponente nacional e internacional (Peru).

Submissão: 15.02.2020.

Aprovação: 14.06.2020.

RESUMEN

En el presente trabajo el autor analiza los alcances del derecho fundamental a la libre contratación entre privados, determinando el accionar del abuso del derecho, pero además, determinando la vulneración de derechos fundamentales.

PALABRAS-CLAVE: Juez natural. Libre contratación entre privados. Tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

In this paper, the author analyzes the scope of the fundamental right to free contracting between private parties, determining the actions of abuse of the right, but also determining the violation of fundamental rights.

KEYWORDS: Natural judge. Free hiring between private. Effective judicial protection.

I. IDEAS PRELIMINARES.

El sistema jurídico no solamente peruano se sostiene básicamente en principios, normas y valores. Pero a su vez, en la estricta observancia de los derechos fundamentales. Ello cobra mayor relevancia y trascendencia, cuando los mismos son materia de evaluación por el Estado, esto es, en la presente entrega por el Tribunal Constitucional peruano.

Así, es de verse que un caso que fue puesto a su consideración dicho Supremo Colegiado Constitucional tuvo que resolver precisamente, determinando la vulneración o no de los derechos fundamentales, como son: al juez natural y a la libertad de contratación entre privados.

En ese orden de ideas, en la presente oportunidad analizamos desde el punto de vista constitucional, los diversos alcances contenidos en la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC), del Exp. N° 04801-2017-PA/TC. Resolviendo en minoría el recurso de agravio constitucional interpuesto por Contugas SAC (Contugas), contra la resolución expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda.

II. ACERCA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ NATURAL.

El derecho que todo ciudadano tiene al “juez natural” forma parte del derecho a un debido proceso judicial (*due process of law*); y se manifiesta cuando un acusado es procesado por el juez o tribunal que le corresponde según las reglas fijadas anticipadamente por la Constitución Política. En consecuencia, el justiciable debe saber que el juez que lo va a juzgar es imparcial y fue nombrado con anterioridad de acuerdo a la ley.¹

¹ HARO BUSTAMANTE, Roger L. *El derecho al “juez natural” en el Perú*. En línea, recuperado en fecha 14/02/20 de: <http://lasa.international.pitt.edu/lasa2001/harobustamanteroger.pdf>, Lima, 2001, p. 6.

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Luego, tenemos que el derecho al juez natural también puede ser expresado de forma o manera negativa, en cuyo caso podemos afirmar que se encuentra terminante prohibido a los Estados expedir normas o realizar acciones tendientes a desviar de la justicia que para el ciudadano sometido a proceso le resulta ordinaria, natural; lo que importa, también, la prohibición de alejar al justiciable del juez que conforme a la ley de la materia le correspondería de acuerdo a la determinación efectuada de modo previo y objetivo por la norma pertinente.²

Por su parte, el Inc. 3., del Art. 139°.-, de la Constitución Política peruana, en relación a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, respecto de los principios y derechos de la función jurisdiccional, juridiza:

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Así también tenemos, el Inc. 1., del Art. 8., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, acerca de las garantías judiciales, preconiza:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En términos mas específicos, la noción de competencia, consagrada en el Art. 8 de la Convención ha sido asimilada al concepto de juez natural, que exige no solo el establecimiento del tribunal por ley previa, sino también que respeten determinados principios de atribución de la competencia.³

Es de resaltar el gran aporte que proporciona el arribo del derecho fundamental al juez natural. Ello, en tanto que se constituye en una piedra angular no solamente de protección de la observancia de los derechos fundamentales de los justiciables, sino además, de salvaguarda y protección del debido proceso, seguridad jurídica, independencia, imparcialidad, principalmente.

² HARO BUSTAMANTE, Roger L. *Ob. Cit.* Pp. 6-7.

³ THEA, Federico G. *Artículo 8. Garantías Judiciales.* En línea, recuperado en fecha 14/02/20 de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>. Buenos Aires, p. 141.

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

III. SOBRE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS.

En primer término apreciamos que el Inc. 14., del Art. 2º.-, de la Constitución Política peruana, estipula: “Toda persona tiene derecho(...)A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Seguidamente, el Art. 62º.- de la referida Ley de Leyes, a propósito de la libertad de contratar, juridiza:

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.

Además, tenemos que el Art. 26., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la libertad de contratación, en el Capítulo Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece acerca de su desarrollo progresivo:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En ese sentido, colegimos que tanto la libertad de contratación pública como privada, reviste la obligatoriedad de la observancia de lo contenido en la ley y la Constitución. Y es que la libertad de contratación, en extremo alguno puede declararse extranjero a lo establecido por el sistema jurídico, como es el vigente Estado Constitucional de Derecho.

IV. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, DEBIDO PROCESO Y TUTELA PROCESAL EFECTIVA.

El abordaje de la construcción de la presente temática, comporta precisar de manera previa como ineludible, algunas instituciones jurídicas procesales. Esto es, la siguiente triada: i) tutela jurisdiccional efectiva, ii) debido proceso y iii) tutela procesal efectiva.

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Así tenemos, que en los predios del derecho procesal, se cuenta con derechos fundamentales y garantías procesales, los que supervigilan que el *iter* procesal se lleve a cabo de manera óptima, para poder cumplir sus fines. Los mismos se hacen presentes en los cuatro estadios que cuenta, los mismos que desarrollamos:

En primer lugar, se encuentra la **tutela jurisdiccional**, la que garantiza al justiciable que su accionar o petición judicial sea admitido y que posteriormente sea materializado y resuelto a través de una sentencia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, a través del Exp. N° 010-2002-AI/TC, juridiza:

El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. A diferencia de lo que ocurre en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad.⁴

No debemos perder de vista, que:

(...)el derecho a probar es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –lo que asegura su aplicación en todos los órganos jurisdiccionales- y del derecho al debido proceso –aplicable tanto a los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos, particulares, arbitrales y militares-, pues no tendría sentido que un sujeto de derechos pueda llevar a los órganos competentes un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica si no se le permite aportar los medios probatorios pertinentes para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, resulta indudable que el derecho a probar comparte el mismo carácter al ser una manifestación de ambos.⁵

Por su parte, el Inc. 3., *ab initio*, del Art. 139.-, de la Constitución Política, acerca de principios de los principios y derechos de la función jurisdiccional, preconiza: “*La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*”.

⁴ Véase GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Diccionario de jurisprudencia constitucional. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, p. 832.

⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. En: *Revista Ius Et Veritas*, N° 14. Lima, 1997, p. 177.

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En segundo lugar, se ubica el **debido proceso**, el que comporta el derecho de los justiciables a un proceso judicial sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo; que desvirtúen su finalidad que es la justicia. Consecuentemente, queda claro que, *prima facie*, el derecho que tienen los justiciables a un derecho justamente debido. Ubicándose el debido proceso, en el espacio comprendido, entre la tutela jurisdiccional y la efectividad de la misma.

Tanto la tutela jurisdiccional, como el debido proceso, son reconocidos en el Inc. 3., del Art. 139°.-, de la Constitución Política, que señala: “*son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*”.

En tercer lugar, tenemos la **efectividad** de la tutela jurisdiccional, la que se hace presente, cuando dicha sentencia sea oportuna y debida como efectivamente ejecutada (tutela efectiva).

Entonces, es de verse que entre el debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, existe una marcada diferencia, es decir, mientras que el primero: i) se desenvuelve en el transcurso del trayecto procesal —*iter procesal, específicamente entre la tutela jurisdiccional y la efectividad de la misma*— ii) la segunda, se manifiesta al comienzo (cuando el aparato jurisdiccional ampara la demanda del justiciable- tutela jurídica) y final (al ejecutarse la sentencia debida y oportunamente) de dicho devenir procesal. Ergo, existe pues entre ellos, una relación muy estrecha. Finalmente, debido proceso y tutela referidos se complementan, pero no significan lo mismo.

En un cuarto momento, se hace presente la **tutela procesal efectiva**, la que comprende, tanto al acceso a la justicia, como al debido proceso. Consecuentemente, la *tutela procesal efectiva*, abarca o engloba, tanto a la *tutela jurisdiccional efectiva* como al debido proceso. Así se tiene la tutela procesal efectiva, se encuentra preconizada por el Art. 4.-, del Código Procesal Constitucional, que preconiza:

(...)Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

V. SÍNTESIS DE LA RESOLUCIÓN *SUB EXAMINE*.

En principio, tenemos que en fecha 20/07/16 Contugas presenta demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), modificada con fecha 02/08/16. Y solicita la nulidad de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, de fechas 03 y 05/02/16 respectivamente, a través de las cuales el cuerpo colegiado *ad hoc* del Osinerming 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.

Además, 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 Osinergmin y que de esa forma se garantice, a futuro, la doble instancia en los procedimientos administrativos.

Alega que, a través de las resoluciones cuestionadas, Osinergmin 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.

Aduce también, 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.

En su contestación de demanda el Osinergmin contesta la demanda señalando que, si bien mediante Resolución Suprema 046-2008-EM de fecha 21/10/08 se aprobó otorgar a Contugas la concesión del sistema de distribución de gas natural por red de ductos en la región Ica, ello no facilita 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 suscrito en

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 903-927, Mai.-Ago. 2020. 909

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

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 09/12/15, 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.

En la contestación de demanda, Egasa cuestiona la demanda en cuanto a la forma, manifestando que, al momento de interponerse (20/07/16), el apoderado de Contugas no lo era aún, ya que el poder que se le otorgó data de una fecha posterior (01/08/16). Asimismo, plantea la excepción de prescripción, toda vez que considera que la demanda fue interpuesta fuera de los 60 días de producido el acto lesivo, en vista de que las resoluciones cuestionadas le fueron notificadas a Contugas el 12/02/16, mientras la demanda se presentó recién el 20/07/16. 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 28/03/16, 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 05/10/16, 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

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

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.

En su contestación de demanda, 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 Váez 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 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

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

cuestionadas, a través de la presente demanda, no constituyen ningún tipo de precedente administrativo.

En su contestación de demanda, Egesur contesta la demanda con los mismos argumentos expuestos por Egasa.

Por otro lado, respecto de las resoluciones de primera instancia, tenemos que el Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 14, de fecha 21/11/16, 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, de fecha 14/02/17.

El mencionado juzgado, mediante sentencia de fecha 21/12/16, 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 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,

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

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

Respecto de lo resuelto por la segunda instancia, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de vista de fecha 22/06/17, confirmó la Resolución 14, de fecha 21/11/16, que declaró infundadas las excepciones propuestas y revocó la Resolución 16, de fecha 21/12/16, 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.

Por su parte y como cuestión previa, el TC al agotamiento de la vía administrativa y la posibilidad de acudir al proceso contencioso administrativo, señaló que 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.

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.

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.

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Seguidamente el TC delimita el asunto litigioso, señalando que 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.

Sobre la vulneración del derecho al juez predeterminado por ley y la competencia del Osinerming para resolver reclamos presentados por Egesur y Egasa, precisa que 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.

Agrega en ese sentido, que 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.

El TC acota, que 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.

Continúa señalando que, 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

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 903-927, Mai.-Ago. 2020. 914

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

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).

Así también, acerca de la vulneración del derecho a la libertad de contratación el TC indica que 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.

Luego continúa sosteniendo 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. Por tanto, para el TC 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. 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.

En mérito a lo desarrollado, el TC resolvió en minoría: i) Declarar fundada la demanda de amparo, ii) Declarar nulas las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, y iii) Ordenar el pago de los costos procesales que serán liquidados en etapa de ejecución.

Mención aparte se aprecia el fundamento del voto del magistrado Miranda Canales. El mismo señala que 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 02/08/16.

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Continúa acotando, que 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.

Luego agrega, que 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.

Además, indica que 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.

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.

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 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.

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Finalmente, es de verse el voto singular de los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, los que 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, inician precisando que 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.

Seguidamente, que 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.

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.

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".

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 RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

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).

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.

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 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, refieren que 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).

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

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

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.

El artículo 79 del Decreto Supremo 042-2005-EM, TUO de la Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, dispone que "[1]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".

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.

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

Siendo ello así, consideramos que los consumidores independientes (Egasa y Egesur) son libres de negociar y asumir las cláusulas que consideren oportunas 11 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.

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 Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 903-927, Mai.-Ago. 2020. 919

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

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 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.

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.

En relación a la Cuestión adicional: El "ruleteo" de demandas, señalan que 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.

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A 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).

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.

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

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 903-927, Mai.-Ago. 2020. 921

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

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.

En mérito a lo sostenido, los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, consideraron en su voto singular que en el caso de autos, no se han vulnerado los derechos constitucionales invocados, opinando que se debe: i) Declarar infundada la demanda de amparo, y ii) 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.

VI. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN *IN COMENTO*.

La presente decisión del TC contiene algunos pasajes que resaltar. Así, es de citar la cuestión previa planteada el referido Colegiado Constitucional. Esto es, su decisión de resolver el caso, aun cuando lo que correspondía era que iniciar el proceso contencioso administrativo, en tanto que no resolver dicha controversia podría generar un grave daño a los usuarios independientes del gas natural del departamento de Ica. En mérito a ello, a criterio del TC procedió un pronunciamiento de fondo, esto es, la aplicación de una “tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria”, muy al margen de existencia de una vía igualmente satisfactoria.

Al respecto, es de apostrofar la particularidad de dicha tutela, la que hace traer a colación la “mayor celeridad”, que el TC recurrió en el Fund. 28., del Exp. N° 02214 2014-PA/TC, de fecha 07/05/15, en relación a la mayor celeridad judicial en los casos de adultos mayores, enseña:

(...) considerando la aludida avanzada edad del actor (99 años), el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda de amparo (12 años, de los cuales 10 corresponden a la fase de ejecución) y que en el presente caso ya obran específicas liquidaciones de intereses legales, el Tribunal Constitucional estima necesario ordenar al juez de ejecución del presente caso, que resuelva y se asegure de que el demandante cobre efectivamente el

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

monto que le corresponda por todos sus adeudos en materia previsional (incluidos los respectivos intereses), en un plazo de 30 días hábiles (lo que incluye la realización de la nueva liquidación de intereses legales), tiempo que se computará desde el día de notificación de la presente decisión y que, una vez vencido dicho plazo originará las respectivas responsabilidades, debiendo remitir a este Tribunal las resoluciones que se hayan adoptado sobre el particular.

Rematando muy plausiblemente el TC, con lo preconizado en el Fund. 30 del mencionado expediente:

(...)resulta inadmisibles desde todo punto de vista que una persona anciana de 99 años tenga que transitar por los despachos judiciales, durante más de 10 años, en la etapa de ejecución de sentencia, para cobrar una deuda que el Estado tiene con ella. En tal sentido, el Tribunal Constitucional debe establecer con criterio vinculante la siguiente exigencia: todos los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de dichas personas, bajo responsabilidad.

Pero, volviendo a la decisión tomada por la mayoría del TC, tenemos que el mismo consideró que se configuró la vulneración del derecho fundamental al juez natural, en vista que Osinergmin dirimió un asunto contractual cuya competencia en primer término estaba reservada, de conformidad al contrato suscrito, a un tribunal arbitral. Acotando, que la competencia de Osinergmin 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).

Y respecto de la libertad de contratación, señaló que 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.

No obstante, en vista que el fallo fue expedido por el TC se efectuó en ajustada minoría, corresponde precisar los argumentos de los votos singulares. En ese sentido, no corresponde abocarse a lo señalado por el voto en dicha calidad expedido por el magistrado Manuel Miranda Canales, en vista que firmó la decisión en minoría. Y sí amerita hacerlo respecto de los fundamentos del voto singular de los magistrados Ramos Nuñez, Ledesma Narvaez y Espinoza-Saldaña Barrera.

Y los segundos señalaron basilarmente, que no hubo vulneración al derecho fundamental al juez natural, en tanto que la sede administrativa resulta ser de distinta

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

naturaleza que la judicial, pues, sus atribuciones son distintas, en razón a que las decisiones definitivas de Osinermin pueden ser cuestionadas ante el órgano jurisdiccional.

Adicionando que Osinermin era competente para pronunciarse en dicha controversia (esto es, si el régimen tributario 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 concesionada Contugas), en razón a lo estipulado en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos y el Texto Único Ordenado del Reglamento del Osinermin.

Seguidamente, acerca del irrestricto derecho fundamental a la libre contratación, afirmó que tampoco hubo vulneración del mismo, debido a que al emitir Osinermin los pronunciamientos que Contugas cuestiona, únicamente lo hizo de conformidad a su competencia de ente regulador, supervisor y fiscalizador, determinando la forma de facturación que debía emplearse al existir entidades 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 vinculada Contugas. Acotan, indicando que la libertad contractual no se constituye en un derecho absoluto.

Así también, acotan 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 respectivo. Y que los consumidores independientes, esto es, Egasa y Egesur, son libres de negociar y sumir las cláusulas que consideren oportunas, para el manejo de sus actividades.

En suma, tenemos que el derecho fundamental a la libertad de contratación, no solamente entre privados, comporta además la obligación de llevarse a cabo en observancia de lo abrazado en el Estado Constitucional de Derecho.

Luego de lo esbozado, queda claro que el voto en discordia presenta razones contundentes por las cuales se determina que no hubo vulneración de los derechos fundamentales al juez natural, ni a la libertad de contratación entre privados. Voto con el que somos contestes. Ello, contraría abiertamente y todos sus extremos el contenido del fallo del TC en minoría.

Cabe señalar que el voto en discordia lleva a cabo una sesuda como profunda investigación y análisis en el presente caso. Lo que dista largamente de lo demostrado por la Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 903-927, Mai.-Ago. 2020. 924

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

decisión en mayoría. A propósito, amerita determinar si esto último se debió a limitaciones al respecto o tal vez, a motivos de otra naturaleza. Lo cual no lo justifica de manera alguna.

Mención aparte corresponde ocuparse de un tema muy preocupante, conocido como el ruleteo de demandas, en el que incurrió Contugas, con el objetivo de direccionar el ingreso de su demanda al Quinto Juzgado Constitucional de Lima. El mismo que acogió una medida cautelar y declaró fundadas sus demandas, de manera rápida como extraña. Constituyéndose en una mala práctica que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

En ese orden de ideas, sorprende que Contugas haya accionado ante el poder judicial y el TC, argumentando por un lado la vulneración de derechos fundamentales al juez natural y a la libre contratación entre privados, mientras que por otro, contraviene abierta como sistemáticamente la tutela judicial efectiva.

Al respecto, es de verse que “(...)el derecho a la tutela judicial efectiva(...)se vulnera por las malas prácticas de los abogados litigantes(...)”.⁶

Consecuentemente saludamos que el voto singular se haya decantado además, por remitir los actuados al Ministerio Público, 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.

Llama poderosa como preocupantemente la atención, el que en la resolución bajo comentario el TC no haya considerado el Control de Convencionalidad, esto es, lo que establece al respecto tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, básicamente.

Finalmente, es de lamentar que sea precisamente el TC, máximo intérprete de la Constitución que haya terminado expidiendo la Sentencia del Exp. N° 04801-2017-PA/TC, con evidentes visos de ilegalidad, inconstitucionalidad e inconvencionalidad.

VII. CONCLUSIONES.

Contrariamente a lo decidido por el TC, no se vulneraron los derechos fundamentales a ser juzgado por un juez natural y a la libre contratación entre privados. Ergo, los magistrados firmantes de la decisión por mayoría habrían cometido prevaricato.

⁶ ESPINOZA CHAUCA, Deysi Merlith. *La tutela judicial efectiva y la duración del proceso de amparo en los juzgados constitucionales de Lima, 2016*. En línea, recuperado en fecha 14/02/20 de: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/15144/Espinoza_CDM.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Lima, 2017, p. 56.

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En caso que sí se hubiesen vulnerado los mismos, se habría vulnerado la estricta observancia de adicionales derechos, tales como: derecho a la seguridad jurídica, debido proceso, defensa, independencia, imparcialidad, entre otros.

Se ha determinado que Contugas accionó ante el poder judicial y el TC, argumentando por un lado la vulneración de derechos fundamentales al juez natural y a la libre contratación entre privados, mientras que por otro, contravino abierta como sistemáticamente la tutela judicial efectiva.

En la resolución *sub judice* el TC decidió por mayoría de manera ilegal, inconstitucional e inconvencional. La misma vulnera cuanto menos, la seguridad jurídica.

En dicha decisión, tampoco evidenció el TC la utilización del ruleteo de demandas por parte de la actora Contugas (lo que sí fue llevado a cabo por los magistrados autores del voto en discordia), mala práctica con que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva.

VIII. SUGERENCIAS.

Amerita la urgente capacitación al personal administrativo y jurisdiccional de los juzgados especializados en constitucional, salas superiores, TC y miembros de la orden; en temas de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Control de Convencionalidad. Ello, mas allá de la obtención de la certificación como consecuencia de su absolución, tendrá que apreciarse objetivamente en el contenido y sentido de las resoluciones que expidan, así como, en el ejercicio de la profesión como litigantes, respectivamente.

Mayor celo y salvaguarda por parte del Ministerio Público, Oficina de Control de La magistratura (OCMA), Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (ODECMA) de Lima y Colegio de Abogados de Lima; ante las malas prácticas denominadas como ruleteo de demandas y prevaricato.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. En: **Revista Ius Et Veritas**, N° 14. Lima, 1997.

ESPINOZA CHAUCA, Deysi Merlith. **La tutela judicial efectiva y la duración del proceso de amparo en los juzgados constitucionales de Lima**, 2016. En línea, recuperado en fecha 14/02/20 de:

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 903-927, Mai.-Ago. 2020. 926

DE RIPLEY!. ARGUMENTANDO VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL JUEZ NATURAL Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN ENTRE PRIVADOS A LA VEZ DE CONTRAVENIR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/15144/Espinoza_CDM.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Lima, 2017.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. **Diccionario de jurisprudencia constitucional**. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009.

HARO BUSTAMANTE, Roger L. **El derecho al “juez natural” en el Perú**. En línea, recuperado en fecha 14/02/20 de: <http://lasa.international.pitt.edu/lasa2001/harobustamanteroger.pdf>. Lima, 2001.

THEA, Federico G. **Artículo 8. Garantías Judiciales**. En línea, recuperado en fecha 14/02/20 de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.

Buenos Aires.