



EXP. N.º 518-2004-AA/TC
LIMA
JAVIER DIEZ
CANSECO CISNEROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de julio de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia con el fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Javier Diez Canseco Cisneros contra la sentencia de la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 397, su fecha 29 de octubre de 2003, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 9 de mayo de 2003, interpone acción de amparo contra la Agencia de Promoción de la Inversión (PROINVERSIÓN), la Empresa de Electricidad del Perú (ELECTROPERÚ) y el Ministerio de Energía y Minas, a fin de que se disponga el cese de la amenaza de violación del derecho de los consumidores y usuarios de electricidad de acceder a un servicio de menor costo y mayor calidad, y se declare la invalidez de los cambios efectuados por PROINVERSIÓN en los términos de referencia o bases del “Concurso Público Internacional para la Transferencia al Sector Privado del Contrato de Suministro de Gas Natural ELECTROPERÚ S.A.”, debido al consecuente detrimento que sufriría la empresa estatal de llevarse a cabo dicho concurso.

Expresa que las bases originales del referido concurso público internacional fueron presentadas por PROINVERSIÓN en enero del año 2003 y que, en abril del mismo año, se modificaron asimismo, refiere que las bases originales previeron que el postor se comprometía a generar energía a través del ciclo simple en un plazo de 15 meses desde la fecha de cierre del contrato, con una potencia efectiva mínima de 250 MW y con la tecnología de ciclo combinado en un plazo de 36 meses desde la fecha de cierre del contrato con una potencia efectiva mínima de 375 MW.

Sostiene que la generación de energía a ciclo simple tiene un rendimiento de 34%, lo cual significa un costo de generación de 23.31



dólares americanos por MW.h, mientras que la generación a ciclo combinado tiene un superior rendimiento, 55%, lo que se traduce en un menor costo de generación de 13.79 dólares americanos por MW.h; y que la modificación de las bases plantea nuevos términos para el proyecto de generación previendo una potencia efectiva mínima de 250 MW en ciclo simple en un plazo de 15 meses para plantas existentes y 18 meses para plantas nuevas y, en una segunda etapa, una potencia efectiva mínima de 312.5 MW compuesto por 125 MW en ciclo simple más 187.5 MW en ciclo combinado, en un plazo de 36 meses.

Añade que, de producirse el concurso con la modificación de las bases, se reduciría la potencia mínima exigida (17% menos), siendo el impacto del gas de Camisea en el mercado mucho menor, y se permitiría el uso indefinido del costoso e ineficiente ciclo simple con el mayor pago por tarifa de servicio que representa para el usuario final, postergando la modernización del sector eléctrico nacional.

Los demandados contestan la demanda alegando que en las dos últimas décadas la oferta de energía eléctrica ha crecido consistentemente, debido a la instalación de plantas térmicas cuyo objeto es atender mejor la demanda de energía durante los períodos del año en que llueve menos y se reduce la disponibilidad de plantas hidroeléctricas que dependen de la cantidad de agua. Por ello, agregan, el inversionista tiene que ser muy cuidadoso al momento de pronosticar la demanda y decidir el incremento de la oferta, es decir, el momento más conveniente para invertir y la tecnología que resultaría apropiado utilizar.

Sostienen que en la actualidad el país tiene un porcentaje de reserva de capacidad instalada cercano al 50%, con lo cual la menor capacidad que el inversionista dejaría de instalar no tendría, en sí, impacto alguno; que la reducción de 375 MW a 312.5 MW representa algo más del 1% de la capacidad instalada del sistema eléctrico interconectado peruano; que, adelantar el ingreso del ciclo combinado o incrementar la potencia que se instalaría, sin considerar la evolución del mercado, implicaría una decisión económicamente ineficiente y, por lo mismo, insostenible; y que se variaron las bases de la licitación debido a que no hay posibilidad de almacenar la electricidad que podría generarse en el sistema, ya que sólo se puede generar lo que la demanda requiera, por lo que, una mayor capacidad instalada respecto a la demanda, conllevaría mayores inversiones, aumentaría la reserva en el sistema sin reeditar beneficios, y obligaría al inversionista a requerir mayores tarifas para compensar su inversión.

Asimismo, expresan que el demandante no tiene legitimidad para iniciar el presente proceso en defensa de intereses difusos en su condición de usuario o



consumidor del servicio público de electricidad, y que tampoco tiene interés para obrar.

Por otro lado, manifiestan, textualmente, que “(...) dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los derechos de los consumidores no tienen naturaleza constitucional sino sólo legal, por lo tanto carece de sustento plantear una demanda de amparo fundada en tales derechos (...) Más aún cuando (...) la facultad de acceder a un servicio de menor costo no conforma la estructura de facultades que integra los derechos de los consumidores. Adicionalmente, a la ausencia de relevancia constitucional del pretendido derecho de los consumidores, debemos dejar también claramente establecido que el ordenamiento legal no consagra el derecho de los consumidores a acceder a un servicio de menor costo (baja significativa de tarifas), ni a una mayor calidad del servicio”.

El Vigésimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 3 de julio de 2003, declaró infundadas la excepción de falta de legitimidad para obrar y la demanda, estimando textualmente que “(...) en el caso de autos el derecho presuntamente amenazado del consumidor a obtener un servicio a menor costo y de mayor calidad, no se encuentra vinculado al derecho a la información, salud y seguridad garantizados por la Constitución, en tal sentido resulta un derecho reconocido y protegido por una ley y, por tanto, su defensa no puede hacerse vía acción de amparo”.

La recurrida confirmó la apelada, argumentando que, con fecha 1 de agosto del año 2003, concluyó el Concurso Público Internacional para la transferencia al sector privado del contrato de suministro del gas natural de ELECTROPERÚ, otorgándole la adjudicación a la Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A (ETEVENSA), y que, siendo así, la supuesta amenaza de violación invocada por el demandante ya se habría concretado, no siendo el presente mecanismo constitucional el idóneo para declarar su nulidad o ineficacia, debiendo, en todo caso, acudir a otra vía que cuente con estación probatoria.

FUNDAMENTOS

1. En la presente acción de amparo aparecen, a juicio de este Colegiado, cuestiones jurídicas relevantes, y, que, por ende, merecen un detenido pronunciamiento, a saber:
 - a) El marco doctrinario y normativo de la denominada legitimidad para demandar.
 - b) La existencia, o no existencia, del derecho constitucional a la protección del interés de los consumidores y usuarios.
 - c) La existencia concreta de legitimidad para demandar por parte del actor en la presente causa.
 - d) La existencia, o no existencia, de amenaza de violación a la protección del interés de los consumidores y usuarios.



El marco doctrinario y normativo de la denominada legitimidad para demandar

2. La doctrina procesal moderna considera de central importancia la cabal elucidación de los conceptos de acción, jurisdicción y proceso, a los cuales Ramiro Podetti ha calificado como “trilogía estructural”, y sobre los cuales descansa el derecho procesal (Podetti, Ramiro, “Tratado de los Actos Procesales”, Editorial Ediar, Argentina, 1955, Pág. 117).
3. En tal sentido, la **acción** “(...) constituye una atribución ejercitable ante el Estado, personificado en la persona del juez, en virtud de la cual se puede reclamar la puesta en marcha del mecanismo jurisdiccional a fin de que con ello se preserven los derechos materiales lesionados (o amenazados) de los justiciables” (Peyrano, Jorge “El Proceso Atípico”, Editorial Universidad, Argentina, 1993, Pág. 213). La acción se materializa en una demanda que contiene una pretensión, entendida a su vez, en su acepción material, como la facultad de exigir a otro el cumplimiento de algo, y en su acepción procesal, como un acto de voluntad materializado en una demanda, en ejercicio del derecho de acción que tiene toda persona, por medio del cual alguien reclama algo contra otro, a través del órgano jurisdiccional.
4. La demanda da inicio al **proceso**, el cual se concibe como el “(...) conjunto de actos relacionados entre sí y de índole teleológica, que permiten desarrollar la actividad jurisdiccional” (Peyrano, Jorge, Ob.Cit., Pág. 216); de otro lado, la **jurisdicción** se conceptúa como “(...) la actividad desarrollada por el Estado a través de una autoridad “imparcial” que actúa –independiente e imparcialmente– dentro de un proceso, siendo las resultas de su labor la producción de normas jurídicas irrevisables para las demás actividades estatales y, en ciertos casos, para la misma actividad jurisdiccional(...)” (Peyrano Jorge, Ob.Cit., Pág. 214).
5. El proceso se desarrolla por la intervención de las partes. Calamandrei señala que “(...) el proceso presupone por lo menos dos partes (...)”. (Calamandrei, Piero, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Editorial EJE, Argentina, 1973, Tomo II, Págs. 296-297). Es parte quien reclama, o frente a quien se reclama, la tutela jurisdiccional; vale decir, quienes de hecho intervienen en el proceso como sujetos activos o pasivos de una determinada pretensión o, lo que es lo mismo, demandante y demandado. El concepto de parte se extiende a los terceros y a los sustitutos procesales.
6. Nuestro ordenamiento jurídico establece que el concepto “sujeto de derecho” comprende al ser humano individual (concebido y persona) y al colectivamente establecido (persona colectiva y organizaciones de personas no inscritas); amén



de fijar que la noción de capacidad presupone la declaración y el conocimiento de la aptitud e idoneidad para adquirir derechos y contraer obligaciones de naturaleza jurídica.

El reconocimiento legal de la aptitud e idoneidad de un sujeto de derecho para adquirir derechos y contraer obligaciones se manifiesta en dos planos, a saber:

a) Capacidad de goce

Es la facultad o atributo de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; es decir, para forjar relaciones jurídicas en torno a una actividad determinada y consentida por el ordenamiento jurídico.

Dicha “cualidad” jurídica es inherente a la persona humana y, por ello, es un atributo general.

b) Capacidad de ejercicio

Es la facultad o atributo personal que permite producir por propia voluntad, efectos jurídicos válidos para sí o para otros, responsabilizándose expresamente de sus consecuencias. Por ende, comporta la prerrogativa para gobernarse por sí en las diversas contingencias de la vida coexistencial.

Ahora bien, conforme lo establecen los artículos 42º, 43º y 44º del Código Civil, la regla general es que todas las personas que hayan cumplido 18 años de edad tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, salvo el caso de aquellos que por imperio de la ley son considerados absoluta o relativamente incapaces.

7. Como se ha detallado precedentemente, mediante el ejercicio del derecho de acción se solicita la actividad jurisdiccional del Estado. El acto procesal con el cual se manifiesta dicho ejercicio se conoce como “demanda”.

Por lo demás, este último contiene una exigencia puntual de tutela estatal (vale decir, una pretensión) tendiente a lograr la satisfacción del interés material cuya lesión o amenaza de lesión se reclama.

Su naturaleza jurídica se explica por su calidad de concepto lógico de relación. Así, cuando en una relación jurídica sustancial o material (aquella en donde existe una ligazón entre dos o más personas, una de las cuales está en derecho de exigir a la otra el cumplimiento de un deber jurídico) se produce un conflicto o una incertidumbre legal, los sujetos vinculados pueden recurrir al órgano jurisdiccional para que, dictando una sentencia, solucione la desavenencia o acabe con la incertidumbre surgida en el marco de la referida relación.

La existencia de un caso justiciable supone, pues, la presencia de sujetos que participan entre sí de un conflicto de intereses con relevancia jurídica.



La acreditación de existencia de una relación jurídica sustancial es la que permite a uno de sus conformantes tener una pretensión material respecto del otro. De allí que, de producirse la desavenencia como consecuencia del supuesto o real incumplimiento material, éste deviene en el antecedente directo del proceso judicial.

Es en el ámbito de un órgano jurisdiccional en donde dicha relación sustancial amenazada o violentada por el desacuerdo se discute jurídicamente, adquiriendo la denominación de proceso o relación jurídica procesal.

Cabe señalar que el tránsito de una relación jurídica sustancial a una relación jurídica procesal ocurre como consecuencia del ejercicio del derecho de acción (derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo) de uno de los litigantes, en mérito del cual ésta solicita al Estado tutela jurídica para un caso particular y específico.

Es necesario precisar que la existencia de una relación jurídica procesal no elimina ni desaparece la relación jurídica sustancial, puesto que esta última, como expresión de una realidad concreta, se mantiene como tal.

8. Es importante acotar que, “(...) para convertirse en parte resulta necesario acreditar legitimación suficiente, a la vez que para contar con legitimación será necesaria la capacidad procesal para estar en juicio (...)” (Gozaini, Oswaldo, “Derecho Procesal Civil”, Editorial Ediar, Argentina, 1992, Tomo I, Pág. 392).

La legitimación para obrar debe entenderse, entonces, como “(...) una coincidencia entre la persona que requiere el servicio judicial y el que se halla dentro del proceso ejerciendo determinada pretensión. De esa forma, ocupa al actor y al demandado y puede alcanzar a ciertos terceros (Gozaini, Oswaldo, “La Justicia Constitucional” Editorial Depalma, Argentina, 1994, Pág. 165).

9. Existen dos clases de legitimación: legitimación *ad processum* o legitimación procesal, la cual se concibe como la “(...) aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro (...)” (Couture, Eduardo, “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, Editorial Depalma, Argentina, 1974, Págs. 379-380); y la legitimación *ad causam* o legitimación en la causa, que es “(...) la condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión(...)” (Ibid.). En otros términos, consiste en la autorización que la ley otorga a una persona para ser parte en un proceso determinado por su vinculación específica con el litigio.
10. La legitimación para obrar en el proceso de amparo está regulada por el artículo 26° de la Ley N.º 23506, según el cual tienen derecho a ejercer la acción de amparo el afectado, su representante, o el representante de la entidad afectada.

El afectado es la persona natural que ha sufrido una violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, ya sea nominado o innominado,



reconocido en la Constitución o en los tratados relativos a los derechos humanos.

La persona natural puede accionar por sí misma, o mediante la representación legal, convencional o judicial.

En el caso de la representación legal, los que carecen de la capacidad de ejercicio son sustituidos en el ejercicio del derecho de acción (tales los casos de los padres, respecto de sus hijos menores, y aun los de los que están por nacer, en ejercicio de la patria potestad; de los tutores, respecto de los menores no sometidos a la patria potestad; o de los curadores, respecto de los mayores de edad sometidos a interdicción). Asimismo, el artículo 45° del Código Civil dispone que los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

Como bien expresa Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena “[El negocio jurídico. Edit. Studium, Lima, 1986, Pág. 128] el ordenamiento jurídico confiere dicha representación a determinadas personas que por una posición familiar o por un cargo u oficio, actúan en nombre de otras que están incapacitadas o imposibilitadas para asumir derechos u obligaciones con su actuación directa.

En el caso de la representación convencional, la sustitución proviene de la libre determinación del representado; vale decir, se otorga a través de un contrato por el cual una persona encarga a otra, que acepta, la realización a favor de aquél de determinados actos jurídicos.

Respecto a la representación judicial, la sustitución emana del otorgamiento de facultades a un tercero para llevar a cabo la interposición de una demanda, así como los demás actos procesales derivados de aquélla.

En cuanto a las personas jurídicas, éstas son representadas procesalmente por los gerentes o los administradores de las sociedades mercantiles o civiles, quienes gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal por el solo mérito de serlo.

Así el artículo 1° de la Ley N.° 26539, expresamente prescribe que “El Gerente o Administrador, según el caso, de sociedades mercantiles o civiles, goza de las facultades generales y especiales de representación procesal señalada en los artículos 74 y 75 del Decreto Legislativo N.° 768, Código Procesal Civil, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación estatutaria en contrario o limitación impuesta mediante acuerdo en Junta General de Accionistas o Socios”.

De modo que para ejercer la representación procesal mencionada, bastará la presentación de la copia notarialmente certificada del documento donde conste el nombramiento debidamente inscrito, conforme a los dispositivos legales vigentes.



Ahora bien, según el artículo 26° de la Ley N.° 23506 “(...) sólo en casos de imposibilidad física para interponer la acción, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por hallarse ausente del lugar, o cualquier otra causa análoga, podrá la acción de amparo ser ejercida por tercera persona sin necesidad de poder expreso, debiendo el afectado, una vez que se halla en posibilidad de hacerlo, ratificarse en la acción”. Si bien la norma en cuestión no fija un plazo, este Tribunal considera que podrá aceptarse la ratificación de la acción hasta antes de la emisión de la sentencia en última instancia.

De manera complementaria, el artículo 22° de la Ley N.° 25398 precisa que, tratándose de personas no residentes en el país, la acción de amparo será ejercida por apoderado acreditado y residente en el país, o por tercera persona. En este último caso la acción deberá ser ratificada expresamente por el afectado.

Para ello será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponde a la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.

La existencia, o no existencia, del derecho constitucional a la protección del interés de los consumidores y usuarios

-

11. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de desarrollar ampliamente su concepción sobre el Régimen Económico de la Constitución en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0008-2003-AI/TC (Roberto Nesta Brero y más de 5,000 ciudadanos contra Presidencia del Consejo de Ministros) Por ello, en esta oportunidad sólo nos limitaremos a efectuar algunas precisiones sobre el tema.
12. La Constitución establece que la iniciativa privada es libre y que se ejerce en una economía social de mercado (artículo 58°). Expresa, asimismo, que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59°); que reconoce el pluralismo económico y la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa (artículo 60°); que facilita y vigila la libre competencia (artículo 61°); y que defiende el interés de los consumidores y usuarios (artículo 65°). Estas disposiciones constitucionales configuran algunos de los elementos básicos de una economía social de mercado, donde las diversas empresas concurren en un marco de libre competencia ejerciendo sus libertades de empresa, comercio e industria, ofertando sus bienes y servicios a los usuarios y consumidores. Es en este ordenamiento constitucional económico donde las empresas desarrollarán sus actividades, y en el cual corresponde al Estado estimular la creación de riqueza. Es por ello que este Tribunal ha expresado que “la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria” (Exp. N.° 0008-2003-AI/TC).



13. Pero nuestra Constitución no sólo ha previsto una protección a los agentes económicos, sino que expresamente declara que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios (artículo 65°). De modo que, si bien protege a los agentes económicos, “con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario” (Exp. N.° 0008-2003-AI/TC). Esta disposición constitucional constituye un límite a la actuación de las empresas en una Economía Social de Mercado. De otro lado, este Colegiado ha sostenido que cuando la Constitución garantiza la defensa del interés de los consumidores y usuarios, está consagrando un derecho subjetivo que 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 del 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 (Exps. N.° 0008-2003-AI/TC y N.° 0858-2003-AA-TC, Eyller Torres del Aguila vs. Organismo Supervisor de Inversiones Privadas en Telecomunicaciones–OSIPTEL). Por ello, este Tribunal considera que el derecho constitucional de protección del interés de los consumidores y usuarios (artículo 65° de la Constitución) tiene una *estructura jurídica* de derecho público subjetivo, por lo que puede ser alegado y aplicado directamente por sus titulares.
14. Delimitado así el derecho, conviene determinar su *función* constitucional. En el presente caso este derecho se manifiesta en una pretensión frente a los poderes públicos y órganos estatales, y frente a los particulares, de que sea protegido en caso que puedan vulnerarlo.
15. En esta línea, necesaria para configurar el derecho en cuestión, es que debemos perfilar el *contenido* del derecho constitucional analizado. Para este propósito debe tenerse en cuenta que el mismo artículo 65° establece que el Estado garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a disposición de los consumidores en el mercado, y vela por la salud y la seguridad de la población. Estas disposiciones constitucionales también constituyen derechos constitucionales pero, además, definen el contenido del derecho constitucional de protección del interés de los consumidores y usuarios. Sin embargo, como este Tribunal ya manifestó en jurisprudencia atinente, “(...) estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tutela consagrada en la Constitución. Es de verse que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto constitucional, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas” (Exp. N.° 0008-2003-AI/TC).
16. De este modo, para perfilar el contenido del derecho constitucional a la protección del interés de los consumidores y usuarios, es necesario analizar la expresión “interés de los consumidores y usuarios”. Este Colegiado ha sostenido que el Estado “(...) defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras” (Exp. N.° 018-2003-AI/TC, Más de 5000 ciudadanos vs. Congreso de la República), de modo que los consumidores y



usuarios representan el fin de toda actividad económica (Exps. N.º 0008-2003-AI/TC, N.º 018-2003-AI/TC y N.º 858-2003-AA/TC). Por ello, ese interés de los consumidores y usuarios debe ser materializado a partir de las situaciones concretas que se presenten en los casos de afectación del derecho.

17. En el presente caso se cuestiona el proceso de privatización de un contrato de suministro de gas natural, alegándose que tendrá incidencia en el proceso de generación de energía eléctrica, para su posterior venta. El servicio público de electricidad, indispensable para que los ciudadanos desarrollen normalmente su vida cotidiana y las labores propias de una sociedad contemporánea, tiene la calidad de servicio público aun cuando su gestión y administración la lleven a cabo agentes privados. Entonces, si este Tribunal ha sostenido que los consumidores y usuarios son el fin del proceso económico y, por ello, son sujetos de protección por la posición asimétrica que mantienen con las empresas, en el marco de una economía social de mercado; con mayor razón, cuando de servicios públicos se trate, la atención que el Estado y las empresas que los gestionan deben prestar a las demandas de los consumidores y usuarios se acentuará. Por ello, en el presente caso, ese interés de los consumidores y usuarios se manifiesta concretamente en acceder a un servicio público de menor costo y mayor calidad.
18. Por tanto, para este Tribunal Constitucional el *contenido* del derecho constitucional a la protección del interés de los consumidores y usuarios, comprende el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado; el derecho a su salud y seguridad relacionados con las situaciones derivadas de su condición; y la defensa de su interés que, entre varias posibilidades, según el caso concreto, puede comprender, en el caso de los servicios públicos, el acceso a un servicio de menor costo y mayor calidad.

La existencia concreta de legitimidad para demandar por parte del actor en la presente causa

19. Debemos precisar que la *titularidad* de este derecho se configurará cuando el demandante se encuentre en la posición de consumidor o usuario de algún producto o servicio. En el caso de autos, el demandante es usuario del servicio público de energía eléctrica, como acredita a fojas 2, y, por tanto, titular del derecho en cuestión. De modo que, si se ha demostrado su titularidad, se encuentra legitimado para interponer una acción de amparo si considera que se viola o se amenaza su derecho constitucional a la protección de su interés de consumidor y usuario.

La existencia, o no existencia, de amenaza de violación a la protección de los consumidores y usuarios

20. Al respecto, para determinar si se ha configurado –según la óptica del demandante– amenaza de vulneración del derecho a la protección del interés de los consumidores y usuarios en el supuesto que se realice el “Concurso Público Internacional para la Transferencia al Sector Privado del Contrato de



Suministro de Gas Natural de Electroperú S.A.” con las bases modificadas por PROINVERSIÓN, es pertinente precisar que el proceso de licitación se inició en enero del año 2003, y que el 6 de mayo del mismo año se adjudicó a la Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A. la buena pro del Concurso Público Internacional que organizó la Agencia de Promoción de la Inversión.

Por consiguiente, habiéndose presentado la demanda con fecha 9 de mayo de 2003, al momento de su interposición no existía la denominada e invocada hipotética amenaza de violación, de modo que la demanda de amparo deviene en improcedente.

21. Además de lo expuesto precedentemente, debemos precisar que incluso si la demanda se hubiese presentado antes de la fecha de adjudicación de la buena pro, dado el carácter eminentemente técnico y complejo del tema, referido a la mejor tecnología para la generación de electricidad, la vía del amparo no es la indicada para dilucidarlo. En todo caso, se deja a salvo el derecho del demandante para acudir a la vía ordinaria, donde deberá ventilarse con mayor propiedad su pretensión.
22. No obstante lo señalado en el párrafo precedente, este Colegiado considera que dada la trascendencia económica del tema, por cuanto se trata de determinar cual es la mejor tecnología para la generación de electricidad a través de gas natural, recurso natural no renovable, el Estado peruano debe dictar una política clara y explícita a la brevedad posible que promueva el uso de la tecnología moderna, eficiente y sostenible de los recursos naturales no renovables, para beneficio de la comunidad.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la acción de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA



EXP. N.º 518-2004-AA/TC
LIMA
JAVIER DIEZ
CANSECO CINEROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Comparto el sentido del fallo expresado en la sentencia, en incluso la casi totalidad de los fundamentos de la sentencia, con la única excepción de su ordinal n.º. 21, en la parte que se indica que el tema no puede discutirse en sede del amparo, pues es “eminente técnico y complejo”, dado que se refiere “a la mejor tecnología para la generación de electricidad”.

Considero, en efecto, que dicho asunto no es, a partir de la información oficial que se cuenta, de naturaleza compleja como para no ser dilucidado en el amparo. Como se infiere del expediente, las bases primigenias preveían que el postor, al cabo de 36 meses de la suscripción del contrato, tenía la obligación de introducir tecnología de ciclo combinado para generar electricidad, utilizando gas natural. Con la modificación de esas bases, y el establecimiento de que al finalizar esos 36 meses el postor continúe con la tecnología de ciclo simple, en forma indefinida, y que la tecnología de ciclo combinado pueda introducirse sólo en un porcentaje menor, el Estado peruano, en buena cuenta, renunciaba a fiscalizar que sus recursos naturales no renovables, como el gas natural, tengan un aprovechamiento racional. ¿Por qué?

Por la sencilla razón de que si con el uso de la tecnología de ciclo simple se tiene un rendimiento del 34% para la generación de electricidad con gas natural, con el uso de la tecnología de ciclo combinado su rendimiento es del orden del 55%, conforme lo ha puesto de relieve OSINERG. Esta diferencia del 21% de rendimiento a favor de la segunda tecnología, quiere decir que con la misma cantidad de gas es posible producir mayor electricidad. O dicho de otro modo, que se evitaba la dilapidación irracional, a partir de una exigencia, de un bien no renovable como el gas natural.

En suma, con la modificación de las bases primigenias se posterga el ingreso de una tecnología que permite el uso sostenible de nuestra reserva de gas natural y se alienta el uso de una tecnología que quemará más rápidamente dichas reservas.

No obstante, cabe ahora preguntarse ¿en qué medida dicho tema puede plantearse en sede del amparo constitucional? Precisamente en pro de una protección de los derechos de los usuarios. Y es que detrás de esa constatación en torno a la tecnología con la cual se generará electricidad, se esconde el tema de los precios que asumirán los consumidores y usuarios del servicio. En efecto, si el costo de la generación de electricidad de la tecnología de ciclo combinado es menor que la de ciclo simple, menor por tanto será su precio.

El problema es que cuando se interpuso la demanda, como se expone en el fundamento n.º. 20 de la sentencia, ya se había adjudicado la buena pro a la Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A. Y si bien ello tornaba improcedente al amparo, no impedía, ni creo que aún lo impida, que se determine en su sede natural la responsabilidad a que hubiera a lugar.



S.

GONZALES OJEDA