

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 004-2013-OS/CC-74**

Lima, 15 de noviembre de 2013.

SUMILLA:

Los clientes del suministrador son partícipes de la cadena de pagos; por tanto, como parte de la relación sustantiva, también lo son de la relación procesal.

La Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos establece un sistema de responsabilidad que garantiza el pago al cliente final de las compensaciones por los perjuicios que le pueda causar la mala calidad del servicio, imponiendo una cadena de pagos por la que los suministradores deben pagar las compensaciones a sus clientes independientemente de su responsabilidad y los miembros del sistema, declarados responsables, deben reembolsar a los suministradores las compensaciones pagadas a sus clientes.

Se declaró fundada la reclamación.

VISTO:

El expediente sobre la controversia suscitada por la reclamación presentada por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A., en adelante ELECTROPERÚ o la reclamante, contra CONSORCIO TRANSMANTARO S.A., en adelante, TRANSMANTARO o la reclamada, sobre el resarcimiento por la compensación pagada por las interrupciones por mala calidad de suministro correspondientes al segundo semestre de 2011 y primer semestre de 2012; y, por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia del primer semestre de 2012, más los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, calculados conforme con lo dispuesto por el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93- EM, en adelante Reglamento de la LCE; y en el supuesto que no se ampare esa pretensión, ordenen a SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A., en adelante, SEAL, y ELECTROSUR S.A., en adelante, ELECTROSUR, que devuelvan los montos pagados por las citadas compensaciones.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes:

- 1.1. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201300120128, el día 12 de julio de 2013, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra TRANSMANTARO, SEAL y ELECTROSUR.
- 1.2. Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 169-2013-OS/CD se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
- 1.3. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2013-OS/CC-74, de fecha 19 de agosto de 2013, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc,

asumió competencia en la presente controversia y admitió a trámite la reclamación presentada por ELECTROPERÚ. Asimismo, se dispuso el traslado de la reclamación, otorgando a las empresas reclamadas un plazo de quince (15) días hábiles para que la contesten.

- 1.4. El 11 de septiembre de 2013, TRANSMANTARO presentó contestación a la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.
- 1.5. El 12 de septiembre de 2013, ELECTROSUR presentó contestación a la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.
- 1.6. El 13 de septiembre de 2013, SEAL presentó contestación a la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.
- 1.7. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2013-OS/CC-74, de fecha 16 de septiembre de 2013, se citó a las partes a Audiencia Única para el día 01 de octubre de 2013.
- 1.8. El día 01 de octubre de 2013 se llevó a cabo la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de representantes de ELECTROPERÚ, TRANSMANTARO y SEAL, quienes expusieron sus respectivas posiciones. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° del Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 826-2002-OS-CD¹, en adelante ROSC, se procedió a fijar los puntos controvertidos, admitiendo y actuando todos los medios probatorios ofrecidos por las partes. Asimismo, la presidencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc invitó a las partes a conciliar, respecto de lo cual éstas manifestaron su deseo de continuar con la controversia. Seguidamente, la presidencia comunicó que dicha conciliación puede producirse en cualquier momento del procedimiento hasta antes que se emita la resolución final de segunda instancia, salvo que la resolución de primera instancia hubiese quedado consentida.
- 1.9. El 09 de octubre de 2013, ELECTROPERÚ presentó sus alegatos finales.
- 1.10. El 10 de octubre de 2013, SEAL y TRANSMANTARO presentaron sus alegatos finales.
- 1.11. Al haberse verificado el cumplimiento de todas las etapas previstas para el procedimiento de solución de controversias, la reclamación se encuentra expedita para ser resuelta por este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

2. De la controversia:

2.1. De la reclamante ELECTROPERÚ:

ELECTROPERÚ sustenta su posición en lo manifestado en sus escritos de reclamación y alegatos y en la Audiencia Única, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

¹ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 9 de mayo de 2002.

2.1.1. Fundamentos de hecho:

a) Resarcimiento de compensaciones por interrupciones por mala calidad de suministro correspondiente al segundo semestre de 2011.

- En el marco de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, en adelante NTCSE, el COES, mediante Carta N° COES/D/DO-576-2012, de fecha 16 de noviembre de 2012, puso en conocimiento de ELECTROPERÚ, la Decisión de la Dirección Ejecutiva respecto de las transgresiones a la NTCSE por el evento EV-210-2011, en el cual se determinó que TRANSMANTARO fue responsable de:
 - Interrupciones en los puntos de entrega S.E. Mollendo 138 kV y S.E. Repartición 138 kV, mediante los cuales se afectó la calidad del suministro de SEAL.
 - Interrupciones por mala calidad de suministro en los puntos de entrega S.E. Ilo 138 kV, S.E. Sarita 33 kV y S.E. Aricota II 10,5 kV, mediante los cuales se afectó la calidad del suministro de ELECTROSUR.
- ELECTROPERÚ, en aplicación de la NTCSE, calculó las compensaciones por mala calidad de suministro del segundo semestre de 2011 a pagar a SEAL y a ELECTROSUR, las cuales incluyen los eventos de responsabilidad de TRANSMANTARO mencionados anteriormente.
- ELECTROPERÚ remitió a SEAL y ELECTROSUR los siguientes documentos, pagados en su oportunidad:
 - A SEAL:
 - i) Nota de Crédito N° 004-2185 por S/. 39 140,30 (determinado, conforme con lo previsto en la NTCSE, multiplicando el monto original de U.S. \$ 14,544, 89 por el tipo de cambio de S/. 2.691 - vigente el último día de enero de 2012- válido para convertir de dólares americanos a Nuevos Soles, todas las compensaciones y resarcimientos del segundo semestre de 2011 mencionadas más adelante);
 - ii) Nota de Débito N° 004-1941 por S/. 33 174,33 (U.S. \$ 12 327,88) y Nota de Crédito N° 004-2393 por S/. 33 174,33 (U.S. \$ 12 327,88), ascendiendo el monto total neto a S/. 39 140, 30² (U.S. \$ 14 544,89).

A este monto total neto de S/. 39 140,30 ya compensado por ELECTROPERÚ a SEAL se incluyó el monto de S/. 33 174,33 (U.S. \$ 12 327,88) originado por el evento antes mencionado de responsabilidad de TRANSMANTARO que ocasionó la mala calidad del suministro a SEAL; monto que conforme con la cadena de pagos establecida en la NTCSE, TRANSMANTARO debe resarcir a ELECTROPERÚ.

- A ELECTROSUR:
 - i) Nota de Crédito N° 004-2186 por S/. 74 342,78 (U.S. \$ 27 626,45);

² Estos montos incluyen otras compensaciones no relevantes para la controversia.

- ii) Nota de Débito N° 004-1942 por S/. 35 397, 52 (U.S. \$ 13 154, 04);
- iii) Nota de Crédito N° 004-2392 por S/ 16 549, 91 (o U.S. \$ 6 150,10), ascendiendo el monto total neto a S/ 55 495, 17³ (U.S. \$ 20 622,51).

A este monto total neto de S/. 55 495,17 ya compensado por ELECTROPERÚ a ELECTROSUR se incluyó el monto de S/. 10 141, 95 (U.S. \$ 3 768, 84) originado por el evento mencionado anteriormente de responsabilidad de TRANSMANTARO que ocasionó la mala calidad del suministro a ELECTROSUR; monto que conforme con la cadena de pagos establecida en la NTCSE, TRANSMANTARO debe resarcir a ELECTROPERÚ.

- Según la responsabilidad atribuida por el COES a TRANSMANTARO, ésta debe resarcir a ELECTROPERÚ por las compensaciones ya pagadas a SEAL y ELECTROSUR correspondientes a mala calidad del suministro del segundo semestre de 2011, el monto total de S/. 43 316,28 (U.S. \$ 16 096,72).

b) Resarcimiento de compensaciones por interrupciones por mala calidad de suministro y por interrupciones por rechazo de carga, ambas correspondientes al primer semestre de 2012.

- El 20 de mayo de 2012, mediante Resolución Ministerial N° 237-2012-MEM/DM, se aprobó el Procedimiento Técnico del COES "Para la aplicación del numeral 3.5 de la NTCSE", en adelante PR 40.
- En este procedimiento se establecieron criterios para el proceso de análisis de los eventos que ocasionan transgresiones a la calidad del producto y/o suministro, a fin que el COES asigne responsabilidades por esas transgresiones conforme con la NTCSE; y, asimismo, se establecieron los requerimientos de información para determinar los resarcimientos a ser pagados por los responsables correspondientes a las compensaciones conforme a los criterios fijados en la referida norma y su Base Metodológica.
- El COES cursó a las empresas integrantes del Comité la Carta N° COES-419-2012, de fecha 22 de agosto de 2012, mediante la cual adjuntó el Informe N° COES/D/DO/STR-INF-095-2012, el cual contenía el cálculo definitivo de los resarcimientos por calidad del suministro correspondiente al primer semestre de 2012 y se estableció que TRANSMANTARO fue responsable de:
 - Evento EV-004-2012, ocurrido el 19 de enero de 2012, por rechazo de carga, que transgredió la calidad de suministro de SEAL.
 - Evento EV-049-2012, ocurrido el 18 de marzo de 2012, en el punto de entrega S.E. Mollendo 138 kV y S.E. Chilina 33 kV, que transgredió la calidad de suministro de SEAL.
- El Informe N° COES/D/DO/STR-INF-095-2012 estableció que, por los eventos mencionados de responsabilidad de TRANSMANTARO, ELECTROPERÚ debía compensar a SEAL con un total de U.S. \$ 10 291,94 (S/. 27 057,51), resultante del siguiente cálculo:

³ Estos montos incluyen otras compensaciones no relevantes para la controversia.

- Por compensación por interrupciones por rechazo de carga: U.S. \$ 7 108,14 (S/. 18 687,30, monto determinado, conforme con lo previsto en la NTCSE, multiplicando el monto original en dólares americanos por el tipo de cambio de S/. 2,629 vigente el último día de julio de 2012).
- Por compensación por interrupciones por mala calidad de suministro en el punto de entrega:
 - Punto de entrega S.E. Chilina 33 kV: U.S. \$ 8 537,65 (S/. 22 445,48, tipo de cambio S/. 2,629).
 - Punto de entrega S.E. Mollendo 138 kV: U.S. \$ 1 754,29 (S/. 4 612,03, tipo de cambio S/. 2,629).
- Por los hechos expuestos, ELECTROPERÚ entregó a SEAL notas de crédito en las que se incluyeron los montos por los eventos antes mencionados:
 - i) Nota de Crédito N° 004-2321 por compensación por interrupciones por mala calidad de suministro por S/. 79 830,72⁴ (U.S. \$ 30 365,43, tipo de cambio S/. 2,629).
 - ii) Nota de Crédito N°004-2327 por compensación por interrupciones por rechazo de carga por S/. 39 265,72⁵ (U.S. \$ 14 935,61, tipo de cambio S/. 2,629).
- Para dar cumplimiento a la cadena de pagos de la NTCSE, ELECTROPERÚ, mediante comunicaciones Nos. AT-1362-2012 y AT-1394-2012, remitió a TRANSMANTARO las Facturas Nos. 005-14036 -resarcimiento de compensación por interrupciones por mala calidad de suministro por S/. 27 051,51 (U.S. \$ 10 291,94)- y 005-14050 -resarcimiento de compensación por interrupciones por rechazo de carga por S/. 18 687,30 (U.S. \$ 7 108, 14)-.
- El 19 de diciembre de 2012, el COES notificó a ELECTROPERÚ el Informe N° COES/D/DO/STR-INF-095-2012-R1, mediante el cual estableció los montos de resarcimiento adicionales a los establecidos en el Informe N° COES/D/DO/STR-INF-095-2012. En este informe se establece que TRANSMANTARO, además de los montos citados anteriormente, debe resarcir a ELECTROPERÚ con lo siguiente:
 - Resarcimiento por rechazo de carga que transgredió la calidad de suministro de SEAL: U.S. \$ 470 275, 60 (S/.1 212 370,50, tipo de cambio S/. 2,578).
 - Resarcimiento por mala calidad de suministro que transgredió la calidad de suministro de SEAL: U.S. \$ 21 101,93 (S/. 54 400,78, tipo de cambio S/. 2,578).
- Por lo expuesto, ELECTROPERÚ entregó a SEAL las siguientes notas de crédito en las que se incluyeron los montos por los eventos mencionados:
 - Nota de Crédito N° 004-2417 por compensación por interrupciones por mala calidad de suministro por S/.72 542,89⁶ (U.S. \$ 28 139,21, tipo de cambio S/. 2,578).

⁴ Montos incluyen otras compensaciones no relevantes para la controversia.

⁵ Montos incluyen otras compensaciones no relevantes para la controversia.

⁶ Montos incluyen otras compensaciones no relevantes para la controversia.

- Nota de Crédito N°004-2327 por compensación por interrupciones por rechazo de carga por S/. 1 356 732,33⁷ (U.S. \$ 526 273,21, tipo de cambio S/. 2,578).
- Para dar cumplimiento a la cadena de pagos de la NTCSE, ELECTROPERÚ, mediante comunicaciones Nos. AT-2012 y AT-2012, remitió a TRANSMANTARO las Facturas Nos. 005-15040 -resarcimiento de compensación por interrupciones por mala calidad de suministro por S/. 54 400.78 (U.S. \$ 21 101.93)- y 005-14050 -resarcimiento de compensación por interrupciones por rechazo de carga por S/. 1 212 370,50 (U.S. \$ 470 275,60)-.
- Con las modificaciones efectuadas por el Informe N° COES/D/DO/STR-INF-095-2012-R1, el monto total que TRANSMANTARO debe abonar a ELECTROPERÚ por el primer semestre de 2012 es el siguiente:

Resarcimiento correspondiente al Primer Semestre de 2012		
Concepto	Monto en US\$	Monto en S/.
Resarcimiento por rechazo de carga (Informe COES/D/DO/STR-INF-095-2012)	7,108.14	18,687.30
Resarcimiento por mala calidad de suministro (Informe COES/D/DO/STR-INF-095-2012)		
▪ Punto de entrega S.E. Chilina 33 kV	8,537.65	22,445.48
▪ Punto de entrega S.E. Mollendo 138 Kv	1,754.29	4,612.03
▪ Total	10,291.94	27,057,51
Resarcimiento por rechazo de carga (Informe COES/D/DO/STR-INF-095-2012-R1)	470,275.60	1 ' 212,370.50
Resarcimiento por mala calidad de suministro (Informe COES/D/DO/STR-INF-095-2012-R1)	21,101.93	54,400.78
TOTAL PRIMER SEMESTRE 2012	508,777.61	1 ' 312,516.09

c) Respecto del monto total reclamado:

- Para ELECTROPERÚ, según los cálculos efectuados por el COES, el monto total que TRANSMANTARO debe pagar por los resarcimientos correspondientes al segundo semestre de 2011 y primer semestre de 2012 es:

TOTAL RESARCIMIENTO ADEUDADO POR TRANSMANTARO		
Concepto	Monto en US\$	Monto en S/.
Resarcimiento Segundo Semestre de 2011	16,096.72	43,316.28
Resarcimiento Primer Semestre de 2012	508,777.61	1 ' 312,516.09
TOTAL	524,874,33	1 ' 355,832.37

⁷ Montos incluyen otras compensaciones no relevantes para la controversia.

- Del monto total adeudado por TRANSMANTARO, ELECTROPERÚ ya pagó por concepto de compensación por trasgresiones a la NTCSE a SEAL S/. 1 345 690,42 (U.S. \$ 521 105,49) y a ELECTROSUR S/. 10 141,95 (U.S. \$ 3 768,84). En el supuesto negado que se resuelva no ordenar a TRANSMANTARO el pago del resarcimiento requerido, ELECTROSUR y SEAL deberán devolver los montos pagados.
- ELECTROPERÚ pagó por compensación a SEAL y ELECTROSUR:

Empresa	COMPENSACIÓN NTCSE PAGADA POR ELECTROPERÚ A SEAL Y ELECTROSUR DEL SEGUNDO SEMESTRE DE 2011 Y PRIMER SEMESTRE DE 2012			
	Compensación Total		Compensación de Responsabilidad de TRANSMANTARO	
	Monto en S/.	Monto en US\$	Monto en S/.	Monto en US\$
SEAL	1'587,511.96	614,258.35	1'345,690.42	521,105.49
ELECTROSUR	55,495.17	20,622.51	10,141.95	3,768.84
Total:	1'643,007.13	634,880.86	1'355,832.37	524,874.33

d) Respecto de la negativa de pago de TRANSMANTARO:

- Mediante Cartas Nos. AT-204-2013, AT-384-2013 y AT-388-2013, ELECTROPERÚ remitió a TRANSMANTARO las siguientes facturas:

Factura N°	Concepto	Monto en S/.
005-14036	Resarcimiento por compensación por interrupción por mala calidad de suministro (I Semestre 2012)	27,057.51
005-14050	Resarcimiento por compensación por interrupción por rechazo de carga (I Semestre 2012)	18,687.30
005-14858	Resarcimiento por compensación por interrupción por mala calidad de suministro (II Semestre 2011)	43,316.28
005-15040	Resarcimiento por compensación por interrupción por mala calidad de suministro (I Semestre 2012)	54,400.78
005-15041	Resarcimiento por compensación por interrupción por rechazo de carga (I Semestre 2012)	1'212,370.50
Total:		1'355,832,37

- TRANSMANTARO a través de la Carta N° CS000002-13032583, de fecha 06 de marzo de 2013, devuelve las citadas facturas, argumentando lo siguiente:
 - Las interrupciones de suministro derivadas de las fallas ocurridas el 28 de diciembre de 2011, 07 y 08 de febrero de 2012 fueron impugnadas en vía administrativa, por lo que se emitieron las Resoluciones de Gerencia General de OSINERGMIN Nos. 245-2012-OS/GG, 290-2012-OS/GG y 282-2012-OS/GG, que declararon infundados los recursos de

apelación interpuestos por TRANSMANTARO. Estas resoluciones administrativas han sido impugnadas ante el Poder Judicial.

- Existe un requerimiento pendiente ante el Ministerio de Energía y Minas sobre la aplicabilidad de la NTCSE respecto de los eventos del 19 de enero de 2012, 15 de febrero de 2012 y 18 de marzo de 2012.
- Los argumentos expuestos por TRANSMANTARO no tienen sustento alguno, por cuanto de conformidad con el artículo 23° de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, la admisión de la demanda contenciosa administrativa no impide la ejecución de un acto administrativo. Y, además, porque ELECTROPERÚ solo ha procedido a facturar los montos determinados en virtud a la aplicación de la NTCSE.

2.1.2. Fundamentos de derecho:

- La presente controversia se inicia a consecuencia de la negativa por parte de TRANSMANTARO de pagar el resarcimiento que le corresponde como responsable de las interrupciones por mala calidad de suministro y rechazo de carga correspondientes al segundo semestre de 2011 y primer semestre de 2012.
- El numeral 3.5 de la NTCSE dispone que la identificación del integrante del Sistema responsable por la transgresión a la citada norma es realizada por el COES, para que el agente responsable efectúe las retribuciones respectivas a los suministradores afectados para resarcirlos de las compensaciones pagadas a sus clientes por falta ajena. Así también, el inciso i) del artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28832, dispone como una de las funciones administrativas del COES la de *Asignar responsabilidades en caso de transgresiones a la NTCSE así como calcular las compensaciones que correspondan*.
- En tal sentido, el COES ha identificado al responsable de las interrupciones por mala calidad de suministro y rechazo de carga, ocurridos en el segundo semestre de 2011 y primer semestre de 2012, que afectaron a SEAL y ELECTROSUR. Esta decisión no ha sido materia de impugnación siendo por tanto exigible, por lo que corresponde a TRANSMANTARO pagar a ELECTROPERÚ los resarcimientos solicitados por la compensación pagada a SEAL y ELECTROSUR.
- Precisa que la cadena de pagos resulta esencial para que opere eficientemente el mercado de servicio eléctrico toda vez que permite no solo asignar los riesgos a los distintos participantes del proceso productivo en función de su propia participación en el evento que genera el perjuicio y a su vez contribuye a que los causantes de dicho perjuicio creen o adopten medidas apropiadas para reducir o evitar este tipo de eventos, por cuanto son los causantes quienes asumen los costos derivados de las fallas. En ese sentido, al atribuirle al operador causante último de la falla, la obligación de pagar las compensaciones que resulten exigibles, éste estará dispuesto a adoptar medidas que resulten económicamente justificables con la finalidad de prevenir futuros eventos que causen fallas al Sistema. De igual manera, la cadena de pagos otorga a los demás operadores de la cadena productiva, el derecho de repetir contra el causante último los pagos que hayan tenido que efectuar a sus clientes. Todo lo antes mencionado contribuye a la agilidad y viabilidad práctica del Sistema, por cuanto el afectado por la falla puede cobrar en forma directa y

expeditiva a su suministrador, y así sucesivamente, sin incurrir en procedimientos y costos transaccionales que pueden alargar innecesariamente o frustrar el funcionamiento del sistema de compensaciones. En tal sentido, TRANSMANTARO, al desconocer la obligación de pago por resarcimiento, interrumpe la cadena de pagos que como se puede apreciar resulta importante para que el esquema de compensaciones y resarcimientos funcione eficientemente.

- Añade que la Base Metodológica de la NTSCE en sus numerales 5.2.4.f) y 5.2.4.g) establece que los responsables de las transgresiones a la calidad del suministro tendrán un plazo máximo de 30 días calendario, contados a partir de la fecha en que el COES les comunique el monto respectivo, para efectuar el pago por resarcimiento. En tal sentido, ELECTROPERÚ solo se ha limitado a facturar lo establecido por el COES, por lo que el cobro requerido es válido y legal, toda vez que éste cumple con los supuestos y requisitos que establecen la NTCSE y el PR 40.
- Sin perjuicio de ello, ELECTROPERÚ solicita que en caso se considere que TRANSMANTARO no debe efectuar el pago del resarcimiento, el Cuerpo Colegiado ordene a SEAL que devuelva a ELECTROPERÚ S/. 1 345 690,42 y a ELECTROSUR que devuelva S/. 10 141,95 que por concepto de compensación, ELECTROPERÚ abonó oportunamente; más los intereses compensatorios y moratorios establecidos en el artículo 176° del Reglamento de la LCE.

2.2. De la reclamada TRANSMANTARO:

TRANSMANTARO sustenta su posición en lo manifestado en su escrito de contestación a la reclamación y alegatos y en la Audiencia Única, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

- ELECTROPERÚ reclama que TRANSMANTARO debe abonarle por el primer semestre de 2012 la suma de US\$ 508 777,61 dólares (S/. 1 312 516,09) y por el segundo semestre de 2011 la suma de US \$ 16 096,72 (S/. 43 316,28), lo que da un total de US\$ 524 874,33 equivalente a S/. 1 355 832,37.
- TRANSMANTARO señala que el Estado Peruano, con la finalidad de enfrentar el crecimiento de la demanda de energía eléctrica en el corto y mediano plazo y considerando la insuficiente infraestructura en transmisión de energía eléctrica y déficit de oferta en el área sur del Perú, solicitó a TRANSMANTARO mediante el Oficio N° 348-2007/MEM-VME de fecha 21 de diciembre de 2007, la ampliación de la capacidad de transmisión de potencia de la línea de transmisión de 220 kV Mantaro - Socabaya, de 300 MW a 505 MW.
- Ambas partes -Estado Peruano y TRANSMANTARO- entendían que la ampliación requerida alteraría la configuración y condiciones operativas del Sistema de Transmisión e incrementaría tanto los niveles de riesgo de su operación así como los asociados a interrupciones mientras no entrase en operación otra infraestructura de transmisión que actuase como respaldo o redundancia del sistema y/o éste trasmitiese una potencia superior a 300 MW; el Ministerio de Energía y Minas consideró razonable y justo bajo toda perspectiva una exoneración a favor de TRANSMANTARO de la responsabilidad de compensaciones económicas por aplicación de la NTCSE mientras no entrase en operación una infraestructura distinta que actuase como

respaldo o redundancia de éste y/o éste transmitiese una potencia superior a los 300 MW.

- Bajo el contexto indicado, el Estado Peruano y TRANSMANTARO suscribieron la Adenda N° 8 al Contrato BOOT, en cuya Cláusula Séptima del Anexo N° 12 de la mencionada Adenda se estableció lo siguiente:

“SÉPTIMA.- OTROS

Las Partes reconocen que la Ampliación a ser ejecutada en el Sistema de Transmisión alterará la configuración y/o las condiciones operativas de éste, e incrementarán los niveles de riesgo de la operación del mismo, y los riesgos de la Sociedad Concesionaria asociados a las interrupciones de carga asociados a rechazos de carga por mínima frecuencia, en tanto la línea Mantaro-Caraveli-Montalvo en 500 kV no se encuentre en operación comercial, o en caso que la referida línea se encuentre fuera de servicio, o en caso el Sistema de Transmisión transmita una potencia superior a 300 MW, medido en el punto de retiro. Por lo tanto, las Partes acuerdan que serán inaplicables para la Sociedad Concesionaria, las normas sobre pago de compensaciones, por interrupciones originados por los rechazos de carga por mínima frecuencia establecidas en la NTCSE y sus modificatorias, tal como ésta pueda ser modificado, en los casos en que la línea Mantaro-Caraveli-Montalvo se encuentre fuera de servicio o no se haya iniciado la puesta en operación comercial de la misma o en caso el Sistema de Transmisión transmita una potencia superior a 300 MW, medida en el punto de retiro”.

- Precisa que la lógica que supone un Contrato de Concesión puede considerar excepciones normativas en función de un interés público. Al respecto, Guido Santiago TAWIL afirma:

“El Estado no se encuentra, por cierto, obligado a renunciar o limitar el ejercicio de sus prerrogativas, pero si decide hacerlo a fin de estimular un obrar particular determinado (mejores ofertas en una licitación o, en otros ámbitos como el del fomento, radicación de industrias en determinada zona, etc.) y con ello genera un determinado obrar particular no puede simplemente desconocer los compromisos asumidos señalando que se trataba de potestades irrenunciables.” (RDA N° 8, LIMA, 2009).

- En atención a la cita previa, se observa que el Estado cuenta con potestades respecto de los bienes y servicios de los cuales es titular, como es el caso de la actividad de transmisión de electricidad. Por ello, desconocer lo dispuesto en la Adenda N° 8 del Contrato BOOT, significa actuar en contra del ordenamiento jurídico.
- El Contrato de Concesión es una figura jurídica mediante la cual se aplican facultades por parte del Estado para brindar un marco de seguridad en las inversiones por parte de los privados; por lo cual, la aceptación de la reclamación de ELECTROPERÚ, significaría vulnerar la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico.

- Sin embargo, el COES continúa asignando responsabilidades a TRANSMANTARO sin tener en cuenta lo establecido en la Adenda N° 8 del Contrato BOOT; y, sin considerar que al asignar responsabilidades por interrupciones de suministro y calcular compensaciones por expresa delegación de la normativa eléctrica, el COES está cumpliendo funciones administrativas, es decir, resulta ser como el propio Estado al ejercer sus funciones administrativas; por tanto, debe necesariamente cumplir también con los compromisos contractuales de éste, precisamente asociados a estas funciones, como lo es, entre otros, la obligación contractual del Estado de inaplicar la NTCSE al Sistema de Transmisión Mantaro - Socabaya en 220 kV en caso de interrupciones mientras no entre en operación la infraestructura de transmisión que actuase como respaldo o redundancia de éste y/o éste transmitiese una potencia superior a 300 MW de acuerdo con lo establecido en la Adenda N° 8.
- En los considerandos de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 1069-2012-OS/GFE se señala en el numeral 2.8 del análisis sobre los rechazos de carga por mínima frecuencia lo siguiente:

"Conforme con lo establecido en la cláusula Séptima de la adenda N° 8 del Contrato de Concesión BOOT suscrito con el Estado Peruano, en el caso que el Sistema de Transmisión transmita una potencia superior a 300 MW medido en el punto de retiro, no resulta aplicable para la empresa las normas sobre pago de compensaciones (por interrupciones originadas por rechazos de carga por mínima frecuencia) establecidas en la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (NTCSE) y sus modificatorias.

En este caso, en instantes previos a la desconexión, a través de la interconexión, se transmitía un flujo total de 357 MW medidos en Mantaro.

Por tanto, dicho supuesto se encuentra enmarcado en la cláusula Séptima de la Adenda N° 8 del Contrato de Concesión, lo cual deriva en la inaplicabilidad de la NTCSE. Siendo así, al no ser necesario que este Organismo se pronuncie sobre el particular dentro del Procedimiento de Calificación de Fuerza Mayor, CONSORCIO TRANSMANTARO deberá sujetarse a lo establecido en el referido Contrato de Concesión, a efectos que se le exonere de pago de compensaciones, por este tipo de interrupciones".

- La Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 0605-2012-OS/GFE señala en el numeral 2.9 del análisis de interrupciones producidas por rechazo de carga por mínima frecuencia lo siguiente:

"Conforme con lo establecido en la cláusula séptima de la Adenda N° 8 del Contrato de Concesión BOOT suscrito con el Estado Peruano, en el caso que el Sistema de Transmisión transmita una potencia superior a 300 MW medido en el punto de retiro, no resulta aplicable para la empresa las normas sobre pago de compensaciones (por interrupciones originadas por rechazos de carga por mínima frecuencia), establecidas en la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (NTCSE) y sus modificatorias.

En este caso, en instantes previos a la desconexión, a través de la interconexión se transmitía un flujo total de 328 MW medidos en Mantaro y 335.4 en Socabaya.

Por tanto, dicho supuesto se encuentra enmarcado en la cláusula Séptima de la Adenda N° 8 del Contrato de Concesión, lo cual deriva en la inaplicabilidad de la NTCSE. Siendo así, al no ser necesario que este Organismo se pronuncie sobre el particular dentro del procedimiento de Calificación de Fuerza Mayor, Consorcio Transmantaro deberá sujetarse a lo establecido en el referido Contrato de Concesión, a efectos que se le exonere del pago de compensaciones, por este tipo de interrupciones”.

- Precisa que las fallas que acontecieron y respecto de las cuales se ha solicitado Fuerza Mayor han sido impugnadas en la vía administrativa. Es por ello que el OSINERGMIN durante los diversos procesos administrativos se ha pronunciado respecto de la aplicación de la Adenda N°8 del Contrato BOOT. Las Resoluciones del OSINERGMIN se encuentran siendo cuestionadas ante el Poder Judicial.
- Por otro lado, señalan que han reclamado ante el Ministerio de Energía y Minas, el hecho que el COES no esté aplicando la Adenda N°8 que establece la inaplicabilidad de la NTCSE de acuerdo con lo señalado anteriormente. El Ministerio se ha comprometido a establecer un mecanismo para que el COES aplique la Adenda N°8 del Contrato BOOT. Adicionalmente, se ha seguido los procedimientos de impugnación ante el COES.
- De otro lado, señala que si bien la reclamación presentada por ELECTROPERÚ tiene como finalidad que el Cuerpo Colegiado declare que TRANSMANTARO tiene la obligación de pagar unas supuestas compensaciones por mala calidad de suministro e interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, ELECTROPERÚ busca conseguir en sede administrativa, que el Cuerpo Colegiado no considere que el Ente Regulador tiene como obligación supervisar el correcto cumplimiento de la Ley de Concesiones Eléctricas, en adelante LCE, su Reglamento y los Contratos de Concesión suscritos por el Estado, algo que vulnera el Estado de Derecho a los intereses de TRANSMANTARO y del Estado.
- Conforme se precisa en el inciso a) del artículo 2° del ROSC, el Ente Regulador tiene facultad para pronunciarse sobre *Controversias entre Generadores, entre Generadores y Transmisores, y entre Transmisores del SEIN, distintas a las originadas en el COES y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.* En otras palabras, el OSINERGMIN si bien cuenta con una función referida a la solución de controversias, ello no puede negar que también cuenta con una facultad referida a la supervisión; por lo cual, sus pronunciamientos deben considerar las fuentes que son objeto de su supervisión y fiscalización.
- En tal sentido, conforme lo establecido en el artículo 101° de la LCE y el artículo 5° del Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras del OSINERGMIN, el OSINERGMIN tiene como materia de supervisión y fiscalización *el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidos en la Ley de Concesiones Eléctricas, su Reglamento correspondiente y los Contratos de Concesión suscritos por el Estado.*

- Resulta claro, que en el presente caso, se pretende dejar de lado que el OSINERGMIN debe velar por el correcto cumplimiento de las fuentes normativas señaladas y los Contratos de Concesión suscritos por el Estado, los cuales, a su vez, refieren las Adendas de los Contratos de Concesión; como es el caso de la Adenda N° 8 del Contrato BOOT.
- Conforme es de verse de la Reclamación interpuesta por ELECTROPERÚ, no se ha considerado que el ámbito de competencia del OSINERGMIN engloba distintas facultades que han sido delegadas por el Estado, las cuales terminan siendo ratificadas y aclaradas mediante la LMOR⁸. La norma referida cumple con la finalidad de estandarizar el contenido de los distintos Organismos Reguladores a efectos de presentar un marco de legalidad y coherencia tanto en la competencia que les permite su actuación como para la predictibilidad que podrá observarse en sus actos administrativos resolutivos.
- En consecuencia, para que el Cuerpo Colegiado emita un pronunciamiento sobre la correspondencia o no del pago de compensaciones que indebidamente pretende ELECTROPERÚ, primero debe verificarse si la referida solicitud se adecúa al marco legal y si cumple con lo dispuesto en el artículo 101° de la LCE y en la Adenda N° 8 del Contrato BOOT.
- Además, ELECTROPERÚ no ha tomado en consideración la función que el COES tiene en el mercado de electricidad. Éste es una institución con facultades conferidas para que realice función pública, en específico se le han encargado funciones de interés público y de carácter administrativo⁹. Ello nos lleva a afirmar que está realizando funciones que el propio Ministerio de Energía y Minas, el cual se presenta en el mercado eléctrico peruano como concedente y suscriptor de los contratos de concesión y sus respectivas Adendas, podría estar realizando, solo que por un criterio de eficiencia se han separado.
- En ese sentido, lo solicitado por ELECTROPERÚ pierde razonabilidad debido a que está solicitando al OSINERGMIN, quien vela por el correcto cumplimiento de los contratos de concesión, a que afirme que el Estado, en sus diferentes facetas (Concedente y Operador del Mercado y Sistema -función delegada-) incurre en error; con lo cual el OSINERGMIN tendría que negar su naturaleza jurídica y las facultades que se le han conferido.
- Por tanto, acoger el pedido de ELECTROPERÚ, significa una contradicción de las facultades del OSINERGMIN en su faceta supervisora, fiscalizadora y de solución de controversias, así como la negación de las facultades del Ministerio de Energía y Minas para considerar supuestos de excepción cuando la realidad lo amerite en un Contrato de Concesión.
- De otro lado, precisa que esta controversia se presenta por un error cometido por el COES, el cual se pretende ratificar mediante el presente procedimiento. Debemos partir por afirmar que el COES se le ha encomendado la función administrativa para *asignar responsabilidades y calcular compensaciones en caso de trasgresiones a la NTCSE*.

⁸ Las funciones de Supervisión, Fiscalización y Solución de Controversias a las cuales se refiere TRANSMANTARO se encuentran recogidas en el numeral 3.1 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores.

⁹ Las facultades o funciones a las cuales se refiere TRANSMANTARO se encuentran recogidas en los artículos 13° y 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

- En atención a ello, el COES debe efectuar el análisis tomando en consideración las diversas fuentes de derecho aplicables; lo cual evidentemente supone la revisión, en esencia, de la LCE, su Reglamento correspondiente y los Contratos de Concesión aplicables a la relación obligatoria nacida del supuesto de responsabilidad. Así, resulta importante señalar que el mismo ELECTROPERÚ, en la presentación que realizó en la Audiencia Única de fecha 01 de Octubre de 2013, reconoció que el COES realiza función administrativa.
- En ese sentido, el COES debió tomar en consideración la Cláusula Séptima del Contrato BOOT.
- El análisis de responsabilidad supone considerar los eximentes de responsabilidad aplicables, como es el caso del supuesto señalado en la Cláusula Séptima del Contrato BOOT, lo que no fue hecho por el COES.
- Además, el COES, en su calidad de entidad administrativa, persona jurídica que ejerce una función pública (operación del mercado y el sistema eléctrico), sobre la base de lo dispuesto por el artículo 76° de la LPAG debió coordinar con el Ministerio de Energía y Minas, para evitar caer en una contradicción respecto de lo señalado por el Estado en su faceta de Concedente y su faceta de Operador del Mercado y del Sistema.
- En consecuencia, habiéndose explicado el error en la justificación de ELECTROPERÚ para realizar el cobro de compensaciones, TRANSMANTARO solicita se declare infundada la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.

2.3. De la reclamada ELECTROSUR:

ELECTROSUR sustenta su posición en lo manifestado en su escrito de contestación a la reclamación, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.3.1. Contestación de la reclamación:

- La NTCSE establece los niveles mínimos de calidad de los servicios eléctricos y en el marco de lo dispuesto por esta norma es que se ha realizado y respetado los procedimientos administrativos establecidos para determinar el resarcimiento de las compensaciones por interrupciones de mala calidad de suministro correspondiente al segundo semestre de 2011, primer semestre de 2012 y por las interrupciones por rechazo de carga del primer semestre de 2012.
- De acuerdo con el numeral 3.5 de la NTCSE, el COES a través de su Carta N° COES/D/DO-576-2012 determinó la responsabilidad de TRANSMANTARO por las interrupciones por mala calidad de suministro en los puntos de entrega S.E. llo 138 kV, S.E. Sarita 33 kV y S.E. Aricota II 10,5 kV mediante las cuales se afectó la calidad del suministro de ELECTROSUR correspondiente al segundo semestre de 2011.
- El monto que corresponde a la responsabilidad de TRANSMANTARO respecto de ELECTROSUR sobre el evento antes descrito asciende a S/. 10 141,95.

- De acuerdo con el numeral 3.1. literal d) de la NTCSE es obligación de los suministradores, en este caso ELECTROPERÚ, el pago a sus clientes de las compensaciones por la mala calidad del servicio eléctrico, independientemente si estas deficiencias son de responsabilidad de ellos mismos o de terceros; en este caso de TRANSMANTARO.
- Por tanto, solicita se declare fundada la pretensión principal primera, en el sentido que se ordene a TRANSMANTARO pague a ELECTROPERÚ el monto sobre el resarcimiento de las compensaciones pagadas tanto a ELECTROSUR como a SEAL, en estricto cumplimiento de la NTCSE.
- Asimismo, solicita que la pretensión subordinada de ELECTROPERÚ se declare improcedente.
- Precisa que el suministrador -ELECTROPERÚ- es aquel que provee el servicio de energía, siendo TRANSMANTARO el tercero que se encuentra conectado al Sistema y que es partícipe en la transferencia de energía, por lo que las interrupciones por mala calidad en el suministro de energía han sido atribuidas a éste, de acuerdo con el Informe Técnico y comunicación emitidos por el COES en cumplimiento de la NTCSE, obligando de esta manera al resarcimiento de compensaciones por las mencionadas interrupciones. Es obligación de ELECTROPERÚ, según la NTCSE, pagar las compensaciones a ELECTROSUR como lo ha hecho sin postergar ni condicionar la obligación de este pago a que lo haga efectivo TRANSMANTARO como agente responsable.
- Agrega que de acuerdo con la cadena de pagos es importante asignar las responsabilidades en función de la participación tanto del suministrador como del tercero responsable en el evento que le generó perjuicio a ELECTROSUR para que TRANSMANTARO tome las medidas necesarias para evitar estos eventos. En estricto, en la cadena de pagos no se incluye a ELECTROSUR, por cuanto es ésta la que se ha perjudicado en los mencionados periodos por la interrupción del servicio eléctrico, no pudiendo de esta manera repetir a favor de la reclamante. Es un imposible jurídico ser la parte afectada con el evento y repetir devolviendo el monto por concepto de resarcimiento de compensaciones a favor de ELECTROPERÚ, el cual tiene parte de responsabilidad conforme lo señalado por la NTCSE y el COES.
- En el supuesto que se ampare la pretensión subordinada de ELECTROPERÚ se estaría vulnerando el principio de legalidad establecido en el inciso 1.1 del numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en adelante LPAG, por cuanto este procedimiento exige el sometimiento al procedimiento de la cadena de pagos, es decir, a lo claramente expresado en la NTCSE, que obliga al cumplimiento de los fines establecidos, siendo la obligación de ELECTROPERÚ el pago de las compensaciones a favor de ELECTROSUR y la obligación de TRANSMANTARO de repetir a favor de ELECTROPERÚ, es en ese momento que concluye la cadena de pagos.
- Por otro lado, en mérito al referido principio, ELECTROSUR exige la legalidad de la actuación administrativa que es compatible con lo señalado en la NTCSE, así como que las decisiones administrativas deban seguir el procedimiento.

2.3.2. Excepción de falta de legitimidad del demandado:

- ELECTROSUR deduce, al amparo de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 446° del Código Procesal Civil y en concordancia con el artículo 37° del ROSC, la excepción por falta de legitimidad para obrar del reclamado y solicita la suspensión de este procedimiento hasta que el reclamante establezca una adecuada relación jurídica conforme a ley, en mérito a:
- Existe *Legitimatio Ad Causam* o legitimidad para obrar, cuando existe conformidad o coincidencia entre las personas integrantes de la relación jurídica sustancial y quienes forman parte de la relación jurídica del procedimiento -que no son estrictamente los titulares del derecho, porque, integrando la relación material pueden no serlo. En otras palabras, para ser parte de la relación jurídica del procedimiento, uno tiene que ser parte en la relación jurídica sustancial¹⁰.
- En el presente caso los que forman parte integrante de la relación jurídica sustantiva son el reclamante -ELECTROPERU- y el reclamado -TRANSMANTARO-, toda vez que en el propio escrito presentado por el reclamante, se establece que:

En el marco de la NTCSE, el COES, a través de su Carta N° COES/DO- 576-2012, de fecha 16 de noviembre de 2012, puso a conocimiento de ELECTROPERÚ, la decisión de la Dirección Ejecutiva respecto de las transgresiones a la NTCSE por el evento EV-2010-2011. En este documento, el COES determinó que TRANSMANTARO fue responsable de los siguientes eventos durante el segundo semestre de 2011:

- (i) Interrupciones en los puntos de entrega S.E. Mollendo 138 kV y S.E. Repartición 138 kV, mediante los cuales se afectó la calidad del suministro de SEAL.
 - (ii) Interrupciones por mala calidad de suministro en los puntos de entrega S.E. Ilo 138 kV, S.E. Sarita 33 kV y S.E. Aricota II 10.5 k.V mediante los cuales se afectó la calidad del suministro de ELECTROSUR.
- Es en ese sentido y de acuerdo con lo que establece el numeral 3.5. de la NTCSE que dispone que la identificación del integrante del Sistema responsable por la transgresión a la citada norma es realizada por el COES, para que dicho agente efectúe las retribuciones respectivas a los suministradores afectados para resarcirlos de las compensaciones pagadas a sus clientes por faltas ajenas. El inciso i) del artículo 14° de la Ley N° 28832 también dispone como una de las funciones administrativas del COES asignar responsabilidades en caso de transgresiones a la NTCSE así como calcular las compensaciones que correspondan.
 - En este caso, se ha observado que el COES ha identificado al responsable de las interrupciones por mala calidad de suministro durante el segundo semestre de 2011 a TRANSMANTARO, en razón de ello le corresponde únicamente a ésta pagar los resarcimientos solicitados, toda vez que ELECTROSUR no es responsable de los eventos que generaron la transgresión a la NTCSE, por lo que no resulta razonable que se le pretenda atribuir un pago cuando claramente está establecido que no forma parte de la relación jurídica

¹⁰ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, "Las excepciones en el Proceso Civil". Segunda Edición actualizada.

sustancial debido a que ha quedado acreditado por el COES que el único responsable de los eventos suscitados fue TRANSMANTARO.

- Sostiene que la legitimidad para obrar consiste precisamente en que las personas que tienen su lugar respectivo en la relación jurídica sustantiva sean exactamente las mismas que ocupan su lugar respectivo en la relación jurídica del procedimiento. Si él o los titulares en la relación jurídica sustantiva no son los mismos en la relación jurídica del procedimiento, no hay legitimidad para obrar.
- La excepción permite que el ente a resolver suspenda el procedimiento hasta que no se determine quienes son los realmente afectados y comprometidos en su decisión, por ser titulares de la relación sustantiva¹¹.
- Víctor Ticona Postigo sostiene que “cuando el demandado deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado lo que está haciendo es afirmar o que el demandante no es titular de la pretensión que está intentando o que, en todo caso no es el único que debería serlo sino en compañía de otro u otros, o que él (el demandado) no debería ser el emplazado dado que la pretensión intentada en su contra le es absolutamente ajena o, en todo caso, que no es el único que debería haber sido demandado.”¹²
- Por tanto, ELECTROSUR solicita, en tanto en este caso no hay identidad o congruencia entre las partes que intervienen en la relación jurídica sustantiva con las que intervienen en la relación jurídica del procedimiento, se ampare la excepción deducida y se suspenda el procedimiento hasta que haya una adecuada relación jurídica.

2.4. De la reclamada SEAL:

SEAL sustenta su posición en lo manifestado en sus escritos de contestación a la reclamación y alegatos y en la Audiencia Única, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

- El 06 de octubre de 2010, SEAL y ELECTROPERÚ suscribieron el Contrato N° GG-AL-284-2010-SEAL, vigente hasta el 30 de diciembre de 2013, en el cual se estableció como obligación de las partes lo siguiente:

CLAÚSULA TERCERA: OBJETO DEL CONTRATO:

*3.1. El objeto del presente Contrato es atender el Suministro a cargo de **EL GENERADOR** en beneficio de **LA DISTRIBUIDORA** a cambio de una retribución por parte de esta última, según las condiciones previstas en el presente Contrato.*

*3.2. Por el presente Contrato **EL GENERADOR** se obliga a suministrar o hacer que se suministre a **LA DISTRIBUIDORA** en los puntos de Suministro, a partir de la fecha de inicio, en forma permanente y continua, la Potencia Contratada y/o Energía Asociada, constituyendo éstos los límites máximos de la obligación de suministro de **EL GENERADOR** y del derecho de **LA DISTRIBUIDORA** a recibir dicha*

¹¹ MONROY GALVEZ, Juan, “Temas del Proceso Civil” 1987, págs. 182 y 183.

¹² TICONA POSTIGO, Víctor “Código Procesal Civil”, Tomo I, 1998, pág. 576.

potencia y energía, conforme a las características técnicas establecidas en el presente Contrato. (Subrayado y resaltado de SEAL).

- Durante el segundo semestre de 2011 y el primer semestre de 2012, SEAL fue afectado por las interrupciones por la mala calidad de suministro y por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia (primer semestre 2012).
- Ante tales hechos, la Dirección Ejecutiva del COES determinó la responsabilidad por las transgresiones a la NTCSE; decisiones remitidas mediante los Informes: (i) COES -D-642-2012, (ii) COES -D-419-2012 y (iii) COES-D-576-2012; los cuales determinaron que las interrupciones por la mala calidad del suministro contratado debían ser compensados e indicaron el monto correspondiente a la compensación conforme con los criterios fijados en la NTCSE y su Base Metodológica.
- Como consecuencia del daño generado, en aplicación a las responsabilidades asumidas mediante el contrato suscrito, así como a la NTCSE, y el Informe de COES, ELECTROPERÚ pagó por concepto de compensación a favor de SEAL. En este sentido, SEAL procedió al cálculo y pago del resarcimiento para los usuarios finales, afectados por dichos eventos. Este resarcimiento fue realizado en el mes de abril, a través de un descuento en la facturación de acuerdo con la NTCSE y su Base Metodológica.
- Precisa que la Cláusula Quinta del Contrato refuerza la responsabilidad de ELECTROPERÚ frente a SEAL respecto del suministro contratado; toda vez que el suministro se puede realizar mediante producción propia o contratada y/o a través de adquisiciones a terceros; tal como sucede en el presente caso, en el cual ELECTROPERÚ y TRANSMANTARO tienen un vínculo contractual ajeno al de SEAL que no puede generar un perjuicio a SEAL y en consecuencia al usuario final del suministro. Cita la referida Cláusula Quinta:

CLÁUSULA QUINTA: SUMINISTRO

***EL GENERADOR** cumplirá con el suministro de la Potencia Contratada y Energía Asociada materia de este Contrato en los Puntos de Suministro, ya sea con producción propia o contratada y/o a través de adquisiciones a terceros, de acuerdo con la legislación vigente. (Resaltado de SEAL).*

- Señala que ELECTROPERÚ es una empresa generadora y TRANSMANTARO una empresa transmisora; motivo por el cual ELECTROPERÚ usa las líneas de TRANSMANTARO para el despacho de energía.
- En el contrato suscrito por ELECTROPERÚ y SEAL se estipuló que frente al incumplimiento de las características técnicas¹³ del suministro, ELECTROPERÚ debería pagar a SEAL las compensaciones y penalidades a

¹³ **CLÁUSULA SEXTA: CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DEL SUMINISTRO.**

(...)

En caso de incumplimiento de las características establecidas en la presente cláusula, EL GENERADOR pagará a LA DISTRIBUIDORA las compensaciones y penalidades a que hubiere lugar por incumplimiento de los niveles de calidad exigidos, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la NTCSE y directivas complementarias, y de manera proporcional a las potencias contratadas fijadas en los respectivos Contratos que LA DISTRIBUIDORA tenga firmados con todos sus suministrados.

que hubiere lugar por los incumplimientos de los niveles de calidad exigidos, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la NTCSE.

- ELECTROPERÚ es responsable de prestar el suministro con un nivel de calidad satisfactorio de acuerdo con las exigencias contractuales y exigidas por el ordenamiento jurídico; caso contrario deberá pagar a SEAL las compensaciones respectivas por incumplimiento en la calidad del servicio, independientemente que la mala calidad se deba a deficiencias propias o ajenas.
- Además, SEAL enfatiza que las partes acordaron a través del contrato de suministro suscrito lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: CALIDAD Y CASOS DE FUERZA MAYOR

*14.1. En caso de deficiencias en la calidad del producto o suministro, **EL GENERADOR** compensará a **LA DISTRIBUIDORA** conforme a lo dispuesto en la Ley, su REGLAMENTO y la NTCSE.*

*14.2. En caso de interrupciones por fallas en el sistema de transmisión de las empresas transmisoras, **EL GENERADOR** trasladará a **LA DISTRIBUIDORA** la compensación que le corresponda recibir de parte de las respectivas empresas transmisoras en aplicación de la NTCSE en forma proporcional a la potencia suministrada bajo el presente Contrato tomando en consideración la potencia total suministrada a **LA DISTRIBUIDORA** por todos sus proveedores incluido **EL GENERADOR**.*

*14.3. **EL GENERADOR** efectuará las compensaciones a favor de **LA DISTRIBUIDORA** mediante una nota de crédito, en la oportunidad prevista en lo normatividad vigente.*

*14.4. Siempre considerando lo establecido en los acápite anteriores, si **EL GENERADOR** no compensase a **LA DISTRIBUIDORA** en la oportunidad establecida por el presente Contrato o por la normatividad vigente, por tener alguna objeción una vez subsanada dicha objeción, **EL GENERADOR** deberá pagar a **LA DISTRIBUIDORA** el adeudo resultante, incluyendo el interés compensatorio y moratorio, de conformidad con el artículo 176° del Reglamento, devengado desde la fecha determinada conforme a ley.*

14.5. Para efectos de cuantificar la potencia y energía a ser compensadas, éstos se computarán desde el instante en que se produzca la ocurrencia, conforme a la normatividad señalado en el primer párrafo de esta cláusula y considerando los estándares de calidad definidos en ésta y en la Cláusula SEXTA. (...). (Resaltado de SEAL).

- Agrega que esta cláusula se encuentra complementada por lo dispuesto en la NTCSE, que establece en el punto 3 del Título Tercero:

3. OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADOR, DEL CLIENTE Y DE TERCEROS

3.5. *En casos de transgresiones a la calidad del producto y/o suministro, el COES está obligado a asignar responsabilidades y a calcular las compensaciones correspondientes (...).*

- Hace referencia también al numeral 6.1 de la NTCSE:

6.1. INTERRUPCIONES

La Calidad de Suministro se expresa en función de la continuidad del servicio eléctrico a los Clientes, es decir, de acuerdo a las interrupciones del servicio.

6.1.1. Para evaluar la Calidad de Suministro, se toman en cuenta indicadores que miden el número de interrupciones del servicio eléctrico, la duración de las mismas y la energía no suministrada a consecuencia de ellas. El Período de Control de interrupciones es de seis (06) meses calendario de duración.

6.1.2. Se considera como interrupción a toda falla de suministro eléctrico en un punto de entrega. Las interrupciones pueden ser causadas, entre otras razones, por salidas de equipos de las instalaciones del Suministrador u otras instalaciones que lo alimentan, y que se producen por mantenimiento, por maniobras, por ampliaciones, etc., o aleatoriamente por mal funcionamiento o fallas, lo que incluye, consecuentemente, aquellas que hayan sido programadas oportunamente. (...)
(Resaltado de SEAL).

- El numeral 2) del artículo 12° de la Ley N° 28832, establece que las decisiones del COES son de obligatorio cumplimiento por los agentes.
- El COES, mediante Informes: (i) COES -D-642-2012, (ii) COES-D-419-2012 y (iii) COES-D-576-2012, determinó respecto de las transgresiones a la NTCSE que TRANSMANTARO fue responsable por las interrupciones en los puntos de entrega S.E. Mollendo 138 kV y S.E. Repartición 138 kV, donde SEAL se vio afectada.
- Es por ello, que ELECTROPERÚ en atención a la responsabilidad atribuida por mandato contractual y legal realizó la compensación correspondiente a la mala calidad del suministro obligado a SEAL.
- Es importante señalar que el pretender trasladar la responsabilidad y con ello el perjuicio a SEAL, no solamente afectaría a SEAL sino también a los usuarios finales, quienes en su oportunidad se vieron afectados con la interrupción del suministro y que producto de la compensación realizada por ELECTROPERÚ han sido resarcidos por el daño generado de acuerdo con lo dispuesto en la NTCSE.
- La pretensión subordinada de ELECTROPERÚ no se encuentra amparada en ninguna norma legal y menos aún en el propio contrato, por lo que solicitan que se declare improcedente de pleno derecho; y con ello la extromisión de SEAL del presente procedimiento.

3. Determinación de la materia controvertida:

3.1. Petitorio de ELECTROPERÚ:

1. Pretensión Principal:

Que, TRANSMANTARO le pague el monto de S/. 1 355 832,37 por resarcimiento de las compensaciones pagadas a sus clientes SEAL y ELECTROSUR por mala calidad de suministro correspondientes al segundo semestre de 2011 y primer semestre de 2012, y por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, correspondiente al primer semestre de 2012, más los intereses compensatorios y moratorios correspondientes.

2. Pretensión Subordinada:

Que, en el supuesto que no se ampare la pretensión principal, ordenen a SEAL y ELECTROSUR que devuelvan los montos pagados por las citadas compensaciones en el párrafo precedente, más los intereses compensatorios y moratorios correspondientes.

3.2. Petitorio de TRANSMANTARO:

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, declare infundada la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.

3.3. Petitorio de ELECTROSUR:

1. Que, se declare fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del reclamado deducida por ELECTROSUR.
2. Que, se declare improcedente la pretensión subordinada presentada por ELECTROPERÚ.

3.4. Petitorio de SEAL:

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, declare infundada la reclamación presentada por ELECTROPERÚ en lo que correspondiente a SEAL.

Materia Controvertida:

En la Audiencia Única llevada a cabo el día 01 de octubre de 2013, las partes a pesar de ser instadas por el Presidente para conciliar, no llegaron a un acuerdo; por lo que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estableció como materia controvertida la contenida en el Petitorio de las partes, anteriormente mencionado.

4. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc:

4.1. Respecto de la excepción de falta de legitimidad para obrar del reclamado deducida por ELECTROSUR:

ELECTROSUR deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del reclamado sobre la base de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 446° del Código Procesal Civil y el artículo 37° del ROSC y señala que no existe

congruencia entre las partes que intervienen en la relación jurídica sustantiva con las que intervienen en la relación jurídica del procedimiento. Asimismo, sostiene que solo forman parte integrante de la relación jurídica sustantiva el reclamante -ELECTROPERÚ- y el reclamado -TRANSMANTARO-.

Al respecto, la legitimidad para obrar es tratada en doctrina como una “condición de la acción”¹⁴ y como tal, se considera como un elemento que permite al instructor del proceso emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

De igual manera, esta excepción puede definirse como el instrumento procesal dirigido a denunciar la carencia de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y quienes forman parte de la relación jurídica procesal y que con este instituto se pone de manifiesto la carencia de identidad entre las personas inmersas en una y otra relación¹⁵. MONROY señala que cuando el demandado deduce esta excepción, éste no debería ser emplazado dado que la pretensión intentada en su contra le es absolutamente ajena al no ser parte de la relación jurídica sustantiva¹⁶.

Al respecto, nos encontramos frente a una relación jurídica sustantiva, cuando entre dos o más personas se produce un conflicto de intereses con relevancia jurídica sustantiva y la segunda se configura en tanto uno de los protagonistas del conflicto, en ejercicio de su derecho de acción, interpone una demanda que contiene una o más pretensiones contra la persona con quien mantiene la relación jurídica sustantiva¹⁷.

Asimismo, MONTERO AROCA define la legitimidad para obrar como “la posición habilitante para formular la pretensión, o para que contra alguien se formule, ha de radicar necesariamente en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material y en la imputación de la obligación. La legitimidad, pues, no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia”¹⁸.

La *legitimitatio ad-causam* tal como señala LEDESMA NARVÁEZ, “viene a ser la titularidad que tiene la persona respecto del derecho que demanda”¹⁹

Sobre la base de lo expuesto, corresponde analizar si los miembros de la relación jurídica sustantiva participan también de la relación jurídica procesal.

ELECTROSUR señala que no resulta razonable que se le pretenda atribuir un pago cuando claramente está establecido que no forma parte de la relación jurídica sustancial, por cuanto ha quedado acreditado por el COES que el único responsable de los eventos suscitados fue TRANSMANTARO.

El numeral 3.1 inciso d) de la NTCSE establece que el suministrador es responsable de prestar a su cliente un servicio con un nivel de calidad

¹⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. Op.cit. pág. 181.

¹⁵ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Op. Cit. Pág. 260.

¹⁶ MONROY GALVEZ, Juan. Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano. En Revista Themis. PUCP, pág. 121-122.

¹⁷ Ibid, pág. 126.

¹⁸ MONTERO AROCA, Juan. La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú. En: Ius et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 24. pág. 14.

¹⁹ LEDESMA NAVAÉZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Gaceta Jurídica S.A. Segunda Edición, abril 2009. Tomo II Pág.14.

satisfactorio de acuerdo con las exigencias establecidas en la propia norma y se establece entre sus obligaciones, pagar a sus clientes las compensaciones respectivas por incumplimiento en la calidad del servicio eléctrico, independientemente que la mala calidad se deba a deficiencias propias o ajenas.

En este sentido, el régimen de la cadena de pagos del mercado eléctrico, mecanismo establecido en la NTCSE, bajo el cual los agentes responsables de interrupciones o fallas -en el caso de litis, TRANSMANTARO, de conformidad con el informe técnico emitido por el COES²⁰-, que causen perjuicios a otros agentes del Sistema deben compensar económicamente a éstos. Independientemente de la responsabilidad de quien generó el evento, los suministradores -en este caso, ELECTROPERÚ- son los encargados de pagar las compensaciones respectivas a los perjudicados -SEAL y ELECTROSUR-, los que a su vez deben recibir un resarcimiento por los responsables de la interrupción. El régimen de la cadena de pagos establece la responsabilidad específica de los causantes de la falla, con lo cual se crea un mecanismo que facilita y hace viable el Sistema.

En el caso de litis se verifica que tres agentes están comprendidos en la cadena de pagos: ELECTROPERÚ como suministrador; SEAL y ELECTROSUR como sus clientes y TRANSMANTARO como responsable de la falla por lo tanto, conforman la relación jurídica material que sustentan las pretensiones del reclamante.

En consecuencia, al haberse comprobado que la relación jurídico procesal ha sido correctamente planteada, al estar comprendidos SEAL y ELECTROSUR en la cadena de pagos y por tanto, conformar la relación jurídico sustantiva, corresponde desestimar la excepción de falta de legitimidad para obrar del reclamado deducida por ELECTROSUR.

4.2. Sobre la materia reclamada:

El inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en adelante LMOR, define la función de Solución de Controversias como la facultad de los Organismos Reguladores de conciliar interés contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre ellos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

A su vez, el artículo 44° del Reglamento General del OSINERGMIN²¹, en adelante RGO, establece que la función de Solución de Controversias autoriza a los órganos competentes a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las entidades, entre estas y los usuarios libres y entre estos. Precisa que quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI. Además, señala que la función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva del OSINERGMIN, comprende además la facultad de este Organismo de conciliar intereses contrapuestos sobre estas materias.

²⁰ NTCSE: "3.5 En casos de transgresiones a la calidad del producto y/o suministro (en adelante Evento), el COES está obligado a asignar responsabilidades y a calcular las compensaciones correspondientes...".

²¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

Asimismo, el artículo 46° del RGO establece los supuestos de controversias que corresponden ser conocidas por OSINERGMIN, Además el artículo 47° del RGO precisa que la vía administrativa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSINERGMIN, de acuerdo con las reglas establecidas en esta norma.

En virtud de las normas citadas, y en uso de las facultades que le otorga el artículo 21° del Reglamento mencionado²², el Consejo Directivo del OSINERGMIN aprobó, a través de la Resolución N° 0826-2002-OS/CD, el ROSC.

El artículo 2° del ROSC establece que:

“Competencia del OSINERGMIN. Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:

(...)

Controversias entre generadores y distribuidores, entre generadores y usuarios libres, entre distribuidores, entre usuarios libres y entre transmisores y distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN”.

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

De otro lado, las competencias de supervisión y fiscalización del OSINERGMIN en el sector eléctrico en relación con la NTCSE, en principio vienen reguladas por, el inciso a) del numeral 3 del artículo 3° de la LMOR, el cual establece como una de las funciones de los Organismos Reguladores –OSINERGMIN- la función supervisora, que comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulados o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.

De igual manera, el artículo 101° de la LCE, señala que es materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidos en la Ley, su Reglamento y el respectivo contrato de concesión. A su vez, el inciso e) del artículo 31° de la LCE, señala que es obligación de las concesionarias cumplir con las disposiciones del Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas aplicables.

²² Reglamento General del OSINERGMIN: artículo 21°: *“De conformidad con la normatividad vigente, esta función comprende también la facultad del OSINERGMIN de dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las ENTIDADES o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios, así como la de dictar directivas o procedimientos relacionados con la seguridad y la prevención del riesgo eléctrico.”*

En este sentido, mediante Decreto Supremo N° 020-97-EM se aprobó la NTCSE, la cual en su numeral 4.1 establece como competencia del OSINERGMIN -como autoridad- fiscalizar el fiel cumplimiento de lo establecido en esta norma. Asimismo, en el numeral 4.4 señala que el OSINERGMIN verificará el pago de las compensaciones a los clientes suministrados en concordancia con la NTCSE. Finalmente, el artículo 4.3 de la NTCSE establece que el OSINERGMIN podrá *resolver los pedidos, reclamos o controversias presentadas por las Empresas de Electricidad o los clientes, respecto del cumplimiento de la Norma, de acuerdo con las instancias y procedimientos establecidos en el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM -Reglamento del OSINERGMIN- o la norma que lo sustituya.*

De lo expuesto, se puede concluir que la NTCSE, en concordancia con la LMOR y la LCE, precisa las competencias del OSINERGMIN para pronunciarse respecto del pago de las compensaciones que la NTCSE señala, lo cual se realizará dentro de los procedimientos establecidos por el RGO y el ROSC.

4.2.1. Respecto del resarcimiento por mala calidad de suministro, correspondiente al segundo semestre de 2011 y primer semestre del 2012:

Ante hechos que trasgredan la NTCSE, tal como se explicó al desarrollar la excepción deducida, la propia norma establece el procedimiento de pago de compensaciones y de sus correspondientes resarcimientos, determinando que éste se activa en el momento en que se realizó la transgresión.

Es así que ante eventos como los de materia de litis, el literal d) del numeral 3.1 de la NTCSE determina que procede el pago de la compensación al cliente por parte del suministrador; sin que ello implique que necesariamente es responsable de transgredir la NTCSE.

El COES, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 3.5 de la NTCSE, tiene la obligación de investigar e identificar al responsable de la referida transgresión, lo que plasma en un informe técnico debidamente sustentado y el suministrador, contando con este informe, podrá requerir al responsable, el pago de los resarcimientos por las compensaciones pagadas a sus clientes.

En el caso concreto, mediante la Decisión complementaria de la dirección ejecutiva el COES respecto de las transgresiones a la NTCSE por el evento EV-210-2011 -28 de diciembre de 2011-, de fecha 16 de noviembre de 2012, se asignó responsabilidad a TRANSMANTARO por el señalado evento. Asimismo, mediante el informe del COES N° COES/D/DO/STR-INF-095-2012, de fecha 22 de agosto de 2012, se asignó responsabilidad por los eventos de los días 07 y 08 de febrero de 2012 a TRANSMANTARO por transgresiones a la calidad del suministro.

En este caso, debemos precisar que no corresponde al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc revisar lo establecido por el COES en el Informe Técnico respecto de los mencionados eventos, porque la decisión sobre quién es el responsable por la mala calidad del suministro ya ha sido adoptada por el COES, entidad técnica competente para tal análisis según lo determina el numeral 3.5 de la NTCSE, artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, el Reglamento del COES, aprobado por Decreto Supremo N° 027-2008-EM y el Estatuto del COES.

Además, cabe precisar que en el presente procedimiento administrativo ninguna de las partes cuestiona la decisión emitida al interior del COES. No obstante, sí corresponde determinar si existen o no causas eximentes para la asunción de la obligación de pagar por responsabilidad por mala calidad de suministro, conforme lo establece la NTCSE.

Sobre este punto, el literal d) del numeral 3.1. del punto 4 del Título Tercero de la NTCSE establece:

“El suministrador es responsable de prestar, a su Cliente, un servicio con nivel de calidad satisfactorio de acuerdo a las exigencias establecidas en la Norma. Son obligaciones del Suministrador:

(...)

*d) Pagar a su Cliente, dentro de los plazos establecidos, las compensaciones respectivas por incumplimiento en la calidad del servicio eléctrico, independientemente que la mala calidad se deba a deficiencias propias o ajenas, **salvo casos de fuerza mayor**, casos derivados de la ejecución de obras de gran envergadura de interés público de otros sectores, o casos de reforzamientos o ampliaciones de instalaciones existentes, debidamente calificados como tales por la Autoridad. Estos casos serán tratados conforme a la Tercera Disposición Final de la presente Norma y la Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 010-2004-OS/CD, o la que la sustituya.”* (el subrayado es nuestro).

TRANSMANTARO señala que estas trasgresiones por mala calidad de suministro fueron originadas por causas de Fuerza Mayor, razón por la cual no pagarían compensación alguna. En ese sentido, la reclamada solicitó ante el OSINERGMIN que los antes señalados sean calificados como eventos de Fuerza Mayor.

Ante la solicitud de TRANSMANTARO, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, en adelante GFE, en primera instancia administrativa, mediante las Resoluciones Nos. 289-2012-OS/GFE, 0926-2012-OS/GFE y 0927-2012-OS/GFE declaró infundadas las solicitudes de calificación de Fuerza Mayor y mediante Resoluciones Nos. 1225-2012-OS/GFE, 1826-2012-OS/GFE y 1827-2012-OS/GFE, infundados los recursos de reconsideración interpuestos por TRANSMANTARO contra los pronunciamientos antes mencionados.

Asimismo, OSINERGMIN en última instancia administrativa, mediante las Resoluciones de Gerencia General Nos. 245-2012-OS/GG, 282-2012-OS/GG y 290-2012-OS/GG, confirmó las resoluciones impugnadas y declaró infundados en todos sus extremos los recursos de apelación interpuestos por TRANSMANTARO.

TRANSMANTARO manifiesta que impugnó judicialmente las Resoluciones de Gerencia General Nos. 245-2012-OS/GG, 282-2012-OS/GG y 290-2012-OS/GG vía acción contencioso administrativa.

Por la acción judicial indicada TRANSMANTARO señala que no le corresponde el pago de lo reclamado.

Al respecto, resulta necesario indicar que de acuerdo con la LPAG, las declaraciones que emite la autoridad administrativa son actos administrativos, según se establece en:

“Artículo 1º. - Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.

Sobre la base de lo dispuesto por la norma antes citada, las decisiones que emite el OSINERGMIN son declaraciones de una autoridad administrativa y, por tanto, son actos administrativos y como tales son de cumplimiento obligatorio por los administrados, tal como lo declara el artículo 192º de la LPAG:

“Artículo 192º.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley”.

Así también lo recoge la doctrina, que señala que *la ejecutoriedad de los actos administrativos puede ser definida como “una especial manifestación de la eficacia de los mismos, por lo cual ello, cuando imponen deberes y restricciones a los particulares, pueden ser realizados aún contra su voluntad por los órganos directos de la Administración, sin que sea necesario la previa intervención de la acción declarativa de los órganos jurisdiccionales.”*²³

En tal sentido, las decisiones contenidas en las Resoluciones Nos. 245-2012-OS/GG, 282-2012-OS/GG y 290-2012-OS/GG deben tenerse como de obligatorio cumplimiento por ser decisión última de la administración y en tanto no exista disposición legal contraria a éstas, mandato judicial o sujeción a un plazo o condición que impida su cumplimiento, deben ser acatadas por los administrados.

TRASMANTARO no ha presentado ante este Colegiado mandato judicial que suspenda la ejecución de las citadas resoluciones administrativas, ni tampoco se nos ha notificado de resolución judicial alguna.

En vista de ello, TRASMANTARO no puede alegar que, en virtud de la acción contencioso administrativa iniciada por esa empresa contra las resoluciones de OSINERGMIN, como pronunciamiento de última instancia administrativa, los eventos ocurridos en el segundo semestre de 2011 y primer semestre del año 2012 sean considerados de Fuerza Mayor y por ello, no le corresponde el pago del resarcimiento requerido.

Por el contrario, estos eventos no han sido considerados como Fuerza Mayor por la autoridad competente y por tanto, son susceptibles de ser considerados como eventos a compensar según la cadena de pagos contemplada en la NTCSE. Por ello, de conformidad con la Decisión Complementaria del COES, el Informe Técnico del COES y de las Resoluciones Nos. 245-2012-OS/GG, 282-2012-OS/GG y 290-2012-OS/GG, TRASMANTARO debe cumplir con pagar a ELECTROPERÚ por el resarcimiento por mala calidad de suministro,

²³ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición, Gaceta Jurídica Lima -2011, Pág. 550.

correspondiente al segundo semestre de 2011 y primer semestre del 2012 por los eventos de los días 28 de diciembre de 2011, 07 y 08 de febrero de 2012.

4.2.2. Respeto del resarcimiento por rechazo de carga por mínima frecuencia correspondiente al primer semestre del 2012:

Tal como señaláramos en el numeral anterior, la NTCSE establece el procedimiento de pago de compensaciones y de sus correspondientes resarcimientos ante hechos que trasgredan sus propias disposiciones, determinando que éste se activa en el momento en que realizó la transgresión y en virtud de lo que dispone el literal d) del numeral 3.1 de la NTCSE, en casos como el de litis, procede el pago de la compensación al cliente por parte del suministrador; sin que ello implique que necesariamente es responsable de transgredir la NTCSE.

De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 3.5 de la NTCSE, el COES tiene la obligación de investigar e identificar al responsable de la referida transgresión, lo que plasma en un informe técnico debidamente sustentado y el suministrador, contando con este informe, podrá requerir al responsable, el pago de los resarcimientos por las compensaciones pagadas a sus clientes.

En el caso de análisis, en estricto cumplimiento de los dispositivos indicados precedentemente, mediante el informe del COES N° COES/D/DO/STR-INF-095-2012, de fecha 22 de agosto de 2012, se asignó responsabilidad por los eventos, EV-004-2012 del 19 de enero de 2012 y EV-049-2012 del 18 de marzo de 2012 a TRANSMANTARO por transgresiones a la NTCSE.

En este caso, debemos precisar que no corresponde al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc revisar lo establecido por el COES en el Informe Técnico respecto de los mencionados eventos, porque la decisión sobre quién es el responsable técnico por la transgresión a la NTCSE ya ha sido adoptada por el COES, entidad técnica competente para tal análisis según lo determina el numeral 3.5 de la Norma Técnica, artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, el Reglamento del COES, aprobado por Decreto Supremo N° 027-2008-EM y el Estatuto del COES.

En el presente procedimiento administrativo lo que corresponde es determinar si existen o no causas eximentes para la asunción de la obligación de pagar por responsabilidad por rechazo de carga por mínima frecuencia.

Al respecto, el literal d) del numeral 3.1. del punto 4 del Título Tercero de la NTCSE establece:

“El suministrador es responsable de prestar, a su Cliente, un servicio con nivel de calidad satisfactorio de acuerdo a las exigencias establecidas en la Norma. Son obligaciones del Suministrador:

(...)

*d) Pagar a su Cliente, dentro de los plazos establecidos, las compensaciones respectivas por incumplimiento en la calidad del servicio eléctrico, independientemente que la mala calidad se deba a deficiencias propias o ajenas, salvo casos de fuerza mayor, **casos derivados de la ejecución de obras de gran envergadura de interés público de otros sectores, o casos de reforzamientos o ampliaciones de instalaciones existentes, debidamente calificados como tales por la Autoridad.** Estos casos serán tratados conforme a la Tercera Disposición Final de la presente*

Norma y la Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 010-2004-OS/CD, o la que la sustituya." (el subrayado es nuestro).

TRANSMANTARO señala que resulta inaplicable la NTCSE en lo que se refiere al pago de compensaciones por transgresiones a la referida Norma Técnica sobre los eventos materia de análisis, no por lo que dispone el numeral 3.1 antes mencionado, ni la Tercera Disposición Final de la referida norma, sino por lo pactado por esta empresa y el Estado Peruano en la Adenda N° 8 al Contrato BOOT, cuya cláusula séptima del Anexo N° 12 señala lo siguiente:

“SÉPTIMA.- OTROS

Las Partes reconocen que la Ampliación a ser ejecutada en el Sistema de Transmisión alterará la configuración y/o las condiciones operativas de éste, e incrementarán los niveles de riesgo de la operación del mismo, y los riesgos de la Sociedad Concesionaria asociados a las interrupciones de carga asociados a rechazos de carga por mínima frecuencia, en tanto la línea Mantaro-Caraveli-Montalvo en 500 kV no se encuentre en operación comercial, o en caso que la referida línea se encuentre fuera de servicio, o en caso el Sistema de Transmisión transmita una potencia superior a 300 MW, medido en el punto de retiro. Por lo tanto, las Partes acuerdan que serán inaplicables para la Sociedad Concesionaria, las normas sobre pago de compensaciones, por interrupciones originados por los rechazos de carga por mínima frecuencia establecidas en la NTCSE y sus modificatorias, tal como ésta pueda ser modificado, en los casos en que la línea Mantaro-Caraveli-Montalvo se encuentre fuera de servicio o no se haya iniciado la puesta en operación comercial de la misma o en caso el Sistema de Transmisión transmita una potencia superior a 300 MW, medida en el punto de retiro".

Precisa TRANSMANTARO que esta exoneración se otorgó porque no había infraestructura de respaldo y la ampliación de la capacidad de transmisión de potencia de la línea de transmisión 220 kV Mantaro – Socabaya de 300 MW a 505 MW alteraría la configuración y/o condiciones operativas del Sistema de Transmisión, así como los asociados a interrupciones.

Efectivamente, tal como lo menciona TRANSMANTARO en la Adenda N° 8 del Contrato BOOT suscrita entre el Estado Peruano y la concesionaria se estableció la exoneración al pago de compensaciones por transgresiones ocasionadas por rechazos de carga de mínima frecuencia en los supuestos especificados en el referido acuerdo.

Sobre este punto, es preciso señalar lo que prescribe el artículo 62° de la Constitución Política del Perú:

“Artículo 62°.- 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.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

Disposición constitucional que debe leerse en concordancia con lo que establece el artículo 1363° del Código Civil:

“Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan...”.

De conformidad con lo dispuesto por el referido artículo constitucional y el Código Civil, los contratos son de obligatorio cumplimiento entre las partes en todo lo pactado. Esto es lo que se denomina el principio de relatividad contractual, en virtud del cual, el contrato surte efectos solo para los contratantes; sin embargo, no afecta a terceros ajenos a la relación contractual, quienes no han tenido participación en la negociación y acuerdo contractual. Justamente, debe tenerse en cuenta que la obligatoriedad del contrato para las partes se da en virtud de la manifiesta voluntad de éstas, lo que lo diferencia de la fuerza obligatoria de la ley. La ley -entendida en general como disposición legal- se da por mandato imperativo del Estado facultado constitucionalmente y por ende es de cumplimiento obligatorio para todos.

En el caso concreto, sobre las obligaciones contraídas por cada una de las partes, es obligatorio en lo que a ellas respecta. Sin embargo, para que éste sea aplicable de manera general y oponible a terceros, los acuerdos adoptados, como la no aplicación de las compensaciones por parte de TRANSMANTARO cuando la transgresión de la NTCSE se haya debido a fallas imputables a ella en razón de los supuestos del Contrato BOOT y adendas, debe plasmarse en una disposición normativa. Lo que no ha ocurrido en el presente caso. Esto procede aun así una de las partes sea el propio Estado.

Las normas son de obligatorio cumplimiento para todos desde la fecha de su publicación en el diario oficial “El Peruano” según lo establece el artículo 51° de la Constitución Política y solo dejan de serlo cuando se ha emitido una norma de igual o mayor jerarquía y posterior. No se han emitido normas que permitan la no aplicación de las compensaciones establecidas en la NTCSE, y la exclusión de terceros del pago de compensaciones a los clientes como consecuencia de esta no aplicación de la NTCSE, bajo los supuestos alegados por la reclamada.

Por tanto, no es aplicable por si sola y para el caso materia de análisis lo dispuesto en la Cláusula Séptima de la Adenda N° 8 al Contrato BOOT, correspondiéndole a TRANSMANTARO pagar las compensaciones por transgresiones originadas por rechazo de carga por mínima frecuencia de los eventos determinados en el Informe del COES.

4.3. Sobre los Intereses:

Conforme se establece en el artículo 161° del Reglamento de la LCE, las empresas dedicadas a las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, están autorizadas a cobrar por sus acreencias, la tasa de interés compensatorio y el recargo por mora establecidos en el artículo 176° del mismo cuerpo normativo.

Asimismo, el artículo 176° del Reglamento de la LCE establece que el inicio del cómputo de los intereses compensatorios será aplicable desde la fecha de vencimiento del comprobante de pago hasta su cancelación y que a partir del décimo día se aplicará, en adición a dicho interés, un recargo por mora equivalente al 15% de la tasa del referido interés compensatorio hasta que la obligación sea cancelada.

De este modo, a partir de lo señalado en los párrafos precedentes, se deben computar los intereses desde el momento en el cual ELECTROPERÚ solicita el pago a TRASMANTARO; es decir, desde el momento en que ésta es intimada al pago, lo cual sucedió con la notificación de las Cartas Nos. AT-204-2013, recibida el 01 de febrero de 2013, a la cual se adjuntó la Factura N° 005-14858; AT-384-2013, recibida el 01 de marzo de 2013, a la cual se adjuntó las Facturas Nos. 005-14050 y 005-15041 y AT-388-2013, recibida el 01 de marzo de 2013, a la cual se adjuntó las Facturas Nos. 005-14036 y 005-15040, en los términos que señala la norma.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc encuentra procedente lo solicitado por ELECTROPERÚ respecto del pago de intereses que debe abonar TRASMANTARO a partir de la oportunidad señalada en el considerando anterior conforme lo dispone el artículo 176° del Reglamento de la LCE.

4.4. Sobre la pretensión subordinada de ELECTROPERÚ:

Sobre la pretensión de ELECTROPERÚ que en el supuesto que se declare infundada la reclamación contra TRANSMANTARO, se ordene a SEAL y ELECTROSUR le devuelvan los montos que les fueron abonados por la reclamante por concepto de compensación por interrupciones por mala calidad de suministro, correspondiente al segundo semestre de 2011 y primer semestre de 2012, y por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, correspondiente al primer semestre de 2012, más los intereses correspondientes, debe declararse infundada por cuanto se ha determinado que TRANSMANTARO es responsable del pago por el resarcimiento de las compensaciones efectuada por ELECTROPERÚ por interrupciones del suministro, por las consideraciones expuestas en el numeral anterior.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332; el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 0826-2002-OS/CD y modificado por las Resoluciones Nos. 315-2005-OS-CD, 229-2006-OS/CD, 488-2007-OS/CD, 752-2007-OS/CD, N° 674-2008-OS/CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y demás disposiciones mencionadas en la presente Resolución.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Declarar infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del reclamado, deducida por ELECTROSUR S.A., contra la reclamación presentada por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A., por los argumentos expuestos en el numeral 4.1 de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2º.- Declarar fundada la reclamación presentada por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. contra CONSORCIO TRANSMANTARO S.A., respecto de resarcimiento por mala calidad de suministro, correspondiente al segundo semestre de 2011 y primer semestre del 2012 y por concepto de resarcimiento por rechazo de carga por mínima frecuencia, correspondiente al primer semestre de 2012 por las razones expuestas en el numeral 4.2. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 3º.- Declarar que CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. se encuentra obligada a pagar a EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. por concepto de resarcimiento por mala calidad de suministro, correspondiente al segundo semestre de 2011 y primer semestre del 2012 y por concepto de rechazo de carga por mínima frecuencia, correspondiente al primer semestre de 2012 y, por las razones expuestas en el numeral 4.2. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 4º.- Declarar fundada la solicitud de por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A., respecto del pago de intereses y declarar que CONSORCIO TRANSMANTARO S.A, debe pagar por este concepto según lo dispuesto en el numeral 4.3. de la presente resolución.

ARTÍCULO 5º.- Declarar infundada la pretensión subordinada de la reclamación de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. respecto de la devolución de los montos pagados a ELECTROSUR S.A. y SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A. por concepto de resarcimiento por mala calidad de suministro, correspondiente al segundo semestre de 2011 y primer semestre del 2012 y por concepto de rechazo de carga por mínima frecuencia, correspondiente al primer semestre de 2012, por la razones expuestas en el numeral 4.4 de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 6º.- Declarar concluida la primera instancia administrativa según lo establecido en el artículo 45º del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias aprobado por Resolución N° 0826-2002-OS/CD y sus normas modificatorias.

ARTÍCULO 7º.- Declarar, en virtud de lo dispuesto por el numeral 206.2º del artículo 206º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y el artículo 47º del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias aprobado por Resolución N° 0826-2002-OS/CD y sus normas modificatorias, sólo procede contra esta resolución la interposición del recurso de apelación, el cual deberá ser presentado ante el órgano que dictó la resolución apelada dentro de los quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Resolución impugnada.

Eduardo Zolezzi Chacón
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Sergio Alejandro León Martínez
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Julio César López Beltrán
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc