

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 004-2013-OS/CC-76**

Lima, 19 de diciembre 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 EDEGEL S.A.A., en adelante EDEGEL 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 rechazo de carga por mínima frecuencia del primer semestre de 2012, más los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, calculados conforme con lo dispuesto por los artículos 161° y 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM, en adelante Reglamento de la LCE.

**CONSIDERANDO:**

**1. Antecedentes:**

- 1.1.** Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del Osinergmin Expediente N° 201300143648, el día 04 de septiembre de 2013, EDEGEL presentó reclamación contra TRANSMANTARO.
- 1.2.** Mediante Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N° 208-2013-OS/CD se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia administrativa.
- 1.3.** Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2013-OS/CC-76, de fecha 16 de octubre de 2013, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, asumió competencia en la presente controversia y admitió a trámite la reclamación presentada por EDEGEL. Asimismo, se dispuso el traslado de la reclamación, otorgando a TRANSMANTARO un plazo de quince (15) días hábiles para que la conteste.

- 1.4. El 29 de octubre de 2013, TRANSMANTARO presentó contestación a la reclamación presentada por EDEGEL.
- 1.5. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2013-OS/CC-76, de fecha 31 de octubre de 2013, se citó a las partes a Audiencia Única para el día 13 de noviembre de 2013.
- 1.6. El día 13 de noviembre de 2013 se llevó a cabo la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de representantes de las partes, 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-CD<sup>1</sup>, 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.
- 1.7. El 19 de noviembre de 2013, TRANSMANTARO presentó sus alegatos finales.
- 1.8. El 20 de noviembre de 2013, EDEGEL presentó sus alegatos finales.
- 1.9. 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 EDEGEL:**

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

#### **2.1.1. Fundamentos de hecho:**

- Los días 19 de enero, 15 de febrero y 18 de marzo de 2012 se produjeron eventos que derivaron en transgresiones a la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, en adelante NTCSE, en el sistema de transmisión Mantaro - Cotaruse - Socabaya en 220 kV cuyo concesionario es TRANSMANTARO. Estos eventos fueron enumerados por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional, en adelante el COES, con los Nos.: EV-004-2012, EV-024-2012 y EV-049-2012, respectivamente.
- El COES, en aplicación del numeral 3.5 de la NTCSE, designó a TRANSMANTARO y a otros agentes como responsables de las transgresiones señaladas en el párrafo anterior.

---

<sup>1</sup> Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 9 de mayo de 2002. El 15 de noviembre de 2013 se publicó en el diario oficial "El Peruano" el Texto Único Ordenado del ROSC, que fue aprobado mediante Resolución N° 223-2013-OS/CD.

- Según el informe N° COES/D/DO/STR-INF-095-2012, emitido por la Dirección Ejecutiva del COES el 22 de agosto de 2012, comunicado a EDEGEL mediante Carta N° COES/D-419-2012 del 22 de agosto de 2012, en adelante el Informe COES, el COES asignó responsabilidad a TRANSMANTARO en un 100% por los eventos del 19 de enero y 15 de febrero de 2012, y en un 30% por el evento del 18 de marzo de 2012. El monto que TRANSMANTARO debe resarcir a EDEGEL es de US\$ 167 234,84 (ciento sesenta y siete mil doscientos treinta y cuatro con 84/100 Dólares de los Estados Unidos de América).
- Precisa que en aplicación del inciso j) del numeral 5.2.4 de la Base Metodológica de la NTCSE, aprobada por Resolución N° 616-2008-OS/CD, en adelante la Base Metodológica, el Informe COES no consideró en el cálculo los otros eventos producidos el 7 y 8 de febrero de 2012, debido a solicitudes de fuerza mayor presentadas por TRANSMANTARO que, hasta esa fecha, no habían agotado la vía administrativa.
- EDEGEL, en estricto cumplimiento con lo establecido en el literal d) del punto 3.1 y del inciso 6.2.8 del punto 6 del numeral IV de la NTCSE, compensó a su cliente ELECTROSUR S.A., en adelante ELECTROSUR, por la suma de US\$ 237 310,31 (doscientos treinta y siete mil trescientos diez con 31/100 Dólares de los Estados Unidos de América)<sup>2</sup>. Esta compensación se efectuó mediante la Nota de Crédito N° 010-000-825 del 03 de septiembre de 2012<sup>3</sup>.
- Según el Informe, TRANSMANTARO debía pagar el resarcimiento a EDEGEL por la suma de US\$ 167 234,84 (ciento sesenta y siete mil doscientos treinta y cuatro con 84/100 Dólares de los Estados Unidos de América) lo que equivale a S/. 439 660,39 (cuatrocientos treinta y nueve mil seiscientos sesenta y 39/100 Nuevos Soles) al tipo de cambio del último día hábil del mes de julio de 2012. Es así que, en aplicación del inciso g) del numeral 5.2.4 de la Base Metodológica, EDEGEL emitió, con fecha 03 de septiembre de 2012, la Factura N° 010-011561, correspondiente al monto que debe pagar TRANSMANTARO a EDEGEL por concepto de resarcimiento en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario, de acuerdo con la Base Metodológica.
- Sin embargo, TRANSMANTARO mediante Carta N° CS000003-13032583, de fecha 04 de enero de 2013, devolvió la mencionada factura a EDEGEL, aduciendo que las resoluciones del Osinergmin que declaran Infundadas sus solicitudes de declaración de fuerza mayor respecto de los eventos del 07 y 08 de febrero de 2012, han sido impugnadas en la vía judicial<sup>4</sup>. Asimismo, TRANSMANTARO señaló que respecto de las interrupciones por rechazos de carga por mínima frecuencia ocasionados por los eventos del 19 de enero, 15 de febrero y 18 de marzo de 2012, ha solicitado al Ministerio de Energía y Minas que cumpla lo estipulado en la Cláusula Séptima de la Adenda N° 8 del Contrato para el "Diseño, Suministro de Bienes y Servicios, Construcción y Explotación del Sistema de Transmisión Mantaro - Socabaya", en

---

<sup>2</sup> Monto equivalente a S/. 623 888,80 (seiscientos veintitrés mil ochocientos ochenta y ocho con 80/100 Nuevos Soles), tipo de cambio del último día hábil del mes de julio de 2012.

<sup>3</sup> TRANSMANTARO solo es responsable de resarcir una parte del monto total citado -US\$ 167 234,84 (ciento sesenta y siete mil doscientos treinta y cuatro con 84/100 Dólares de los Estados Unidos de América)-.

<sup>4</sup> Osinergmin, mediante Resoluciones Nos. 282-2012-OS/GG y 290-2012-OS/GG, emitidas el 13 de julio de 2012, declaró infundadas las solicitudes de fuerza mayor presentadas por TRANSMANTARO por los eventos del 07 y 08 de febrero de 2012, quedando agotada la vía administrativa. En mérito de las citadas resoluciones el 12 de diciembre de 2012, el COES emitió la revisión I del Informe COES con el recálculo de los resarcimientos, considerando los eventos cuyas solicitudes de fuerza mayor fueron rechazadas, entre ellas las solicitudes de TRANSMANTARO por los eventos del 07 y 08 de febrero de 2012.

adelante el Contrato BOOT, suscrito por TRANSMANTARO con el Estado Peruano, la que señala que, en el supuesto en que el sistema de transmisión Mantaro-Cotaruse-Socabaya transmita una potencia superior a 300 MW, no resultan aplicables para TRANSMANTARO las normas sobre pago de compensaciones (por interrupciones originadas por rechazos de carga por mínima frecuencia) contenidas en la NTCSE, cumpliendo los tres eventos citados esta condición.

- Posteriormente, EDEGEL, mediante Carta N° GGEyC-014-2013, de fecha 16 de enero de 2013 envió nuevamente a TRANSMANTARO la factura señalada anteriormente, señalando que el hecho de que TRANSMANTARO haya impugnado en la vía judicial las resoluciones del OSINERGMIN que declaran infundadas sus solicitudes de declaración de fuerza mayor, no impide la vigencia ni la ejecución de sus decisiones, por lo que TRANSMANTARO debe cumplir con el pago de los resarcimientos por las compensaciones efectuadas por EDEGEL a ELECTROSUR. En cuanto a los rechazos de carga por mínima frecuencia por los eventos del 19 de enero, 15 de febrero y 18 de marzo de 2012, EDEGEL manifestó a TRANSMANTARO que las condiciones del Contrato BOOT correspondiente al sistema de transmisión Mantaro-Cotaruse-Socabaya son de conocimiento del COES y han sido analizadas por éste, habiendo asignado la responsabilidad de tales eventos a TRANSMANTARO, por lo que corresponde que la reclamada pague a EDEGEL los citados resarcimientos.
- TRANSMANTARO, mediante Carta N° CS000016 -13032583, recibida por EDEGEL el 29 de enero de 2013, devolvió nuevamente la citada factura a EDEGEL, adjuntando copia de la carta enviada al Vice Ministro de Energía por la cual le solicita tomar las acciones correspondientes con respecto de la obligación que asumió el Ministerio de Energía y Minas con TRANSMANTARO, sobre la exoneración de pago de compensaciones por concepto de la NTCSE en los casos señalados en la Adenda N° 8 del Contrato BOOT.
- En respuesta a la carta mencionada en el párrafo precedente, EDEGEL remitió por vía notarial a TRANSMANTARO la Carta N° GGEyC-200-2013, de fecha 4 de julio de 2013, adjuntando nuevamente la mencionada factura, solicitando a TRANSMANTARO el pago de ésta conforme con lo establecido en la NTCSE, en la Base Metodológica, en un plazo no mayor de quince (15) días de recibida esta comunicación o, en caso contrario, EDEGEL daría inicio a las acciones legales para salvaguardar sus derechos.
- TRANSMANTARO, mediante Carta N° C5000079-13032583, de fecha 25 de julio de 2013, devolvió la citada factura, alegando nuevamente que se encuentra exonerada de cualquier falla que acontezca en el sistema de transmisión Mantaro - Cotaruse - Socabaya en 220 kV, conforme con lo establecido en la Adenda N° 8 del Contrato BOOT.

#### **2.1.2. La normativa sobre compensaciones: el régimen de la cadena de pagos:**

- La legislación del sistema eléctrico ha establecido un mecanismo bajo el cual los agentes responsables de fallas o interrupciones que generan perjuicios a otros agentes del sistema deben asumir los efectos económicos de estos perjuicios a través de compensaciones. Independientemente de la responsabilidad de determinado agente o agentes en el evento, se ha establecido que no sean estos agentes directamente responsables los que paguen directamente las compensaciones a los perjudicados. Son los suministradores de éstos quienes pagan las compensaciones respectivas a los perjudicados, y éstos son a su vez resarcidos por el o los agentes responsables de la

falla. Se trata entonces de un régimen que establece la responsabilidad específica de quienes produjeron la falla y además crea un mecanismo de cadena de pagos que facilita y hace viable el sistema.

- Este mecanismo, para su viabilidad, requiere que existan herramientas suficientes y eficaces que incentiven los pagos correspondientes, principalmente del agente responsable de la falla. Si éste no paga a los suministradores por las compensaciones que éstos pagaron a sus clientes, el sistema pierde credibilidad y puede devenir en una situación en la cual los pagos a todos los agentes se retrasen o detengan.
- De acuerdo con la normativa, la entidad competente para establecer la responsabilidad de los agentes y determinar las compensaciones en caso de transgresiones a la NTCSE es el COES. Así lo dispone el artículo 14 de la Ley Para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28832<sup>5</sup>, en adelante Ley N° 28832.

*Artículo 14°.- Funciones operativas:  
El COES tiene a su cargo las siguientes funciones: (...)*

- i) *Asignar responsabilidades en caso de transgresiones a la NTCSE así como calcular las compensaciones que correspondan; (...)*"
- Ello es plenamente concordante con el numeral 3.5 de la NTCSE, el cual señala que el COES tiene como obligación asignar responsabilidades y calcular las compensaciones correspondientes en los casos de transgresiones a la calidad del producto y/o suministro, investigando e identificando, a través de un análisis estrictamente técnico, a los agentes en cuyas instalaciones se origina el evento. El COES debe emitir la decisión sobre cada evento acompañada de un informe técnico, asignando las responsabilidades de ser el caso, remitiendo dicha decisión e informe al OSINERGMIN y a los responsables de los eventos para que estos últimos efectúen los reembolsos correspondientes a los generadores afectados.
- Conforme con lo establecido en el artículo 3.2 de la NTCSE *todo Suministrador es responsable ante otros Suministradores por las interrupciones que él o un cliente suyo inyecte en la red afectando los intereses de los otros Suministradores, los mismos que serán compensados según la Norma*. De igual forma los suministradores, según lo establecido por el literal d) del numeral 3.1 de la NTCSE, están obligados a compensar a sus clientes por las deficiencias en la calidad del servicio eléctrico, independientemente de que la mala calidad se deba a deficiencias propias o ajenas, salvo casos de fuerza mayor<sup>6</sup>. Dentro de este esquema están comprendidas las fallas por rechazos de carga de mínima frecuencia<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 23 de julio de 2006.

<sup>6</sup> NTCSE: 3.1 *El Suministrador es responsable de prestar, a su Cliente, un servicio con un 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 Osinerg N° 010-2004-OS/CD, o la que la sustituya.*

<sup>7</sup> NTCSE: *Décimo Tercera Disposición Final.- Para todos los efectos, constituyen interrupciones de rechazo de carga las interrupciones originadas por: a) El rechazo automático de carga por acción de protecciones de mínima frecuencia y/o mínima tensión, cuyos ajustes fueron establecidos por el COES; y, b) El rechazo de carga manual por disposición del Coordinador de la Operación en Tiempo Real del Sistema, en cumplimiento de la Norma Técnica de Operación en Tiempo Real de los Sistemas Interconectados, aprobada por Resolución Directoral N°049-99-EM/DGE o aquella que la sustituya.*

- El mecanismo de la cadena de pagos de la NTCSE ha sido descrito por el Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin:
  - a. Resolución N° 6-2012-TSC/67-TSC-OSINERGMIN, del 21 de diciembre de 2012:

*En efecto, la NTCSE ha establecido un sistema de responsabilidades que garantiza el pago al cliente final de las compensaciones por los perjuicios que le pueda causar la mala calidad del servicio eléctrico, en este caso del suministro, 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, determinados responsables técnicamente por el COES, deben reembolsar a los suministradores las compensaciones pagadas a sus clientes, según lo determina el numeral 3.5 de la NTCSE, (...). (Subrayado de EDEGEL).*

- b. Resolución N° 4-2010-TSC/60-2009-OSINERGMIN, del 04 de mayo de 2010:

*Es así que paga en primer término el generador al suministrado, y luego aquel repite ante quien fue causante real de la falla, de acuerdo con un informe estrictamente técnico (del COES). La razón de ser intrínseca de la norma es que quien causó el daño (interrupción) sea responsable por él, que efectivamente pague los resarcimientos por las compensaciones debidas, sustentar lo contrario sería generar incentivos perversos; es decir, que se desalentaría el mantenimiento adecuado de las instalaciones de transmisión, toda vez que cualquier interrupción que causen no les sería imputable.<sup>8</sup> (Subrayado de EDEGEL).*

- También los Cuerpos Colegiados del Osinergmin señalaron el mecanismo de la cadena de pagos mediante la Resolución N° 18-2009-OS/CC-22 del 04 de diciembre de 2009, posición confirmada por la Resolución N° 5-2010-TSC/22-TSC-OSINERGMIN del 17 de mayo de 2010.
- Conforme con lo establecido en el numeral 4.4 de la NTCSE, es responsabilidad del Osinergmin verificar el pago de las compensaciones a los clientes suministradores según lo establecido en la NTCSE<sup>9/10</sup>. La Base Metodológica reconoce de forma expresa el mecanismo de cadena de pagos, en los literales f) y g) de su numeral 5.2.4.<sup>11</sup>

---

*En ambos casos, el COES aplicará de oficio lo establecido en el numeral 3.5 de la presente Norma, a fin de viabilizar la aplicación de los numerales 3.2 y 3.3 para estos casos, y de aquellos que resulten aplicables. (...).*

<sup>8</sup> Idéntico texto se incluye en la Resolución N° 4-2010-TSC/61-2009-OSINERGMIN del 05 de mayo de 2010.

<sup>9</sup> NTCSE: 4. Competencia de la autoridad (...) 4.4. Verificar el pago de las compensaciones a los Clientes y Suministradores en concordancia con la Norma." De acuerdo con el numeral III de la NTCSE, el término "Autoridad" se refiere a OSINERGMIN.

<sup>10</sup> En relación con la cadena de pago por compensaciones derivadas de fallas por rechazos de carga de mínima frecuencia el Tribunal de Solución Controversias señala en la Resolución N° 4-2009-TSC/53-2009-TSC-OSINERGMIN: *Por lo expuesto, se concluye que, producidas las interrupciones por actuación de los relevadores de protección de mínima frecuencia cuyo ajuste ha sido establecido por el COES, es el generador el obligado a compensar inmediatamente sin perjuicio que de conformidad con el numeral 3.5 de la NTCSE el COES realice un estudio técnico y determine de entre los integrantes del sistema, al responsable o responsables para que éstos efectúen las retribuciones respectivas a los suministradores afectados para resarcirlos de las compensaciones pagadas a sus clientes por faltas ajenas, (...) Tal como se ha demostrado a lo largo del análisis efectuado -por lo cual nos remitimos a lo expuesto en el numeral 3.1 de la presente resolución-, la Décima Tercera Disposición Final de la NTCSE debidamente*

- Para EDEGEL, queda establecido conforme a la normativa que el COES es la entidad que determina a los agentes responsables de los eventos de transgresión a la NTCSE, siendo el Osinergmin el ente encargado de velar por que se cumplan los pagos, conforme con lo determinado por el COES. Asimismo, la NTCSE establece la obligación para los suministradores de compensar a sus clientes por las transgresiones a la NTCSE, sean responsables de ellas o no, y la obligación de los agentes responsables de los eventos de resarcir a los no responsables, reembolsando lo pagado por éstos como compensación a sus clientes.

### **2.1.3. Aplicación al caso materia de controversia:**

- EDEGEL, sin ser responsable, procedió a compensar a su cliente ELECTROSUR por los eventos antes descritos -acontecidos en el primer semestre de 2012- correspondiendo que el agente responsable, TRANSMANTARO, según lo determinado por el COES y la normativa vigente, cumpla con resarcir a EDEGEL reembolsando los montos por concepto de compensación pagados a ELECTROSUR.
- TRANSMANTARO no se puede negar a cumplir con el pago de la mencionada factura por concepto de los resarcimientos a favor de EDEGEL, por cuanto la NTCSE es clara al señalar que, determinada la responsabilidad de las transgresiones a la NTCSE por parte del COES, el suministrador responsable de éstas debe resarcir a los suministradores no responsables reembolsándoles los montos que por compensaciones éstos hayan pagado a sus clientes sin que la norma establezca excepción alguna en este tipo de casos, de lo contrario se rompería la cadena de pagos, perjudicándose no sólo a los suministradores que han cumplido con pagar compensaciones como es el caso de EDEGEL, por eventos que no han sido de su responsabilidad, sino también al sistema en su conjunto al generarse inestabilidad e inseguridad derivados del incumplimiento en la cadena de pagos, así como incentivos perversos, como ha señalado el Tribunal de Solución de Controversias en sus resoluciones.
- El incumplimiento por parte de TRANSMANTARO del pago constituye una clara infracción tanto a la NTCSE como a la Base Metodológica, siendo ello pasible de multa conforme con lo señalado en el numeral 6 del Procedimiento para la Supervisión de la NTCSE y su Base Metodológica, así como en el numeral 1.47.5 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del Osinergmin, aprobado por Resolución N° 028-2003-OS/CD. A mayor abundamiento, se debe tener en cuenta que, conforme con lo establecido por el literal e) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, en adelante LCE, es obligación de los titulares de la concesión, como lo es TRANSMANTARO, el cumplir las normas técnicas aplicables al sector eléctrico, entre ellas la NTCSE.
- Por todo lo manifestado, EDEGEL concluye que corresponde que se ordene a TRANSMANTARO cumpla con su obligación de pagar a EDEGEL la totalidad de las sumas pagadas a ELECTROSUR por concepto de compensación por las citadas

---

*concordada con el numeral 3.5 de la misma norma ha establecido un sistema de responsabilidad que garantiza el pago al cliente final de las compensaciones por los perjuicios que le puedan causar las interrupciones del suministro, 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, determinados responsables técnicamente por el COES. deben reembolsar a los suministradores las compensaciones pagadas a sus clientes.*

<sup>11</sup> La Exposición de Motivos de la Base Metodológica resalta la importancia de la efectividad del mecanismo de cadena de pagos al señalar que "se ha mejorado el procedimiento a seguir para la cadena de pagos de manera que sea efectiva su aplicación, así como se precisa las características mínimas de la comunicación al usuario de las interrupciones programadas.

deficiencias en el servicio eléctrico producidas por los referidos eventos más los intereses correspondientes.

#### 2.1.4. Existencia de precedente reciente:

- El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del Osinergmin, encargado de resolver la controversia entre EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. - EGASA, en adelante EGASA, y TRANSMANTARO por pretensiones análogas a las señaladas por EDEGEL, mediante la Resolución N° 4-2013-OS/CC-71, del 20 de agosto de 2013, declaró fundada la reclamación de EGASA y ordenó a TRANSMANTARO que realice el pago correspondiente.
- La reclamación de EGASA incluía -entre otros- los eventos relacionados a la presente reclamación (ocurridos el 19 de enero, 15 de febrero y 18 de marzo de 2012) y, por tanto la señalada reclamación estuvo basada en el mismo informe del COES sobre el cual se basa la presente controversia.
- En ese procedimiento, TRANSMANTARO alegó que la NTCSE le era inaplicable debido a que la Adenda N° 8 del Contrato BOOT, establecía la inaplicación de la NTCSE en determinados supuestos. El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc señaló, correctamente, que en aplicación del principio de relatividad contractual, lo pactado por TRANSMANTARO con el Estado no es oponible a otros agentes, como en ese caso fue EGASA y en esta oportunidad lo es EDEGEL<sup>12</sup>. Entonces, dice EDEGEL, que un razonamiento análogo, ante análoga situación, debe ser aplicado por el Cuerpo Colegiado en la presente controversia, en directa aplicación de lo dispuesto en los artículos 6° y 9° del Reglamento General del Osinergmin<sup>13</sup>, en adelante RGO.

#### *Artículo 6°.- Principio de No Discriminación*

*Las decisiones y acciones de Osinergmin se orientarán a garantizar que las entidades no sean discriminadas, de manera que se coloque a unas, en ventaja competitiva e injustificada frente a otras.*

#### *Artículo 9°.- Principio de Imparcialidad*

---

<sup>12</sup> El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc señaló: *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 sí 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.*

<sup>13</sup> Aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM.



*Osinerghmin aplicará las normas legales vigentes. Los casos o situaciones de características semejantes, deberán ser tratados de manera similar.* (Subrayado de EDEGEL)

- EDEGEL señala que estos principios no son más que una manifestación específica del derecho constitucional a la igualdad<sup>14</sup>, también reconocido en la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>15</sup>, Ley N° 27444, en adelante LPAG.

#### **2.1.4. Competencia del Cuerpo Colegiado de Osinerghmin:**

- La Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en adelante LMOR, establece como una de las funciones de Osinerghmin la solución de controversias entre empresas, señalando que el Tribunal de Solución de Controversias es el competente como última instancia.
- El RGO desarrolla el régimen procedimental de solución de controversias, señalando el ámbito de competencia del regulador:

*Artículo 46.- Controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES*

*OSINERGHMIN es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES:*

*a) Controversias entre Generadores, entre Generadores y Transmisores, y entre Transmisores del Sistema Interconectado Nacional, distintas a las originadas en el Comité de (COES) y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.* (Subrayado de EDEGEL).

- Precisa que esta disposición es recogida también por el artículo 2°<sup>16</sup> del Texto Único Ordenado del Reglamento del Osinerghmin para la Solución de Controversias<sup>17</sup>, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 223-2013-OS/CD, en adelante TUO del ROSC.
- La competencia de Osinerghmin se refiere a materias distintas a aquellas de responsabilidad del COES. En efecto en el presente caso EDEGEL no pretende

<sup>14</sup> Constitución Política: Artículo 2°.- *Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.*

<sup>15</sup> LPAG: Artículo IV.- *Principios del procedimiento administrativo. I. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...) 1.5. Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.*

<sup>16</sup> TUO del ROSC: Artículo 2°.- *Competencia de OSINERGHMIN.*

*Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:*

*- Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:*

*Controversias entre Generadores, entre Generadores y Transmisores, y entre Transmisores del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, distintas a las originadas en el Comité de Operación Económica del Sistema - COES y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGHMIN.*

<sup>17</sup> Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 15 de noviembre de 2013.

que se revise la determinación de responsabilidad o el monto de las compensaciones definidos por el COES. Asimismo, señalan que TRANSMANTARO no puede pretender que los órganos de solución de controversias se refieran a estas materias.

- El Tribunal de Solución de Controversias señaló que es competencia de los órganos de solución de controversias del Osinergmin asegurar que se produzcan los pagos de las compensaciones en la Resolución N° 4-2010-TSC/60-2009-OSINERGMIN, del 04 de mayo de 2010.
- El numeral 4.5 de la NTCSE dispone como una de las competencias de Osinergmin resolver las controversias sobre el cumplimiento de la NTCSE<sup>18</sup>.
- Concluyen precisando que los órganos de solución de controversias del Osinergmin son los competentes para resolver la presente controversia<sup>19</sup>.

#### **2.1.5. Respetto del tipo de moneda con la que EDEGEL planteó su pretensión:**

- En la Audiencia Única, TRANSMANTARO señaló que EDEGEL había planteado su pretensión respecto de un monto en dólares, lo que no sería consistente con la factura que se envió a TRANSMANTARO por el resarcimiento.
- Sin perjuicio de que dicha alegación es extemporánea al no haber sido parte de la contestación a la reclamación, EDEGEL precisa que plantea su pretensión en dólares, pues es en esa moneda que la entidad competente (COES) determina el resarcimiento que TRANSMANTARO le debe.
- EDEGEL explica que facturó a TRANSMANTARO en nuevos soles por cuanto el cálculo de compensaciones que deben efectuar tanto el COES como el suministrador, debe realizarse aplicando la Fórmula N° 16-C contenida en el numeral 6.1.8 de la NTCSE. Esta fórmula utiliza como moneda para el cálculo de las citadas compensaciones, el dólar de los Estados Unidos de Norte América.
- Se aplica el literal d) del numeral 5.1.5 de la Base Metodológica de la NTCSE, el cual señala lo siguiente:

##### *d) Tipo de Cambio a Emplearse*

*Considerando que la NTCSE establece montos de compensación en dólares de los Estados Unidos de Norte América, el tipo de cambio a utilizarse para hacer efectivas las compensaciones debe ser el determinado por el valor venta promedio calculado por la Superintendencia de Banca y Seguros, tabla de "Cotización de oferta y demanda - tipo de cambio promedio ponderado" o el que lo reemplace.*

<sup>18</sup> NTCSE: 4. COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD. (...)4.3 Resolver los pedidos, reclamos o controversias presentadas por las Empresas de Electricidad o los Clientes, respecto al cumplimiento de la Norma, de acuerdo a las instancias y procedimientos establecidos en el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM o la norma que lo sustituya.

<sup>19</sup> RGO: Artículo 45°.- Órganos Competentes e Instancias Administrativa para la Función de Solución de Controversias. La función de solución de controversias es ejercida por los Cuerpos Colegiados, en primera instancia administrativa y por el Tribunal de Solución de Controversias de Osinergmin, en segunda y última instancia administrativa.

*Se tomará en cuenta el valor correspondiente al último día hábil del mes anterior al mes en que se hace efectiva la compensación, publicado en el diario "El Peruano".*

- Con lo señalado en el literal citado se comprueba que los montos de compensación por las transgresiones a la NTCSE se deben calcular en dólares de los Estados Unidos de Norte América y que para su pago en moneda nacional a favor del cliente, se debe utilizar el valor venta promedio calculado por la Superintendencia de Banca y Seguros correspondiente al último día hábil del mes anterior en que se hace efectiva la compensación.
- Luego de haber compensado a su cliente, el suministrador solicita al responsable de las transgresiones a la calidad de suministro el pago del resarcimiento correspondiente, de acuerdo con el Informe COES que establece los montos de los resarcimientos que deben pagar los agentes responsables de los eventos ocurridos en cada semestre. Para ello el suministrador debe seguir lo establecido en el literal g) del numeral 5.2.4 de la Base Metodológica, aplicando a los montos publicados en el referido informe del COES, el mismo tipo de cambio que utilizó para el pago de la compensación a favor de su cliente.

*5.2.4 g) de la Base Metodológica]: (...)*

*El tipo de cambio a utilizar para el pago de resarcimientos debe ser el mismo que se utilizó en el pago de las compensaciones.*

- Por ello, el valor que corresponde pagar a TRANSMANTARO a favor de EDEGEL es de US\$ 167 234,84, tal como lo determinó el COES y tal como correctamente aparece en la pretensión de EDEGEL. Sólo que a efectos de su facturación (como lo hizo EDEGEL) el monto debe aparecer en nuevos soles al mismo tipo de cambio usado por el suministrador cuando pagó la compensación a su cliente.
- EDEGEL no gana con la variación del tipo de cambio, utiliza -a efectos de la factura que envió a TRANSMANTARO- el mismo tipo de cambio que usó en su momento para pagar la compensación a su cliente (ELECTROSUR).
- El Cuerpo Colegiado, al declarar fundada la pretensión de EDEGEL no obligará a TRANSMANTARO a realizar el pago en dólares, pues se aplicará la Base Metodológica de la NTCSE y TRANSMANTARO pagará en nuevos soles la misma cantidad que se encuentra ya señalada en la factura que en su oportunidad emitió EDEGEL.

## **2.2. De la reclamada TRANSMANTARO:**

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

### 2.2.1. Sobre la reclamación:

- EDEGEL emitió con fecha 30 de septiembre de 2012, la Factura N° 010-011561 por la suma de S/. 439 660.39 a TRANSMANTARO. Mediante Carta N° CS000003-13032583 de fecha 4 de enero de 2013 TRANSMANTARO devolvió la factura señalando que los eventos que originaron el pago de compensaciones han sido impugnados a nivel judicial y que asimismo suscribió con el Estado peruano una Adenda N° 8 a su Contrato BOOT en cuya cláusula séptima se establece que en el supuesto que el Sistema de Transmisión transmita una potencia superior a 300 MW no resultan aplicables para TRANSMANTARO las normas sobre pago de compensaciones.
- 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 transmitiese 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-Caravelí-Montalvo en 500 kV, 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 mínima frecuencia establecidas en la NTCSE y sus modificatorias, tal como ésta pueda ser modificada, en los casos en que la línea Mantaro-Caravelí-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.*

- 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 Transmataro 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.*

- El COES está realizando funciones que corresponden al propio Ministerio de Energía y Minas quien se presenta en el mercado eléctrico como Concedente y que podría estar realizando directamente pero por un criterio de eficiencia ha delegado dichas funciones en el COES, sin embargo al delegar estas funciones no es posible inferir que el Estado entre en contradicción de un lado suscribiendo directamente la Adenda N° 8 y por otro lado negando (a través del COES) la aplicación de ésta. Prueba de esta delegación de funciones, es que años atrás la función de operar el sistema estaba a cargo de la empresa estatal Empresa de Transmisión de Energía Eléctrica (ETECEN). Igual ocurre con la empresa XM en Colombia y con el Consejo Federal de Electricidad de México. Otros países como Francia también delegan la función de operador del sistema en empresas estatales.
- Es más en la Sesión del Directorio N° 423 del 27 de Septiembre del 2013 O.D. 5, el COES reconoce que es una institución que ejerce funciones de interés público y que posee personería de Derecho Público; asignando compensaciones por delegación otorgada por el Estado de acuerdo con el artículo 14° de la Ley N° 28832.
- Osinergmin tiene como función supervisar el correcto cumplimiento de la LCE, Reglamento y Contratos de Concesión de acuerdo con el artículo 101° de la LCE y el artículo 5° del Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras del Osinergmin.
- Adicionalmente conforme se precisa en el inciso a) del artículo 2° del TUO de ROSC, el ente regulador tiene facultades para pronunciarse sobre controversias entre generadores, entre generadores y transmisores y entre trasmisores del SEIN y que se relacionan con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin. Es decir, Osinergmin cuenta con la función referida a la solución de controversias y también cuenta con la función referida a la supervisión por lo cual sus pronunciamientos deben considerar las fuentes que son objeto de supervisión y fiscalización como lo son los Contratos de Concesión y sus Adendas.

- El Ente Regulador es único aun cuando ejerza distintas funciones; en el caso específico estamos estudiando sus funciones de supervisión y de solución de controversias por lo que no puede entrar en contradicción al ejercer ambas funciones, en consecuencia si está fiscalizando el cumplimiento del Contrato de Concesión (y sus Adendas) de acuerdo con el numeral 101° de la LCE, el resultado de un procedimiento de solución de controversias tiene que guardar coherencia con lo pactado en los referidos contratos.

#### **2.2.2. Sobre la incongruencia entre los hechos y el petitorio:**

- EDEGEL en su pretensión principal solicita que se le pague la suma de US\$ 167 234,85 por concepto de reembolsos por rechazo de carga, pagados por EDEGEL a su cliente ELECTROSUR, al haberse asignado la responsabilidad por estos rechazos de carga a TRANSMANTARO por parte del COES, según lo establecido en la NTCSE. Como sustento de este pago EDEGEL emitió la supuesta factura en soles a nombre de TRANSMANTARO por la suma de S/.439 660, 39.
- En tal sentido, la reclamación debe ser declarada improcedente, por cuanto existe incongruencia entre el petitorio y los hechos. El petitorio ha sido efectuado en dólares y la factura que supuestamente sustentaría el pago a efectuarse se encuentra en soles, por lo que el Cuerpo Colegiado no puede ordenar el pago en dólares de una factura emitida en soles, ni tampoco puede pronunciarse respecto de un pago a efectuarse en soles cuando el petitorio se encuentra en dólares.

#### **2.2.3. Sobre el Decreto Supremo N° 043-2013-EM establecen disposiciones temporales por falta de redundancia del enlace Centro Sur:**

- El 16 de noviembre del 2013, se ha publicado el Decreto Supremo N° 043-2013-EM, el cual tiene vigencia a partir del 17 de noviembre de 2013 y que señala en su artículo 1°:

*Artículo 1.- Compensaciones previstas en la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos*

*Las interrupciones de suministro que se produzcan en el Sistema Eléctrico del Sur del SEIN cuya causa sea la desconexión del único enlace entre las zonas Centro y Sur del SEIN, cuando transmita hacia el Sur una potencia superior a 300MW medida en el punto de retiro, no dará lugar a las compensaciones previstas en la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos.*

*La disposición contenida en el párrafo anterior sólo será aplicable mientras subsista la condición descrita en la parte considerativa del presente Decreto Supremo.*

### **3. Determinación de la materia controvertida:**

**Petitorio de EDEGEL:**

Que, TRANSMANTARO le pague el monto de U.S. \$ 167 234,85 (ciento sesenta y siete mil doscientos treinta y cuatro y 85/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por resarcimiento de las compensaciones pagadas a ELECTROSUR S.A. por interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, correspondiente al primer semestre de 2012.

Más los intereses compensatorios y moratorios correspondientes.

**Petitorio de TRANSMANTARO:**

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

**Materia Controvertida:**

En la Audiencia Única llevada a cabo el día 13 de noviembre 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. Sobre el monto de la pretensión de EDEGEL expresado en dólares de los Estados Unidos de América:**

La reclamada señala que la reclamación debe ser declarada improcedente, por cuanto existe incongruencia entre el petitorio y los hechos, así el petitorio ha sido efectuado en dólares y la factura que supuestamente sustentaría el pago a efectuarse se encuentra en soles, por lo que el Cuerpo Colegiado no puede ordenar el pago en dólares de una factura emitida en soles, ni tampoco puede pronunciarse respecto de un pago a efectuarse en soles cuando el petitorio se encuentra en dólares.

Por su parte, EDEGEL sostiene que plantea su pretensión en dólares porque el COES determina los resarcimientos en esta moneda; sin embargo, EDEGEL indica que emitió la factura a TRANSMANTARO en Nuevos Soles según explica en sus argumentos indicados en numeral 2.2. d el aparte antecedentes de la presente resolución.

El artículo 43° del TUO del ROSC establece cuales son los requisitos que deben contener la reclamación, entre otros, señala el petitorio con la materia y el objeto de la reclamación que comprende la determinación clara y concreta de cada una de las pretensiones de ésta.

Asimismo, el artículo 424° del Código Procesal Civil -aplicable al presente procedimiento en virtud de lo dispuesto por la Tercera Disposición Transitoria y Final del TUO del ROSC<sup>20</sup> y el artículo VIII del Título Preliminar de la LPAG<sup>21</sup>- señala que la demanda debe

---

<sup>20</sup> Tercera.- En todo lo no previsto en el presente Reglamento se aplicará supletoriamente las disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

<sup>21</sup> Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.



contener, entre otros, el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide y los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.

De los requisitos para la admisión de la demanda, señalados en el TUO del ROSC y Código Procesal Civil, y de la revisión del expediente se ha verificado que tanto el petitorio como los hechos en que se fundó éste, presentados por EDEGEL, están determinados de manera clara y concreta, asimismo, se ha verificado que estos guardan una estrecha relación.

EDEGEL en la presente controversia planteó su petitorio en Dólares de los Estados Unidos de América, según señala, debido a que el COES determinó los resarcimientos en esta moneda; sin embargo, de la revisión de las pruebas ofrecidas por EDEGEL en su escrito de reclamación, se ha verificado que la Factura N° 010 - 011561, contenida en el Anexo 6 del referido escrito, se ha consignado en moneda Nuevos Soles.

Al respecto, debemos tener en cuenta que la cadena de pagos establecida en la NTCSE es un mecanismo mediante el cual se 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, determinados responsables, deben reembolsar a los suministradores las compensaciones pagadas a sus clientes.

A su vez, el literal d) del numeral 5.1.5 de la Base Metodológica de la NTCSE indica:

*d) Tipo de Cambio a Emplearse*

*Considerando que la NTCSE establece montos de compensación en dólares de los Estados Unidos de Norte América, el tipo de cambio a utilizarse para hacer efectivas las compensaciones debe ser el determinado por el valor venta promedio calculado por la Superintendencia de Banca y Seguros, tabla de "Cotización de oferta y demanda - tipo de cambio promedio ponderado" o el que lo reemplace.*

*Se tomará en cuenta el valor correspondiente al último día hábil del mes anterior al mes en que se hace efectiva la compensación, publicado en el diario "El Peruano".*

La NTCSE y la Base Metodológica indican que los montos de la compensación están establecidos en Dólares de los Estados Unidos de América, los que son determinados por el COES y al momento de hacer efectivas estas compensaciones se debe utilizar el tipo de cambio del último día hábil del mes anterior al mes en que se hará efectiva la compensación.

En el caso concreto, EDEGEL compensó a su cliente ELECTROSUR en Nuevos Soles, tal como lo señala el literal d) del numeral 5.1.5 de la Base Metodológica de la NTCSE.

---

2. Cuando la deficiencia de la normativa lo haga aconsejable, complementariamente a la resolución del caso, la autoridad elaborará y propondrá a quien compete, la emisión de la norma que supere con carácter general esta situación, en el mismo sentido de la resolución dada al asunto sometido a su conocimiento.

En este sentido, debemos tener en cuenta lo dispuesto por el literal g) del numeral 5.2.4 de la Base Metodológica:

5.2.4.

g) de la Base Metodológica: (...)

*El tipo de cambio a utilizar para el pago de resarcimientos debe ser el mismo que se utilizó en el pago de las compensaciones.*

Este literal implica que el tipo de cambio que fue utilizado para realizar las compensaciones; es decir, el que se utilizó para compensar a ELECTROSUR -Nuevos Soles-, debe ser el mismo que se debe aplicar para que TRANSMANTARO realice el pago del resarcimiento, de ser el caso<sup>22</sup>.

Si bien la reclamación señala el pago en moneda Dólares de los Estados Unidos de América y en la Factura N° 010 - 011561 se consigna moneda Nuevos Soles, no puede determinarse que exista incongruencia entre estos por cuanto tal como hemos analizado las normas pertinentes establecen que la determinación de la compensación es en Dólares de los Estados Unidos de América y el pago se hace efectivo en Nuevos Soles, es decir, que en este caso guardan estrecha relación el petitorio con los hechos y están sustentadas en la misma finalidad el pago de compensaciones y su respectivo resarcimiento dentro de la cadena de pagos.

**4.2. Respecto del resarcimiento por rechazo de carga por mínima frecuencia correspondiente al primer semestre del 2012:**

Ante hechos que trasgredan la NTCSE, 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.

Por otra parte, 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 de los días 19 de enero, 15 de febrero y 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

---

<sup>22</sup> Tal como se indica en la factura emitida por EDEGEL.

determina el numeral 3.5 de la NTCSE, artículo 14° de la Ley N° 28832, 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 a la fecha de ocurridos los acontecimientos (19 de enero, 15 de febrero y 18 de marzo de 2012) 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 el Decreto Supremo N° 043-2013-EM:**

El Decreto Supremo N° 043-2013-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 16 de noviembre de 2013, con vigencia a partir del día siguiente de su publicación, es decir, desde el 17 de noviembre de 2013, según lo dispone la propia norma.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 103° de la Constitución Política del Perú establece que ... *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad...*

En este sentido, el Decreto Supremo N° 043-2013-EM no es aplicable para el caso concreto en tanto los hechos materia de controversia ocurrieron en el año 2012.

#### **4.4. 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 que vence la factura emitida por EDEGEL; es decir desde el 28 de septiembre de 2012, tal como consta en la Factura N° 010 011561 -Anexo 6- del escrito de reclamación presentado por EDEGEL-.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc encuentra procedente lo solicitado por EDEGEL 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.

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 Texto Único Ordenado del

Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 223-2013-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 solicitud de improcedencia presentada por CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. respecto de la reclamación presentada por EDEGEL S.A.A. por las razones expuestas en el numeral 4.1. de la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO 2º.-** Declarar fundada la reclamación presentada por EDEGEL S.A.A. contra CONSORCIO TRANSMANTARO S.A., 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 EDEGEL S.A.A. por concepto de resarcimiento 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 EDEGEL S.A.A., respecto del pago de intereses y declarar que CONSORCIO TRANSMANTARO S.A, debe pagar por este concepto según lo dispuesto en el numeral 4.4. de la presente resolución, hasta la fecha efectiva de pago.

**ARTÍCULO 5º.-** Declarar concluida la primera instancia administrativa según lo establecido en el artículo 45º del Texto Único Ordenado del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias aprobado por Resolución N° 223-2013-OS/CD.

**ARTÍCULO 6º.-** 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 Texto Único Ordenado del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias aprobado por Resolución N° 223-2013-OS/CD, 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

---

Julio César López Beltrán  
Integrante