

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 005-2014-OS/CC-82**

Lima, 19 de febrero de 2014.

SUMILLA:

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 DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. - EGASA, en adelante EGASA o la reclamante, contra CONSORCIO TRANSMANTARO S.A., en adelante TRANSMANTARO o la reclamada, sobre el pago de S/. 35 955,18 (treinta y cinco mil novecientos cincuenta y cinco con 18/100 Nuevos Soles) por concepto de resarcimiento por la compensación pagada por las interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia del primer semestre de 2013, más los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, calculados conforme al artículo 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 de Osinergmin Expediente N° 201300167226, el día 23 de octubre de 2013, EGASA presentó reclamación contra TRANSMANTARO.
- 1.2.** Mediante Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 250-2013-OS/CD, se designó 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-82, de fecha 29 de noviembre de 2013, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, asumió competencia en la presente controversia y admitió a trámite la reclamación presentada por EGASA. Asimismo, se dispuso el traslado de la reclamación, otorgando a la empresa reclamada un plazo de quince (15) días hábiles para que la conteste.
- 1.4.** Mediante escrito con registro en Mesa de Partes de Osinergmin Expediente N° 201300167226, el 20 de diciembre de 2013, TRANSMANTARO presentó contestación a la reclamación presentada por EGASA.

- 1.5. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2013-OS/CC-82, de fecha 23 de diciembre de 2013, se citó a las partes a Audiencia Única para el día 09 de enero de 2014.
- 1.6. El día 09 de enero de 2014 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 43º del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 223-2013-OS-CD¹, en adelante TUO del 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 ambas 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. EGASA y TRANSAMANTARO presentaron sus alegatos finales dentro del plazo establecido en el TUO del ROSC.
- 1.8. 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 EGASA:

EGASA 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:

2.1.1. Fundamentos de hecho:

- El 14 de agosto de 2013 el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional, en adelante COES, mediante la Carta N° COES/D/DO-432-2013 remitió el Informe N° COES/D/DO/STR-INF-067-2013, el cual contiene el cálculo de los resarcimientos por calidad del suministro correspondiente al primer semestre de 2013, en aplicación del numeral 3.5 de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, en adelante NTCSE, cálculo que fue aprobado por la Dirección de Operaciones del COES; indicando que ese informe fue elaborado con información remitida por los agentes del sector eléctrico y la mejor información disponible hasta el 06 de agosto de 2013.
- Del informe señalado anteriormente se advierte que TRANSAMANTARO debe pagar a EGASA el monto de US \$ 12 868,71 (doce mil ochocientos sesenta y ocho con 71/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por el evento N° 002-2013, ocurrido el 05 de enero de 2013, respecto de Socabaya - Chilina 33kV y Repartición 138 kV.

¹ Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 15 de noviembre de 2013.

- Mediante Carta N° GG/GC.-0739-2013-EGASA, recibida el 02 de septiembre de 2013, solicitó a TRANSMANTARO cancelar la Factura N° 007-0001921 por la suma de S/. 35 955,18 (treinta y cinco mil novecientos cincuenta y cinco con 18/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento por rechazo de carga por mínima frecuencia, correspondiente al primer semestre del 2013, en aplicación de la NTCSE, según Informe N° COES/D/DO/STR-INF-067-2013, emitido por el COES.
- A través de la Carta N° CS000095-13011348, recibida el 16 de septiembre de 2013, TRANSMANTARO le devolvió la Factura N° 007-0001921, manifestando que de conformidad con lo establecido en la Cláusula Séptima del Anexo N° 12 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 adelante el Contrato BOOT, celebrado entre TRANSMANTARO y el Estado Peruano, se exoneró a TRANSMANTARO por las consecuencias de las fallas que acontecieran en el área concesionada (entiéndase Mantaro - Cotaruse - Socabaya).

La Cláusula Séptima del Anexo N° 12 de la Adenda N° 8 del Contrato BOOT señala textualmente:

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.

- TRANSMANTARO precisó que se encuentra exonerado de cualquier tipo de responsabilidad por la falla que, según el COES, es de responsabilidad de TRANSMANTARO, y por tanto, no les corresponde resarcir los montos por compensaciones por interrupciones.
- EGASA señala que ante hechos que transgreden la NTCSE, la propia norma técnica establece el procedimiento de pago de compensaciones y de sus correspondientes resarcimientos, pago que deben realizar los responsables una vez identificados. Siendo así, ante interrupciones por rechazo de carga por mínima frecuencia, el literal d) del numeral 3.1 del Título Tercero del Punto IV de la NTCSE establece que procede el pago de la compensación al cliente por parte del suministrador, independientemente que la mala calidad se deba a deficiencias propias o ajenas.

- El numeral 3.5 de la NTCSE señala que el COES tiene la obligación de investigar e identificar al responsable de la referida transgresión, lo que se 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 mérito a ello, el Informe N° COES/D/DO/STR-INF-067-2013 asignó responsabilidad por el evento del 05 de enero de 2013 a TRANSMANTARO, y EGASA sobre lo señalado en el referido informe técnico, requirió a la reclamada que realice el pago del respectivo resarcimiento; sin embargo, TRANSMANTARO se niega a pagar la respectiva factura.
- Asimismo, el numeral 3.5 de la NTCSE, el artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28832, en adelante Ley N° 28832, el Reglamento del COES aprobado mediante Decreto Supremo N° 027-2008-EM y el Estatuto del COES, señalan que el COES es la entidad técnica competente para analizar y determinar quién es el responsable técnico por la transgresión a la NTCSE; y una vez determinado esto por el COES, los agentes del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, en adelante SEIN, deben cumplir obligatoriamente las decisiones del COES.
- Adicionalmente, el COES, al ser una entidad privada sin fines de lucro y con personería de derecho público, conformado por todos los agentes del SEIN, se constituye como un tercero ante la relación contractual existente entre el Ministerio de Energía y Minas - Estado Peruano- y TRANSMANTARO; y, por tanto, el COES no se encuentra en la obligación de cumplir lo pactado en un contrato del cual no forma parte.
- La Cláusula Séptima del Anexo 12 de la Adenda N° 8 del Contrato BOOT, no configura una "eximente" o "exoneración" para el pago del resarcimiento que debe efectuar TRANSMANTARO.
- El Cuerpo Colegiado al no encontrarse facultado para cuestionar lo establecido por el COES en su Informe Técnico, debe determinar si existen o no causas eximentes de la obligación de pago del resarcimiento; ello conforme al literal d) del numeral 3.1 de la NTCSE. Sin embargo, es de notarse que no existen eximentes, como casos de fuerza mayor o casos derivados de la ejecución de obras de gran envergadura de interés público de otros sectores, o casos de reforzamiento o ampliaciones de instalaciones existentes, que hayan sido calificados como tales por la autoridad, luego de haber seguido el procedimiento regulado en la Tercera Disposición Final de la NTCSE.
- TRANSMANTARO pretende ampararse en la Cláusula Séptima del Anexo 12 de la Adenda N° 8 del Contrato BOOT, solo porque la señalada adenda pertenece a un contrato de concesión firmado con el Estado Peruano, lo que lo convierte en un Contrato - Ley que debe ser cumplido por el COES debido a que éste posee facultades delegadas por el Estado y al parecer TRANSMANTARO pretende que el Contrato BOOT sea cumplido por EGASA.
- Precisan que el Tribunal Constitucional en la Sentencia perteneciente al Expediente N° 005-2003-AI/TC, señala que la institución denominada "Contrato-Ley", regulada en el artículo 62° de la Constitución Política, constituye una figura sui generis de la institución del "contrato", no siendo una "categoría normativa", es decir, una fuente formal del derecho constitucional, como cualquiera de las enunciadas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y

ordenanzas municipales); por lo que al contrato no se le puede reconocer fuerza vinculante, dado que las estipulaciones de un contrato vinculan a las partes que los suscriben, y su inobservancia acarrea la posibilidad de que se sancionen a las partes por dichos incumplimientos.

- Agrega que la expresión "fuerza de ley" que tiene los Contratos-Ley, como cualquier otro contrato, no debe ser comprendida como que los contratos tienen, a semejanza de la ley, carácter normativo y que obligan -incluso a terceros- por tener tal carácter. Al respecto, el artículo 62° de la Constitución, debe entenderse concordado con lo establecido en el artículo 1363° del Código Civil, que señala:

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

- Añaden que la Casación N° 3312-98-Tacna², establece que:

Al tercero civil, que no ha intervenido en la celebración de un determinado acto jurídico, no tiene porque afectarle las consecuencias que se deriven de éste conforme a lo previsto en el artículo 1363° del Código Civil y tiene para defenderse de los efectos de los contratos en los que no ha participado, los medios que le otorga el derecho común.

- Conforme con lo mencionado en este punto, el Contrato-Ley al cual pertenece la Adenda N° 8 del Contrato BOOT no es una norma que todos deben cumplir, sino que como cualquier contrato, tiene únicamente fuerza de ley entre las partes que lo suscribieron. Así, el COES, no siendo parte del Estado ni del Contrato BOOT, no se encuentra obligado de lo pactado en éste; y, por tanto, las decisiones que tome el COES respecto de la designación de responsabilidad y el cálculo de compensaciones y resarcimientos, son plenamente válidas y de obligatorio cumplimiento por todos los agentes del SEIN.
- El artículo I del Título Preliminar del Código Civil, señala:

La ley se deroga sólo por otra ley.

- Por tanto, al no existir otra norma que derogue lo establecido por el numeral 3.5 de la NTCSE, o en su defecto, otra norma que suprima la obligación de asignar responsabilidad y calcular compensaciones que debe cumplir el COES ante la transgresión de la propia NTCSE. Concluyen que las decisiones del COES son plenamente válidas y TRANSMANTARO debe cumplirlas.
- La cadena de pagos no puede ser vulnerada por la reclamada; puesto que EGASA se encuentra cumpliendo cabalmente con lo determinado por el COES, pagando a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. las compensaciones correspondientes y, por tanto, debe recibir el pago de los resarcimientos por parte de TRANSMANTARO, incluyendo intereses.

² Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 30 de septiembre de 1999.

2.1.2. Fundamentos de derecho:

EGASA ampara su pretensión principalmente sobre la base de las siguientes normas:

- Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución N° 0826-2002-OS/CD: artículos 2°, 6° y 11° (sobre la competencia de Osinergmin para conocer la presente controversia).
- Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM: Inciso a) del artículo 46° (sobre la competencia del OSINERGMIN para conocer la presente controversia).
- NTCSE:

Literal d) del numeral 3.1. del punto 3: Obligaciones del Suministrador, del Cliente y de Terceros, del Título Tercero:

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 OSINERGMIN N° 010-2004-OS/CD, o la que la sustituya.*

El numeral 4.3 del punto 4.: Competencia de la autoridad., del Título Cuarto:

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.

- Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, en adelante LCE.

Artículo 32°.- Los integrantes del COES están obligados a cumplir las disposiciones que emita dicho Comité.

- Base Metodológica para la aplicación de la NTCSE, aprobado por Resolución N° 616-2008-OS-CD:

Numeral 5.2.4.: incisos g) sobre cadena de pagos por interrupciones asociadas a la disposición Décima Tercera de la NTCSE; i) sobre la modalidad de resarcimiento de las transmisoras a las generadoras ante interrupciones

imputables a las primeras; j) sobre casos de fuerza mayor y solicitud de exoneración de compensaciones.

- Reglamento de la LCE: artículo 176° sobre intereses.

De conformidad con el Artículo Único de la Resolución Directoral N° 002-2003-EM-DGE, publicado el 21 de marzo del 2003, el interés moratorio a que hace referencia el artículo 176° del de la LCE, constituye un recargo al interés compensatorio establecido en el presente artículo. Este interés moratorio debe ser aplicado adicionalmente al interés compensatorio, a partir del décimo día de vencimiento del comprobante de pago que no haya sido cancelado oportunamente hasta la fecha de su cancelación.

- Constitución Política del Estado:

Artículo 62°.- Sobre la libertad de contratar:

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.

- Código Civil:

Artículo 1363°.- Sobre los efectos del contrato:

Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles.

2.2. De la reclamada TRANSMANTARO:

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

2.2.1. Respetto de la solicitud de EGASA de resarcimiento por rechazo de carga por mínima frecuencia correspondiente al primer semestre de 2013:

- 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/o 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 considerar la exoneración a 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 del 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 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 modificada, 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".

- Sin embargo, el COES le continúa asignando responsabilidades 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 en 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 lo 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 infracciones.

- En la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 0605-2012-OS/GFE se 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 Técnico 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.

- 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.

- En la Sesión del Directorio N° 423 del 27 de Septiembre de 2013, 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 ROSC, el ente regulador tiene facultades para pronunciarse sobre controversias entre generadores, entre generadores y transmisores y entre transmisores 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 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:

3.1. Petitorio de EGASA:

Que TRANSMANTARO efectúe el pago de la Factura N° 007-0001921 por la suma de S/. 35 955,18 (treinta y cinco mil novecientos cincuenta y cinco con 18/100 Nuevos Soles), por el concepto de resarcimiento por rechazo de carga por mínima frecuencia, correspondiente al primer semestre del 2013, más los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, calculados conforme al artículo 176° del Reglamento de la LCE.

3.2. Petitorio de TRANSMANTARO:

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

Materia Controvertida:

En la Audiencia Única llevada a cabo el día 09 de enero de 2014, 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 del resarcimiento por rechazo de carga por mínima frecuencia correspondiente al primer semestre del 2013:

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-067-2013, de fecha 08 de agosto de 2013, se asignó responsabilidad por el evento del 05 de enero de 2013 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 3 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 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 modificada, 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 (hasta la fecha de ocurrido los hechos).

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.

4.2. 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 primer semestre del 2013.

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 e 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 EGASA solicita el pago a TRASMANTARO; es decir, desde el momento en que ésta es intimada al pago, lo cual sucedió con la Carta N° GG/GC.-00739/2013-EGASA, recibida el 02 de septiembre de 2013, a la que se adjuntó las Factura N° 007-0001921, respectivamente, en los términos que señala la norma.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc encuentra procedente lo solicitado por EGASA 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 de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 223-20013-OS/CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y demás disposiciones mencionadas en la presente Resolución.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Declarar fundada la reclamación presentada por EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. - EGASA contra CONSORCIO TRANSMANTARO S.A., respecto de resarcimiento por rechazo de carga por mínima frecuencia, correspondiente al primer semestre de 2013, por las razones expuestas en el numeral 4. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2º.- Declarar que CONSORCIO TRANSMANTARO S.A. se encuentra obligada a pagar a EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. - EGASA por concepto de resarcimiento por rechazo de carga por mínima frecuencia, correspondiente al primer semestre de 2013, por las razones expuestas el numeral 4. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 3º.- Declarar fundada la solicitud de EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. - EGASA, 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 parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 4º.- Declarar concluida la primera instancia administrativa según lo establecido en el artículo 45° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias aprobado por Resolución N° 223-2013-OS/CD.

ARTÍCULO 5º.- Declarar, en virtud de lo dispuesto por el numeral 206.2° del artículo 206° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y el artículo 47° 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
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Rosendo Yone Ramírez Taza
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc